

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE ANCASH  
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“ARGUMENTACIÓN EN LAS SENTENCIAS SOBRE  
QUERRELLA EMITIDAS POR LOS JUZGADOS  
UNIPERSONALES DE HUARAZ, 2012-2015”**

**Tesis para optar el Título de Abogado**

**Responsable de la Investigación:**

**Bach. HUAMÁN NEGREIROS RAÚL DONATO**

**Asesor:**

**Dr. ELMER ROBLES BLÁCIDO**

**Huaraz – Perú**

**2016**



## **AGRADECIMIENTO**

A mis padres y hermanos quienes me ayudaron y brindaron su apoyo en todo momento para la obtención del presente trabajo.

A mi esposa Katherine y mi pequeño Sebastian que me han ofrecido el amor y la calidez de la familia a cual amo.

A mi asesor y amigo Dr. Elmer Robles Blácido, por su apoyo incondicional en todo momento desde el inicio del presente trabajo de investigación.

## **DEDICATORIA**

Con gran orgullo a mis padres Donato y Lourdes  
sinónimo de ejemplo, perseverancia y humildad  
quienes me dieron en todo momento su apoyo  
incondicional y amor.

## RESUMEN

Nuestro Código Penal (CP) contempla los delitos contra el honor. Esta figura se ubica en el Libro Segundo, Título II, artículos 130, 131 y 132 del Código Penal, mediante el cual se ha reconocido el derecho de acción.

De la lectura del precepto, se aprecia que el legislador deberá resolver un tema enmarcado en los conflictos relacionados al honor (Injuria, Calumnia y Difamación), existiendo más de un valor (derecho fundamental), estos podrían entrar en conflicto y por lo tanto en los casos particulares debería preponderarse cuál valor ponderar mediante una línea epistemológica vinculada al aspecto metodológico o conceptual y la filosofía analítica. Una concepción analítica del derecho impulsa a quien la asume a no dar por sentado el valor moral de la ley, a exigir los datos empíricos constitutivos del significado de los términos jurídicos, a prestar preferente atención a la estructura lógica del discurso acerca del derecho y a buscar un modelo teórico coherente capaz de explicar unívocamente los acontecimientos sociales y, a la vez, de servir de fundamento a la construcción de argumentos que todos puedan entender y cuyo valor comparativo todos puedan juzgar con independencia de sus propios deseos.

Pero el problema no concluye ahí, sino por el contrario se agrega problemas adicionales como -¿están los magistrados capacitados para aplicar una adecuada ponderación en conflicto de derechos, así como brindar la correcta argumentación respecto del tema?, por consiguiente, también en este trabajo pretendemos dar una respuesta aproximada, lógico desde nuestra concepción.

Además, nos interesa presentar cómo se está afrontando este problema en los Juzgados Unipersonales de Huaraz, pues a partir de la combinación de la doctrina y la práctica podemos llegar a conclusiones importantes y, por lo mismo ser relevante el presente trabajo de investigación.

**PALABRAS CLAVES:** *Ponderación, Argumentación y Querrela.*

## ABSTRACT

Our Penal Code (CP) contemplates the crimes against the honor. This figure is located in the Second Book, Title II, articles 130, 131 and 132 of the Penal Code, by means of which the right of action has been recognized.

Of the reading of the rule, it appreciates that the legislator will have to solve a topic placed in the conflicts related to the honor (Damage, Calumny and Defamation), existing more than one value (fundamental right), these might enter conflict and therefore in the particular cases one should prevail which value weight by means of a epistemologic line linked to the methodological or conceptual aspect and the analytical philosophy. An analytical conception of the law "promote to whom takes up it office not to take for granted the moral value of the law, to require the empirical constitutive information of the meaning of the legal terms, to giving priority attention to the logical structure of the speech about the law and searches a theoretical coherent model able to explain uniquely the social events and, be the foundation of the construction of arguments that they all could understand and try the comparative value with independence of his own desires

But the problem he does not conclude there, but on the contrary adds additional problems like, are magistrates qualified to apply a proper weighting in conflict of laws, as well as the correct argumentation offers respect of the topic?, consequently, also in this work we try to give an approximate and logical answer, from our conception.

Further we are interested in presenting how this problem is confronted in Huaraz's individual judges, so from the combination of the doctrine and the practice we can come to important conclusions and, the relevance of the present investigation work.

**KEY WORDS:** Weighting, Argumentation, Complaint.

## ÍNDICE

### RESUMEN

### ABSTRAC

<b>I. - INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>07</b>
Problema General.....	08
Problemas Específicos.....	08
Objetivos de la investigación.....	08
Objetivo general.....	08
Formulación de hipótesis.....	09
Variables.....	10
<b>II.- MARCO TEÓRICO</b>	
2.1.- Antecedentes.....	11
2.2.- Bases teóricas.....	11
<b>III.- MATERIALES Y MÉTODOS</b>	
3.1.- Tipo y diseño de investigación.....	58
3.1.1.- Tipo de investigación.....	58
3.1.2.- Tipo de diseño.....	58
3.1.3.- Diseño general.....	58
3.2.- Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico	
3.2.1.- Población.....	58
3.2.2.- Muestra.....	58
3.3.- Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información	
3.3.1.- Análisis de la información.....	60
3.3.2.- Análisis estadístico de la información.....	60
<b>IV.- RESULTADOS.....</b>	<b>62</b>
<b>V.- DISCUSIÓN.....</b>	<b>100</b>
<b>VI.- CONCLUSIONES.....</b>	<b>105</b>
<b>VII.- RECOMENDACIONES.....</b>	<b>106</b>
<b>VIII.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>107</b>

## **I. – INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo que presento obedece a dos criterios o circunstancias especiales: La materialización de un anhelo personal de optar el Título profesional de Abogado y, cumplir con las exigencias que nos da la universidad, que por antonomasia, es sinónimo de investigación.

El presente trabajo ha explicado la ponderación y la argumentación en los delitos contra el honor, en los juzgados Unipersonales de Huaraz. Es decir, ha sido un trabajo de investigación centrado en una problemática especial y determinada, pero también actual, partiendo lógico que es, a partir de casos concretos.

Por razones didácticas, se ha dividido el trabajo en siete capítulos, que son las siguientes:

El primer capítulo contiene la introducción a la tesis, donde justifico el desarrollo de la investigación, señalando adicionalmente el problema, los objetivos y la hipótesis planteada al momento de proponerme hacer la tesis.

El segundo capítulo contiene el marco teórico que precisamente sustenta el trabajo de investigación. Se trata de explicar de manera didáctica y somera respecto a la teoría de la ponderación ante el conflicto de los derechos fundamentales. El fundamento de la teoría de la argumentación jurídica tratando de hacerlo a lo más resaltante de las posturas existentes al respecto. Concluyendo con la definición de términos.

El tercer capítulo, está referido a la metodología usada en el desarrollo del trabajo de investigación. Además, a partir de ella permitirá evaluar mejor el trabajo que pongo a consideración del jurado evaluador.

El cuarto capítulo, está referida a los resultados recogidos en la realidad; es decir, en nuestro universo de estudio; el mismo que es ilustrativo para mejor corroborar nuestra hipótesis.

El quinto capítulo, está referida a la discusión donde presento la confrontación entre el problema, la hipótesis y los resultados, con la finalidad de probar éstas últimas.



El sexto capítulo, presenta las conclusiones y recomendaciones, que precisamente son las inferencias a las que he llegado luego de verificar, analizar y asediar a la realidad materia de estudio.

El séptimo capítulo presenta, a las referencias bibliográficas. Donde presento de manera puntual a los textos que han servido para orientarme mejor en el trabajo.

El presente trabajo tuvo en su oportunidad los siguientes problemas que tuve que plantearme:

**a) PROBLEMA GENERAL:**

¿Se aplica la argumentación en las sentencias sobre querrela, en los delitos contra el honor, emitidas por los Juzgados Unipersonales de Huaraz, 2012-2015?

**b) Problemas específicos**

¿Cuáles son los principales fundamentos interpretativos que vienen alegando en los Juzgados Unipersonales de Huaraz en los delitos contra el honor, 2012-2015?

¿Cuál o cuáles son los presupuestos de interpretación que se han determinado en querrela los magistrados en los Juzgados Unipersonales de Huaraz en los delitos contra el honor, 2012-2015?

Atendiendo a los problemas antes mencionados, se plantearon los siguientes objetivos:

**a) Objetivo general**

Determinar si se aplica la argumentación en las sentencias sobre querrela, en los delitos contra el honor, emitidas por los Juzgados Unipersonales de Huaraz, 2012-2015.

## **b) Objetivos específicos:**

- Determinar cuáles son los fundamentos de interpretación sobre querrela, en los delitos contra el honor, que vienen realizando en los Juzgados Unipersonales de Huaraz, 2012-2015.
- Explicar cuál o cuáles son los argumentos que han determinado los magistrados de los Juzgados Unipersonales para resolver la querrela, en los delitos contra el honor, en los Juzgados Unipersonales de Huaraz, 2012-2015.

Por otro lado, teniendo en cuenta siempre los problemas y los objetivos se plantearon las siguientes hipótesis:

### **a) Hipótesis general.**

Es deficiente la aplicación de la argumentación en las sentencias sobre querrela, en los delitos contra el honor, emitidas por los Juzgados Unipersonales de Huaraz, 2012-2015, debido a problemas cognitivos en general, en especial de falta de dominio de los fundamentos de la argumentación jurídica.

### **b) Hipótesis específicas:**

- Existen problemas de interpretación que vienen afrontando los magistrados en los Juzgados Unipersonales de Huaraz, 2012-2015 para resolver adecuadamente los procesos de querrela, en los delitos contra el honor.
- Existen fundamentos en la argumentación para una adecuada interpretación al resolver determinados conflictos de derechos, sin embargo, es deficiente ésta aplicación por los magistrados en los Juzgados Unipersonales de Huaraz, 2012-2015.

De las hipótesis precedentemente indicadas, también se derivó las siguientes variables:

**Variables de las hipótesis**

**a) VARIABLE INDEPENDIENTE (X).**

Ponderación y Argumentación

**b) VARIABLE DEPENDIENTE (Y).**

Sentencias.

**OPERACIONALIZACION DE VARIABLES:**

<b>VARIABLES</b>	<b>INDICADORES</b>
<b>V.I.:</b> Ponderación y Argumentación	- Doctrina. - Jurisprudencia. - Derecho comparado. - Código Procesal Penal.
<b>V.D.:</b> sentencias.	- Resolución judicial sobre querrella. - Jurisprudencia. - Cantidad de resoluciones.

Estoy seguro que el presente trabajo de investigación tiene omisiones y deficiencias; sin embargo, el único responsable de ella soy yo; es más, tengo el firme compromiso de corregirlas en adelante, en cuanto estas sean detectadas o, cuando se vuelva a tratar el tema más adelante, más aun si se tiene en cuenta que no hay trabajo definitivo.

*El graduando.*

## **II. - MARCO CONCEPTUAL.**

### **2.2.- MARCO TEÓRICO.**

#### **2.2.1. Antecedentes**

##### **a) A nivel local:**

De la revisión realizada a la Bibliotecas Especializada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Ancash “Santiago Antúnez de Mayolo” a nivel de Pregrado y Postgrado, así como la Biblioteca de la Corte Superior de Justicia de Ancash y, del ilustre Colegio de Abogados de Ancash; se verificó que a nivel de tesis, no existe ningún trabajo referido al presente en nuestro medio.

##### **b) A nivel nacional:**

Asimismo, de la revisión realizada en las páginas web de las distintas universidades nacionales, se ha podido constatar que no existe trabajo que se asimile al presente, suponiéndose que en las bibliotecas de la capital de la República pudieran existir trabajos relacionados al tema.

#### **2.2.2. Bases teóricas:**

##### **A) LA PONDERACIÓN**

La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, si no que ordenan “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades

jurídicas y reales existentes”<sup>1</sup>. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Para establecer esa medida posible en que debe realizarse un Principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con Los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión entre principios. Existe una colisión entre principios, cuando En un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas. Que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que Pueden ser propuestas como soluciones para el caso. Se presenta una Colisión entre principios, por ejemplo, cuando los padres de una niña que Profesan el culto evangélico, y en razón del respeto a los mandamientos de esta doctrina religiosa, se niegan a llevar al hospital, a pesar de que corre peligro de muerte<sup>2</sup>.

## **B) ARGUMENTACIÓN**

Si tomamos la definición que de argumentación da cualquier diccionario de la lengua española, observaremos que la misma alude a la acción de argumentar, es decir, a la tarea consistente en dar argumentos, lo que equivale a proporcionar razonamientos para demostrar algo. El profesor Atienza<sup>3</sup>, citando a Lorenzen, señala que argumentar es un acto del lenguaje que sólo cabe efectuar en determinadas situaciones; en concreto, en el contexto de un diálogo (con otro o con uno mismo) cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado, y aceptamos que el problema se ha de resolver por medios lingüísticos (sin recurrir,

---

1 ALEXY, Robert. “*Teoría de los derechos fundamentales*”. Trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pg. 86 y 87.

2 El ejemplo es de la sentencia T-411 de 1994 de la Corte Constitucional Colombiana.

3 ATIENZA, Manuel. “La Filosofía del derecho de Felipe González Vicén”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Núm.62. 1981

por lo tanto, a la fuerza o a la coacción física). Trasladada esa idea al mundo jurídico y, en especial, a la actividad de los jueces, la argumentación aparece como una actividad necesaria para resolver un problema jurídico que se plantee en nuestro trabajo cotidiano. Aludo a la nota de necesidad, vinculada a la acción de argumentar, en el sentido de exigencia constitucional que enseguida expondremos.

### **B.1. Tipos De Argumentación**

Manuel Atienza en su obra “El Derecho como Argumentación”<sup>4</sup> ha señalado la existencia de los siguientes argumentos.

**a).- La Argumentación Subsuntiva o Clasificatoria.-** tiene lugar cuando se trata de aplicar la regla de acción, esto es, una regla que establece que si se dan determinadas condiciones de aplicación (un caso genérico), entonces alguien debe, puede o está obligado a realizar una determinada acción.<sup>5</sup> De acuerdo con el modelo subsuntivo de argumentar, una decisión judicial puede estar racionalmente justificada si responde a la estructura del argumento deductivo de acuerdo con el modelo subsuntivo de argumentar, una decisión judicial puede estar racionalmente justificada si responde a la estructura del argumento deductivo del tipo *modus ponens*, es decir, según la regla que dice que, si se tiene una proposición de la forma “si p entonces q”, y otra de la forma “p”, de ahí se puede pasar a una nueva proposición: “q”

Con ello se quiere resaltar que resulta frecuentísimo el que el juzgador se encuentre ante un problema que tiene su solución en una norma jurídica, cuyo presupuesto fáctico coincide con el acontecimiento sometido a

---

4 ATIENZA, Manuel. “El Derecho Como Argumentación”. Barcelona: Ariel. 2005, p. 77.

5 ATIENZA Ob. Cit., p. 164

examen. En ese caso, afirmando (ponendo) la realidad del antecedente, el presupuesto fáctico de la norma, se afirma (ponens) el consecuente, es decir, el efecto jurídico que la norma tribuye a ese supuesto de hecho. Esta forma de razonamiento es el que es utilizado con mayor frecuencia por los jueces, y es fácil de detectar en los argumentos empleados por los abogados para convencer al juzgador de la verosimilitud de sus pretensiones. Se caracteriza por atribuir seguridad a la aplicación del Derecho. La causa esencial de su utilización constante por los jueces reside en responder a un esquema que puede ser comprendido a través del siguiente ejemplo: “p”: existe una norma en el ordenamiento jurídico que prevé la acción consistente en matar a otro; “q”: dicha norma vincula al referido hecho la consecuencia de una pena de prisión; En el caso enjuiciado existen razones (fácticas) para entender que una persona ha matado a otra, luego se le ha de imponer la pena de prisión (a esta conclusión se llega mediante una clasificación o subsunción del supuesto enjuiciado de la clase “p” correspondiente)<sup>6</sup>.

#### **b).- La Argumentación o Razonamiento Finalista:**

En otras ocasiones la adecuada justificación de la decisión judicial puede hallarse atendiendo a los fines que persiga una norma jurídica. Si con la respuesta jurídica que se dé al problema enjuiciado se satisface plenamente ese fin, la cuestión estará argumentada, y se habrá dado una

---

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. *“Teoría de la Argumentación Jurídica”*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997, p. 32.

explicación racional al ciudadano ante las diversas soluciones que planteaba el problema.

Un ejemplo de esta forma de argumentar es el siguiente: Supongamos una norma jurídica que establece que, en los supuestos de crisis familiares, se atribuye la guarda y custodia de los hijos de una pareja, a aquel progenitor argumentación que, por sus propias circunstancias, pueda proporcionar a los menores lo que sea más beneficioso para ellos (supuesto en el que el fin perseguido por la norma es “el superior interés de los menores”); En el caso enjuiciado, se ha acreditado suficientemente que los menores se encuentran mejor atendidos por la madre que por el padre; Por lo tanto el juez, atendiendo a aquél fin, directa o indirectamente explicitado por la norma jurídica, ha de conceder la guarda y custodia de los menores a la madre. Como resalta Manuel Atienza, la argumentación o razonamiento finalista presenta Esenciales diferencias respecto al argumento subsuntivo. Aquéllas se refieren al contenido de la premisa normativa y al de la premisa fáctica. En cuanto a la premisa normativa, la regla o norma que debe tener en cuenta el juez en su razonamiento no toma en consideración una situación pasada, sino que prevé una solución para una situación futura. En el esquema de Atienza<sup>7</sup>, la argumentación finalista se utiliza ante la existencia de “reglas de fin”, que son las que se dirigen “hacia el futuro”, frente a las “reglas de acción” que establecen que, ante determinadas situaciones, alguien está obligado a realizar una determinada acción, que

---

<sup>7</sup> ATIENZA, Manuel. Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica”. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. 1991, p. 37.



son las dan lugar a la aplicación del argumento subsuntivo o clasificatorio. La premisa fáctica se refiere a un conflicto que ha de ser solucionado (y justificado) atendiendo a las consecuencias futuras de la decisión. Para alcanzar ésta, normalmente será preciso efectuar un “juicio contrafáctico”, como señala Atienza, es decir, teniendo presente el fin al que ha de atender la solución del problema, el juzgador ha de situarse en la situación contraria a la que, atendido ese fin, sería la deseable, y, por ello, exteriorizándolo en su resolución, rechazarla. En el ejemplo de referencia, el pensamiento del juzgador debería de orientarse del siguiente modo: “si no se otorga la custodia a la madre, no se logrará satisfacer, en el mayor grado posible, el interés de los menores”.

### **c).- Argumentos de Autoridad.**

Son argumentos de autoridad los derivados del contenido de la ley, de la jurisprudencia de los tribunales superiores, y de las teorías de los juristas. Se debe advertir la transferencia de autoridad en que se cree que un especialista es docto en todas las materias. Esta clase de argumento es frecuentemente utilizado por los abogados en sus escritos para convencer al juzgador de la bondad de sus razones por haber sido empleadas previamente por un tribunal superior. Los jueces también emplean usualmente este tipo de argumentos para reafirmar una tesis cuando la misma se sustenta en lo que ha establecido un órgano colegiado, formado por magistrados de mayor experiencia, especialmente cuando el mismo es el Tribunal Supremo. En relación con ello hay que resaltar que también es

frecuente el empleo por los tribunales nacionales y supranacionales más importantes (los Tribunales o las Cortes Supremas de Justicia, los Tribunales Constitucionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, etc.) de lo que llamamos “argumentos de propia autoridad”. Con dicha expresión aludimos a que en muchas ocasiones los tribunales fundan sus decisiones en las razones que estableció en una anterior resolución, de modo que la tesis que constituye el precedente judicial es utilizada como regla justificativa a partir de la cual realizar una operación subsuntiva o finalista, según los esquemas de razonamiento que se han expuesto antes.

**d).- Argumento a Contrario.**

Opera como criterio binario de exclusión. Según Tarello: “dado un enunciado normativo que predica una calificación normativa de un término perteneciente a un enunciado destinado a un sujeto o una clase de sujeto, se debe evitar extender el significado de aquel término de tal modo que comprenda a un sujeto o clases de sujetos no estricta y literalmente incluidos en el término calificado por el primer enunciado normativo”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> ANDRUET, Armando. “*Teoría General de la Argumentación Forense*”. Buenos Aires: Alveroni.2003., p. 280.

**e).- Argumento a Fortiori.**

Es una expansión que se produce cuando una norma válida de mayor extensión es atribuida a otra norma menor. La proposición normativa que obliga a un sujeto se aplica con mayor razón a otro sujeto quien tiene una obligación mayor que el primero. Se materializa de dos maneras diferentes. A *minori ad maius* conocido frecuentemente por medio del enunciado: “si está prohibido caminar por el césped con mayor razón está prohibido correr sobre el mismo.” Y a *maiore ad minus* conocido frecuentemente por el enunciado “quien puede lo más puede lo menos.”

**f).- Argumento Completudine**

El argumento de completitud es un tipo de argumento sistemático que plantea que el sistema es completo y por lo tanto con las normas que lo conforman deben resolverse los litigios planteados.

**g).- Argumento Psicológico.**

De la intención del legislador encontrada en los trabajos preparatorios se desprende la verdadera razón de la ley.

**h) Argumento o Coherencia.**

El legislador razonable no promulga leyes incompatibles que produzcan antinomias. El juez tiene que interpretar de tal manera la norma que su interpretación las evite. El argumento histórico: se refiere a la

justificación de la solución del conflicto mediante el examen de la evolución histórica de la figura jurídica analizada, su regulación y los cambios legislativos previos. Así la motivación de la decisión judicial puede fundarse en la respuesta que para el conflicto suscitado se dio en el pasado, o en la circunstancia última que justificó la producción de la norma aplicable. Asimismo, la solución puede buscarse en los trabajos preparatorios (en las discusiones parlamentarias) relativos a la norma adecuada al caso.

#### **i).- El Argumento Teleológico**

(También “consecuencialista”): una justificación basada en un argumento teleológico presupone: 1) que el juez ha de solucionar un conflicto de intereses; 2) que en su tarea ha de descubrir cuál es el interés que el ordenamiento jurídico considera más digno de protección, y 3) que la decisión puede estar suficientemente argumentada si, teniendo en cuenta aquellas dos premisas, el juez razona en el sentido más favorable al interés más necesitado de protección.

#### **j).- El Argumento Sistemático**

Es aquel que permite fundar la solución del caso enjuiciado teniendo en cuenta no sólo la norma aplicable al mismo sino el conjunto de normas en la cual aquélla aparece o el resto de la norma tomada en consideración. Asimismo, es sistemático aquel razonamiento que basa la

solución del litigio en la respuesta al problema dada por el (sistema) conjunto legislativo, especialmente, las normas superiores de cada ordenamiento jurídico (la Constitución de cada Estado).

#### **k).- El Argumento de la Equidad**

De acuerdo con su concepto tradicional, la equidad es la adecuación – movida por la benignidad – de la norma general a las particularidades del caso concreto al que ha de aplicarse. Así, la equidad exige tener en cuenta las particularidades de cada caso (en este sentido, muy amplio, todo argumento utilizado por un juez sería un razonamiento de equidad), derivando de la norma general la aplicación justa y adecuada a tal caso concreto. En sentido estricto, un argumento de equidad es aquel en el que la decisión se fundamenta en las circunstancias genuinas del supuesto enjuiciado, de modo que supere el rigor de la abstracción de la norma aplicable, en el supuesto de que ésta existiera.

#### **l).- La Argumentación Fáctica o Argumento en Materia de Hechos**

En muchas ocasiones, las disputas que llegan a los tribunales no se basan en la determinación de cuál sea la norma aplicable, pues la que lo es al caso planteado es consentida por las partes.

El problema se puede plantear en lo que se refiere a la fijación de la realidad de lo sucedido para proceder a continuación a la aplicación de aquella norma.

La argumentación fáctica presupone un estudio profundo y riguroso del caso enjuiciado. Exige una constante referencia, cuya extensión dependerá del volumen de pruebas propuestas, admitidas y practicadas, al resultado de las mismas.

Todo ello será útil para descubrir la “verdad formal” que deba utilizar el juzgador para integrarla en el supuesto de hecho de la norma aplicable. A ello, con frecuencia, seguirá la correspondiente operación subsuntiva. El denominado “argumento a partir de un previa posición de conocimiento” (la que proporcione un medio de prueba que resulte esencial, como la declaración de un testigo o el reconocimiento o inspección judicial) se vincula a la mencionada argumentación fáctica. Los diferentes argumentos que se han expuestos no aparecen aislados en una decisión judicial.

Con frecuencia, esta es el resultado de la combinación de varias clases de argumentos, cuya variedad y adecuación al caso pueden enriquecer la calidad jurídica de aquélla. Además, en su tarea todo juez ha de hacer frente a determinados vicios argumentativos que se producen en el curso de los debates y de los escritos en la instancia.

Dentro de este proceso de argumentación, podemos encontrar las siguientes circunstancias, que a veces nos lleva a confusión, por lo que es necesario diferenciarlo correctamente:

a) Falacia: Como se ha expuesto antes, una falacia es un argumento que parece bueno sin serlo. El concepto de “falacia” se vincula con el de “apariencia”, pues una falacia no es solo un mal argumento, sino un

argumento que, por su parecido con otro bueno, puede confundir o engañar a sus destinatarios.

- b) Sofisma: Un “sofisma” se diferencia de una falacia por el hecho de que implica el uso, a sabiendas, de un mal argumento.
- c) Paralogismo: Supone un error argumentativo cometido sin malicia, de buena fe.

A pesar de esta claridad en las definiciones, cabe señalar que para una parte de la doctrina, Falacia, Sofisma y Paralogismo, es el mismo concepto.

## **B.2. ARGUMENTACIÓN Y DECISIÓN JUDICIAL**

Todo lo dicho anteriormente en relación con la argumentación en general, es aplicable al análisis de la fundamentación de las decisiones judiciales. Para ello debemos asumir que las sentencias judiciales pueden ser analizadas como argumentaciones.

En una sentencia judicial el argumento central tiene como conclusión el contenido del acto de decisión y como premisas el enunciado normativo general y la descripción de los hechos relevantes, en tanto que en los sub-argumentos se expresan las razones que apoyan cada una de estas premisas.

La complejidad de una argumentación judicial y con ella la cantidad de niveles en los que se distribuyen sus sub-argumentos varía de acuerdo con el tipo de caso a que en ella se resuelve y con los desacuerdos que hayan surgido durante el proceso a los que el juez o tribunal deba poner término. Por ello, no consideramos importante determinar a priori la naturaleza de los argumentos que se pueden formular en la fundamentación de una decisión judicial. Una vez concluida la tarea de

reconstruir el argumento principal y los distintos sub-argumentos, se puede precisar el tipo de argumento que se ha empleado y seleccionar la herramienta teórica que resulte más apropiada para su evaluación.

No obstante, se pueden hacer algunas recomendaciones generales que se deben tener en cuenta a la hora de reconstruir la argumentación contenida en una sentencia judicial:

En primer lugar, puede resultar de utilidad tener en cuenta las cuestiones (o preguntas) que habitualmente se deben resolver en una sentencia. La pregunta que permite reconstruir el Argumento central se puede formular, en términos generales, de la siguiente manera: ¿*“Como se debe solucionar la cuestión que motivo el proceso?”*. Antes de comenzar la tarea de reconstrucción habrá que precisar qué tipo de caso es el que se plantea en la sentencia a analizar. La respuesta que se ofrezca a esta pregunta ubicada en la parte resolutive de la sentencia es la conclusión del argumento central. Una vez identificada la conclusión, y teniendo en cuenta que en una sentencia se debe aplicar el derecho para resolver la cuestión central, debe identificar el o los enunciados normativos que constituyen una parte fundamental del conjunto de premisas del argumento central<sup>9</sup>. En muchos casos los jueces solo nombran la norma que emplean (citando una ley o un número de artículo, por ejemplo).

Al reconstruir su argumentación debemos utilizar la formulación completa del enunciado normativo que se nombra en la sentencia, pues es ella y no su nombre la que cumple la función de premisa. La otra premisa que no puede faltar en el argumento central es la llamada premisa fáctica,

---

<sup>9</sup> ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. *“Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”*. Revista Doxa, Núm.12. 1992, p. 09.



aquella en la que se describen los hechos relevantes del caso. En esta premisa etapa no debemos confundir el argumento central por lo general corte con los sub-argumentos que se dan en apoyo de sus premisas, los que suelen ocupar la mayor parte de la sentencia. Tampoco debemos olvidar que muchos de los enunciados que forman la sentencia no cumplen ninguna función argumentativa, sino que brindan cierta información relevante para contextualizar la decisión o expresan formas rituales impuestas por las normas o los usos procesales. Solo debemos introducir en la reconstrucción los enunciados que cumplen la función de premisas o conclusión, pues son los únicos relevantes para determinar la solidez de la argumentación judicial.

Identificadas las premisas del argumento central, lo que queda por hacer es identificar los argumentos con los que se apoyan dichas premisas y las premisas de esos argumentos, si las hubiera. En un proceso judicial no siempre se plantean las mismas cuestiones. En algunos casos, las partes discuten en torno a la veracidad o falsedad de la premisa fáctica, en otros sobre la conveniencia de emplear ciertas normas jurídicas en lugar de otras, o incluso sobre cómo deben ser interpretados los enunciados normativos relevantes.

Las sentencias judiciales reflejan de manera indirecta estas discusiones. Aquellas cuestiones que no generaron polémica durante el proceso no suelen requerir extensas argumentaciones del juez cuando las resuelve, Pero aquellas otras en las que se produjeron desacuerdos profundos entre las partes, con la consiguiente formulación de argumentaciones en sentidos opuestos, exigen del juez o tribunal un

desarrollo más amplio. Esto se traduce en una gran cantidad de sub-argumentos y en la proliferación de distintos niveles en el seno de su argumentación.

### **C) LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN COMO UNA NUEVA VISIÓN DEL MUNDO DEL DERECHO.**

El interés por el tema de la argumentación jurídica es creciente en los últimos años. Lo que explica esta situación, por encima de factores de naturaleza teórica, o pedagógica, es la exigencia de que, en los modernos Estados de derecho, sus poderes públicos (y, en particular, su poder judicial los jueces que lo componen-) lleven a cabo una adecuada tarea justificativa de sus decisiones<sup>10</sup>.

En las sociedades democráticas sus ciudadanos no sólo demandan que sus poderes públicos estén sujetos a la Constitución y al resto de cada ordenamiento jurídico, sino que las personas que integren dicho poderes sepan razonar y argumentar las decisiones que afectan a su vida. Todo ello ha contribuido a producir un cambio en la manera de ver el derecho, que supone una superación de las dos más importantes concepciones o enfoques del derecho existentes a lo largo del siglo veinte: el normativismo positivista y el iusnaturalismo.

Para todo jurista, y para el juez en particular, resulta necesario conocer las diferentes concepciones filosóficas del derecho. Su entendimiento, más allá del que se proporciona en las diferentes universidades o escuelas, le resultará útil no sólo para ampliar su

---

<sup>10</sup> ATIENZA, Manuel. *“Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica”*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. 1991, p. 33.

formación cultural, sino para entender el contexto en el que surge la teoría de la argumentación jurídica, como un nuevo enfoque o concepción de lo jurídico.

Como destaca el profesor Atienza<sup>11</sup>, los orígenes de la idea de razonamiento jurídico o argumentación jurídica son muy antiguos. En el derecho romano ya se estudiaban las formas lógicas de los diferentes argumentos que emplean los juristas. Además, el citado autor destaca que el origen de la retórica (en Sicilia, en el siglo V antes de Cristo) se vincula al mundo del derecho, pues el que es considerado como primer tratado de retórica el “Corax”- nace de la necesidad de persuadir a los jueces en relación con determinados conflictos acerca de la propiedad de la tierra.

En el siglo XX, al lado de las diferentes concepciones del derecho aparece un especial interés científico por la argumentación y por su incidencia en el derecho. En relación con los denominados “precursores” de la teoría de la argumentación jurídica (Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, y Stephen E. Toulmin) y los autores de la llamada “teoría estándar” de la argumentación jurídica (Neil MacCormick y Robert Alexy).

El primer momento coincide con el auge del análisis lógico del derecho, la tópica y la retórica; el segundo, se vincula con el llamado aspecto “material” de la argumentación jurídica, es decir, con el estudio de lo que hace que un razonamiento jurídico sea racional.

---

11 ALEXY, Robert. *“Teoría de la Argumentación Jurídica. Madrid”*. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997, p. 32.

## D) EL ENFOQUE DEL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN

El profesor Manuel Atienza destaca que en el siglo XX existieron tres grandes concepciones acerca del derecho, que respondieron a cuestiones esenciales como la determinación de sus elementos básicos, su función, su relación con respecto a la moral y al poder, sus límites, y su interpretación y aplicación, entre otras.

Estas concepciones son el normativismo positivista, el realismo, y el iusnaturalismo. Además, coexistieron con las anteriores otros dos enfoques acerca del derecho: el formalismo jurídico y las concepciones escépticas del derecho (las corrientes de inspiración marxista)<sup>12</sup>.

De todas estas concepciones destacan el positivismo y el iusnaturalismo, y su importancia para un estudio sobre el razonamiento judicial reside en que, frente a ellas, como se indica a continuación, se alza la teoría de la argumentación jurídica.

Frente a la concepción positivista del derecho, representada en el pasado siglo, esencialmente, por Kelsen, Hart y en el ámbito iberoamericano por Genaro Carrió, y Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin, entre otros autores que conciben el derecho como un conjunto de normas, una realidad, previamente dada, que ha de ser descrita y contemplada, realidad cuyos elementos son enunciados normativos o no (aunque, preferentemente, normas, tipos de normas), que estudia el derecho desde fuera, como una estructura, y que persigue describir neutralmente la realidad (el esqueleto de la misma, formado por normas), el enfoque del derecho como argumentación entiende éste de manera

---

12 ATIENZA, Manuel. “*La Filosofía del derecho de Felipe González Vicén*”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Núm.62. 1981.

diferente tanto desde el punto de vista de su concepto como desde la perspectiva de sus elementos integrantes, forma de estudio, metodología y objetivos.

Como bien sintetiza el Dr. Manuel Atienza, para el enfoque del derecho como argumentación, se concibe como una actividad, una práctica compleja; sus elementos no son sólo las normas, sino también las diversas fases de esa actividad, y su finalidad es contribuir a la realización de la misma. Según dicho autor, teóricos como Neil Mac-Cormick o Robert Alexy comparten, desde la llamada “teoría estándar de la argumentación jurídica”, al menos, dos notas que me parece importante destacar aquí: la primera es que el derecho es una realidad dinámica, que consiste no sólo en un conjunto de normas, pues es una práctica social compleja que incluye, además de éstas, valores, procedimientos, agentes, etc. La segunda idea que me parece trascendente resaltar es que dicha teoría llama la atención sobre la necesidad, en los modernos Estados constitucionales, de tratar de justificar adecuadamente las decisiones.

Junto a las dos notas antes citadas, destacan otras que también resultan importantes. Nos referimos a lo que Atienza alude como la importancia que se otorga, desde la teoría de la argumentación jurídica, a la interpretación, concebida como un proceso racional y conformador del derecho, a la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del derecho, que debe ser ajeno a construcciones descriptivas y abstractas, y a la convicción acerca de la existencia de criterios objetivos que atribuyen carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones: por ejemplo, los principios de universalidad, coherencia e

integridad. Estas notas no son incompatibles ni debieran de separarse de las sostenidas por autores encuadrados dentro de la llamada concepción iusnaturalista del derecho (en el siglo pasado, Legaz y Lacambra, Giorgio del Vechio, Gustav Radbruch, Finnis, entre otros), que destacan, como noción básica del derecho, la idea de justicia, y resaltan que la validez del derecho depende no del propio derecho positivo, sino de ciertos valores de carácter suprapositivo.

Lo que queremos destacar aquí es que el enfoque del derecho como argumentación constituye otro punto de vista, no necesariamente contrapuesto a la visión positivista o iusnaturalista de lo jurídico, que supera ambas, y que parte de una nota básica de una sociedad democrática: la exigencia de justificar, dar buenas razones, y argumentar jurídicamente las decisiones que afectan a los ciudadanos.

## **E) EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN Y LAS DIFERENTES CONCEPCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

Frente a la concepción positivista del derecho, éste se concibe, desde el enfoque de la teoría de la argumentación jurídica, como una actividad, es decir, una empresa en la que participan diversos agentes, y que construye, interpreta y aplica el material con el que cuenta (normas, principios, valores). En relación con ello, en contraposición a la perspectiva realista de lo jurídico, para el derecho como argumentación no sólo es trascendente la conducta de los jueces sino también lo que justifica su decisión, y, frente a la perspectiva iusnaturalista, el citado enfoque del

derecho consiste, como dice Manuel Atienza, en ofrecer “una reconstrucción satisfactoria del razonamiento jurídico que dé cuenta de sus elementos morales y políticos. El enfoque del derecho como argumentación es una concepción superadora, como se ha expuesto, de las corrientes filosóficas acerca de lo jurídico, que parte de una concepción dinámica del mundo del derecho.

A continuación, ha de analizarse en qué sentido hablamos de perspectiva dinámica, lo que ha de enlazarse con la exigencia que imponen los Estados constitucionales a los jueces de llevar a cabo un especial esfuerzo justificador de sus decisiones. Uno de los valores superiores de todo ordenamiento jurídico en un Estado democrático es la libertad. Con ello queremos resaltar que este texto constitucional es plenamente consciente de la importancia de la justificación jurídica de las decisiones del poder público, al menos las que afectan a tan importante valor. Del mismo modo otras constituciones como la Española de 1.978. en su Art. 120.3, ubicado dentro del Título VI, dedicado al “Poder Judicial establece que “las sentencias serán siempre motivadas”. En el mismo sentido el Art. 24 del nuevo código procesal penal establece que “los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación “y el código de procedimiento civil también demanda esta exigencia al establecer que la redacción de las sentencias contendrá la exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho, los fundamentos y el dispositivo. La nota de la buena motivación es predicable no sólo de las sentencias, sino también de otras resoluciones judiciales: (autos, providencias, ordenanzas), administrativas y

disciplinarias. La falta de motivación de las sentencias judiciales es motivo de casación. La mayoría de los textos constitucionales resaltan la necesidad de dar motivos para decidir, inclusive el derecho a una sentencia motivada está íntimamente ligada al derecho a una tutela judicial efectiva de jueces y tribunales: ya que el derecho.

A una tutela judicial efectiva no se agota con el debido proceso, sino que incluye una decisión fundada. Se considera que una sentencia está mínimamente argumentada cuando permite el control de otro órgano judicial y permite su crítica y cuando muestra el esfuerzo del juez por lograr una aplicación del derecho vigente libre de toda arbitrariedad. La decisión judicial se debe dirigir a lograr el convencimiento no sólo por el directamente afectado por la misma, sino también por las otras partes del proceso, respecto de su corrección y justicia sobre los derechos de un ciudadano.

Históricamente predominó como mecanismo de argumentación la concepción lógico-deductiva del razonamiento jurídico (silogismo decimonónico). Probablemente una de las expresiones más célebres y rotundas de esta forma de contemplar el razonamiento jurídico se deba a Cessare Beccaria<sup>13</sup>, quien en su obra de los delitos y las penas, afirma: “En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor debe ser la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena (...). No hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley”.

---

13 BECCARIA, Cesare. Tratado de los delitos y las penas. Granada-España, editorial COMARES, 2008, traducción de Juan Antonio de las Casas, pág.,67.



Desde este punto de vista, el razonamiento jurídico y singularmente una sentencia judicial, se expresa a través de un razonamiento lógico deductivo.

Como veremos, esta visión de la aplicación del derecho es muy estrecha, porque nos encontramos con deficiencias de diverso orden, lo que convierte en insuficiente la concepción de la aplicación del derecho que nos propone Beccaria<sup>14</sup>.

La teoría del derecho como argumentación que surge a partir de los años cincuenta nos ofrece, sobre todo, un planteamiento anti-formalista de la misma, probablemente como reacción a algunas corrientes formalistas que comienzan a tomar cuerpo en esa época confirmando un planteamiento logista como el recién expuesto: las nuevas tendencias de la argumentación jurídica rescatan de la antigüedad clásica disciplinas como la retórica, la tópica o la dialéctica a la hora de teorizar sobre la argumentación jurídica.

En esta línea se inscriben las teorías de autores como Theodor Viehweg, que revitaliza la tópica, Toulmin con su lógica operativa o dialéctica. Chaim Perelman, quien con Olbrechts-Tyteca rehabilita la retórica para el derecho. Neil Mac-Cormick, y Robert Alexy que desarrollan la teoría procedimental de la racionalidad.

De acuerdo con Atienza se deben distinguir tres tipos de concepciones (dimensiones) o maneras de contemplar la argumentación que pueden dar lugar a otras tantas concepciones si cada una de esas tres dimensiones se trata como si fuera la única o la fundamental. Sería

---

14 Ob. Cit.

entonces la concepción o perspectiva formal, la material y la pragmática una distinción básica y obvia que puede rastrearse en muchos autores, aunque no éste trazada de esa forma exactamente.

## **F) LA PONDERACION:**

### **f.1.- La Visión Conflictivista de los Derechos Fundamentales.**

Conforme a esta visión, los derechos fundamentales son realidades que eventualmente pueden entrar en oposición entre sí. Al respecto, Peces-Barba nos dice que al ejercerse un derecho fundamental, este se puede encontrar enfrente, en postura disconforme al ejercicio del titular de otro derecho fundamental que en igualdad pretende ejercerlo<sup>15</sup>. Incluso se afirma que “como las fronteras que definen los derechos son imprecisas, los conflictos devienen inevitables y problemáticos”<sup>16</sup>. Así, frente a una situación de conflicto, la solución se reduce solo a preferir un derecho y desplazar el otro, es decir, poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro<sup>17</sup>.

En este contexto, se hace imperativo preguntarse ¿cuáles son los criterios a utilizar para justificar la primacía de un derecho sobre otro? Quienes están a favor de la visión conflictivista de los derechos fundamentales proponen como criterios de solución la jerarquización y la ponderación de derechos.

---

15 PECES-BARBA, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Teoría general. Universidad Carlos-III de Madrid y Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1999, p. 594.

16 GARCÍA-PABLOS, Antonio. La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión. Autores varios. Libertad de expresión y Derecho Penal. Edersa, Madrid, 1985, p. 205.

17 CASTILLO CÓRDOVA, Luis Fernando. “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”. En: Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. N° 12, Universidad Nacional Autónoma de México, enero - junio, 2005, p. 99.

Hablar de jerarquización como criterio de solución de los conflictos entre los derechos fundamentales, supone aceptar la supremacía de un derecho sobre otro, lo cual dependerá de la medida que se emplee para determinar la importancia de los derechos involucrados en un caso concreto. Los defensores de esta postura están convencidos de que los criterios que definirán la jerarquización con mayor o menor dificultad se configuran siempre. En este sentido, se debe distinguir entre derechos fundamentales comunes y derechos fundamentales “supremos”<sup>18</sup> , o entre derechos de varias “generaciones”, atribuyendo a los derechos una importancia diferente con arreglo a la “generación” a la que pertenecen<sup>19</sup> . De suerte que en un eventual conflicto entre derechos de diversa importancia, o de diversa generación, podrá resolverse recurriendo a una suerte de orden preestablecido.

Del mismo modo, Serna y Toller afirman que en un litigio donde confluyan dos derechos fundamentales se recurrirá a una tabla pretasada de importancia, que permitirá establecer la primacía del jerárquicamente superior<sup>20</sup> . No obstante, esta afirmación no tiene en cuenta que siempre hay argumentos para considerar cualquiera de los derechos centrales como superiores por sí mismos a algún otro en conflicto. Entonces, se puede concluir que la jerarquización, que termina dando siempre el triunfo al

---

18 TROPER, M. “La nozione di principio sovraconstituzionale. Analisi e diritto”. En: Revista de Derecho de la Universidad de Génova. Italia, 1996, pp. 255-274. En ese sentido, se sigue la lógica impuesta en la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano sobre preferred positions.

19 Según la presentación habitual, la sucesión de las generaciones de los derechos sería la siguiente: derechos civiles (generación I), derechos políticos (generación II), derechos sociales (generación III), derechos de las generaciones futuras, y similares (generación IV). Este uso ideológico de las generaciones de derechos, consistentes en sobreponer un orden de prioridad axiológica en lugar de lo que es una (aproximativa) sucesión cronológica. Cfr. PINO, Giorgio. “Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli”. En: Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho. N° 32, Revista internacional de la Universidad de Alicante, 2009, p. 652.

20 SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos. La Ley, Buenos Aires, 2000, pp. 7-10.

derecho superior en cualquier conflicto, parece arbitraria y no tiene en cuenta la complejidad de este tipo de problemas y la multiplicidad de excepciones y matices que ofrece la vida práctica<sup>21</sup> .

El otro criterio de solución, denominado *balancing test* o *test de ponderación de derechos* o *test de proporcionalidad*, consiste en hacer una suerte de comparación entre los derechos en conflicto, sin dejar de lado las características especiales de cada caso en concreto, a fin de determinar cuál derecho es más importante o tiene un “peso” superior.

Existe un principio muy ligado a este criterio o mecanismo de solución. Se trata del principio de proporcionalidad. Toda vez que en la ponderación, es decir, en la búsqueda de saber cuál derecho pesa más, es necesario establecer una relación de proporcionalidad entre los derechos en conflicto. En el mismo sentido, Prieto Sanchís<sup>22</sup> nos dice que la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto, se trata, por lo tanto, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer la primacía a uno u otro.

Así, Javier Barnes afirma que “aun presuponiendo que ninguno de los derechos en cuestión ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente, más allá de lo necesario o en forma desequilibrada un derecho a favor del otro. La

---

<sup>21</sup> *Ibíd*em, pp. 7 y 26

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 90.

proporcionalidad se pondrá, una vez más, del lado del derecho que padece la restricción, del que se lleva la peor parte”<sup>23</sup>.

Al respecto, a continuación considero necesario hacer una breve referencia sobre las cuestiones generales relativas al principio de proporcionalidad.

## **f.2.- El Principio de Proporcionalidad Como Parte de la Ponderación**

Al hablar del principio de proporcionalidad, es imprescindible mencionar al autor alemán Robert Alexy, quien afirma que las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales y/o bienes colectivos presentan la estructura de principios, que caracteriza como mandatos de optimización, es decir, normas que requieren el máximo grado de realización en función de las posibilidades fácticas y jurídicas que contextualizan su ejercicio<sup>24</sup>.

Para el autor, una norma de derecho fundamental, según su estructura, puede ser principio o regla<sup>25</sup>. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces, hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa<sup>26</sup>.

---

23 BARNES, Javier. “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”. En: Cuadernos de Derecho Público. N° 5, Instituto Nacional de Administración Pública, España, 1998, pp. 35 y 36.

24 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Ob. cit., p. 81. (NACHDR. 1997, 2001). Nueva traducción al español de Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

25 *Ibidem*, p. 83.

26 *Ibidem*, p. 86.

Según Alexy, los derechos fundamentales pueden colisionar entre sí o entrar en colisión con bienes colectivos. Precisa que en sentido estrecho, una colisión entre derechos fundamentales tiene lugar cuando el ejercicio o la realización del derecho fundamental por parte de su titular tiene una repercusión negativa en el derecho fundamental del otro titular. Por lo que, cuando entra en colisión, lo cual sucede en el caso de que su aplicación conduzca a resultados incompatibles, debe utilizarse el principio de proporcionalidad para establecer entre ellas una relación de precedencia condicionada<sup>27</sup>.

Siguiendo la línea de Alexy, se puede afirmar que el principio de proporcionalidad exige examinar la colisión a la luz de los juicios, máximas o sub principios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Mediante el juicio de adecuación o idoneidad se determina que la limitación de un derecho fundamental (u otro principio constitucional) solo es constitucionalmente admisible si, efectivamente, tácticamente, sirve para favorecer a otro derecho fundamental (u otro principio constitucional)<sup>28</sup>.

El juicio de necesidad está condicionado por la voluntad o capacidad del juzgador para introducir alternativas de análisis comparativo entre derechos positiva y negativamente afectados por la acción normativa que se enjuicia<sup>29</sup>. Lo cual significa que es necesario establecer si la medida en cuestión es la menos restrictiva de las posibles, y además si es absolutamente necesaria para

---

<sup>27</sup> *Ibíd*em, p. 87.

<sup>28</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica. Derechos Sociales y Ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, p. 253.

<sup>29</sup> *Ibíd*em, p. 271.

alcanzar el bien colectivo en cuestión, o por el contrario, existen medidas igualmente adecuadas y carentes de consecuencia lesivas para el derecho fundamental con el que colisiona<sup>30</sup>.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto es propiamente lo que se conoce como ponderación, por lo que, en palabras de Alexy, “la ley de la ponderación” está contenida en dos enunciados:

- i) “Valorar cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>31</sup>.
- ii) “Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”<sup>32</sup>.

Así, siguiendo el razonamiento efectuado por Alexy<sup>33</sup>, esta ley de ponderación –que postula– es posible estructurarla sobre la base de tres etapas claramente definidas:

- i) Definir y determinar el grado de no satisfacción de uno o alguno de los principios.
- ii) Definir y determinar el grado de importancia de la satisfacción del principio en un sentido contrario.

---

30 MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis y DE DOMINGO, Tomás. Los derechos fundamentales en el sistema constitucional - Teoría general e implicaciones prácticas. Palestra, Lima, 2010, p. 27.

31 GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Ob. cit., p. 292; cfr. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Ob. cit., p. 161.

32 ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales. Traducido por Carlos Bernal, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, p. 55.

33 ALEXY, Robert. Teoría de derechos constitucionales. Universidad de Oxford, 2002.

- iii) Definir y determinar el grado de importancia en la satisfacción del principio contrario y si ello justifica la no satisfacción o restricción del otro.

En consecuencia, vemos que Alexy da por sentado que los principios (o derechos fundamentales) colisionan entre sí, siendo este un problema que no se resuelve haciendo que un principio invalide a otro, sino ponderando a qué principio se le debe dar un mayor peso específico. Así, bajo ciertas circunstancias, un principio precede a otro<sup>34</sup>. Para el autor, la ponderación no se trata de una cuestión de todo o nada, sino de una tarea de optimización<sup>35</sup>. Por otra parte, la ley de ponderación, en cuanto tal, no formula ninguna pauta que pueda ayudar a resolver los casos. Sin embargo, el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente, y por tanto, para Alexy, no se trata de una fórmula vacía o que no diga nada<sup>36</sup>.

En este contexto, creo conveniente plantear la siguiente cuestión: ¿cómo se ha tratado el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano?.

### **f.3.- Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.**

El Supremo interprete de la Constitución de nuestro país, ha definido al principio de proporcionalidad como un principio general del Derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito

---

34 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Ob. cit., p. 89.

35 Ibídem, p. 166.

36 Ibídem, p. 167



del Derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no<sup>37</sup>. Así, el Tribunal encuentra que el fundamento de este principio proviene de la consideración de que se trata de un principio que “(...) se deriva de la cláusula del Estado de Derecho” que, a decir del Tribunal, exige concretas exigencias de justicia material que se proyectan a la actuación no solo del legislador, sino de todos los poderes públicos<sup>38</sup>.

Para el Tribunal, este principio está íntimamente vinculado al valor justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad, y que no sean arbitrarias<sup>39</sup>; constituyéndose de esta manera en un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando afectan el ejercicio de los derechos fundamentales<sup>40</sup>.

En este sentido, se puede apreciar que nuestro Tribunal Constitucional ha recepcionado, al igual que muchos otros ordenamientos jurídicos, la técnica alemana de la ponderación o test de proporcionalidad de los derechos

---

37 Caso sobre la legislación contra el terrorismo. STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC del 3 de febrero de 2003, f. j. 195.

38 *Ibidem*, ff. jj. 197-199.

39 Caso Espinoza Soria. STC Exp. N° 01803-2004-AA/TC del 25 de agosto de 2004, f. j. 11.

40 Caso del control a la reforma del régimen de pensiones. STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC del 3 de junio de 2005, f. j. 109.

fundamentales y, en consecuencia, se puede afirmar que nuestro Tribunal ha aceptado la tesis que propugna la existencia de conflictos entre los derechos fundamentales, siendo necesario aplicar el test o principio de proporcionalidad a fin de determinar cuál es el derecho que predomina en cada caso concreto.

A continuación haré una breve referencia sobre la forma en que el principio de proporcionalidad ha sido estructurado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

Conforme se explicó anteriormente, el principio de proporcionalidad en la doctrina alemana ha sido estructurado en tres niveles: idoneidad, necesidad y ponderación. En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha necesitado de un cierto grado de desarrollo para configurar en su jurisprudencia la estructura del principio de proporcionalidad. Así, veremos que en nuestra jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad aparece estructurado de la siguiente manera: a) razonabilidad/proporcionalidad; b) idoneidad del medio o medida; c) necesidad; y d) proporcionalidad o ponderación en sentido estricto; los que continuación serán brevemente desarrollados conforme a un grupo de sentencias seleccionadas.

#### **f.4.- Razonabilidad y Proporcionalidad.**

Tenemos que en un primer momento, el Tribunal equiparó los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad, tratándolos de manera similar, y argumentando que “(...) Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una

similitud entre ambos principios, en la medida en que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”<sup>41</sup>.

Posteriormente, el Tribunal modificó su razonamiento, estableciendo que dentro de la esfera de la protección de fines constitucionalmente relevantes, una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales solamente se justifica en virtud del principio razonabilidad que exige que una medida restrictiva conlleve la necesidad de preservar o proteger un fin constitucionalmente valioso. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional<sup>42</sup>.

Conforme a los argumentos expuestos, el Tribunal finalmente llega a integrar la razonabilidad en el principio de proporcionalidad, explicando que “uno de los presupuestos de este es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio

---

41 Caso Costa Gómez y Ojeda Dioses. STC Exp. N° 2192-2004-AA/TC del 11 de octubre de 2004, f. j. 15.

42 Caso Chong Vásquez. STC Exp. N° 02235-2004-AA/TC del 18 febrero de 2005, f. j. 6. Cfr. Caso Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima. STC Exp. N° 0045-2004-AI/TC, f. j. 27.

de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad<sup>43</sup>.

El Tribunal deja así sentada la distinción conceptual entre razonabilidad y proporcionalidad, dejando sentada en su jurisprudencia, el análisis de proporcionalidad mediante los tres pasos progresivos de idoneidad del medio, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación<sup>44</sup>.

#### **f.5.- Críticas a la Teoría Conflictivista y a sus Mecanismos o Criterios de Solución**

Conforme se ha expuesto, hoy en día se encuentra profundamente arraigado un pensamiento conflictivista de los derechos fundamentales, el cual es entendido como una visión que concibe a la realidad jurídica de estos como un ámbito de conflicto permanente entre ellos mismos (derechos) o entre los derechos y los bienes públicos.

Recordemos que el conflictivismo trata de reducir los derechos fundamentales –que no deben ser ignorados o suprimidos– a normas fundamentales, y estas últimas a reglas. No obstante, encontramos en palabras de Cianciardo, que este problema puede superarse distinguiendo claramente entre estos ambos conceptos y, también, entre principios y reglas. Las normas fundamentales son enunciados normativos que pueden o no estar recogidos textualmente en las Constituciones y, a su vez, pueden consistir en principios normativos –que trata que algo sea realizado en la mayor medida posible y cuya aplicación debe efectuarse con razonabilidad y proporcionalidad– y en reglas normativas, que mandan la realización necesaria de algo. Así, el autor propone como solución, buscar sistemas de reconocimiento de los principios

---

43 Caso Chong Vásquez. STC Exp. N° 2235-2004-AA/TC del 18 febrero de 2005, ff. jj. 6, 29 y 30. Cfr. Caso Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima. STC Exp. N° 0045-2004-AI/TC, f. j. 27.

44 Caso Chong Vásquez. STC Exp. N° 2235-2004-AA/TC del 18 febrero de 2005, ff. jj. 29 y 30.

fundamentales, que generales al principio de proporcionalidad debe considerar siempre la relación entre los diversos principios de la Constitución<sup>45</sup>.

Aceptar que los derechos fundamentales son realidades contrapuestas entre sí que tienden a entrar en colisión, el cual se resuelve a través de mecanismos que jerarquizan o ponderan derechos, significa admitir la existencia de una suerte de derechos de primera categoría y otros de segunda. Ello implicaría que cuando un derecho de segunda tiene la desdicha de cruzarse con uno de primera, queda desplazado y afectado en su contenido jurídico, es decir, queda vulnerado<sup>46</sup>.

Tomar como verdadera esta afirmación implica desconocer que los derechos fundamentales son expresión de la dignidad humana y, en especial –lo que es por todos aceptado– que su positivación se constituye en una herramienta de control del poder del Estado, presupuesto bajo el cual no puede considerarse de ningún modo la renuncia a alguno de ellos, ni siquiera bajo el supuesto de la postergación de uno a favor de otro, lo que en consecuencia afectaría su vigencia y ejercicio efectivo.

Al igual que la teoría conflictivista, los mecanismos o criterios utilizados para solucionar el supuesto conflicto entre derechos fundamentales: jerarquización y ponderación o test de proporcionalidad, son objeto de crítica. Por ello, considero pertinente exponer la crítica hecha a ambos mecanismos o criterios de solución en palabras de Cianciardo.

Respecto al planteamiento jerárquico de las relaciones entre los derechos fundamentales, Cianciardo afirma que se trata de una aplicación imponderada de principios jurídicos iusfundamentales. Los cuales exigen valoración y contrapeso. Esto, por su peculiar índole estructural. Si no se respeta esta exigencia, y son tratados como reglas, devienen en jerarquías abstractas que conducen fácilmente a soluciones disvaliosas. En relación a la ponderación de derechos, el autor plantea que la ponderación propuesta por un sector del conflictivismo alcanza a resolver el problema de la fundamentación adecuada de las soluciones iusfundamentales.

---

45 IRARRAZÁBAL COVARRUBIAS, Juan. “Juan Cianciardo, el conflictivismo en los derechos fundamentales”. Revista chilena de Derecho. N° 1, Vol. 30, Sección Bibliografía, p. 202. Cfr. CIANCIARDO, Juan. El conflictivismo en los derechos fundamentales. Eunsa, Pamplona, 2000. Este estudio tiene origen en su tesis doctoral de la Universidad de Navarra, España, cuyo objeto se centra en el análisis iusfilosófico de lo que él denomina “conflictivismo”.

46 CASTILLO CÓRDOVA, Luis Fernando. Ob. cit., p. 107

La razón de esta insuficiencia radica en la falta de un criterio ontológico que permita distinguir materialmente a un derecho de otro. En consecuencia, Cianciardo concluye que “tanto la jerarquización como la ponderación conducen a una relativización de las vertientes negativa y positiva de los derechos fundamentales. En efecto, al asumirse la necesidad de postergar uno de los derechos en juego, de un lado, se eclipsa su rol de límites del poder, y, de otro, el Estado se desliga de su obligación de promover su vigencia efectiva”<sup>47</sup>.

En esa línea, Serna y Toller afirman que, tratándose de derechos fundamentales, no es aconsejable establecer jerarquizaciones, ponderaciones o límites que den prioridad a un derecho fundamental sobre otro para resolver el conflicto, porque los bienes humanos de los derechos son todos compatibles entre sí, en ese sentido armonizables, además se debe buscar casar los bienes en conflicto. En la resolución de los conflictos de derechos, al analizar el caso concreto, es aconsejable optar por la armonización y el ajustamiento de los mismos, a fin de que no resulte ninguno de los derechos anulados, o degradados<sup>48</sup>.

Por lo tanto, se puede afirmar que la posición conflictivista de los derechos fundamentales lejos de garantizar su plena vigencia y efectividad, privilegia la desarmonía en su ejercicio, desconociendo así que el fundamento de todos estos derechos descansa en la protección de la persona humana. Asimismo, los derechos fundamentales reconocidos como derechos naturales y subjetivos se presentan como anteriores al Estado, que no puede desconocerlos, y constituyen para aquel un límite insalvable. Como derechos inherentes a la naturaleza del hombre, son propios de todos los hombres. De aquí la universalidad de su aceptación y la oponibilidad al Estado.

En este sentido, por un lado estamos ante exigencias éticas de dignidad; de algún modo se puede decir que un comportamiento contrario a los derechos supone tratar al titular como un mero medio. Y, por otro lado, los derechos se han convertido en un criterio básico de legitimidad del poder; así tenemos, que el

---

47 CIANCIARDO, Juan. Ob. cit., pp. 120 y 121.

48 SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. Ob. cit., p. 92.

poder político es legítimo solo si se compromete con el reconocimiento y protección de los derechos<sup>49</sup>.

Siguiendo este razonamiento, Prieto denomina a estos elementos: teleológico y funcional; definiéndolos de la siguiente manera: es teleológico porque los derechos se identifican como la traducción normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad, como el vehículo que en los últimos siglos ha intentado conducir determinadas e importantes aspiraciones de las personas desde el mundo de la moralidad a la órbita de la legalidad. En cuanto al elemento funcional señala, que los derechos asumen una cualidad legitimadora del poder, que se erigen en reglas fundamentales para medir la justificación de las formas de organización política y, por lo tanto, para que estas se hagan acreedoras a la obediencia voluntaria de los ciudadanos<sup>50</sup>.

En efecto, sin la protección efectiva de estos derechos, el hombre no podría realizarse como persona dentro de la sociedad, ni encaminarse al logro del bien común. En palabras de Fernández Sessarego, dicha protección debe ser unitaria, es decir, asumir que el ser humano es una unidad inescindible de cuerpo o soma y de psique, sustentados en su ser libertad. Debe ser integral, es decir, sin dejar de lado ningún interés existencial que, fundado en la dignidad de la persona, merezca protección jurídica. Asimismo, el autor señala que la persona humana en tanto sujeto del derecho es coexistencial, el derecho subjetivo entraña siempre y necesariamente un deber. Es decir, que en todo derecho subjetivo coexisten un deber general y uno específico. Donde, el deber general, que hunde su raíz en la coexistencialidad como dimensión humana, es el de no dañar a otro en el ejercicio del derecho subjetivo. El deber específico es inherente, como está dicho, a cada institución jurídica<sup>51</sup>.

Por todos los argumentos expuestos, corresponde rechazar la doctrina conflictivista de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que la naturaleza humana es una unidad, y los derechos fundamentales en cuanto tales se predicen

---

49 BARRANCO, María del Carmen. Teoría del Derecho y derechos fundamentales. Palestra, Lima, 2009, pp. 11 y 12

50 PRIETO, L. Estudios sobre derechos fundamentales. Debate, Madrid, 1990, p. 20.

51 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Fundamentos de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI: Personalismo, tridimensionalismo y proyecto de vida". En: Revista Abogados. N° 7, edición especial, Lima, diciembre de 2001, pp. 14 y 22. Ver en Diké, Portal de información y opinión legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

del hombre, entonces, no hay modo de que ni en su formulación teórica ni en su ejercicio práctico, tales derechos sean contradictorios entre sí, o que supongan contenidos incompatibles entre sí<sup>54</sup>. En consecuencia, tal como lo manifiestan Serna y Toller, “en rigor, el extendido mito del conflicto se da solo aparentemente entre los derechos y realmente entre las pretensiones y entre los intereses individuales de cada una de las partes”<sup>52</sup>.

Siguiendo este razonamiento, considero propio citar a Muñoz Arnau, quien señala que la controversia jurídica sometida a consideración del juez no es la que se constituye a partir del conflicto de dos derechos fundamentales, sino que se configurará a partir del conflicto entre dos pretensiones o entre los intereses particulares de los sujetos que conforman una concreta relación procesal en la que se invocan derechos fundamentales. Es decir, en la realidad de los casos concretos, los verdaderos conflictos no se dan entre los derechos fundamentales, sino entre las pretensiones de las partes que enfrentadas en un litigio, invoca cada una un derecho fundamental diferente, como justificación de su pretensión o interés<sup>53</sup>.

Por ello, el problema se debe abordar a partir de la consideración de que los derechos no están en pugna, sino que son derechos armonizados. Los derechos son armónicos, los intereses de las personas no, la pretensión exige, precisamente, que el interés del otro se subordine al propio. En ese sentido, la interpretación constitucional debe realizarse de tal forma que conduzca a armonizar los derechos, al acomodamiento (ajustamiento<sup>54</sup>) del derecho a los intereses controvertidos, a las pretensiones.

Los derechos fundamentales deben estar perfectamente delimitados desde la Constitución, de tal manera que entre ellos y sus “límites” existirían algo así como una frontera infranqueable, no pudiendo producirse el conflicto si se delimita adecuadamente el contenido de cada derecho fundamental. Al respecto,

---

52 SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. Ob. cit., p. 92.

53 MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional español. Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 170.

54 En ese sentido, Tomás De Domingo señala que reclamar el triunfo de uno de los principios en pugna, que es lo propio del “conflicto”, debe valorarse en qué medida el ejercicio de un derecho fundamental resulta compatible con las exigencias objetivas que surgen del contexto vital en que pretende ejercerse, el cual, por otra parte, debe ser compatible con la Constitución lo que nos sitúa ante una situación que el autor considera más apropiado identificar con el nombre de “desajuste”. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis y DE DOMINGO, Tomás. Ob. cit., p. 162.



Martínez Pujalte señala que “más allá de los contornos que los delimitan no puede existir protección constitucional del derecho fundamental y, en cambio, dentro de ellos la protección constitucional es absoluta”<sup>55</sup>.

Así, “la delimitación de los derechos fundamentales constituye una operación en la que a la luz de los casos concretos, y respetando el texto constitucional, el intérprete debe indagar qué conductas constituyen el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, lo que en gran medida exige un esfuerzo por comprender los perfiles del bien jurídico protegido por cada derecho fundamental”<sup>56</sup>.

La finalidad de la interpretación de los derechos fundamentales debe ser la unidad armónica del derecho, para ello, se debe ir más allá de la interpretación literal de la norma fundamental y orientarla al fundamento, es decir, hacer una interpretación teleológica y sistemática, para determinar el contenido del derecho. La identificación del contenido del derecho va a permitir encontrar los puntos de compatibilidad de los derechos; y respetando el contenido de cada uno de ellos, se deberá valorar la controversia, de tal forma, que sea posible la solución sin que se sacrifique ningún derecho. Por lo tanto, armonizar los derechos es analizarlos desde su contenido esencial, es mirar hacia su naturaleza, el bien que protegen, la finalidad, su ejercicio, perfiles y esferas de funcionamiento razonable.

En consecuencia, la interpretación del precepto constitucional del derecho de que se trate, implica examinar su contenido, teniendo en cuenta que este se fundamenta en valores individuales y sociales que le otorgan un alcance amplio; delimitar desde el bien protegido por el derecho, desde su finalidad, su núcleo constitucional, que al ser determinado en circunstancias concretas, resulta inobjetable. De tal forma que su ejercicio razonable, en una sociedad democrática –donde la paz social y el orden político democrático se basan, entre otras cosas, en la garantía de protección efectiva de los derechos fundamentales– el mínimo de ese derecho fundamental debe quedar salvaguardado, para no llegar a la anulación de alguno de los derechos en pugna.

---

55 DE DOMINGO, Tomás. Los derechos fundamentales en el sistema constitucional - Teoría general e implicaciones prácticas. Ob. cit., p. 159.

56 *Ibíd.*, p. 160.

## G) NOCIONES GENERALES DE LA QUERELLA

La querella<sup>57</sup> por delito de acción privada es el acto procesal mediante el cual, el damnificado o sus representantes inician el proceso poniendo en conocimiento de la autoridad judicial el hecho en el cual se considera víctima. Se trata de delitos que por su índole particular sólo pueden ser perseguidos a instancia del ofendido. Esta titularidad en el ejercicio de la acción penal concedida al agraviado, impide que el Ministerio Público pueda ejercitarlo.<sup>58</sup>

Carlos De Elia<sup>59</sup> señala que de acuerdo a estos principios el querellante detenta en el proceso penal el rol de la acusación y en tal carácter está facultado para proponer diligencias, ofrecer pruebas, acusar, ejercer acciones resarcitorias e interponer recursos o remedios procesales hasta que la autoridad judicial se pronuncie sobre el fondo de la controversia. Le es también dable desistir de la acción, produciendo la caducidad de la misma y la correspondiente cesación de la actividad jurisdiccional

En los delitos llamados de acción privada quien puede querellar es el propio agraviado –en los casos expresamente previstos en la ley-; con su voluntad de poder someter a alguien al procedimiento penal y a la decisión de los tribunales penales en un caso concreto, es el único que puede conducir como acusador el procedimiento hacia la sentencia, siendo que por su renuncia expresa a perseguir o

---

57 Es la declaración que una persona efectúa por escrito para poner en conocimiento del Juez unos hechos que cree que presentan las características de delito en su contra. Con ella el querellante solicita la apertura de una causa penal en la que se investigará la comisión del presunto delito, y se constituirá como parte acusadora en el mismo.

58 CREUS, Carlos. *"Derecho Procesal Penal."* Editorial ASTREA. Buenos Aires, 1996, p. 34.

59 DE ELIA, Carlos M. *"Manual de Derecho Procesal Penal"*. Librería "El Foro", Buenos Aires, 1993, p. 117.

por omisiones de cumplir determinados actos fundamentales del procedimiento, puede llegar a la finalización de la persecución penal.

La querrela se diferencia de la denuncia, en tanto, esta última sólo se da noticia a la autoridad de un hecho posiblemente delictivo y el denunciante no queda vinculado al procedimiento por que no pone en marcha la acción penal ni promueve la acción civil y en tal sentido no es parte del proceso. Por el contrario, en la querrela; el querellante, inicia y ejerce la acción penal y puede hacer lo propio con la acción civil, teniendo en el juicio todas las atribuciones de parte, que generalmente va unida a una pretensión económica del querellante. El Código Penal de 1991, define los delitos que son objeto de persecución privada Así tenemos:

- | a) Delitos de lesiones culposas leves<sup>60</sup>.
  
- b) Delitos de injuria, calumnia y difamación<sup>61</sup>, y
  
- c) Delitos de violación a la intimidad<sup>62</sup>.

---

60 Lesiones Culposas.- Artículo 124 CP.-primer párrafo.- El que por culpa causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, será reprimido, por acción privada, con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a ciento veinte días-multa

61 Ejercicio privado de la acción penal.- Artículo 138 CP.- En los delitos previstos en este Título sólo se procederá por acción privada. Si la injuria, difamación o calumnia ofende a la memoria de una persona fallecida, presuntamente muerta, o declarada judicialmente ausente o desaparecida, la acción penal podrá ser promovida o continuada por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

62 Acción privada.- Artículo 158 CP.- Los delitos previstos en este Capítulo (Capítulo II, del Título IV, del Libro II, Violación de la Intimidad) son perseguibles por acción privada. Al respecto y con más detalle véase: ALARCON MOLINA, Milagros y CARDENAS RUIZ, Marco. “*La Violación de la Intimidad, Violación de Domicilio y Violación de la Comunicaciones en el Derecho Penal*”. Normas Legales –Análisis Jurídico- Tomo 357, Febrero 2006, p. 257-270

## **i) DEFINICIONES DE LA QUERELLA**

Domingo García Rada sostiene que la querella es la exposición que la parte lesionada hace del delito a los órganos jurisdiccionales, para que se inicie la acción penal. En ciertos delitos es indispensable la presentación de la querella para que el Juez inicie el procedimiento penal. En tales casos la acción sólo comienza a instancia de parte<sup>63</sup>

Julio B. Maier indica que la querella constituye una modificación al proceso común derivada de la característica especial de la persecución penal privada que no pertenece al Estado sino que corresponde a los particulares<sup>64</sup>.

Carlos Creus, refiere que la querella es la instancia escrita con determinado contenido y formas predeterminadas por la ley, formulada ante el juez competente para intervenir en el proceso que cumple dos finalidades: comunica el hecho a la autoridad y asume el carácter de parte querellante en el proceso, para exponer en el sus pretensiones apoyadas en el derecho sustancial<sup>65</sup>.

Entonces, podemos decir que la querella es la acción o postulación que hace el ofendido, mediante el cual solicita al órgano jurisdiccional competente la iniciación del procedimiento, pidiendo la pretensión civil y la sanción correspondiente.

---

63 GARCIA RADA, Domingo. *“La Instrucción”*. Volumen Primero: El Inculpado, SAN MARTIN Y CIA IMPRESORES, Lima1967, pp. 10

64 MAIER, Julio J.B. *“Derecho Procesal Penal Tomo II Parte General, Sujetos Procesales”*. Editores del Puerto S.R.L, Buenos Aires 2003, 1º edición, pp. 174-175.

65 CREUS, Carlos: Op.cit., p. 34

## ii) LA QUERRELLA COMO CONDICIÓN DE PROCEDIBILIDAD

Existe un catálogo de hechos punibles cuya investigación no puede iniciarse sino en virtud de la querrela formulada por quien legalmente tenga derecho a hacerlo. Es esta condición, una acción previa para que el Estado pueda empezar a ejercer sus funciones y se inicie en proceso penal especial; es decir, que, mientras no se cumpla dicho requisito, el Estado se encuentra apenas ante una expectativa transitoria de poder iniciar y proseguir la acción penal por medio de los funcionarios de la rama jurisdiccional del poder público.

Lo anterior no quiere decir que la acción penal se desplace del Estado como titular de ella, hacia la persona como sujeto pasivo del delito. Lo que ocurre es que como la querrela es un derecho que el particular puede no ejercer, el Estado deja a su propia decisión el poder movilizar la actividad judicial o dejar de hacerlo, ante la presencia de un hecho punible por el cual se considera ofendido.

Se discute por la doctrina si la querrela es condición de procedibilidad, de punibilidad, o de ambas. Según Londoño Jimenez<sup>66</sup> sostiene que la querrela es condición de procedibilidad por cuanto de lo que se trata es de que el Estado pueda o no iniciar una investigación penal, según se formule o no la correspondiente querrela, por los hechos punibles que la exigen y de parte de quien tenga derecho a hacerlo. Agrega el citado autor que Rafael Fontecilla también sostiene que es condición de procedibilidad, mientras que Manzini dice que es de punibilidad, al paso que Carnelutti afirma que es condición de de procedibilidad y de punibilidad.

---

<sup>66</sup> LONDOÑO JIMENEZ, Hernando. *“Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I”*. Editorial Temis, 1989, p. 110.

Se dice que se trata de una condición de procedibilidad, porque sin ella no se puede iniciar el proceso penal. Es por así decirlo, su punto de partida, la condición imprescindible para que la función jurisdiccional pueda manifestarse ante la *notitia criminis* proveniente de las personas autorizadas legalmente para darla. Por eso la define García Ramírez<sup>67</sup> diciendo que: "la querrela es tanto una participación de conocimiento sobre la comisión de un delito, de entre aquellos que solo se pueden perseguir a instancia de parte, como una declaración de voluntad, formulada por el interesado ante la autoridad pertinente a efecto de que, tomada en cuenta la existencia del delito, se le persiga jurídicamente y se sancione a los responsables"

### **iii) QUERELLANTE LEGÍTIMO**

El criterio seguido por el legislador en la consagración de los hechos punibles que exigen querrela de parte, no ha sido otro que de la preservación del bien jurídico lesionado o puesta en peligro. Se trata de aquellos casos que por lo general no trascienden la esfera personal o familiar de las víctimas del hecho y que no tienen gran repercusión o impacto en la vida social, pero que si estuvieran expuestos a una investigación oficiosa, podrían causar un mayor daño moral a los ofendidos por el delito. Se ha querido entonces limitar las pretensiones punitivas del Estado en esta materia, haciendo una especie de delegación a los particulares para que sean ellos, en dichos eventos quienes decidan el inicio o no investigación penal<sup>68</sup>.

---

67 GARCIA RAMIREZ, Sergio. "*Derecho Procesal Penal*". México, Edit. Porrúa, 1977., p. 342.

68 La querrela puede ser presentada por el sujeto pasivo del hecho punible. Si este fuere incapaz, la persona debe ser formulada por su representante legal. Lo fundamental en los delitos de querrela

La doctrina argentina ha denominado al querellante legítimo como querellante exclusivo en tanto y en cuanto este actor penal privado excluye la persecución penal estatal y la actividad de su órgano específico “el ministerio público fiscal”, siendo pues que surge esta denominación para diferenciarlo del acusador particular que opera en los delitos de acción pública.<sup>69</sup>

#### **iv) DELITOS QUE REQUIEREN QUERELLA**

Tanto en el Código Penal como el Código de Procedimientos Penales están señalados los hechos punibles que exigen querella de parte para que el Estado pueda iniciar el ejercicio de su acción penal. Una ligera observación al bien jurídico que cada una de las figuras tipificadoras de los respectivos hechos punibles busca tutelar, nos sugiere la idea de que por lo general son conductas que escasamente trascienden a la opinión pública, por lo que la sociedad misma no se siente directamente afectada con tales comportamientos. Una razón de política criminal, entonces, es la que ha guiado al legislador para que en esos casos concretos se condicione el poder coercitivo del Estado a la decisión que quiera tomar el querellante legítimo con respecto a la investigación y juzgamiento por el hecho punible del cual resultó ofendido o perjudicado.

Como ya se dijo el Código Penal define los delitos que son objeto de persecución privada. Así tenemos: a) delitos de lesiones culposas leves (art. 124° primer párrafo), b) delitos de injuria, calumnia y difamación (art. 138° C.P), y c) delitos de violación a la intimidad (Todo el capítulo según el art. 158° C.P).

---

reside en que prescribe como regla general de querellante legítimo es el "sujeto pasivo del hecho punible.

## v) CARACTERÍSTICAS DE LOS DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA

Las características de los delitos de acción privada son:

a) La persecución está reservada a la víctima.- Ella es la única que tiene legitimación activa, sólo a su instancia es posible incoar el procedimiento penal. Respecto a los delitos contra el honor, el artículo 138° *-in fine-* del Código Penal prevé la legitimación activa por sustitución en aquellos casos en que dichos delitos ofenden a la memoria de una persona fallecida, presuntamente muerta, o declarada judicialmente ausente o desaparecida. En estos casos "... la acción podrá ser promovida o continuada por su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermanos"; constituyéndose como querellante particular.<sup>70</sup>

b) El Ministerio no interviene como parte. En consecuencia, el agraviado se erige en acusador privado y, por tanto, en único impulsor del procedimiento, el mismo que no sólo promueve la acción penal, sino introduce la pretensión civil; es, pues una parte necesaria que ejercita con monopolio absoluto ambas pretensiones mediante la constitución como parte a través de la oportuna querrela.

c) El acusador privado puede desistirse o transigir con lo que el procedimiento terminará con un auto de archivamiento definitivo por extinción de la acción penal con arreglo al artículo 78° inciso 3) del Código Penal.

---

70 En el mismo sentido se ha señalado en el nuevo Código procesal penal (Dec. Leg. N° 957 –Art. 459°) que en los delitos sujetos a ejercicio privado de la acción penal, el directamente ofendido por el delito formulará querrela, por sí o por su representante legal, nombrado con las facultades especiales establecidas por el Código Procesal Civil, ante el Juzgado Penal Unipersonal. El directamente ofendido por el delito se constituirá en querellante particular. La querrela que formule cumplirá con los requisitos establecidos en el artículo 109, con precisión de los datos identificatorios y del domicilio del querrellado. Al escrito de querrela se acompañará copias del mismo para cada querrellado y, en su caso, del poder correspondiente.



En este sentido, Julio B. Maier<sup>71</sup> precisa que para la doctrina argentina la renuncia del agraviado al ejercicio de la acción penal privada (cosa juzgada material) en relación a un hecho punible concreto, (que es distinta al llamado desistimiento tácito que opera por inactividad del querellante) extingue la persecución penal, siendo que el perdón de la parte ofendida extingue también la pena ya impuesta por sentencia de condena, más todos sus efectos.

#### **vi) REQUISITOS FORMALES DE LA QUERELLA**

Es necesario especificar que la presentación de la querella debe cumplir con ciertos requisitos formales para su viabilidad procesal; dicha presentación debe ser por escrito acompañándose tanto copias como querellados hubiera a los efectos de la notificación de sus términos a cada uno de ellos. Puede hacerse personalmente o por mandatario; éste último, debe estar premunido de poder especial no siendo suficiente poder general para actuar en tribunales de justicia. Debe ser agregado a los autos para control de las otras partes (el caso de deficiencias en el poder puede por ejemplo, dar lugar a una excepción de falta de acción). Los requisitos que debe tener toda querella son los siguientes<sup>72</sup>:

- a) Nombre, apellido y domicilio del querellante,
- b) El nombre, apellido y domicilio del querellado,
- c) Una declaración clara, precisa y circunstanciada del hecho, con indicación del lugar, fecha en que se ejecutó. El relato debe ser lo suficientemente explícito

---

71 MAIER, Julio J.B; Op Cit., p. 175.

72 Cabe destacar, que, si el escrito de querella no reúne los requisitos exigidos por ley, el Juez Penal de conformidad con el artículo 426° -in fine- del Código Procesal Civil, puede solicitar la subsanación del mismo en un plazo de tres días.

como para que el delito surja claramente de la presentación. Debe asimismo, tenerse en cuenta que la descripción pormenorizada del hecho es esencial a los efectos de la notificación de la acusación al querellado, para que éste tenga la oportunidad de ejercer su defensa en relación al objeto de la imputación,

d) Las pruebas que se ofrecen acompañándose en su caso la nómina de los testigos, peritos e intérpretes, con la indicación de sus respectivos domicilios y profesiones.<sup>73</sup> El conocimiento detallado de la prueba de la que intente valerse el querellante tiene por objeto que la defensa pueda impugnarla y preparar a su vez la propia y

e) La firma del querellante, cuando se presentare personalmente.

---

<sup>73</sup> Los documentos que acreditan los extremos de la querella deben ser agregados a ésta para viabilizar la presentación; se trata, por ejemplo, de la publicación donde se hubieran producido las injurias contra el querellante. De no ser posible hacerlo así el responsable debe indicar dónde se encuentran tales documentos para que sean requeridos por el Juez Penal.

### III. METODOLOGIA

#### 3.1.- TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

##### 3.1.- TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

A) **Tipo.-** El Tipo de investigación realizada fue Socio-Jurídica y jurídico formal.

B) **Diseño:** El diseño de investigación fue el Descriptivo-simple.

**M ----- O,**

**DONDE:**

**M =** Muestra.

**O =** Observación o test.

C) **Régimen de Investigación.-** Fue libre, porque el tema y problema de investigación fue seleccionado por el Tesista.

##### 3.2.- PLAN DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y/O DISEÑO ESTADÍSTICO:

b) A) **Población.-** La Población o Universo accesible estuvo conformado por 100 abogados penalistas y 04 Magistrados unipersonales; así como de 10 procesos penales sobre querrela, en los delitos contra el honor, correspondientes al año 2012-2015, pertenecientes a la jurisdicción de la provincia de Huaraz – Departamento de Ancash, donde rige el Nuevo Código Procesal Penal.

c) **Muestra.-** Para hallar la muestra se tuvo en cuenta la “Tabla de ADDISON-WESLEY Y LOGMAN”:

TAMAÑO DE LA POBLACIÓN	TAMAÑO DE LA MUESTRA
10	10
20	19
50	44
100	79
200	113
500	216
1000	275

Atendiendo al universo y la tabla de la determinación de la muestra, se tuvo como muestra final lo siguiente:

- a) ABOGADOS PENALISTAS.- 100.
- b) MAGISTRADOS.- 04
- c) EXPEDIENTES.- 10 expedientes o casos archivados de manera definitiva.

### **3.3. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.**

#### **A). Técnicas**

Las técnicas utilizadas en la presente investigación fueron:

- Cuestionario.
- Análisis documental
- Estadística

#### **B). Instrumentos de Recolección de Datos**

Se utilizaron los siguientes instrumentos

- Encuesta estructurada y semi estructurada
- Fichas: 1) De registro : a) Bibliografía  
b) Hemerográficos.

- 2) De investigación:
- a) Textual
  - b) Resumen
  - c) comentario
  - d) Mixta

- Matriz estadística

### **3.4. PLAN DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LA INFORMACIÓN**

Se aplicó el programa estadístico SPSS (Statistical Package for the Social Sciences). De este programa solo se usará la operación de estadística descriptiva, usando el subprograma Breakdown.

En esta fase se cumplió los siguientes pasos:

- Clasificación, ordenamiento y codificación de datos.
- Tabulación
- Presentación de datos en:
  - Gráficos: histogramas
- Análisis e interpretación de resultados
- Contrastación y validación de hipótesis.

### **3.5.- Métodos de Investigación**

Los Métodos generales: El método general que se usaron fueron: el Inductivo - Deductivo, combinado con el de Análisis y Síntesis; y para algunos aspectos (sobre todo para los puramente teórico y formales), el método Hermenéutico o de la Interpretación, en sus variantes Exegético y Sistemático, buscando no solamente las interpretaciones históricas o lógicas, sino buscando la

definición de las instituciones, la determinación del significado de los términos y el alcance de las normas en función de las instituciones y del problema planteado.

Los métodos específicos usados en el desarrollo del trabajo, fueron los siguientes:

**-Método Dogmático.-** Porque se buscó la explicación doctrinal de los fenómenos materia de investigación.

**-Método Hermenéutico.-** Porque se trató de interpretar los textos legales, así como las ideas expuestas por el legislador y el doctrinario del área materia de investigación.

**-Método de la Argumentación jurídica.-** Porque se trató de demostrar cómo y cuál es el proceso de argumentación (justificación interna y externa) que realizan los magistrados del universo de estudio con respecto a los delitos contra el honor.

**- Método exegético.-** Porque permitió el estudio y análisis de la legislación vigente con respecto al tema en análisis e investigación.

**- Método Dialéctico.-** Porque permitió discutir, confrontar las posturas referencias a las víctimas existentes en la doctrina, la jurisprudencia y las normas legales aplicables a la defensa de la víctima.

#### IV.- RESULTADOS

Atendiendo a la muestra pre determinada en el proyecto de investigación, se recurrió al recojo de ellas, teniendo el siguiente resultado.

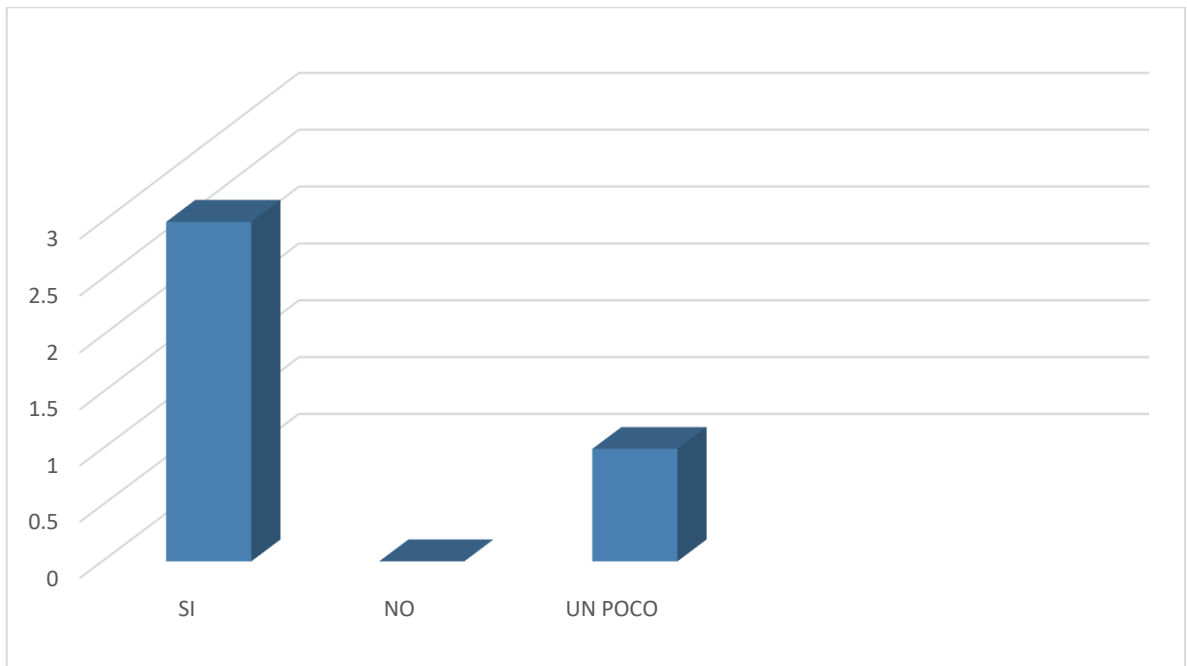
##### A) Encuesta a magistrados:

1.- ¿Conoce los fundamentos especiales de la figura jurídica de Querrela o más específicamente de los delitos contra el honor?

CUADRO N° 01

CATEGORIA	Fi	%
SI	3	71.42
NO	0	0.00
UN POCO	1	28.58
TOTAL	04	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

## **INTERPRETACIÓN.**

Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Conoce los fundamentos especiales de la figura jurídica de Querrela o más específicamente de los delitos contra el honor?. Tenemos que el 71.42% señaló que sí, el 28.58% señalaron que un poco y el 0.00 % señaló que no.

Este dato es fundamental, pues más adelante, puede ayudarnos a esclarecer el hecho materia de investigación.

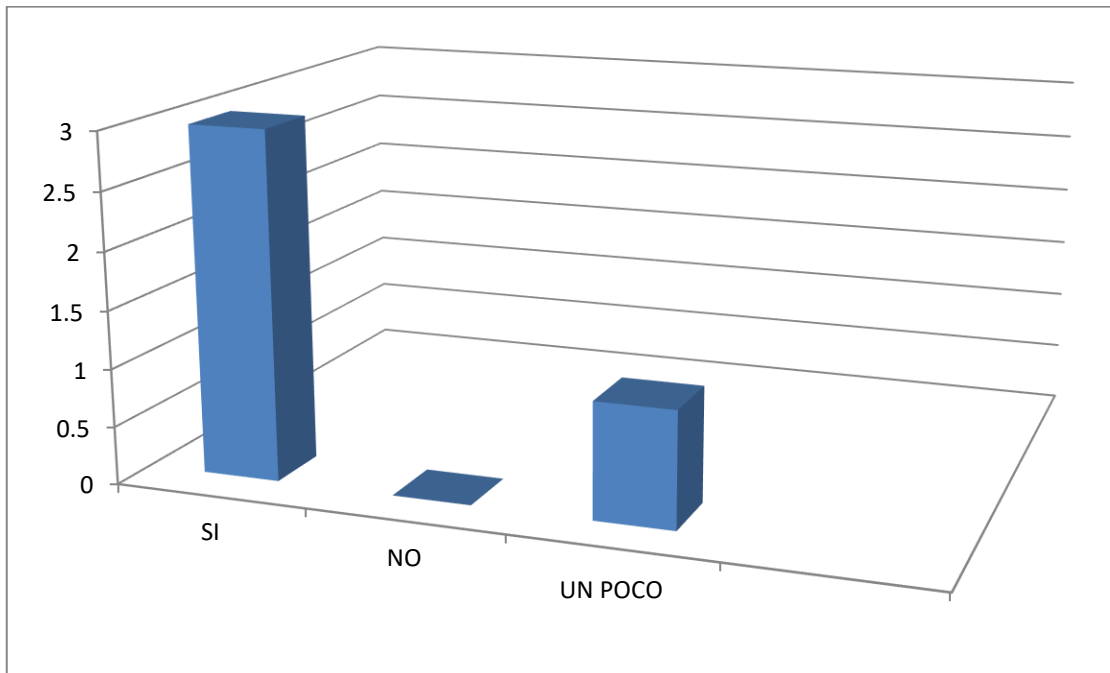
**b.- ¿A tu criterio existe uniforme doctrina y jurisprudencia a nivel nacional respecto a los delitos contra el honor?**

**CUADRO N° 02**

CATEGORIA	Fi	%
SI	03	71.42
NO	00	00.00
UN POCO	01	28.58
TOTAL	04	100

Fuente: Encuesta.





Fuente: Encuesta

### INTERPRETACION

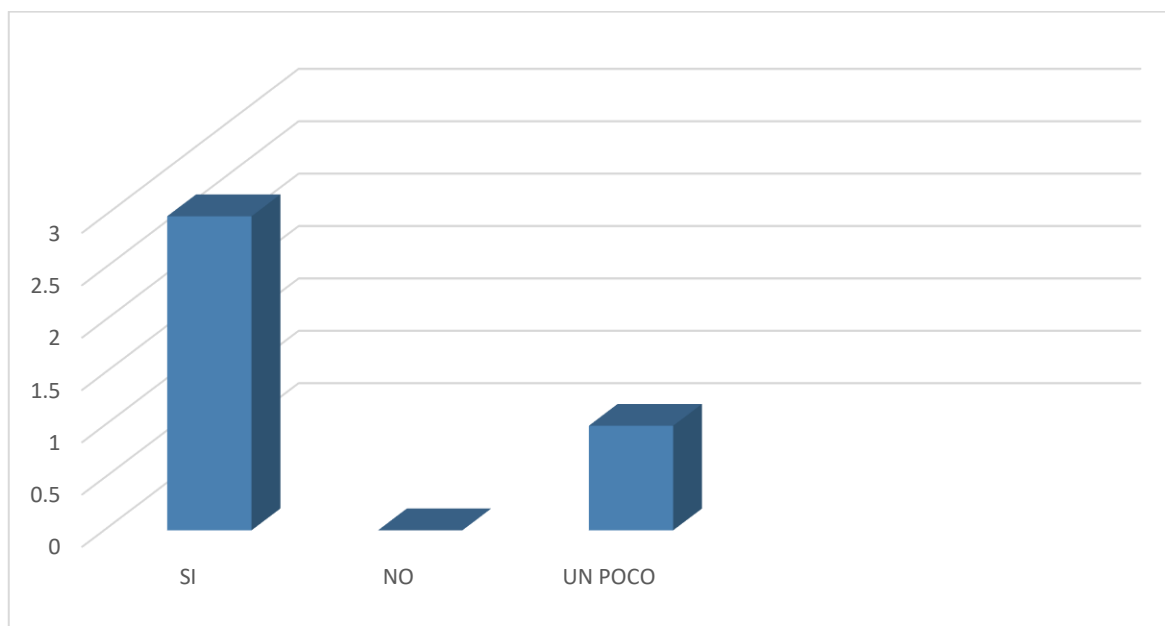
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿A tu criterio existe uniforme doctrina y jurisprudencia a nivel nacional respecto a la Querella?. Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: Tenemos que el 71.42% señaló que sí. El 28.58% señalaron que un poco y el 0.00% señaló que no.

**c.- ¿Conoce los fundamentos jurídicos de la denominada ponderación?**

**CUADRO N° 03**

CATEGORIA	Fi	%
SI	03	71.42
NO	00	0.0 %
UN POCO	01	28.58%
TOTAL	04	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

### INTERPRETACION

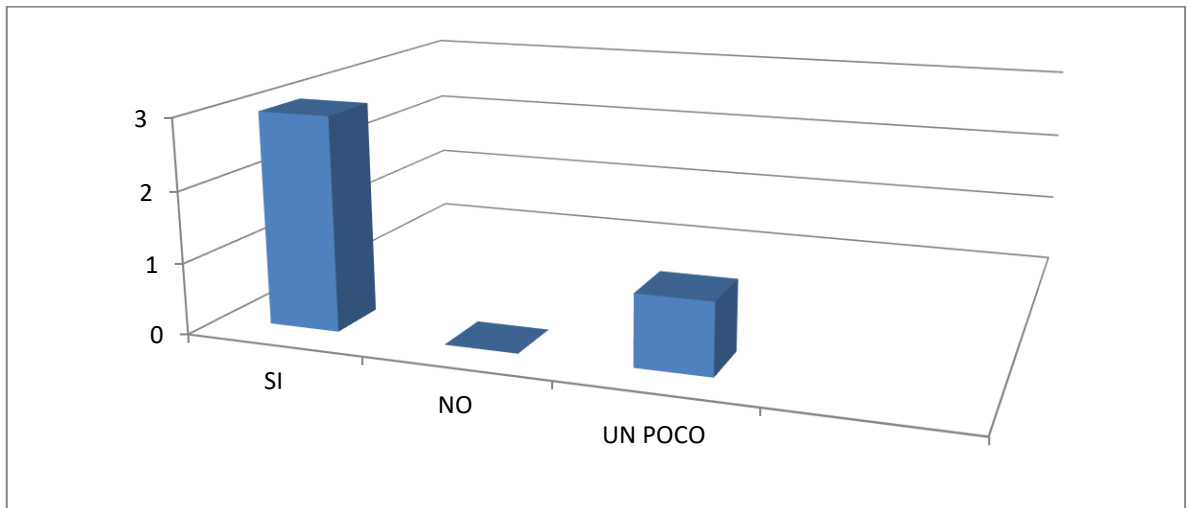
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Conoce Ud. Los fundamentos jurídicos de la denominada ponderación? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: Tenemos que el 71.42% señaló que sí. El 28.58% señalaron que un poco y el 0.00 % señaló que no.

**d.- ¿Conoce los fundamentos jurídicos de la Argumentación jurídica?**

**CUADRO N° 04**

CATEGORIA	Fi	%
SI	04	100%
NO	00	00 %
UN POCO	00	00.0%
TOTAL	04	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

### INTERPRETACION

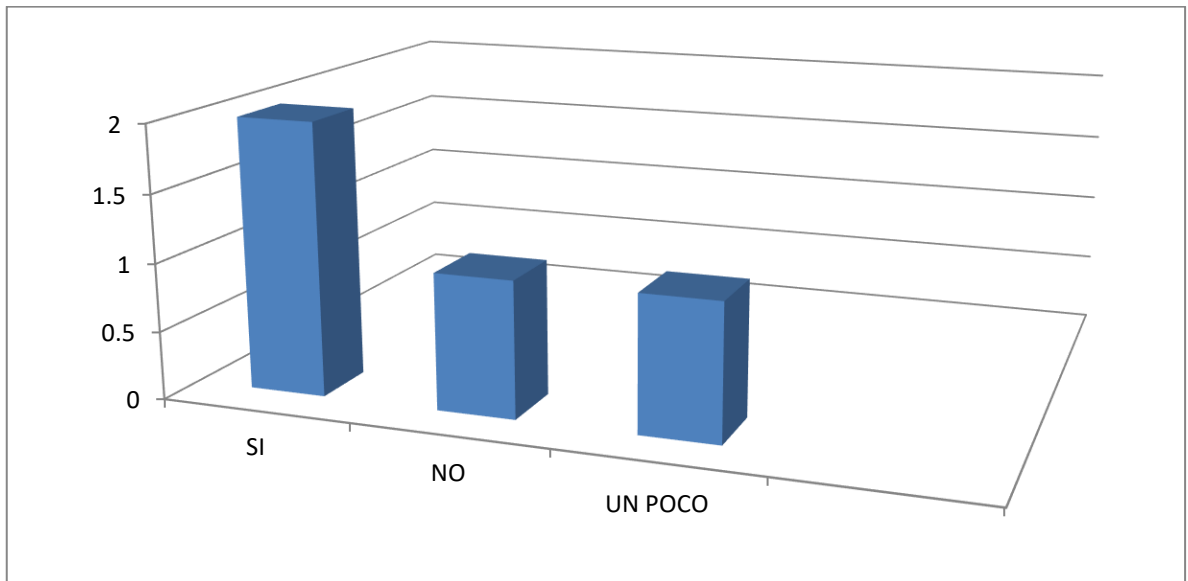
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Conoce los fundamentos jurídicos de la Argumentación jurídica? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: El 100% de los magistrados encuestados señalaron que sí. Y el 0.0% señaló que no y un poco respectivamente.

**e.- ¿Aplica los fundamentos de Argumentación jurídica al momento de emitir la sentencia sobre los delitos contra el honor?**

**CUADRO N° 05**

CATEGORIA	Fi	%
SI	2	50.00%
NO	01	25.00 %
UN POCO	01	25%
TOTAL	04	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

### INTERPRETACION

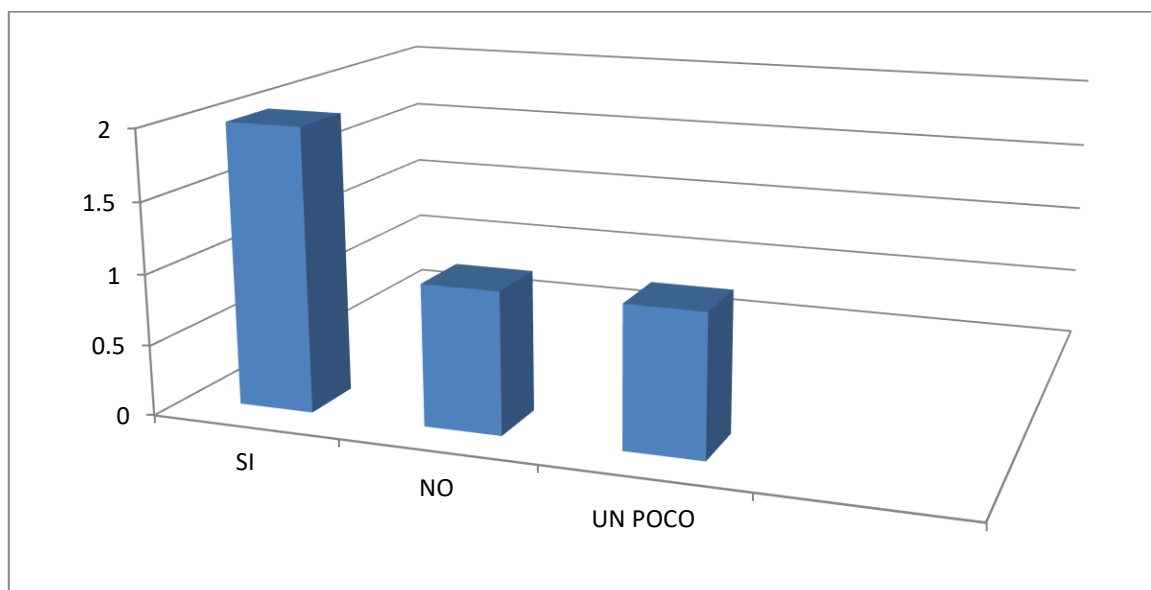
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta ¿Aplica los fundamentos de Argumentación jurídica al momento de emitir la sentencia sobre los delitos contra el honor? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: El 50.00% de los magistrados encuestados señalaron que sí. El 25% señaló que no y que un poco respectivamente.

**f.- ¿Aplica Ud. los fundamentos de la ponderación o, más exactamente pondera los derechos en conflicto cuando resuelve en sentencia final los delitos contra el honor?**

**CUADRO N° 06**

CATEGORIA	Fi	%
SI	2	50.00
NO	01	25 %
UN POCO	01	25.00
TOTAL	04	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

### INTERPRETACION

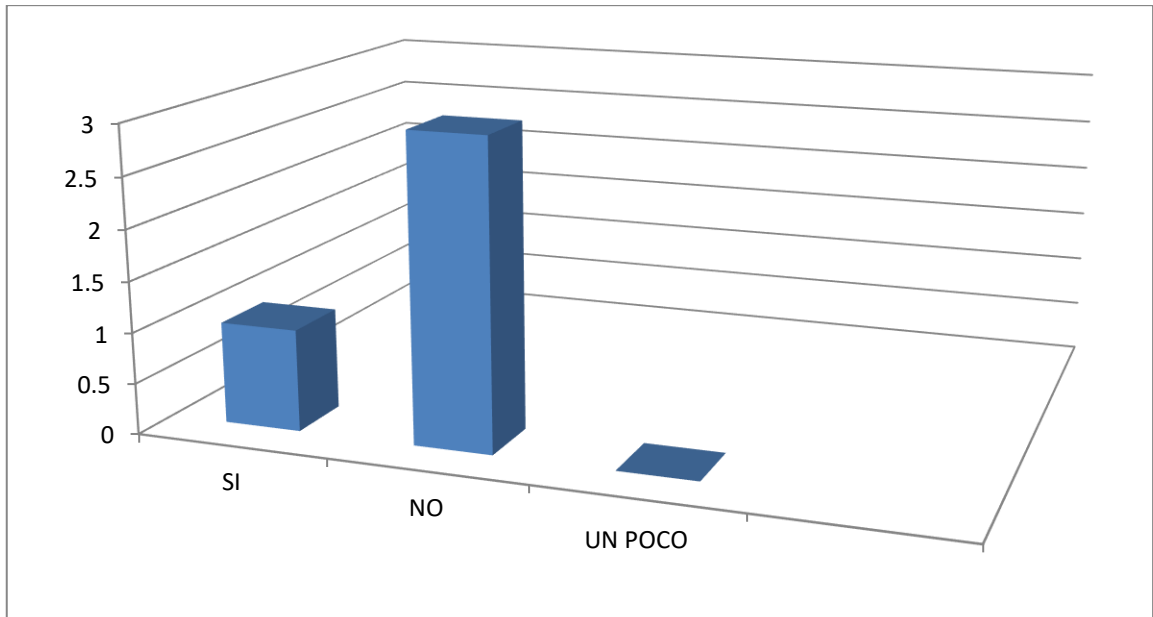
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Aplica Ud. los fundamentos de la ponderación o, más exactamente pondera los derechos en conflicto cuando resuelve en sentencia final los delitos contra el honor? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: El 50.00% de los magistrados encuestados señalaron que sí. El 25% señaló que no y que un poco respectivamente.

**g.- ¿Ha realizado algún curso o capacitación sobre los fundamentos jurídicos de la ponderación en caso de conflicto de derechos?**

**CUADRO N° 07**

CATEGORIA	Fi	%
SI	01	14.28
NO	03	85.71
UN POCO	00	00
TOTAL	04	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

### INTERPRETACION

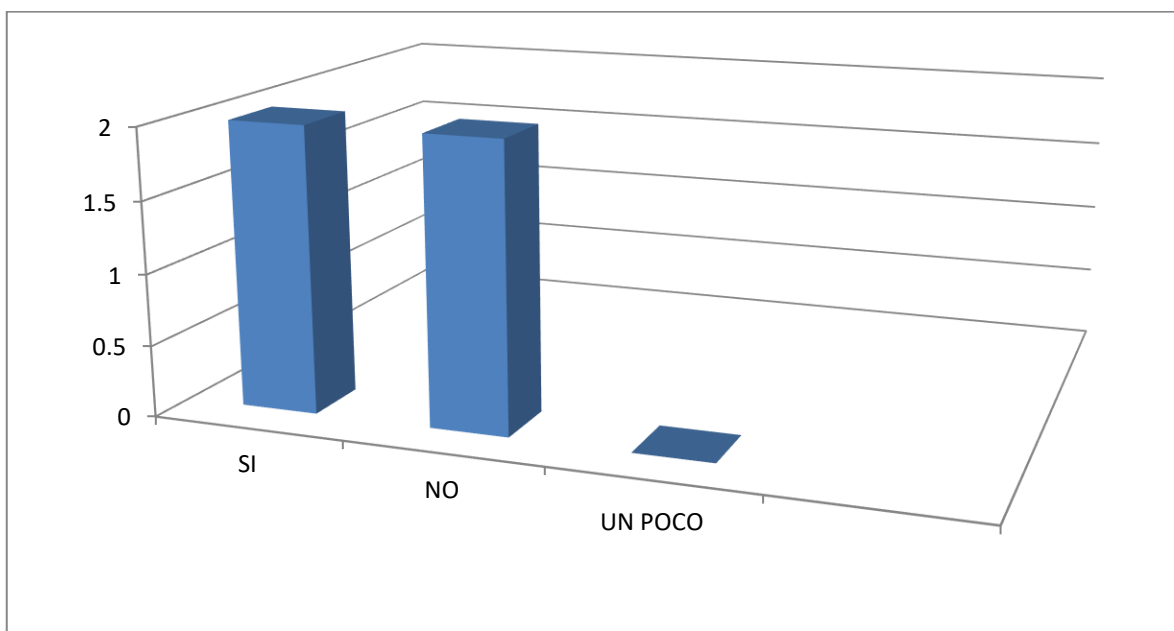
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Ha realizado algún curso o capacitación sobre los fundamentos jurídicos de la ponderación en caso de conflicto de derechos? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: El 85.71% de los magistrados encuestados señalaron que no. El 14.28% señaló que sí. Y nadie indicó que un poco.

**h.- ¿Ha realizado algún curso o capacitación sobre los fundamentos jurídicos de Argumentación jurídica?**

**CUADRO N° 08**

CATEGORIA	Fi	%
SI	02	50.00
NO	02	50 %
UN POCO	00	0.00
TOTAL	04	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

### INTERPRETACION

Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Ha realizado algún curso o capacitación sobre los fundamentos jurídicos de Argumentación jurídica? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: El 50.00% de los magistrados encuestados señalaron que sí. El 50% precisó que no. Y nadie indicó que un poco.

**i.- ¿A su criterio en los casos donde participa como magistrado en delitos contra el honor, se presenta el conflicto de derechos fundamentales?**

**CUADRO N° 09**

CATEGORIA	Fi	%
SI	02	50.00
NO	02	50 %
UN POCO	00	0.00
TOTAL	04	100

Fuente: Encuesta.

## INTERPRETACION

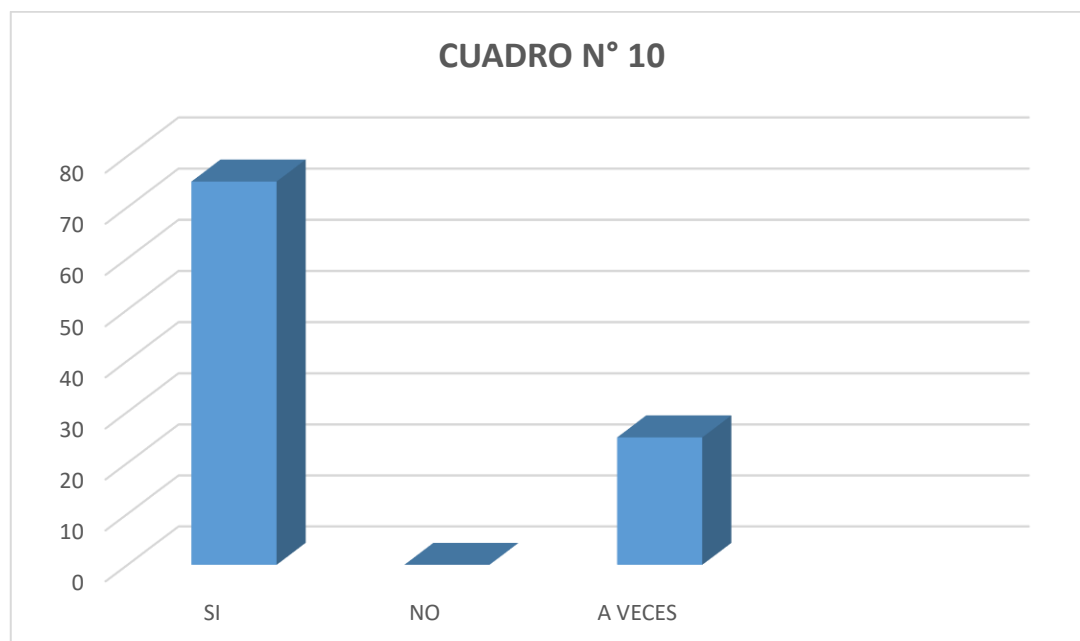
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Ha realizado algún curso o capacitación sobre los fundamentos jurídicos de Argumentación jurídica? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: El 50.00% de los magistrados encuestados señalaron que sí. El 50% precisó que no. Y nadie indicó que un poco.

**j) ¿Aplicas la ponderación de principios cuando se presenta en un caso concreto (es decir en los delitos contra el honor), el conflicto de principios?**

**CUADRO N° 10**

CATEGORIA	Fi	%
SI	03	75.00
NO	00	00 %
A VECES	01	25.00
TOTAL	04	100

Fuente: Encuesta.





## INTERPRETACION

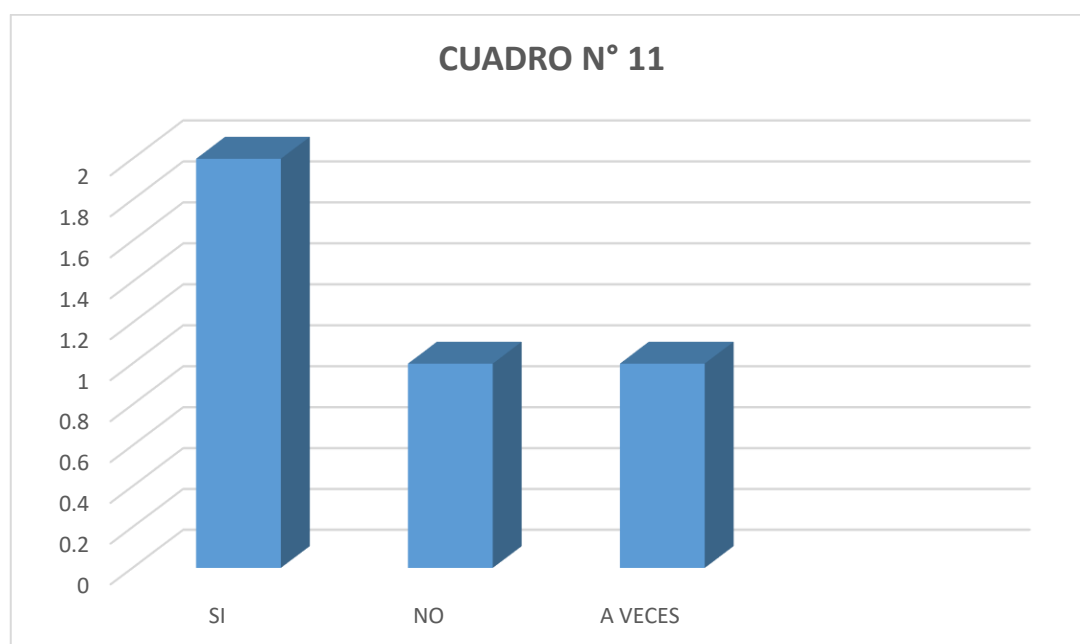
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Aplicas la ponderación de derechos cuando se presenta en un caso concreto( es decir en los delitos contra el honor), el conflicto de derechos? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: El 75% de los magistrados encuestados señalaron que sí. El 00% precisó que no. Y el 25% precisó que a veces.

**k) ¿Aplicando la ponderación en un caso concreto, finalmente sacrificas un derecho a favor de otro cuando resuelves casos de delitos contra el honor?**

**CUADRO N° 11**

CATEGORIA	Fi	%
SI	02	50.00
NO	01	50 %
A VECES	01	0.00
TOTAL	04	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

## INTERPRETACION

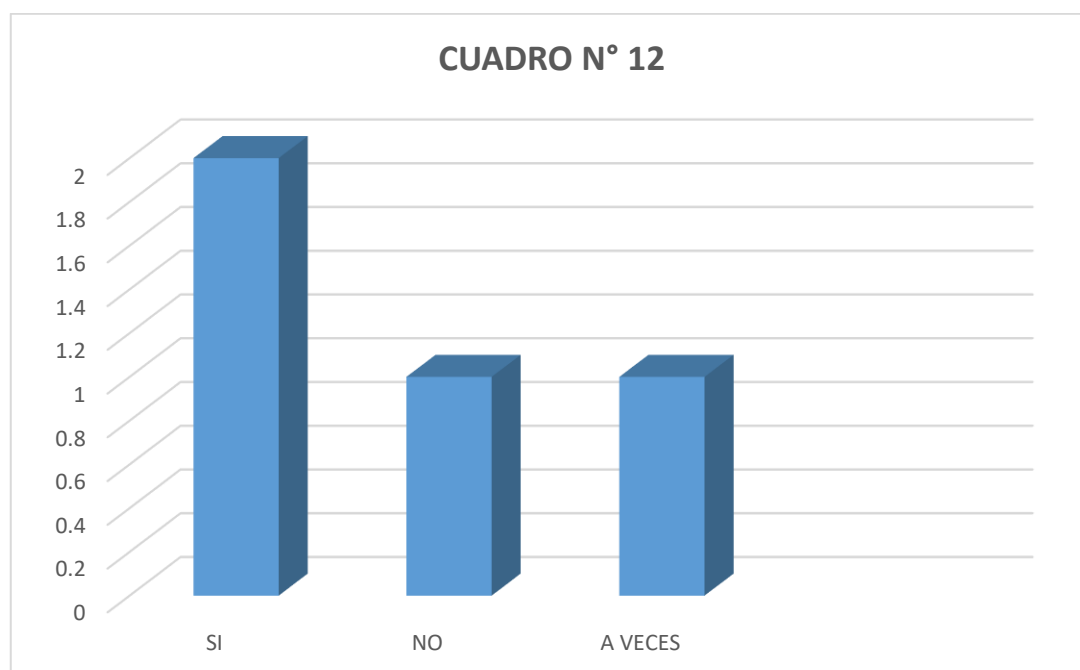
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Ha realizado algún curso o capacitación sobre los fundamentos jurídicos de Argumentación jurídica? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: El 50.00% de los magistrados encuestados señalaron que sí. El 50% precisó que no. Y nadie indicó que un poco.

**1.- ¿Adviertes o tienes en cuenta la justificación interna y externa de una decisión cuando emites sentencias en los delitos contra el honor?**

**CUADRO N° 12**

CATEGORIA	Fi	%
SI	02	50.00
NO	01	25.00
A VECES	01	25.00
TOTAL	04	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

## INTERPRETACION

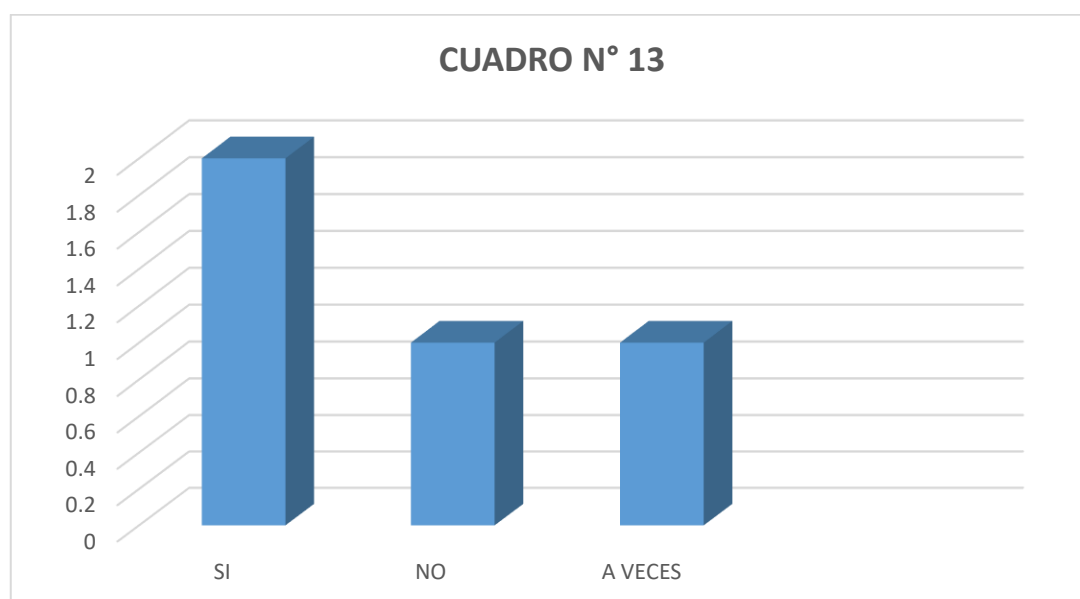
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Adviertes o tienes en cuenta la justificación interna y externa de una decisión cuando emites sentencias en los delitos contra el honor?. Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: El 50.00% de los magistrados encuestados señalaron que sí. El 25% precisó que no. Y el otro 25% indicó que un poco.

**II.- ¿Tus sentencias han sido revocadas por el A Quem, señalando una deficiente argumentación cuando se trata de delitos contra el honor?**

**CUADRO N° 13**

CATEGORIA	Fi	%
SI	02	50.00
NO	01	25.00
A VECES	01	25.00
TOTAL	04	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

## INTERPRETACION

Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Tus sentencias han sido revocadas por el A Quem, señalando una deficiente argumentación cuando se trata de delitos contra el honor? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: El 50.00% de los magistrados encuestados señalaron que sí. El 25% precisó que no. Y el otro 25% precisó que a veces.

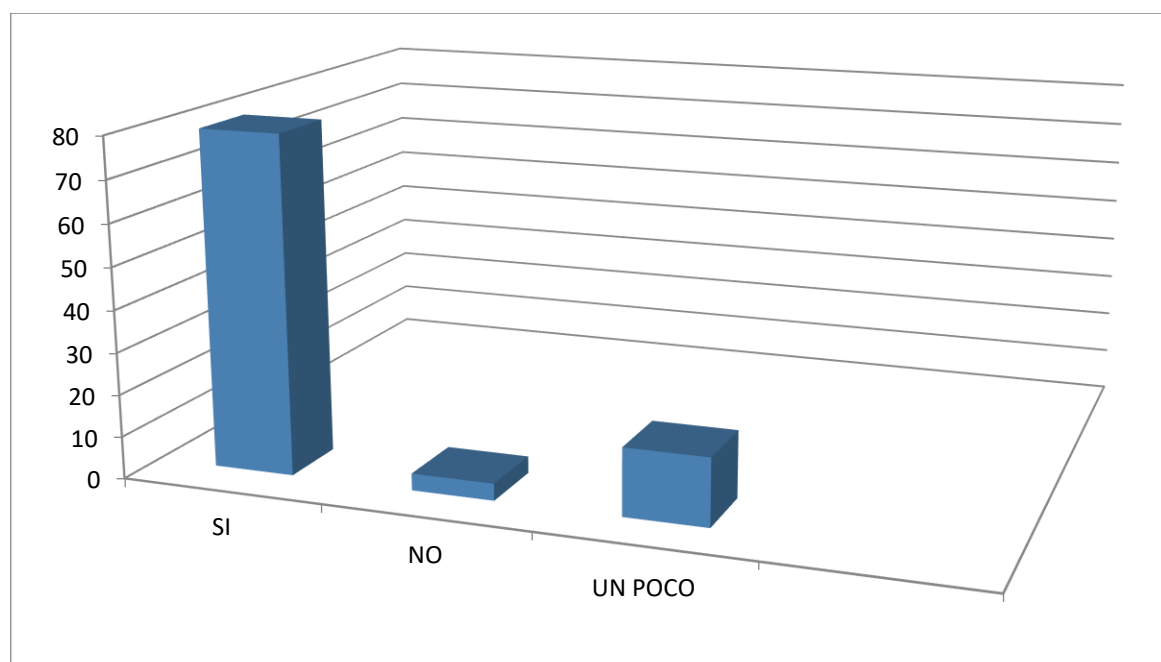
### B) Entrevista a los abogados penalistas

1.- ¿Conoce con suficiencia los fundamentos jurídicos de los delitos contra el honor?

CUADRO N° 01

CATEGORIA	Fi	%
SI	80	71.42
NO	04	0.00
UN POCO	16	28.58
TOTAL	100	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

## INTERPRETACIÓN.

Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿ Conoce los fundamentos con suficiencia los fundamentos jurídicos de los delitos contra el honor?. Tenemos que el 72.42% señaló que sí. El 14.28% señalaron respectivamente que no y un poco.

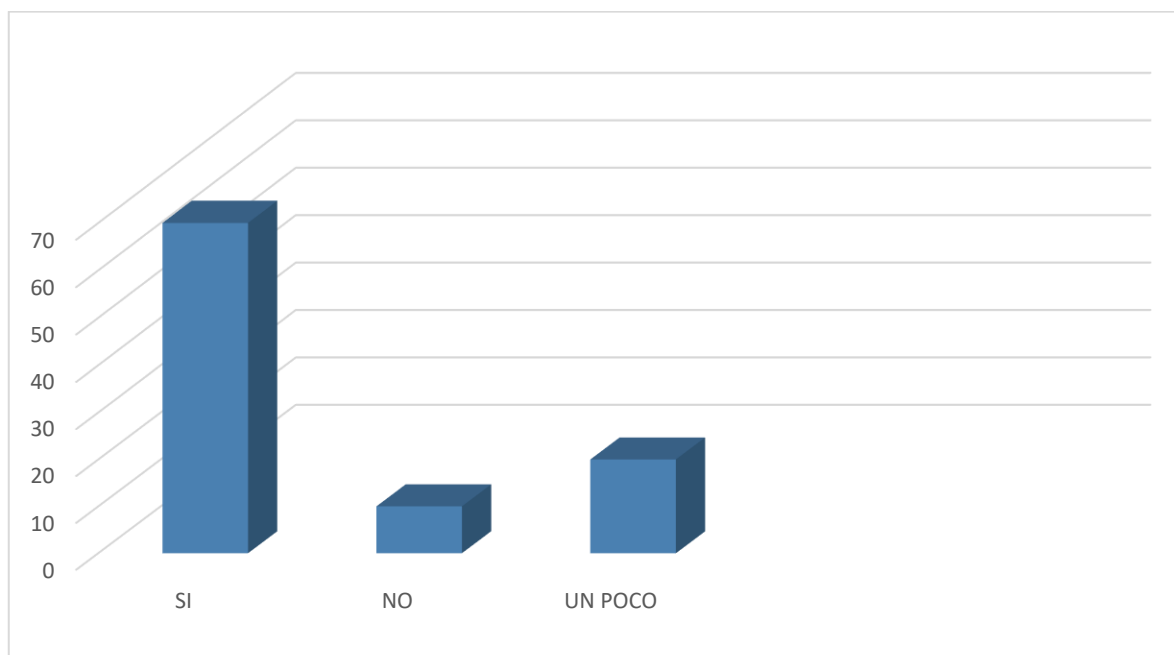
Este dato es fundamental, pues más adelante, puede ayudarnos a esclarecer el hecho materia de investigación pues considero que a mayor conocimiento de los fundamentos doctrinales, mayor posibilidad de éxito se tiene en caso de afrontar la resolución de problemas sobre delitos contra el honor.

**b.- ¿A tu criterio existe uniforme doctrina y jurisprudencia a nivel nacional respecto a los delitos contra el honor?**

**CUADRO N° 02**

CATEGORIA	Fi	%
SI	70	28.57
NO	10	57.14
UN POCO	20	14.28
TOTAL	100	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

### INTERPRETACION

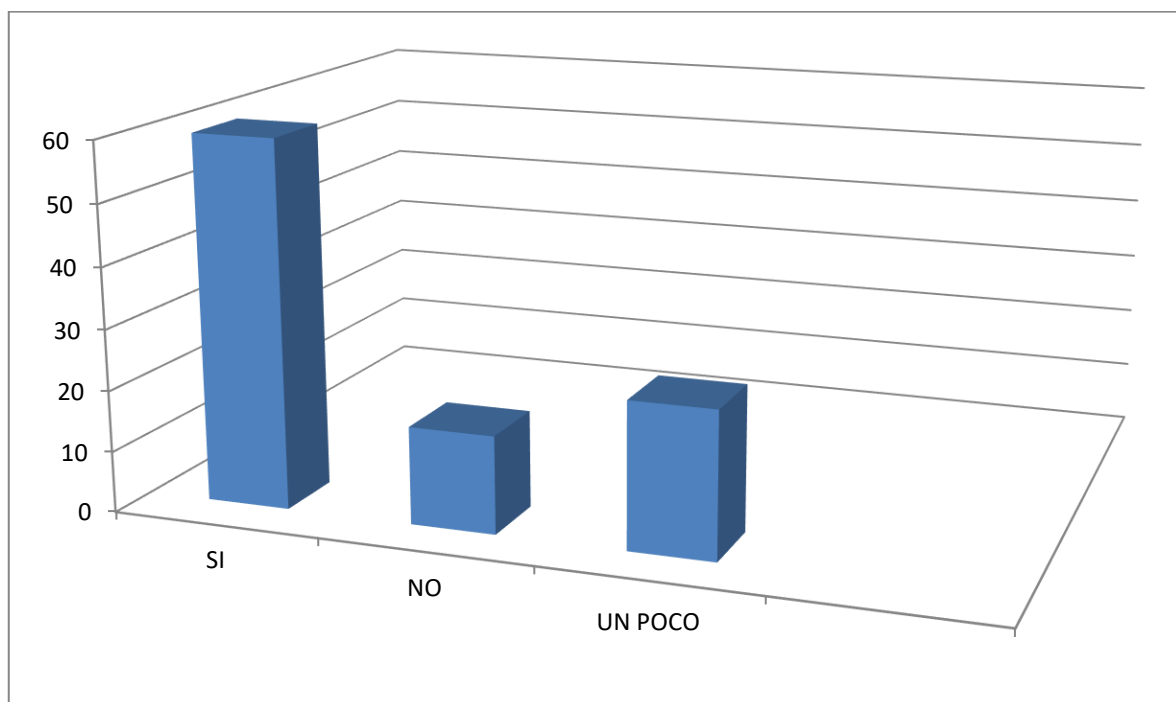
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿ A tu criterio existe uniforme doctrina y jurisprudencia a nivel nacional respecto a la figura Jurídica de la Querella? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: El 28.57% señaló que sí. El 57.14% precisó que no y el 14.28% indicó que un poco.

### c.- ¿Conoce los fundamentos jurídicos de la ponderación?

#### CUADRO N° 03

CATEGORIA	Fi	%
SI	60	60.00
NO	16	16 %
UN POCO	24	24.00
TOTAL	100	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

### **INTERPRETACION**

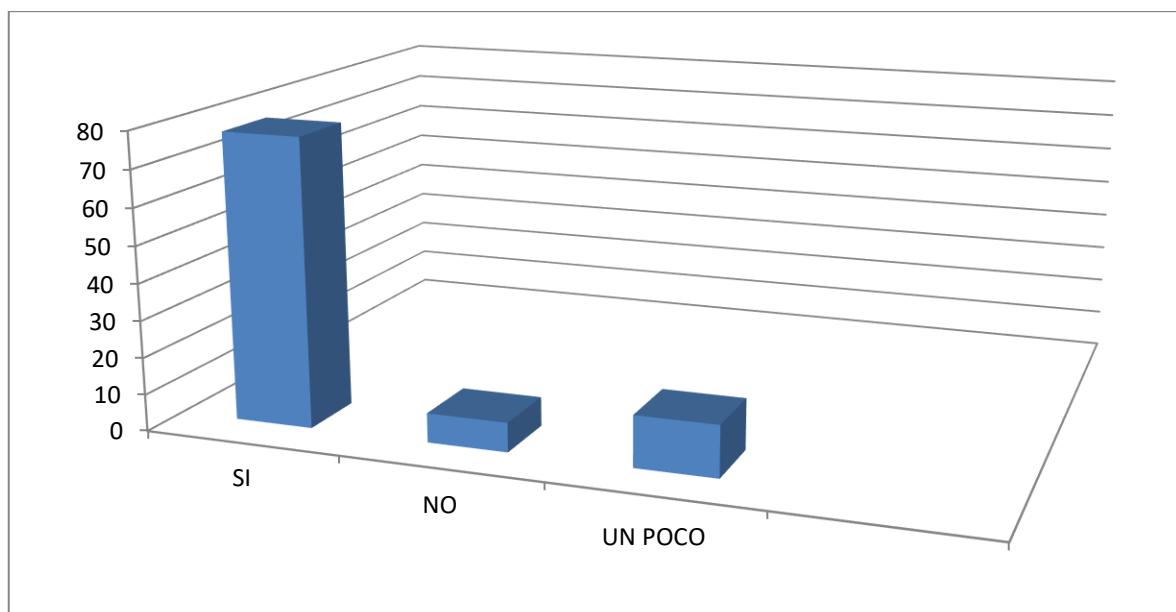
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿ Conoce los fundamentos jurídicos de la ponderación? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: El 85.71% de los magistrados encuestados señalaron que sí. Nadie precisó que no. Y el 14.28% indicó que un poco.

**d.- ¿Conoce los fundamentos jurídicos de la Argumentación jurídica?**

**CUADRO N° 04**

CATEGORIA	Fi	%
SI	78	78.00
NO	08	00 %
UN POCO	14	14.28
TOTAL	100	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

### INTERPRETACION

Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿ Conoce los fundamentos jurídicos de la Argumentación jurídica? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: El 85.71% de los magistrados encuestados señalaron que sí. Nadie precisó que no. Y el 14.28% indicó que un poco.

**e.- ¿Considera Ud. Que los magistrados aplican los fundamentos de Argumentación al momento de emitir la sentencia sobre delitos contra el honor?**

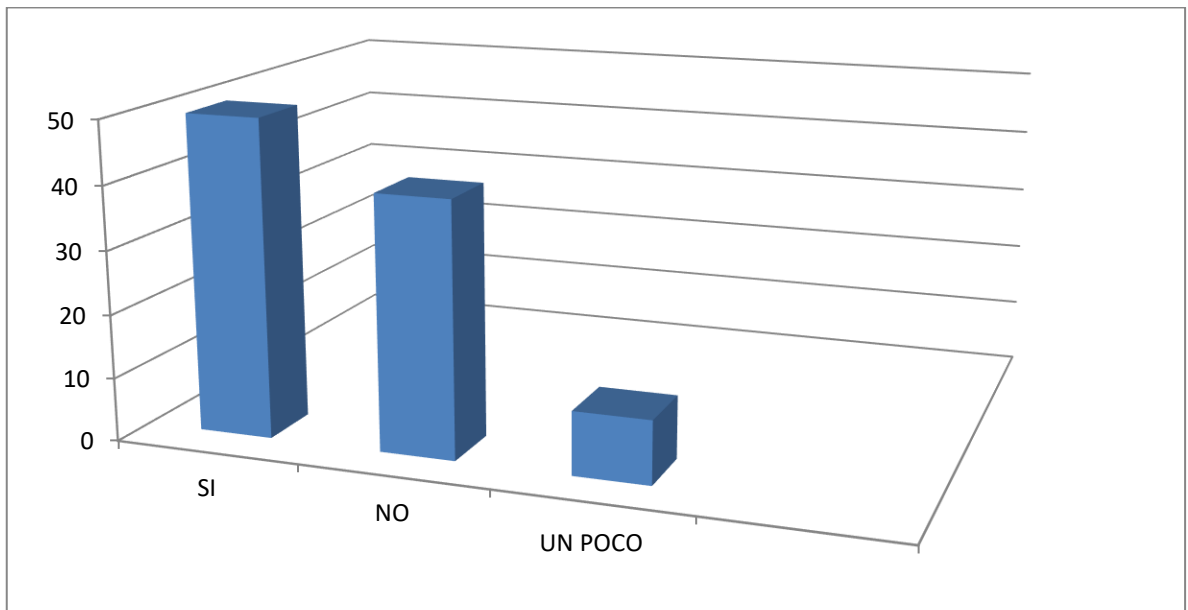
CUADRO N° 05

CATEGORIA	Fi	%
SI	50	85.71
NO	40	00 %
UN POCO	10	14.28



TOTAL	100	100
-------	-----	-----

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

### INTERPRETACION

Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Considera Ud. Que los magistrados aplican los fundamentos de Argumentación al momento de emitir la sentencia sobre delitos contra el honor? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: El 85.71% de los magistrados encuestados señalaron que sí. Nadie precisó que no. Y el 14.28% indicó que un poco.

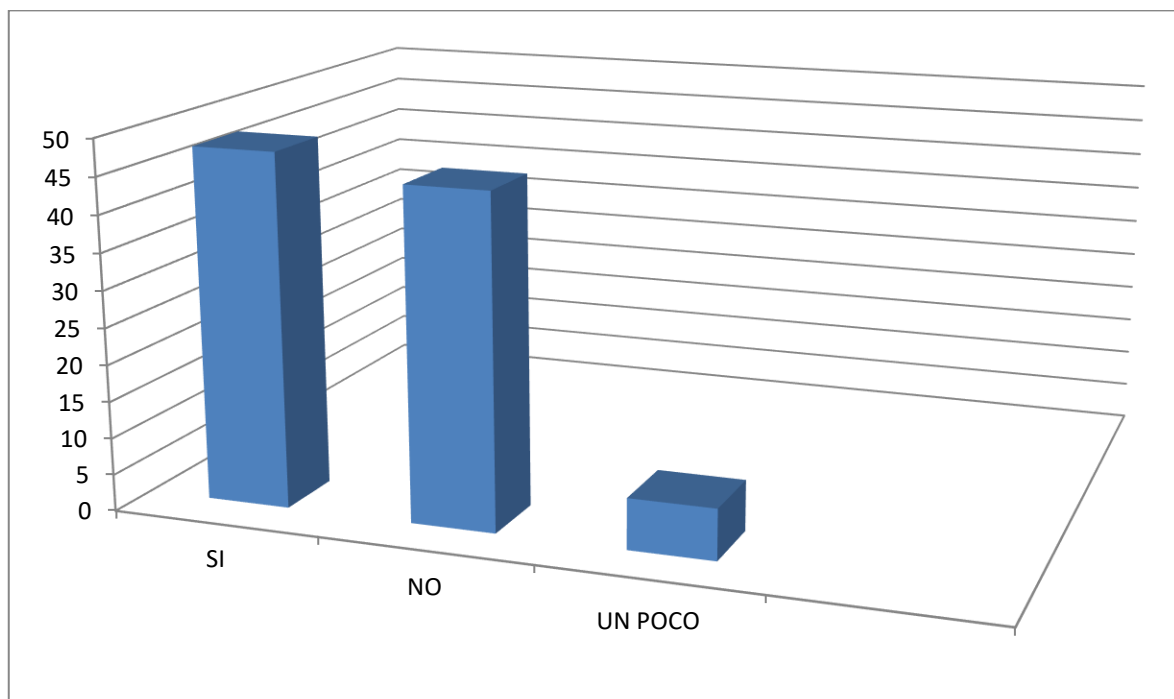
**f.- ¿Considera Ud. Que los magistrados aplican los fundamentos de ponderación al momento de emitir la sentencia por los delitos contra el honor?**

CUADRO N° 06

CATEGORIA	Fi	%
SI	48	85.71
NO	45	00 %

UN POCO	07	14.28
TOTAL	100	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

### **INTERPRETACION**

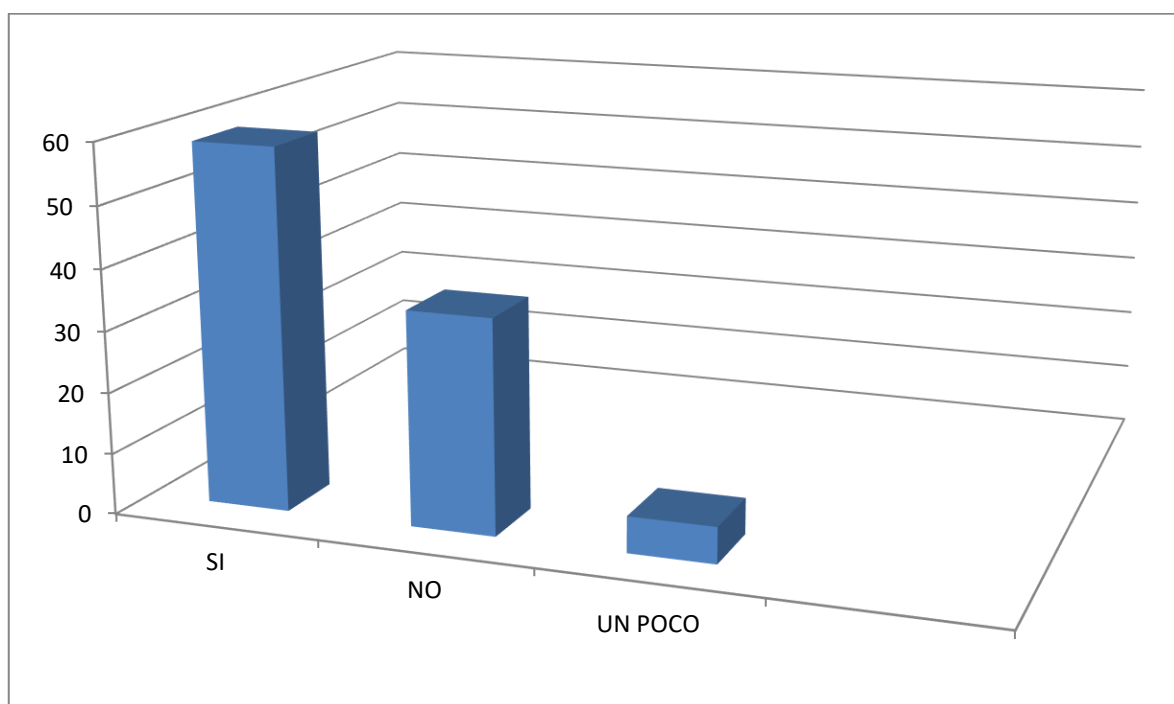
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Considera Ud. Que los magistrados aplican los fundamentos de ponderación al momento de emitir la sentencia por los delitos contra el honor? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: El 85.71% de los magistrados encuestados señalaron que sí. Nadie precisó que no. Y el 14.28% indicó que un poco.

**g.- ¿Considera Ud. Que los magistrados están capacitados para aplicar los fundamentos jurídicos de la ponderación?**

**CUADRO N° 07**

CATEGORIA	Fi	%
SI	59	85.71
NO	35	00 %
UN POCO	06	14.28
TOTAL	100	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

## INTERPRETACION

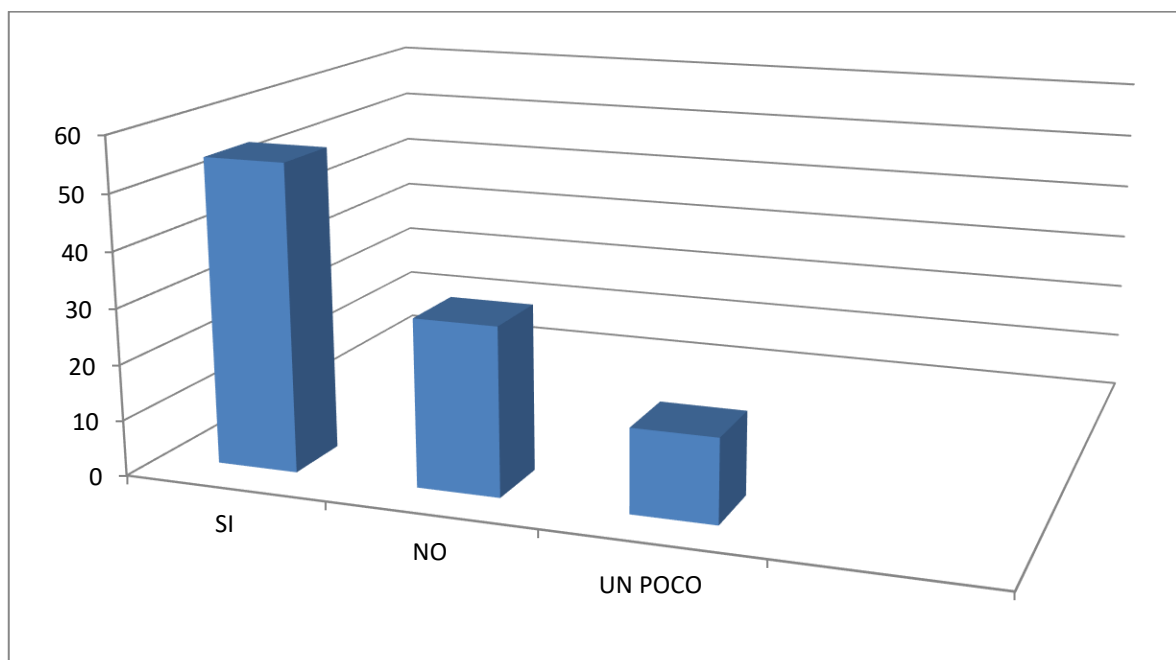
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Considera Ud. Que los magistrados están capacitados para aplicar los fundamentos jurídicos de la Argumentación? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: El 85.71% de los magistrados encuestados señalaron que sí. Nadie precisó que no. Y el 14.28% indicó que un poco.

**h.- ¿Considera Ud. Que los magistrados están capacitados para aplicar los fundamentos jurídicos de la Argumentación jurídica?**

**CUADRO N° 08**

CATEGORIA	Fi	%
SI	55	85.71
NO	30	00 %
UN POCO	15	14.28
TOTAL	100	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

### INTERPRETACION

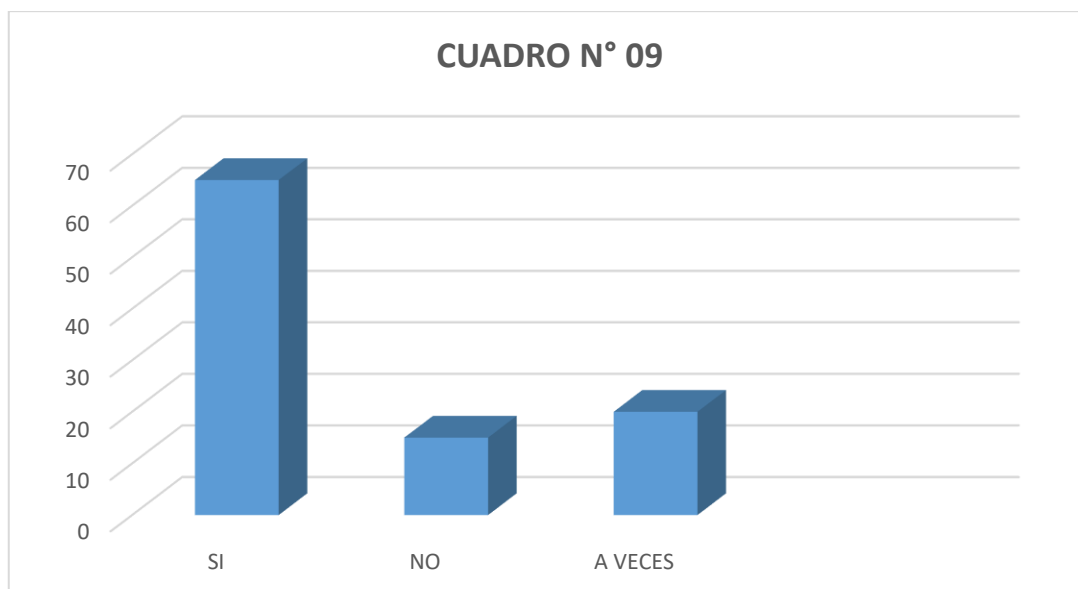
Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Considera Ud. Que los magistrados están capacitados para aplicar los fundamentos jurídicos de la Argumentación jurídica? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los magistrados: El 85.71% de los magistrados encuestados señalaron que sí. Nadie precisó que no. Y el 14.28% indicó que un poco.

**i.- ¿A su criterio en los casos donde participa como abogado en delitos contra el honor, se presenta el conflicto de derechos fundamentales?**

CUADRO N° 09

CATEGORIA	Fi	%
SI	65	65
NO	15	15
A VECES	20	20
TOTAL	100	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

### **INTERPRETACION**

Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿A su criterio en los casos donde participa como abogado en delitos contra el honor, se presenta el conflicto de derechos fundamentales? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los abogados: El 65% de los abogados encuestados señalaron que sí. El 15% señaló que no. Y el 20% indicó que a veces.

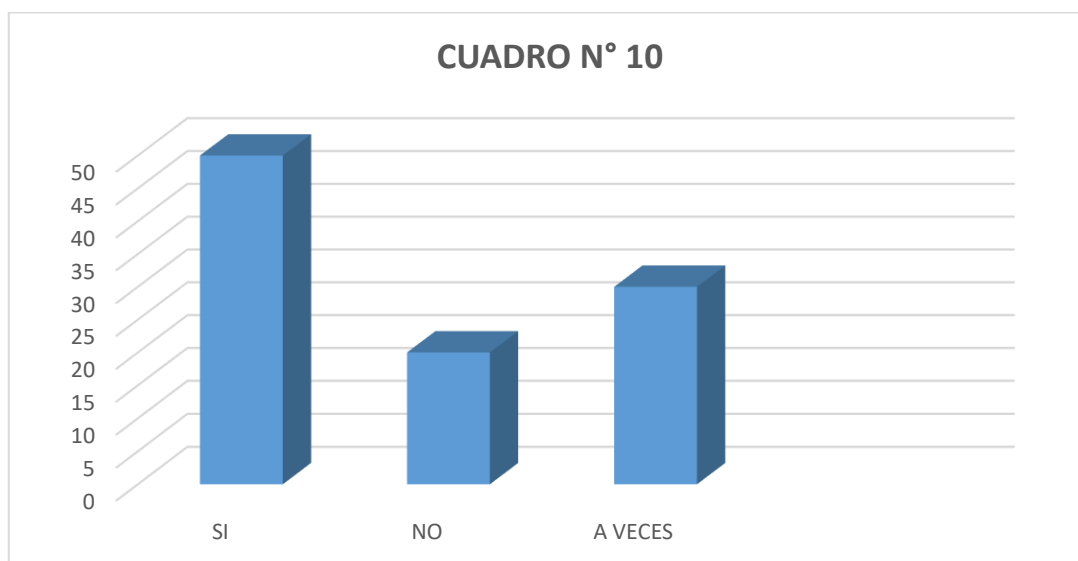
**j) ¿Alegas o postulas la ponderación de derechos cuando se presenta en un caso concreto (es decir en los delitos contra el honor), el conflicto de derechos?**

**CUADRO N° 10**

CATEGORIA	Fi	%
SI	50	50.00
NO	20	20.00
A VECES	30	30.00

TOTAL	100	100
-------	-----	-----

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

### INTERPRETACION

Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Alegas o postulas la ponderación de derechos cuando se presenta en un caso concreto( es decir en los delitos contra el honor), el conflicto de derechos? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los abogados: El 50% de los abogados encuestados señalaron que sí. El 23% señaló que no. Y el 20% indicó que a veces.

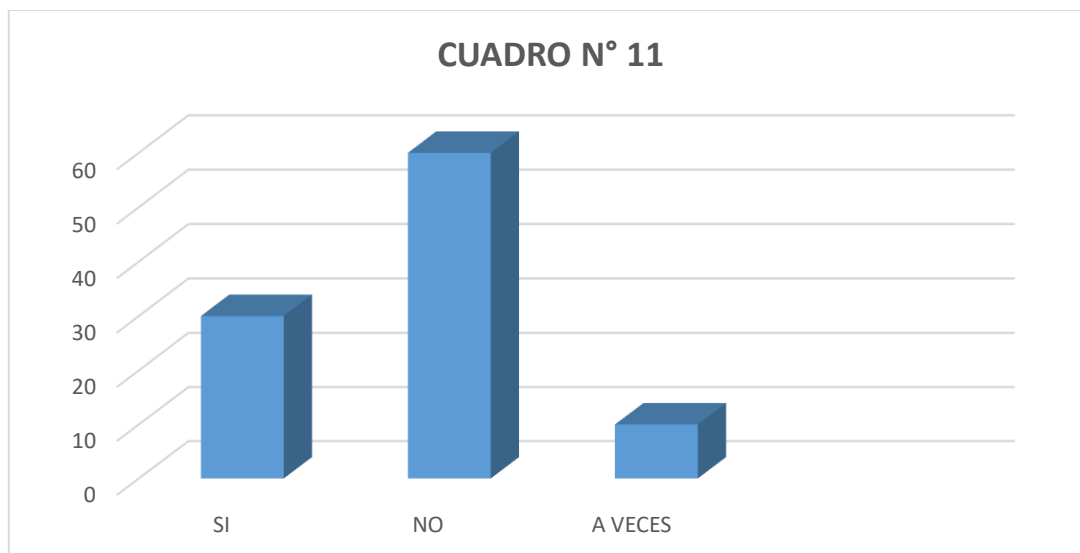
**k) ¿Alegando o postulando la ponderación en un caso concreto, finalmente sacrificas un derecho a favor de otro cuando resuelves casos de delitos contra el honor?**

**CUADRO N° 11**

CATEGORIA	Fi	%
SI	30	30.00
NO	60	60.00

A VECES	10	10.00
TOTAL	100	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

### INTERPRETACION

Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Alegando o postulando la ponderación en un caso concreto, finalmente sacrificas un derecho a favor de otro cuando resuelves casos de delitos contra el honor? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los abogados: El 30% de los abogados encuestados señalaron que sí. El 60% señaló que no. Y el 10% indicó que a veces.

**1.- ¿Adviertes o tienes en cuenta la justificación interna y externa de una decisión cuando recibes una sentencia en los delitos contra el honor?**

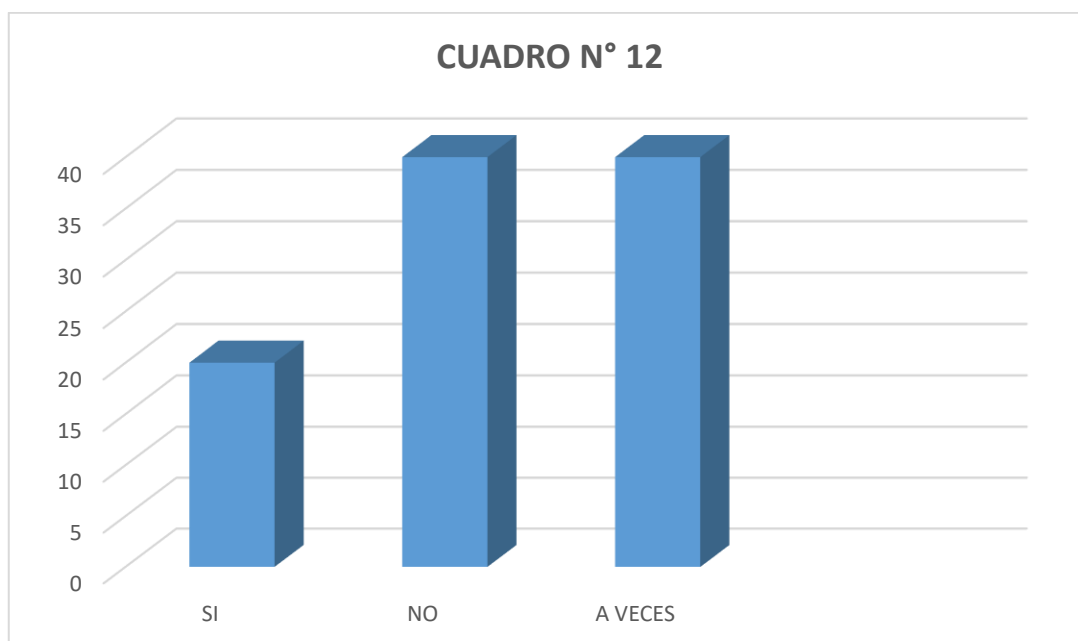
**CUADRO N° 12**

CATEGORIA	Fi	%
SI	20	20.00



NO	40	40.00
A VECES	40	40.00
TOTAL	100	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta

### INTERPRETACION

Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta. ¿Adviertes o tienes en cuenta la justificación interna y externa de una decisión cuando recibes una sentencia en los delitos contra el honor? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los abogados: El 20% de los abogados encuestados señalaron que sí. El 40% señaló que no. Y el 40% indicó que a veces.

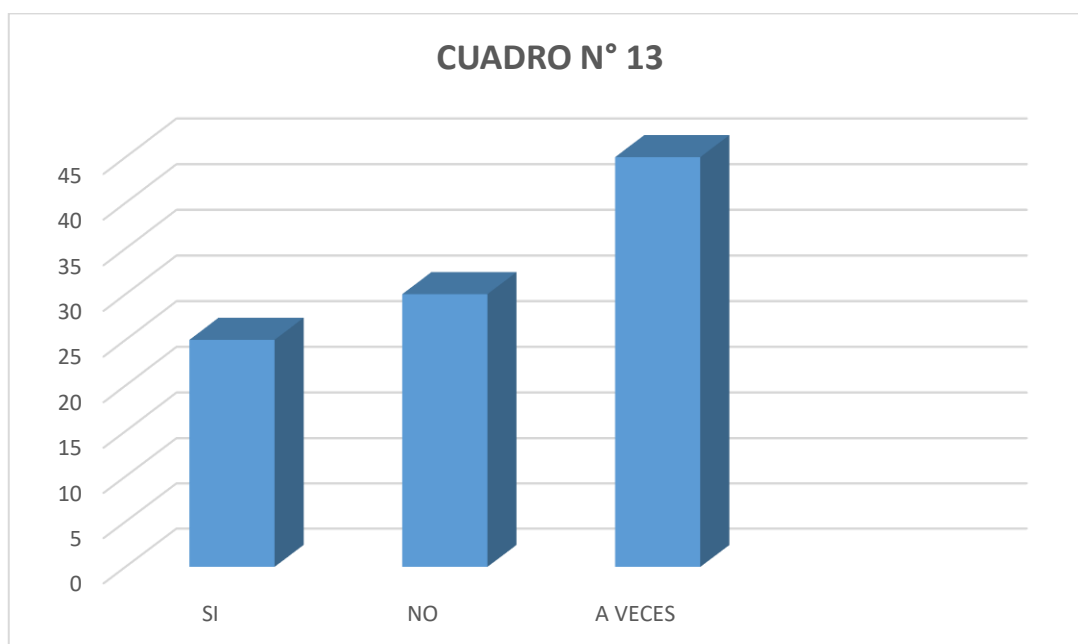
**II.- ¿Cuándo haz impugnado las sentencias, éstas han sido revocadas por el A Quem, señalando una deficiente argumentación cuando se trata de delitos contra el honor?**

### CUADRO N° 13

CATEGORIA	Fi	%
-----------	----	---

SI	25	25.00
NO	30	30.00
A VECES	45	45.00
TOTAL	100	100

Fuente: Encuesta.



Fuente: Encuesta.

### **INTERPRETACION**

Como se puede apreciar del cuadro precedente a la pregunta: ¿Cuándo haz impugnado las sentencias, éstas han sido revocadas por el A Quem, señalando una deficiente argumentación cuando se trata de delitos contra el honor? Se tuvo el siguiente resultado de la encuesta a los abogados: El 25% de los abogados encuestados señalaron que sí. El 30% señaló que no. Y el 45% indicó que a veces.

#### **d) Análisis de las resoluciones judiciales.**

A continuación, transcribimos algunas resoluciones judiciales (sentencias) sobre el delito de Querrela, de dónde se puede extraer información relevante para corroborar nuestro trabajo:

### **CASO 1.**

- i) “...SEXTO.- Que, el querellado Pedro Alcides Peñaranda Oropeza, efectuó una nota periodística en la “Revista Integración”, referido al querellante César Joaquín Álvarez Aguilar como Presidente del Gobierno Regional de Ancash, hecho que ha sido aceptado por el querellado durante el examen, con algunas precisiones y justificaciones, corroborado con la prueba documental ofrecida por el querellante y actuada en juicio oral como es la “Revista Integración”.

Si bien es cierto, se tiene que los Funcionarios Públicos están sujetos a crítica como se tiene argumentado precedentemente, como sucede en el caso de autos toda vez que el querellante es un personaje público (Presidente del Gobierno Regional de Ancash), también es verdad que, el ejercicio legítimo de la libertad de información, para considerarlo como tal se requieren lo que se denomina “veracidad subjetiva” del informador, que comporta un específico deber de diligencia, esto es, que lo que se transmita por el informador como “hechos” hayan sido objeto de previo contraste razonable de datos objetivos, pues de lo contrario denotaría una actuación con menosprecio de la verdad o falsedad del comunicado, que desde la perspectiva interna del informador, la falta de diligencia en su labor, a consecuencia de lo cual transmite una información falsa que perjudica a terceros, no solo constituyen caso contrario una conducta negligente sino ostensiblemente dolosa, en la medida que publicó conscientemente un hecho que no lo era, denotando manifiesto desprecio hacía la verdad; ya que en el caso concreto, las expresiones publicadas por el querellado Pedro Alcides Peñaranda Oropeza contra el querellante César Joaquín Álvarez Aguilar, no inciden en la esfera pública de su actividad, carecen de interés público y tampoco importan una crítica política (justificada en virtud del pluralismo democrático) sino que se tratan de frases objetivamente injuriosas e insultos

vejatorios que están desconectados de una finalidad crítica o informativa y son innecesarios para expresar un pensamiento o idea en este sentido, en el caso de las expresiones "Pero nadie puede fiscalizar esa danza de millones y entonces cualquier FAENON es posible", "La pelota estaría en la cancha de los entes nacionales fiscalizadores y como es natural un gran paso para terminar con los "faenones" en el Gobierno Regional" el término faenón entendido como negociado conforme lo ha precisado el querellado al ser examinado, quien afirma que es un término utilizado por Rómulo León, añadiendo también que no realizó la mínima labor de verificación de dichas notas de la "Revista Hildebrandt en sus trece", alegando su justificación en que efectuó una transcripción de parte de lo publicado por Hildebrandt, asimismo vierte la frase, "que al parecer hay algunos magistrados que se habrían prestado para hacerle algún favor a cambio de algo", justificando que dichos términos habrían sido utilizados como presunciones de lo que ocurría en el Gobierno Regional de Ancash referidos de manera genérica, información que no podía corroborarla en modo alguno; frases que han sido utilizadas en la "Revista Integración", medio probatorio oralizado y actuado en juicio oral, poniéndose de manifiesto que el informador Peñaranda Oropeza no tuvo la mínima diligencia para efectuar la contrastación de lo vertido en la Revista de Hildebrandt y dar una información cierta y precisa, evidenciándose con ello el ánimo doloso de perjudicar el honor del querellante; verificándose con ello una difamación encubierta, al no cumplir con su deber ex ante de veracidad de los hechos informados (no se constató si eran verdaderos ni se tuvo diligencia para comprobar la información publicada, y tampoco se efectuó ante actum una verificación razonable -con datos objetivos e imparciales- de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la que provino, ya que el querellado ha afirmado al ser examinado que son presunciones y que no fueron corroboradas porque no pueden ser verificables ni corroborables; siendo ello así, los argumentos de la defensa técnica del querellado deberán ser tomados como argumentos

de defensa, puesto que no se ha demostrado el deber de diligencia al no haber realizado una investigación como refiere, antes de la publicación de dicho artículo<sup>74</sup>.

Más adelante la sentencia, hace expresa lo siguiente:

“Siendo ello así, cabe precisar que el honor como bien jurídico protegido Constitucionalmente no puede ser dañado con el argumento del ejercicio del Derecho de la Libertad de Información o Expresión, teniendo en cuenta que para hacer uso de este derecho es necesario tener en cuenta ciertos parámetros, lo que implica que no es posible conculcar el derecho al honor, ya que es posible ejercerse el derecho de expresión sin necesidad de menoscabar el honor de una persona, debiendo existir ponderación obligatoria por parte de quien tiene el rol de informar u opinar o ejercer otro tipo de derecho, **aunado al hecho de que la veracidad constituye un requisito esencial en el ejercicio de la libertad de información, expresión en estricta observancia del deber objetivo de cuidado imprescindible evitando poner en peligro bienes jurídicos protegidos por otros derechos**, tanto más si la noticia que se divulga pueda suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la noticia se refiere a fin de no ejercer en forma abusiva un derecho consagrado en nuestra Carta Magna;

- 2.5. Debiendo tener en cuenta que para la ponderación de dos derechos constitucionales, como son el Derecho al Honor y Libertades de Expresión – *manifestación de opiniones o juicios de valor*- y de Información –*imputación o narración de hechos concretos*-, que gozan de igual rango Constitucional, razón por la que ninguno tiene valor absoluto sobre el otro- (ambos tienen naturaleza de derecho-principio); debe tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso particular que permita determinar que la conducta atentatoria contra el honor está justificada por ampararse en el ejercicio de las libertades de información y expresión en el entendido que están vinculadas a la

---

74 Sentencia emitida por el 1º Juzgado Penal Unipersonal de Huaraz, expediente N° 287-2013, siendo el encausado Pedro Alcides Peñaranda Oropeza.

esfera pública, respetándose el contenido esencial de la dignidad de la persona; para cuyo efecto deberá fijarse el ámbito propio de cada derecho, luego verificar la concurrencia de los presupuestos formales de la limitación, a continuación valorar bajo el principio de proporcionalidad el carácter justificado o injustificado de la injerencia y finalmente, comprobar que el límite que se trate, respeta el contenido esencial del derecho limitado<sup>75</sup>.

- 2.6.** Asimismo deberá tenerse en cuenta en lo pertinente y aplicable entre el derecho de la libertad de opinión, expresión, lo expresado **la Ejecutoria de la Sala Penal Superior de Apelaciones de Lima en el proceso signado con el N° 6971-97 en la que señala que**, La importancia de la **Libertad de Expresión** e Información, radica fundamentalmente por constituir una libertad pública que forma parte de los principios esenciales de un Estado Social y Democrático de Derecho; sin embargo, debe señalarse algunos de los presupuestos en los cuales se encuadran dichos derechos; esto es: **a) persecución de un interés general** (social) y no particular; **b) no utilización de términos directamente injuriosos en la exposición de opiniones y;** **c) veracidad, es decir, que se impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad**". Derecho que también ha sido ampliamente desarrollado en el Acuerdo Plenario **003-2006/CJ-116** del 13 de Octubre del 2006<sup>76</sup>.

## **INTERPRETACION**

Este párrafo de la resolución transcrita, precisa los argumentos por las cuales se procede a condenar al querellado, pero es de resaltar, que no basta la presentación de los hechos, sino su pertinencia y utilidad de

---

<sup>75</sup>Tomado como referencia del Acuerdo Plenario 003- 2006/CJ-116

<sup>76</sup> S E N T E N C I A, RESOLUCIÓN N° 09 Huaraz, veintiuno de Mayo Del año dos mil trece.-, expediente N° 2013-287, emitido por el Primer Juzgado unipersonal de Huaraz.

los medios probatorios que han sido actuados, los mismos que deben ser valorados conjuntamente.

En este caso, el razonamiento del juzgador gira en base a que no tuvo la mínima diligencia para efectuar la contrastación de lo vertido en la revista, al no cumplir con su deber ex ante de veracidad de los hechos informados. Al respecto, debemos precisar que si bien compartimos con los argumentos del A Quo; también hace una mención al conflicto de derechos presentado. Es decir, se advierte que hay una confrontación entre el derecho al honor del querellante y la libertad de expresión del querellado, ante el cual el A Quo, considera que ha sido derrotado el derecho a la libertad de expresión, por lo que respondería como autor del delito de difamación.

## **CASO 2.**

- ii) “...SEGUNDO.- Que, verificado de los debates Orales, así como sus alegatos iniciales y finales, la defensa técnica del Querellante ha hecho referencia alguna, que frases ni que hechos se hallan subsumidos bajo el contexto de dicha norma, ya que la defensa debió argumentar y fundamentar qué frases consideraban injuriantes, esto es hechos, cualidades o conductas que perjudiquen el honor de su patrocinado, respecto a las frases calumniosas, que imputen la comisión de un delito al querellante, tampoco ha precisado que frases se hallarían subsumidas que hayan atentado contra el honor de su patrocinado ni con que medio probatorio se halla acreditado ello<sup>77</sup>.
- iii) Más adelante la sentencia advierte una deficiencia en la defensa técnica de la siguiente manera:
- iv) “Por su parte la defensa técnica del querellante Aldo Barreda Cueva, postula que la querellada Gudelia Gálvez Tafur en su calidad de Directora de página Web Huaraz Noticias ha propalado las notas de fechas 7 de Abril, 5 y 7 de Mayo del 2013, en los que hace referencia a su patrocinado como un persona que en Arequipa ha tenido un

---

77 Sentencia emitida por el 1º Juzgado Penal Unipersonal de Huaraz, expediente N° 558-2013-99, siendo la encausada Galvez Tafur Gudelia.

bonito pasado, que en su calidad de responsable de la unidad de servicios especiales ha dispuesto que atenten contra el libre tránsito o transitabilidad de los estudiantes universitarios, no ha podido medir la violencia, ha tenido una serie de antecedentes negativos, asimismo que las frases que considera noscivas y agresivas, con términos o cualidades que agravan y que tienen relevancia penal como “padres de familia aseguraron que su último cargo fue jefe de carreteras de Arequipa”, sustenta como fuente de información a los padres de familia, lo cual no es verdad, prosigue y afirma “ha sido relevado por haber cometido irregularidades en el combustible, haber tocado dinero de sus subalternos, que como jefe de la división de emergencia en Arequipa también cometió similares faltas pero durante el proceso su defensa habría logrado salir airoso, archivando el caso en Lima, para luego ser ascendido a coronel y designado a la región Ancash, quien luego de cometer excesos busca justificar su conducta en que solo cumple ordenes (del 11 de Abril el 2013), Asimismo respecto al 5 de Mayo señala que se pagó más de 8 mil soles a la policía nacional referido a la UNASAM, que los universitarios fueron víctimas de golpes y detenciones arbitrarias solo para el pago de 29 integrantes del alto mando policial con dicho pago, con una relación adjunta donde se consigna el nombre del querellante Aldo Barreda Cueva S/. 450.00 nuevos soles, entre otros oficiales policiales, y respecto al 7 de Mayo, precisa “pagan a policías no ha docentes, Mario Villafuerte cuestionó a ing. Guillermo que permitió que se pague más de 8 mil soles a un grupo de policías y dar seguridad a la universidad sin agredir verbal y físicamente a los universitarios, pero el docente Mario Villafuerte mediante carta notarial desvirtúa estos hechos”; frases que a criterio del querellante y su defensa consideran insinúan una conducta, comportamiento, cualidades que no le asisten a su defendido, haciéndolo ver como abusivo y violento, que tiene antecedentes negativos, que salió airoso, atribuyendo conducta temeraria y tendenciosa, implícita maliciosa, dolosa, no precisando las fuentes, ya que afirma que cuando fue jefe cometió irregularidades, siendo una



información inexacta, que carecen de objetividad y que resultan atentatorios contra el honor del querellado, hechos que son falaces”<sup>78</sup>.

## **INTERPRETACION**

En éste párrafo de la resolución transcrita, podemos advertir que la A quo señala los argumentos con que sustenta la absolución de la querellada, en base a una observación, que las expresiones vertidas contra el querellante no han sido subsumidas al contexto de la norma, pues señala que la defensa ha obviado fundamentar las frases que consideraba injuriantes; pudiendo inferirse que tiene a su criterio tales expresiones no llegan a ser violatorias al derecho fundamental de la personalidad.

Pues como se advierte hay ausencia de mención al conflicto de derechos. No requería mayor comentario, sí el Juez consideraba la existencia de supuestas frases agraviantes y el derecho a emitir juicios de valor del ciudadano querellado, necesariamente debió ponderar; sin embargo, no lo hace, tan solo se limita a advertir la subsunción de los hechos al tipo penal materia de imputación, sin importar ninguna referencia al conflicto de derechos.

Incluso ante la falta de medios probatorios, era necesaria derrotar la postura del querellante( quien sustentaba que se habría vulnerado su derecho al honor), sin embargo, no se hizo. Ello no desmerece la sentencia, pero lo hubiera enriquecido.

### **CASO 3.**

---

<sup>78</sup> Sentencia emitida por el 1º Juzgado Penal Unipersonal de Huaraz, expediente N° 558-2013-99, siendo la encausada Gálvez Tafur Gudelia.

i) “...SEXTO.- Que, para que pueda emitirse una sentencia condenatoria, las pruebas actuadas durante el Juicio Oral tendentes a acreditar la responsabilidad penal del acusado respecto a la autoría de los hechos imputados, deben producir la convicción en el Juzgador en el grado de certeza, por lo que ante la mera posibilidad o probabilidad de la comisión del hecho delictuoso por parte del procesado, deberá absolvérsele de la acusación. En ese sentido se tiene que los supuestos para expedir una sentencia absolutoria son: 1) La insuficiencia probatoria, la misma que no puede desvirtuar la presunción de inocencia; y, 2) La invocación del principio indubio pro reo (la duda favorece al reo) cuando existe duda razonable respecto a la responsabilidad penal del procesado. La Constitución Política del Perú en el artículo 2, inciso 24, literal e) recoge como derecho fundamental de la persona el derecho a la presunción de inocencia disponiendo que:” Toda persona es inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Cabe indicar que a efecto de desvirtuar el derecho de presunción de inocencia, debe desarrollarse una mínima actividad probatoria con todas las garantías procesales. En el caso de autos, respecto a la autoría del querellado, no se ha desarrollado esa mínima actividad probatoria que se exige, pues tal como se ha señalado anteriormente, el testimonio de la supuesta agraviada no ha sido corroborado con otro medio probatorio a fin de acreditar la teoría del caso expuesto y por ende no ha logrado enervar el citado derecho de la presunción de inocencia, en consecuencia el Juzgador debe absolver al querellado<sup>79</sup>.

## **INTERPRETACION**

Se advierte el papel de un Juez positivista. Le interesa la simple y llana subsunción de los hechos al tipo. No hay mayor problema que la prueba para condenar u absolver.

---

79 Sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Huaraz, Expediente N° 1989-2012, siendo el encausado Viera varillas Juan Manuel.

En este caso, el querellante sostiene que se ha mellado su honor y buena reputación y, por otro lado, el ciudadano advierte que ha ejercido su derecho a emitir comentario; por tanto, estaríamos ante un conflicto aparente de derechos, por consiguiente, eso era materia de debate esencial. Lógico es, para eso se requería medio probatorio, que para el Juez en este caso no había.

#### **CASO 4.**

“...SÉPTIMO.- Que, en consecuencia el delito de difamación agravada que se atribuye a las apelantes en agravio de los querellantes ha quedado plenamente acreditado, con el mérito de la prueba de cargo presentada, la que no ha podido ser rebatida en el proceso penal instaurado, asimismo respecto a la excepción de improcedencia de acción, no se verifican ninguno de los supuestos que la activan y finalmente respecto a la excepción de verdad planteada (que comprende la densa propia y el supuesto de interés de causa pública) compartimos la posición de que su planteamiento es improcedente, al no haberse instaurado propiamente la acción penal respectiva, es decir no se había iniciado el proceso abierto a que se refiere el Código penal, asimismo como se ha explicado ha quedado acreditado que en este caso los elementos objetivos del tipo penal de difamación, así como la intención o elemento subjetivo con que han actuado las imputadas, quienes han vertido las frases difamatorias no sólo a través de la prensa escrita, sino que la reiteraron por la Televisión e incluso por la radio, como ha quedado demostrado, con la excusa que estaban difundiendo hechos verdaderos, olvidando que en nuestro país el derecho al honor tiene protección constitucional y que como bien lo ha recordado el Juez de la causa, rige la presunción de inocencia para todos los ciudadanos, lo que trae como correlato, que no se pueda atribuir a una persona la comisión

de delitos a través de los medios de comunicación cuando éstos no han sido aún acreditados”<sup>80</sup>.

### **INTERPRETACION**

En este párrafo de la resolución transcrita, podemos advertir que la A quo señala los argumentos con que sustenta la condena de las querelladas, valorando los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal han sido plenamente acreditados, se puede advertir además que el razonamiento del juzgador hace referencia a la prevalencia del derecho al honor a nivel constitucional, por lo que se considera que tuvo una adecuada valoración, e interpretación de los elementos probatorios y en cuenta la prevalencia de los principios constitucionales al momento de emitir la sentencia.

---

<sup>80</sup> Sentencia emitida por el Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Huaraz, Expediente N° 3559-2011-0, siendo los encausados, Ana Isabel Campos Paic y Socorro Del Pilar Valladolid.

## **V.- DISCUSION:**

El nuevo código procesal penal, establece en su sección IV los procesos por delito de ejercicio privado de la acción penal, estableciéndose la querrela, en el artículo 459°.

La acción penal se ejerce por parte del ofendido, contra los presuntos autores que hayan incurrido en uno o más delitos determinados. El querellante que es un particular pone en conocimiento del juez competente (Juez Penal Unipersonal), la comisión del delito en su agravio, expresando así su voluntad de perseguirlo, proveyendo medios para su comprobación.

Frecuentemente como ciudadanos en el día a día, advertimos y escuchamos noticias donde se atribuyen unos a otros calificativos, conductas, hechos; sin embargo, lo más probable es que tales circunstancias muchas veces no sean más que simples supuestos con la finalidad de desacreditar, perjudicar u ofender por razones sean de carácter político, enfrentamientos, riñas de carácter personal o sencillamente enemistades; sin embargo, he aprendido que no podemos caer en el facilismo de generalizar y prejuzgar a las personas que son víctimas de este tipo de actos ilícitos, más aún porque entran en conflicto una serie de principios y valores, y la prevalencia de los mismos, tales como el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la personalidad.

Es aquí donde entra a tallar la idoneidad del Juez para aplicar sus conocimientos en materia de ponderación y argumentación jurídica, a fin de solucionar el conflicto de principios que se presentan al momento de resolver.

El sistema de ponderación será considerado como una técnica para resolver conflictos de derechos fundamentales. Los jueces tendrán la potestad para poder determinar en un caso concreto, cuál es el derecho fundamental que prevalecerá en un conflicto, a través del uso de la ponderación de principios. Lo que se puede advertir es que va a depender mucho de la subjetividad y arbitrariedad del A quo a cargo de la ponderación, quien está a cargo de interpretar el texto constitucional en base al sistema de valores, el hecho de considerar que determinadas expresiones pueden llegar o no a transgredir o no ser violatorias del derecho fundamental a la personalidad.

La ponderación, como método de resolución de controversias en sede constitucional, presupone un conflicto o una colisión entre derechos fundamentales. Al respecto debemos precisar, conforme señala Carlos Bernal Pulido<sup>81</sup>: *“Que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, como señalaba Kelsen, para quien la única manera de aplicar el derecho era la subsunción (...) A partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario.”*

Prosigue el mismo autor: *“Dworkin señala que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Al ponderarse, se establece cuál principio pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto. (...) La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias*

---

81 BERNAL PULIDO, Carlos. *“La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”*. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel. Pág. 87.

*específicas. La estructura de la ponderación queda así integrada por la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.* “(Énfasis agregado).

Por la ley de la ponderación, asumimos que: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”. A su vez, con la fórmula del peso, Robert Alexy refiere que a los principios se les puede atribuir un valor en la escala triádica: leve, medio, intenso. Ejemplo: en un caso de transfusión urgente de sangre, el peso del derecho a la vida es mayor que la convicción religiosa de no recibir una transfusión.

Finalmente, las cargas de argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso.

En relación a los límites de la ponderación, debemos señalar que no existe un criterio objetivo para determinar los valores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación y que conforman la fórmula del peso. El peso abstracto es una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura por parte del intérprete.

La propuesta doctrinal entonces involucra objetivamente que el intérprete constitucional aprecie una colisión de derechos y que uno de ellos prevalezca sobre el otro.

Luis Castillo Córdova,<sup>82</sup> desarrolla una posición contraria, formulando una crítica frontal a lo que él denomina una posición conflictivista (aludiendo a la ponderación). Señala que: “*Concebir a los derechos fundamentales como realidades contrapuestas, trae como consecuencia la existencia de unos derechos de primera categoría y otros de segunda(...)* Si las posiciones conflictivistas termina por afectar, vulnerar o lesionar derechos reconocidos en la Constitución, ¿cómo queda entonces el principio de unidad de la Constitución?(...) El asunto

---

82 CASTILLO CORDOVA, Luis. “*Comentarios al Código Procesal Constitucional*”. ( Tomo I, Título Preliminar y Disposiciones Generales) Palestra, 2da edición, 2006, Pág. 245

*se agrava cuando nos percatamos que la norma constitucional cuya vulneración se intenta justificar, es una norma iusfundamental.”*

Como propuesta, a tenor de la crítica formulada, desarrolla la posición de la exigibilidad de una interpretación armonizadora de los derechos fundamentales, basándose en dos elementos centrales: la unidad y coherencia del hombre como base del entendimiento de los derechos y el principio de unidad de la Constitución como favorecedor de una interpretación armoniosa.

Sin perjuicio de lo expuesto y de lo razonable que resulta una posición armonizadora, consideramos que el desarrollo jurisprudencial promovido por el Tribunal Constitucional alemán y el peruano, ha venido marcando una posición orientadora basada en el desarrollo de las técnicas de ponderación y proporcionalidad, como métodos con una base aplicativa jurisprudencial. Sin duda, el desarrollo jurisprudencial de la teoría armonizadora podría eventualmente superar la previsión de ponderación que adopta el intérprete constitucional hoy y ahora, mas ello requerirá, estimamos, cierto tiempo prudencial.

Ahora bien, luego de haber usado la ponderación, deviene en necesario e indispensable la argumentación. Es decir, primero se pondera, luego se argumenta.

La argumentación es la explicación de las razones racionales que justifican la decisión.

En los delitos contra el honor, lo más frecuente en la confrontación que se presenta entre el derecho al honor y la libertad de información o la vida privada.

No le falta razón al Tribunal Constitucional<sup>83</sup>, cuando señala que: “de los derechos fundamentales. Así, se ha propuesto la primacía de la información en virtud de la aplicación equívoca de la teoría valorativa de las *preferred freedoms* al sistema constitucional, postura doctrinal que propendería a una jerarquía entre los derechos fundamentales. Pero, de otro lado, también se manifiesta y se presencia

---

83Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 6712-2005-HC/TC, LIMA, MAGALY JESÚS MEDINA VELA Y NEY GUERRERO ORELLANA, fundamento jurídico 40.



una prevalencia de la información, basándose en el efecto irradiante que posee respecto al resto de derechos. Pero no hay que olvidar que los derechos fundamentales (todos, sin excluir ninguno) están en igualdad de condiciones dentro de la Constitución.

Por eso, lo que corresponde realizar es una determinación de los contenidos de cada uno de los derechos involucrados. Sólo así se llegará a la delimitación adecuada de sus contornos. Para ello, será necesario optar por el método de la ponderación, con una utilización mixta de los criterios de razonabilidad (propios de cualquier relación entre derechos fundamentales) y de desarrollo colectivo (exclusivo de los derechos de respeto de la persona y los comunicativos)”.

Cuando hay conflicto de derechos y se tiene que resolver en el sentido de que uno de los derechos prima en el caso concreto; nos encontramos en un estado de derrotabilidad de uno de los derechos. Pero esa derrota de uno de los derechos en conflicto, requiere explicación suficiente (razón suficiente). No es suficiente aseverar simple y llanamente que uno de ellos prima. Lo más importante, es dar de esa decisión, más aun cuando se trata de dejar de lado o no proteger un derecho fundamental.

En nuestro caso, no hay mucha sustentación en el sentido de preferir uno de los derechos. Simplemente la tarea del Juez que resuelve ese conflicto queda en la subsunción. Se entiende que nuestros magistrados están formados, imbuidos y han asumido el positivismo jurídico en extremo. No se quieren salir de ese marco. Entienden a las normas, tan solo como norma escrita; es decir, como reglas, más no como principios; en consecuencia, no hay necesidad de ponderar.

Por otro lado, si bien a veces se encuentra alguna pretensión de ponderar, en las sentencias que emiten, también es verdad que lo hacen de manera deficiente; pues la motivación es deficiente (en el buen sentido de la palabra).

## **V.- CONCLUSIONES.**

1.- El manejo de la argumentación jurídica en el proceso penal actual es elemental, necesaria e indispensable, a fin de emitir sentencias debidamente motivadas, a fin de evitar posibles cuestionamientos. Por tanto, la labor de los operadores de justicia es saber interpretar el texto constitucional, emitir juicios de valor en base a una adecuada valoración de los conflictos generados entre principios.

2.- La falta de capacitación y/o conocimiento de los fundamentos jurídicos de la argumentación jurídica es un tema latente en los magistrados. Se advierte que ocasiona insuficiencia o falta de motivación al momento de emitir sentencias de esta naturaleza en los juzgados unipersonales materia de investigación.

3.- La ponderación y la proporcionalidad, pudieran implicar una fórmula infalible de solución de controversias constitucionales o en su defecto, que sean un arte. Al fin y al cabo, existe siempre un margen de discrecionalidad al elaborarse una sentencia, respecto de la cual influyen los valores, la formación y la capacitación del juez constitucional.

4.- Resulta una fortaleza que estas técnicas (ponderación) de interpretación logren reducir, vía la motivación que exigen, los grados de discrecionalidad en la emisión de decisiones.

5.- Es visible que los magistrados, tienen deficiente formación en cuanto a la importancia de la argumentación jurídica.

6.- Existe deficiencias de igual modo, en cuanto al conocimiento y aplicación de la ponderación como técnica. Esta sería un asunto elemental para resolver cuando cada día se tiene derechos en conflicto.

7.- En los delitos contra el honor, siempre se presentan conflicto de derechos fundamentales., entonces, deviene en imprescindible conocer cómo se soluciona ese conflicto y cómo finalmente se da razón de ella.

## **VI.- RECOMENDACIONES.**

1.- Los magistrados deberán realizar cursos permanentes de capacitación, actualización y manejo de los fundamentos de la argumentación jurídica que deben ser aplicadas a los procesos por querrela, en los delitos contra el honor, al momento de emitir sentencia.

2.- Promover en todos los operadores del derecho, la importancia de la argumentación jurídica (ponderación) en la solución de conflictos entre principios. Con ello se estaría mejorando la motivación de las decisiones judiciales y enervando en parte la discrecionalidad judicial.

## **VIII.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ALARCON MOLINA, Milagros y CARDENAS RUIZ, Marco. “*La Violación de la Intimidad, Violación de Domicilio y Violación de la Comunicaciones en el Derecho Penal*”. Normas Legales –Análisis Jurídico- Tomo 357, Febrero 2006.
- Alexy, Robert. “*Teoría de los derechos fundamentales*”. Trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. “*Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*”. revista Doxa, Núm.12. 1992.
- ANDRUET, Armando. “*Teoría General de la Argumentación Forense*”. Buenos Aires: Alveroni.2003.

- ATIENZA, Manuel. *“El Derecho Como Argumentación”*. Barcelona. Ariel. 2005.
- ATIENZA, Manuel. *“La Filosofía del derecho de Felipe González Vicén”*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Núm.62. 1981.
- ROXIN, Claus.: *“Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena”* (traducción al castellano de POLAINO NAVARRETE, M.), Cuadernos de Política Criminal, 1992.
- CREUS, Carlos. *“Derecho Procesal Penal.”* Editorial ASTREA. Buenos Aires, 1996.
- DE ELIA, Carlos M. *“Manual de Derecho Procesal Penal”*. Librería "El Foro", Buenos Aires, 1993.
- GARCIA RADA, Domingo. *“La Instrucción”*. Volumen Primero: El Inculpado, SAN MARTIN Y CIA IMPRESORES, Lima, 1967.
- JAKOBS, G.: *“Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad”* (traducción de SÁNCHEZVERA GÓMEZ-TRELLES, J.), Civitas, Madrid, 2004.
- MAIER, Julio J.B. *“Derecho Procesal Penal Tomo II Parte General, Sujetos Procesales”*. Editores del Puerto S.R.L, Buenos Aires, 2003.
- MIR PUIG, S.: *“El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho”*, Ariel, Barcelona, 1994.
- MUÑOZ CONDE, F.: *“Introducción”*, ROXIN, C.: *Política criminal y sistema de derecho penal*”, (traducción e introducción de MUÑOZ CONDE, F.), Bosch, Barcelona, 1972.

- MUÑOZ LORENTE, J.: *“Injurias, calumnias y libertades de expresión e información. Elementos de interacción”*, La Ley, 28 (2006).
- MUÑOZ LORENTE, J.: *“Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- OLLERO TASSARA, A.: *“La ponderación delimitadora de los derechos humanos. Libertad informativa e intimidad personal”*, La ley, 6, 1998.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: *“La Constitución, el honor y unos abrigos”*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 1996.
- PEREZ ESCOBAR, Jacobo (1999). *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Santa Fe de Bogotá-Colombia, editorial Temis S.A.