


# RATIO LEGIS

" POR LA RAZÓN DE LA LEY "

Revista para Abogados y Notarios



## LOS DOS ENFOQUES DE LA JUSTICIA

Pg. 6

**EL BLOQUE DE  
CONSTITUCIONALIDAD  
Y LOS VEINTICINCO AÑOS  
DE LA CONSTITUCIÓN.....Pg. 8**

**LA CALIDAD  
EN LA  
ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA ....Pg. 16**

**CULTURA,  
ENTREVISTA CON  
Ichigo Tock  
TURRÓN....Pg. 22**

## CONTENIDO

### DIRECTORIO REVISTA RATIO LEGIS:

#### DIRECTORES:

Lic. Eduardo Lara Grazioso

Lic. César Camposeco Chang

#### COORDINADOR:

Jorge Mario Lobo de León

#### COLABORADORES:

Lic. Julio Cordón Aguilar

#### DIAGRAMACIÓN Y DISEÑO:

GÜANO-WORLD

#### FOTOGRAFÍAS:

Renato Galindo "GASA"

#### REDACCIÓN:

Ana Karina Calderón Rodríguez

Luis Fernández Molina

Rodolfo Rohormoser

Valdevallano

Pablo Alfredo Candela

Gustavo Aguilera Izaguirre

Joaquín Maniel Missiego

del Solar

Ichigo Tock

#### PUBLICIDAD

#### COMUNICARSE A:

Publicidad@revistaratiolegis.com

[www.revistaratiolegis.com](http://www.revistaratiolegis.com)

REVISTA RATIO LEGIS es una publicación propiedad de CREACIONES INTELIGENTES, SOCIEDAD ANÓNIMA. Los artículos expresan la opinión personal de los autores, por lo que CREACIONES INTELIGENTES, SOCIEDAD ANÓNIMA no es responsable de dichas opiniones. Se prohíbe la reproducción parcial o total del material publicado en esta revista.

# NOTAS RELEVANTES

**EDITORIAL Pg.3. LOS DOS ENFOQUES DE LA JUSTICIA Pg. 6. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN GUATEMALA(PARTE 2) Pg. 10. EL PERÍODO DE TRANSICION DEL PROCEDIMIENTO PENAL PERUANO Pg. 20. CULTURAL Pg. 22.**



## ÍNDICE

Editorial

Pg. 3

Los dos enfoques

De la justicia

Pg. 6

El bloque de Constitucionalidad y los veinticinco años de la constitución

Pg. 8

Interpretación

de los contratos

en Guatemala(parte 2)

Pg. 10

La calidad en la

administración pública

Pg. 16

El período de transición del

procedimiento penal Peruano

Pg. 18

Análisis crítico de la figura del enriquecimiento ilícito en el código penal Argentino y una perspectiva acerca de su validez constitucional

Pg. 20

Cultural

Pg. 22

# EDITORIAL

Cuántas veces no se ha indagado, en círculos académicos, profesionales o sociales, acerca del camino que debe seguir nuestro país para lograr el desarrollo; sin llegar a una respuesta definitiva, es indudable que desde la perspectiva del jurista, existen dos elementos de suma importancia para emprender aquel camino: hacer eficaz el deber de proveer justicia que corresponde al Estado y asegurar el irrestricto cumplimiento de las leyes por parte de gobernantes y gobernados.

Guatemala cuenta con un complejo conjunto normativo cuyo objeto se dirige a hacer viable la plena convivencia de todos los que habitan su territorio; sin embargo, de nada sirve ese catálogo de leyes si, a la postre, no se cumplen o, peor aun, su observancia, su aplicación e interpretación obedecen a intereses contrarios a la realización de la justicia.

Para los profesionales del Derecho no es raro apreciar situaciones en las que se afecta la sana convivencia social, ya sea por la inobservancia de las normas jurídicas o bien, porque su aplicación no se funda en el valor justicia, para lo cual es menester ponderar, en cada caso, conforme a sus circunstancias particulares, qué puede considerarse “justo” y qué no. Como aporte a esa tarea de ponderación, en esta tercera edición, el abogado Luis Fernández Molina presenta un interesante estudio sobre dos enfoques de la justicia.

Por su parte, el abogado Rodolfo Rohmoser Valdeavellano, en homenaje al vigésimo quinto aniversario de la Constitución guatemalteca, celebrado en 2010, presenta el artículo “Los veinticinco años de la Constitución y el bloque constitucionalista”, abordando un tema de mucha utilidad para entender mejor el papel de la norma suprema del ordenamiento jurídico y la importancia de su observancia.

El profesional del Derecho se ubica en la sociedad en una posición privilegiada; su profesión le confiere oportunidades que otras no conllevan y, a la vez, le demanda, más que aquéllas, una actuación que posibilite un cambio en beneficio de la comunidad. Así, entre otros ejemplos que podrían citarse, un abogado especializado en el área mercantil, tendrá la oportunidad de asesorar de una manera adecuada a los empresarios que desean desarrollar actividades industriales o comerciales, generando empleo e inversión, y contribuyendo al desarrollo económico del país; por igual, el notario ha de conferir, con ética y responsabilidad, seguridad y certeza jurídicas al autorizar actos y contratos, y el abogado litigante debe actuar siempre en beneficio del funcionamiento óptimo del sistema de justicia.

Por otro lado, en ésta edición se continúa brindando un espacio a profesionales del Derecho extranjeros, para dar a conocer información relevante de lo acontece más allá del territorio nacional, lo que resulta de notoria importancia en un mundo en el que las nuevas tecnologías rompen cualquier frontera, haciendo necesario estar informados de los avances y el desarrollo legislativo, jurisprudencial y dogmático a nivel internacional. En efecto, en una era globalizada, en la que la información fluye constantemente, es conveniente aprovechar todos los medios que permitan un crecimiento académico y profesional, generando y transmitiendo conocimientos, y dotando de herramientas útiles para el mejor desempeño de las labores encomendadas al abogado y al notario.

Como está escrito en el Decálogo del Abogado (Eduardo J. Couture): “**ESTUDIA**. El derecho se transforma constantemente, si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado”, el estudio, el aprendizaje y el crecimiento intelectual constante es lo que hace, día a día, al profesional, pero no cualquier profesional, sino los mejores en sus ramas, que es el objetivo último perseguido en cada edición de la **Revista Ratio Legis**.

**Atentamente,**

**Lic. César  
Camposeco Chang**

**Lic. Eduardo  
Lara Grazioso**

# GALARDONADO DESDE SU NACIMIENTO



*Ron Añejo*  
**BOTRAN**<sup>®</sup>  
RESERVA

Medalla de oro  
del Ministry of Rum Competition,  
San Francisco EEUU, Agosto 2010.



DISFRUTA NUESTRA CALIDAD CON MODERACIÓN

SEGÚN DECRETO 90-97: EL CONSUMO DE ESTE PRODUCTO CAUSA SERIOS DAÑOS A LA SALUD.

WWW.INFILE.COM



TODA LA INFORMACIÓN JURÍDICA

# EN SUS MANOS

LEYES DE GUATEMALA EN INTERNET

-  Más de 40,000 publicaciones entre leyes, decretos, acuerdos, reglamentos, disposiciones, resoluciones, convenios internacionales, tratados internacionales y mucho más.
-  Actualización diaria a nuestra base de datos.
-  Buscador avanzado por nombre de las normas, número, tipo de documento, emisor, fecha de publicación, vigencia y mucho más.
-  Clasificación de normas, por áreas, temas y su aplicación.
-  Imágenes de diarios oficiales y las recopilaciones de leyes desde 1,881 hasta el día de hoy.
-  Textos, fichas técnicas e índices de cada una de las normas.
-  Acceso las 24 horas del día, desde cualquier lugar del mundo y desde la comodidad de su casa u oficina.
-  Tarifas accesibles, menores al costo de fotocopias o textos impresos.
-  Descargas en PDF con índices e imágenes, ideales para consultar y transportar en su Palm o Agenda Electrónica y USB.

# LOS DOS ENFOQUES DE LA JUSTICIA

**LUIS FERNANDEZ MOLINA**

Abogado y Notario con maestría en Ciencias Sociales  
Ex magistrado Corte Suprema de Justicia de Guatemala  
Autor de los libros: - Conflictos colectivos de trabajo; - Manual práctico legal del empresario; - Derecho Laboral Guatemalteco; - entre otros.  
Catedrático universitario

Es proverbial el idilio de los abogados con la justicia; sentimos por ella una especial fascinación, una inevitable atracción. Ese enamoramiento—acaso amor a primera vista— nos motivó dedicar nuestra vida profesional a esa justicia que se representa por medio de la diosa Themis; la hermosa mujer de cuerpo esbelto que sostiene una balanza en la mano izquierda y una espada en la otra, asimismo una venda en los ojos. Fue la imagen que nos acompañó en tantas madrugadas de estudio, lo que cargó nuestro paso cansino y nos empujó a las aulas, la que nos aconsejó paciencia para soportar a algunos catedráticos. Fue el combustible que incendió nuestros anhelos por una mejor sociedad. Fue, en fin, nuestra compañera. Ahora bien, igual que nos ocupamos en conocer a fondo a quien enciende nuestros sentimientos románticos, igual debemos conocer a fondo a la Justicia, a esa dama encantadora, misteriosa y esquiva, que nos ofrece varias caras, pues el concepto de justicia admite diferentes perspectivas.

Cuando Justiniano, desde la lejana Constantinopla, observaba el colapso de sus primos del Imperio de Occidente se dio a la feliz tarea de ordenar la recolección de todas las leyes y tratados jurídicos que por los siglos anteriores nutrieron la civilización romana y que hasta ese entonces habían podido preservar. Convocó a juristas y escribas que se dieran a la tarea de desempolvar y copiar todos esos textos en el año 526. Amarillentos papiros, tiesos pergaminos. ¡Cuánto material se pudo conservar para las futuras generaciones!

En muchos de esos tratados se repetía la definición general de Justicia como **“la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo que es suyo”** que se tomó del filósofo Platón quien cita a Sismónides (un siglo antes) que a su vez lo remonta lejos, al legendario es-

critor Homero. Desde entonces, en el siglo seis antes de Cristo, ha habido un consenso en cuanto a esa definición genérica de la justicia. Es pues un concepto antiquísimo y muy sólido, al punto que no ha tenido variaciones en el devenir de las generaciones y civilizaciones.

Sin embargo, cada vez afloran diferencias de interpretación en la parte final de esa definición, en la referencia a **“lo suyo”**, a **“lo que es de cada quien”**. ¿qué es de cada quien? Al decir que le pertenece estamos implicando derechos. Toda persona tiene derechos, pero **el origen de esos derechos es diferente**, unos derechos son derivados de sus actividades, de sus méritos; y otros derechos —o consideraciones especiales— son producto de sus condiciones particulares. En otras palabras una persona puede exigir derechos que nacen de los contratos que haya celebrado o de los compromisos gestionados a su favor, pero también puede exigir derechos derivados de la situación particular y diferente en que se encuentra el individuo; esto es por ser humano, por el mero hecho de ser persona, por ser mujer, menor de edad, por ser indígena, trabajador o miembro de una minoría, etc.

Es muy importante establecer los límites de las anteriores exigencias porque la Justicia es un medio, una herramienta imprescindible en toda sociedad para lograr la armonía en la comunidad humana. Y si la justicia consiste en “dar a cada uno lo que es suyo” debe entonces otorgarse a cada quien lo que es suyo, porque si no, van a surgir fricciones, van a asomarse los problemas. Si un individuo o grupo entiende que parte de sus derechos no son reconocidos, van a reaccionar en contra del orden establecido que permite que ocurra esa injusticia. Eso lo entendió perfectamente Aristóteles y a él se debe la división clásica entre la justicia conmutativa y la



justicia distributiva.

**La justicia conmutativa** es la que se atiene a la igualdad contractual sin hacer reparar en la calidad de las personas, partiendo de la premisa de una igualdad general de los individuos de una sociedad y da énfasis a lo que las personas, en uso de esa libertad inicial, hayan convenido, la posición diferencial de las personas no es importante.

Por el contrario en **la justicia distributiva** lo que importa es lo que se debe a una persona o un grupo de personas por la situación en que se encuentran. Si



una persona exige el pago de la renta, entiende que es justo que el inquilino se la pague porque ocupa una vivienda según el contrato de arrendamiento que suscribieron; lo mismo puede exigir el acreedor que el deudor le pague el monto prestado una vez vencido el plazo. En ambos casos el derecho del que exige nace de una forma contractual y la falta de pago implicaría una lesión de la justicia. En cambio, en la justicia distributiva el hombre no se encuentra enfrentado con otro hombre sino con el todo social. En esta interpretación de la justicia se da algo a la persona en la medida en que lo que pertenece al todo correspon-

de también a la parte. Lo que distribuirlo al hombre en su correspondiente participación en el bonum commune.

La conocida parábola del Evangelio de los obreros de la viña retrata esta diferencia de enfoque. Citando con todo respeto y haciendo abstracción de interpretaciones de otro orden, Mateo 20, nos relata como un propietario va a la plaza y contrata trabajadores. Adaptando el caso podemos visualizar como a las 8 de la mañana les propone a unos hombres que vayan a trabajar a su viña. ¿Cuanto nos ofrece pagar? 50 pesos. Estamos de acuerdo. A las 10 regresa a la plaza y encuentra a otros hombres desocupados. Vénganse a trabajar a mi viña. ¿Cuánto nos ofrece? 50 pesos. Estamos de acuerdo. Lo mismo sucede a las 12 y hasta las 2 de la tarde, a todos les ofrece 50 y todos están de acuerdo. Cuando llega las 4 le dice el dueño al administrador que empiece a pagar a los que llegaron de último, de esa forma a los de las 4 de la tarde les paga 50 pesos, a los de las 2 de la tarde 50 pesos, creídos y esperanzados los de las 10 de la mañana y con mas razón los de las 8 ven con desagrado que les pagan, también, 50 pesos. Protestan. Eso no es justo. ¿Por qué no es justo? ¿Cuánto convine contigo?, ¿acaso no quedamos en 50 pesos? Sería injusto si te estuviera dando menos de los 50 acordados. Es que nosotros hemos estado desde las 8 y desde las 10 encorvando la espalda, respirando polvo y quemados por el sol y nos pagas lo mismo que a esos que apenas trabajaron 2 y 4 horas- reclaman los primeros jornaleros. Por eso murmuraban contra el dueño de la viña alegando que no era justo su comportamiento.

Se perfilan los dos enfoques de la justicia, porque los jornaleros disconformes invocaban una justicia distributiva, impuesta, a diferencia de la contractual que no se impone sino que las partes convienen. En la justicia conmutativa no se requiere de jueces o terceros, los jueces son los propios contratantes que, al llegar a un acuerdo establecen lo que les parece justo; también se le llama justicia correctiva porque la única intervención de tercero –juez–es para corregir el incumplimiento del pacto de una de las partes. En cambio en la distributiva se requiere de entrada de un tercero que establezca las diferencias y trate de nivelarlas; en el caso de los viñadores

si el que trabajó 2 horas devengó 50, al que laboró 4 le corresponde 100, 150 al de las 10 de la mañana y 200 al de las 8. Ese tercero ha venido a constituirse en el Estado moderno que viene a arbitrar las diferencias y enmendar las injusticias sociales. De allí el espíritu distributivo de los impuestos y el surgimiento de las ramas jurídicas de corte social.

El Derecho Civil es producto natural del enfoque conmutativo, pues predomina en esta disciplina la autonomía de las partes, esto es, los contratos. Por otra parte el enfoque distributivo es el que nutre a las llamadas disciplinas sociales como lo son el derecho laboral, el derecho agrario, de familia, etc. En lo laboral el elemento distributivo se respira en casi todas sus instituciones pero con mayor énfasis en el terreno de lo colectivo. Ejemplos abundan: la limitación de despedir libremente a trabajadores, la obligación del patrono de negociar un pacto colectivo, la justicia de una huelga cuando el patrono que se resiste esté en posibilidades de otorgar las mejoras que los trabajadores exigen.

Un estudiante de primer año repetirá que justicia conmutativa es tratar igual a los iguales y la distributiva es tratar de manera desigual a los desiguales. El plano civilista supone precisamente que todos los actores están en igualdad en la medida que todos cuentan con libertad absoluta de contratación; aquí la igualdad surge de esa condición básica y que nadie está obligado a contratar y menos a aceptar condiciones de la otra parte. En cambio, la legislación de los menores de edad o de las mujeres, en materia laboral, reconoce como premisa una desigualdad: los menores no son iguales a todos los adultos, y las mujeres no son iguales a los hombres. Por eso, en cuanto son diferentes, debe aplicarse una normativa diferente, por ejemplo a los menores reducción de jornadas y prohibiciones de trabajos incompatibles con su minoridad y a las mujeres atención a su condición y sobre todo al hecho sublime del embarazo.

Son pues dos enfoques, dos visiones de la justicia –y por ende del Derecho– que se complementan, a veces se traslapan. El buen jurista debe tener ese prisma que claramente distinga los diferentes aproximaciones a los dos justicias. En otras palabras conocer las “dos caras de la justicia”.

# EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LOS VEINTICINCO AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN

## RODOLFO ROHRMOSER

Abogado y Notario. Doctorado en Derecho Público, Universidad Libre de Bruselas. Especialización en Derecho Internacional Público y Privado, New York University, Columbia University. Ex Magistrado de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Ex Embajador de Guatemala en Washington, USA. Catedrático Universitario.

Por estar cumpliendo este año su plena mayoría de edad tanto la Norma Fundamental como la Corte de Constitucionalidad, la ocasión es propicia para hacer el balance de la efectividad de ambas en el cumplimiento de sus atribuciones en materia de derechos humanos. La Constitución es un ejemplo mundial en cuanto a establecer instituciones y mecanismos protectores del orden constitucional y de los derechos fundamentales. Y la Corte, se ha significado en infinidad de fallos en cuanto a hacer efectivos esos derechos a través de los medios procesales establecidos: amparo, exhibición personal e inconstitucionalidad general y en caso concreto.

Empero, a pesar de los logros legislados en la Constitución y de los fallos de la Corte en protección de los derechos civiles y políticos, de los derechos económicos, sociales y culturales, de los relativos al medio ambiente y de aquéllos relacionados con los grupos vulnerables o en situación especial, falta aún un largo camino que recorrer en cuanto al cumplimiento de los estándares establecidos por el Derecho

Internacional General de los Derechos Humanos relativos a lograr la realización efectiva de tales derechos fundamentales.

En efecto, persiste aún la inadecuación notoria de la normativa legal protectora en contraste con la realidad fáctica. La plena realización del Estado de Derecho es aún una utopía. La sumisión absoluta del ejercicio del poder al imperio de los dictados de la norma prima y de la legislación en general, aún no se consigue.

De modo que salta a la vista la necesidad que el Congreso de la República o la Corte de Constitucionalidad se avoquen a crear los sistemas que pudieran, desarrollando las normas constitucionales<sup>1</sup>, garantizar una protección más efectiva a los derechos fundamentales, por ejemplo, integrando formalmente el **Bloque de Constitucionalidad**.

Al respecto, muchos países, sea por obra del legislador ordinario o por vía de la jurisprudencia constitucional, han integrado lo que

la doctrina ha denominado el Bloque de Constitucionalidad constituido por Constitución propiamente dicha y aquellos tratados vigentes de derechos humanos, notables por su alto





contenido garantista, tales como las grandes Declaraciones sobre Derechos Humanos, Los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Las Convenciones de Ginebra en materia de Derecho Humanitario, Las Convenciones sobre la No Discriminación Racial o de Género, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, el Convenio 169 de la OIT, etcétera, etc.

Con ello, se abriría grandemente el abanico protector en materia de derechos humanos pues quedaría establecida indubitablemente la posibilidad de impugnar de inconstitucionalidad toda la normativa

derivada de la Constitución -leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general- que contradiga los preceptos establecidos en dichos instrumentos internacionales, ya que ellos pasarían a ser también: La Constitución, constituyéndose asimismo en parámetro de constitucionalidad y no como lo ha establecido hasta ahora la Corte de Constitucionalidad en su jurisprudencia, en el sentido que el único parámetro de constitucionalidad es la propia Constitución<sup>2</sup>.

Ahora bien, la Corte de Constitucionalidad pareciera ser que ya ha empezado a recorrer el camino tendente a integrar dicho Bloque<sup>3</sup>, pues en algunos fallos se ha referido a él, aunque no lo haya hecho hasta el momento de una manera formal, dictando el Auto Acordado correspondiente que determine el cambio de su jurisprudencia y permita en el futuro, en caso de acogerse la antinomia entre la disposición impugnada y la norma del Derecho Internacional Convencional de los Derechos Humanos respectiva, su expulsión del orden jurídico guatemalteco.

Es más, de hecho podría opinarse que la Corte ya lo ha integrado pues ha dicho que los tratados sobre derechos humanos se “constitucionalizan”, lo que equivale a afirmar que tales tratados son también la Constitución<sup>4</sup>.

Así las cosas, de manera muy respetuosa formulo esta excitativa tanto al Honorable Congreso de la República como a la Corte de Constitucionalidad para que, si lo tienen a bien, integren ese Bloque si estiman, como es mi opinión, que los derechos humanos de las personas se verían más protegidos con tan importante decisión, la cual se encuentra totalmente enmarcada dentro de los estándares internacionales en vigor e n la actualidad.



## CITAS

1. El fundamento se encontraría en los artículos 44, 46, 149 y 175 de la Constitución
2. Gaceta 43, exp. 131-95, pág. 47, sentencia del 12.03.97; Gaceta 60, exp. 872-00, pág. 362, sentencia del 28.06.01; Gaceta 58, exp. 30-00, pág. 141, sentencia del 31.10.00 y sentencia del 26.03.96, exp. 334-95, entre muchos otros.
3. Ver sentencia del 21.12.2009, exp. 3878-07, pág. 24
4. Ver sentencia del 19.10.90, exp. 280-90, caso Ríos-Montt; Gaceta 18, pág. 99



# INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS EN GUATEMALA (Parte 2)

**Ana Karina Calderón Rodríguez**

Abogada y Notaria  
Magister Artium en Propiedad Intelectual e Industrial y Tecnologías de la Información por la Universidad de Alicante, España.  
Especialista en Derecho Mercantil y Sociedades por la Universidad de Salamanca, España.

## I. Interpretación De Los Contratos Mercantiles En Guatemala

La interpretación de los contratos mercantiles en Guatemala se encuentra regulada en primer orden por el Código de Comercio. Este instrumento legal consagra los principios básicos del Derecho Mercantil, de verdad sabida y buena fe guardada. Así mismo pareciera que se inclina a la interpretación objetiva cuando establece en uno de sus artículos que las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse.

Las reglas básicas para interpretar los contratos mercantiles pueden ser agrupadas en:

### 1. Verdad Sabida y Buena Fe Guardada (Art. 669).<sup>1</sup>

Cualquier interpretación de un contrato de naturaleza mercantil deberá partir de estos dos principios básicos de verdad sabida y buena fe guardada y, posteriormente se regirá por las demás normas de interpretación contenidas en el Código de Comercio.

La aplicación de estos principios, para interpretar los contratos mercantiles, ha sido aceptada por la Corte Suprema de Justicia en conjunto con las prácticas, usos y costumbres que internacionalmente han sido reconocidas. La doctrina de esta Corte ha establecido que tratándose de obligaciones y contratos mercantiles deben ser interpretados, ejecutados y cumplidos a base de los principios de verdad sabida y buena fe guardada. Así lo ha manifestado en diferentes casos, tales como:

"En la sentencia de casación civil No. 58-2005 de fecha 17 de febrero de 2006, La Corte Suprema de Justicia determinó que en materia de transporte marítimo internacional "la interpretación, ejecución y cumplimiento de los contratos

mercantiles deben prevalecer, según lo prescribe nuestra legislación, los principios de verdad sabida y buena fe guardada, por lo que en atención a los mismos resulta inadmisibles que la transportista reclame ahora la aplicación de un plazo distinto y menor al convenido expresamente en el contrato-formulario que ella misma elaboró, tergiversando con ello las rectas y honorables intenciones que originaron el contrato y la fuerza de ley que éste tiene para regular las relaciones entre las partes, siendo tal disposición totalmente legítima por cuanto es acorde a los principios que regulan el derecho mercantil y porque no contraviene ninguna disposición prohibitiva expresa dentro de nuestra legislación interna".

En el caso de arrendamiento con opción a compra, en sentencia de casación civil No.83-2003, de fecha 18 de febrero de 2004, la Corte estableció que "la interpretación de un contrato mercantil atípico debe basarse en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, establecidos en el artículo 669 del Código de Comercio... Es un contrato mercantil atípico, es decir que no está regulado en la ley y que no obstante se practica en la realidad del comercio; ante lo cual su interpretación debe basarse en los principios que inspiran esta clase de contratos, como lo son: el de verdad sabida y buena fe guardada... Es así que las partes obligadas conocen sus derechos y obligaciones y se vinculan de buena fe en sus intenciones y deseos de negociar, para no darle una interpretación distinta a los contratos..."

En sentencia de casación civil de fecha 30 de enero de 1985, la Corte consideró: "En realidad, al examinar la sentencia recurrida, se comprueba que el tribunal procedió correctamente, tomando en cuenta que el contrato en cuestión es de distribución de mercaderías en Guatemala de la fábrica de "Plásticos de



Honduras, Sociedad Anónima de Capital Variable", que suministró a "Compañía Internacional de Mercadeo, Sociedad Anónima, con la fianza solidaria y mancomunada de "Comercial Afianzadora, Sociedad Anónima". En consecuencia, el error que se denuncia no fue cometido. Por otra parte, el contenido, validez y efectos de los contratos en ningún caso se modifican por la calificación que de ellos hagan las partes, puesto que los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de los contratantes, excepto que la ley establezca determinadas formalidades como requisito esencial para su validez y que, perfeccionado el contrato, obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al negocio celebrado, sobre que la ejecución debe hacerse de buena fe según la intención de las partes. Tratándose de obligaciones y contratos mercantiles, éstos deben interpretarse, ejecutarse y cumplirse a base de los principios de verdad sabida y buena fe guardada."

En sentencia de casación civil del 17 de febrero de 1984, la Corte estableció: "Respecto a lo antes aludido, considera este Tribunal que deben tenerse presentes las disposiciones del Código de Comercio que preceptúan que los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales; que cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y los términos que aparezca que quisieron obligarse; y que las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera



de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales. Debe tenerse en cuenta además, que, conforme al mismo Código, las disposiciones del capítulo que se refiere al contrato de seguro, tienen carácter imperativo a favor del asegurado, a no ser que admitan expresamente pacto en contrario y que, a falta de póliza, el contrato de seguro se probará por la confesión del asegurador, de haber aceptado la proposición del asegurado, o por cualquier otro medio, si hubiera un principio de prueba por escrito. Las apreciaciones precedentes encuentran asimismo, concordancia con principios generales del derecho contenidos en disposiciones aplicables a los negocios jurídicos en general, contenidos en el Código Civil, especialmente en cuanto a que los contratos, se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, salvo que la ley establezca determinada formalidad como requisito esencial para su validez; y que, desde que se perfecciona un contrato, obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, debiendo ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes.”

## **2.Voluntad de las Partes (Artículo 671) <sup>2</sup>**

El Código de Comercio acepta la interpretación objetiva de los contratos mercantiles estableciendo que se interpretarán sus obligaciones en la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse; es decir que las partes quedarán obligadas según la

declaración de voluntad que se haya hecho en el contrato.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación civil número 47-98, de fecha 3 de septiembre de 1998, consideró:

“En cuanto a la interpretación errónea de la ley, la recurrente expresa que la Sala interpretó erróneamente el artículo 671 del Código de Comercio, que señala que los contratos mercantiles no están sujetos para su validez a formalidades especiales; y cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedan obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse... Esta Cámara estima que la Sala sentenciadora no interpretó erróneamente el artículo 671 del Código de Comercio, al cual le dio su verdadero sentido, al expresar que los contratos mercantiles no están sujetos a formalidades especiales, lo que en todo caso se reflejó en la sentencia, y si bien declaró que las partes habían incluido una condición para el nacimiento de su relación, ello no implica equivocación en la interpretación. A esto debe agregarse que la aceptación de la existencia de una condición, no fue una creación del Tribunal, sino fue producto de la voluntad de las partes, manifestada en forma concreta e indubitable y sin ninguna formalidad.”

## **3.Contratos De Adhesión (Artículo 672). <sup>3</sup>**

Para los llamados contratos de adhesión, en los cuales una parte prepara el formulario de antemano, el Código de Comercio establece ciertas normas de interpretación que tienden a la protección de la parte contratante que no redactó el contrato. Así, para el caso de dudas, las disposiciones se interpretarán en el sentido menos favorable para el redactor del contrato. Por otra parte, las renunciaciones a cualquier derecho se consideran válidas, siempre que sean resaltadas dentro del contrato, de tal manera que puedan ser diferenciadas del resto de disposiciones contenidas en éste. Además, la regla de interpretación otorga valor preferente a cualquier cláusula adicional que sea incluida en el contrato. En este sentido, la Ley de Protección al Consumidor también establece normas específicas para los contratos de adhe-

sión, estableciendo en primer orden la interpretación literal de las disposiciones. Se entenderá que ésta interpretación literal es viable si los términos son claros y del análisis efectuado se desprende con claridad la conclusión; sin embargo, si existen dudas, el contrato será interpretado a favor del usuario o del consumidor.<sup>4</sup>

Esta misma ley hace referencia a la nulidad de disposiciones que contengan cláusulas abusivas para el consumidor.

## **4.Contratos Mediante Póliza (Art. 673). <sup>5</sup>**

Para este tipo de contratos hechos mediante póliza, factura, orden, pedido o cualquier documento similar, se establecen los mismos principios de interpretación aplicables a los contratos mediante formularios, establecidos en el apartado anterior de contratos de adhesión.

Respecto a esta regla de interpretación contractual, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación civil No.353-2005 de fecha 17 de julio de 2006, consideró para los contratos de seguro elaborados mediante pólizas que:

“Conforme lo establece el artículo 672 del Código de Comercio, los contratos como los utilizados por la Empresa Guatemalteca CIGNA de Seguros, Sociedad Anónima, contienen condiciones generales, que no son previamente discutidas y negociadas con el adherente, por consistir cláusulas uniformes, tipos, utilizadas en esta clase de contratos de seguros que deben regirse por la regla que indica: 1. Se interpretarán en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario. Como se puede apreciar la Sala no cometió un error en la adecuación de ésta norma a los hechos que tuvo por probados, no prosperando tal alegación, mayormente por el supuesto contenido en ella que literalmente dice:”Los contratos celebrados en formularios a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales...”, y por otra parte, la cláusula de exclusión causa duda en el sentido que como indica la propia recurrente no determina que quiere decir “En aeronave que no pertenezca a una línea regular establecida de pasajeros”, por lo tanto no existe aplicación indebida de la ley, ya que el artículo escogido por la Sala es el correcto.”

## 5. Normas Supletorias (Artículo 694).<sup>6</sup>

Las normas de interpretación de contratos contenidas en el Código Civil serán aplicables en forma supletoria a los contratos mercantiles y a sus obligaciones, siempre que no existan normas específicas en el Código de Comercio que regulen la materia.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, en el caso 58-2005, sentencia de Casación Civil de fecha 17 de febrero de 2006, ha establecido que:

"Cuando la controversia surgida entre las partes es relativa a la forma de interpretar, ejecutar y cumplir un contrato de naturaleza mercantil, no es procedente alegar, bajo el submotivo de violación de ley, la infracción del artículo 1519 del Código Civil, sino la infracción del artículo 669 del Código de Comercio, que es la norma específica en relación a dicho tema."

## II. Jerarquización De Las Normas de Interpretación De Los Contratos

Siguiendo al tratadista Rubén Contreras, se puede afirmar que de manera general, los contratos en Guatemala, cualquiera que sea su naturaleza, deberán ser interpretados en el siguiente orden:

**1.** Se interpretarán con base a las reglas específicas que establecen el Código Civil y el Código de Comercio, respectivamente, según la naturaleza del contrato.

**2.** Se utilizará la interpretación integradora, para suplir las lagunas del silencio de las partes, supliendo con las disposiciones legales, la voluntad de los contratantes. A este respecto la Ley del organismo Judicial tiene por incorporadas en todo acto o contrato, las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

7

**3.** A falta de disposición legal, se acudirá al Derecho Consuetudinario del lugar en que el contrato se haya otorgado.

**4.** Si no existen usos o costumbres aplicables en la práctica contractual, se podrá utilizar la doctrina legal.<sup>8</sup>

Cualquiera que interprete un contrato civil o mercantil en Guatemala, deberá agotar las normas de interpretación establecidas en las leyes respectivas, buscando la intención de las partes y la conservación del contrato, ya que solo en última instancia, se tendrá el contrato como nulo.

## CITAS

1. Código de Comercio, artículo 669. Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales.

2. Código de Comercio, artículo 671. Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español.

3. Código de Comercio, artículo 672. Los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, se regirán por las siguientes reglas: 1º. Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario. 2º. Cualquier renuncia de derecho sólo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato. 3º. Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aun cuando éstas no hayan sido dejadas sin efecto.

4. Ley de Protección al Consumidor, artículo 49. Las cláusulas de los contratos de adhesión se interpretarán de acuerdo con el contenido literal de las mismas; en caso de duda, deberán interpretarse en el sentido más favorable al consumidor o usuario. Serán nulas ipso jure las cláusulas que infrinjan las disposiciones de la presente ley.

5. Código de Comercio, artículo 673. En los contratos cuyo medio de prueba consista en una póliza, factura, orden, pedido o cualquier otro documento similar suscrito por una de las partes, si la otra encuentra que dicho documento no concuerda con su solicitud, deberá pedir la rectificación correspondiente por escrito, dentro de los quince días que sigan a aquél en que lo recibió, y se considerarán aceptadas las estipulaciones de ésta, si no se solicita la mencionada rectificación. Si dentro de los quince días siguientes, el contratante que expide el documento no declara al que solicitó la rectificación que no puede proceder a ésta, se entenderá aceptada en sus términos la solicitud de este último. Los dos párrafos anteriores deben insertarse textualmente en el documento y si se omiten, se estará a los términos de la solicitud original. Son aplicables a los contratos a que se refiere este artículo, las reglas establecidas en el anterior.

6. Código de Comercio, artículo 694. Solo a falta de disposiciones en este libro, se aplicarán a los negocios, obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil.

7. Ley del Organismo Judicial, artículo 36, literal k)... En todo acto o contrato, se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, exceptuándose las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resulten de ellos.

8. Código Procesal Civil y Mercantil, artículo 621, último párrafo... Se entiende por doctrina legal la reiteración de fallos de casación pronunciados en un mismo sentido, en casos similares, no interrumpidos por otro en contrario y que hayan obtenido el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos.



## Bibliografía

**Contreras Ortiz, Ruben Alberto.** Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles (Parte General). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar. 1º edición. 2007. 373 páginas

**Escaleda Videla, Federico N.** La Interpretación de los Contratos Civiles. Ediciones Abelardo Perrot. 1964.

**Rodríguez Rasso, Jorge.** La Interpretación del Contrato. Editorial FCY. 1º edición. 2006. 450 páginas

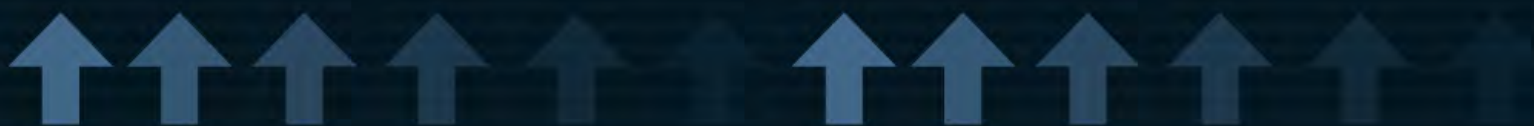
**Serrano Fernández, María.** Estudio de Derecho Comparado Sobre la Interpretación de los Contratos. Editorial Tirant Lo Blanch. 1º edición. 2005. 437 páginas.

# CREINSA

creaciones inteligentes s.a.

## Agencia Publicitaria

Para publicidad de RATIO LEGIS  
[publicidad@revistaratiolegis.com](mailto:publicidad@revistaratiolegis.com)  
o al teléfono **2476-9558**





El d  
CO  
Ma  
Envía  
C

**suscripción Q 9.50 al mes\* / de 2 a 4**  
**- Aplican todas**

\*La suscripción es de únicamente 30 días, después de lo cual se debe llamar al número RATIO al 6050 para seguir recibiendo las actualizaciones. El mensaje tiene un límite de 150 caracteres por lo que la información puede ser abreviada.

**erecho se transforma  
instantáneamente,  
ntente Actualizado  
a un mensaje de texto al 6050  
con la palabra "RATIO" para  
recibir información de:**

- Aprobaciones y reformas a las leyes
- Acuerdos gubernativos • Acuerdos ministeriales
  - Noticias relevantes en el ámbito jurídico
  - Información de fechas importantes de las obligaciones que deben ser cumplidas por los Notarios
- Becas en el extranjero • Información de cursos
  - Diplomados y maestrías para Abogados y Notarios.

**mensajes diarios de Lunes a Viernes  
las telefonías -**

de ese tiempo debes enviar nuevamente la palabra  
alizaciones. Los mensajes tienen un máximo  
formación se limita a ese espacio.

# LA CALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

## Gustavo Aguilera Izaguirre

Estudió la Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma de Tamaulipas, México. En 2002 obtuvo la medalla y Premio Nacional como Mejor Estudiante de México. Maestría en Estado de Derecho y Buen Gobierno. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España, obteniendo máxima Calificación Suma Cum Laude.



El concepto de Calidad ha sufrido una profunda transformación, desde su aparición en los ámbitos industriales hasta el momento actual. Así, del clásico control de calidad, como forma de detectar desajustes en las especificaciones técnicas de un producto, se ha pasado a definir la Calidad como el conjunto de características de un producto o un servicio que satisfacen las necesidades y expectativas del cliente.

Esa idea de calidad se ha incorporado a la esfera de lo público, en la que el ciudadano puede ser considerado como cliente en la medida en que es receptor de la actuación de las Administraciones Públicas, cuyos principios de funcionamiento son, entre otros: la eficacia y eficiencia, el control de la gestión y de los resultados, la responsabilidad, la racionalización, y agilización de los procedimientos administrativos y de gestión, así como prestar un servicio efectivo a los ciudadanos (Talavera, 2000:2-7).

La Administración Pública ha experimentado en los últimos años importantes cambios en la gestión pública y sus relaciones con la sociedad. La mayoría de estos cambios ha surtido efecto en los modelos de gestión en implementación de políticas públicas. Recordemos que el fin de la Administración Pública no es solo el ejercicio de potestades, sino también el de proporcionar bienes y servicios públicos a la ciudadanía, y esto no solamente se hará con reformas y el establecimiento de nuevas leyes o normas que cambien estructuras, sino que debe ir más allá en el sentido de que ubique al ciudadano, como usuario de los servicios, como el objetivo principal de la administración.

Como consecuencia de la globalización, se ha dado una relación más cercana de los procesos de gestión del sector privado y el sector público, provocando la incorporación, en la gestión de gobierno, de instrumentos como la planeación estratégica, el marketing público, reingeniería de procesos y la calidad total. Por ello es importante la incorporación de instrumentos o técnicas del sector privado o iniciativa privada en la administración pública, que fomentan un enfoque emprendedor de la misma y que permiten la implementación de calidad en los servicios públicos.

Ahora bien, antes los nuevos plant-



eamientos sobre una nueva Gestión pública o modernización de la Administración Pública, esto como consecuencia de la situación problemática del papel que desempeña el Estado ante los cambios o transformaciones en la sociedad, han obligado la introducción del concepto de Calidad dentro de la misma estructura estatal. Por ello se ha planteado la necesidad de incorporar los instrumentos antes mencionados, con el único fin de contar con una administración pública eficiente y competitiva, recuperando con ello la legitimidad de lo público a través de acciones como la rendición de cuentas, la ética, la transparencia, la calidad del servicio y la atención del cliente.

De acuerdo a Crozier (1995) se pueden destacar cuatro tendencias que hacen precisa una renovación de la actuación del Estado y por lo tanto de sus servicios administrativos:

**1.** La evolución hacia la complejidad, que convierte ineficaz al tradicional Estado jerárquico burocrático.

**2.** La tendencia irresistible al incremento de la libertad individual.

**3.** Como consecuencia de la dinámica expuesta se origina un cambio de lógica de desarrollo económico y social, así estamos pasando de una lógica de sociedad clásica basada en el ciclo de producción de masa/consumo a una lógica totalmente diferente basada en alta tecnología y los servicios.

**4.** Se produce la mediatización de las relaciones humanas debido a la explosión de las comunicaciones. Esto pone en evidencia que los mecanismos del tipo jerárquico tradicional sobre los que se apoya el Estado se tornen ineficaces.

Por lo tanto los ciudadanos, las organizaciones y las empresas reclaman de la Administración que la prestación de sus servicios sea cada vez de mayor calidad. Para ello se hace imprescindible introducir en los órganos y organismos públicos sistemas de calidad en la gestión, incorporar la metodología de la mejora continua y adoptar aquellos principios de esa filosofía de gestión de las organizaciones que sean transpuestos en las administraciones Públicas, de acuerdo con su especificidad y de conformidad con el ordenamiento jurídico. En este mismo sentido Pedro Nevado (2001: 20) señala que la calidad se aprecia por tanto como un elemento conformador básico de una mentalidad social relativamente novedosa que reorienta la gestión pública a una gestión pública de

calidad. Se debe propiciar un cambio desde la administración basada en las reglas, a una gestión pública basada en el rendimiento y en los resultados. Por lo tanto es lógico pensar que tanto la empresa privada como la administración compartan objetivos y en ocasiones los mecanismos para lograr estos objetivos, aunque resulta evidente, que no es posible importar los instrumentos empresariales en estado puro, para ello se deben estudiar los métodos, las herramientas que están siendo aplicados con éxito en las organizaciones de servicio y adoptarlas. En este sentido la calidad se relaciona más al uso de formas de organización y procedimientos de gestión privada (Nevado, 2004:93).

Las líneas para determinar la pertinencia de la Gestión de la Calidad deben partir de los principios y valores, de la misión y de la visión de la Administración Pública actual. Es decir se trata de analizar si los principios, técnica y herramientas de la gestión de la calidad sirven para implementar los propios del servicio público. El servicio público se encuentra guiado por una serie de principios, establecidos en el ordenamiento jurídico y aceptados por la doctrina, tales principios son: legalidad, igualdad,

## Bibliografía

**CROZIER, Michel** (1995), "La posición del Estado frente a otros actores" Revista G.A.P.P. nº 2, enero-abril. 1995

**ELENA CORDOBA, Amador** (2008), "La gestión de la calidad en la Administración General del Estado", en Revista G.A.P.P. Núm. 11-12, enero-agosto, 2008

**NEVADO BATALLA MORENO, Pedro T.** (2001), Calidad de los servicios, en Revista de Estudios Socio Jurídicos, Universidad del Rosario Colombia, enero junio, Vol. 5, nº 001.

----- (2004), "Cumplimiento de la legalidad en la nueva cultura de la gestión pública: Propuestas y realidades en la lucha contra la corrupción", en RODRIGUEZ GARCIA Y FABIAN CAPARROS, La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar, Ratio legis, Salamanca, Pág. 93

**TALAVERA PLEGUEZUELOS, Clemente** (2000), Las Cartas de Servicios. Un instrumento para la mejora de la Calidad en la Administración Pública. Estudios de Divulgación CEMCI, febrero, nº 91.

**Gustavo Aguilera Izaguirre.** Estudió la Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma de Tamaulipas. En 2002 obtuvo la medalla y Premio Nacional como Mejor Estudiante de México. Maestría en Estado de Derecho y Buen Gobierno. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España, obteniendo máxima Calificación Suma Cum Laude.

objetividad, continuidad, transparencia, participación, responsabilidad y eficacia y eficiencia. El destinatario del servicio público, de la actividad administrativa, es el ciudadano (Elena, 2008).

Así pues, una política de gestión de calidad adecuada al mundo y a las exigencias de hoy, sería aquella que no solo se plantea intervenir sobre las necesidades de déficit o de carencia, sino que también se preocupa de forma activa por satisfacer las necesidades a las que aspira la población. Esto obliga también al sistema político y económico a moverse, a racionalizarse, a innovar, a fin de satisfacer las continuas y permanentes necesidades de los ciudadanos. Lo esencial es que desde las instituciones públicas que han de poner en marcha y gestionar las políticas del Estado se asuma la nueva cultura, orientada a la calidad del servicio del usuario. Y si no existe un proyecto claro no será satisfactorio para los usuarios a quienes vaya dirigido.

No se puede simplemente imitar las técnicas, ni el uso ni la organización de la gestión privada, dentro de la gestión pública ya que esto supone un riesgo enorme de consecuencias terribles.



# EL PERIODO DE TRANSICION DEL PROCEDIMIENTO PENAL PERUANO

**Joaquín Maniel Missiego del Solar**  
Abogado peruano. Catedrático Universitario

## I. INTRODUCCION

Uno de los más importantes aportes que trae consigo el nuevo Código Procesal Penal en el Perú, es la definición de las funciones de investigación y juzgamiento que competen al Fiscal y al Juez respectivamente. La Fiscalía desarrollará una labor de investigación, apoyada por la Policía Nacional y el Poder Judicial tendrá a su cargo el Juzgamiento.

Durante más de setenta años, hemos venido trabajando sobre la base de un sistema en el cual se realizan diversas investigaciones, sobre los mismos hechos y a cargo de distintas autoridades.

De tal forma que encontrábamos una Investigación Preliminar sin plazos definidos, la cual podía durar años en algunos casos, a cargo del Fiscal; el cual recurría en la mayoría de los casos a la Policía Nacional a la cual le encargaba realizar las investigaciones bajo su supervisión. Se podía dar el caso que la Fiscalía luego de recibir el resultado de la investigación policial, ampliase las investigaciones ya que no tenía convencimiento en torno a qué decisión tomar.

La decisión estaba en función a formular o no denuncia ante el Juez Penal, a efectos que inicie la instrucción, que no es otra cosa que la investigación judicial; es decir, una nueva investigación pero esta vez a cargo del Juez. Lo que estaba ocurriendo es que el Ministerio Público solicitaba al Poder Judicial que inicie un proceso penal a fin de investigar judicialmente los hechos; es decir, ya se habían investigado a nivel Ministerio Público, pues otra vez iban a ser investigados los mismos hechos pero esta vez en el ámbito judicial y bajo la

conducción del Juez Penal, lo que se conoce como la etapa de instrucción.

Luego de la etapa de instrucción, cuyos plazos en la mayoría de los casos no eran respetados, el expediente era nuevamente remitido al Ministerio Público a fin que se pronunciase. Independientemente de tratarse de un proceso a ser tramitado en vía sumaria u ordinaria; de conformidad a lo prescrito por el principio Acusatorio, para dar paso a la etapa de juzgamiento era necesaria la acusación, la solicitud de sanción.

Encontrábamos pues, todo un Procedimiento Penal en el cual distintas autoridades se avocaban en diferentes momentos a investigar unos mismos hechos; dando por resultado un proceso largo, tedioso, pesado que trajo consigo la lógica protesta y disconformidad de los litigantes.

El nuevo Código Procesal Penal permitirá que el fiscal investigue y en caso considere que existe un delito en los hechos estudiados solicitar una sanción al responsable; es decir, acusarlo. Podrá igualmente estudiar la conveniencia de la aplicación del Principio de Oportunidad. Ya no solicitará una nueva investigación en el ámbito judicial. El juez por su parte, como lo hemos dicho cumplirá el rol de juzgador, encargado de administrar justicia; además de una importante función de control en lo que atribuciones que le otorga la Constitución principalmente atañe.

La estructura principal del procedimiento se conserva; es decir, investigación y juzgamiento. Lo que varía es la denominación en el primer caso por, conforme lo hemos explicado, la eliminación de la etapa de instrucción o investigación judicial. En resumen, las etapas del proceso variarán a como se conocían



anteriormente, la etapa de instrucción o investigación judicial desaparece y deja su lugar a la llamada investigación preparatoria que estará a cargo del Ministerio Público.

## II. IMPLEMENTACION GRADUAL DE LA NUEVA NORMA

En el año 2006 se dio un paso muy importante en la transformación del sistema procesal penal en nuestro país cuando entró en vigencia en el distrito judicial de Huaura el Decreto Legislativo N° 957, el cual contiene al nuevo Código Procesal Penal. A su vez, el Decreto Legislativo N° 958 reguló el procedimiento para la implementación y transitoriedad del nuevo Código Procesal Penal promulgado.

Una de las principales razones por las que se escogió al distrito judicial de Huaura, fue el hecho de ser uno de los distritos judiciales con menor carga procesal, debiendo entrar en vigencia de acuerdo a un cronograma establecido en la norma, en los demás distritos judiciales, hasta finalmente llegar a Lima dentro de un par de años aproximada-



mente. Sin embargo, se debe precisar, que para algunos casos especiales, entendiéndose por ejemplo delitos cometidos por funcionarios públicos, la norma entrará en vigencia en enero del 2011.

Debe entenderse que el criterio que ha imperado para que el nuevo Código Procesal Penal se aplique en todo el país, ha sido el considerar que lo mejor será ir dividiendo en etapas la aplicación del mismo. Es decir, que poco a poco, en forma paulatina, irá entrando en vigencia en los distintos distritos judiciales de todo el país.

La razón de esta implementación gradual, obedece principalmente a factores de carácter personal, económico y funcional.

#### **a) Personal:**

Consideramos este aspecto como el más importante para el éxito de la norma, razón por la cual le dedicamos un mayor espacio que a los otros dos, sin restarles el valor que estos tienen.

Todo cambio por mínimo que sea genera en quien lo vive una expectativa. El

enfrentarse a algo nuevo conlleva a prepararse para poder afrontarlo, sea cual fuera la actividad a desarrollar. Desde el niño que ingresa al colegio o el joven que ingresó a la Universidad, aquella persona que se muda de domicilio o cambia de trabajo, etc.

Conforme a lo expresado al empezar el presente artículo, nos encontramos a inicios de un gran cambio en el sistema procesal penal, ya el primer paso se ha dado; queda ahora preguntarnos: ¿Estamos preparados para este cambio?, ¿Estamos tomándolo con la seriedad e importancia del caso?.

Las preguntas están dirigidas a todos los sujetos procesales y a la comunidad en general; a los jueces, como encargados de administrar justicia; a los fiscales, como titulares del ejercicio de la acción penal; a los abogados, como defensores y protectores de los derechos de sus patrocinados; a los policías, y la nueva función a desempeñar.

Coincido plenamente con tal opinión, por ello es que he consignado en primer lugar como factor para la implementación de la nueva ley, el carácter personal; es decir, la toma de conciencia y voluntad de cada uno de los agentes involucrados en la importancia de su participación; en sacudirnos de la lentitud a la que nos condujo el Código de Procedimientos Penales. Como toda actividad en la vida, uno de los principales ingredientes para el éxito, es la actitud; pero a ello hay que sumarle el estudio y la reflexión. Es decir, el conocer y entender la nueva ley.

En los casos citados, así como en los demás organizados por las instituciones interesadas, estamos seguros que han servido para poder ayudarnos a comprender la necesidad urgente del cambio en nuestra norma procesal penal, que nos permita adoptar un sistema moderno que facilite la eficiente administración de justicia y a su vez, colabore con el desarrollo de nuestro país.

#### **b) Económico:**

El cambio del sistema procesal penal es evidente que ha de traer consigo la necesidad de implementar los nuevos ambientes que permitan cumplir con el procedimiento establecido.

Además de ello, conforme lo hemos explicado en el punto anterior, es necesaria e indispensable la capacitación de las personas que intervengan en el

proceso.

Todo ello cuesta, se necesita dinero y sabemos todos que muchas veces el presupuesto de la Nación resulta insuficientes para satisfacer las necesidades básicas del país; entre ellas, la implementación y puesta en marcha del nuevo Código. En la medida que los recursos lleguen, la implementación del Código podrá satisfacerse.

#### **c) Funcional:**

Nos referimos al desarrollo del proceso, al momento de su aplicación en la práctica, en el día a día, donde recién nos daremos cuenta y estaremos en capacidad de saber si la norma es viable o no, si nos sirve y cumple sus propósitos o no.

En tal sentido, se podrán hacer las correcciones y modificaciones pertinentes y necesarias para el correcto funcionamiento del sistema procesal ha ejecutarse.

Los procesos penales que se han desarrollado desde hace varias décadas en el Perú, tienen una mezcla del sistema inquisitivo con el acusatorio; es decir, el llamado sistema mixto. Con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal estaremos pasando al sistema acusatorio garantista, que es la forma moderna de llevar adelante los procesos penales y se caracteriza principalmente por:

- a)** El Ministerio Público como titular de la acción penal.
- b)** El Ministerio Público asume el rol de instructor.
- c)** El Juez dejará de investigar y se convertirá en juzgador.

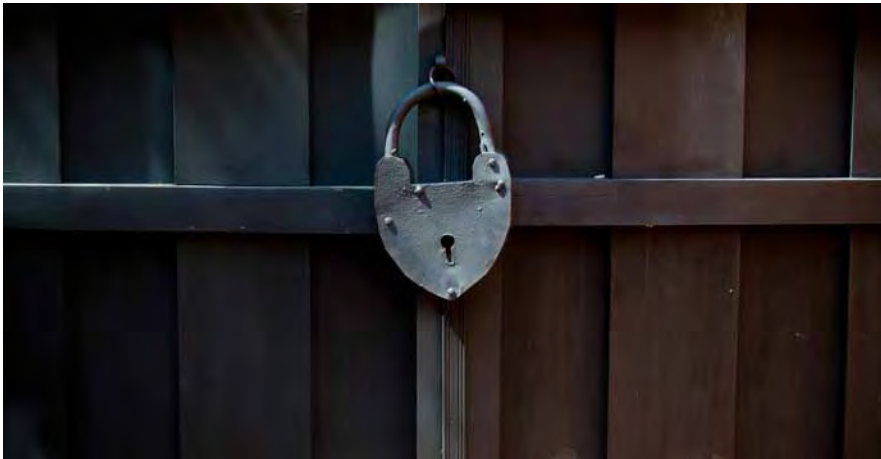
El nuevo Código Procesal Penal diseña una nueva estructura para el proceso penal, disponiendo que el mismo comprenda tres etapas, las cuales se mencionan y podrán ser materia de desarrollo en alguna próxima oportunidad:

- \* Investigación preparatoria
- \* Etapa intermedia
- \* Etapa de juzgamiento

# ANÁLISIS CRÍTICO DE LA FIGURA DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO Y UNA PERSPECTIVA ACERCA DE SU VALIDEZ CONSTITUCIONAL

**Pablo Alfredo Candela**

Abogado. Agente Fiscal del Distrito Judicial Norte del Poder Judicial de Tierra del Fuego -República Argentina- y Profesor Adjunto de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES)



## 1) Bien Jurídico Protegido:

El correcto desempeño de la función pública, constituye unos de los pilares de todas las democracias. Esta es –en líneas generales– la impronta que surge tanto del 5º párrafo del art. 36 de la Constitución de la República Argentina<sup>1</sup>, como del preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>2</sup>. En concreto, los actos que se persiguen en el apartado “Delitos contra la Administración Pública” del Código Penal<sup>3</sup>, resultan ser los que afectan el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones del estado. También deben agregarse el interés en el decoro y prestigio de la administración pública.

Por lo demás, el concepto de administración pública que define la ley penal, no sólo abarca a la esfera administrativa del gobierno, sino que también ampara a los actos emanados de los restantes poderes del Estado<sup>4</sup>. Adentrándonos en el delito bajo estudio (art. 268 -2- del Código Penal<sup>5</sup>), sostienen De Luca y López Casariego<sup>6</sup> que aquí “se protege ... la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan”<sup>7</sup>. De esta forma, aunque un funcionario se haya enriquecido en forma lícita, la falta de justificación lesiona el bien jurídico, dado que los administrados se representarán que el incremento se encuentra originado en la actividad pública del funcionario. La condena por este ilícito, no implica que el funcionario haya incrementado su

patrimonio en forma ilícita, sino que –por el contrario– no justificó el incremento patrimonial.

Otros autores como Carlos Creus<sup>8</sup> señalan que se trata de prevenir conductas anormales que busquen el aumento patrimonial prevaleciente de la función pública, o –como en el caso Sebastián Soler– el deber de acreditar los motivos del enriquecimiento<sup>9</sup>.

## 2) Funcionario Público

Abarca tanto a quién desempeña o ha desempeñado una función pública, como al que simplemente presta servicios en la administración pública sin reunir la calidad de funcionario o empleado público en los términos del art. 77 del Código Penal<sup>10</sup>.

## 3) Estructura Típica

Existen dos formas de interpretar a esta figura penal:

1) quienes sostienen que la conducta que se tipifica es la no justificación del enriquecimiento. Aquí, se considera que el tipo penal abarca una conducta omisiva. Esta es la posición en la que se enrolan De Luca y López Casariego<sup>11</sup>, sosteniendo –en definitiva– que el tipo penal así delineado, protege la afectación del interés social en que se mantenga clara la situación patrimonial del funcionario.

2) quienes sostienen que la conducta que se persigue es el enriquecimiento

del funcionario que no guarda relación con sus ingresos legítimos. En este caso, se considera que el tipo penal abarca una conducta comisiva. A esta posición se enrolan autores como Fontan Balestra, para quién la acción consiste en un enriquecerse ilícitamente, mientras que la no justificación de ese enriquecimiento constituye una condición objetiva de punibilidad<sup>12</sup>.

### a) Tipo omisivo:

Hemos dicho que en esta estructura, cobra relevancia la no justificación del incremento patrimonial. *Encontramos la situación típica, en la falta de justificación del incremento al ser debidamente requerido el funcionario.*

Esta situación ha acarreado severas críticas vinculadas a la vulneración de la garantía de la autoincriminación (CN, art. 18). El problema se encuentra en que el funcionario se ve obligado a aclarar el modo en que se incrementó su enriquecimiento. Las objeciones se centran en el hecho de que la aclaración sobre el incremento, no debería constituir un deber cuya omisión conforma un delito, sino un acto de defensa.

Los intentos por rebatir esta afirmación, se dirigen a entender a tal obligación en el marco del debido proceso legal, en el cuál el funcionario se encuentra frente a la posibilidad de defenderse de cara a la imputación que se le formula. Así, su condición de funcionario público,

sumado al incremento del patrimonio probado, notorio y apreciable, son circunstancias que obligan a actuar para evitar la lesión al bien jurídico protegido.

Reciente jurisprudencia se ha acercado bastante a esta postura, al poner el acento en la existencia de un incremento patrimonial que no resulta justificado frente a las posibilidades materiales del agente. En el precedente "Angeloz"<sup>13</sup> se sostuvo que al Estado le incumbe la tarea de probar que el incremento patrimonial apreciable no se encuentra justificado. Otro tanto ocurrió en "Guglielminetti"<sup>14</sup>, en donde se dijo que siendo la indagatoria un acto de defensa, lo que se valora negativamente no es la negativa a justificar, sino todos los datos objetivos demostrativos de un incremento patrimonial sin razón alguna. Sin embargo, parece claro que esta postura se acerca más, a la de quienes sostienen que el tipo es comisivo. Ello, debido a que ponen énfasis en el enriquecimiento injustificado y no en la omisión de haber cumplido con la justificación requerida (ver el siguiente acápite).

Continuando, se configura el ilícito cuando el agente al ser requerido, no prueba la procedencia del enriquecimiento, o no lo hace suficientemente. Pareciera más adecuado limitar el cumplimiento al deber impuesto, al supuesto en que el incremento tenga origen legal<sup>15</sup>.

La imposibilidad material de la realización de la conducta debida, excluiría la tipicidad del tipo omisivo. De esta forma, se ha sostenido que quién se ha enriquecido por medios ilícitos, nunca tendrá posibilidad de justificar el origen lícito de tal enriquecimiento<sup>16</sup>. Sin embargo, se ha rebatido esta afirmación, argumentando que quién se ha enriquecido en forma ilegal, se ha colocado voluntariamente en imposibilidad de justificar, por lo que no puede quedar liberado de responsabilidad penal frente a este delito<sup>17</sup>.

### **b) Tipo comisivo:**

Aquí se pone el énfasis en la circunstancia de que la conducta que se persigue es el enriquecimiento del funcionario propiamente dicho. El requerimiento de justificación patrimonial y su no justificación, son problemas que se trasladan fuera del tipo penal, al ser considerados una condición objetiva de punibilidad.

La figura requiere que el incremento patrimonial sea apreciable, que pudo haberse registrado tanto en el patrimonio del funcionario o en el de un tercero para disimularlo. Lo ilícito es la absoluta desproporción con las posibilidades materiales del autor. Lo que permitirá establecer si el funcionario se enriqueció injustificadamente, es la relación entre el volumen del enriquecimiento y las entradas y bienes que se le conocen al funcionario. La demostración del crecimiento patrimonial injustificado, se encuentra a cargo de los órganos de per-

secución. Aquí no juega ningún papel el funcionario, puesto que como lo hemos señalado más arriba, esta circunstancia constituye una condición objetiva de punibilidad.

Se ha negado que el enriquecimiento constituya un comportamiento, puesto que tal figura sólo significa la comparación de estados patrimoniales en dos momentos distintos<sup>18</sup>.

El conocimiento del dolo que se le exige, es la voluntad del enriquecimiento sin que ello guarde relación con las posibilidades legítimas del desarrollo genuino de su patrimonio.

En cuanto al requerimiento de justificación, quiénes afirman que este tipo encierra un delito comisivo, también sostienen que aquél constituye una condición objetiva de punibilidad. Así lo sostiene Fontán Balestra<sup>19</sup> y la postura

asumida por la Cámara Nacional de Casación Penal –Sala I– en el precedente "Pico"<sup>20</sup>, en donde se afirma que esta condición se satisface si el funcionario no justifica el enriquecimiento cuando se le es requerido.

Como en similar sentido ya fuera expuesto más arriba, se ha señalado una importante objeción a esta postura, puesto que si el funcionario ejerciera su derecho constitucional a no declarar, tal circunstancia daría lugar a la penalización de la conducta.

Pero esta objeción puede ser rechazada, afirmándose que el requerimiento de justificación es un requisito de la figura, con independencia de que luego el funcionario la realice. Por lo demás, tal requerimiento constituye una posibilidad más de defensa del imputado<sup>21</sup>.

### **CITAS**

1. En adelante CN.
2. Ley 24.759 (BO 17/01/1997).
3. Libro Segundo, Título XI.
4. Como ser el legislativo y el Judicial.
5. El artículo 268 (2) del Código Penal Argentino vigente, reprime esta conducta de la siguiente forma "Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño".
6. De Luca, Javier A. - López Casariego, Julio "Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional" LA LEY –Argentina– 2000-A, 249.
7. Para fundamentar esta postura, De Luca y López Casariego citan a Carlos A. Manfroni -miembro del grupo de trabajo que redactó la Convención Interamericana contra la Corrupción- quién menciona en una publicación en el periódico "La Nación" del 5/3/98 que en el delito bajo estudio "la transparencia es el bien jurídico protegido".
8. Creus "Delitos contra la administración pública" (Ed. Astrea, Buenos Aires 1981), pag. 416/7.
9. Soler "Derecho Penal Argentino" (t. V, Ed. TEA, Buenos Aires 1996), pag. 267.
10. El artículo 77 del Código Penal Argentino vigente, define al funcionario público de la siguiente forma: "Para la inteligencia del texto de este código, se tendrá presente las siguientes reglas: ... Por los términos "funcionario público" y "empleado público", usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente ...".
11. De Luca - López Casariego "Enriquecimiento ilícito..." op. cit.
12. Fontan Balestra, Carlos "Tratado de Derecho Penal", t. VII, Parte Especial, 2º ed. actualizada por Guillermo Ledesma, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1993, pag. 366.
13. LL –Argentina– 2000-A, 251. LLC 1999-95 (C7ª Crim. Córdoba, 1998/10/20).
14. LL –Argentina– 2000-D, 781 (CNCrim.y Correc., Sala IV, 1999/10/04).
15. Nuñez, Ricardo C. "Tratado de Derecho Penal", t. V, vol II (Ed. Lerner, Córdoba 1992, Arg.) pag. 145.
16. Sancinetti, Marcelo A. "Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de 'enriquecimiento ilícito de funcionario público' (El adiós al Estado de Derecho)" publicado en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal" Año V - Número 8 C – Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 1999 (pag. 915/68).
17. De Luca - López Casariego "Enriquecimiento ilícito..." op. cit.
18. Sancientti, op. cit.
19. Fontán Balestra "Tratado de Derecho Penal", t. VII Parte Especial, op. cit. pag. 366.
20. LL –Argentina– 2001-D 252.
21. Ver precedentes "Yedro" (Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Rep. Argentina, rta el 27/03/2002, Nueva Doctrina Penal 2003/A) y "Coletti" (Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, Sala II, rta. 24/05/2004).

# CULTURA



## Revivals

por Ichigo Tock diseñador de modas



**Q**uienes me conocen saben que no soy un seguidor obsesivo de la moda, pero me rendiré a tus pies si tienes un estilo cultivado y si sabes por qué estás usando las cosas.

El otro día al asistir a un evento de “moda” me di cuenta de que faltaba algo. Claro, el presagio ocurrido hace un año de que la década de los ochenta volvería para abrigarnos en este otoño/invierno 2010 estaba siendo omitida por alguna extraña razón, dentro del lugar toda la gente vestía ropa colorida y primaveral.

Un eco en mi cabeza empezó a rebotar sin parar acerca de dónde estaban los ochenta con su obscuridad, dónde estaba esa época que empezó después de que el punk se volviera una parodia de sí mismo y diera paso a una vanguardia inspirada por las creaciones de Bowie, Reed, Eno, Roxy Music y the Velvet Underground hacia una generación frustrada, quienes buscaron la oportunidad para un quiebre en la rígida tradición. Esta generación hizo una sistemática revisión del arte y la literatura moderna del siglo XX durante el período de 1978 hasta 1984, forjando las bases para poder repetir prácticamente todo a través de la música popular.

Es por ello que las bandas de música que influyeron el resto de la década usaron la palabra moderno en un sentido no tan literal, para traspasar las barreras de la vanguardia mezclando el arte

con la realidad, trasplantando técnicas como el collage hacia las letras de la música y la ciencia ficción, del ámbito literario hacia las vestimentas. Esto creó efectos secundarios como el movimiento New Wave, teniendo como su propia subcultura a los New Romantics, con un estilo muy peculiar y dramático.

También recuerdo haber estado hace un año —2009— muy emocionado al observar las pasarelas de Nueva York, Milán y París, con diseñadores tan disímiles como Proenza Schouler, Marc Jacobs, Gareth Pugh, Ungaro, Givenchy y Gucci mostrando atuendos con súper hombreras, colores deprimentes y estridentes, faldas pouf con medias rasgadas y botas militares con mucha actitud.

De repente otro golpe sacudió mi cabeza y me hizo recordar que estoy en un país tercermundista en donde la pobreza extrema habita y la violencia extrema impera en el día a día y la moda pasa a ser algo tan plástico como los productos de cocina de tu mamá, básicamente la moda no es una prioridad y al final de cuentas si quieres tener todos los artículos, o los compras en el extranjero o te sientas a esperar entre dos o tres años luz para que vengan a precios exorbitantes.

Y bueno, cuando por fin lleguen a las tiendas, los consumidores revivirán el pasado sin saber el porqué de este, y solo aquellos que tuvieron una conexión en su juventud con grupos como Siouxsie and The Banshees o Bauhaus sabrán lo que en realidad fue.

A veces la moda puede ser asfixiante cuando te vuelves mayor, ya que te da la sensación de ver desfilar toda tu vida ante tus ojos, cada vez que se aparece un re-

vival, y hago referencia a este de los ochenta, en donde se podía ser controversial al mostrar ese anhelo de marginal y una actitud de No me importa, que con un poco de mal gusto daba la libertad de creatividad y un escapismo para los tiempos difíciles.


Al llegar a casa me miro en el espejo y admiro mi atuendo ochentoso sacado del armario enmohecido de mi hermano usado esa noche, y reflexiono acerca de por qué toda la gente que usa ropa de primavera/verano en pleno invierno y que sumados a su actitud pretenciosa y de retoques monetarios se atreve a criticar y mirarme de forma despectiva, y bueno, que al final, sin darse cuenta, por su ignorancia y el atraso tercermundista es-

tarán usando réplicas costosas de mi atuendo en un par de años, mientras que yo no sé qué estaré usando.

Ichigo Tock  
TURRÓN



# Tejidos piemont



Boulevard Vista hermosa 32-65 zona 15 Vista  
Hermosa I, C.C Metro 15

Tel. 2369-2153

15 avenida 6-01 zona 13, Century Plaza,  
Nivel 1, local 112

Tel. 2332-9529