



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO



FACULTAD DE DERECHO

TITULO:

**“LOS ERRORES JUDICIALES EN LOS JUZGADOS PENALES DE
CHICLAYO, CONSECUENCIAS Y OBLIGATORIEDAD
INDEMNIZATORIA DEL ESTADO”**

TESIS

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

CRISTIAN PAUL BARRETO GUTIERREZ

ASESOR

ABG. JUAN PRADO QUISPE

**CHICLAYO- PERU
2017**

**“LOS ERRORES JUDICIALES EN LOS JUZGADOS PENALES DE CHICLAYO,
CONSECUENCIAS Y OBLIGATORIEDAD INDEMNIZATORIA DEL ESTADO”**

Tesis presentada por el bachiller Sr. **CRISTIAN PAUL BARRETO GUTIERREZ**, a la facultad de Derecho de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el **TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**.

Bachiller: Cristian Paul Barreto Gutiérrez,

Abg. Juan Prado Quispe

Aprobado por:

Dr. Enrique Rodas Ramírez
Presidente

Mg. Lito Becerra Angulo
Secretario

Abg. Julio Fernández Bartolomé
Vocal

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico de manera muy especial a mis Padres Bertha y Andi; por ser los grandes pilares y principales cimientos para la construcción de mi vida profesional, sentaron en Mí las bases de responsabilidad y deseos de superación, en ellos tengo el espejo en el cual me quiero reflejar, acogiendo sus valores y virtudes infinitas que me llevan a admirarlos cada día que pasa.

También la dirijo a mis hermanos Wilson, Geener, Adolfo y Fiorella por haberme ofrecido el amor y la calidez de la familia unida, sencilla y honrada a la cual amo y respeto.

Al igual que a mis sobrinos por ser la alegría de la familia, ya que sus ocurrencias y travesuras nos enseñan que la vida se ha hecho para disfrutarla a lo máximo.

Gracias Dios por concederme la mejor familia del Mundo.

AGRADECIMIENTO

Quiero expresar mi agradecimiento:

En primer Lugar a mi Alma Mater La Universidad Particular de Chiclayo – Facultad de Derecho por haberme aceptado ser parte de ella y abierto las puertas de su seno Creativo e investigadora para poder estudiar mi carrera profesional e iniciarme y desenvolverme en un camino de enseñanza.

Agradezco también a mis diferentes docentes que me brindaron sus conocimientos, experiencias y apoyo para seguir adelante, forjándome para un futuro Profesional Exitoso, y ser un digno representante de mi Alma Mater.

Y para finalizar también la dirijo a todos mis compañeros de clase, ya que gracias al compañerismo, amistad y apoyo moral han aportado en un alto porcentaje a mis ganas de seguir adelante.

RESUMEN

El tema de la responsabilidad del Estado ha pasado por diversas etapas, las cuales van desde la total irresponsabilidad, basado en el origen divino del poder del Rey, hasta las doctrinas modernas, que distinguen entre la responsabilidad tanto en su calidad de administrador, legislador y juez.

Podemos referirnos a tres claros motivos por los cuales, el Estado, está en la obligación de hacer de la acción indemnizatoria una activa realidad.

Por una razón de confianza en el Estado y la ley, el Estado en su función de administrar justicia debe garantizar con entereza la justicia que imparte, respetando plenamente los principios que hacen esto posible como el debido proceso y la presunción de inocencia.

Por tal razón, cuando el Estado, en cualquiera de sus actividades, daña a las personas, se debe a la existencia de una infracción a las normas que consagran dichos principios.

Por lo tanto el Estado, así como ocurre en el caso de los particulares, ha de responder por su actuar, sin embargo la proclamación de esta responsabilidad se ha mantenido solo en el plano teórico y la disposición que la contiene no es más que programática.

Si bien es cierto que en el tema de la responsabilidad han habido avances, en orden de hacer efectiva la de los funcionarios por su actuar doloso o culposos, la responsabilidad del Estado es un tema mucho mayor y al respecto nuestro ordenamiento ha sufrido un estancamiento.

El Estado, considerado más allá del gobierno de turno, se gana el respeto, la confianza y el apoyo de sus ciudadanos a través de un actuar impecable, que si bien no está libre de errores, los reconoce, los repara y se somete de manera cierta y eficaz a la Constitución y a las leyes.

ABSTRACT

The issue of State responsibility has gone through various stages, ranging from total irresponsibility, based on the divine origin of the King's power, to modern doctrines, which distinguish between responsibility both as administrator, legislator and judge.

We can refer to three clear reasons why the State is obliged to make the compensation action an active reality.

For a reason of trust in the State and law, the State in its function of administering justice must guarantee with integrity the justice imparted, fully respecting the principles that make this possible such as due process and presumption of innocence.

For this reason, when the State, in any of its activities, harms the people, it is due to the existence of an infraction to the norms that consecrate those principles.

Therefore, the State, as it happens in the case of individuals, must respond for its action, however the proclamation of this responsibility has remained only on the theoretical level and the provision that contains it is nothing more than programmatic.

Although it is true that in the subject of responsibility there has been progress, in order to make effective that of civil servants for their willful or guilty acts, the responsibility of the State is a much greater subject and in this respect our system has suffered a stagnation.

The State, considered beyond the government of the moment, earns the respect, trust and support of its citizens through an impeccable act, that although it is not free from errors, recognizes them, repairs them and submits itself in a way Certain and effective to the Constitution and laws.

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

PRESENTACION

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN 06

CAPITULO I

ASPECTOS METODOLOGICOS

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	08
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	10
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.	12
1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACION.	12
1.5. OBJETIVOS:	16
1.5.1. Objetivo general.	16
1.5.2. Objetivos Específicos	17
1.6. HIPÓTESIS	17
1.7. VARIABLES.	17
1.7.1. Independiente	17
1.7.2. Dependiente	18
1.8. Metodología	18
1.8.1. Tipo de investigación.	18
1.8.2. Métodos Específicos.	18
1.8.3. Técnicas de investigación.	18

CAPITULO II

EL DEBIDO PROCESO

2.1. INTRODUCCIÓN.	19
2.2. ASPECTOS GENERALES.	20
2.3. ORIGEN Y ANTECEDENTES DEL DEBIDO PROCESO.	21
2.4. NOCIÓN DE DEBIDO PROCESO	23
2.5. BOSQUEJO PARA UNA CONCEPTUALIZACIÓN DEL DEBIDO PROCESO	27
2.5.1. Nuestra visión del derecho	27
2.5.2. Nuestra definición entorno del debido Proceso	28
2.5.3. Análisis histórico de los elementos del debido proceso	31
2.5.4. Concepto	33
2.6. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO EXIGIBLE ANTE CUALQUIER ÓRGANO	
O AUTORIDAD ESTATAL	33
2.6.1. Dimensiones del debido proceso.	36
2.6.1.1. La Dimensión sustantiva del Debido Proceso o Debido Proceso	
Sustantivo.	36
2.6.1.2. La dimensión procesal o el Debido Proceso.	38
2.7. EL DEBIDO PROCESO PENAL EN EL PERU.	39
2.7.1. POR UN PROCESO PENAL CONFORME A LA CONSTITUCION.	42

CAPITULO III

LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

3.1. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL	46
3.2. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DESDE EL PUNTO DE VISTA FORMAL Y MATERIAL	46

3.3. ORGANIZACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL	47
3.4. LA CARRERA JUDICIAL	48
3.5. CLASIFICACIÓN DE LOS ÓRGANOS, DESPACHOS U OFICIOS JUDICIALES	
6. INSTITUCIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL	49
7. ELEMENTOS QUE PUEDEN UTILIZARSE PARA CARACTERIZAR A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.	49
8. LIMITES DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL	50
9. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DIFERENCIAS	52
10. MODOS DE SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS DE INTERESES	53

CAPITULO IV

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERRORES JUDICIALES

3.1. ALGUNOS DATOS HISTÓRICOS DE LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	56
3.1.1. El criterio de la irresponsabilidad del Estado en la antigüedad clásica	56
3.1.2. Algunos vestigios de responsabilidad en Roma.	57
3.1.3. La irresponsabilidad del Estado en el sistema regalista	59
3.2. EL CAMINO HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	61
3.2.1. La responsabilidad en el Estado-policía. La doctrina alemana	61
3.2.2. La responsabilidad del funcionario	62
3.3. TEORÍAS RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	65
A. TEORÍA De La Representación	66
B. TEORÍA Del Órgano	67

c. LA Tesis de RAFAEL Bielsa: La existencia de ley formal. No hay responsabilidad del ESTADO sino una garantía legal.	77
D. EL Riesgo Social	68
E. LA Tesis De JULIO ALTAMIRA GIGENA: FUNDAMENTO EN EL BIEN COMÚN	69
F. EL Derecho A La Vida	70
G. EL Afianzamiento De La Justicia Como Explicación De La Responsabilidad Extracontractual Del ESTADO	71
H. FUNDAMENTO En La Equidad Y La Moral	72
i. La tesis de Mayer	72
3.4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERRORES JUDICIALES	75
3.4.1. Responsabilidad del Estado por error judicial en el proceso penal	75
4.4.1.- Responsabilidad del Estado en la acción indemnizatoria.	
4.5.- RAZONES DEL RECHAZO DE NUESTRO SISTEMA JUDICIAL A LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA	
5.1.- Errores Judiciales en el mandado de Prisión Preventiva	

CAPITULO V

PRISIÓN PREVENTIVA

1.- MEDIDAS COERCITIVAS.	86
1.1.- Concepto Prisión Preventiva	88
1.1.1.- Normatividad	89
1.1.2.- Finalidad	89
1.1.3.- Características	90
1.1.4.- Presupuestos Constitucionales	91
1.1.5.- Presupuestos Formales	94
1.1.5.1.- Prolongación	95

CAPITULO VI

EL DAÑO MORAL

1.- INTRODUCCION	97
2.- EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL.	98
3.-- LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DAÑO MORAL.	101
4.- LA VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL.	104
CONCLUSIONES	105
RECOMENDACIONES	106
ANEXOS	108

- **EXPEDIENTE 138-2015-1703-JR-PE-01**

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, el tema de la Indemnización por Errores Judiciales tiene como primer antecedente histórico la Constitución Política del Perú de 1933, bajo el gobierno de Luis M. Sánchez Cerro. Esta fue una situación innovadora en ese tiempo y sumamente positiva, sobre todo para aquellas personas que se sentían perjudicadas por errores cometidos en la administración de justicia, lo que representó una esperanza para las personas que buscaban un resarcimiento que logre aminorar los daños causados por errores judiciales.

Posteriormente se le da la categoría de principio internacional, al adherirse nuestro país al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; asimismo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que garantizaban la indemnización por errores judiciales. Estas incorporaciones fueron positivas sobre todo en un país como el nuestro cuya población en una inmensa mayoría ignora su Constitución, por lo que fue un gran avance al reconocimiento y protección de los Derechos Humanos.

Con la dación de la Constitución Política de 1979 se amplía la figura del “Error Judicial”, ya no siendo necesario estar en un proceso penal para que se otorgue una indemnización, sino que esta podría aplicarse cuando una persona hubiese sufrido detención arbitraria, que por regla general es fuera de un proceso penal. Con fecha 28 de diciembre de 1988 se expide la Ley N° 24973, “Ley de Indemnización por Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias”, en la que se detallan los casos de detención arbitraria, y extiende la comisión de esta figura a la policía. Pero lo más novedoso de esta Ley es la creación del Fondo Nacional Indemnizatorio por Errores Judiciales, que establece un fondo que se encargaría del pago de la indemnización correspondiente una vez que la autoridad judicial haya emitido la resolución que determine la absolución o el archivo definitivo del proceso.

Vale decir también que, en el inciso 7 del artículo 139 de nuestra actual Carta Política del Estado, se prevé la Indemnización por Errores Judiciales.

Este derecho indemnizatorio es una figura que no ha merecido un tratamiento adecuado, a pesar de la constante y distinta regulación desde su incorporación en los diferentes cuerpos normativos.

Con la dación del Decreto Legislativo N° 957, que aprueba el nuevo Código Procesal Penal, se contempla también esta figura, específicamente en el inciso 5 de su artículo 1, que establece: “El Estado garantiza la indemnización por errores judiciales”, precepto que, a pesar de que ya anteriormente se ha reglado en numerosos textos normativos, no tiene una aplicación efectiva.

En nuestro país, el principal problema que encontramos es la proliferación de leyes sin existencia real, porque un país no se mide por la cantidad de leyes sino por la efectividad de ellas.

Pero a la vez no se deben expedir leyes si no existen los medios idóneos para que estas normas tengan vida en la realidad; por ejemplo el Estado debe asignar una partida presupuestal que asegure este fondo para las personas víctimas de errores, si esto no se aplica, no podemos decir que el Estado garantiza eficazmente los derechos de los ciudadanos que se ven afectados por los posibles desbordes o excesos en el ejercicio del poder.

Esperamos con ansias que la incorporación de esta garantía al nuevo Código Procesal Penal recobre vida y no pase de ser de una simple prescripción a una aspiración.

CAPITULO I

ASPECTOS METODOLOGICOS

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

Desde el surgimiento de la corriente normativista, el Juez era considerado como la "boca de la ley", hoy en día en pleno siglo XXI con la aparición del neoconstitucionalismo, donde prima la dignidad de hombre, por ende la Ley, ya no es más el Juez sólo vocero de la ley, porque es susceptible a la comisión de errores, que conlleva a la trasgresión de los derechos fundamentales. Frente a todo acto hay una consecuencia, por lo tanto frente a la comisión de un error propiciado por el operador del derecho, el Estado como protector de la dignidad del hombre y de los derechos fundamentales debe responder por las consecuencias. Por ende una persona que sufre prisión preventiva o mandato de detención durante todo el tiempo de la investigación de los hechos, siendo liberado por sentencia absolutoria, también ésta debe ser indemnizada, por todo el tiempo que ha estado privado de su libertad, por haber sido mancillado su honor y buena reputación, así como haberlo alejado del vínculo familiar y social.

El Estado debe ser consiente que el solo hecho de haber privado la libertad a un hombre y liberado por sentencia absolutoria ha conllevado a perjudicar al ser humano en su proyecto de vida, en consecuencia no solo ha producido dicho accionar daño a la persona sino también a perjudicado su proyecto de vida, por lo tanto también debe tener derecho el liberado a una forma de indemnización.

Es por ello que la presente Tesis de investigación tiene como propósito, difundir entre los profesionales del derecho y los integrantes de comunidad que todo ser humano al ver mancillada su dignidad tiene derecho a una indemnización, que no necesariamente debe tener el carácter de patrimonial, fundamentados en la teoría de la defensa de los derechos

fundamentales, donde la dignidad del hombre es el fin supremo de toda sociedad y Estado, tal como establece nuestra Constitución Política en su artículo 1°, por lo tanto lo que se busca es dar a conocer a la sociedad que nadie tiene derecho a mancillar el honor de una persona, mucho menos los operadores del derecho.

Así mismo, como autor de esta investigación busco dar a conocer que, no solo los liberados mediante sentencia absolutoria, que tengan como fundamento la presunción de inocencia o el sobreseimiento de la causa, tienen derecho a ser indemnizados, sino también aquellos que han sido liberados por sentencia absolutoria por insuficiencia probatoria, porque de igual manera han sido privados injustamente de su libertad y han sido mancillados en su el honor y su buena reputación.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La doctrina y los ordenamientos jurídicos positivos de todo el mundo admite, sin más, la responsabilidad del Estado en el ejercicio de su actividad judicial. Sin embargo, es la actividad que más dificultades ha originado y la que más ha suscitado controversias, tanto en el plano doctrinal como en su aplicación práctica. La responsabilidad del Estado por el ejercicio anormal de su actividad judicial es la que surge como consecuencia del obrar de los magistrados (jueces) que emiten una decisión provisoria o definitiva que no se ajusta a presupuestos fácticos y/o jurídicos ciertos; o bien decisiones provisorias o definitivas emitidas por aquellos con dolo o culpa; así como también de las actuaciones irregulares de los funcionarios, empleados o auxiliares de la justicia, que generan perjuicio, detrimento o menoscabo en el ejercicio y goce de los derechos de los ciudadanos.

Acaso el fundamento de la responsabilidad del Estado por el ejercicio anormal de su actividad judicial, se encuentre en el preámbulo de la Constitución, que entre los objetivos del Estado se inscribe "afianzar la justicia". Si el Estado, mediante sus órganos judiciales, comete un error y

perjudica con ese desacierto a un ciudadano, es responsable y debe reparar los daños que ha inferido a ese particular.

Podría decirse que la responsabilidad extracontractual del Estado en este aspecto, se circunscribe, a dos aspectos:

- a) Los actos jurisdiccionales cumplidos por los órganos integrantes del Poder Judicial, tanto nacional como local, y su manifestación más clara, es tal vez, el error judicial producido en la jurisdicción penal, que tiene lugar cuando se produce la condena como culpable, de quien es realmente inocente.
- b) Las funciones y cometidos que llevan a cabo los funcionarios y empleados de la justicia.

La afectación de los derechos fundamentales de las personas procesadas y sentenciadas, deben ser indemnizadas por el Estado Peruano, en virtud de la existencia de una responsabilidad extracontractual objetiva al no haber realizado éste, su deber de procurar el respeto irrestricto de la Constitución Política del Estado y de los derechos fundamentales de todos los peruanos, garantizando la plena vigencia de los derechos humanos conforme a lo previsto por el artículo 44º de la Constitución Política del Estado.

Los errores judiciales que suelen suceder en nuestro sistema jurídico no sólo ocasionan perjuicio a la parte agraviada, sino también originan el reproche y desconfianza social. Pero mayor reproche existe cuando el derecho a ser indemnizado de forma satisfactoria no es reconocido por el Poder Judicial, bien sea de forma parcial o total, pese a estar declarado en nuestra Constitución Política.

Actualmente se pone en tela de juicio la falta de credibilidad social del Poder Judicial, no sólo por la existencia de corrupción en las altas esferas judiciales, sino también por los errores judiciales evidentes en que suelen incurrir nuestros magistrados, por diferentes causas que deben ser materia de estudio para prevenir sus graves consecuencias.

En nuestro sistema judicial sería utópico pensar que no se presenten errores judiciales, citando algunos casos encontramos el de una persona perseguida por el Poder Judicial por 8 años, por el simple hecho de compartir el mismo nombre con una persona acusada de terrorismo, agravándose totalmente su derecho a transitar libremente y sin temores, pero en este caso que es informado por un medio de comunicación masiva, los periodistas como vemos suelen arrinconar el debate sobre el necesario reconocimiento indemnizatorio al cual el Estado está obligado a responder y que olvidan cuestionar. Si bien cierta prensa es muy incisiva cuando informa sobre errores cometidos por funcionarios públicos, esta misma olvida la necesidad de respetar la dignidad de la persona humana vía indemnización económica al menos.

Al respecto, consideramos que discurrir sobre el derecho a obtener una justa reparación al menos monetaria por parte del Estado en casos de error judicial, constituye un derivado neto del derecho humano a la dignidad, por cuanto es totalmente digno el percibir una indemnización por dicho daño, pues si bien el Estado ya no puede retroceder al pasado, al menos el responder con una justa indemnización económica apacigua en algo el perjuicio irrogado.

Lo preocupante es conocer en qué medida la regulación constitucional contribuye a ser indemnizado de forma eficaz por parte del Estado, porque a fin de cuentas el agraviado prefiere ser satisfecho de forma inmediata al menos económicamente antes que esperar una sanción penal contra un magistrado que incurrió en error, que a lo mejor con el paso del tiempo ya prescribió.

Pensamos que con una adecuada declaración normativa a nivel constitucional en cuanto al derecho indemnizatorio por error judicial y conociendo los presupuestos de su naturaleza jurídica, permitirá al Estado o al Juez que conozca esta causa el tener que adoptar mejores criterios para llenar los vacíos legales de índole constitucional en cuanto a la satisfacción

real del resarcimiento por errores judiciales, en aras del respeto de la dignidad de la persona que tutela la misma Constitución.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿En qué medida el Estado Peruano, restituye el daño causado por errores judiciales, que denigran el honor y buena reputación de las personas procesadas que han sido víctimas de detención preliminar o prisión preventiva, y posteriormente absueltas mediante sentencia absolutoria o sobreseimiento?

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACION.

La importancia de la presente investigación indica que es necesaria difundirla a aquellas personas que se encuentran inmersas en procesos penales con la finalidad de estar prevenidos ante un posible error judicial y poder solicitar la respectiva indemnización aunque no devuelve el daño moral, pero por lo menos permitirá cubrir algunos gastos ocasionados.

El Poder Judicial, como toda institución no está exenta de cometer errores. La acción de indemnización por error judicial pretende remediar ésta situación, haciendo efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado; sin embargo, vemos en la práctica cotidiana que el Poder Judicial no está dispuesto a reconocer sus errores, arriesgando su credibilidad y prestigio, menos asumir la responsabilidad, aduciendo que ello implicaría un alto costo económico.

Ninguna persona inocente que ha sido liberada mediante sentencia absolutoria o sobreseimiento, tiene por qué soportar la vulneración de sus derechos fundamentales, entre ellos la privación de su libertad ambulatoria y su derecho al honor, y no resulta razonable que un ente protector de los derechos fundamentales de las personas que su propia constitución pregona, como lo es el Estado Peruano, tenga una respuesta negativa para resarcir

los daños que se le ha causado a los procesados, pues si no es posible realmente otorgar una indemnización económica, se debería buscar otras alternativas, razón por la cual propongo en la presente investigación que aquellas personas que sufran el menoscabo o de su dignidad y la violación de sus derechos fundamentales a la libertad, por errores derivados sean preferentemente indemnizadas.

Cabe señalar la importancia de éste tema debido a que se han presentado casos en nuestro país donde personas detenidas injustamente han sufrido al encontrarse inmerso en una serie de afectaciones a los derechos fundamentales, siendo que aquellos peruanos que fueron objeto de dichas vulneración, tienen expedito su derecho de demandar civilmente al Estado Peruano a efecto de que éste le indemnice por los daños irrogados. Sin embargo, actualmente existe una problemática referida al desconocimiento por parte de la sociedad jurídica de éste tipo de responsabilidad civil, y muchas veces al plantear sus demandas, no alegan los factores de atribución debidos a efectos de que el juzgador pueda emitir un pronunciamiento valedero, quien en virtud a sus responsabilidades funcionales, no pueden pronunciarse respecto a fundamentos de hecho – causa petendi- no alegados por las partes procesales –pues ello conllevaría a la emisión de resoluciones incongruentes-, lo que conlleva a un pronunciamiento infundado, perjudicándose con ello a los justiciables.

Este tema, a la actualidad jurídica resulta muy importante, puesto que los factores de atribución objetivos, determinarán que muchas de aquellas personas afectadas y familiares de los mismos puedan viabilizar sus demandas de responsabilidad extracontractual por responsabilidad objetiva al ser éste el ente que expidió las normas que violaron derechos humanos, desconociendo el estado de derecho, y la Constitución Política del Estado.

1.5. OBJETIVOS:

1.5.1. Objetivo general.

Establecer como el Estado no viene cumpliendo con lo normado en el Artículo 139º numeral 7 de La Constitución Política del Perú, respecto a la resarción del daño a los ciudadanos por detención preliminar o prisión preventiva, que posteriormente son liberados con sentencias absolutorias por los Juzgados Penales.

1.5.2. Objetivos Específicos:

- Analizar los conceptos teórico- doctrinarios sobre la indemnización por daños derivados de los errores judiciales a los derechos fundamentales de la persona.
- Analizar la indemnización por errores judiciales, cometidos en ámbito jurisdiccional de la provincia de Chiclayo en el año 2015 - 2016.
- Describir las decisiones judiciales que han incurrido en error de detención y prisión preventiva con posterior liberación con sentencia absolutoria por parte de los Juzgados Penales.
- Determinar las causas por las cuales, el Estado no cumple con indemnizar a las personas que han sido sometidos a procesos judiciales con prisión preventiva y luego han sido absueltos de los cargos penales.

1.6. HIPÓTESIS

Ante el daño causado por los juzgados penales de Chiclayo a las personas que han sido sometidas a medidas coercitivas de detención por error, posteriormente liberados por absolución o sobreseimiento deben ser indemnizados por el Estado.

1.7. VARIABLES.

1.7.2. Independiente:

- El error judicial

1.7.2. Dependiente:

- La indemnización por el Estado

1.8. METODOLOGÍA

1.8.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.

En la presente investigación se utilizará:

Investigación básica:

Descriptiva – explicativa – proposicional.

También recibe el nombre de investigación pura, teórica o dogmática.

Se parte de un marco teórico y permanece en él; la finalidad radica en formular nuevas teorías o modificar las existentes, e incrementar los conocimientos científicos o filosóficos, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico.

1.8.2. Métodos Específicos.

Descriptivo. -No hay manipulación de variables, estas se observan y se describen tal como se presentan en su ambiente natural. Su metodología es fundamentalmente descriptiva, aunque puede valerse de algunos elementos cuantitativos y cualitativos.

1.8.3. Técnicas de investigación.

Documental.- Se analizaron los procesos cuyos investigados fueron sometidos primigeniamente a la medida coercitiva de detención

preliminar o prisión preventiva, sentenciados y luego fueron liberados con sentencia absolutoria en los Juzgados Penales de la Provincia de Chiclayo.

1.9.- Población

Distrito Judicial de Lambayeque

1.10.- Muestra

Juzgados penales de Chiclayo.

- Expediente N° 4854-2010-35-1708-JR-PE-01. Apropiación ilícita.
- Expediente N° 02127-2011-63-1708-JR-PE-01. Usurpación – modalidad agravada.
- Expediente N°. 05958-2016-50-1706-JR-PE-03. Robo agravado.

CAPITULO II

EL DEBIDO PROCESO

2.1. PRECEDENTE.

(Quiroga León, 2000)

La garantía y derecho fundamental amparado por la Constitución Política del Estado, muy difundido, pero no desarrollado en su real dimensión. Una parte de la doctrina la desarrolla como una garantía específica semejante al derecho a la defensa, otros lo consideran dentro del derecho fundamental a la Tutela Judicial Efectiva y también lo desarrollan como una Institución Instrumental. La Corte Suprema no ha dado interés a su desarrollo conceptual, solo se enmarca en el principio de fundamentación de las Resoluciones Judiciales, en el tema de notificaciones y en lo referente al tratamiento de los medios probatorios.

Además podemos señalar que el debido proceso no está sistematizado dentro de la teoría general del proceso. “Sin embargo esta garantía pertenece básicamente al ámbito del derecho procesal, al derecho judicial, más concretamente al rubro de la ciencia procesal que con el desarrollo histórico y científico de la teoría general del proceso han visto positivizado en el texto normativo de la constitución, diversos principios y postulados esencialmente procesales sin los cuales no se puede entender un proceso judicial justo y eficaz”.

2.2. ASPECTOS GENERALES

Los antecedentes de la garantía del debido proceso se remontan a la *Carta Magna* de 1215, en la que el Rey Juan Sin Tierra otorgó a los nobles ingleses entre otras garantías la del *Due Process of Law*, consignada en la cláusula 48 de ese documento, que disponía que «ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares, según la ley del país», de lo

que se puede concluir que en el derecho inglés la garantía del debido proceso de ese entonces sólo amparaba a los nobles.

Originariamente, el debido proceso fue concebido como una garantía procesal de la libertad en el sentido lato que impedía que ninguna persona sea privada de sus derechos individuales sin tener acceso a ser oído, a defenderse y ofrecer pruebas en un procedimiento regular conforme a las formalidades establecida por ley.

Esta garantía tal como se conoce hoy, fue introducida formalmente en esos términos en la Constitución de los Estados Unidos, a través de la V Enmienda (1791). Progresivamente fue evolucionando y de ser considerada una garantía de mera legalidad pasó a configurarse como una garantía de justicia.

El debido proceso constituye así la primera de las garantías de la administración de justicia al permitir el acceso libre e irrestricto a los tribunales de justicia de todo ciudadano con el objeto de someter sus derechos en disputa a la resolución del órgano jurisdiccional, para que sea dirimida con certeza y eficacia, esto es, para que pueda hacer realidad el derecho material en el caso concreto sintetizando la justicia inherente de ese derecho.

El debido proceso legal mantiene estrecha relación con la institución de la tutela judicial efectiva, no debiendo entenderse que uno es parte del otro; por el contrario, se trata de dos conceptos que incorporan determinadas instituciones de origen procesal que, al constitucionalizarse, adquieren el valor de garantías y que van a interactuar para proporcionar a los justiciables lo que les corresponde. El debido proceso se encuentra en cualquier forma procesal, al margen de quién la desarrolle.

2.3. ORIGEN Y ANTECEDENTES DEL DEBIDO PROCESO

En la actualidad el debido proceso es considerado como una de las conquistas más importantes que ha logrado la lucha por el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

(Ticona Postigo, 1999)

Los antecedentes de la garantía del debido proceso se remontan a la carta magna de 1215, en la que el rey Juan Sin Tierra, otorga a los nobles ingleses entre otras garantías la del *due process of law*, consignada en la cláusula 48 de ese documento que disponía que “ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus partes, según la ley del país”.

De la lectura de la Carta Magna del rey Juan Sin Tierra, se aprecia que el debido proceso se consagra incluso para proteger la libertad de la persona humana antes de iniciado el proceso judicial propiamente dicho, presentándose la detención y la prisión como excepciones a la libertad, las mismas que se concretizan previo juicio.

Desde el reconocimiento del debido proceso legal “*due process of law*” el Estado monárquico inglés asumió el deber y el compromiso que al momento de restringir las libertades personales, el derecho de propiedad, la posesión, o de cualquier otro bien perteneciente “solo a los nobles” deberían respetar las garantías previstas en la carta magna, que en ese entonces solo se expresaban en el derecho a un juicio previo legal y a ser tratado con igualdad, es decir, sin discriminaciones.

Del derecho inglés la garantía del debido proceso que entonces amparaba solo a los nobles, pasó a la constitución de los estados Unidos de Norteamérica, que no lo contenía en su texto originario sancionado en Filadelfia en 1787. A diferencia del derecho inglés, en el que era una garantía procesal de la libertad personal contra las detenciones arbitrarias del estado

y contra las penas pecuniarias y confiscaciones, el derecho constitucional de los Estados Unidos, adquiere un gran desarrollo debido a los aportes del jusnaturalismo, donde el valor justicia se encontraba presente en las instituciones inglesas transportadas a América.

El concepto de debido proceso se incorporó en la constitución de los Estados Unidos en las enmiendas V y XIV. En la primera de ellas efectuada en 1791, se estableció que “ninguna persona será privada de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal”. En la segunda realizada en 1866, se dispuso que “ningún estado privará a persona alguna de la vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal, ni negará, dentro de su jurisdiccional persona alguna, la igual protección de las leyes”. Mientras la V enmienda impone la limitación a los poderes del gobierno federal, la XIV enmienda, establece la misma restricción pero a los poderes de los estado locales.

Con la evolución de la jurisprudencia americana, a fines del siglo XIX, el debido proceso pasó de ser una garantía procesal de la libertad a una garantía sustantiva, por medio de la cual se limita también al órgano legislativo. Es un medio de controlar la razonabilidad de las leyes, que permite a los jueces verificar la validez constitucional de o los actos legislativos, es decir, que para ser validos requieren al legislador, al reglamentar los derechos reconocidos por la constitución haya actuado en la forma arbitraria sino dentro de un marco de razonabilidad.

También se consideran como antecedentes del debido proceso algunas normas garantistas del procedimiento plasmadas en los siguientes instrumentos legales:

- El código de Magnus Erikson de 1350 de Suecia.
- Constitución Neminem Captivabimus de 1430 de Polonia.
- Las leyes Nuevas Indias del 20 de noviembre de 1542.
- La Hill of Rights inglesa, consecuencia de la revolución de 1688.

- Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789.
- Constitución española de 1812.

Todas estas normas tienen en común establecer las garantías procesales del justiciable, respetando su dignidad como persona.

(Chichizola, 1989)

La garantía del debido proceso ha sido incorporada, en forma más o menos explícita, a la mayor parte de constituciones del siglo XX, no solo del resto del continente americano sino de todo el mundo, además fue incluida en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en cuya cláusula 8 se establece que “toda persona tiene un recurso para ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la constitución o por el ley “ este principio se complementa con la cláusula 10, en la que se preceptúa que” toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones y para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

2.4. NOCIÓN DE DEBIDO PROCESO:

(Gonzalo Perez, 1995)

En el estudio del debido proceso encontramos una gran variedad de conceptos desarrollados por la doctrina nacional y extranjera que a nuestro entender resultan deficientes, para ello comenzaremos con el jurista español Gonzalo: “...llamamos debido proceso aquel proceso que reúna las garantías ineludibles para que la tutela jurisdiccional sea efectiva, empezando por las garantías del juez natural.

(Esparza Leibar, 1995)

En caso de la jurisprudencia española hay dos tendencias: La primera que considera al debido proceso como aquella garantía integrada por los elementos del Art. 24.2 C.E., que es uno de los elementos de la tutela judicial efectiva, y segunda que el concepto de debido proceso como sinónimo de tutela judicial sin indefensión, una forma más de referirse al derecho a la jurisdicción...”

(Quiroga León, Anibal, 2001)

Señala “el Debido Proceso Legal en el Derecho Procesal Contemporáneo es el relativo a lograr y preservar la igualdad...” Las definiciones mencionadas sólo hacen alusión a un elemento del debido proceso, la cual es insuficiente.

“El debido proceso legal es, pues, un concepto moderno íntimamente referido a la validez y legitimidad de un proceso judicial”, más adelante agrega “a través del debido proceso legal podemos hallar ciertos mínimos procesales que nos permiten asegurar que el proceso como instrumento sirve adecuadamente para su objetivo y finalidad...”.

(Ticona Postigo V. , 1999.)

Ticona, cita a De Bernardis, que sostiene que el debido proceso es una garantía y un derecho fundamental de todos los justiciables que les permitirá, una vez ejercitado el derecho de acción pueden, efectivamente, acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven a la autoridad encargada de resolverlo a pronunciarse de manera justa, equitativa e imparcial. Es decir, aquellos elementos mínimos que resultan exigibles por los justiciables para que el proceso que se desarrolle -cualquiera que este sea- pueda permitirle acceder a la cuota mínima de justicia a la que este debe llevarle. De esta manera, el proceso se constituirá en el vehículo que proporciona y asegura a los justiciables el acceso a la justicia, entendida esta como valor fundamental de la vida en sociedad.

Para el citado autor el debido proceso legal, proceso justo o simplemente debido proceso (así como el derecho de acción, de contradicción), es un derecho humano o fundamental que tiene toda persona y que le faculta a exigir el estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez competente e independiente, pues, el estado no solo está obligado a prever la prestación jurisdiccional (cuando se ejercita los derechos de acción y contradicción), sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que se aseguran tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un contenido humano de acceder libre y permanentemente a un sistema judicial imparcial. El eximio jurista confunde su concepto de acceso a la justicia, con el debido proceso y la tutela jurisdiccional, extendiendo mucho el concepto de debido proceso.

Y solo se circunscribe al principio de imparcialidad y que es loable la importancia que le da al sustento axiológico de justicia al debido proceso.

PARODI, CARLOS (1998)

Asevera que el concepto del proceso, alcanza determinada connotación si le antepone al término debido, pues su sola lectura permitirá presuponer que existe o que puede un proceso “no debido” lo que equivaldría a un proceso indebido, pero si al proceso debido lo relacionamos con la Constitución... posibilitando el debido cumplimiento de los principios de oralidad...”.

(Espinosa-Saldaña Barrera, 2003)

El debido proceso no solo se circunscribe en las garantías del proceso, pues tiene una fundamentación Axiológica, “Veamos pues como nos encontramos ante un concepto cuyos alcances no solamente se limitan a un escenario jurisdiccional, sino que son alegables tanto en un ámbito administrativo como incluso en relaciones corporativas entre particulares y, además, que no se limita al mero cumplimiento de ciertas pausas sino que está internamente ligado a la consecuencia del valor justicia...”

(ORTECHO VILLENA, (1994)

Fundamenta desde un punto de vista axiológico el debido proceso. Desarrolla dos principios fundamentales: la dignidad humana y la justicia. También señala “Si consideramos a la dignidad como el valor, consiste en la estimativa y respeto a nosotros mismos por consiguiente también a los demás, y por considerarnos entes valientes, por nuestra propia naturaleza y aunque este valor también es el fundamento de los demás derechos fundamentales, la justicia, si representa en un fundamento axiológico exclusivo o casi exclusivo del debido proceso. El debido proceso es una condición o conjunto de condiciones cuando menos de la justicia...”

La doctrina argentina señala la dimensión axiológica del derecho en el proceso, como lo señala el maestro Monroy Gálvez.

(Bertoli J. , 2002)

Menciona sobre el valor de justicia: “entre los principales valores comprometidos, se destaca el valor justicia y el cual nos conduce, derechamente, a la noción rectora del proceso justo”, asimismo señala: “el valor de seguridad, en tensión dinámica con el valor justicia se realiza el valor de seguridad que, al igual que aquel, exige la existencia de un derecho positivo.

El proceso judicial en cuanto constitutivo de un fenómeno social, está sometido, en nuestro círculo de cultura jurídica con ordenamiento particular de índole técnico legislativo, los códigos de la materia, es decir existe reglamentación previa para arribar a la obtención de lo justo concreto... ello implica seguridad, vía previsibilidad; además, más adelante agrega el valor de utilidad, “A su turno, justicia y seguridad se conecta con el valor utilidad, en cuyo alcance opera la deuda “medio-fin” central en la problemática del proceso judicial.

Aplicado ello al proceso judicial, concebido como objeto instrumental del derecho de fondo a nuestro entender cabe diferenciar, por un lado el valor

instrumental, cuya consideración debe efectuarse desde el producto obtenido mediante ese instrumento, esto es, desde la sentencia final de mérito.”

Es una visión bilateral del derecho, por un lado como una realidad normativa, donde prima el valor de seguridad jurídica, que tiene como fundamento el principio de legalidad, y por otro la dimensión axiológica, empero esta visión es incompleta e incorrecta que responderemos más adelante.

2.5. BOSQUEJO PARA UNA CONCEPTUALIZACIÓN DEL DEBIDO PROCESO:

2.5.1. Nuestra visión del derecho:

(FERNANDEZ SESSAREGO, (2002)

Para enfocar nuestro punto de vista sobre el debido proceso es necesario tener un fundamento en la filosofía que es el animus del derecho. La filosofía se hace indispensable al jurista, el científico del derecho contribuye método y puede decir una razón primaria de su existencia y su sentido.

Asimismo, se debe tener claro el concepto de derecho. El derecho no es ciencia abstracta, neutra de la actividad humana social. Por eso evoluciona y cambia. La experiencia jurídica es dinámica, fluida, como la vida, como la historia, fuera de la historia es imposible aprenderlo.

Definir el derecho es una tarea de nunca acabar, como una discusión sempiterna empero es necesario tener una postura en base a una posición filosófica; y es arduo resumir en pocas líneas, el fundamento de esa concepción, comprimir toda una visión del derecho.

El derecho debe conceptualizarse a partir de la realidad, allí podemos encontrar, la unidad ineludible de la presencia de tres elementos y que están en constante interacción dinámica; una dimensión sociológica-existencial, realidad normativa y los valores, que a la vez no pierde su perfil propio. Si analizamos la dimensión sociológica-existencial, la realidad normativa y los valores estáticamente y yuxtapuestas una al lado del otro no llega a

configurar el derecho, la tridimensionalidad nace de la dinámica, que es indispensable la presencia de todos los elementos sino estaríamos en una visión unidimensional del derecho porque la vida humana social solo no es derecho, pero es elemento básico, porque el ser humano es protagonista del derecho, no hay derecho sin vida humana en la dinámica social; al igual que la norma solo no es derecho, de igual modo los valores.

Sessarego señala: “En la experiencia jurídica observamos que lo primero es la vida humana coexistencial. Vida humana coexistencial que exige de una adecuada obligatoria regulación para hacer posible, precisamente, esa convivencia, por ello mientras existe la sociedad estará presente la regulación de las relaciones interhumanas que en ella se manifiesta.

(FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS, (1990)

La vida humana es la dimensión primaria del derecho en tanto que sin su presencia no hay nada que valorar, ni menos nada que normar. La conducta interferida, compartida en el seno de la comunidad humana resulta ser lo que los juristas verifican como “el contenido” de las normas jurídicas y el objeto de una determinada valoración jurídica. De lo expresado se desprende en consecuencia que la integración dinámica de estas tres dimensiones –la coexistencial, lo formal y la axiológica- nos permite aprender el derecho como una totalidad (como una unidad conceptual).

2.5.2. Nuestra definición entorno del debido Proceso:

La necesidad de enfocar el derecho desde un punto de vista tridimensional se extiende a todo fenómeno jurídico, en caso al tema sub examine, la dimensión normativa, es el conjunto de garantías señalada en la constitución Art. 139 y Código Procesal Civil, ellos como parámetros para un proceso válido y eficaz, pero ello siempre aspira hacia una visión valorativa que es la justicia; ¿hoy habremos alcanzado la justicia y la dignidad humana o acaso es aspiración constante del proceso y del derecho?

Esta visión será incompleta sino tenemos en cuenta al ser humano y su desarrollo coexistencial. Sessarego señala: "...para una cabal comprensión de lo que es el derecho es necesario, previamente, aproximarnos a la naturaleza de quien es su sujeto o dicho en otros términos, de aquel ente que lo justifica y le otorga por consiguiente, su razón de ser..." para nuestro tema sub examine nos interesa que el ser humano es el centro del ordenamiento jurídico, sin embargo, el vivir implica convivir, como señala el jusfilósofo Carlos Fernández Sessarego en su exemplum de cátedra, el pez es al agua como el hombre es a la sociedad, el pez fuera del agua es pescado; el problema está como convivir en nuestro país, con males estructurales, dictaduras de civiles y militares que han reinado en nuestro país, y una democracia formal incipiente, con ello casi imposible que se aplique el debido proceso sino invitamos a hacer memoria que paso en la década del 90, en nuestro país.

Y en conclusión: El debido proceso es un derecho fundamental, subjetivo y público que contiene un conjunto de garantías: principios procesales y derechos procesales, que tienen las partes en el proceso. El cumplimiento del debido proceso garantiza la eficacia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Estas garantías, principios procesales y derechos son *númerus apertus*, teniendo como parámetro a la valoración jurídica de la justicia y la dignidad humana, es decir, el ser humano como centro de la sociedad y su convivencia dentro de un Estado de Derecho basado de una democracia sustancial como presupuesto para el desarrollo y eficacia del debido proceso. Hace un tiempo este derecho humano perteneció a la Teoría General del Proceso con otra denominación y a partir de la constitución de 1979 ya pertenece al ámbito constitucional, y ello se plasma en la constitución vigente, en el artículo 139.3.

Debemos señalar que el debido proceso aparece en Inglaterra en 1215, como una garantía, para ser sancionado debe existir un juicio previo, y en 1580, América Latina sufrió la "conquista" de parte de los españoles y con ello se produce una ola de violación a los derechos fundamentales, procesos sin

garantía, allí se plasma la tesis que la jurisdicción es la expresión del poder; hoy en plena época moderna donde existe muchos instrumentos internacionales sobre derechos humanos y convenios por doquier, en Irak y otros países no democráticos, se violan los derechos fundamentales sin ningún reparo, por ello señalamos que es importante la democracia de un país para que se cumpla eficazmente el debido proceso y además es su base fáctica para su conceptualización, ello con respecto de la democracia y como aspiración de sociedad.

ROBERT ALEXY (20002)

Señala que los principios son un tipo de normas más complejas “a menudo, no se contraponen regla y principio o norma y máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo los conceptos de normas. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser, ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para el juicio concreto de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente, la distinción entre regla y principio es pues una distinción entre dos tipos de normas.” Por las razones señaladas los principios forman parte estructural de la definición del debido proceso.

En caso de los valores

Asimismo este derecho es aplicable a todo tipo de proceso público o privado (arbitral administrativo) por consiguiente que forma parte de la teoría general del proceso.

Además, existe un error en el novísimo Código Procesal Constitucional, en el artículo 4, donde hay una total confusión con el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, ello como un derecho fundamental y derecho generador del primero, y él tiene fases como acceso a la justicia, el debido proceso como camino a la sentencia, y una sentencia justa. Y no solo ello es la confusión

sino la de confundir la tutela jurídica, la tutela jurisdiccional efectiva y la tutela procesal efectiva, que es una institución jurídica más estrecha.

2.5.3. ANALISIS HISTORICO DE LOS ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO:

Hay mucha discrepancia de opiniones en la doctrina, ello sucede cuando vemos desde la doctrina española que construye este derecho en base de jurisprudencia y de tratar de acercar el tema sub examine al derecho constitucional.

Como bien sabemos la historia del proceso en el sistema germano-romano producto de los acontecimientos sociales que vivieron los pueblos que adoptan este sistema y fruto de la ideología imperante de marco en su tiempo.

La primera etapa, los orígenes, fue la práctica forense en los siglos XVI a siglos XVIII, el objeto de atención era el derecho romano, en su objeto de escribir libros, no aspiraban a hacer ciencia sino de enseñar el modo de proceder, los que escribían eran aquellos que no eran juristas sino prácticos.

El segundo es el procedimentalismo en el siglo XIX empieza con la codificación producto de la ideología de la Revolución Francesa, en base de la sobre valoración de la ley, la concepción se verá en los Códigos, la fuente de todo el derecho, fue la plenitud del ordenamiento jurídico, ello fue el conjunto de normas que regulaban la forma de obtener justicia.

La tercera etapa es el procesalismo, a mediados del siglo XIX, en Alemania a través del método casuístico intento hallar reglas comunes del proceso y el concepto del derecho de acción en la polémica de Windscheid y Muther (1856 y 1857) asimismo contribuyeron otros procesalistas, ellos elaboraron una teoría general del proceso, dentro de ella conceptualizaron los principios del proceso como señala Peyrano en su parte introductoria de su libro.

Paralelamente el sistema common law tiene su propia peculiaridad histórica y normativa basado en la costumbre es decir el precedente jurisprudencial. Este

sistema no predomina las normas escritas, ello no quiere decir que no las existen, lo que pasa la primera fuente de derecho es la jurisprudencia. En Inglaterra nace el debido proceso como ya señalamos, luego pasa a Estados Unidos después se materializa en los tratados internacionales sobre derechos humanos. En el caso español fue prescrito en la Constitución Española de 1978, los tribunales españoles comienzan a desarrollar a través de la jurisprudencia el debido proceso, vale decir entra en un proceso de adaptar el debido proceso a nuestro sistema germano-romano.

Nuestra preocupación es adecuar, -no copiar- a nuestro sistema y a la teoría general del proceso el debido proceso, por consiguiente llegamos a la conclusión que los principios procesales ya fueron conceptualizados al inicio del procesalismo y por tanto son contenidos del debido proceso y ellos garantizan un proceso justo y válido.

En caso de los elementos del debido proceso tiene importancia, porque permite alcanzar la finalidad de satisfacer los intereses de los justiciables, pues de nada serviría acceder al órgano jurisdiccional, si el proceso conforme al cual se va a dilucidar una pretensión, no reúne los supuestos que garantice para alcanzar la tutela jurisdiccional efectiva.

Claro está las diferencias entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional que tienen alcances y características distintas, además el contenido del debido proceso tiene propios atributos con perfiles y alcances distintos, como ya señalamos integrada por principios, garantías, etc, ellos casi siempre se efectiviza en los actos procesales determinados, en cambio el debido proceso es parámetro mínimo del proceso que busca materializar el tutela jurisdiccional Efectiva.

Al terminar estas líneas de abstracción y tema sub examine, tenemos que resaltar su importancia práctica, porque solo teniendo claro las definiciones podremos aplicarlo a un caso concreto, y como manifestó un magistrado los principios procesales son como el padre nuestro para el cristiano y no ser

positivistas a ultranza esclavos de la ley, además son elementos de la norma adjetiva.

En cuanto al debido proceso, dentro de nuestras tentaciones académicas irrefutables, solo se pretende resaltar el aspecto axiológico y sociológico para una comprensión integral del tema y que todo no está dicho.

2.5.4. Concepto

Debemos señalar que éste no constituye un concepto acabado tanto en la práctica doctrinaria como jurisprudencial. En tal sentido, lo primero que debemos señalar es que el concepto del debido proceso legal constituye un «estándar jurídico» cuya aplicación variará de acuerdo a lo antes señalado.

Entender el debido proceso legal como estándar jurídico nos condiciona a tener en consideración que éste contiene un conjunto de elementos de origen procesal cuya presencia en el proceso constituye la verdadera y concreta expresión del debido proceso legal, es decir, cuanto mayor sea la presencia de elementos y su intensidad con que participan, más pleno resultará el proceso y deberá estar presente siempre en toda clase de procesos.

Bajo los mismos lineamientos podemos definir al debido proceso, siguiendo a QUIROGA LEÓN (1989), como una institución procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso judicial jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, la justicia y legitimidad de su resultado.

2.6. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO EXIGIBLE ANTE CUALQUIER ÓRGANO O AUTORIDAD ESTATAL.

En términos generales, el debido proceso puede ser definido como el conjunto de «condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial».

MARCELO DE BERNARDIS: (1985)

«Podemos definir el debido proceso procesal como el conjunto mínimo de elementos que deben estar presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la concepción de justicia en el caso concreto».

De acuerdo a la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación de las garantías del debido proceso no sólo son exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional. En este sentido ha señalado:

«De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un «juez o tribunal competente» para la «determinación de sus derechos», esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8° de la Convención Americana».

Este criterio ha sido reafirmado en diferentes decisiones a nivel de la Región Andina. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el Congreso de la República es titular de la función jurisdiccional cuando a través de sus diferentes órganos ventila las acusaciones contra altos funcionarios del Estado mencionados en el artículo 174° de la Constitución. En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que en dichos eventos las actividades que llevan a cabo la comisión de investigación y acusación de la

Cámara de Representantes, la comisión de instrucción del Senado, la plenaria de ambas cámaras, etc., constituyen una manifestación de la función jurisdiccional, análoga a las etapas de investigación y calificación que realizan los fiscales y jueces comunes.

Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que el debido proceso «está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, *incluidos los administrativos*» (cursivas nuestras). Desde esta perspectiva el Tribunal ha precisado que «el Debido Proceso Administrativo, supone en toda circunstancia el respeto por parte de la administración pública de todos aquellos principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada y a los que se refiere el artículo 139° de la Constitución del Estado (verbigracia; jurisdicción predeterminada por la ley, derecho de defensa, pluralidad de instancia, cosa juzgada, etc.)».

Resulta interesante mencionar, asimismo, que el Tribunal Constitucional peruano ha determinado claramente que en las instancias o corporaciones particulares también es exigible el respeto del debido proceso. Así lo manifestó el Tribunal a propósito de una sanción aplicada a una persona en un procedimiento disciplinario llevado a cabo en una asociación deportiva. En esta decisión, el Tribunal señaló que el respeto a las garantías del debido proceso también debe ser observado «en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado».

En cuanto al Tribunal Constitucional de Bolivia, esta corporación ha señalado también que las garantías del debido proceso son aplicables a toda instancia a la que la ley atribuye capacidad de juzgar, como ocurre, por ejemplo, en el caso de determinadas corporaciones de la administración pública.

A nivel de la jurisprudencia constitucional comparada, existe, en consecuencia, una marcada tendencia a proteger las garantías del debido proceso no solamente en los ámbitos de actuación de los órganos del Poder

Judicial sino ante cualquier instancia que tenga competencias para determinar derechos u obligaciones de cualquier índole, incluso instituciones de carácter privado.

SCHIAPPA PIETRA, (2000)

la «corriente del debido proceso procura la realización de valores como la justicia y la equidad, pero además en consonancia con los consensos universales alcanzados recientemente, se basa en la valorización del individuo como sujeto primario de todo orden legal y político, y en la consiguiente necesidad de limitar el poder público. No puede perderse de vista que el estigma y la pérdida de libertad que pueden resultar de un proceso penal, constituyen la más grave privación que el Estado puede imponer sobre el individuo. No es casual que la corriente de control penal sea la preferida por los regímenes autoritarios, o la reacción típica ante situaciones de honda conmoción en la opinión pública frente a la ocurrencia de delitos atroces».

2.6.1. Dimensiones del debido proceso.

Todas estas precisiones sobre los alcances de la expresión “Due Process of Law”, fueron también generando otra importantísima consecuencia: la de una múltiple comprensión de dicho concepto.

Se puede entonces hablar de una dimensión sustantiva y otra procesal del Due Process of Law.

2.6.1.1. La Dimensión sustantiva del Debido Proceso o Debido Proceso Sustantivo.

Esta dimensión, está dirigida más bien a evitar un comportamiento arbitrario de quien cuenta con alguna cuota de poder o autoridad. En nuestro medio, ello ha significado la conformación de un concepto de razonabilidad.

Cuando hablamos de razonabilidad nos estamos refiriendo a un parámetro al cual debe ceñirse la labor de quien cuenta con autoridad: el que se encuentra en esta situación pues, en aras de proteger derechos fundamentales o bienes

jurídicos de significativa relevancia, llegar incluso a establecer límites en el ejercicio de algún (os) derecho (s). Sin embargo, ello no le habilita a actuar de cualquier manera (lo cual implicaría dejar la puerta abierta a la arbitrariedad), sino, y allí se encuentra lo propio del concepto razonabilidad, de acuerdo con fines lícitos (o por lo menos no prohibidos por el ordenamiento jurídico vigente), fines que deberán materializarse a través de medios proporcionales. La proporcionalidad de los medios utilizados será consecuencia de analizar la utilidad, idoneidad y el equilibrio de dichos mecanismos.

La utilidad del medio, implica el responderse si dicho mecanismo facilita el obtener el fin buscado. La interrogante por su idoneidad busca acreditar la adecuación de aquél medio para conseguir dicho fin. Por último, el determinar si se respeta una consideración de equilibrio será consecuencia de evaluar si lo efectuado es o no lo menos perjudicial para la plena vigencia de diversos derechos fundamentales.

Pongamos un ejemplo concreto: si cuando estamos caminando por la calle alguien saca una pistola y amenaza con matarnos, probablemente nuestra reacción, si es que contamos también con una pistola, sea la de intentar disparar primero. Si finalmente así lo hacemos, es muy posible afectar drásticamente el derecho a la integridad o el derecho a la vida del otro. Sin embargo, aquí bien podrá alegarse que hemos introducido una limitación razonable y no arbitraria a esos derechos ya que:

- Actuamos inspirados en un fin lícito, o por lo menos, no prohibido por nuestro ordenamiento jurídico (en este caso, la defensa de nuestra propia vida, frente a una amenaza cierta e inminente en su contra);
- Empleamos un medio que en principio parece proporcional a la gravedad de la amenaza a nuestros derechos (una pistola frente a otra pistola), pues en función a lo que se planteaba, respondía a una evaluación de utilidad, idoneidad y equilibrio en los parámetros que ya hemos explicado.

2.6.1.2. La dimensión procesal o el Debido Proceso.

La perspectiva o dimensión normalmente más conocida del Debido Proceso en el Perú tradicionalmente ha sido la procesal, e incluso circunscribiéndola al escenario del proceso judicial. Desde su formulación inicial, la dimensión procesal del Debido Proceso o Debido Proceso Procesal, fue entendida como el derecho que tiene cualquier ciudadano de acudir a una autoridad competente e imparcial para que dicha autoridad resuelva un conflicto de intereses que tengo con otra persona o personas (la determinación de si se ha contraído o no una deuda, por ejemplo) o una situación de incertidumbre con relevancia jurídica (una sucesión intestada, por citar un caso), dentro de las mayores condiciones de igualdad y justicia posibles para las partes involucradas y dentro de un plazo razonable.

No existe ley alguna destinada a especificar cuáles son los derechos que a su vez componen la dimensión procesal del Debido Proceso. Sin embargo, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial se han ido estableciendo cuáles serían estos derechos. Entre ellos, en una relación que no debemos entender como taxativa, encontraríamos a los siguientes:

- Derecho de acceso a la autoridad destinada a acoger o denegar nuestros requerimientos (pretensiones);
- Derecho de contradecir o a defendernos de una alegación (pretensión) exigida en contra de nuestros propios derechos;
- Derecho a un juzgador imparcial;
- Derecho a un juzgador predeterminado por ley (el cual en rigor no es lo mismo que el juez natural, aunque habitualmente se les confunde);
- Obligación de respetar formalidades que preservan una buena notificación y audiencia para quienes son parte de la controversia;
- Derecho de ofrecer y/o actuar las pruebas que sean pertinentes para acreditar las diferentes posiciones o pretensiones de las partes;
- Derecho a poder obtener las medidas cautelares que permitan temporalmente proteger nuestras pretensiones o posturas;

- Derecho a recibir una resolución a nuestros requerimientos en un plazo razonable, o al menos, sin dilaciones;
- Obligación de motivar el fallo y las diferentes resoluciones que sean necesarias para absolver la controversia pendiente, salvo las de mero trámite;
- Existencia de una pluralidad de instancias que puedan pronunciarse sobre las diferentes posiciones (pretensiones) en juego, siempre que la situación concreta lo permita o el ordenamiento jurídico vigente lo prescriba, dependiendo del caso;

2.7. EL DEBIDO PROCESO PENAL EN EL PERU.

El derecho al debido proceso, principio y pilar fundamental de todo proceso en general, dentro de un Estado de Derecho, se convierte en la piedra angular en la protección de las garantías y derechos fundamentales del individuo. Reconocido no solo por las constituciones de los diversos países en el mundo, sino que también es reconocido por los estamentos internacionales sobre protección de los derechos humanos, se convierte en una garantía de observación y aplicación obligatoria en los distintos países del mundo, incluido el nuestro.

Con la vigencia del proceso sumario, y su respectiva legislación ya comentada, lo que se hace es desconocer e inaplicar dicho principio. Suena irónico en la labor judicial cotidiana leer sentencias cuyos fundamentos señalan que se está impartiendo justicia observando las reglas del debido proceso y demás garantías procesales y de protección de derechos humanos, cuando todos sabemos, incluidos los juzgadores, que dista mucho todo proceso- penal sobre todo- el estar acorde con el debido proceso y respetando las demás garantías procesales.

BURGOS MARIÑOS, V (2002)

Pero ¿qué se debe entender por debido proceso? La doctrina conceptualiza al debido proceso, como aquella garantía general mediante la cual se va a dotar de rango constitucional a todas aquellas garantías específicas que no han sido reconocidas expresamente en la Constitución, pero que se encuentran destinadas a asegurar que el proceso- penal se configure como un proceso justo, conforme a los fines constitucionales y típicos de un Estado de Derecho.

Partiendo del concepto esgrimido y, considerando que éste engloba todas las demás garantías y principios procesales, en el caso peruano existirá una grave vulneración del debido proceso, pues la regulación del Proceso Penal Sumario, ha inobservado todas las reglas de un proceso debido, restringiendo derechos y garantías fundamentales. Pero no solo eso, sino que también ha hecho de este proceso, como vulnerador de todas estas garantías, en especial del derecho a un proceso debido, lo convierte en un proceso inconstitucional, pues contraviene nuestra Constitución y demás instrumentos internacionales de protección de derechos humanos en los que el Perú es parte. En dicho contexto, es urgente cambiar la regulación del proceso penal en nuestro país, dado que, está plagado de inconstitucionalidades [no olvidemos que casi el 80% de los procesos se tramitan en la vía sumaria], ya que solamente se podrá brindar una efectiva seguridad jurídica.

Lamentablemente en nuestro país, quizá por factores políticos, la legislación procesal penal, dista mucho de ser jurídica por las razones ya esgrimidas. Casi nada han hecho nuestros juzgadores para pretender revertir esta situación, y si bien existen proyectos de reforma [consúltense los proyectos de reforma del código procesal penal de 1991, 1995 y 1997] éstos no se pudieron concretar en su debido momento, demostrando nuevamente la falta de voluntad política. Mencionamos a los juzgadores puesto que, de acuerdo a nuestra Constitución, éstos pueden aplicar el control difuso en la interpretación de las leyes [artículo 138], con ellos se podría enmendar la constitucionalidad de los procesos sumarios. Ahora, no pretendemos decir que es

responsabilidad de los juzgadores la ilegitimidad e inconstitucionalidad del proceso sumario, pues esto recae en los legisladores; pero si es responsabilidad de los primeros el velar por la protección del debido proceso, situación que no han revertido.

Sin embargo, magistrados que en su momento si lo hicieron, como es el caso de los señores magistrados del Cono Norte de Lima, quienes en un intento valiente pero fallido, aplicaron el control difuso de la Constitución y se pronunciaron por la inconstitucionalidad del proceso sumario; obviamente esto tuvo una respuesta inmediata por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, al ser elevado el caso a ésta en consulta; los magistrados de dicha Sala Suprema, sin fundamentos legítimamente reconocidos, desvirtúan de una manera absurda los fundamentos de la Sala Superior en la aplicación del control difuso.

En síntesis, se tiene dos situaciones bien marcadas en cuanto al proceso penal sumario, y su vulneración del debido proceso; pues por un lado, se cuestionó dicho proceso, y observando la Constitución se aplicó el control difuso; por el otro, encontramos, uno que desvirtúa todos los argumentos hechos por la Sala que aplicó dicho control difuso, y pese a que los fundamentos que en él se leen son poco convincentes, finalmente tuvieron mayor asidero, ya que se trata de un órgano superior en comparación con el que aplicó el control difuso. Por ende, como dice la misma Sala Suprema, se pretende cuestionar un procedimiento de más de veinte años que regula todos los procesos penales a nivel nacional, y si se pretende aplicar el control difuso para inaplicar el decreto legislativo ciento veinticuatro, acarrearía la nulidad de todos los proceso sumarios.

2.7.1. POR UN PROCESO PENAL CONFORME A LA CONSTITUCION.

Aunque, se pretenda decir que el proceso sumario tiene más de veinte años rigiéndonos, y que al regular casi todos los procesos en el país, no puede dejar de aplicarse la normatividad que lo regula, pues traería consigo la nulidad de todos los procesos penales tramitados en dicha vía en todo nuestro territorio patrio, consideramos que no es un argumento válido.

En todo Estado de Derecho como el nuestro, la aplicación de las normas se deben hacer teniendo en cuenta dos cosas: en primer lugar el rango que éstas tengan y de acuerdo a esto aplicarse y, en segundo lugar, que dichos dispositivos se deben aplicar observando obligatoriamente la Constitución. En ese contexto, y adentrándonos dentro de lo que es el proceso penal, debemos concluir que dicho proceso penal y la normatividad que la regula debe llevarse a cabo conforme a la Constitución.

La Constitución política, como es sabido además de ser la Norma con mayor rango, regula los derechos y garantías de todo individuo, y es en ese correlato que las leyes procesales- penales- deben apuntar al respeto de dichos derechos y garantías. Podríamos decir que la Constitución tiene una vinculación directa en el proceso penal, pues en el caso peruano por ejemplo, encontramos que regula garantías procesales en general, y éstas deben ser observadas y aplicadas por todo juzgador, sobre todo en los procesos penales en donde está en juego derechos fundamentales como la libertad de las personas [cfr. Artículo 139º de la Constitución de 1993].

AVALOS RODRIGUEZ, C. (2002)

En ese orden de ideas, son muchos los autores que se pronuncian por el desarrollo de un proceso penal conforme a la constitución; y es que la interpretación que se le debe dar a todo proceso penal, debe ser considerando a esta Norma Suprema.

KARL LARENZ, (2001)

Nos dice cómo debe ser ese sentido de interpretación de la ley conforme a la Constitución por parte del juzgador, manifestando el jurista alemán que, el Juez que interpreta- la ley- ha de prestar atención, en la concretización de los principios constitucionales, al primado de concretización del legislador. En otra parte refiere: en la concretización por el legislador o el juez- sin interpreta conforme a la constitución-, se ha de prestar siempre atención a la armonía de los principios constitucionales, que se pueden recíprocamente, pero también limitar recíprocamente.

Partiendo de lo antes esgrimido, si consideramos que nuestro proceso penal sumario, contraviene derechos fundamentales y por ende la propia Constitución, ésta puede corregirse si es que se aplica el proceso penal conforme a la Constitución, es decir una interpretación conforme a ésta. Era correcto entonces el control difuso que aplicó la Sala Penal del Cono Norte, que lamentablemente fue corregida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Ahora, esto que se hizo va a tener sus consecuencias posteriores, y es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si alguno de los procesados lleva este caso a dicho organismo, no debe sorprendernos si es que se declara la nulidad del proceso y por ende deba ser procesado nuevamente; podemos mencionar algunos casos, que aunque se llevaron a cabo en un fuero especial [me refiero al caso de los procesados por terrorismo], dichos procesos han sido revisados y declarados nulos, pidiéndose que se vuelva a procesar a dichos sujetos conforme manda el debido proceso.

(BERNALES BALLESTEROS, ENRIQUE, 1999)

Es necesario pues, una reforma única del proceso penal, y aunque ya se dio el primer paso con la entrada en vigencia del nuevo Código procesal penal del 2004, esperamos que esta vez, si llegue a entrar en vigencia, y no siga la misma suerte de sus predecesores de 1991. Mientras tanto, debería

observarse la vinculación directa de la Constitución en nuestro proceso penal, aplicando el juzgador para ello el Control Difuso de la constitucionalidad, en donde se prefiera entre todas las leyes a la constitución cuando las de rango inferior contravengan ésta. Con ello se daría un paso importante en el camino hacia la concretización de un proceso debido, más justo y equitativo entre las partes, por eso es menester la observación de la constitución en el proceso penal. En otras palabras, si la constitución tiene eficacia directa no será norma sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más; de allí la importancia de la valoración constitucional de todo proceso, sobretodo el penal.

El avance significativo que se pueda dar, dejando de lado el lus Puniendi autoritario y arbitrario dentro de un Estado de Derecho, para convertirse en uno respetuoso de los derechos y garantías fundamentales, debe ser el núcleo para empezar a reformular nuestra normatividad penal, y mientras esto se dé, seamos todos los operadores jurídicos los que nos encarguemos de enmendar esos errores, no permitiendo una vez más un Estado que busque la eficacia antes que la garantía, pues si un Estado inobserva las garantías para demostrar ante la sociedad una eficacia, no ha hecho sino demostrar con esto su propia ineficiencia, sino también su ineficacia, ya que las consecuencias de todo esto serán entre otras la inmadurez jurídica que se tenga, la nulidad de los procesos por parte de los organismos internacionales en los que el Perú es parte y por ende un nuevo juzgamiento; en síntesis, se volverá al principio de todo, demostrando las deficiencias ya mencionadas.

De allí que sea necesario que hasta la pronta vigencia de nuestra nueva normatividad sobre el proceso penal, los señores magistrados interpreten y apliquen las normas de acuerdo a la Constitución, con ello corregirán el error del legislador. Dicha decisión que tomen, debe ser amparada por todas las demás instancias que sobre interpretación y aplicación de las leyes se refiere, ya que esto evitará lo que sucedió hace unos años con la aplicación del control difuso de la constitución que se hizo, y la posterior corrección de una

instancia superior, a algo que hubiese significado un gran paso en cuanto a proceso penal se refiere.

El Debido Proceso, no es sólo una garantía procesal, sino que se convierte en un derecho fundamental, pues éste abarca todos los demás derechos y garantías que goza todo individuo inmerso en un proceso penal. Si atentamos contra cualquiera de los derechos que goza el sujeto procesal, automáticamente se vulnera el debido proceso, y al vulnerar el debido proceso, todo el transcurso de ese proceso penal ya está invalidado por dicha vulneración, por tanto, la decisión final que se tome independientemente de ésta [sea a favor o en contra del imputado], ha sido mal llevado y tramitado, debiéndose declarar la nulidad de la misma, y por ende un nuevo proceso penal [aunque en este caso, sólo en el caso que se haya culpado al procesado, pues si se absuelve no será porque se haya considerado la vulneración del debido proceso, sino porque las pruebas así lo demuestran], situación que si se diera, traería consigo mayor retraso y carga procesal, situación que en nuestro sistema judicial no sería nada bueno tener. La decisión de revertir todo esto, está en todos nosotros, tan sólo falta la voluntad de poder cambiarlo, sobretodo la voluntad política de asumir estos cambios aunque implique correr muchos riesgos, al final estoy convencido que esos riesgos valdrán la pena y serán superados; posterior a ello, dicha voluntad será recompensada, convirtiéndonos en un Estado que sea preferida la Garantía antes que la Eficacia, pues la primera trae consigo a la segunda, pero no en sentido inverso.

CAPITULO III

LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

3.1. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Jurisdicción, proviene de la expresión latina *iuris dictio* que significa 'decir el Derecho' y alude a la función que asume el Estado, a través de los jueces y tribunales, de administrar la justicia, aplicando el Derecho a los casos concretos que se les presentan. En este sentido se habla también de función jurisdiccional y corresponde a los juzgados y tribunales determinados por las leyes.

En sentido estricto, por jurisdicción se entiende la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del estado y ejercida por un órgano especial. Tiene por fin la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la paz sociales.

Tomando estos conceptos en cuenta, se puede definir a la jurisdicción como: El poder emanado del estado, aplicado por órganos dedicados a la función de administrar justicia, para investigar y sancionar delitos e ilícitos de toda clase o adoptar medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley.

Función Jurisdiccional, es la que realizan los órganos, ordinarios o especiales, de la jurisdicción, y que se traduce en la aplicación del derecho por la vía del proceso.

José Becerra Bautista, nos ofrece la siguiente definición de la función jurisdiccional: “Es la facultad de decidir, con fuerza vinculativa para las partes, una determinada situación jurídica controvertida”

3.2. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DESDE EL PUNTO DE VISTA FORMAL Y MATERIAL

La función jurisdiccional desde el punto de vista formal alude a la organización constitucional que asigna la tarea de ejercer dicha función al poder judicial de la federación, fundamentalmente para preservar el derecho.

La función jurisdiccional desde el punto de vista formal, es la actividad que normalmente corresponde al poder judicial.

Para caracterizar a la función jurisdiccional es necesario también considerar el criterio material y detenernos en los elementos propios lógicos o naturales del acto jurisdiccional.

La función jurisdiccional es una actividad del estado subordinada al orden jurídico, productora de derechos, en los conflictos concretos o particulares que se le someten para comprobar la violación de una regla de derecho y adoptar la solución adecuada.

La finalidad del acto jurisdiccional es declarar imparcialmente el derecho en los casos controvertidos o de conflictos que son de su competencia. En todo acto jurisdiccional estamos en presencia de un conflicto de intereses que amerita la intervención judicial para mantener el derecho o la naturaleza del derecho controvertido. Establecida la litis, ofrecidas las pruebas, la sentencia es la culminación de ese proceso.

El acto jurisdiccional es imparcial, hace cierto y establece el derecho dudoso o incierto que se ha planteado al juez.

3.3. ORGANIZACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Justicia y jueces.

Los fines de la jurisdicción solo pueden ser alcanzados mediante un órgano jurisdiccional cuya composición permita su adecuado funcionamiento y

mediante unas normas positivas de derecho procesal que sean aptas para los mismos propósitos.

Es este el problema fundamental de la justicia. Las normas positivas de derecho material resultan ineficaces si no es posible su adecuada actuación en los casos particulares, mediante un proceso; y esto no se logra sino cuando se dispone de esos dos medios indispensables que son: El órgano calificado para hacerlo y las normas procesales adecuadas para su intervención.

Jueces y órgano jurisdiccional

Son los jueces y magistrados las personas encargadas de administrar justicia; pero no son el órgano jurisdiccional, ya que éste existe independiente de las personas físicas que ocupan sus cargos.

Los jueces y magistrados personifican los diversos despachos en que se descompone el órgano jurisdiccional: Corte, tribunales, juzgados; pero no se confunden con ellos.

Teóricamente, la justicia se administra por esos órganos o entidades, no por un juez o magistrado; es el juzgado, el tribunal o la corte, quienes pronuncian las sentencias.

3.4. LA CARRERA JUDICIAL

Se entiende por carrera judicial la organización de los funcionarios jurisdiccionales a base de permanencia, estabilidad, escalafones y ascensos, mediante concursos de méritos.

La carrera judicial implica que se ingrese a la judicatura en el grado inferior, previo el cumplimiento por parte de los candidatos de los requisitos establecidos y el sometimiento a la aprobación de un curso especial de

postgrado de tiempo completo y duración no menor de dos años, sin necesidad de estar desempeñando un cargo de juez.

Para las promociones a grados superiores se consideran como únicos candidatos quienes hayan ingresado a la carrera y estén desempeñando cargos inferiores, o similares pero en lugares de menor importancia.

Cuando se produzca una vacante para juez y existan funcionarios de carrera con antecedentes meritorios, en cargos de igual jerarquía, pero ubicados en lugares menos importantes, lo pertinente es llenarla con el traslado de uno de aquellos y abrir el concurso para la vacante que deje el favorecido. El traslado debe ser también por concurso de méritos y antecedentes.

3.5. CLASIFICACIÓN DE LOS ÓRGANOS, DESPACHOS U OFICIOS JUDICIALES

I. Desde el punto de vista de sus funciones.

- Según la clase de jurisdicción que en ellos se ejerce, se distinguen en ordinarios y especiales.
- También se distinguen los judiciales propiamente dichos y los de policía;
- Pueden distinguirse asimismo los encargados de juzgar y los que tienen por función única instruir o preparar los procesos.
- También se distinguen los que ejercen jurisdicción juzgando o instruyendo y los que solo desempeñan un papel de colaboradores, solicitantes o requirentes, como el Ministerio Público.
- También los hay superiores e inferiores, entre los varios de la misma jurisdicción.

II. Desde el punto de vista de su composición y formación

- Existen órganos y despachos únicos y múltiples, según que existan o no varios de la misma categoría en cada país

- Los hay singulares y colegiados, los primeros formados por un solo juez, y los últimos, por varios, que ejercen sus funciones simultánea y conjuntamente, en salas plurales.
- En un sentido relativo, puede hablarse de órganos u oficios permanentes y temporales; aquellos, cuando forman parte de la organización judicial (juzgados, tribunales, corte, consejo de estado) y estos, cuando sólo ocasionalmente ejercen funciones jurisdiccionales, como sucede con los tribunales de árbitros y los jurados para ciertos procesos penales.

3.6. INSTITUCIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La función jurisdiccional es instituida por el estado mediante tres actos básicos:

- En primer lugar el estado crea los órganos jurisdiccionales ante los cuales deben los particulares formular sus demandas y hacer valer sus pretensiones en ejercicio del derecho de acción.
- En segundo lugar, y con el objeto de que la actividad jurisdiccional se desenvuelve en forma ordenada y eficaz, el estado señala a cada órgano jurisdiccional el ámbito de su competencia.
- En tercer lugar, con el objeto de hacer posible el conocimiento y la decisión de la controversia y normar la actividad de los sujetos procesales, el estado dicta las normas de procedimiento es decir, instituye el proceso.

3.7. ELEMENTOS QUE PUEDEN UTILIZARSE PARA CARACTERIZAR A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.

La función jurisdiccional puede caracterizarse por su motivo o por su fin, es decir, por el elemento que provoca esa función y el resultado que con ella se persigue.

La función jurisdiccional supone, en primer término, una situación de duda o de conflicto preexistentes; supone generalmente dos pretensiones opuestas cuyo objeto es muy variable, de aquí se desprende que si el antecedente o motivo de la función jurisdiccional es un conflicto de derecho que no puede

dejarse a las partes resolver, el primer elemento del acto jurisdiccional consiste en la declaración que se haga de la existencia de tal conflicto.

Así, el primer elemento al que nos referimos o sea la declaración de la existencia del conflicto, constituye un acto que por sí solo no tiene ningún carácter jurídico, puesto que hasta ese momento no hay más que una simple operación lógica de formulación de un silogismo en que la mayor está representada por la norma o situación jurídica que se pretende afectada, la menor por el hecho, estado o situación, que se estima contrario a aquélla, y la conclusión, por la declaración de si existe o no tal contradicción.

Si ahora se considera la finalidad de la función jurisdiccional se llega a conocer el otro elemento que la caracteriza.

La función jurisdiccional está organizada para dar protección al derecho, para evitar la anarquía social que se produciría si cada quien se hiciera justicia por propia mano; en una palabra para mantener el orden jurídico y para dar estabilidad a las situaciones de derecho.

Si esto es así, la función jurisdiccional no puede limitarse a declarar que hay una situación de conflicto pues a esa conclusión puede llegar cualquier particular sin que ni en este caso, ni el de que conozca una autoridad, se satisfagan los fines a los que se quiere llegar. La sentencia, debe como consecuencia lógica de la declaración que contiene completarse con una decisión que haga cesar el conflicto y que ordene restituir y respetar el derecho ofendido.

3.8. LIMITES DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Hablar de los límites de la función jurisdiccional es delimitar la esfera de atribuciones que corresponden al poder judicial en general o a cada juzgado o tribunal en particular.

GUASP, JAIME (2007)

Enseña que los límites de la jurisdicción se determinan sobre la base de tres criterios, subjetiva, objetiva y atendiendo a la actividad específica que la jurisdicción es:

El criterio subjetivo como límite de la jurisdicción, tiene como base la calidad de los sujetos que se encuentran excluidos del poder jurisdiccional. En principio, todos los sujetos que habitan o están en el país, sean nacionales o extranjeros, se encuentran sometidos a la jurisdicción.

Respecto de los nacionales, están excluidos de la jurisdicción penal que no de la civil, los altos funcionarios de la Federación y de los Estados, los cuales no pueden ser procesados sin que previamente sean desaforados mediante un procedimiento en el que intervienen las Cámaras de Diputados o Senadores. Por lo expuesto, el fuero viene a ser un obstáculo que impide al Estado juzgar a un alto funcionario, en consideración a la importancia del empleo que desempeña, sin que previamente se determine la seriedad de la infracción.

Atendiendo a normas de carácter internacional, establecidas sobre la base del respeto mutuo y la soberanía de los Estados, ciertos extranjeros se encuentran excluidos de la función jurisdiccional, como es el caso de los jefes de Estado extranjeros en visita oficial, sus familiares directos, los embajadores y personal extranjero de la embajada.

Los límites objetivos de la jurisdicción, se establecen en consideración a datos externos, materiales, para delimitar la actuación del órgano jurisdiccional. Los límites objetivos se constituyen por la materia que es objeto de la contienda (civil o penal); el valor de los bienes en disputa; la circunscripción territorial donde se actúa y, por último, la jerarquía del órgano jurisdiccional que conoce

del asunto, dando lugar a la competencia por razón de la materia, valor, territorio y grado.

Los límites de la jurisdicción considerada como actividad estatal, según Jaime Guasp se descompone en tres datos esenciales que son: El lugar, El tiempo y la forma en que el acto jurisdiccional se desarrolla.

Por lo que al lugar se refiere, éste constituye un límite a la función jurisdiccional puesto que solo es eficaz la actuación judicial cuando se desenvuelve dentro del ámbito territorial de actuación asignado a cada órgano.

El tiempo como limitante de la función jurisdiccional puede contemplarse desde dos puntos de vista: la vigencia temporal de las normas jurídicas que implantaron la jurisdicción, y la actuación judicial en tiempo hábil que como requisito de validez exigen invariablemente las legislaciones positivas, condicionando la eficacia del acto procesal a su realización con días y horas hábiles.

Por último el límite del acto procesal en cuanto a la forma está determinado por las reglas de procedimiento que señalan los requisitos que debe satisfacer el acto procesal, desde la participación de conocimiento, hasta el examen y decisión de la contienda.

3.9. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DIFERENCIAS

Para Carnelutti la distinción se funda en la diferencia entre el interés público en cuanto a la composición de los conflictos y el interés público en el interés en conflicto, o sea entre el interés público externo y los intereses públicos internos. La función procesal tiende a satisfacer el primero y la administrativa persigue el desenvolvimiento de los últimos. “la función administrativa se cumple en el conflicto; la función procesal, en cambio, actúa sobre el conflicto.

Lo que constituye la diferencia entre jurisdicción y administración es la posición del agente. Es criterio externo, porque no se basa en el fin perseguido, sino en el hecho externo de la posición del juez y de la administración de obrar: el primero, frente a las partes; la segunda, como parte.

Otra diferencia es que en la función jurisdiccional, el juez actúa sobre las partes y resuelve los conflictos o los intereses no litigiosos sin que el estado que representa sea parte de ellos; la administración actúa por conducto de su funcionario como parte en el conflicto o en el asunto que resuelve.

Otra diferencia es que la administración puede obrar no solamente para casos concretos, sino por vía general, mediante decretos o resoluciones de carácter abstracto, que obligan a los ciudadanos que se encuentran en las condiciones y circunstancias previstas,, como ocurre con la ley; en cambio que los funcionarios judiciales no pueden proveer sino para el caso especial y en cada proceso.

Alfredo Rocco sostiene que la función jurisdiccional se distingue de la administrativa, por lo siguiente:

- Mientras que en la actividad administrativa el estado persigue directamente la satisfacción de sus intereses, en cuanto puede ser directamente la satisfacción de sus intereses, en cuanto puede ser directamente obtenida.
- En la actividad judicial interviene el estado para satisfacer intereses ajenos, o también suyos, que han quedado incumplidos y que no pueden ser directamente alcanzados.
- En la función jurisdiccional el estado persigue un fin indirecto o secundario, el de procurar la satisfacción de los intereses individuales o colectivos.
- En la administrativa, un fin que le es propio.

- La actividad jurisdiccional tiene como fin remover los obstáculos que existen para la satisfacción de dichos intereses. No satisface directamente intereses concretos, pero tan solo indirectamente.
- En cambio en la administración provee directamente a sus intereses, y en ningún caso trata de hacer cesar la incertidumbre o la inobservancia de la norma.
- La actividad jurisdiccional tienen por objeto relaciones entre particulares, o cuando tiene por objeto relaciones entre particulares y el estado, se encuentra siempre frente a los intereses particulares, los cuales se presentan como intereses tutelados frente al estado, o sea como derecho subjetivo que el Estado está obligado a respetar.

En cambio en la actividad administrativa el Estado puede ciertamente encontrarse frente a los intereses de los particulares, pero estos no se presentan nunca como intereses tutelados, esto es, como derechos subjetivos que el estado puede respetar.

3.10. MODOS DE SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS DE INTERESES

Existen 3 formas de solución de conflictos de intereses y son:

- La autotutela o autodefensa
- La autocomposición
- La heterocomposición

La AUTOTULELA es la forma de que los particulares terminen sus diferencias sin la necesidad de acudir a los tribunales.

La AUTOCOMPOSICIÓN es la solución del litigio por voluntad de los particulares mediante el acudimiento de estos a los juzgados y tribunales, existen diversas formas autocompositivas como: El desistimiento, allanamiento, transacción, convenio judicial, y arbitraje entre particulares.

DESISTIMIENTO: Desistir, significa renunciar, durante el desarrollo del proceso existen privilegios que la ley o el juez conceden a las partes y cada una de ellas puede ser objeto de desistimiento. Existen 3 clases de desistimiento.

DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA: Una vez presentada la demanda y admitida por el juez, si el actor manifiesta al juez que ya no desea continuar con la misma o la retira, se da por concluido el trámite y se le regresan los documentos al actor, siempre que esto se de antes del emplazamiento al demandado (cuando el demandado no tiene noticia de la existencia de la demanda).

DESISTIMIENTO DE LA INSTANCIA: Se da cuando el demandado ya ha sido emplazado y el actor manifiesta al juez que ya no desea continuar con el trámite, como el demandado ya tiene noticia de la demanda se le da vista por tres días para que se manifieste, si manifiesta conformidad se da por concluido el trámite, si manifiesta inconformidad el trámite deberá de continuar.

DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN: Significa que el autor renuncia en forma expresa a todo aquello que está reclamando mediante su inscrito de demanda, como se renuncia a lo reclamado ya no queda abierta la posibilidad de plantear nueva demanda y como se libera al demandado tampoco se toma su parecer.

ALLANAMIENTO: Es una conducta propia del demandado mediante la cual al contestar la demanda acepta los hechos y se somete a la pretensión de su demandante.

TRANSACCIÓN: Es un contrato por el cual las partes haciéndose concesiones mutuas, terminan una controversia o previenen una futura.

CONVENIO JUDICIAL: Significa que el actor y el demandado han acordado terminar sus diferencias y al efecto celebran ese convenio que es sometido a la aprobación del juez, y si este lo estima ajustado a derecho lo aprobara y ordenara a las partes a cumplir con él.

ARBITRAJE ENTRE PARTICULARES: Existe cuando dos sujetos convienen en someter sus diferencias a la decisión de un tercero e imparcial, en este caso la solución al conflicto la va a dar este tercero.

La HETEROCOMPOSICIÓN es la forma de solución de conflictos, la cual se da mediante la intervención de un tercero ajeno a las partes y que es designado por el Estado, un tercero sin interés propio en la controversia. Existen 2 formas heterocompositivas y son:

El proceso jurisdiccional: este se da mediante el acudimiento de los particulares ante el órgano jurisdiccional, esto es, frente a los jueces locales o federales de única, primera o segunda instancia, según el grado de conocimiento que les corresponda o sean competentes.

El arbitraje ante los organismos creados por el estado: lo encontramos mediante la creación y funcionamiento de las llamadas juntas de conciliación y arbitraje, que son las encargadas de impartir justicia en materia laboral, estas juntas pueden ser locales y federales, y cuya actuación debe ajustarse a lo que establece la ley federal del trabajo.

CAPITULO IV

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERRORES JUDICIALES

4.1. ALGUNOS DATOS HISTÓRICOS DE LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En los regímenes primitivos, señala Teissier, el daño que sufría el particular como consecuencia de la actividad estatal debía ser soportado por el ciudadano, sin que éste tuviera acción alguna para reclamar u obtener indemnización ni contra el agente del cual emanaba directamente el acto, ni contra el soberano. De esta forma aparecían aniquilados, por el Estado mismo, la integridad y el goce de los derechos de sus subditos, en aras de la idea absoluta e injusta de poder del príncipe y de su derecho divino. La idea que pueda tenerse de las derechos individuales o derechos privados parece haber sido absolutamente extraña a las legislaciones de la antigüedad (106).

En el mismo sentido señala Escola," la aceptación de responsabilidad **del** Estado, como resultado de su propia actividad es una concepción que se puede estimar moderna, habiendo sostenido Duguit que esta idea sólo últimamente ha penetrado en la conciencia del hombre civilizado, lo que no quita que en muchas legislaciones positivas, aun en las más avanzadas, sus aplicaciones sean todavía extremadamente limitadas."

4.1.1. El criterio de la irresponsabilidad del Estado en la antigüedad clásica

Durante la antigüedad clásica la idea que se imponía era de irresponsabilidad del Estado, así, debe recordarse que en Esparta y Atenas, el soberano, ya sea la monarquía, la aristocracia o la democracia que según la época gobernaban, disponían libremente de los bienes de los ciudadanos, y no era responsable de sus actos sino ante la divinidad de la cual se lo consideraba una emanación.

Como puede advertirse el principio de irresponsabilidad estaba íntimamente vinculado con el principio de soberanía.

4.1.2. Algunos vestigios de responsabilidad en Roma

Como lo señalé, el principio que dominó en la época de los romanos fue el de la irresponsabilidad del Estado. Nunca se llegó a pensar que los perjuicios provocados por éste o sus agentes pudieran dar lugar a una indemnización en favor de quien los hubiere sufrido, sin embargo, es del caso aclarar que en tiempos de la República, se admitía en supuestos determinados la acción por indemnización de daños contra los funcionarios; de ahí la doble responsabilidad de estos: 1º) ante el fisco, singularmente agravada en la administración de las provincias; 2º) respecto de los miembros de la colectividad, es decir, los administrados. Y aun a veces el particular tenía acción contra el Estado, pero ello era en casos excepcionales, por ejemplo, de expropiación ilegal.

Durante el Imperio Romano el César tenía dos patrimonios, el erario y el fisco, mantenidos con los impuestos y se utilizaban para sostener los servicios públicos. Con ellos Augusto, deseoso de consolidar su prestigio, mandó hacer construcciones y reparar caminos, permitiendo que los accidentes, que ocurrieran durante la ejecución de los trabajos, dieran lugar a una acción de las víctimas contra el funcionario, el que se constituía de este modo en responsable directo de acuerdo con las condiciones estatuidas por el derecho privado.

El desarrollo de la teoría del fisco permitió concretar algunos avances hacia la formalización de la responsabilidad del Estado aunque no se llegó a aceptar en forma sistemática y orgánica esa posible responsabilidad, ya que el soberano, que ejercía y representaba la soberanía, no podía ser responsabilizado.

Posteriormente en la época del Imperio, existió una unidad entre el Fisco y la persona del emperador, en consecuencia éste tenía el carácter de propietario

irresponsable. Es decir, cuando el emperador personificó al propio Estado romano se unificaron ambos patrimonios y la irresponsabilidad de uno se extendió al otro.

Asimismo señala Colautti que, durante esta época, no se admitió la responsabilidad por errores en la administración de justicia, dado que la misión del Estado en el proceso se limitaba a asegurar el equilibrio entre los intereses de la acusación—necesariamente privada—y la defensa.

Por otro lado, debemos advertir que los funcionarios romanos, como representantes del Estado, adquirían y gestionaban por cuenta de su representado y, en consecuencia, lo obligaban; sin embargo estos continuaban siendo responsables en razón y por los medios o forma empleados en la ejecución de su mandato. Ciertamente es que el poder que tenían los funcionarios romanos era casi ilimitado ya que era considerado como derivación de la soberanía, no podían ejercerlo en forma abusiva o despótica sino consultando siempre el interés público. Su arbitrariedad, en todo caso, tenía varios frenos: el veto que otros magistrados podían poner a sus resoluciones — en especial el veto del tribuno— y, como recurso supremo, la *provocatio ad populum* en caso de aplicación de penas capitales. Así el magistrado tenía siempre doble responsabilidad: por una parte, desde el punto de vista político, ante el pueblo; por otra, respecto de los particulares a quienes podía perjudicar con los actos ejecutados durante el ejercicio de sus funciones.

En otro orden de ideas, la responsabilidad del funcionario en este sistema se funda en la circunstancia que se lo considera como un mandatario del Estado, por lo que todo hecho que significara una responsabilidad para éste implica una verdadera extralimitación que no puede recaer sobre el instituyente cuyas consecuencias deben ser afrontadas sólo por la persona que lo ha cometido: *diligentes gerere commissum*.

De esta forma, resulta fácil observar, que los romanos no tenían dificultad alguna en materia de responsabilidad de los agentes del poder, cuestión que en nuestros días, se considera como conteniendo un problema insoluble.

4.1.3. La irresponsabilidad del Estado en el sistema regalista

Posteriormente, con el sistema regalista, el temperamento que propiciaba la irresponsabilidad del Estado se profundiza. Por otra parte, tal como señala Meucci, se proclamaba la impecabilidad del soberano y se consideraba sacrilegio la sola circunstancia de poner en duda que el príncipe no hubiera elegido dignamente sus representantes; ni tampoco debía presumirse que éste hubiera dado mandato con el fin de dañar.

En este sentido se ha destacado que el problema de la responsabilidad estatal es moderno, en otros tiempos su mero planteamiento hubiera sido tachado de sacrilegio político. Así concluye diciendo García Oviedo: "Los términos soberanía y responsabilidad se excluyen. Los daños ocasionados a los particulares por actos del Estado debían ser sufridos por aquéllos como mal mayor, consecuencia de su vida político social."

Puede afirmarse que la teoría que propiciaba la "impecabilidad o infalibilidad del soberano" no contribuyó, tampoco a mejorar las cosas, pues en su virtud se debía reconocer que el mismo siempre elegía bien a sus representantes, sin que se pudiera presumir que la acción de estos llegara a constituirle en fuente de algún daño y, en consecuencia de responsabilidad alguna. El monarca no podía cometer yerros ni mucho menos equivocaciones, de lo cual se deriva el antiguo adagio *the king can do no wrong*. Esta concepción, reconoce sin lugar a dudas una raíz teológica que obligaba a considerar al soberano como omnipotente y omnisapiente.

Teniendo en cuenta tal pensamiento, cuando el funcionario público, representante del rey, provocaba un perjuicio al ciudadano, a lo sumo se consideraba como un daño producto de un caso fortuito o de fuerza mayor.

Por otra parte, el hecho mismo del príncipe se asimila al casus o a la vis divina, no sólo respecto de sus súbditos sino también ante el mismo principado. La forma despótica de gobierno, la confusión de la soberanía con el poder de la administración conducían a tales consecuencias.

Por otra parte, es dable destacar que el absolutismo de los monarcas, en cuyas manos se concentraban todos los poderes, impedía que los súbditos ejercieran acciones tendientes a lograr un resarcimiento de los perjuicios sufridos. Solamente en caso de que el soberano dispensara una gracia supeditada a su voluntad permitía, a veces, satisfacer las exigencias de los mismos. Esta situación de irresponsabilidad del Estado y de sus funcionarios se mantuvo a lo largo del medioevo y también de la edad moderna, debido a la consideración de la reyecía.

Se puede decir que durante la Edad Media, la situación se mantuvo sin mayores variantes que en la antigüedad clásica, los monarcas y príncipes fundaban su poder en el derecho divino, y el Estado desmembrado en numerosos feudos, no respondía por los desmanes y tropelías que se cometían en su nombre, estando amparados los reyes y príncipes por los privilegios e inmunidades que les correspondían dentro de la estructura política y social establecida.

De esta época de la irresponsabilidad del Estado las consecuencias que se derivan son dos:

- 1) que el damnificado no tiene recurso jurídico alguno, ni contra el poder público ni contra los agentes de éste;
- 2) obligación del ciudadano de soportar el daño por aquellos causado.

4.2. EL CAMINO HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

4.2.1. La responsabilidad en el Estado-policía. La doctrina alemana

Durante la vigencia del Estado-policía (polizeitstaat), aparece el reconocimiento de ciertas especies de indemnización debidas a los particulares como consecuencia del ejercicio del poder. Esto trajo aparejado una incongruencia dado que, por un lado, se sostenía la inmunidad del poder, y por otro, se afirmaba el derecho de reclamar indemnizaciones por el ejercicio del poder.

Ante tal estado de cosas, se intentó dar coherencia a estas dos circunstancias. Así, Mayer mediante el uso de la teoría del fisco, consideró que éste no representaba sino un lado del Estado; ese flanco se reconocía y configuraba como una "persona moral" mucho antes que para el resto de su existencia, se concediese tal cualidad al Estado.

En consecuencia, la doctrina del fisco consigue de esta forma un fin que, de otra manera, se hubiese considerado incongruente, esto es, llevar al Estado a juicio. En particular, la doctrina citada, estimaba que determinadas actuaciones del Estado no tenían ninguna diferencia con ciertas actividades que llevan a cabo los particulares; pero las consecuencias de la doctrina del Fisco no se contraen a lo anterior.

Lo difícil no es encontrar aplicación al derecho civil en los casos en que el Estado compra, vende o se obliga. Lo arduo fue hallar fórmulas jurídicas para aquellos momentos en que el Estado mandaba, bien que sus mandatos tuviesen repercusión pecuniaria. Así, el Estado expropiaba al dueño pero al mismo tiempo se imponía al Fisco la carga de indemnizar con dinero; o cobraba dos veces una contribución, y entonces se permitía accionar *condictio indebitis* contra el Fisco. En resumen, cada vez que el Estado impone coactivamente al subdito un sacrificio especial, el Fisco, en virtud de una regla general de Derecho, se convierte en deudor de una justa

indemnización para cuyo pago se le puede emplazar ante un tribunal de justicia.

Por su parte, Fleiner admite el postulado de Mayer, pone el acento en la *iura quaesita* que vienen en tiempos del Estado-policía, a proteger al subdito contra las actuaciones soberanas en tiempos en que no existían otras garantías jurídicas. Está aquí la base del concepto de "garantía de la propiedad privada" que impide la expropiación sin indemnización y que termina por elevarse a teoría general y a su recepción, siglos después, en la Constitución de Weimar".

A su turno Fortshoffha observado que la limitación del *ius eminens* por los *iura quaesita* es una situación que permanece hasta el siglo XVIII, hasta que el *ius eminens* cedió su puesto al Derecho policial, en su amplia acepción de *cura promovendae salutis*, a cuya idea obedecían los parágrafos 74 y 75 de la Introducción al *Allgemeines Landrecht* de Prusia que, después de declarar el sometimiento de los derechos particulares al bien común, establecía la obligación estatal de "indemnizar a aquello cuyos derechos particulares y ventajas se ha visto obligado a sacrificar al bien de la comunidad".

4.2.2. La responsabilidad del funcionario

Con el advenimiento del Estado de derecho se advirtió que no podía justificarse un sistema de irresponsabilidad fundado en razones de soberanía, puesto que soberanía no era de ninguna manera sinónima de infalibilidad.

En el mismo sentido, señala Bielsa: "sostener que cuando el Estado obra como poder público no es posible someterlo a la decisión de sus mismos tribunales, alegando su autoridad entonces no tendría sentido, importaría, evidentemente, argumentar con criterio regalista; aún más, se falsearía también este concepto, porque la soberanía no se menoscaba asegurando el goce efectivo y el respeto de los derechos patrimoniales, sin restricciones fundadas en conceptos dogmáticos, en pugna con las nociones elementales

de justicia. En lo que respecta a la distinción entre el Estado persona jurídica y el Estado poder público, observamos que esta doble personalidad es siempre jurídica y no puede seguirse de la una consecuencias jurídicas y de la otra consecuencias antijurídicas...Por fin, declarar la irresponsabilidad del funcionario cuando obra como tal, es llevar un simple postulado a consecuencias tales que contradicen abiertamente los principios, los derechos y las garantías establecidos en las cartas constitucionales, especialmente aquellas que adoptan el sistema de gobierno republicano *representativo* y, en consecuencia, *responsable*.

De esta forma se admitió la responsabilidad del funcionario público, por un acto arbitrario o ilegítimo, de esta forma el ciudadano podía ejercer una acción contra el funcionario reclamándole la indemnización de daños y perjuicios.

En Francia, la responsabilidad del funcionario encontró una restricción, establecida por el artículo 75 de la Constitución del año VIII. Dicha norma disponía que los agentes de gobierno, con excepción de los ministros, no pudieran ser perseguidos por hechos relativos a sus funciones sino en virtud de una decisión del Consejo de Estado. En este caso, la acción tiene lugar ante los tribunales ordinarios, es decir, que al funcionario se le podía demandar si había una autorización previa del Consejo de Estado, lo cual ponía enormes obstáculos en el sistema. Sin perjuicio de ello, y a pesar de las limitaciones para poder demandar al funcionario público, considero que esta norma constituyó un notable avance, dado que ya existía la posibilidad —ínfima por cierto— de demandar al funcionario.

En Alemania, con anterioridad a la entrada en vigor de las leyes de organización del poder judicial del Reich (1° de octubre de 1879), para demandar al funcionario culpable se requería en gran número de Estados una autorización previa de la autoridad superior del funcionario. El derecho del Reich abolió este sistema y sólo se reservó al Derecho de los Estados la facultad de establecer un procedimiento prejudicial para proteger al

funcionario frente a demandas arbitrarias, pero esta resolución previa únicamente se limitaría a establecer si el funcionario se había hecho culpable de una extralimitación de sus facultades oficiales o de una comisión de los deberes de su cargo. Además, dicha resolución sólo surtía efectos precisando si autorizaba o denegaba la vía judicial, pero una vez admitida la procedencia de ésta, el procedimiento prejudicial no era obstáculo para que el tribunal civil que había de entender en el asunto, estimase por sí mismo si existía una violación del deber oficial que obligara a una indemnización. El procedimiento prejudicial impedía que las autoridades administrativas pudieran sustraer de los jueces a un funcionario culpable pero por otra parte trataba de proteger al funcionario frente a demandas improcedentes.

Dentro de este período podemos citar la Crown Proceeding Act de Inglaterra del año 1947, por medio de la cual luego de una larga gestación se instituyeron reglas de responsabilidad extracontractual por el hecho de los agentes del Estado. Con todo, aunque la ley es general, estableció una serie de excepciones respecto de actos o hechos irregulares que no hacen responsable a la Corona.

En los Estados Unidos de América, también se sancionó una ley que organiza esta responsabilidad; es la *"Federal Tort Claims Act"* de 1946. Es dable señalar que la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado en ese país está constantemente vinculada al régimen de reclamaciones (o demandabilidad) que se inició ante el Congreso cuando se trataba de acciones contra el Estado.

Asimismo, es dable señalar que el ordenamiento jurídico norteamericano creó la *Court of Claims*, la que en su origen (1855) no fue un órgano jurisdiccional, pero con el correr del tiempo, en 1863, se le atribuyó jurisdicción y competencia para conocer y decidir en materia de reclamaciones por indemnización fundadas en daños causados por actos de los agentes del gobierno, apropiación de bienes especialmente con motivo de guerra. Su

importancia funcional aumentó luego de la primera guerra europea de este siglo en la que intervino esa nación

4.3. TEORÍAS RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La idea de soberanía tuvo una incidencia fundamental para sostener la tesis que el Estado era irresponsable. Esta postura, tuvo auge hasta fines del siglo XIX. Sin perjuicio de ello, no debe olvidarse que durante la Edad Media se recibió la influencia de las concepciones cristianas que proclamaron la necesidad de que los gobernantes rigieran los destinos de una comunidad respetando las leyes de Dios y dando a cada uno lo suyo. Asimismo debe tenerse presente que la Iglesia Católica buscaba el reconocimiento *del justu prætium* ante las intervenciones expropiatorias y otras ablaciones patrimoniales.

Por otro lado el absolutismo respaldaba un modelo de Estado con un poder absoluto en su ámbito interno y una independencia absoluta en su faz exterior. Sobre esa base, se puede advertir que el Estado no resultaba responsable.

Con el triunfo de la Revolución Francesa, las cosas no habrían de cambiar demasiado, pues de la soberanía que residía en una persona, el rey, se trasladó tal soberanía al pueblo, en la creencia de que la voluntad general era infalible. Asimismo, la soberanía del pueblo no reconocía límites por lo que se acentuó el despotismo y la irresponsabilidad del Estado.

Es dable destacar que no se concebía que el Estado pudiera causar un daño o lesión en la persona o en sus bienes, dado que se partía del supuesto que aquél establecía los límites para la convivencia social mediante una decisión de tipo político, es decir, una ley, y al ser la ley una expresión de la voluntad general, resultaba impensable que se pudiera ocasionar un daño.

Esta idea de soberanía llevó a La ferriere, en el siglo XIX, a sostener que: "lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación".

a. Teoría de la Representación:

Esta teoría proveniente del derecho civil postula la idea de que el representante realiza una serie de actos, de los cuales el representado es responsable. En el caso de la responsabilidad del Estado el representante es el funcionario público y el representado sería el Estado Nacional, en particular la Administración Pública. Esta teoría funda la responsabilidad en la culpa in eligiendo o in vigilando, esto es, elección del representante por parte del representado.

En 1950, en un fallo de la Cámara Federal de la Capital Federal se hizo aplicación de la teoría que estamos analizando, así se expresó que: "El Estado, representado por los ministerios y administraciones públicas es, como todo comitente, responsable por los daños causados por sus empleados o agentes o servidores, en el ejercicio de sus funciones o cometidos".

Otro fallo sienta un criterio similar: "Es deber del Estado velar adecuadamente por la integridad física de los miembros de la sociedad y la preservación de sus bienes, a cuyo fin es responsable por la elección de los agentes de las fuerzas de seguridad y su adecuada preparación técnica y psíquica que les permita actuar en todo momento —aun en los de descontrolado auge de la delincuencia— de acuerdo a las circunstancias y con el aplomo que ellas exijan".

Debo formular una crítica a esta teoría, dado que en determinadas circunstancias no existe elección por parte de los funcionarios. En este supuesto, la responsabilidad estatal se diluiría por faltar la elección, por lo que en última instancia sería responsabilidad del funcionario que eligió a aquel que eventualmente cometió un daño.

b. Teoría Del Órgano:

La teoría del órgano fue elaborada por Gierke, quien consideraba que el hombre es responsable por el trabajo que ejecutan sus manos. Es decir un

órgano —en este caso las manos— del cuerpo humano hace responsable a la persona. Trasladando esta tesis al plano jurídico, se puede afirmar que cuando un órgano administrativo actúa lo hace en nombre de toda persona jurídica. El antedicho autor alemán expresaba: "La corporación es una persona real colectiva de hombres unidos y organizados para la asistencia corporativa, la cual tiende a la obtención de los fines que pasan la esfera de los intereses individuales, mediante una fuerza común y única de voluntad y acción. Este ser colectivo es un organismo social, dotado, a la par del hombre de una potestad propia de querer y por tanto capaz de ser sujeto de derechos. Este ente surge espontáneamente o por hechos históricos sociales o por constitución voluntaria de los hombres".

Teniendo en cuenta lo apuntado precedentemente, podemos decir que Gierke considera al funcionario o agente público, como un órgano de un gran organismo, cual es la Administración Pública, por lo tanto lo que hace el funcionario o agente hace responsable a la Administración.

Nuestra jurisprudencia ha utilizado la teoría precedentemente explicada para fundamentar la responsabilidad extracontractual del Estado, así se ha expresado que: "Los departamentos de gobierno no son terceros respecto al Estado, ya que a través de ellos debe inexcusablemente obrar, expresando su voluntad y su acción. No son, en consecuencia sujetos distintos del Estado, sino, por el contrario órganos suyos, y por tanto cabe responsabilidad del Estado por su actuación".

c. La Tesis de Rafael Bielsa: La existencia de ley formal. No hay responsabilidad del Estado sino una garantía legal.

En la República Argentina, uno de los principales expositores en cuanto a admitir la responsabilidad del Estado sobre la base de la existencia de una ley formal fue Bielsa. Es dable advertir que el mencionado autor nunca sostuvo la irresponsabilidad del Estado sino que, para admitir tal tipo de responsabilidad, consideraba menester que existiera una ley en sentido formal.

En tal sentido el referido jurisconsulto señalaba "siendo inaplicables e insuficientes los principios del código civil respecto del Estado poder administrador, y siendo directamente responsables sus funcionarios, en nuestro sistema no puede legalmente considerarse responsable al Estado obrando como poder público a menos que la ley *especialmente* así lo establezca como en efecto lo ha establecido en algunos casos, aun cuando entonces más que responsabilidad hay *garantía legal* en cuya virtud se obliga al Estado a indemnizar".

Posteriormente Bielsa, reforzando su tesis, explicaba: "La Corte Suprema ha respetado el principio de irresponsabilidad del Estado; no ha establecido sino que ha declarado esa irresponsabilidad. Para ello ha partido de los siguientes principios jurídicos y reglas legales: 1º) la doble personalidad del Estado: de *poder público* y de *persona jurídica*; el Estado como poder público es irresponsable, pues obra en virtud de su soberanía y por consiguiente no sujeto a responsabilidad alguna respecto de sus súbditos, mejor dicho de los particulares; 2º) como persona jurídica el Estado sólo es responsable contractualmente, es decir a consecuencia de la inejecución de obligaciones nacidas *ex contráctil*, pero no es responsable extracontractualmente o sea *ex delito o cuasi ex delito* en razón de que las personas jurídicas no pueden delinquir, por excepción a estas reglas, el Estado responde —cualquiera sea el carácter en que haya obrado en el hecho o en el acto generador del daño— *cuando una ley expresa así lo establece*".

D. EL Riesgo Social:

Esta doctrina entiende que el fundamento de la responsabilidad del Estado se encuentra en los riesgos sociales que éste asume, lo cual trae como consecuencia la exclusión de la "culpa" estatal.

El Estado ante una lesión que provoque a los particulares por ese riesgo social que asume debería resarcir los daños que eventualmente produzca a sus ciudadanos y que le sean imputables.

Son las ideas propias del Estado intervencionista o Estado benefactor, el cual asume la casi totalidad de las funciones.

El jurista español Entrena Cuesta, señala que la responsabilidad estatal es la última ratio del Estado de Derecho, debido principalmente a la situación de riesgo en la que se ve inmerso el Estado producto de la suma de actividades que asumió.

Por otra parte, León Duguit sostiene una misma posición al decir que:

"Si resulta de la intervención estatal un perjuicio especial para algunos, la colectividad debe repararlo, sea que exista culpa por parte de los agentes públicos o sea que no exista. El Estado es, en cierto modo, asegurador de lo que se llama frecuentemente el riesgo social, es decir, el riesgo resultante de la actividad social, traduciéndose por la intervención del Estado".

Desde mi perspectiva, creo que la teoría del riesgo intenta explicar la suma de actividades que asumió el Estado, pero la responsabilidad del Estado existe aún sin que el Estado haya creado ese riesgo.

La crítica de Marienhoff a la teoría del riesgo social

El jurista argentino Marienhoff sostiene que los riesgos sociales, aun existiendo podrán ser la causa de los respectivos daños y perjuicios, pero en modo alguno constituyen el fundamento de la responsabilidad estatal como obligación de resarcir al damnificado. Asimismo señala el citado autor, que la "teoría del riesgo social" queda absorbida por las consecuencias del Estado de Derecho, cuyos principios, en definitiva, fundamentan la responsabilidad del Estado en el campo del derecho público.

e. La Tesis de Julio Altamira Gigena: "Fundamento En El Bien Común"

El citado jurista parte de la base de que el Estado tiene una doble obligación, por un lado debe atender las necesidades de los particulares y propender al bien común. Por lo tanto, es necesario que el Estado evite cuidadosamente chocar con ese doble escollo, ya que si mira excesivamente al hombre y

olvida a la sociedad, corre el grave riesgo de caer en el *individualismo*. Por otro lado, si se olvida del individuo y vuelca su mirada especialmente en la comunidad, se precipitará hacia el *colectivismo*. Por ello la posición de los gobernantes debe ser ecuánime, mirando a la sociedad sin olvidarse del individuo.

Finalmente concluye el mentado autor, "el fundamento de la responsabilidad del Estado es el *bien común*. Es decir, el bien de toda la comunidad y ella no puede encontrarse plenamente satisfecha si un miembro o un grupo de sus miembros sufre los daños producidos por la actividad de la Administración; por lo tanto le corresponde indemnizar los perjuicios que ocasione".

f. El Derecho a la Vida:

El derecho a la vida es otro argumento esgrimido para explicar las razones que autorizan admitir la responsabilidad extracontractual del Estado. Así, la Jurisprudencia expresa: "La responsabilidad del Estado por los daños derivados de su actividad legítima encuentra base normativa tanto en los derechos a la vida y la integridad física consagrados implícitamente en nuestra Constitución".

"Si el Estado, en el desarrollo de su actividad legítima de derecho público, causa a alguien un daño físico, la víctima tiene derecho al resarcimiento. El conjunto social que se beneficia con la prestación estatal, debe soportar equitativamente el perjuicio que resulta de aquélla, aunque no haya habido ilicitud o culpabilidad en el accionar de su agente. Si esto es así, con relación a perjuicios estrictamente patrimoniales, con mucha razón debe aceptarse cuando lo que está en juego es la salud, la vida o integridad física de una persona, por tratarse de bienes de superior jerarquía."

"El respeto a la vida y a la integridad física del hombre, es el fundamento de la responsabilidad del Estado por la muerte o lesión física causada a una persona, al recibir una herida de bala por la actuación de un policía".

g. El afianzamiento de la justicia como explicación de la responsabilidad extracontractual del Estado:

El afianzamiento de la justicia, es otro fundamento para explicar la responsabilidad del Estado. En tal sentido nuestra jurisprudencia entiende: "La responsabilidad extracontractual del Estado proveniente de su actuación legítima, menciona entre los distintos supuestos posibles, la realización de obras públicas que impliquen una disminución en el valor de los inmuebles linderos de los particulares, ya sea que provengan o no de una obra autorizada por ley. En todos estos supuestos la responsabilidad del Estado es objetiva con total prescindencia de la noción de culpa, pero también sin vinculación con la idea de falta de servicio y se fundamenta en el principio de la justicia legal o general no siendo necesario que exista una ley que reconozca el derecho a la indemnización."

En otro pronunciamiento se esgrimieron los siguientes conceptos: "El fundamento de la indemnización de los daños ocasionados por el accionar lícito del Estado, se encuentra regido por los principios de justicia distributiva, que imponen la necesidad de que la obtención de una utilidad colectiva sea distribuida proporcionalmente entre todos los miembros de la colectividad y no deba recaer toda ella sobre algunos."

El fundamento de la responsabilidad estatal aludida, dentro del estado de derecho reside en la justicia y la seguridad jurídica, siendo la obligación de indemnizar corolario lógico de la garantía constitucional precedentemente mencionada, obligación que, frente a la falta de una disposición expresa para su efectivización, ha de recurrir a los principios generales del derecho común."

Dentro de las teorías que fundan la responsabilidad del Estado, sobre la justicia, debemos citar el pensamiento de Sarria, quien propiciaba que: "la responsabilidad del Estado surge por el hecho mismo de las personas o de las cosas que tiene a su servicio. No es menester recurrir a la teoría de la falta para encontrar el fundamento jurídico de la responsabilidad directa del

Estado, que lleva su aplicación aun en las cosas inanimadas y a los casos en que aquél ejercita un derecho, v.gr. la ejecución de una obra pública daña a terceros. Varios elementos surgen en apoyo del sistema. La equidad juega, entre ellos, rol primordial; también la *justicia* se hace presente, como es lógico, en toda índole de relaciones generadoras de derecho. Si según hemos dicho, el Estado es o *debe ser* justicia... no puede quedar excluida cuando se trata de distribuir entre los ciudadanos esa especie de carga pública del daño, previsible o no, causado por los individuos físicos o por las cosas del servicio público.

h. Fundamento en la Equidad y la Moral:

Una breve aclaración

Antes de entrar a analizar la teoría de Mayer y la equidad, debemos señalar que ésta puede ser estudiada desde dos perspectivas, en un primer aspecto, teniendo en cuenta el daño especial que sufre el ciudadano que es el fundamento para explicar la responsabilidad del Estado en el ejercicio de su actividad administrativa; en segundo aspecto, puede ser abordada como uno de los requisitos para que proceda la responsabilidad del Estado.

Hecha esta breve aclaración, pasaremos a explicar la referida teoría.

La tesis de Mayer:

La doctrina que basa la responsabilidad del Estado en la equidad tiene su origen en el pensamiento germano, a través de la influencia de Otto Mayer, quien sostenía que: "Se trata de indemnizar al individuo por un daño pecuniario que se le ha ocasionado. Esto no se basa en las reglas del derecho civil referentes a la *responsabilidad por hecho ilícito*; puede haber hecho ilícito de parte de los agentes y de los representantes del Estado, pero no es esencial para que la indemnización tenga lugar; ésta corresponde sin que haya que tener en cuenta aquello y hasta por actos completamente legítimos; la responsabilidad es siempre la misma. Tampoco podría invocarse

como base jurídica, los principios del derecho civil, referentes a la restitución de lo indebido, el *enriquecimiento sin causa*; en los hechos que dan lugar a esta indemnización, puede haber algo que se parezca a un enriquecimiento del Estado a costa del súbdito, pero esto no es lo esencial; la indemnización corresponderá aun cuando el Estado no haya obtenido ninguna ventaja positiva. Sin embargo, existe entre esta última institución del derecho civil y la indemnización debida por la Administración una afinidad muy marcada. El punto común es el gran principio fundamental del cual emanan ambas, a saber la idea de equidad.

Por otra parte señala Mayer que: "En la relación entre el Estado y el súbdito, se trata no de pérdidas y de ganancias recíprocas sino del efecto, que surte la actividad del Estado sobre los individuos. Esto no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen; por lo tanto, nada se puede cambiar. Pero a partir del momento en que esos perjuicios afectan a un individuo de manera *desigual y desproporcionada*, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material correspondiente al pasaje de valores que se halla en la repetición de lo indebido, habrá lo que se llama *el sacrificio especial*, que corresponde al enriquecimiento sin causa y que debe indemnizarse. La compensación se hace aquí por medio de una *indemnización pagada por la caja común*, lo que significa la "generalización" del sacrificio especial, correspondiente a la restitución de valores que han pasado en pugna con la equidad.

Según el criterio de la equidad, para que sea viable la reparación patrimonial por parte del Estado, es necesario que concurren una serie de elementos. En primer lugar, debe existir un daño causado por la administración pública. En segundo término, ese daño debe contradecir la equidad, debiendo recaer sobre un individuo de manera injusta. En tercer lugar, el sacrificio especial de ese individuo debe implicar un pasaje de valores semejante al que se produce en el enriquecimiento sin causa.

"Receptando los principios de la moral y equidad, aun antes de la reforma de 1968, los tribunales expresaron que si el Estado en el cumplimiento de sus funciones y deberes (de seguridad, de asistencia, de salubridad, etc.) causa un perjuicio, a un inocente, en principio debe repararlo."

Como podemos advertir Mayer se adelantó a la casi totalidad de la doctrina y jurisprudencia de su tiempo y de muchos años después, asimismo el citado autor ubica el problema de la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público "Al superior le queda reservada la tarea de afectar injustamente; la cuestión de la indemnización pertenece, pues, totalmente al derecho público."

Un escollo en la teoría de Mayer

El problema más delicado que debe afrontar la teoría citada es el siguiente:

¿Es la equidad fuente de derecho administrativo? Es dable señalar que dentro de la doctrina mayoritaria, en la que se encuentra el antedicho jurista, se niega a la equidad como fuente del derecho administrativo, sin perjuicio de ello, y para sortear este escollo, pone de manifiesto lo siguiente: "...la equidad sirve de palanca poderosa; no lo crea directamente porque el derecho tiene sus formas propias para realizarse", por otra parte y según el sistema de las diferentes fuentes del derecho, examina cuidadosamente la legislación, el derecho consuetudinario y la jurisprudencia de su país, destacando el papel de la jurisprudencia en la construcción de un derecho fundado en la equidad, en consecuencia expresa: "Así se logró llenar muchas lagunas dejadas por las leyes y por el derecho consuetudinario propiamente dicho, pero se desnaturaliza el derecho civil relativo a los hechos ilícitos, y al no poderse romper francamente con la idea de culpa, se reemplaza el verdadero derecho de equidad con construcciones jurídicas más o menos artificiales que dan al azar, ora más u ora menos, de lo que exigiría la equidad".

4.4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERRORES JUDICIALES

4.4.1. Responsabilidad del Estado por error judicial en el proceso penal

La responsabilidad del Estado de indemnizar en caso de "condena por error judicial", tiene como fundamento constitucional en el Art. 139.7, que es aplicable a cualquier proceso judicial.

Los presupuestos para la procedencia de la indemnización por condena judicial errónea son los siguientes:

a. Sentencia judicial condenatoria. Es decir, el proceso judicial debe concluir con el acto judicial de condena firme y no cualquier otro modo de conclusión del proceso.

b. La sentencia judicial de condena debe ser calificada como errónea.

La norma de calificación del carácter errónea de la sentencia solamente se halla determinada para el proceso penal, en el Art. 1 inciso 5 del Código Procesal, que expresa: "el Estado garantiza la indemnización por los errores judiciales".

La indemnización o reparación de la víctima obedece al principio según el cual todo aquel que cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo. Este principio también involucra al Estado, debido a lo cual éste se encuentra obligado a disponer una reparación a las personas por los daños producidos a consecuencia de su propia actividad.

En esta medida, frente a las situaciones de afectación de derechos en razón de la indebida actuación fiscal y judicial y la consiguiente detención de una persona, es deber del Estado corregir las referidas afectaciones e indemnizar a las víctimas por los daños y perjuicios ocasionados.

Como lo ha señalado el profesor Jorge Quinzio, los ciudadanos y ciudadanas deben tener confianza en la justicia, la cual se traduce en la existencia de mecanismos apropiados para garantizar sus derechos frente

al eventual error que se pueda producir.¹ De este modo, una vez producido un daño es necesario que sea reparado, siendo la reparación económica una de las vías más adecuadas para conseguir dicho propósito.

El principio de responsabilidad del Estado cumple tres funciones primordiales:

En primer lugar, todo sistema de responsabilidad es un medio de reparación de un perjuicio indebidamente soportado.

En segundo lugar, constituye un elemento de garantía y de independencia del Juez, ya que si éste se equivoca, y como consecuencia de ello, se produce una afectación a un derecho, quien responde en principio es el Estado, independientemente de que luego pueda accionar judicialmente contra el juez para recuperar el monto indemnizatorio que se hubiera abonado al afectado.

Finalmente, la responsabilidad es un principio de orden del Estado, el cual actúa como un gran asegurador de riesgos colectivos, condicionando el funcionamiento cotidiano de los órganos o entidades públicas.²

¹ **QUINZIO FIGUEIREDO**, Jorge. Tratado de derecho constitucional. Tomo III. Santiago: Lexis Nexis, 2004, p. 254

² **MARTÍN REBOLLO**, Luis. Jueces y Responsabilidad del Estado. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1983, p. 138.

4.4.2.- Responsabilidad del Estado en la Acción Indemnizatoria

Siguiendo al profesor Hugo Pereira Anabalón, se entenderá para estos efectos por “responsabilidad” la obligación de reparar un daño, por sí o por otro, como consecuencia de una causal legal. En la especie, la obligación pesa sobre el Estado por error de un tribunal de justicia, uno de sus muchos órganos, que causa un daño específico: la injusticia.

Al efecto, podemos referirnos a tres claros motivos por los cuales, el Estado, está en la obligación de hacer de la acción indemnizatoria una activa realidad.

Por una razón de confianza en el Estado y la ley, el Estado en su función de administrar justicia debe garantizar con entereza la justicia que imparte, respetando plenamente los principios que hacen esto posible como el debido proceso y la presunción de inocencia.

Por tal razón, cuando el Estado, en cualquiera de sus actividades, daña a las personas, se debe a la existencia de una infracción a las normas que consagran dichos principios.

El Estado, considerado más allá del gobierno de turno, se gana el respeto, la confianza y el apoyo de sus ciudadanos a través de un actuar impecable, que si bien no está libre de errores, los reconoce, los repara y se somete de manera cierta y eficaz a la Constitución y a las leyes.

Las implicancias que tiene la falta de confianza en el Estado y en la ley son insospechadas, entre ellas el escaso apoyo y credibilidad ante la opinión pública y la inestabilidad política. Un Estado que no reconoce, ni repara sus propios errores y peor aún, que evade el verdadero sentido de su propia

legislación, no tendrá jamás el prestigio que todo país requiere para alcanzar el desarrollo y la cooperación internacional.

Las personas necesitan tener confianza en el ordenamiento al cual se encuentran sometidos, sólo así podemos pensar en una sociedad tranquila, con conciencia cívica, respaldo político y respetuoso de la ley.

CAPITULO V

PRISIÓN PREVENTIVA

1.- MEDIDAS COERCITIVAS.

Las medidas de coerción como manifiesta Cubas V. (2009: pág. 370) “son medios de naturaleza provisional y excepcional para asegurar los fines del proceso penal, su duración está en función del peligro procesal y para concretarlas se puede recurrir al empleo de la fuerza pública, en forma directa como en los casos de detención o en forma de apercibimiento” las que están contenidas en los códigos procesales y diferentes leyes especiales, al tiempo que se adaptan los fundamentos constitucionales conforme el artículo 2º apartado 24 parágrafo b) de la Constitución Política del Perú prescribe “No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley”, concordante con ello el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal Peruano dispone:

“Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”.

Según Gimeno V. (1990: pág. 354) sostiene que “por tales medidas cabe entender las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado, y de otro, de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia”.

Las medidas coercitivas son medios de naturaleza provisional y excepcional para asegurar los fines del proceso penal, su duración está en función del peligro procesal y para concretarlas se puede recurrir al empleo de la fuerza pública, en forma directa como en los casos de detención o en forma de apercibimiento. Al respecto, el artículo 253 del Código Procesal Penal Peruano, establece que: “los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, solo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la Ley lo permite y con las garantías previstas en ella” por lo que se realizarán con expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que existan suficientes elementos de convicción y solo tendrán lugar cuando fuera absolutamente indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario. Por lo que las medidas coercitivas deben respetar escrupulosamente los siguientes principios:

- Principio de legalidad; solo serán aplicables las medidas coercitivas establecidas expresamente en la ley, en la forma y por el tiempo señalado en ella.
- Principio de proporcionalidad; tienen que ceñirse a determinadas reglas, sus efectos no deben exceder la finalidad perseguida por la ley es decir debe ser proporcional con la necesidad o interés principal de la finalidad del proceso.
- Principio de prueba suficiente; para imponer dichas medidas se debe exigir determinada base probatoria respecto a la vinculación del imputado con el hecho punible y la necesidad cautelar.
- Principio de necesidad; se impondrán cuando resulten absolutamente indispensables para asegurar la averiguación de la verdad, es decir imponerlas después de un riguroso examen.
- Principio de provisionalidad; son por su naturaleza provisionales, ninguna tiene carácter definitivo o duración indeterminada es decir tiene su subsistencia mientras existan las razones que le dieron lugar.
- Principio de Judicialidad; surge del espíritu de la Constitución Política y que además está contenida en el artículo VI del Título Preliminar y el

artículo 254° del código procesal penal, las medidas coercitivas solo pueden dictarse por orden judicial impartida en resolución debidamente motivada, en el marco procesal penal y en el modo y forma establecida por ley.

Tienen por finalidad las medidas de coerción procesal como lo señala Peña, R. (2007, p.710) asegurar la eficacia de los fines del proceso, las que no se pueden imponer de manera arbitraria, en vista de ello su imposición está condicionada a una serie de presupuestos con las garantías presentes en la Constitución y las leyes. La adopción de las medidas de coerción del nuevo código procesal penal se somete a dos presupuestos fundamentales:

- EL FUMUS BONI IURIS; que se refiere a la verisimilitud de haberse cometido un delito mediante indicios manifestados objetivamente
- PERICULUM IN MORA que se refiere al peligro que se puede producir con el paso ineludible del tiempo.

Para un reflejo de las medidas de coerción que son aplicables en el proceso penal se clasifican de la siguiente manera:

- a. La detención policial
- b. El arresto en estado de flagrancia
- c. La detención preliminar judicial
- d. La prisión preventiva
- e. Incomunicación
- f. La comparecencia
- g. La detención domiciliaria
- h. La internación preventiva
- i. Impedimento de salida
- j. La suspensión preventiva de los derechos
- k. Conducción compulsiva
- l. El embargo

1.1.- Concepto Prisión Preventiva

La prisión preventiva es una medida coercitiva de carácter personal, provisional y excepcional, que dicta el juez de la investigación preparatoria en contra del imputado, para asegura los fines del proceso penal; de la misma forma Cabanellas (2002: pág. 320) señala que “la prisión preventiva es la que durante la tramitación de una causa penal se decreta por resolución de juez competente, por existir sospechas en contra del detenido por un delito y por razones de seguridad”.

De igual forma según Monroy (2003: pág. 182) deriva a la conclusión “que la prisión provisional o preventiva es fundamentalmente una medida cautelar penal dirigida a obtener la comparecencia del acusado en el juicio oral (y a posibilitar en ultimo termino, la ejecución de la sentencia penal)”

Su aplicación es ampliamente cuestionada por estar en contradicción con el principio de constitucional de la presunción de inocencia. El español Moreno Catena, citado por Gimeno V. (1990: pág. 382) refiere sobre este punto que “....son admitidas como un mal necesario en todos los ordenamientos jurídicos, representa hoy la más grave intromisión que puede ejercer en la esfera de la libertad del individuo, sin que medie todavía una sentencia penal firme que la justifique”.

1.1.1.- Normatividad

El antecedente legislativo de esta regulación la encontramos en el Código Procesal Penal Peruano de 1991, su regulación actual es en el artículo 268° del Código Procesal Penal del cual se puede extraer las siguientes características:

- a) Es facultativa; porque deja al criterio del juez para que basado en la ley y en los hechos determine su aplicación.

b) Deben concurrir los siguientes requisitos:

- Prueba suficiente; solamente se podrán dictar cuando existan fundados y graves elementos de convicción.
- Prognosis de pena superior a 4 años; solamente se dicta cuando la pena probable sea superior a cuatro años de privación de libertad.
- Peligro procesal; por las circunstancias del caso particular permitirán colegir razonablemente que se tratara de eludir la acción de la justicia.

c) Requiere una resolución fundamentada

d) Está sujeta a plazos; según el artículo 272° del Código Procesal Penal, prescribe que no durara más de nueve meses, pero tratándose de proceso complejos no durara más de dieciocho meses.

1.1.2.- Finalidad

Para Roberto E. Cáceres Julca (citando la ejecutoria superior, Sala Penal Permanente, Huacho, 2 de mayo de 2007) la prisión preventiva o provisional “constituye una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad, acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse. No puede asignarse a esta medida una naturaleza tal que lo haga devenir en una medida de seguridad o, incluso, en una pena anticipada”.

El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia afirmó al respecto que la prisión preventiva tiene como ultima finalidad asegurar el éxito del proceso; asimismo establece que no se trata de una medida punitiva; por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia. Se trata

de una medida cautelar cuyo objeto es regular la eficiencia plena de la labor jurisdiccional.

1.1.3.- Características

Víctor Cubas Villanueva establece que la regulación actual está regulada por los artículos 268 y siguientes del NCPP con el nombre de prisión preventiva, según esas normas tiene las siguientes características:

- a) Es facultativa: el artículo 268 del NCPP no es una norma imperativa, sino facultativa y deja a criterio del juez para que, basado en la ley y los hechos, determine la imposición de la prisión preventiva, luego de un juicio de razonabilidad.
- b) Para imponerse deben concurrir tres requisitos:
 - ✓ Prueba suficiente.- tanto acerca de la comisión del delito, como de la vinculación del imputado con el hecho punible. Se trata de garantizar efectivamente la libertad personal; por ello, solo se dictará mandato de prisión preventiva cuando existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo.
 - ✓ Prognosis de pena superior a 4 años.- el juez, para disponer esta medida coercitiva, realizará un análisis preliminar de las evidencias disponibles y sobre esa base formulará una prognosis de la pena que podría recaer en el imputado. Solo dictará mandato de prisión preventiva cuando la pena probable sea superior a cuatro años de privación de la libertad, desde la perspectiva del caso concreto y no de la pena conminada para el delito materia del proceso.
 - ✓ Peligro procesal.- constituye el verdadero sustento de la medida cautelar, que se aplicará cuando sea previsible que el imputado, por sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular

permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad.

c) Requiere de resolución fundamentada: el juez de la investigación preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva, la cual se llevará a cabo con la concurrencia obligatoria del fiscal, del imputado y de su defensor, quien en caso de inasistencia podrá ser reemplazado por el defensor de oficio.

El auto que dispone el mandato de detención debe ser siempre motivado, esto quiere decir que se debe describir sumariamente el hecho o los hechos que la motivan, indicar las normas transgredidas, exponer los elementos probatorios con que se cuenta que justifican la medida y citar la norma procesal aplicable. Asimismo el imputado debe estar plenamente identificado e individualizado (con sus nombre y apellidos, edad, lugar y fecha de nacimiento, nombre de sus padres), para evitar las detenciones por homonimia. Si el juez de la investigación preparatoria no considera fundado el requerimiento de prisión preventiva optará por la medida de comparecencia restrictiva o simple, según el caso.

d) Está sujeta a plazos: la detención es una medida excepcional y por ello está limitada en el tiempo, no tiene duración indefinida. La prisión preventiva según lo dispuesto por el artículo 272 no durará más de nueve meses, pero tratándose de proceso complejos, no durará más de dieciocho meses.

1.1.4.- Presupuestos Constitucionales

CÁCERES JULCA, R (2008)

La prisión preventiva debe ajustarse a los siguientes presupuestos constitucionales:

a) El principio de proporcionalidad.- Exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban peor trato que los condenados. El sentido actual del principio es el de estricta equivalencia entre la prisión cautelar y la prisión como pena de cumplimiento efectivo.

Asimismo establece que este principio está integrado por tres sub-principios:

- ❖ El subprincipio de idoneidad.- La idoneidad supone que la prisión preventiva es una medida cautelar que se aplica cuando no existe otra medida cautelar menos lesiva del derecho a la libertad, que cumpla con la función de sujetar al imputado al proceso o para evitar la frustración del mismo. Asimismo afirma que se trata de un juicio que tiene una doble exigencia. En primer lugar que la medida restrictiva de derecho tenga un fin que sea constitucionalmente válido, y en segundo lugar, que la medida en si misma sea idóneo para alcanzar el fin propuesto.
- ❖ El subprincipio de necesidad o de alternativa menos gravosa.- señala que prevé los límites de las medidas coercitivas de acuerdo a la intensidad, estableciendo cuando la misma supera el límite de tolerable. Así cuando otras medidas menos gravosas para el imputado pueden ser viables para evitar el peligro de fuga o de obstaculización, debe acudirse a ellas, todo como consecuencia del principio de proporcionalidad, cuyo subprincipio de necesidad indica que debe buscarse en la injerencia a los derechos fundamentales la medida menos gravosa.

- ❖ Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o de prohibición de exceso.- considera que la proporcionalidad strictu sensu obliga a que la medida considerada suficiente para el fin perseguido no suponga un tratamiento excesivo en relación con el riesgo para el proceso sino con el interés que la justifica teleológicamente.

Asimismo señala que en definitiva la proporcionalidad strictu sensu no busca la decisión proporcional, sino evitar la claramente desproporcionalidad. En cambio, si se respetan también las exigencias de idoneidad e intervención mínima, habrá de afirmarse la debida correspondencia de la medida acordada con los elementos que la fundamenta (el riesgo de frustración y la peligrosidad procesal del imputado).

b) El principio de legalidad procesal.- considera que el Código Procesal Peruano es respetuoso con este principio rector. Su art. 253 dispone la obligación de sometimiento a la ley para la restricción de cualquier derecho fundamental en un doble sentido: por un lado, exigiendo la autorización legal para que sea procedente su acuerdo; por otro lado, disponiendo que el desarrollo de cualquier limitación habrá de ajustarse a las determinaciones legales y a las exigencias previstas en la norma.

Trasladadas estas exigencias a la prisión provisional, resulta que la misma sólo podrá acordarse en el seno del proceso penal, nunca al amparo de normas de otra naturaleza, ni en procedimientos de otro tipo y que su adopción y desarrollo se habrán de acomodar a las determinaciones previstas en el propio Código Procesal Penal.

c) Principio de razonabilidad.- este principio comporta el hecho que la decisión del órgano jurisdiccional para dictar un mandato de prisión preventiva debe materializarse como producto de dos criterios: el primero se basa en la comparación de los valores subyacentes a la

decisión y de los valores socialmente imperantes, el segundo es el criterio de la eficiencia de la decisión a tomar.

d) El derecho fundamental a la presunción de inocencia.- Tiene como carácter central ser marco inspirador del derecho procesal penal, ello comporta una funcionalidad instrumental consistente en que la evaluación de la prisión preventiva no responda a otros fines que los estrictamente procesales, y ello no es más notorio que cuando se evalúa el dato de la gravedad del delito, así este elemento deba empezarse a valorar una vez culminado el juicio sobre la apariencia del derecho y sobre el peligro procesal, ello asegura un criterio de discernimiento acorde a un fin jurídico-formal o interno.

e) El principio de motivación.- La resolución que determine la prisión preventiva debe ser especialmente motivada, en los hechos y en el derecho, así como en la prueba y el valor que se otorgó a la misma, con mención expresa de cada uno de esos elementos que motivaron la convicción y la resolución de aplicar la medida cautelar restrictiva de la libertad.

1.1.5.- Presupuestos Formales

CÁCERES JULCA R (2008)

Afirma que “según la regulación expresada por el Código Procesal, existen ciertos presupuestos formales de inexigible aplicación. Como nos recuerda la Corte Suprema, la audiencia de prisión preventiva regulada por los apartados uno y dos del artículo doscientos sesenta y uno del NCPP prevé varias exigencias para que pueda emitirse válidamente, un mandato de prisión preventiva o alternativamente, una medida de comparecencia restrictiva o simple, y son:

a) Requerimiento cautelar a solicitud del Ministerio Público

- b) Realización de la audiencia de prisión preventiva dentro del plazo legal de las cuarenta y ocho horas siguientes a su requerimiento.
- c) Concurrencia a la evaluación del Fiscal requirente, del imputado y de su defensor (sino asiste el defensor de confianza o el abogado no tiene se le remplacea en el acto o interviene el defensor de oficio.

Asimismo refiere que los presupuestos formales son de exigencia ineludible, si no se presentan en forma copulativamente o se presentan de modo defectuoso, la resolución que es emitida bajo tales condiciones es nula de pleno derecho”.

La Duración

Roberto E. Cáceres Julca considera “la posibilidad que el órgano jurisdiccional tiene de aplicar las medidas coercitivas como la prisión preventiva, es una de las razones decisivas que justifica el trato prioritario que debe darse a los procedimientos que privan la libertad. Este trato implica establecer un plazo razonable para que un ciudadano acusado de un delito sea procesado y condenado contado desde la fecha de aprehensión del imputado; por tanto, la extensión temporal del proceso está fijada por la ley de un modo previo, preciso y categórico, como toda limitación a las libertades fundamentales”.

(SÁNCHEZ VELARDE , PABLO, (2011)

“La prisión preventiva tiene sus límites temporales y se establece que su plazo no excederá de nueve meses y se considera que cuando se trate de procesos complejos el plazo límite será de dieciocho meses (Art. 272). En este último supuesto ha de estimarse que el caso que se investiga debe de haber sido declarado complejo, bajo los criterios de número de imputados,

agraviados, concurso de delitos, dificultades en la realización de las pericias, principalmente”.

1.1.5.1.- Prolongación

Pablo Sánchez Velarde refiere que “la ley también mantiene la institución de la prolongación de la prisión preventiva sólo cuando concurren “circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia” fijándose una prolongación no mayor a los 18 meses. Puede interpretarse que esta prórroga puede ser adicional al supuesto de complejidad, lo que sumado al plazo máximo anterior daría un total de 36 meses”. Además señala que “corresponde al Fiscal hacer el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva, debiendo el Juez de la Investigación Preparatoria citar a una audiencia dentro de los tres días siguientes con asistencia del fiscal, el imputado y su defensor, y luego de haber escuchado a las partes podrá dictar la resolución en la misma audiencia o podrá hacerlo dentro de las 72 horas siguientes. Esta diligencia es de suma importancia porque el juez conocerá de los fundamentos que tiene el fiscal sobre la necesidad de prolongar la prisión del imputado, con vista de la documentación sustentatoria; asimismo, tendrá en cuenta la posición del defensor e incluso oír al imputado”.

También se ha regulado “el supuesto en que el imputado hubiera sufrido condena, pero la sentencia se encuentra en apelación, estableciéndose que en tal supuesto la prisión podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta”.

VÁSQUEZ VÁSQUEZ M (2012)

Nos recuerda que “los presupuestos para que la prolongación del plazo de detención sea válidamente dirigida son: que en el

proceso existan circunstancias que importen una especial prolongación de la investigación; y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia; la especial dificultad, no está referido a la pluralidad de imputados o agraviados, circunstancias que determinan en la norma la aplicación del plazo especial detención por complejidad del proceso. “La especial dificultad o prolongación de la investigación puede entenderse referida por ejemplo a la necesidad de realizar informes periciales complejos e inusuales que ameriten recopilación abundante de muestras y multiplicidad de exámenes, o cuando para cumplir con el objeto del proceso sea necesario recabar información en el extranjero; situación que producen la necesidad de una considerable prolongación de la investigación judicial”.

Asimismo, se debe señalar que con la publicación de la Ley N° 30076, la cual modifica el artículo 274 del NCPP, también se podrá prolongar la prisión preventiva cuando concurren circunstancias que importen una prolongación del proceso.

CAPITULO VI

EL DAÑO MORAL

1.- INTRODUCCION

En el Derecho Español es tradicional que se distinga entre los Daños patrimoniales y los Daños Morales. Esto, además de constituir una extraña dualidad de conceptos y resultados de Una Misma acción Ilícita, contiene Algunas importantes y consecuencias legales; de ello vamos a tratar en estas líneas.

Desde la óptica más simple, los Daños patrimoniales se diferencian de los Daños Morales en Función de la distinta muy aptitud que el dinero tiene, en uno y en otro caso, para restaurar el perjuicio cargado o la utilidad perdida:

a) El daño patrimonial provoca una Disminución de un medio, o situación personal o utilidad social de un Individuo que siempre es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero, restaurándose. Así el patrimonio afectado equilibrándose y el lucro Dañado.

b) El daño moral o, por el contrario, implica una Reducción del nivel de las aptitudes personales e íntimas, que ni el dinero, ni bienes intercambiables por este, pueden llegar a reparar.

Por ejemplo: la pérdida de un ser querido. Si bien, el dinero, servirá como sistema compensatorio, Aunque nunca lucrativo.

Damos por supuesto que un mismo suceso puede provocar Daños de ambas clases es normal y lo que suceda así directamente mar Bien, todo bien mar Porque Tener Suele daño patrimonial Siendo cierto grado de afectación moral, más bien, el daño meramente excepcionales dinerario u otros Daños de índole terminantemente Mercantil. Para finalizar esta introducción fijemos tres conceptos, que nos guiarán en el resto de nuestra exposición:

1º.- El daño, la lesión, el agravio o el menoscabo que sufre la persona en su patrimonio o en su ser físico o moral, o en sus derechos o facultades y siempre Puede Ser Objeto de apreciación económica. Este es un presupuesto central de la responsabilidad civil, en el sistema jurídico español.

2º.- El daño material es un PERJUICIO o menoscabo ocasionado en bienes susceptibles de ser Objeto de tráfico mercantil y que Forman parte del patrimonio Objetivo de una persona, por la acción de un tercero Ilícita y

3º.- El daño moral es aquel que causa daño Algún Deterioro a la persona en su íntegra armonía psíquica, emocional, afectiva o bien en su reputación y / o en su buena fama, su autoestima o su heteroestima.

2.- EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL.

En términos muy amplios, se define el daño como la pérdida o menoscabo sufrido en un patrimonio por la Falta de Cumplimiento de una Obligación atribuible A UN tercero. Esta definición, que Suele entenderse referida al daño material, También puede aplicarse al llamado daño moral. Para el Derecho Civil, la palabra “daño” al detrimento Expresa, PERJUICIO, Deterioro o menoscabo que por acción de otro se ocasiona en una persona o en sus bienes. Este daño Puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito y, en principio;

a) El daño doloso siempre una obligación y un resarcimiento Puede conllevar una sanción penal,

b) El culposo Suele llevar consigo y tan solo de Indemnización

c) El fortuito Exime en la Generalidad de los casos, Dentro de la complejidad de esta materia.

Una concepción amplia del Daño Moral consistiría en Integrar Dentro de él Cualquier minusvaloración, Limitación o pérdida que sufre el perjudicado por la acción de otro y que se materialización en una inmisión perturbadora para que su personalidad, por naturaleza, No puede ser incluida Dentro de los Daños

materiales Porque no son susceptibles de ser Objeto de tráfico mercantil ni son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles, de forma inmediata y automática, en un “económico cuántica”.

La figura jurídica de “daño moral” tiene su origen en la doctrina francesa y Apareció bajo la denominaron de “Domages Morales”. Hoy en día, jurisprudencia y doctrina, tienden un definirlo por exclusión, resultando Así que el daño moral queda integrado por todas Aquellas Manifestaciones psicológicas, afectivas, emocionales o íntimas que sufre un perjudicado por el acaecimiento de una conducta Ilícita, y que no son constatables , de forma directa, En el ámbito económico del perjudicado. Así pues, el daño moral Sería un cierto Deterioro de los elementos psíquicos y espirituales que incidentalmente en el normal desarrollo cognitivo o emotivo del ser humano, extendiéndose a todo agravio que sufre la dignidad, honorabilidad, integridad física o Cualquier elemento que pudiere alterar la normalidad de las facultades mentales o espirituales de una persona física. El daño moral se viene a traducir en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual y los Padecimientos Provocados a la víctima por el evento dañoso. Sería una modificación en el Desarrollo de su Capacidad de entender, querer o sentir que, anímicamente, actúa como un perjuicio, Desequilibrio o pérdida de aptitudes o expectativas de la persona perjudicada.

En cuanto a la naturaleza jurídica del daño moral es considerado de índole Fundamentalmente subjetiva, es decir que Depende del grado de reacción que ocasione efectivamente Pudiera a un Determinado sujeto en Relación a la alteración del estado psicológico del mismo, con origen en un evento externo. Para la jurisprudencia francesa el daño moral Sería el dolor sufrido por una persona como consecuencia de un Hecho Ilícito de que es víctima Produciendo una Disminución en sus atributos o facultades morales. Por su parte la Jurisprudencia Argentina ha sostenido que el daño moral seria la privación Disminución Aquellos bienes y de qué tienen un valor precioso en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la persona que Integridad se relacionan con sus más gratos afectos. La jurisprudencia, en

otras latitudes, considera que es daño moral el que Proviene de un Hecho Ilícito que ofende, no a los derechos patrimoniales ni a la persona física, sino a la personalidad moral del damnificado, hiriendo sus sentimientos LEGÍTIMOS o no de bienes económicos Los QUE INTEGRAN Generalmente lo que se llama patrimonio moral de una persona. Finalmente, existe otra jurisprudencia extranjera que determina, que es daño moral Cualquier inquietud o Perturbación al ánimo, originados en un mero PERJUICIO patrimonial, como la Invocación simples molestias de aflicciones, fatigas, etc, y, en una base de esta concepción tan objetiva patrimonialista y, no se justifica la reparación de un daño moral, en esta corriente jurisprudencial.

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia española han Establecido Tanto la definición del daño moral en los parámetros antes referidos y, también, que procederá siempre la reparación del mismo. Sin embargo, es Evidente que el tema que no Tratamos Resulta pacífico EN CUANTO A Qué es lo que debemos Comprender Dentro de este concepto y bajo qué sistema aplicaremos su cuantificación. En esencia, hay dos Posicionamientos Enfrentados, resultando que para

a) Algunos se ha de Considerar el daño “moral en Relación al bien jurídico afectado, y todos serian Aquellos Que Tienen una Importancia esencial en la vida de una persona, Cuya lesión viola la tranquilidad espiritual, la paz, sus relaciones de vida, el honor, la dignidad... En consecuencia, no REQUIEREN más Requisitos para su reparación que la prueba del Ilícito y la confirmación del menoscabo en la estructura psíquica del perjudicado y

b) para otros lo aprecian, un indemnizatorios los efectos, en Relación a sus concretas y consecuencias, entendiéndolo como una Pérdida que va más allá del dolor que provoca, concretándose en una profunda Disminución del ánimo, Preocupaciones Más allá de las normales o estados de irritabilidad . Es decir, se centran en las connotaciones objetivas del evento, en la conducta o en la Capacidad del afectado.

En cuanto a la prueba del daño moral, que se ha Establecido como todo este daño También Debe ser probado por quien lo invoca como fundamento de la acción reparadora. Pero, aumento de la pregunta ¿qué es lo que se prueba? ¿Puede probarse el dolor psíquico o moral de una persona, Cuando Se Supone que este se encuentra radicado en lo más profundo del ser?. Aún más, el Juez fundamentando su Decisión en una base de PERICIAS psiquiátricas o psicológicas, siempre habrá un cierto riesgo de apreciación subjetiva. Por ello, es tan interesante como apreciable y sostenible la Exigencia procesal que se advierte en la jurisprudencia española que viene a cambiar el esquema tradicional de la carga de la prueba y que se reanudará en que, una vez que se ha acreditado el Hecho objetivo, La lesión o Violación de un bien jurídico que, mediante una acción antijurídica y existe una Determinación del sujeto responsable, Corresponde, entonces, una acreditar este que su acción Dañosa, objetivamente, no ha provocado lesión o daño alguno moral.

3.-- LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DAÑO MORAL.

Por su propia configuración, como algo tan específico, concreto y personal, al tiempo que tan ceñido uno cada caso en concreto, Resulta casi imposible categorizar y definir, de forma genérica y universal, los elementos QUE INTEGRAN el daño moral. INCLUSO es la situación fáctica que hace que el mismo se genere lo que, a la vez, lo hace inclasificable. Así observamos que Dentro del daño moral cabe la Pérdida de un Ser Querido, el involuntario cambio de residencia o el Temor, infundado, un cierto suceso, por poner ejemplos dispares Algunos, entre los infinitos que nos presenta la práctica cotidiana.

En la Imposibilidad de contar con bases de datos estadísticos, Baremos o tablas Destinadas a Prestar información al Juez, SE PUEDEN considerar, por lo menos, LAS SIGUIENTES Pautas generales en las que se estructura, y tiene sus elementos esenciales, el daño moral:

1. El impacto moral del Hecho sobre la víctima.

2. Las consecuencias exteriorizables de la lesión física o psíquica, permanentes o temporales, parciales o totales.
3. Las condiciones personales de la Víctima, en especial sus facultades de recuperación.
4. El tiempo de postración, incapacidad o convalecencia.
5. El dolor físico cargado por el acto ilícito.

El Código Civil Italiano, RECONOCE la Existencia del daño biológico, tratado como una lesión a la Integridad Psicofísica, RECONOCIENDO la dualidad indivisible de la persona, en cuanto es parte física y parte psíquica. Esta concepción Resulta que no es nada ajena a la perspectiva unificadora y racionalizadora de Criterios Nacionales de la reparación del daño que, en la actualidad, se Pretende estatuir desde la Comunidad Europea. Para Establecer Principios generales que estructuren el daño moral en los modelos Europeos, se dirige la mirada a la dignidad de la persona humana, pues, es este el pilar fundamental de la Legislación internacional y su Reconocimiento supera las fronteras continentales para Convertirse en una base con Suficiente Solidez transnacional. Por lo demás, esta concepción europea de la reparación del daño patrimonial no se encuentra vinculada, globalmente en el deber de cuidado que los Estados Tienen Respecto a los Ciudadanos.

Sin embargo, para nosotros y en este escrito, nos mucho más simple Puede resultar, útil y práctico Señalar los elementos por los Cuales se exteriorización Lograr el daño moral y así, si no describirlo, al menos Obtener, y esto es lo que Suele buscar El jurista, un medio que acredite su Objetivo Existencia y, más tarde, su cuantificación en términos de reparación, Indemnización o Restitución. Hechas estas advertencias vemos que el daño moral, Normalmente, siempre se Refleja en una o varias de las reacciones o conductas que ahora indicaremos que delatan y no sólo su Existencia sino que también Nos Pueden servir para su valoración posterior, Mediante el sistema que veremos finalmente .

Son elementos que frecuente y exteriorizan Normalmente la Existencia de un daño moral, los siguientes:

- 1) El sentimiento de ausencia, de nostalgia, Respecto a una apreciada persona,
- 2) El sentimiento de ausencia, de nostalgia, Respecto a un Objeto apreciado,
- 3) El sentimiento de ausencia, de carencia, de una preexistente aptitud física,
- 4) El sentimiento de ausencia, de carencia, de una preexistente aptitud psíquica, el de la sensación perdida, irrecuperable, de una expectativa, Posibilidad beneficiosa o beneficio futuro avalado en cierto grado de probabilidad,
- 5) Las REPERCUSIONES del deterioro, sean físicas o sicosomáticas,
- 6) La Sensación, Duradera, de inseguridad, el sentimiento de depresión de la autoestima, la Limitación de las expectativas sociales ya consolidadas, avaladas en cierto grado de certeza,
- 7) El sentimiento de la dignidad vejada,
- 8) El sentimiento de la privacidad violada, los sentimientos de vergüenza pena,, inferioridad o culpabilidad,
- 9) El sentimiento de incapacidad, ante determinados eventos, subjetivos u Objetivos, las conductas compulsivas originadas con el daño sufrido,
- 10) Los síndromes de ansiedad y / o ansioso-depresivos,
- 11) Las alteraciones del sueño,
- 12) El consumo compulsivo o adicción a fármacos o drogas,
- 13) El síndrome permanente por Demostrar la inveracidad de lo acontecido,
- 14) La inseguridad o la incapacidad para Intervenir o debatir sobre determinados aspectos,
- 15) El deshonor, público o particular,
- 16) El aminoramiento o Deterioro de la garantía ante Terceros personal,
- 17) en general, Cualquier efecto negativo y constatado de la íntima confianza, la seguridad personal, la sensación del desintegramiento de la propia estructura personal, acompañado de un cierto grado de descrédito Respecto a uno mismo, que se exteriorice de alguna forma apreciable por Terceros , es decir, un decrecimiento de la autoestima o de la heteroestima y

18) Finalmente, no olvidemos que esta lista de elementos bien Podría ser parcialmente modificada en cada caso particular y Circunstancia, Atendiendo a Situaciones específicas o condicionamientos de cada persona en concreto.

4.- LA VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL.

Hecha ya la anterior Enumeración de los componentes que configuran Y por los que se exteriorización y SE PUEDE acreditar la Existencia de un daño moral, proceder ahora La Difícil Cuestión de su exacta valoración dineraria tasación y, para su Adecuada Reclamación judicial y extrajudicialmente o Satisfacción.

Aunque, Evidente resulta, que No existen mercados para comerciar, tasar y así, la vida, la Integridad Física o el honor, de todo lo que hemos dicho anteriormente y siempre que se acredite la concurrencia de un daño moral tasar Resulta imprescindible Económicamente el mismo . La valoración e Indemnización, en su caso, del daño moral no solo incluirá los deterioros A LOS bienes de la personalidad sino que además Quedarán comprendidos bajo este concepto, por ejemplo, la aflicción psicológica o La pérdida de oportunidades para disfrutar de la vida. Hecho de, es muy practicable Sostener que el daño moral tiene múltiples concordancias y semejanzas, más o menos cercanas, con la muerte y con las lesiones físicas y psíquicas, Así Como También Con la Disminución de las futuras perspectivas u oportunidades truncadas por la acción causante del daño. En realidad, los listados del epígrafe anterior, desde un ángulo completamente distinto, SE PUEDEN incardinar en tres categorías:

- a) Los deterioros de la física integridad.
- b) La aflicción física y mental.
- c) El PERJUICIO o La pérdida de oportunidades de Mejoría de las condiciones de vida.

CONCLUSIONES

1. En el campo de la responsabilidad patrimonial, también denominada civil extracontractual, se utilizan diversas modalidades en la legislación extranjera: responsabilidad subjetiva o aquiliana por dolo o culpa civil, responsabilidad objetiva por daño, y responsabilidad por falta de servicio; sin perjuicio de otras modalidades especiales como las " obligaciones legales compensatorias".
2. La responsabilidad del Estado en el ejercicio de sus potestades admite diversas manifestaciones concretas en nuestro derecho positivo, y que guardan relación con la división funcional del poder estatal y su tamaño. La responsabilidad y el control del poder público son reglas de oro consubstanciales a todo Estado de Derecho. En consecuencia, la responsabilidad patrimonial del Estado, en sus facetas: *Estado Legislador*, *Estado Juzgador* y *Estado Administrador*, viene a constituir un principio rector del Estado de Derecho y, por lo tanto, parte integrante del sistema de garantías sociales, políticas y jurídicas que caracterizan a esta forma jurídico-política de Estado.
3. La responsabilidad patrimonial del Estado Juzgador tiene su fuente en el acto jurisdiccional o "resolución judicial (sentencia judicial condenatoria o " sometimiento a proceso" que incurre en error judicial, con consecuencias dañosas para la víctima.
4. En nuestro país la regulación de dicha responsabilidad objetiva está establecido en el artículo 1970º del Código Civil, que encuentra su fundamento en el artículo 139º inciso 7 de la Constitución Política del Estado.

RECOMENDACIONES

1. Debe mejorarse en lo posible la invocación o aplicación de las normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional; y así de esta manera reducir los incumplimientos por parte de los Operadores del Derecho, y para que esto se logre se deben brindar mayor capacitación sobre la Necesidad de Regulación Constitucional adecuada de ser Indemnizado por Error Judicial, esto es mediante seminarios, congresos, talleres, para su posterior proponer un proyecto de Ley.
2. Debe mejorarse en lo posible el conocimiento o aplicación de las normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional; y así de esta manera reducir los incumplimientos por parte de los Legisladores, y para que esto se logre se deben brindar mayor capacitación sobre la Necesidad de Regulación Constitucional adecuada de ser Indemnizado por Error Judicial, esto es mediante seminarios, congresos, talleres, para su posterior proponer un proyecto de Ley.
3. Debe mejorarse en lo posible la invocación o aplicación de los Planteamientos Teóricos como conceptos básicos; y así de esta manera reducir los empirismos normativos por parte de los Operadores del Derecho, y para que esto se logre se deben brindar mayor capacitación sobre la Necesidad de Regulación Constitucional adecuada de ser Indemnizado por Error Judicial, esto es mediante seminarios, congresos, talleres, para su posterior proponer un proyecto de Ley.

4. Debe mejorarse en lo posible el conocimiento y aplicación de los Planteamientos Teóricos como teorías y la Legislación Comparada; y así de esta manera reducir los empirismos normativos por parte de los Legisladores, y para que esto se logre se deben brindar mayor capacitación sobre la Necesidad de Regulación Constitucional adecuada de ser Indemnizado por Error Judicial, esto es mediante seminarios, congresos, talleres, para su posterior proponer un proyecto de Ley.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ Cabana, Roberto M, (1992). DERECHO DE DAÑOS Y OTROS ESTUDIOS. Buenos Aires - Argentina, Fondo Editorial La Ley.
2. DU PASQUIER, Claude. (1994). INTRODUCCIÓN AL DERECHO. Lima – Perú, 5ta Edición, Editorial Jurídica Portocarrero.
3. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. (2003). DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Lima – Perú, Segunda Edición, Gaceta Jurídica S.A.
4. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. (1990). NUEVAS TENDENCIAS EN DERECHOS DE PERSONAS. Lima – Perú, 1era Edición, Publicaciones de la Universidad de Lima.
5. GÁSPERI, L, (1964). TRATADO DE DERECHO CIVIL, T. VI, RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. Buenos Aires – Argentina, Tipográfica Editora Argentina.
6. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, (2003). ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Lima – Perú, 2da Edición, Grijley Editora.
7. TRAZEGNIES, Fernando de, (1988). LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. Lima – Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú.
8. VISINTINI, Giovanna; (2002). RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. Lima – Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú.
9. LÓPEZ MORALES, Jairo; (2007). RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL. Lima – Perú, 2da Edición, Ediciones Doctrina y Ley LTDA.
10. CALAUTTI, Carlos E. (2003). RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Problemas constitucionales. Santa Fe – Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores.
11. INDALECIO BARRAZA, Javier. Responsabilidad extracontractual del Estado. Tucumán – Buenos aires, La ley.

- 12.- HERRERA PAULSEN, Darío (2007): “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”. Segunda Edición, Editorial EDDILI, Lima – Perú.
- 13.- BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1999): “La Constitución de 1993”, Análisis Comparado, Editora Rao, Quinta Edición, Lima – Perú.
- 14.- FERRERO REBAGLIATI, Raúl (1975): “Ciencia Política, Teoría del Estado y Derecho Constitucional”, Studiun, Lima,.
- 15.- ORTECHO VILLENA, Víctor Julio (1994).: “Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales”, Editorial Libertad, Trujillo.
- 16.- CUBAS VILLANUEVA, Víctor: (2003) “El Proceso Penal” (Teoría y Práctica), Quinta Edición, Palestra Editores, Lima Perú,.
- 17.- PEÑA FREIRE, A. M.:(1997). “La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho”, Madrid, Edit. Trota,.
18. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo.(1994). *“El hábeas corpus en América Latina. Algunos problemas y tendencias recientes”*. En Ius Veritas Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año V N° 9, Lima.
19. ORTELLS RAMOS, Manuel (1996): Exclusividad Jurisdiccional para la Restricción de Derechos Fundamentales y Ámbitos Vedados a la Injerencia Jurisdiccional”. En: MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, pp.15-66.

ANEXOS