

EL DERECHO A LA VERDAD Y EL NUEVO PROCESO PENAL

Dr. Alcides Mario Chinchay Castillo
 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
 Egresado del Doctorado y de la Maestría en Ciencias Penales de
 la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Catedrático en
 la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Perú.
 Docente de la Academia de la Magistratura.

Sumario:

I. ¿Existen los derechos naturales? II. De cara a la persecución penal pública ¿qué derecho tiene el agraviado en el Derecho Penal Clásico Liberal? III. El así llamado «derecho a la verdad».

I. ¿EXISTEN LOS DERECHOS NATURALES?

I.1 ¿Qué implicaría realmente que existan derechos naturales?

La teoría de los derechos fundamentales no puede dejar de partir de cierto iusnaturalismo. El derecho a la verdad es uno de los llamados “derechos no escritos”. Si no está escrito en ninguna norma positiva (incluido un tratado internacional), ¿de dónde podrá salir? Las explicaciones han sido de lo más variadas⁴¹⁰ y se podrían enumerar así:

- a) Dignidad de la persona
- b) Soberanía del pueblo

- c) Estado democrático de Derecho
- d) Forma republicana de gobierno

En todos ellos, hallamos raigambres iusnaturalistas:

Dignidad de la persona. —«Similar esquema lo tenemos a nivel supraestatal, donde los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos consideran al principio como la fuente directa de la que dimanar todos y cada uno de los derechos del ser humano. No en vano, mientras el preámbulo de

⁴¹⁰ SÁENZ DÁVALOS, Luis R. Los derechos no enumerados y sus elementos de concretización (págs. 13-47) en Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional. Lima, Gaceta Jurídica, 2009. Gaceta Constitucional, Nº 3.

la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que “(...) que [sic] la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base en [sic] reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)” el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no solo que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” sino que “(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.⁴¹¹

Soberanía del pueblo. —«Elemento que, al igual que la dignidad, sirve de pauta central en la eventual edificación de derechos de tipo innominado es la soberanía del pueblo, principio con el que se busca rescatar la clásica concepción democrática de que el origen, titularidad y ejercicio del poder residen en la voluntad popular y que, por consiguiente, aquel no puede ser patrimonio de ninguna persona o grupo en particular⁽⁵¹⁾»⁴¹²

Estado democrático de Derecho. —«Vinculado con el anterior principio, pero con un contenido propio, el Estado Democrático de Derecho supone que todo poder organizado en la presencia de la estructura estatal debe responder a determinados parámetros de juridicidad⁽⁵⁵⁾, los que si en el pasado se identificaron con una concepción legalista o de supremacía de la Ley (Estado legal), hoy en día se asumen como una fórmula de valores materiales de orden superior, identificados con la noción, por cierto, mucho más amplia de Derecho (Estado de Derecho)⁽⁵⁶⁾ o incluso y desde una perspectiva fundacional, de Constitución (Estado Constitucional de Derecho)⁽⁵⁷⁾»⁴¹³,

Forma republicana de gobierno. —«Principio esencial

que también resulta elemento constitutivo de derechos de tipo innominado es, finalmente, la forma republicana de gobierno, principio que decididamente se encuentra vinculado al de soberanía del pueblo⁽⁶²⁾ [...]»⁴¹⁴

Pero en todos ellos —también—, hallamos reconocimientos de su relativismo:

Dignidad de la persona. —«La caracterización de lo que representa la dignidad, tampoco se agota en una descripción en torno a la posición preferente que aquella ocupa en el ordenamiento, ni en la individualización respecto del rol instrumental que a la misma le corresponde cumplir frente a los derechos. Es evidente que cualquiera que fuese la perspectiva con lo que tal idea se consolide al interior de cada grupo humano, aquella resulta poseedora de su propia sustantividad o contenido material. Sin embargo, y aun cuando la delimitación de tal contenido podría ser lo ideal para el mundo del Derecho, no deja de ser menos cierto que tal cometido resulta una tarea virtualmente imposible de realizar desde la perspectiva del Estado o de alguna otra manifestación del poder. La dignidad no depende en su contenido de lo que al Estado y aun a los grupos sociales le parezca, sino de lo que cada individuo considere como más adecuado para su propia realización. La dignidad, en suma, no es un concepto generalizable aunque genéricamente todos puedan estar de acuerdo con su importancia»⁴¹⁵

Soberanía del pueblo. —«La soberanía del pueblo tiene así una intrínseca relación con un modo particular de pensar en política, que no es otro que el democrático, por oposición a toda corriente que

⁴¹¹ Ibidem. Op. cit., pág. 39.

⁴¹² Ibidem, pág. 41. La cita N° 51 corresponde al siguiente contenido:

«Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio. Ob. cit. [Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid, Tecnos, 1995 5ª edición], pp. 204-205; MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Los principios fundamentales del Derecho Constitucional Peruano. Ob. cit. [Lima, gráfica Bellido, 2000], págs. 161».

⁴¹³ Ibidem, pág. 42. Las citas corresponden al siguiente contenido:

«⁵⁵ Cfr. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. El Constitucionalismo. Sus problemas. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 22; GARCÍA PELAYO, Manuel. Ob. cit. [Derecho Constitucional Comparado. Madrid, Alianza Universitaria Textos, 1984], pág. 158; MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Los principios fundamentales... Ob. cit., pp. 179-180.»

«⁵⁶ Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel. “Estado legal y Estado Constitucional de Derecho”. En: Lecturas sobre temas constitucionales. N° 1, CAJ, Lima, 1988, p. 27 y ss. García de Enterría, Eduardo. “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 4, N° 10, enero – abril de 1984, p. 14 y ss. Pérez Luño, Antonio. Ob. cit., p. 214 y ss.»

«⁵⁷ Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel. “Estado legal y Estado Constitucional de Derecho”. Ob. cit., pp. 33-43.»

⁴¹⁴ Ibidem, pág. 44. La cita N° 62 tiene el siguiente contenido:

«En este sentido SAGÜÉS, Néstor Pedro. “Constitución nacional. Derechos no enumerados”. Ob. cit. [Revista de Ciencias Sociales. N° 16, 1980, Universidad de Chile], pp. 41-42. Aun cuando nuestro distinguido autor considera a la soberanía del pueblo dentro de la forma republicana de gobierno, a diferencia de nosotros que entendemos que el primer concepto es mucho más amplio que el segundo.»

⁴¹⁵ Ibidem, pág. 40.

conciba la presencia y desenvolvimiento del poder a partir de supuestos absolutos o absolutistas.

Configurado el principio enunciado en la forma aquí señalada es pertinente precisar que aunque muchos puedan ser los derechos materia de una eventual individualización y diversos los matices impuestos desde la propia naturaleza que a cada uno de ellos les acompañe, su contenido en rigor solo se encontraría vinculado con aspectos de implicancia eminentemente política. Quiere esto decir que muy al margen que puedan vislumbrarse múltiples derechos innominados del principio de soberanía del pueblo, aquellos solo responderían a una vertiente política habida cuenta del sentido material reflejado por tal principio»⁴¹⁶

Estado democrático de Derecho. —«El principio del

Estado Democrático de Derecho permitiría, con todo y dentro de los alcances que, como se ha visto, le rodean, servir de fuente constructora de nuevos derechos, sin que estos últimos puedan verse condicionados por una particular o exclusiva orientación finalista»⁴¹⁷

Forma republicana de gobierno. —«Principio esencial [...] que permite considerar que a partir de la voluntad popular, y con el carácter de alternativo, puede un gobierno existir y bajo dicho marco, invocarse la presencia de nuevos atributos fundamentales de la persona.»⁴¹⁸

Un panorama de la contraposición:

Planteamientos iusnaturalistas		Reconocimiento del relativismo
Dignidad de la persona	De la dignidad de la persona humana salen derechos innominados, como la sangre sale de las arterias	<ul style="list-style-type: none"> • Cada persona determina qué es dignidad para ella • Esto podría, al estilo de John RAWLS, sonar a que un buen punto de partida es que por lo menos todos tienen consenso en que la dignidad es algo bueno, sólo que cada uno le da un contenido distinto. • Sin embargo, ello le quita todo contenido al concepto de dignidad, pues puede ser cualquier cosa y ninguna, a la vez. Basta ver el caso de los llamados intocables de la India, en los que la dignidad humana —por propia asunción— es virtualmente inexistente, según nuestros parámetros, que en esa comparación se muestra peculiarmente nuestra, o sea como algo muy particular de un determinado grupo humano en un momento de la historia.

⁴¹⁶ Ibidem, pág. 41.

⁴¹⁷ Ibidem, pág. 44.

⁴¹⁸ Ibidem, pág. 44.

Soberanía del pueblo		<ul style="list-style-type: none"> • Siempre y cuando uno tenga un determinado esquema político. • Por tanto ¿qué sucede si un grupo humano decide no adoptar ese esquema político? • En tal caso, ¿en nombre de qué se le podría decir a ese grupo que “debería” adoptar el otro esquema de pensamiento?
Estado democrático de Derecho	Estos tres elementos “deben” siempre ser la fuente de los derechos. Así “debe” ser. Es “correcto” que así sea...	<ul style="list-style-type: none"> · Y sobre todo: ¿cómo es que estos principios son fuente de creación de derechos fundamentales de la persona humana?: · No muy fundamentales son, si provienen de una creación histórica en un momento dado.
Forma republicana de gobierno		<ul style="list-style-type: none"> · Si se contrargumentara que no en todos los momentos de la historia los seres humanos perciben sus derechos de la misma manera y con el mismo contenido. · Luego entonces su fuente es bien relativa y contingente, y por eso mismo no serían “tan” fundamentales

Et sic de caeteris. En la misma línea tenemos:

«[...] en la Constitución Peruana los derechos no enumerados tienen su explicación en la concepción iusnaturalista de la Constitución de los Estados Unidos, pero sin suponer un “transplante normativo”. Del principio de dignidad humana establecido en la Constitución se derivará la propia justificación de aquel conjunto mínimo de derechos o atributos subjetivos con los que ha de contar el hombre, que pueden o no estar detallados en la Constitución, pero que es absolutamente necesario reconocer, para que éste pueda desarrollar responsablemente su proyecto vital»⁴¹⁹

«[...] En él [el art. 3º de la Constitución] anida la fuerza esencial del positivismo al establecer que todo razonamiento y toda decisión, para ser jurídicos, en última instancia, deben remitirse a fuentes sociales [//] instituidas. Pero en él anida también la apelación a ciertos criterios iusnaturales

que propugnan la idea de que dicho razonamiento, en determinadas ocasiones, puede encontrarse presidido por consideraciones morales o valorativas que lo acercan más al pensamiento tópico antes que al pensamiento lógico⁽⁶⁰⁾»⁴²⁰

No cabe duda, pues, de que el sistema jurídico de los derechos humanos, con el afán de no permitir que tales derechos sean desconocidos por ordenamientos jurídicos de corte totalitario —como acababa de suceder en la Segunda Guerra Mundial—, los quiso poner como “anteriores y superiores al Estado”.

Las fuentes de donde sacar tales entidades “anteriores y superiores” al Derecho Positivo, han recibido los más diversos nombres; destaca entre ellos, el iusnaturalista concepto de “dignidad humana”, que implica que el ser humano, por el solo hecho de ser tal, “merece” una serie de consideraciones por parte de los demás seres humanos.

⁴¹⁹ CARPIO MARCOS, Edgard. —*El significado de cláusula de los derechos no enumerados*. En <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/3/art/art1.pdf> (consulta del 20090918), pág. 3.

⁴²⁰ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. —*La cláusula de derechos no enumerados en el arco del debate entre iusnaturalismo y positivismo jurídico*, págs. 95-96. En: SÁENZ DÁVALOS, Luis R. (coordinador). —*Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima, Gaceta Jurídica, 2009. En la colección *TC Gaceta Constitucional*, N° 3. El artículo se halla entre las págs. 75-96. La cita N° 60 tiene el siguiente contenido: «CFR. VIEHWEG, T. *Tópica y jurisprudencia*, 2ª edición, traducción de L. Díez-Picazo, Thomson – Civitas, Madrid, 2007, p. 57 y ss».

Otras variedades han sido “la soberanía popular” o “el Estado Democrático de Derecho”, etc. Pero en cualquiera de aquellos casos, el principio es el mismo: tomar un concepto cualquiera, enarbolarlo como fuente “debida” y “correcta” de derechos, y derivar de tal fuente los derechos humanos. En tanto que tal fuente no se halla positivizada, se postula, con más o menos intensidad, que “de la naturaleza de las cosas” “debe” salir su carácter de fuente normativa.

Es decir en pocas y otras palabras, iusnaturalismo de diversas índoles.

La locución «derechos naturales» evoca — inevitablemente— la polémica entre **naturaleza** y **cultura** que ha marcado los intentos de comprensión del cosmos, del ser humano y de la relación entre ambos, desde que hay en curso pensamiento filosófico.

No otro ha sido el sentido de la definición aristotélica de que el ser humano es un animal social o animal político (*zoon politikon*). En el Estagirita, el carácter social y su condición de posibilidad, el lenguaje, son casi un producto natural, tanto como las estaciones del año o la producción de leche en los mamíferos, para alimentar a las crías.

Y en efecto, si simplemente miramos la vida humana “tal cual es” en la actualidad, todos los seres humanos (o casi) viven en una sociedad y ello se hace posible por medio de alguna clase de lenguaje. Ello podría dar la impresión de que la sociedad y el lenguaje son tan naturales como la convivencia de hormigas y abejas.

Sin embargo, pronto surgió la cuestión sobre si ello podría ser así. Y hay varios factores que nos indican ello⁴²¹:

Clase de factor de cuestionamiento	Manifestación del problema	Y sin embargo...
Diversidad	A diferencia de los animales llamados “sociales”, que tienen una sola forma de organización social, los seres humanos tienen diversos modos de organización social y diversos lenguajes. Si somos una sola especie (o sea, una sola naturaleza), ¿cómo se explican esas diversidades?	Todo grupo humano genera alguna forma de organización social y algún lenguaje. Las divergencias se pueden explicar por los estímulos: clima, enemigos naturales, alimentación, etc.
Contingencia	Si excepcionalmente un ser humano se criara lejos de otros seres humanos, no desarrollaría sociabilidad y menos lenguaje.	La sociabilidad necesita por definición contacto con otros seres humanos. Por tanto, a un ser humano aislado no se le puede requerir que sea social. Y justamente los seres humanos creados fuera de una sociedad humana, revelan un factor plenamente natural: la capacidad cerebral para el lenguaje: no estimulada hasta cierta edad, se pierde irremediamente. Si el lenguaje es cultural, ¿cómo se explica que haya una sede natural para el desarrollo del lenguaje —que encima es perdible—, si el lenguaje fuese un producto cultural?

⁴²¹ Siempre será útil revisar para esta parte el clásico: POPPER, Karl & ECCLES, John. El yo y su cerebro. Barcelona, Labor Universitaria, 1980.

Así, podemos concluir que los elementos que rodean a la vida humana pueden clasificarse en naturales (si vienen del universo “dado”) y culturales (si son creación humana, contingente respecto de la naturaleza).

Algunos antropólogos y psicólogos sociales han señalado la existencia de zonas intermedias, que no son puramente naturaleza ni meramente cultura⁴²². Así tenemos:

Factores “mixtos”	Necesidad natural que los impulsa	Si fueran sólo naturaleza, se trataría únicamente de...	Y sin embargo, la cultura añade...
Comida	Adquirir energía para continuar vivo	Ingerir elementos que porten esa energía	El cocinar, que no sólo es convertir los elementos ingeridos estando cocidos (para facilitar la digestión), sino que implica toda una experiencia de placer
Sexo	Reproducirse	Copular (introducción del pene en la vagina), y nada más que eso	<ul style="list-style-type: none"> • El erotismo • Los diversos significados del mismo: poder, admiración, subyugación • La evitación de la reproducción (sentido natural del sexo) en la actividad sexual
Vivienda	Protección frente a los elementos	Buscar espacios cubiertos de la intemperie	<ul style="list-style-type: none"> • Toda la estética alrededor de la vivienda: ésta tiene que ser agradable y no sólo ha de cumplir con el fin de cubrirnos de la intemperie. • Los significados añadidos: rango, posición económica, origen geográfico • Diversificación principalmente por factores económicos: un sitio cubierto para dormir, otro para comer, otro para realizar labor, otro para recreación, etc•.
Vestimenta	Protección frente a los elementos	Ponerse encima del cuerpo elementos más o menos flexibles que conserven el calor corporal, y/o que impidan que la piel se vea expuesta a los elementos (rayos de sol, elementos punzocortantes, insectos, etc•)	<ul style="list-style-type: none"> • Toda la estética alrededor de la vestimenta: ésta tiene que ser agradable visualmente y no sólo ha de cumplir con el fin de cubrirnos de la intemperie. • Los significados añadidos: sexo, edad, rango, posición económica, origen geográfico • Diversificación principalmente por factores económicos: una vestimenta para dormir, otra para laborar, otra para recreación, etc•.

⁴²² La sugerencia esta vez es otro clásico: MORRIS, Desmond. El mono desnudo. Madrid, Plaza y Janés, 1977.

Ahora bien, ¿podrán ser los “derechos naturales” una de estas expresiones mixtas? La respuesta que ofrezco es no, y la razón es que los elementos mixtos, como los que he ejemplificado, siempre tienen una base natural y un añadido cultural. ¿Cuál podría ser la base natural de un derecho?

La negación de la posibilidad de que los derechos puedan ser naturales, se halla en el carácter deóntico de esas entidades llamadas “derechos”; los derechos no están presentes en la realidad ni como “cosa” (como podría ser el vello humano o sus órganos sexuales)

ni como “actividad” (como la cópula o la deglución). Como dijo Max Scheler⁴²³, los valores no son, sino que deben ser.

Con tal advertencia, hemos de hacer una distinción conceptual muy severa en la busca de “derechos” naturales: podemos fácilmente hallar fenómenos en relación con los cuales se han estatuido o “hallado” derechos. Pero esos fenómenos son sólo eso: fenómenos; no nos dicen nada sobre algo que “deba” o “no deba” existir.

Fenómenos	Desde el punto de vista del fenómeno, en la realidad objetiva se comprueba que	Desde el punto de vista del deber ser, no se comprueba en la realidad objetiva que exista
Vida	<ul style="list-style-type: none"> • Hay seres vivos • Los seres vivos buscan perpetuar su especie • Los seres vivos tienen aversión a morir 	<ul style="list-style-type: none"> • Un “merecimiento” de vivir • Un “deber” de respetar la vida o a los seres vivos
Libertad	<ul style="list-style-type: none"> • Hay seres humanos que consideran que sus acciones no están determinadas por otros seres humanos. • Hay animales que no se hallan bajo cautiverio humano o de alguna otra especie 	<ul style="list-style-type: none"> • Un “merecimiento” de ser libre • Un “deber” de respetar la libertad de los seres vivos
Realización	Existe la percepción de las personas que ciertos logros les darán ese estado de plenitud que se llama usualmente felicidad	<ul style="list-style-type: none"> • Un “merecimiento” de alcanzar realización • Un “deber” de las demás personas de no impedir que alguien logre su realización
Dignidad	Existe la percepción de las personas que ciertas formas de ser considerados y tratados por sus semejantes (y —en sentido extenso— por la realidad en general) proporcionan una sensación de estima que hace gozoso existir	<ul style="list-style-type: none"> • Un “merecimiento” de dignidad • Un “deber” de las demás personas de tratar a los demás con dignidad

⁴²³ SCHELER, Max. El formalismo en la ética y la ética material de los valores. Madrid, Caparrós, 2000.

Diré más, para que quede más precisa todavía la noción de “derecho natural” que aquí quiero observar:

Una cosa...	...no conduce a la otra
El ser humano —tal como se halla configurado en la actualidad— difícilmente podría tolerar una vida en la que no se respeten sus derechos.	Por tanto, el ser humano tiene “derecho a sus derechos”. Es decir, existe un merecimiento intrínseco del ser humano a esas cosas que él considera sus “derechos”
Al ser humano le conviene ejercer esas acciones que muestren su consideración por aquello que consensuadamente se denominan “derechos”, pues de lo contrario estaría propiciando que los demás no lo traten a él de la mejor manera, tampoco.	En consecuencia, esa necesidad racional de hacer más probable que los intereses de uno sean respetados, al hacer lo propio con los demás, genera: <ul style="list-style-type: none"> • El “derecho” de uno a la satisfacción de esos intereses • El “deber” de los demás de respetar esos intereses.

La razón de ser de esta divergencia se halla en esa distinción que magistralmente señaló David Hume⁴²⁴: no hay ningún salto lógico entre el ser y el deber ser. Que determinadas cosas sean o existan, no implica que “merezcán” ser, que “deban ser”. Nadie niega que por instintos naturales, o por educación, el ser humano luchará denodadamente por ciertos intereses que él considere fundamentales, indispensables, ni que será capaz de hacer literalmente cualquier cosa por defenderlos⁴²⁵. Pero de ello simplemente deducimos que **así es** la naturaleza humana; no que **así “deba” ser**.

Para decirlo en una sola expresión: que todos los seres humanos, en diversos momentos de la historia y en diversos lugares, teniendo diversas éticas, religiones, cosmovisiones y valores, hayan siempre luchado por permanecer vivos y buscado perpetuarse, sólo indica ello: que los seres humanos buscan siempre mantenerse en la existencia y se defienden del sufrimiento y de la extinción. No quiere ello decir que haya un “derecho”

a la vida, a la libertad, a la integridad física, a la formación de una familia, al libre desenvolvimiento de la personalidad, etc.

Por cierto que este enunciado no es una cínica declaración de que los derechos no existen. Sólo se trata de la comprobación de que su fundamento no puede estar en la naturaleza, pues la naturaleza no conoce “derechos”, “deberes” ni “merecimientos”: la naturaleza es (o existe) y punto. De su conocimiento no se puede extraer ningún “deber” ser. Y resulta que si alguien dice: «tengo derecho a la vida», está postulando: «debo vivir» o «merezco vivir», *et sic de caeteris*⁴²⁶ con los demás intereses humanos rodeados de “derechos”: dignidad, libertad, libre desenvolvimiento, etc.

I.2 ¿Puede haber derechos “naturales” que sólo estén en función de la convivencia humana (y ni siquiera la convivencia entre humanos)?

Desde su propio enunciado, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano y en la *Declaración de independencia* de los Estados Unidos, la teoría de los derechos fundamentales ha reclamado para sí un fundamento iusnaturalista. La moderna teoría de los derechos humanos (es decir, la surgida luego de la Segunda Guerra Mundial) no tiene otra base.

En esa línea, la *Declaración* expresa —en acaso su más conocido párrafo—;

“Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad. [...]”

Años después, los franceses repetirían la idea con una fórmula semejante:

“Los representantes del pueblo francés, que han formado una Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, la negligencia o el desprecio de los derechos humanos son las únicas causas de calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne estos derechos naturales, imprescriptibles e inalienables; para que, estando esta

⁴²⁴ HUME, David, —Tratado sobre la naturaleza humana. Valencia, ediciones Tilde, 2003, libro III, parte I, sección I.

⁴²⁵ No otro es el fundamento de la legítima defensa y las dos formas de estado de necesidad como fundamentos de exención de responsabilidad penal.

⁴²⁶ «Y así en lo demás», «y así con las demás cosas semejantes».

declaración continuamente presente en la mente de los miembros de la corporación social, puedan mostrarse siempre atentos a sus derechos y a sus deberes; para que los actos de los poderes legislativo y ejecutivo del gobierno, pudiendo ser confrontados en todo momento para los fines de las instituciones políticas, puedan ser más respetados, y también para que las aspiraciones futuras de los ciudadanos, al ser dirigidas por principios sencillos e incontestables, puedan tender siempre a mantener la Constitución y la felicidad general.”

La idea de naturaleza no puede ser más propia en este esquema filosófico: uno halla dignidad y derechos dentro del ser humano, como quien halla páncreas o estómago. Es tan evidente que un ser humano está vivo, como innegable resulta que el ser humano tiene un “derecho” a vivir. Uno no sólo puede “ver” que el ser humano es libre; con la misma nitidez se puede “ver” que tiene “derecho” a la libertad.

Sin embargo, hay un contraste que nos muestra que la cosa no es para nada simple cuando comparamos la función digestiva con la libertad o la presencia del corazón en el tórax y el derecho a la dignidad humana.

Es contundente que un ser humano está digiriendo alimentos o que su corazón está dentro de su pecho, sea que se halle dando un concierto sinfónico o perdido en medio de la selva. El ser humano respira, mientras que está redactando un poema épico o mientras yace en estado de coma. Si perdido en la jungla, alguna fiera viera al ser humano como una presa que devorar, ello no enervaría la presencia de sus órganos ni de sus actividades vitales.

Es decir, los elementos humanos que se han mencionado, se hallan igualmente presentes en entornos de naturaleza o de cultura.

Tal vez estos elementos no merezcan en el entorno de naturaleza el **juicio de valor** que suscitan en la naturaleza; estimativa, afecto, aversión, codicia, envidia, ternura, que son afecciones exclusivamente humanas.

Pero justamente ello nos conduce al punto que quería yo señalar: a diferencia de nuestro hígado o de nuestra circulación sanguínea, los así llamados “derechos” no existen más que cuando hay humanos alrededor del humano que pretende tener tales derechos.

Esto podría sonar a un argumento ridículo y absurdo, que conviene precisar para que se vea que no hay tal. Para hacer las distinciones correspondientes, planteo tres situaciones:

Situación Nº 1. —Un ser humano que expresa que tiene derecho a la vida ante un jaguar en la jungla; el jaguar simplemente no entiende de qué le están hablando, y procede a devorar a su presa.

Situación Nº 2. —Un ser humano que expresa que tiene derecho a la vida ante otro ser humano, por completo ajeno a la cultura que ha creado la teoría de los derechos humanos. Éste segundo humano considera que el primero “merece” morir, porque hizo sus deposiciones —inadvertidamente— en un terreno que el otro considera sagrado. Las alegaciones sobre que el error no es sancionable, que la dignidad humana está por encima de todo, incluyendo las prácticas religiosas, en cuyo nombre no se puede conculcar la vida, son para el ofendido alegaciones incomprensibles y mata a su víctima.

Situación Nº 3. —Un ser humano posee una gran cantidad de dinero; un hermano suyo considera inaceptable que la vida haya favorecido al otro con tanta fortuna, siendo —según alega— tan malvado, y decide matarlo para quedarse con su fortuna, como único heredero. De hecho lo mata, pero de modo que no se sepa quién fue el autor, para que no se pueda cuestionar la herencia que va a recibir del muerto.

En esta última situación, tenemos que hay un derecho reconocido, sólo que no se lo ha querido respetar (por eso es que el homicidio se hace de manera escondida⁴²⁷). Esa transgresión no implica la inexistencia del derecho; más bien podríamos acudir

⁴²⁷ Es sumamente significativo que en este caso “reconocer” el derecho no quiera decir necesariamente que el “reconociente” admita que el “reconocido” **merezca** tener tal derecho. Sólo se trata de un dato de la realidad **social**: dentro de una sociedad dada, la comunidad y sus autoridades han expresado que el “reconocido” posee un derecho, lo cual supone —probablemente entre otras cosas— que el “reconocido” tiene sobre sí la probabilidad de que acciones **humanas** no le quiten la vida; y que, en caso de que alguien se la quite o intente hacerlo, la comunidad por medio de sus autoridades, ejercerán acciones contra el haya realizado semejante atentado. Por esto último es que el “reconociente” del ejemplo realiza su acción de matar de forma oculta.

a la definición clásica de derecho (*interés jurídicamente protegido*) para decir que **precisamente por el riesgo** de que no se respete el derecho, es que se lo ha estatuido como tal: como una garantía de que ese interés podrá llamar en su ayuda al Estado y al Derecho para garantizar su vigencia.

La primera situación plantea un caso mucho más interesante. Suena ridículo que alguien pretenda reclamar un derecho ante una fiera. Y sin duda que lo es. Pueden alegarse dos cosas al respecto, cada una de las cuales no es más que el reverso de la otra:

- Que un ente no racional no puede comprender qué es un derecho, al contrario de cómo sí puede comprender qué es un trozo de carne para comer o un estanque de agua que beber.
- Que sólo los seres racionales pueden comprender y por tanto respetar los derechos.

Entonces diremos que hay una relación inversamente proporcional:

Es sencillamente inviable sostener que existan derechos naturales, pero que ellos sólo se pueden conocer y reconocer en el ámbito de la cultura, es decir en el ámbito de las construcciones y elaboraciones humanas.

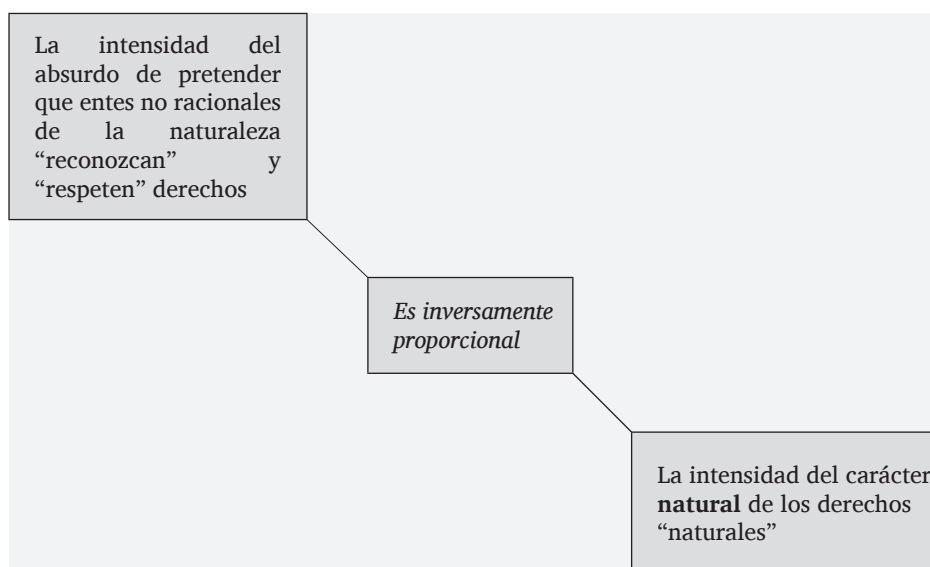
Pero la cosa no acaba allí; la situación Nº 2 nos evidencia algo mucho más complicado para las teorías iusnaturalistas: se trata de determinar si es que siquiera

es suficiente que haya personas delante de otras personas para que “aparezcan” los derechos “naturales”.

Y entonces comprobamos algo desoladoramente claro: no es simplemente que esos derechos llamados “naturales”, ya no sólo son naturales; ya no sólo son meramente humanos, sino que además pertenecen a una determinada cultura.

O sea, lo mismo que sostenía Luis Saenz Dávalos en los textos citados *supra*. Pero lo que decía este autor va en relación a las categorías políticas que pretenden sustentar los derechos fundamentales (forma republicana de gobierno, Estado democrático y constitucional de Derecho y soberanía popular). Sin embargo, cuando se acude a los constitucionalistas y a los especialistas en derechos humanos acerca de la otra fuente, que es la dignidad humana, entonces el sustento teórico se vuelve mucho más iusnaturalista: independientemente de ideología y de las estructuras políticas, resulta que de la naturaleza de los seres humanos “emanan” derechos, como —según el ejemplo que puse— de su corazón emana sangre.

El iusnaturalismo voluntarista de la Declaración Universal de los Derechos Humanos («*la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*»⁴²⁸) —hijo del iusnaturalismo que se proclamó en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, y de la Declaración Universal de los



⁴²⁸ Primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789— ha sido relativizado por esa lucidez que muestran los constitucionalistas citados aquí (como ejemplo de la tendencia de la doctrina).

Es una ideología, es una manera de ver al ser humano, lo que ha generado esos derechos “intrínsecos”, “inalienables”, “consustanciales” al ser humano. Salen, pues, de esa manera de pensar, y no de la naturaleza o de la sustancia del ser humano. Tengámoslo claro.

Ello no les quita importancia en lo absoluto. Como comentaba Sigmund Freud, las pirámides de Egipto sólo podrían haberse hecho sin la tecnología moderna, a costa de hacer sufrir —y morir— a miles de seres humanos en condiciones de vida que ahora matarían a un obrero promedio del siglo pasado o del actual. Y una de las causas de la muerte sería (además del tormento físico, por cierto) la depresión que ocasionaría verse sometido a condiciones semejantes. En suma, el sentido

de la dignidad es de tal importancia, que el no respetarlo podría conducir a la muerte; el ser humano promedio de la actualidad preferiría no seguir viviendo, a vivir de la forma en que lo hicieron millones de seres humanos del pasado, en un entorno que ciertamente no los hacía felices, pero que era al menos soportable (en el sentido de que uno podía pasar por tales condiciones, sin morir inmediatamente por ello).

I.3 No hay una naturaleza intrínseca (“natural”) en los derechos naturales, sino sólo un fin instrumental.

Significativamente el art. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice: «*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*». Y aquí vemos las dos matices que he analizado en este artículo:

	Iusnaturalismo	Creación cultural
Texto	«Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos»	«dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros»
Implicancia	La dignidad y los derechos se equiparan con los ojos o las vísceras: vienen de nacimiento	<p>Sin embargo, el respeto de tales derechos es un acto humano: sólo ante los humanos hay derechos.</p> <p>Por tanto, no se trata de que los derechos nazcan con el ser humano; se trata de que haya una comunidad de humanos que acepte o exprese que el ser humano tiene, en efecto, tales derechos.</p> <p>No es un tema de naturaleza, sino de juicio de valor.</p>

Digamos entonces que los seres humanos necesitan desarrollar lo que perciben en un momento dado como su dignidad intrínseca, sin la cual se estaría atentando implícitamente (pero no por eso de menos contundente forma) contra su supervivencia, ya no como especie zoológica, sino como ese complejo que se llama «persona».

II. DE CARA A LA PERSECUCIÓN PENAL PÚBLICA, ¿QUÉ DERECHO TIENE EL AGRAVIADO EN EL DERECHO PENAL CLÁSICO LIBERAL?

II.1 La renuncia a la venganza privada

El delito implica la vulneración de derechos; pero he aquí que no toda vulneración de derechos se convierte en delito. ¿Cuál es la diferencia específica, según el Derecho Penal Clásico Liberal? Se asume que se trata de que la vulneración de los intereses y derechos más importantes para la convivencia social, sea ventilada en sede penal. Y entonces —justamente debido a esa importancia— es que el requerimiento de que el Poder Judicial haga justicia en tal vulneración, ya no corre a cargo del agraviado, sino de un funcionario estatal habilitado para ello.

II.2 La teoría de los altos intereses que se ventilan en el proceso penal.

Se hace entonces una distinción: la persecución penal es:

- a) Oficial. - La hace el Estado, no el particular afectado. Es decir, no compete al particular propugnar la solución jurídica que deberá emitir el Poder Judicial.
- b) Necesaria (principio de legalidad procesal). —La persecución se hace obedeciendo la voluntad de que haya sanción, que tiene toda la sociedad. Y la sociedad no expresa su voluntad más que en la Ley. Y si la Ley dice que tal conducta merece tal sanción, entonces la sociedad quiere que cada vez que haya una vulneración de esa índole, se propugne la sanción.

El fundamento de todo ello es la necesidad de que los altos intereses sociales vulnerados por el delito, sean restaurados o protegidos. Hay una **trascendencia**: esa vulneración que es el delito es algo más (se supone, mucho más) que un acto atentatorio contra un interés o un derecho privado.

II.3 El consecuente remanente que se le deja al imputado: el resarcimiento económico

No es en vano que el agraviado que participa en el proceso penal se denomine «parte **civil**» en el Código de Procedimientos Penales (arts. 54º-58º) y «actor **civil**» en el Código Procesal Penal de 2004 (arts. 98º-106º). Y es que si la búsqueda de sanción corre a cargo de un funcionario estatal, y si esa sanción tiene como base lo que sucedió en los hechos materia de proceso, entonces la determinación de esos hechos compete al funcionario estatal encargado («*Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos*» —art. 196º del TUO del CPC) y al Poder Judicial, que tendrá que decir si es acorde con la realidad esa pretensión del funcionario estatal.

¿Hay en el Derecho Penal Liberal Clásico alguna armonía entre la participación del agraviado, el resultado del proceso y la (eventual) sanción?

“Las necesidades de verdad, justicia y reparación no implican venganza o revancha, ni son obstáculos para la paz. Más bien, son cimientos necesarios y constructivos para un proceso de reconciliación [...] porque un delito sin sanción fomenta la venganza, exalta a los verdugos y humilla a las víctimas, atribuye responsabilidades colectivas y no individuales e impide la reconciliación y la paz”⁴²⁹.

Esta cita nos da a entender que habría un interés del agraviado en la determinación de los hechos, y no sólo en un tema económico. Y esto fuerza a una lectura sistemática de normativa que aparentemente sería contradictoria, en ambos ordenamientos procesales penales:

⁴²⁹ HUERTAS DÍAZ, Omar (et. al.). “El derecho a la reparación para las víctimas de violaciones a los derechos humanos”. En: *Elementos de juicio. Revista de temas constitucionales*. Año 1, N° 3, octubre – diciembre de 2006, Bogotá, p. 183. Citado por: HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. —*El derecho a la verdad: fundamento de la jurisprudencia constitucional en materia de violaciones de derechos humanos*, p. 167, nota N° 20. En: SÁENZ DÁVALOS, Luis R. (coordinador). —*Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima, Gaceta Jurídica, 2009. Gaceta Constitucional, N° 3. El artículo se halla entre las páginas 151-167.

	Una lógica limitación contra introducción del agraviado en los hechos delictivos	Y sin embargo...
<i>C. Pp. Pp., art. 57º.2</i>	«La actividad de la parte civil comprenderá [...] acreditar la reparación civil. No le está permitido pedir o referirse a la sanción penal.» ⁴³⁰	«La actividad de la parte civil comprenderá la colaboración con el esclarecimiento del hecho delictivo y de la intervención en él de su autor o partícipe [...]»
<i>CPP de 2004, art. 105º</i>	«La actividad del actor civil comprenderá [...] acreditar la reparación civil que pretende. No le está permitido pedir sanción»	«La actividad del actor civil comprenderá también la colaboración con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o partícipe, [...]»

La norma que armoniza esta aparente antinomia, se da en el art. 12º.3 del CPP de 2004: «**La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda.**».

Adquiere ahora un límite preciso y técnico que —por supuesto y como casi todo aquello en que haya conflictos humanos— está lejos de ser una distinción clara y unívoca y que puede engendrar todavía muchos problemas de aplicación e interpretación. Pero es un derrotero **alrededor del cual** habrá que trabajar en la futura consolidación del nuevo modelo: el agraviado tiene interés en la verdad de los hechos, en la medida en que ello implique un sustento para su reparación civil.

Esa reparación no es consustancial (como lo dice el art. 12º.3) con la condena. Dado que el ilícito penal y el ilícito civil tienen naturalezas distintas, que no se dé el primero, no implica que no se dé el segundo⁴³¹. El ejemplo que se pone tradicionalmente es el de las excusas absolutorias.

Si un hermano hurta a su hermano, que haya o no condena no es asunto del que fue objeto de hurto; pero si él quiere que haya reparación civil por ese hurto, deberá quedar claro en el proceso que hubo una sustracción patrimonial, con las características del art. 185º (y eventuales agravantes).

Otros supuestos no serán tan claros, pero la pauta siempre será la misma: ¿se ha dado un daño civilmente reparable, independientemente de que se hayan dado los requisitos de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad? Si la respuesta es afirmativa⁴³², y sobre la base de la verdad declarada en el proceso sobre los hechos, el agraviado tendrá derecho y oportunidad de ser resarcido.

Ello y sólo ello legitimaría, también, el interés del agraviado de oponerse a un pedido de sobreseimiento del fiscal. Si ese sobreseimiento no partiera del supuesto de negar la ocurrencia de hechos y circunstancias que determinan la magnitud de la reparación civil, el agraviado carecería de toda legitimidad procesal para oponerse a ese pedido de sobreseimiento. Si se le

⁴³⁰ El texto original decía en la primera parte del primer párrafo: «*La parte civil puede ofrecer las pruebas que crea convenientes para esclarecer el delito.*».

⁴³¹ Espero en algún momento tratar el caso contrario: que haya ilícito penal y sin embargo no se dé el ilícito civil; y ello a pesar de un acuerdo plenario que dice lo opuesto, acaso por una lectura literal del art. 92º del Código Penal y otros problemas que espero tratar entonces.

⁴³² Otro interesante tema pendiente: ¿y esa responsabilidad civil que se determina independientemente de que haya condena, absolución o sobreseimiento, puede recaer **exclusivamente** en un tercero? El tercero civilmente responsable siempre se ha entendido como alguien que **acompaña** al imputado en la responsabilidad civil. Pero ¿puede **sustituir** al imputado? ¿Puede haber una sentencia al amparo del art. 12º.3 que declare que el imputado no sólo no es responsable en lo penal, sino que tampoco lo es en lo civil, pero que sí debe responder civilmente un tercero? (De más está decir que ese tercero deberá haber sido emplazado y citado al proceso.) ¿Y qué sucede si además hay indicios de que ese tercero es —sí y más bien, en lugar del imputado— el responsable **penal** de la acción materia de proceso? ¿Puede el juez —en aras de la pronta reparación de la víctima— no limitarse a disponer que se remitan copias de los actuados a la Fiscalía de Turno por ese tercero, sino hacerlo indemnizar antes de dicha remisión?

permitiera ello, se estaría admitiendo por la ventana, lo que no se le permite hacer ingresar por la puerta («No le está permitido pedir sanción»); ya esa oposición no buscaría proteger su interés, sino que estaría siendo un arma de concesión de algo que la Ley no le concede: inmiscuirse en la pretensión de punición, que es monopolio del Ministerio Público, grandes serían las ventajas para el manejo de la carga (que parece que sigue siendo un problema bastante agudo en los distritos donde se aplica el Código de 2004 al momento de redactar este artículo).

III. EL ASÍ LLAMADO «DERECHO A LA VERDAD»

- a) Este derecho existe exclusivamente sobre casos de violaciones de derechos humanos⁴³³.
- b) La doctrina le da también una doble dimensión: individual respecto del agraviado, y social, respecto de todos los integrantes del Estado⁴³⁴. Pero es clara esa doble dimensión para los casos de violación de derechos humanos. Entran en juego una serie de intereses, que el Tribunal Constitucional y la doctrina han elaborado de muy interesante modo: la base para la reconciliación, la manera de legitimar al sistema de justicia, la condición necesaria para la paz, el que los humanos veamos con humildad a qué extremos del horror podemos llegar, para que sepamos adoptar las medidas que eviten una nueva ocurrencia en tal sentido, etc.
- c) Todo ello es necesario y absolutamente apropiado. Lo que no se entiende es por qué este importante derecho se ha limitado para los casos de violación de derechos humanos. ¿Qué sucede con los demás delitos? Por ejemplo, si una organización delictiva se dedicara a secuestrar sistemáticamente a adolescentes de diversos lugares del país, con el mismo *modus operandi*, y no se supiera nada de ellas, se crearía una verdadera tragedia en sendas familias peruanas, y además el terror de las demás familias, que no sabrían en qué momento sus hijas podrían correr la misma suerte. Empiezan a correr rumores: que las niñas son violadas, asesinadas y sus cuerpos son tirados al océano; que se las llevan a ejercer el meretrício en el extranjero; que se las

llevan para sacarles órganos; que las emplean como esclavas para cultivos ilegales en Asia Central etc. Cuando dos integrantes de la organización cayeran con una niña, en una lancha con motor fuera de borda, frente a los manglares de Tumbes, ¿no tendría el país el derecho a conocer la verdad? ¿no lo tendrían los padres de familia, los hermanos, de las niñas desaparecidas? ¿qué se hizo con ellas?, ¿están vivas?, ¿están muertas?, ¿dónde se hallan ellas o dónde están sus restos? En el supuesto de estar vivas, ¿qué se les hizo, y qué están haciendo?

Esto para poner un ejemplo de “no” violación de derechos humanos, donde parece razonable estatuir un derecho a la verdad en sus dos dimensiones: colectiva y particular.

En otros casos, el interés será más bien y en exclusiva de los agraviados. Por ejemplo, en un supuesto de que una empresaria hubiera sido asesinada en extrañas circunstancias y corran intensos rumores de si fue uno de sus vástagos o una mafia extranjera donde concurren narcotraficantes y sicarios, el interés social será computable exactamente en la misma medida en que lo será para el caso de aquel mendigo demente que se quedó dormido en una carretera de penetración y cuyo cráneo fue aplastado por un automóvil que pasaba por tal carretera. O sea, desde la perspectiva y el interés social, la verdad en ese caso no será ni más ni menos importante que la determinación de la realidad de lo que pasó en cualquier otro caso de extinción de una vida humana, por manos de otro ser humano. Pero para los familiares de la occisa, esa determinación de la verdad es algo sumamente importante. Lo bastante para que ese interés por la verdad llegue al rango de derecho.

Con los textos de los arts. 57º.2 (en el Código de Procedimientos Penales) y 105º (en el Código Procesal Penal de 2004), ese derecho tiene un reconocimiento implícito y un mecanismo en que puede ser ejercido, en el nivel legal.

Pero a la categoría de derecho fundamental no escrito, el Tribunal Constitucional y la sapiente doctrina que se ha abocado al tema han dicho ino pasa!

⁴³³ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. —*El derecho a la verdad: fundamento de la jurisprudencia constitucional en materia de violaciones de derechos humanos*. En: Sáenz Dávalos, Luis R. (coordinador). —*Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima, Gaceta Jurídica, 2009. En la colección *TC Gaceta Constitucional*, N° 3. El artículo se halla entre las páginas 151-167.

⁴³⁴ No hay que confundir «Estado» (que es la sociedad política y jurídicamente organizada) con el Aparato Estatal, que es el conjunto de entidades públicas.

Y la verdad, no comprendo por qué.

Veo a los agraviados de casos de violación de derechos humanos. Y veo al lado al hijo huérfano cuya madre fue asesinada (sin que él sepa cómo ni por qué); veo al padre de familia, el cadáver de cuya hija amaneció en una acequia con signos de haber sido lesionada salvajemente y encima violada; veo al hombre que mantenía a sus hijos vendiendo en las calles chicles, cigarrillos, caramelos, toffees, mentas, fósforos, y que fue atropellado por un miserable que se dio a la fuga, mientras sus niños quedaron inmersos en la miseria y encima a cargo de un inválido; veo a la viuda del juez que fue ultimado a balazos precisamente cuando estaba por sentenciar un importante caso de una organización delictiva internacional, cuyos procesados integrantes lanzan una “lamentación” con todo el sabor de la hipocresía. Veo que los primeros tienen el derecho fundamental no escrito a la verdad; y los otros apenas tienen una cierta habilitación en el Código, que “no merece” aquel rango. Y me digo, como el vals: «Señor, ¿por qué los seres no son de igual valor?»