



Marianella Ledesma Narváez^(*)

Conflicto, autotutela y control jurisdiccional

Conflict, non-judicial measures and judicial review

“LA AUTODEFENSA IMPLICA QUE LOS CONFLICTOS SON SOLUCIONADOS POR LA ACCIÓN DIRECTA DE LAS PARTES. ES UN MEDIO PARCIAL, PORQUE SE ES JUEZ Y PARTE DE LA SOLUCIÓN. ES LA FORMA MÁS PRIMITIVA QUE HA TENIDO EL SER HUMANO PARA SOLUCIONAR SUS CONFLICTOS, GUIADO MUCHAS VECES, POR SUS INSTINTOS DE VENGANZA Y DE SUPERVIVENCIA”.

Resumen: El presente artículo desarrolla el tema de los conflictos entre individuos como parte de la dinámica social, así como los distintos modos de solución que el ordenamiento jurídico nos provee. Al respecto, la autora centra su análisis en la autodefensa, uno de esos mecanismos de solución, para luego comentar sobre algunos supuestos que aquélla encierra, como por ejemplo la legítima defensa. Finalmente, se aborda un interesante punto en cuanto a la autotutela administrativa como otra forma de resolver los conflictos, pero a partir de la intervención del Estado.

Palabras clave: Conflicto - Autotutela - Legítima defensa - Control jurisdiccional - Acto administrativo

Abstract: The current article develops the topic of conflicts between individuals as part of the social dynamics, and presents the different ways of solution that the legal system provides. With this in mind, the author focuses her analysis on self-defense, one of those mechanisms of solution, and then she comments two other assumptions which are included in that legal figure, for example the right to self-defense. Finally, the article points out a main aspect that is related to administrative non-judicial measures, as another way to solve conflicts, having in mind the State intervention.

Keywords: Conflict - Non-judicial measures - Self defense - Judicial review - Administrative act.

(*) Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctora en Derecho por la misma casa de estudios. Juez Supernumerario especializado en lo Civil de Lima. Profesora en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad de Piura. Profesora en la sección de posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad San Martín de Porres, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Autora de diversos trabajos vinculados con temas del derecho procesal y la justicia alterna.



1. El conflicto como una posibilidad constante en la vida social

La vida social es dinámica y, a través de ella, el individuo va construyendo constantes vinculaciones. No hay ningún individuo que para su realización no dependa de otro. En esas constantes vinculaciones, hay la posibilidad latente que surjan desavenencias que podrían desencadenar en una situación conflictiva.

“LA LEGÍTIMA DEFENSA SE FUNDA EN EL PRINCIPIO DE QUE NADIE PUEDE SER OBLIGADO A SOPORTAR LO INJUSTO, POR LO QUE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NO SOLAMENTE SE COMPONE DE PROHIBICIONES, SINO TAMBIÉN DE NORMAS PERMISIVAS QUE AUTORIZAN REALIZAR HECHOS, EN PRINCIPIO PROHIBIDOS POR LA LEY, PERO QUE POR CAUSAS JUSTIFICADAS SON PERMITIDOS Y, POR LO TANTO, NO PUNIBLES”.

Podemos calificar, de manera genérica, que el conflicto es incompatibilidad entre dos partes, es una interacción en la que prima el antagonismo. Folberg y Taylor⁽¹⁾ definen al conflicto como un conjunto de propósitos, métodos o conductas divergentes. Para Boulding⁽²⁾, el conflicto es una situación de competencia en la que cada una de las partes, conscientemente desea ocupar una posición que es incompatible con los deseos de la otra. Según Pruitt y Rubbin⁽³⁾, el conflicto es la divergencia percibida de intereses o creencias que hace que las aspiraciones corrientes de las partes no puedan ser alcanzadas simultáneamente. Boardman y Horowitz⁽⁴⁾, definen al conflicto como una incompatibilidad de conductas, cogniciones y/o afectos

- (1) FOLBERG, Jay y Alison TAYLOR. *Mediación: resolución de conflictos sin litigio*. México: Limusa, 1996; p. 42.
- (2) BOULDING, Kenneth. *Conflict and Defense: a general theory*. Nueva York: Harper & Row, 1961; p. 5. Citado por: FOLBERG, Jay y Alison TAYLOR. *Op cit.*; p. 38.
- (3) PRUITT Y RUBBIN, s/ref. Citado por: SUARES, Marines. *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Piados, 1996; p. 73.
- (4) BORDMAN, Susan K. *Constructive Conflict Management and Social Problems*. No 50. Volumen I. Nueva York: Journal of Social Issues, 1994; p. 4. Citado por: SUARES, Marines. *Op. cit.*; p. 73.



Marianella Ledesma Narváez

entre individuos o grupos que pueden o no conducir a una expresión agresiva de su incompatibilidad social. De todas las definiciones propuestas podemos decir que hay una idea en común: el conflicto está presente cada vez que ocurran actividades incompatibles.

El conflicto no tiene origen en una parte, se genera en la lucha entre dos partes que en algún sector son incompatibles. Marines Suares⁽⁵⁾ dice que si somos más precisos en nuestro lenguaje no deberíamos hablar de conflicto sino de “proceso conflictivo”, es decir, de una incompatibilidad que nace, crece, se desarrolla y a veces puede morir, y otras simplemente quedar estacionaria. En igual forma, Boulding⁽⁶⁾ sostiene que los conflictos tienen su propio ciclo de vida: surgen, existen durante algún tiempo y desaparecen debido a sus propias tendencias inherentes, sin intervenciones de resolución como la conciliación.

Hay muchas justificaciones que se han esgrimido para explicar el origen del conflicto. Por citar, Burton⁽⁷⁾ afirma que los conflictos emergen de manera predecible cuando *las necesidades de los individuos no se ven satisfechas*. Para dicho autor, nadie es responsable de generar el conflicto y nadie necesita dar cuenta de las intervenciones para cambiarlo, porque las necesidades no pueden ser controladas por los participantes en la disputa ni por terceros. Los marxistas consideran que el conflicto está en función de las diferencias de clase socioeconómica; por ello, la intervención basada en el paradigma marxista se orientará hacia la promoción de la igualdad y la evaporación de las jerarquías.

De estas dos posiciones se puede apreciar una idea en común: la intervención para resolver el conflicto está destinada al fracaso, a menos que se erradique la condición causal, es decir, las diferencias de clase o las necesidades insatisfechas. Sara Cobb⁽⁸⁾ los cuestiona porque los sistemas

y los individuos, según dichas teorías, son fundamentalmente estáticos en lugar de ser interactivos o evolutivos; la atención se centra en los comportamientos en lugar de los significados. Considera que la tragedia para dichos modelos es que, no solo sus intervenciones tienden al fracaso, sino que la manera que explican los fracasos reproduce la misma epistemología que favorece el conflicto, por tanto, su incapacidad de intervenir con eficacia los conflictos es equivalente a la culpabilidad por su mantenimiento. Sea esta u otra explicación que encontremos sobre los orígenes del conflicto, se podrían decir que estos se producen a causa de diferencias sobre recursos, necesidades o valores entre individuos o grupos. Cuando Ross Stanger⁽⁹⁾ explicaba que el conflicto es la situación en la que dos o más seres humanos desean objetos que pueden ser obtenidos por uno o por otro, pero no por ambas partes, incorporaba en su apreciación sobre los orígenes del conflicto a la escasez de recursos; por ello, decía que si los objetivos fuesen considerados asequibles para todos no se daría el conflicto. Los bienes en el conflicto suelen ser muy evidentes, porque se tratan de cosas que tienen o representan un valor material: dinero, tierras, propiedades. Independientemente que el objeto de la disputa sea el juguete de otro niño, los derechos de explotación del subsuelo, la franquicia, la división de la propiedad inmobiliaria, en opinión de Floyer⁽¹⁰⁾ “(...) si hay conflicto es porque la posesión del bien representa una ganancia material para aquellos que lo desean”⁽¹¹⁾.

(5) SUARES, Marines. Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Paidós, 1996; p. 75.

(6) BOULDING, Kenneth. *Conflict and Defense: a general theory*. Nueva York: Harper & Row, 1961; p. 5. Citado por: FOLBERG, Jay y Alison TAYLOR. Mediación: resolución de conflictos sin litigio. México: Limusa, 1996; p. 42.

(7) BURTON, J. *Conflict: Human Needs Theory*. Nueva York: St. Martins Press, 1990. Citado por: SUARES, Marines. *Óp. cit.*; p.15.

(8) Véase prólogo al trabajo de Marines SUARES. *Óp. cit.*; p. 16.

(9) STANGER R. *Psychological Aspects of Conflict*. Belmont, California: Brooks Cole, 1967. Citado por: AISEN SON KOGAN, Aída. Resolución de conflictos: un enfoque psicosociológico. México: Fondo de Cultura Económica, 1994; p.17.

(10) FLOYER ACLAND, Andrew. *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*. Barcelona: Paidós, 1993; p. 93.

(11) Es muy interesante la reflexión que hace Floyer sobre los diversos móviles que origina la disputa de los bienes. A menudo

Conflicto, autotutela y control jurisdiccional *Conflict, non-judicial measures and judicial review*

Otra fuente generadora de conflicto se focaliza en *los valores*. Estos se utilizan para referirse a los elementos no materiales de un conflicto como las creencias religiosas, los principios morales, las ideologías políticas, las reputaciones personales y la categoría social pública. Ellos, no obstante ser abstractos, pueden defenderse con tanto fervor como los bienes físicos. Por citar, el caso de los fundamentalistas islámicos que en 1989 dictaron una sentencia de muerte contra el escritor Salman Rushdie, porque creían que había insultado al Islam. Los valores pueden ser para los que lo sostienen tan valiosos como las posesiones materiales, incluso como la amistad y la familia. En nuestro país, tenemos el caso de los seguidores de la agrupación política Sendero Luminoso. Su historia está llena de personas que han muerto por sus creencias y que han sacrificado bienes jurídicos de otros, en aras de la defensa de su ideología. En estos casos, donde están comprometidos los valores, es frecuente que una de las partes perciba y evalúe un principio abstracto sólo desde el punto de vista material, insultando sin proponérselo a quienes le atribuyen una importancia religiosa o ideológica fundamental. Según Floyer, todos los principios imponen un gasto que los sostienen. Al cambiar los gastos también pueden cambiar los principios a pesar que al inicio parecían inmutables. “La intervención de Estados Unidos en Vietnam se presentó como una obligación absoluta: la lucha contra la expansión comunista. Pero tras años de guerra, una gran pérdida de vidas, un enorme daño al orgullo norteamericano y a su prestigio mundial, la guerra fue abandonada: el precio era demasiado alto”⁽¹²⁾.

2. Fuentes de determinación del conflicto

Como ya lo hemos señalado, el conflicto es un proceso dinámico que se da en la interacción de las relaciones antagónicas, que involucran acciones, pensamientos, valores,

necesidades, expresadas en algunos casos agresivamente, cuya solución puede ser conducida por las partes o por un tercero.

Tomando en cuenta algunos elementos de esta definición, señalamos que la definición de los conflictos pasa por dos supuestos: i) el poder de decisión de las partes, como ejercicio de la autonomía privada de la voluntad; y, ii) el poder de decisión del tercero, que se va a expresar en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, como parte de la organización social en la que nos desarrollamos.

Véase pues, que hay dos grandes fuentes de poder administrar la solución a los conflictos. Uno proviene del ejercicio de la autonomía privada y el otro, de la intervención estatal, como expresión del pacto social; sin embargo, entre ambos hay grandes diferencias que García Amigo⁽¹³⁾ señala a continuación: (i) el legislador determina el ámbito de la delegación normativa a favor de los particulares, es decir, fija los límites dentro de los cuales los particulares pueden establecer una norma negocial; (ii) el legislador da valor de Ley, por tanto de norma jurídica, a la norma negocial siempre que los particulares actúen dentro del ámbito o competencia a ellos reconocido; (iii) el legislador establece expresamente también el lugar que ocupa la norma negocial en la jerarquía de fuentes de la relación jurídica concreta, señalando que la norma creada a través del negocio va inmediatamente detrás de la ley imperativa y delante de la ley

ellos son símbolos de alguna otra cosa, sea de valores o de intereses. Por citar, para los argentinos el conflicto de las islas Malvinas no se refería sólo a la posesión de unas islas bastante áridas, sino que se relacionaba con el orgullo y la soberanía nacional. En cuanto a los británicos, no se refería sólo a mantener la posesión de una reliquia medio olvidada del imperio, sino al principio fundamental según el cual no debe permitirse que prevalezcan los actos de piratería internacional. Hasta que se reduce a sus partes constituyentes y se analiza la motivación de cada parte es imposible saber si un conflicto sobre un bien es simplemente por su mera posesión; o, como en el caso de las islas Malvinas, si se refiere también a elementos no materiales. *Ibidem*.

(12) FLOYER. *Óp. cit.*; p. 95.

(13) GARCÍA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1979; pp. 214-216.



Marianella Ledesma Narváez

dispositiva; (iv) el legislador establece que la norma negocial sólo obliga a quienes la redactan, y sus herederos, o la aceptan, mientras que para los demás es *res inter alios acta*; y, (v) el legislador exige en la creación de la norma negocial el cumplimiento de una serie de requisitos como condiciones esenciales para su validez.

Además de las reglas citadas, dice García Amigo⁽¹⁴⁾, la norma negocial creada por el ejercicio de la autonomía de voluntad se caracteriza por otras notas típicas, que la diferencian de las demás normas civiles o de sus fuentes creadoras y ellas son: i) procede de las fuerzas subjetivas, frente a todas las demás normas jurídicas (ley, costumbre, principios generales del derecho) que proceden de las llamadas fuerzas objetivas; es decir, la norma negocial es de origen privado, mientras que las demás tienen origen público; ii) puede ser individual, bi-plurilateral y colectiva, pero nunca general o de aplicación indeterminada en todo el territorio nacional o al que el ente con poder legislativo extienda su soberanía o competencia; iii) por ello solo obliga a quienes la formulan o aceptan libremente; y, iv) su entrada en vigor, así como su modificación o pérdida de vigencia, está encomendada a quienes la formularon, y, por supuesto, también al titular del poder de promulgar normas imperativas, es decir, al poder legislativo⁽¹⁵⁾.

3. Conflicto y modos de solución

La administración de un conflicto, en aras de encontrar su solución, pasa por advertir que existen diversos modos, a

los que se puede recurrir para alcanzar esa solución. Estos modos son la autodefensa, la autocomposición y la heterocomposición.

La autodefensa implica que los conflictos son solucionados por la acción directa de las partes. Es un medio parcial, porque se es juez y parte de la solución. Es la forma más primitiva que ha tenido el ser humano para solucionar sus conflictos, guiado muchas veces, por sus instintos de venganza y de supervivencia. Niceto Alcalá Zamora califica estas manifestaciones de egoístas, porque se busca imponer el interés propio sobre el ajeno. Si bien, la autodefensa está proscrita para nuestro ordenamiento jurídico, éste le admite en los supuestos que expresamente le otorga esa licencia para actuar. Esto significa que no toda conducta calificada de autodefensa puede ser mala o estar vetada; por citar, es válido recurrir al ejercicio de la legítima defensa y el estado de necesidad⁽¹⁶⁾ como también es lícito para los padres corregir a sus hijos⁽¹⁷⁾, para los vecinos cortar las ramas y raíces de los árboles provenientes de jardines colindantes⁽¹⁸⁾, defender por la vía de los hechos la posesión del bien⁽¹⁹⁾, resolver unilateralmente el contrato⁽²⁰⁾, etcétera. En todas ellas se aprecia una constante: el

(14) GARCÍAAMIGO. *Óp. cit.*; pp. 217-218.

(15) En el ejercicio de la autonomía de voluntad concurre el debate entre la calificación de acto jurídico y negocio jurídico. Si bien tanto el negocio como el acto jurídico participan de la misma naturaleza: son actos jurídicos porque derivan de una actuación humana realizada con conciencia y voluntad, la línea divisoria entre ambos se deriva en que en el negocio, el autor o autores autorregulan sus propios intereses, establecen una norma de conducta vinculante para su satisfacción. En cambio, en el acto jurídico se halla ausente todo contenido normativo, pues el agente no tiene el poder de configurar las consecuencias jurídicas, ya que estas están predeterminadas por la ley. Bajo esa concepción se deja fuera del ámbito del negocio jurídico a los actos de autonomía de la voluntad que afecten a relaciones familiares o al estado civil de las personas. Se puede utilizar la autonomía para crear un estado civil, una relación familiar, pero, no se posee el poder para conformar el contenido, porque la ordenación de dichas relaciones ya está contenida en la ley. Es ella la que atribuye los efectos correspondientes en vista a los intereses generales de la comunidad. DIEZ PICAZO y Antonio GULLÓN. *Sistema de derecho civil*. 8va. edición. Volumen I. Tecnos; p. 375.

(16) Véase artículo 20, inciso 3 y 4 del Código Penal.

(17) Véase artículo 423, inciso 3 del Código Civil.

(18) Véase artículo 967 del Código Civil.

(19) Véase artículo 920 del Código Civil.

(20) Véase artículo 1429 del Código Civil.

Conflicto, autotutela y control jurisdiccional

Conflict, non-judicial measures and judicial review

ejercicio previo de la acción directa y luego, si no se logra los resultados, el ejercicio de la acción dirigida a través del proceso judicial, será la otra opción.

La autocomposición es otro modo de abordar la solución del conflicto, donde sólo la voluntad de las partes involucradas en él va a ser lo único que ponga fin a tal antagonismo. Esa voluntad puede ser unilateral, como el caso del allanamiento y el desistimiento, o bilateral como la transacción y la conciliación. Niceto Alcalá Zamora califica a este sistema como un mecanismo altruista, pues, muchas veces las partes hacen renuncia a la magnitud de sus pretensiones en aras de lograr una solución, porque lo que se busca es reconciliar los intereses de las partes.

La autocomposición es un sistema lícito, a diferencia de la autodefensa, y puede operar previamente al proceso judicial, al interior y con posterioridad a éste. En estos dos últimos casos preceden a la acción civil dirigida. Al igual que el sistema de autodefensa, la autocomposición es un sistema parcial de solución de conflictos, porque van a ser las propias partes involucradas en el conflicto las que van a buscar la solución. Lo que diferencia ambos sistemas es el método, pues, en este último, se va a privilegiar los intereses de las partes.

La heterocomposición tiene como elemento central a la terceridad, esto es, que una persona ajena a las partes va a decidir el conflicto, en ejercicio del poder delegado, sea por la autonomía de voluntades o por el propio Estado para ejercer la función jurisdiccional. Las soluciones impuestas en las declaraciones jurisdiccionales generan cosa juzgada y

responden a un procedimiento sistematizado, con formalidades y exigencias contenidas en las normas procesales. Este es el único sistema imparcial de solución de conflictos que conoce la organización social, al margen del arbitraje, porque el tercero, quien decide el conflicto, es ajeno a las partes; caso contrario si no es imparcial, estaríamos ingresando al campo de la autodefensa procesalizada, porque el tercero sería Juez y parte y utilizaría el proceso judicial para dirimir en apariencia el conflicto⁽²¹⁾.

4. La autotutela y el control jurisdiccional

En este trabajo vamos a abordar, de manera específica, el estudio de la autotutela, como uno de los modos de resolver una situación conflictiva, para lo cual, Aldea Moscoso⁽²²⁾ presenta algunas expresiones de autodefensa como el caso de la autodefensa como réplica a un ataque precedente, que acoge el caso de la legítima defensa propia y de parientes. La autodefensa como ejercicio de una potestad, en el caso del derecho de los padres para castigar y corregir moderadamente a sus hijos menores; la autodefensa como ejercicio de la fuerza o de la coacción, como la huelga y el *lock out*⁽²³⁾. La autodefensa como causal eximente de responsabilidad penal, ante el

(21) Si bien decimos que la terceridad es elemento característico del sistema heterocompositivo, también se observa ella en la autocomposición bilateral como la conciliación o la mediación. Sin embargo, debemos decir que la terceridad se diferencia en ambos sistemas; el tercero heterocompositivo opera bajo dos presupuestos: la posición de supra-ordenador frente a las partes y la potestad jurisdiccional. El tercero en la conciliación o mediación es un coordinador, acerca a las partes, facilita la comunicación entre ellos, propone soluciones, pero no va a decidir el conflicto sino las propias partes; en cambio, el tercero del proceso judicial llamado Juez, si decide el conflicto porque ejerce la jurisdicción como uno de los poderes de la jurisdicción; por otro lado, su posición frente a las partes es la de un supra-ordenador lo que le permite plantear relaciones verticales; en cambio, el tercero en la conciliación es un coordinador entre las partes y responde a una relación horizontal con éstas.

(22) ALDEA MOSCOSO, Rodolfo Alejandro. De la autocomposición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989; p. 35.

(23) Si bien se incluye como expresión de autodefensa, frente a la facultad para infringir una obligación, que el derecho legal de retención faculta al deudor para no restituir la cosa debida y para exonerarse del cumplimiento del contrato bajo el argumento de la mora del actor; pero este derecho de retención no puede ser catalogado como ejercicio de legítima defensa, sino como un mecanismo de garantía, de aseguramiento para el pago del obligado. No hay definiciones, sino aseguramiento del futuro pago.



Marianella Ledesma Narváez

caso de la legítima defensa propia, de parientes y extraños; el estado de necesidad. La autodefensa que requiere homologación: se hacen necesarios la aprobación y control del órgano jurisdiccional para que sean eficaces. Por ejemplo, la legítima defensa, el estado de necesidad, el derecho legal de retención, la *exceptio non adimpleti contractus*, etcétera; sin embargo, hay la posibilidad de autodefensa que no requiere homologación. La autodefensa reglamentada: son los casos en que la legislación ha diseñado un procedimiento para su realización, como la huelga, el duelo, por citar. La autodefensa no reglamentada: ubicamos al derecho al corte de raíces o la facultad para castigar hijos, etcétera.

A continuación citamos algunos supuestos de autotutela que recoge nuestra legislación interna. En el ámbito privado y bajo las reglas del Código Civil (en adelante, CC), encontramos las siguientes expresiones de autotutela privada: la corrección a los hijos (artículo 423, inciso 3 del CC), la defensa posesoria de hecho (artículo 920 del CC); el corte de raíces y ramas (artículo 967 del CC); la pretensión material del acreedor (artículo 1219, inciso 2 del CC), por citar. De todas estas posibilidades que enunciamos, desarrollaremos esta última y la vinculada al ejercicio de la legítima defensa; sin perjuicio de abordar además la autotutela administrativa, que si bien tiene una fuente no basada en la autonomía de voluntad, sino en la función administrativa del Estado, es importante presentarla para mostrar que el escenario donde se va a desarrollar la autotutela, no necesariamente está determinado por el ejercicio de la autonomía de voluntades, sino que también se puede ejercer este modo de solución a los conflictos, a partir de la intervención estatal.

4.1. La autotutela del acreedor

El ordenamiento jurídico reconoce al acreedor derechos y acciones como efecto de las obligaciones, tal como aparece regulada en el artículo 1219 del CC. Dice el inciso 2 del artículo citado, “el acreedor está autorizado a procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor”. Lo trascendente de esta regulación es que el acreedor reciba aquello con lo cual verá satisfecho su interés, pues no importa

tanto quién lo hace, sino el hacer, salvo en los casos que estas prestaciones sean de carácter personalísimo.

La norma permite exigir el cumplimiento de la obligación, tanto judicial como extrajudicialmente; sin embargo, debemos precisar nuestra coincidencia con la opinión de Priori⁽²⁴⁾ que “sólo sería eficaz en la medida en que el deudor cumpla voluntariamente la exigencia del acreedor”; esto es, si dicho comportamiento no proviene de un acto voluntario del deudor, se hace preciso acudir a un órgano jurisdiccional a fin de exigir la ejecución forzosa de la prestación a cargo del deudor.

Para Romero⁽²⁵⁾, el caso del inciso 2 está referido a las obligaciones de hacer o de no hacer, pero condicionada su satisfacción al emplazamiento judicial, sea al propio deudor, y si no se tratase de una obligación personalísima, hacérsela procurar por otro a costa del propio deudor. En la hipótesis de no lograrse el cumplimiento de la prestación por el propio deudor es posible, entonces, que un tercero lo haga por él.

Al respecto consideramos que la autotutela es válida como expresión de “exigencia”, mas no de “satisfacción” de una prestación; en la medida que ella sea resultado del cumplimiento voluntario del deudor, ante la exigencia del acreedor, es una respuesta válida. Caso contrario, si éste es resistente a cumplir con la prestación, pese al requerimiento, será necesario recurrir a la acción de la jurisdicción para la satisfacción forzada del crédito, sea para procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor. Como dice Osterling y

(24) PRIORI, Giovanni. *Comentarios al artículo 1219*. En: *Gaceta Jurídica. Comentarios al Código Civil*. Tomo VI. Lima, 2004; p. 442.

(25) ROMERO ZAVALA, Luis. *El derecho de las obligaciones en el Perú*. Tomo II. Lima: Fecat, 2001; p. 20.

(26) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las obligaciones*. Tomo IV. Lima: Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú; p. 47.

Conflicto, autotutela y control jurisdiccional

Conflict, non-judicial measures and judicial review

Castillo⁽²⁶⁾, “el ejercicio de los derechos previstos en el inciso 2 del artículo 1219 del CC, requiere, para que el cumplimiento de la obligación sea necesariamente por cuenta del deudor, autorización judicial”.

Efectivamente en ello coincidimos, pero para el cumplimiento de la obligación, sin embargo, nada obsta a que el acreedor pueda, sin judicializar su pretensión, requerir el pago de manera directa y extrajudicial. Por ejemplo, ante un deudor, se podría enviarle una carta notarial en la que le comunica su situación morosa y, por tanto, se exige el pago, advirtiéndole que caso contrario, se recurrirá a la vía judicial. Una cosa es satisfacción del crédito y otra, la exigencia de su satisfacción. En el primer caso, es un tema reservado exclusivamente a la actividad judicial, pues, nadie puede hacer justicia por mano propia; no

obstante, la exigencia directa de esa prestación es una alternativa válida a recurrir a fin de recordar al obligado el cumplimiento de ella. Es una advertencia, como medida preventiva, que tiene por finalidad corregir la incorrección de una conducta bajo la advertencia de tener que recurrir a la autoridad judicial⁽²⁷⁾.

4.2. La autotutela y la legítima defensa

Otra expresión del ejercicio de la autotutela la encontramos en la legítima defensa, la misma que tiene un reconocimiento constitucional en el artículo 2.23 de la Constitución Política. En ella se afirma que “*toda persona tiene derecho a la legítima defensa*”⁽²⁸⁾.

(27) Un caso que aborda la autotutela del acreedor lo ubicamos en la sentencia del Tribunal Constitucional No. 835-2002-AA/TC-LIMA y que hace referencia a una peculiar forma de cobro. Hace algunos años, se apreciaba en la ciudad de Lima un especial mecanismo para el cobro de las acreencias. Se trataba de singulares personajes, vestidos de amarillos, que se paraban frente al domicilio del deudor portando carteles que aludían a la morosidad de éste. Precisamente, Hombrecitos Amarillos de Color S.A. era la empresa dedicada a la administración de cartera de cobranza, gestión de recuperación judicial y extrajudicial de las deudas y demás actividades afines. Dicha empresa había celebrado un contrato de locación de servicios con Telefónica, para hacer efectivo el cobro de las acreencias que tuviera ésta a su favor. Cierta día, Hombrecitos de Color decide, como parte de su estrategia y método de cobranza, requerir el pago extrajudicial a la deudora Full Line S.A. La deudora requerida interpone acción de amparo contra Hombrecitos de Color S.A. y Telefónica del Perú S.A.A., con el objeto que se abstengan de continuar enviando cartas con requerimiento de pago y fotos, en la que se aprecia a personas vestidas de manera singular y llamativa, portando carteles con frases denigrantes. Considera que ello tiene el propósito de divulgar información del deudor y, por tanto, amenaza su derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho de defensa, al honor y a la buena reputación. El Tribunal Constitucional declara fundada la acción de amparo y ordena que “las emplazadas se abstengan de continuar realizando prácticas de cobranza de la deuda que atenten contra los derechos constitucionales y que hagan valer su derecho conforme a ley.” Las motivaciones que justifican dicho fallo aparecen desarrollados en los siguientes fundamentos: i) la potestad de administrar justicia emana del pueblo y es ejercida, exclusivamente, por el Poder Judicial, pues una de las características de un Estado de derecho es ofrecer jurisdicción a los particulares para la solución de los conflictos que surgen en las relaciones sociales; ii) si bien la empresa Hombrecitos de Color S.A. puede tener como giro de negocio el cobro de obligaciones a terceras personas, ello debe ejercerse dentro del contexto de un Estado democrático de derecho, con arreglo a ley y previa acreditación de las facultades correspondientes; y, iii) las cartas de requerimiento notariales, amenazan los derechos a la buena reputación y a la imagen de la empresa demandante, al pretender poner en conocimiento de las principales centrales de riesgo su situación si es que no cancela la deuda pendiente, para así imposibilitarle el acceso a créditos en el sistema financiero y comercial en el ámbito nacional, lo cual ocasionaría que la demandante no cumpliría sus fines sociales.

(28) Es importante distinguir entre el ejercicio del “derecho a la legítima defensa” y el “derecho a la defensa”, para lo cual se presenta los siguientes criterios diferenciadores. Ambas aparecen consagradas en los artículos 2.23 y 139.14 de la misma Constitución. Si bien ellas son expresiones de defensa, en escenarios diferentes; una bajo las reglas de la autodefensa y la otra bajo las reglas de la heterocomposición, encontramos en ellas involucrados y enfrentados a los mismos actores. Hay una confrontación entre la racionalidad y lo instintivo de la solución; entre la agresión ilegítima como una de las justificantes para la defensa frente a la garantía que se debe brindar en la actividad jurisdiccional. Concorre un ejercicio de facto frente a un ejercicio de *jure* para la defensa; se trata de una defensa que se desarrolla de manera inmediata y directa, a diferencia de la que se hace como consecuencia del ejercicio del derecho de acción ante la jurisdicción. Siempre el ejercicio de la legítima defensa precede al derecho a la defensa; aquélla genera un control posterior para la homologación judicial.



Marianella Ledesma Narváez

Podemos decir que la legítima defensa es un mecanismo eximente de responsabilidad penal que permite declarar, conforme a derecho, actos que afectan tipos legales. La legítima defensa se funda en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto, por lo que el ordenamiento jurídico no solamente se compone de prohibiciones, sino también de normas permisivas que autorizan realizar hechos, en principio prohibidos por la ley, pero que por causas justificadas son permitidos y, por lo tanto, no punibles. Es decir, existen causas que excluyen la antijuricidad y convierten el hecho típico en uno perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico; y si un hecho o una acción no es antijurídica, esto es, no es contraria al orden jurídico porque la ley lo permite, entonces no es delito. Y no siendo delito, al que actúa en legítima defensa no se le puede sancionar⁽²⁹⁾.

Para Hurtado Pozo⁽³⁰⁾, la legítima defensa supone una agresión que implica una lesión o la puesta en peligro de un bien legalmente protegido. Se trata de una conducta típica, *pero no antijurídica*, pues se actúa bajo el tipo permisivo de la defensa necesaria. Bajo el actuar de la legítima defensa se justifica la lesión del bien jurídico protegido, el mismo que requiere de ciertas circunstancias para que opere, como la agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla⁽³¹⁾, y la falta de provocación suficiente de quien hace la defensa⁽³²⁾. Estos presupuestos que configuran la legítima defensa están contemplados en el artículo 20.3 del Código Penal como eximentes de responsabilidad penal.

A la luz de estas exigencias, podemos afirmar que cuando se vulnera o afecta bienes jurídicos protegidos, bajo el ejercicio de la autotutela, se requiere de un mecanismo que “controle” si la acción directa que se ha ejercido, se ajusta a los elementos que configuran la legítima defensa (véase artículo 20.3 del Código Penal) para eximir de responsabilidad penal.

Si ese control es aprobatorio, genera un efecto de validación sobre ese actuar. No habrá ningún reproche a la vulneración del tipo legal. En cambio, si el control es desaprobatorio, el efecto que genera no será eximente de responsabilidad penal; todo lo contrario, las causas que se invocan para justificar la antijuricidad del acto no permiten declararla conforme a derecho. El autor será sujeto del reproche penal, quien asumirá toda la sanción por la vulneración de ese bien jurídico, sin la justificante del ejercicio de la legítima defensa. En opinión de Hurtado Pozo, “las causas de justificación que permiten declarar conforme a derecho actos que se adecúan a la descripción contenida en los tipos legales, son casos excepcionales, en los cuales la norma no puede ser respetada. El orden jurídico permite

Ambos derechos pueden ser ejercitados por ambos sujetos, uno luego del otro; hay en estos escenarios un efecto interpolatorio de roles, esto es, el agraviado en la autotutela se convierte en procesado en la investigación y el agresor, se transforma en la víctima en la procesalización; ambos al fin y al cabo son mecanismos lícitos al que se puede recurrir para materializar la defensa.

Concorre un ejercicio de facto frente a un ejercicio de *jure* para la defensa. El ejercicio de la legítima defensa precede al derecho a la defensa, por el control posterior para la homologación judicial. Ambos derechos (derecho a la legítima defensa y derecho a la defensa) pueden ser ejercitados por ambos sujetos, uno luego del otro; hay en estos escenarios un efecto “interpolatorio” de los roles de los sujetos: el agraviado en la autotutela se convierte en procesado en la investigación y el agresor, se transforma en víctima en la procesalización.

Ambos al fin y al cabo son mecanismos lícitos al que se puede recurrir para materializar la defensa. Solo es cuestión de elegir el escenario, pues, la mejor defensa será el buen ataque.

- (29) Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín del 17 de setiembre de 1996. Expediente No. 1655-91. En: *Academia de la Magistratura. Serie de Jurisprudencia*. Tomo III. Lima. 2000; p. 271.
- (30) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 2da. edición. Lima: Edili, 1987; p. 373.
- (31) Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa
- (32) Véase artículo 20.3 del Código Penal.

Conflicto, autotutela y control jurisdiccional *Conflict, non-judicial measures and judicial review*

entonces su violación. Admite, en consecuencia, la lesión del bien jurídico protegido⁽³³⁾.

La autotutela, en tanto no afecte o vulnere bienes jurídicos, no requerirá de un control para validar el acto; en cambio, si con su ejercicio se lesiona bienes jurídicos, se requiere controlar el actuar desarrollado en legítima defensa para validar y generar eximentes de responsabilidad penal. Los parámetros para ese control aparecen establecidos en el artículo 20.3 del Código Penal y el mecanismo al que se recurrirá para ello será la procesalización. El efecto final del control se expresará en la aprobación o desaprobación de la conducta vulneratoria del tipo legal. En el primer caso, se valida el actuar y opera la justificación para eximir de responsabilidad penal, pues, la conducta de quien hace la legítima defensa debe ser vista como un comportamiento aceptado socialmente, pues es la respuesta frente a la agresión, desapareciendo así la antijuricidad de la conducta; más aún porque “quien es responsable de la creación de una situación de conflicto debe soportar las consecuencias de su actuación antijurídica”⁽³⁴⁾.

En esta línea aparece la opinión de Niceto Alcalá, para quien el hombre sorpresivamente agredido por otro, no puede, aun en el supuesto de llevar el Código Penal encima, ponerse a leer o evocar las circunstancias de la legítima defensa para acomodar su reacción. Repelerá el ataque como y con lo que pueda, y luego será el tribunal quien declare si se atuvo a las cortapisas marcadas por el legislador o si las ha excedido⁽³⁵⁾.

Los parámetros para el control del ejercicio de la legítima defensa deben estar referidos al texto del artículo 20.3 del Código Penal y el efecto final que se busca, luego de agotado el control, será validar ese actuar para homologarlo como una actuación legítima. Hay una concurrencia del control para verificar la actuación bajo los supuestos de la legítima defensa; el mecanismo a través del cual se utilizará ese control será el proceso judicial y el efecto que se logrará será

el eximir de responsabilidad penal al autor de la vulneración del bien jurídico.

En el proceso judicial, escenario del control de la legítima defensa, se va a producir lo que se puede calificar como la “interpolación” de los roles de los sujetos. La víctima por el actuar ilícito del agresor asumirá el rol de procesada; a diferencia del agresor, en la autotutela, que se convertirá en agraviado, en el proceso judicial. Ocurre la interpolarización de roles como también lo evidencia la opinión de Niceto Alcalá y Zamora, para quien el sujeto activo de la autodefensa suele convertirse en el sujeto pasivo del proceso que después se siga para declarar si aquella existió o no⁽³⁶⁾.

La jurisprudencia ha precisado numerosos casos en que procede o no la legítima defensa como causa eximente de responsabilidad penal. Veamos algunos pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema que aprueba el actuar bajo el ejercicio de la legítima defensa:

“Está exento de pena por haber obrado en legítima defensa quien al ser agredido por el agraviado con una vara de madera, repele a su atacante con un golpe de puño, causándole lesiones leves”⁽³⁷⁾.

“Está exento de pena, por haber actuado en legítima defensa quien reaccionando a una puñada, propinó a su agresor un puntapié en la región abdominal, que le produjo la muerte por una parálisis cardíaca por acción refleja del vago”⁽³⁸⁾.

(33) HURTADO POZO. *Óp. cit.*; p. 370.

(34) Ejecutoria Suprema del 27 de abril de 1998. Expediente No. 4986-97. Lima. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. No 1. 2000; pp. 582-583.

(35) ALCALÁ Y ZAMORA, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 2da. edición. México: Textos universitarios, Universidad Nacional Antonio de México, 1970; p. 30.

(36) ALCALÁ Y ZAMORA. *Óp. cit.*; p. 31.

(37) Ejecutoria de la Corte Suprema de 8 de setiembre de 1950. Citado por: Flores Polo, Pedro. En: *Diccionario Jurídico*. Tomo II. Cuzco, Lima. 1981; p. 138.



Marianella Ledesma Narváez

“Está exento de responsabilidad por haber actuado en legítima defensa pena, quien para repeler una reiterada e injustificada agresión, emplea los mismos medios utilizados por el agresor y de un puntapié le fractura los huesos de la nariz”⁽³⁹⁾.

“La conducta del acusado en los hechos materia de instrucción por los delitos de lesiones graves y de tenencia ilegal de armas de fuego, consistentes en haber causado lesiones con su arma al procesado, a la que tuvo que recurrir para repeler el asalto del que era víctima -pues los asaltantes contaban con mayor número de armas de fuego y ya habían herido de bala a su hijo- carece de relevancia penal al hallarse regulada como una causal que excluye la antijuricidad del hecho en el inciso tercero del artículo 20 del Código Penal (legítima defensa), lo que amerita declararlo exento de responsabilidad penal”⁽⁴⁰⁾.

A continuación presentamos algunos casos que han buscado validar, sin éxito, el actuar bajo la legítima defensa en sede judicial.

No actúa en legítima defensa quien “a los pocos momentos” de ser herido arroja una pedrada en la cabeza de quien lo lesionó. La Corte Suprema ha resuelto, que no es de admitir la existencia de esta causa de justificación “si se tiene en cuenta que la agresión se produjo, no como un acto simultáneo sino cuando había transcurrido algún tiempo y cuando ya había quedado concluido el ataque”⁽⁴¹⁾.

Otro caso en la que se desaprobó el ejercicio de la autotutela, la encontramos en el siguiente pronunciamiento:

“No puede ampararse en la excusa absolutoria de la legítima defensa la acusada que al rechazar una tentativa

de violación golpeó con una piedra a su agresor privándole del conocimiento y caído inconsciente, lo continuó golpeando con palo y piedra”⁽⁴²⁾.

Como se puede apreciar de todos los casos expuestos, hay la concurrencia de una acción directa previa (autotutela) que ha llevado a la vulneración de bienes jurídicos tutelados. En el escenario judicial se invoca la legítima defensa para justificar el actuar del sujeto procesado a fin de ser eximido de la responsabilidad penal, pues, como señala la ejecutoria de la Sala Penal Transitoria No. 3651-2006-Lima, si bien es menester que el agredido la impida o repela el ataque ilegítimo, “eso no significa que su acción deba suceder forzosa e inevitablemente”, porque muy bien puede optar por escapar de su atacante para evitar sufrir el daño que éste quiere causarle.

Como en el control judicial opera la interpolación de los roles de los sujetos de la autotutela en la procesalización, el agresor ilegítimo se convierte en agraviado y la víctima atacada se convierte en procesado. En cuanto a la oportunidad en la que aparece la autotutela frente al proceso judicial, diremos que ésta le precede. Los parámetros para validar la legítima defensa están descritos en el artículo 20.3 del Código Penal y el efecto posterior que se logre, en el supuesto que se valide la actuación, será de eximir de responsabilidad penal ante la afectación de bienes jurídicos.

-
- (38) Ejecutoria de la Corte Suprema de 4 de julio de 1951. Citado por: Flores Polo, Pedro. En: *Diccionario Jurídico*. Tomo II. Cuzco, Lima. 1981; p. 138.
- (39) Ejecutoria de la Corte Suprema de 6 de abril de 1957. Citado por: Flores Polo, Pedro. En: *Diccionario Jurídico*. Tomo II. Cuzco, Lima. 1981; p. 139.
- (40) Ejecutoria del 12 de setiembre de 1997. R.N. No. 3418-97. Lima. En: ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999; p. 85.
- (41) Ejecutoria de la Corte Suprema del 24 de agosto de 1970. Citado por: Flores Polo, Pedro. En: *Diccionario Jurídico*. Tomo II. Cuzco, Lima. 1981; p. 139.
- (42) El conocido caso Llamoja, también se invocó la legítima defensa, la misma que fue desaprobada. Véase Resolución de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema R.N. No. 3651-2006-Lima.

Conflicto, autotutela y control jurisdiccional *Conflict, non-judicial measures and judicial review*

Los supuestos fácticos aparecen descritos en el artículo 20.3 del Código Penal y requieren ser verificados en un primer momento por el Ministerio Público a fin de *determinar si se abstiene de ejercer la acción penal o si retira la acusación fiscal. Esto significa que el Ministerio Público tenía el deber de pronunciarse sobre la legítima defensa, sea para ampararla o desestimarla.*

Tenemos que afirmar que no será el proceso judicial el único mecanismo de control sobre la legítima defensa, sino que, a la luz de la Ley 27936, también se podrá recurrir a mecanismos extraprocesales, a fin que el Ministerio Público, como titular de la acción penal, determine si formula denuncia penal o retira la acusación fiscal. En esos casos, se evita el control posterior de la legítima defensa, en sede judicial. Otra posibilidad es que el Ministerio Público formule denuncia penal o mantenga la acusación fiscal. En esos casos, será el control judicial que el juez hará sobre los hechos que configuran la legítima defensa los que llevarán a determinar la validez de la justificante (legítima defensa) para eximir de responsabilidad penal.

La redacción del texto del artículo 2 de la Ley 27936, que regula las condiciones para el ejercicio de la legítima defensa, no precisa de manera particular quién puede invocarla. Solamente hace referencia a la forma cómo podría proceder el Ministerio Público frente a la invocación de la legítima defensa.

Una primera posición podría llevar a sostener que el Ministerio Público no lo podría promover por ejercer éste la acción penal de oficio, y por su rol de parte que asume el Ministerio Público en el proceso penal; por tanto, corresponderá a la parte procesada, en estricto, invocarla. Y será el Ministerio Público el que decida en un primer momento, si frente a la legítima defensa invocada, abstenerse de ejercer la acción penal o retirar la acusación fiscal.

Otra posición, que la asumo, señala que el Ministerio Público, de oficio, podría invocarla para justificar su abstención de ejercer la acción penal. Aquí no será necesario que la parte denunciada o procesada lo invoque expresamente, si del desarrollo de los hechos que configuran el tipo penal se advierte que ello es el resultado del ejercicio de la legítima defensa.

Los hechos que el Ministerio Público aprecie para calificarlos bajo el tipo legal, no solo permitirá la tipificación del acto, sino

que a ella podrían concurrir los elementos justificantes de la legítima defensa, que permitan excluir la antijuricidad del acto y convertir el hecho típico en un hecho lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico; por tanto, si ese hecho no es antijurídico, no es contrario al orden jurídico, porque la ley lo permite. Entonces, no es delito, y no siendo delito, al que actúa en legítima defensa no se le puede sancionar. Esto justificaría que el Ministerio Público se abstenga de formular denuncia penal.

Especial reflexión genera la “oportunidad” en la que se debe invocar la legítima defensa: (i) Si se invoca *antes de formular la denuncia penal*, el control sobre la validez de la legítima defensa tendrá que realizarse en un escenario no judicial y extraproceso. Será el Ministerio Público el que tendrá que evaluar y decidir si realmente estamos ante la legítima defensa, pero esa evaluación lo hará en sede fiscal y no en sede judicial; y, (ii) Si la legítima defensa se invoca *luego de la denuncia fiscal* y la apertura de instrucción, la situación varía sustancialmente, pues el control final necesariamente lo hará el juez y el resultado que esto genere tendrá un impacto sobre el desarrollo del proceso. El propio texto del artículo 2 de la Ley 27936 señala que el Ministerio Público podrá decidir entre formular acusación o retirar la acusación ya emitida. Vemos, pues, que la legítima defensa invocada con posterioridad a la denuncia fiscal es asumido en un primer momento por el Ministerio Público, pero si éste mantiene la acusación fiscal, será el juez el que asumirá ese control al momento de la sentencia.

En el supuesto que no retire la acusación fiscal, será el juez el que tendrá que realizar el control, como última alternativa, al momento de decidir la responsabilidad penal del procesado. Si verifica que el actuar del procesado se ajusta a los supuestos de la legítima defensa, procederá a eximirle de responsabilidad penal,



Marianella Ledesma Narváez

caso contrario, procederá a imponer la pena correspondiente por el acto antijurídico⁽⁴³⁾.

Por la forma como aparece redactado el texto legal, llevaría a asumir que la invocación de la legítima defensa proviene de la propia parte denunciada, quien pone en agenda para el debate los supuestos de la legítima defensa. Será el Ministerio Público, luego de la evaluación correspondiente, el que decida si se abstiene de ejercer la acción penal, de formular acusación o de retirar la acusación ya emitida; sin embargo considero que el Ministerio Público también podía invocarla para justificar su omisión a denunciar o acusar, no es un acto exclusivo de la parte procesada. En caso se retire la acusación, no habrá motivos para continuar con el proceso, hay un efecto homologatorio final.

En otras palabras, si al juez penal no se acompañan elementos probatorios que permitan aproximarlos a la existencia de la legítima defensa, no podría recurrir a la comparecencia; ésta operaría siempre y cuando existan elementos en la investigación fiscal que lleven a sostener, bajo un rápido prejuzgamiento, la existencia de los elementos de la legítima defensa, que a futuro puedan reafirmarla como una eximente de responsabilidad penal. Como se aprecia, el control puede operar *intra* proceso y está condicionado a no restringir la libertad del procesado, "siempre y cuando existan indicios válidos de la legítima defensa". En esa línea de opinión, retomamos el caso Llamuja para mostrar que, a pesar que se invocó en la investigación el ejercicio de la legítima defensa, para el juez del proceso, en atención a la prueba aportada por la investigación policial y fiscal, consideró que no concurren, ni siquiera indiciariamente, los elementos de la legítima defensa como para no justificar la apertura de instrucción con mandato de comparecencia.

4.3. La autotutela administrativa

El Estado, cuando ejerce su función administrativa, resuelve los conflictos que se le puedan presentar con los administrados,

a través de la autotutela; esto significa que el Estado ejerce su poder estatal bajo un modo de autotutela administrativa.

A pesar que utilice un procedimiento administrativo para ello, en el que se hace un juzgamiento para resolver los pedidos que se plantean ante ella, jamás esa función de juzgamiento que se aprecia en los procedimientos administrativos se podrá equiparar al juzgamiento judicial. La fuerza de las resoluciones administrativas, por más que definan los conflictos en sede administrativa, bajo un debido procedimiento administrativo, no es la misma que las sentencias del Poder Judicial. Hay una diferencia entre ambas, la resolución administrativa puede ser revisada por el Poder Judicial; por tanto, sólo está dotada de una presunción *iuris tantum* de legalidad, a diferencia de las sentencias judiciales que están revestidas de una presunción *iuris et de iure* de legalidad. De ahí se justifica que las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativo. Esto significa que si bien la administración pública es una organización con poder público, está sometida al control judicial, y sin potestad jurisdiccional propiamente dicha. Abruña Puñol⁽⁴⁴⁾, al referirse a esta vinculación de la administración con el Poder Judicial, dice que "esa sujeción es la garantía institucional de su efectivo sometimiento a la ley y al ordenamiento jurídico, con la consiguiente protección debida de los derechos y libertades individuales y sociales amparados por dicho ordenamiento".

(43) Véase en este último supuesto, el caso Llamuja. Aquí el juez penal fue el que realizó el control sobre la validez de la legítima defensa invocada, desestimándola. El Ministerio Público en su momento también lo desestimó, al mantener la acusación fiscal. Léase la resolución del 25 de enero del 2009, Primera Sala Penal Transitoria. RN 3651-2006-Lima; p. 52.

(44) ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación jurídica de la administración pública*. Colección Jurídica Universidad de Piura. Lima: Palestra, 2010; p. 109.

Conflicto, autotutela y control jurisdiccional

Conflict, non-judicial measures and judicial review

En relación a esta vinculación, se debe precisar que tradicionalmente se ha sostenido que la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de las pretensiones que se deduzcan en relación a los actos de la administración pública sujetos al derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias. Esto llevaba a destacar el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa; se afirmaba que la jurisdicción debía ceñirse a las cuestiones resueltas por el acto previo de la Administración, sin que sea posible variar las pretensiones formuladas en vía administrativa, toda vez que la jurisdicción debe examinar el acto previo para analizarlo a la luz del ordenamiento jurídico.

Bajo ese marco se entendía el carácter revisor del contencioso, que suponía que los jueces tenían que limitarse a enjuiciar la validez del acto impugnado y debían hacerlo, además, bajo la pausa previamente establecida en la fase administrativa, como si se tratase de un recurso de impugnación contra una sentencia. Esto implicaba que no se podían pronunciar sobre cuestiones no planteadas formalmente en la vía administrativa o respecto de las que la administración no se hubiese pronunciado expresamente, ni se podía practicar prueba, salvo para revisar la practicada en el expediente administrativo. El carácter revisor estaba limitado al contenido del acto administrativo impugnado, caso contrario, suponía una invasión de la competencia de la actividad administrativa. Había un privilegio en la Administración que le permitía exigir que cualquier discrepancia con sus decisiones se ventile en sede administrativa ante sus propios órganos jerárquicos superiores, como condición previa a la interposición de la demanda judicial. Esta especial condición se distorsionaba por una práctica orientada a dilatar el agotamiento de la vía administrativa, de tal manera que se evitaba que la decisión cause estado, limitando así el derecho a hacer valer la tutela judicial efectiva. En otras palabras, bastaba que la actividad administrativa no sea diligente en su pronunciamiento, para que toda la secuencia del procedimiento se paralizara y, con mayor razón, el control jurisdiccional no prospere.

La tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial

de actos administrativos previos ha sido superada, pero no abandonada, para abrir definitivamente las puertas a cualquier comportamiento ilícito de la Administración. Ahora bien, no es que se haya desterrado la revisión por completo de la esfera de la actividad jurisdiccional, sino que se admite la posibilidad que también se brinde tutela al particular de situaciones jurídicas del cual es titular. Esto, evidentemente, ha tenido una repercusión sobre el proceso contencioso-administrativo, que como señala Priori⁽⁴⁵⁾ “ha sufrido un importantísimo desarrollo en su concepción, pues, se ha pasado de un proceso en el cuál sólo era posible que el órgano jurisdiccional realice una revisión de legalidad del acto, como expresión del sistema francés de ‘exceso de poder’, a un proceso contencioso-administrativo que brinda una tutela efectiva a situaciones jurídicas de los justiciables, es decir, una real y efectiva tutela, la misma que va más allá del solo control de legalidad del acto administrativo”.

La necesidad que antes de acudir a dicha jurisdicción exista un acto administrativo, no significa que se haya querido concebir a la jurisdicción contencioso-administrativa como una segunda instancia; por el contrario, se sigue un auténtico proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la parte actora por razón de un acto administrativo, la misma que no puede quedar condicionada por el contenido del acto objeto de impugnación, porque de lo contrario, la Administración podría limitar u obstaculizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Y, en consecuencia, basta el hecho que la Administración haya tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del tema discutido para que se estime cumplido el principio de

(45) PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. 3era. edición. Lima: Ara, 2006; p. 122.



Marianella Ledesma Narváez

contradicción y, por lo tanto, debe el juez en lo contencioso resolver el fondo del asunto siempre que existan elementos de juicio suficientes para ello. En otras palabras, la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa supone ofrecer a la Administración la posibilidad de pronunciarse sobre las cuestiones planteadas, y nada más. Si la Administración no se pronuncia o no lo hace sobre todas las cuestiones, ello no debe limitar el debate procesal en vía jurisdiccional. Lo único que se exige es que a la Administración, previamente a la jurisdiccional, se le haya dado la oportunidad de resolver las mencionadas pretensiones en sede administrativa. Ante ello, en el proceso contencioso-administrativo se pueden plantear dos tipos de pretensiones, la de anulación o de nulidad y la plena jurisdicción.

En conclusión, la visión clásica de la jurisdicción contencioso-administrativa se orientaba a conocer de las pretensiones que se deducían en relación a los actos de la Administración Pública, sujetos al derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias. De ahí que el carácter revisor del contencioso-administrativo asume, como regla general, ceñirse a las cuestiones resueltas por el acto previo de la administración, sin que sea posible variar las pretensiones formuladas en vía administrativa, toda vez que, como se ha dicho, la jurisdicción debe examinar el acto previo para analizarlo a la luz del ordenamiento jurídico⁽⁴⁶⁾. Sin embargo, esta tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo, entendido como una revisión judicial de actos administrativos previos, se ha superado para abrir las puertas del contencioso administrativo frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración.

5. Conclusiones

a) Los conflictos son inevitables por las fuentes generadoras de éstos, como la mala distribución de la riqueza y los criterios valorativos e ideológicos que acompañan a cada individuo. La solución a los

conflictos puede ser ejercida, tanto en un ámbito privado como público, a través de la autonomía privada de partes o la intervención del Estado. En ambos escenarios es posible recurrir a modos de solución, como la autotutela, autocomposición y heterocomposición.

- b) La autotutela, en tanto no afecte o vulnere bienes jurídicos, no requerirá de un control para validar el acto; en cambio, si con su ejercicio se lesiona bienes jurídicos, requiere ser controlada para validar y generar eximentes de responsabilidad penal. Los parámetros para ese control aparecen establecidos en el texto del artículo 20.3 del Código Penal que regula la legítima defensa. El mecanismo al que se recurrirá para ello será la procesalización. El efecto final del control se expresará en la aprobación o desaprobación de la conducta vulneratoria del tipo legal.
- c) El proceso judicial no es el único mecanismo de control sobre la legítima defensa, sino que, a la luz de la Ley 27936, también se podrá recurrir a *mecanismos extraprocesales*, a través de la intervención del Ministerio Público, quien como titular de la acción penal, tiene la posibilidad de no emitir denuncia fiscal contra el procesado o retirar la acusación fiscal si la hubiere. En otras palabras, apartar al que ejerce la legítima defensa de los efectos del proceso judicial es una posibilidad latente y de ejercicio no solo del juez penal, sino incluso del propio Ministerio Público.

(46) Esta posición era recogida en nuestra legislación en el Código Procesal Civil (en adelante, CPC), cuando regulaba el procedimiento a seguir en el contencioso-administrativo. Decía el artículo 540 del CPC: "la demanda contencioso-administrativa se interpone contra el acto o resolución de la administración a fin que se declare su invalidez o ineficacia. Se excluyen aquellos casos en que la Ley, expresamente, declara inimpugnable lo resuelto por la autoridad administrativa". Esta regulación evidentemente que determinó que se asumiera la posición que el objeto del contencioso-administrativo era el control de legalidad del acto y que la labor del Poder Judicial se veía restringida a ello, sin que pudiera pronunciarse sobre el fondo de la decisión administrativa.

Conflicto, autotutela y control jurisdiccional
Conflict, non-judicial measures and judicial review

d) El proceso contencioso-administrativo encierra una función jurisdiccional, para la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de la administración y de los administrados, en el que se ventilan

situaciones conflictivas entre partes en igualdad procesal. Esa es la gran fortaleza que se esgrime en este tipo de pretensiones, donde se busca atenuar o contrarrestar, en un escenario imparcial, el desequilibrio entre la fuerza y el poder de la Administración frente a los administrados. 