



EL DERECHO A NO SER SANCIONADO O AFECTADO SIN EL PROCESO O PROCEDIMIENTO PREVIO

–Comentario al artículo 139, inciso 10, de la Constitución–

Reynaldo Bustamante Alarcón

Presidente del Instituto Solidaridad y
Derechos Humanos

1º. El artículo 139, inciso 10, de la Constitución Política del Perú establece que “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) El principio de no ser penado sin proceso judicial”. La evolución de su contenido ha hecho que hoy en día éste trascienda a la sanción penal para abarcar también a otro tipo de afectaciones o de sanciones –como las emitidas por órganos administrativos o particulares– que puedan recaer sobre las personas u otro tipo de sujetos de Derecho. Así, contemporáneamente la norma constitucional bajo comentario exige que ninguna persona o sujeto de Derecho sea afectado o sancionado si antes no se inició, tramitó y concluyó el proceso o procedimiento correspondiente, garantizando su intervención o participación¹; por lo tanto, implica también que ninguna persona u otro sujeto de Derecho pueda ser sorprendida o afectada con los resultados de un proceso o procedimiento que no conoció o que no estuvo en aptitud de conocer². De vulnerarse esta exigencia la decisión que se emita será nula en la medida de que así lo indiquen los principios que rigen la nulidad procesal³.

Para cumplir con esta exigencia no basta con que se inicie o tramite un proceso o procedimiento cualquiera. Es necesario que éste respete aquellos elementos o garantías del debido proceso que son indispensables para que el proceso

¹ La doctrina no es unánime en el uso de las categorías proceso y procedimiento. Hay quienes encuentran diferencia entre ellas, quienes les dan una acepción distinta, y quienes usan indistintamente ambos conceptos sin plantearse el tema de su diferencia. Para nosotros sólo en un proceso se ejerce función jurisdiccional, por ello sólo tiene tal categoría el proceso judicial y el internacional. Allí donde no se ejerza jurisdicción no habrá proceso, sino simple procedimiento (de carácter administrativo, militar, arbitral, político o particular, siendo un ejemplo del penúltimo el llamado antejuicio político). En ese sentido, definimos al proceso como aquel conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos procesales donde el Estado y ciertos órganos internacionales –en los temas que son de su competencia– ejercen función jurisdiccional. En lo que respecta al procedimiento, entendemos por éste al conjunto de normas o reglas que regulan la actividad, participación, facultades y deberes de los sujetos procesales, así como la forma de los actos procesales; de tal suerte que bien puede existir procedimiento sin proceso, pero no proceso sin procedimiento.

² Parece existir acuerdo en que la fuente original de este concepto se encuentra en la Carta Magna expedida en 1215 por el rey Juan “sin tierra” de Inglaterra, al establecer en su parágrafo 39 que: “Ningún hombre libre será detenido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado, ni en modo alguno arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante el juicio de sus pares según la ley de la tierra” (Tomado de: HOYOS, A. *El debido proceso*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1996, p. 7. La traducción es nuestra, sin responsabilidad del autor).

³ La nulidad procesal es una institución que regula en qué casos un acto procesal debe ser invalidado o declarado nulo. Para ello cuenta con una serie de principios que, debidamente coordinados, nos permiten determinar, en cada caso concreto, cuándo un acto procesal debe ser invalidado. Entre dichos principios podemos mencionar: el de especificidad, finalidad, trascendencia, convalidación, subsanación y el de protección. *Vid:* MAURINO, A. L. *Nulidades procesales*. Primera reimpression a la primera edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1985, Cap. III y siguientes.

sea justo. En consecuencia, si el proceso o procedimiento iniciado para juzgar y sancionar a una persona es una farsa, o no es más que una mera sucesión de actos procesales sin ninguna razonabilidad, donde la imparcialidad e independencia del juzgador es una quimera, donde la justicia que se brinde no es efectiva y oportuna o cuando la decisión tomada por el juzgador es absurda, arbitraria o materialmente injusta; entonces, la exigencia prevista en el artículo 139, inciso 10, de la Constitución no habrá sido satisfecha⁴.

No debe olvidarse, sin embargo, que esta norma no se encuentra aislada: guarda relaciones de complementariedad y de coordinación con otras normas jurídicas con las que comparte igual jerarquía, por lo que su contenido puede ser limitado en algunos casos concretos en aras de proteger otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, siempre y cuando el límite resulte proporcional y razonable⁵. Es el caso, por ejemplo, de aquellas medidas cautelares que, buscando garantizar la tutela jurisdiccional efectiva, establecen algún tipo de limitación sobre la esfera de actuación de una persona antes de que se haya iniciado o concluido el proceso correspondiente. Tales medidas serán

⁴ En términos generales, una decisión es arbitraria cuando se basa en la mera voluntad del juzgador: no en el Derecho, ni en las circunstancias fácticas del caso, sino simplemente en lo que él considera como justo o injusto, es decir, en su simple criterio o subjetividad. En cambio, una decisión es absurda cuando es el producto de un razonamiento incorrecto o de una mala apreciación de los hechos o del material probatorio. Finalmente, una decisión es materialmente injusta cuando vulnera los derechos fundamentales o los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. En todos estos casos, la decisión contiene conclusiones o afirmaciones desacertadas, intolerables, irrazonables o desproporcionadas al no encajar dentro del campo de lo opinable, sino dentro de lo ilógico, lo irreal, lo irracional o irrazonable; pues una decisión arbitraria, absurda o materialmente injusta no sólo resulta descalificable como acto procesal, sino que además afecta la justicia del caso concreto y deviene en inconstitucional.

⁵ Cualquier norma o decisión que involucre a derechos fundamentales o demás bienes constitucionalmente protegidos debe ser razonable o, si se prefiere, responder a un *fin constitucionalmente legítimo* y, además, los medios utilizados para conseguirlo deben ser *proporcionales* (tanto desde la perspectiva del bien o valor que tutela, como desde la perspectiva del bien o valor que limita o regula). Si una norma o decisión que involucra derechos o bienes constitucionales no persigue un fin constitucionalmente legítimo o no es proporcional, entonces, será una norma o decisión contraria a la Constitución.

La exigencia del *fin constitucionalmente legítimo* significa que cualquier medida o decisión que involucre a los derechos o bienes constitucionales debe perseguir una finalidad que responda a causas objetivas de justificación y resulte legítima desde la propia perspectiva constitucional. Por ejemplo, debe responder a la función y naturaleza del derecho sobre el cual se incide o a la necesidad de proteger otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucionalmente protegido. Por lo tanto, si no existe tal fin y la actuación pública es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la propia perspectiva constitucional, entonces la medida o decisión resultará contraria a la Constitución.

Por otro lado, la exigencia de *proporcionalidad* exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean necesarios, adecuados y proporcionales en sentido estricto; es decir, que además de ser imprescindibles e idóneos para alcanzarlo, exista una adecuada correspondencia, armonía o proporción entre la limitación, regulación o decisión y el fin que pretende alcanzarse. Conforme a ello, el análisis de proporcionalidad de la norma o decisión involucrada debe efectuarse tanto desde la perspectiva del bien o derecho que tutela, como desde la perspectiva del bien o derecho que limita o lesiona.

Sobre estos temas puede consultarse: PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 190 y siguientes; BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, todo el libro; CARRASCO PERERA, A. "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 11, p. 39 y siguientes; y BUSTAMANTE ALARCÓN, R. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. ARA Editores, Lima, 2001, p. 162 y siguientes.

válidas si es que persiguen un fin constitucionalmente legítimo y resultan necesarias, adecuadas y ponderadas en sentido estricto, correspondiéndole a los órganos competentes el velar porque se cumplan estas exigencias⁶.

2º. Desde un punto de vista normativo, el “principio de no ser penado sin proceso judicial” responde a la clásica división entre reglas y principios, ya que se trata de una norma jurídica que contiene un mandato de optimización y que presenta de un modo fragmentario sus condiciones de aplicación⁷. Se presenta así como un criterio para la acción, estableciendo ciertos fines y modelando junto con otros principios el ordenamiento jurídico, instruyendo a los operadores jurídicos –desde el legislador ordinario, los juzgadores, hasta el último de los funcionarios o autoridades– sobre los cauces que deben seguir para tener un comportamiento correcto en la producción, aplicación e interpretación del Derecho. Sin perjuicio de ello, en el ordenamiento jurídico peruano este principio es, además, un elemento esencial de un derecho fundamental: el derecho a un proceso justo o debido proceso (aunque algunas veces ha sido considerado también como integrante de la tutela jurisdiccional efectiva o del acceso a la justicia), cuyo reconocimiento como derecho fundamental se encuentra establecido a nivel positivo en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, concordado con el artículo 3 del mismo Texto constitucional; y cuya calidad de derecho humano se encuentra positivamente establecida en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se trata, en síntesis, de un principio que ha sido elevado a la categoría de elemento esencial de un derecho fundamental por lo que cumple –entre otras– con las siguientes funciones:

- Junto con otros derechos fundamentales y principios de organización –que algunos prefieren llamar garantías institucionales⁸– se encarga de configurar el poder –sea privado o estatal– para que su ejercicio sea legítimo, racional y limitado; encargándose también de estructurar el Derecho para que éste sea justo o, si se prefiere, para que incorpore contenidos de justicia conducentes a garantizar la libertad y la seguridad de los individuos y, como consecuencia de ello, los demás valores jurídicos⁹. Sirve como guía para ordenar el ordenamiento, en especial los sistemas procesales, una institución o instituto jurídico y hasta una función estatal.

⁶ Vid: HOYOS, A. *El debido proceso*, op. cit., p. 24.

⁷ La diferencia entre reglas y principios ha dado lugar en los últimos tiempos a una abundante y compleja literatura teórica. Puede consultarse al respecto: ALEXY, R. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, traducción de Manuel Atienza, en: *Doxa* Nº 5, 1988, pp. 139 y siguientes; PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2002, p. 47 y siguientes; y, GARCÍA FIGUEROA, A. *Principios y positivismo jurídico, Principios y positivismo jurídico*. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 41 y siguientes.

⁸ Vid: BAÑO LEÓN, J. M. “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, Septiembre-Diciembre 1988, Nº 24, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 155 y siguientes.

⁹ Vid: PECES-BARBA, G. *Ética, Poder y Derecho*, Reflexiones ante el fin de siglo. Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates Nº 54, Madrid, 1995, p. 72-74; también del mismo autor: “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, en: AA.VV. *Curso de Teoría del Derecho*, segunda edición, con la colaboración de María José Fariñas y otros, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 346.

- Junto con los otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, inspira y dirige la producción, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, así como de cualquier acto jurídico en general –como por ejemplo, una decisión judicial–.
- Sirve también como parámetro para fijar criterios ante hechos o situaciones que se producen en la vida social y que importarían la aplicación de una sanción o una afectación, por lo que debe ser tenido en cuenta por los operadores jurídicos con poder de decisión, en especial en los supuestos de laguna, de antinomia, de textura abierta o de oscuridad de las normas¹⁰.
- Es un derecho que garantiza la libertad, la seguridad jurídica y el *status* jurídico de sus titulares. Éstos tienen el poder de exigir el respeto de su contenido, la adecuada protección al mismo –incluso a través de la justicia constitucional e internacional–, así como el cumplimiento de aquellas prestaciones necesarias –especialmente por parte del Estado– para su concreción efectiva. Con arreglo a ello, el Estado no sólo se encuentra obligado a omitir aquellas conductas que lesionen el derecho a no ser sancionado o afectado sin proceso o procedimiento previo, o que dificulten su concreción (como las que quebrantan la imparcialidad de los jueces e influyen en el desarrollo y resultado del proceso), sino que tiene la obligación de contribuir a su vigencia efectiva cumpliendo, permanentemente, con las prestaciones que ello demande (por ejemplo, manteniendo un número adecuado de jueces especializados, contribuyendo a actualizar constantemente sus conocimientos, dotando al servicio de justicia de una infraestructura y soporte logístico adecuado, etc.), protegiéndolo (incluso a través de la protección penal como en los casos de fraude procesal), removiendo los obstáculos que dificulten su vigencia real o efectiva (por ejemplo, combatiendo la pobreza, la desigualdad, el desconocimiento de los derechos, el ejercicio de la abogacía por profesionales mal preparados, etc.) y, en general, creando las condiciones para su plena realización.
- Al ser un elemento esencial de un derecho fundamental, goza de propia fuerza normativa de la mayor jerarquía; por lo tanto, vincula en forma directa e inmediata tanto a los órganos y organismos del Estado (sea que pertenezcan al ejecutivo, legislativo o judicial) como a los particulares¹¹. Como consecuencia de ello, todo sujeto debe adecuar su conducta al pleno respeto del derecho a no ser afectado ni sancionado sin el proceso o procedimiento previo, encontrándose llamado además a realizar los actos necesarios para su concreción.
- Como todo derecho fundamental, el derecho a no ser sancionado o afectado sin proceso o procedimiento previo goza de un mayor valor en el ordenamiento jurídico, de lo que no sólo se desprende la inconstitucionalidad de todos aquellos actos del poder –cualquiera que sea su naturaleza y rango– que lo lesionen, sino también la necesidad de producir, interpretar y aplicar

¹⁰ Cfr.: PECES-BARBA, G. *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., p. 74.

¹¹ Cfr.: CAROCCA PÉREZ, A. *Garantía constitucional de la defensa procesal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1998, p. 67-68.

las normas jurídicas, y cualquier acto jurídico en general, de la forma más favorable para la eficacia y el contenido de este derecho¹².

- Su máximo nivel jerárquico hace que cualquier acto, norma, omisión, interpretación, limitación o resolución (sea que provenga de órganos estatales, de particulares o de cualquier sujeto de Derecho en general) que lo vulnere o amenace deba ser invalidado o sancionado.

3°. Resulta importante insistir en que el derecho a no ser sancionado o afectado sin el proceso o procedimiento correspondiente, como elemento esencial del derecho fundamental a un debido proceso, resulta directamente aplicable –en forma obligatoria– en cualquier tipo de proceso (interno o internacional) y en cualquier tipo de procedimiento (administrativo, arbitral, militar, político o particular), sin importar la naturaleza del conflicto o incertidumbre jurídica del que traten (laboral, penal, civil, mercantil, constitucional, entre otros) o la persona o autoridad ante la cual se hayan iniciado o se vayan a iniciar (juez, árbitro, autoridad administrativa, política o particular, etc.)¹³. Así, ninguna persona o autoridad encargada del inicio, desarrollo y conclusión de un proceso o procedimiento puede actuar como si no estuviera vinculada a este derecho o intentar circunscribirlo al ámbito estrictamente jurisdiccional.

En efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido a través de una reiterada jurisprudencia que el derecho fundamental a un debido proceso y, por tanto, sus elementos esenciales como lo es el derecho a no ser sancionado o afectado sin proceso o procedimiento previo, no sólo se aplica en los ámbitos jurisdiccionales propiamente dichos, sino también en todo procedimiento arbitral, militar, administrativo, político o particular¹⁴. Lo mismo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia vincula a los órganos

¹² Se trata de la reafirmación del principio *favor libertatis* o del mayor valor de los derechos fundamentales, es decir, que los derechos fundamentales deben interpretarse del modo más amplio posible y de que las normas jurídicas y los actos jurídicos en general deben producirse, interpretarse y aplicarse de la forma más favorable para el contenido y la eficacia de tales derechos. Así, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: “el operador jurisdiccional de la Constitución debe realizar una interpretación que busque optimizar el ejercicio del derecho subjetivo en el mayor grado de intensidad posible y, en forma muy especial, en relación con el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos, puesto que, como antes se ha sostenido, su reconocimiento es consustancial con el sistema democrático” (STC del 20 de junio del 2002, fundamento N° 5, emitida en el Expediente N° 1230-2002-HC/TC).

¹³ Como ejemplo de ello, el Tribunal Constitucional del Perú, en una sentencia emitida en un proceso de amparo señaló que: “no es argumento válido para desestimar la presente demanda, el empleado por el Club emplazado, que sostuvo que la ‘sanción adoptada por la Junta Calificadora y de Disciplina en el caso del demandante respondió a los estatutos del Club [...] y que es meridianamente claro que ese proceso (disciplinario) no puede ser considerado bajo las formalidades propias de un juicio o procedimiento judicial’, lo que no parece aceptable, por cuanto el respeto de las garantías del debido proceso, no puede soslayarse, de modo que también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado, como el desarrollado por el Club demandado” (STC del 12 de diciembre de 1996, emitida en el Expediente N° 067-93-AA/TC).

¹⁴ Así, por ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que: “los derechos de los justiciables que en conjunto forman lo que se conoce como ‘El Debido Proceso’ poseen un radio de aplicación, que está por encima del funcionamiento y actuación del órgano estrictamente judicial, pues de otro modo ninguna entidad o corporación privada y ni siquiera la propia administración, cuando conoce del llamado procedimiento administrativo, tendría porque respetar los derechos del justiciable, lo que sería absurdo e inconstitucional” (STC del 1° de setiembre de 1997, fundamento N° 8, emitida en el Expediente N° 461-96-AA/TC).

estatales peruanos por disposición del artículo 55 de la Constitución debidamente concordado con la Cuarta Disposición Final de la misma¹⁵.

4°. Para finalizar, debemos señalar que una interpretación de las normas legales que disciplinan o regulan la institución de la cosa juzgada (en especial de los artículos 123, inciso 1, del Código Procesal Civil, y del artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que se encuentre en armonía con la Constitución y que además asegure el mayor valor del derecho fundamental a un debido proceso a través de una interpretación que favorezca sus alcances y contenido, nos lleva a concluir que no puede haber cosa juzgada allí donde se afecte de una manera grave o intolerable el derecho fundamental a un debido proceso, es especial el derecho a no ser sancionado o afectado sin el proceso o procedimiento correspondiente. Así lo ha señalado también nuestro Tribunal Constitucional al establecer en sendas jurisprudencias: “Que este Tribunal ha establecido en anteriores ejecutorias que la cosa juzgada no surte efectos cuando en un proceso judicial no ha existido el respeto a un debido proceso, ante cuya afectación corresponde a los jueces ordinarios o constitucionales –según sea el caso– la restauración de dicho atributo, después de una ponderación de los bienes constitucionales en juego dentro de un Estado democrático de derecho”¹⁶; y que: “no cabe invocar el principio de inmutabilidad absoluta de una sentencia que aparentemente adquirió la cosa juzgada ni la garantía de la administración de justicia a que se refiere el artículo 139, inciso 2, de la Constitución Política del Estado cuando no ha existido un auténtico y verdadero proceso judicial en el que se respeten los derechos procesales constitucionales, sino, por el contrario, un proceso llevado en forma irregular”¹⁷.

¹⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: “De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana” (*Caso Tribunal Constitucional*: Sentencia de 31 de enero de 2001, párrafo 71. Este criterio es reiterado por la Corte en el *Caso Ivcher*: Sentencia del 6 de febrero del 2001, párrafo 104).

¹⁶ STC del 7 de abril del 2000, fundamento N° 6, emitida en el Expediente N° 921-98-AA/TC.

¹⁷ STC del 22 de julio de 1999, fundamento N° 6, emitida en el Expediente N° 379-97-AA/TC.