

Ad Verbum

Revista De La
Corte Superior
De Justicia
Del Callao

AÑO XIII – N° 11 – ABRIL 2017



SUMARIO

Sumario

3 Editorial

5 DERECHO CONSTITUCIONAL

6 Breves Ideas sobre El Matrimonio Homosexual

9 El Derecho Fundamental de la Dignidad de la Persona Humana

19 Corrupción y Estado Constitucional de Derecho: Rol del sistema de justicia.

21 DERECHO PENAL

22 La Mínima Actividad Probatoria y la Presunción de Inocencia en el Proceso Penal Inmediato

27 Criminalística Investigación Científica Probatoria

32 La devolución del bien incautado y la disponibilidad del Juez para la restitución del bien, una mirada a la unificación entre la Ley de delitos

40 DERECHO CIVIL

41 ¿Qué Juez es el competente en los procesos no contenciosos de convocatoria a junta obligatoria anual y junta general?

46 DERECHO PROCESAL

47 PROCESO JUDICIAL ELETRÔNICO NO BRASIL: Implicações e perspectivas do processo na sociedade digital.

52 DERECHO DE FAMILIA

53 Prácticas Restaurativas

71 DERECHO LABORAL

72 Luces y sombras del Principio de Primacía de la realidad en el ámbito laboral

76 La figura del grupo económico en el Derecho Laboral peruano

La Corte Superior de Justicia del Callao, con el compromiso de desarrollar en la presente gestión un espacio académico que incentive el debate entre los operadores jurídicos chalacos, se complace en presentar, en virtud a la desinteresada labor de nuestro Comité Consultivo, la undécima edición de nuestra revista Institucional "Ad Verbum", la misma que en esta ocasión contiene no solo temas jurídicos, sino también tópicos vinculados a él.

En la presente edición, contamos con sendas publicaciones de destacados académicos extranjeros. Así, es de destacar la publicación de la jurista brasileña Franciane Hásse, la misma que versa sobre un tema procesal novedoso en nuestro medio: el proceso judicial electrónico en el Derecho Procesal brasileño. El artículo de la mencionada académica ha sido escrito en su idioma de origen, no obstante, al tener el idioma portugués y el idioma castellano varias similitudes, consideramos que el lector no tendrá ningún inconveniente al momento de leer y, sobre todo, entender el texto. Al lado de la publicación brasileña, también contamos con aportes de un académico belga, el Director del Instituto Latinoamericano de Prácticas Restaurativas, Jean Schmitz, quien en base a su experiencia dentro de nuestras fronteras, nos enseña como el mecanismo de las prácticas restaurativas constituye una nueva forma de justicia penal.

El aporte de los académicos extranjeros se ve complementado con los interesantes trabajos elaborados por nuestros Jueces y trabajadores chalacos, quienes han abordado temas de actualidad como el matrimonio entre personas del mismo sexo, la lucha contra la corrupción, la mínima actividad probatoria practicada dentro de un proceso penal inmediato, la competencia jurisdiccional en los procesos no contenciosos de convocatoria a juntas obligatorias anuales de personas jurídicas reguladas en el Código Civil y en la Ley General de Sociedades.

Al mismo tiempo, el aporte académico de nuestros Jueces y trabajadores se ve reflejado en temas que al día de hoy no han perdido su vigencia; por el contrario, actualmente merecen un nuevo estudio y el replanteamiento de sus bases.

Finalmente, esperamos que la presente edición de nuestra revista institucional contribuya a forjar un espíritu crítico de las instituciones legales reguladas en nuestro derecho positivo, pues como operadores del Sistema de Justicia muchas veces estamos llamados a interpretar los dispositivos normativos en pos de una efectiva vigencia de los valores que inspiran a nuestro ordenamiento jurídico.

Dr. Walter Benigno Ríos Montalvo

Presidente de la Corte Superior de Justicia del Callao

Directorio Revista: AD VERBUM

DIRECTOR

Dr. Walter Benigno Ríos Montalvo

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Víctor Roberto Obando blanco

Dr. Miguel Castañeda Moya

Dr. David Pajares Narva

Apoyo: Oficina Imagen Institucional

DISEÑO, DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN



ZEMAB

Servicios & Inversiones E.I.R.L.

Email: ventas@inversioneszemab.com

Web: <http://www.inversioneszemab.com>

CARATULA



La revista no se identifica necesariamente con los artículos y opiniones que se publican.

AD VERBUM

AÑO XIII – Nº 11 – ABRIL 2017

Adverbum es una publicación de la Corte Superior De Justicia Del Callao

A pair of ornate brass scales of justice is the central focus of the image. The scales are positioned on a wooden surface, with the left pan hanging lower than the right. The background is a soft, out-of-focus warm light, possibly from a window. A dark red horizontal band is superimposed over the middle of the image, containing the text 'DERECHO CONSTITUCIONAL' in white, bold, uppercase letters.

DERECHO CONSTITUCIONAL

Breves Ideas sobre El Matrimonio Homosexual



Walter Benigno Ríos Montalvo
Presidente de la Corte Superior de Justicia
del Callao

A raíz de la sentencia emitida por el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima en el caso Óscar Ugarteche, la Academia ha vuelto a abrir el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿Es legítimo reconocer ante el Derecho la unión entre dos personas del mismo sexo, la misma que acarreará la producción de consecuencias jurídicas patrimoniales y extra-patrimoniales?



Frente a esta discusión académica, el Código Civil de 1984 se constituye en un primer obstáculo que impediría el casamiento entre personas del mismo sexo. Así, aquel cuerpo normativo prevé en su artículo 234^o que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

Frente al Código Civil de 1984, la Constitución Política del Estado de 1993 señala en su artículo 2^o una serie de derechos fundamentales entre los cuales cabe resaltar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad. En este punto del discurso, es oportuno hacer mención que el Tribunal Constitucional ha diferenciado dos manifestaciones del derecho a la igualdad. Por un lado tenemos el derecho a la igualdad ante la ley, entendido como la proscripción de

¹ Artículo basado en la columna de opinión publicada en el diario *Expreso* el pasado 19 de marzo, con ligeras modificaciones.

² "Aunque se haya alegado la violación del derecho de igualdad ante la ley, lo cierto es que no es la dimensión física del derecho de igualdad la que aquí interesa, a efectos de dilucidar el fondo de la controversia; es decir, el problema que ahora este Tribunal tiene que resolver no versa sobre un tópico en el que el legislador, mediante la ley, haya introducido un tratamiento diferenciado, sin base objetiva y razonable, que pese sobre el recurrente, como se ha expuesto en los antecedentes de esta sentencia, sino, en realidad, su aplicación en forma diferenciada. Esto es, una eventual violación del 'derecho de igualdad en la aplicación de la ley'."

El derecho de igualdad, en efecto, no solo se proyecta prohibiendo tratamientos diferenciados, sin base objetiva y razonable, en el contenido normativo de una fuente formal del derecho, sino también en el momento de su aplicación. Ella se ha de aplicar por igual a cuantos se encuentren en una misma situación, quedando prohibidas, por tanto, diferenciaciones basadas en condiciones personales o sociales de sus destinatarios, salvo que éstas se encuentren estipuladas en la misma norma. Impone, pues, una obligación a todos los órganos públicos de no aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares. Esta dimensión del derecho a la igualdad vincula, esencialmente, a los órganos administrativos y jurisdiccionales, los que son los llamados a aplicar las normas jurídicas" (STC Exp. N° 1278-2002-AA/TC, fundamento jurídico 2°).

tratamientos diferenciados sin base objetiva y razonable, en el tratamiento normativo. Por otro lado, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige a los operadores jurídicos aplicar las consecuencias jurídicas de la ley a todos aquellos individuos que se encuentren ante supuestos similares (Cfr. STC Exp. N° 1279-2002-AA/TC).

Pues bien, a la luz de lo señalado anteriormente, consideramos que toda discusión académica que aspire a ser seria, no debe prescindir de los elementos legales y constitucionales en cuestión.

Por ello, somos de la idea que a efectos de emprender un análisis riguroso sobre el tema objeto de opinión, la temporalidad del Código Civil y de la Constitución Política del Estado, es un extremo que merece ser resaltado. En efecto, no debe perderse de vista que las normas del Libro III del Código Civil de 1984, perteneciente al Derecho de Familia, son reproducción normativa de las normas institucionalizadas en el Código Civil de 1936. Ambos cuerpos normativos, los cuales fungen como verdaderas cartas fundamentales a nivel de relaciones privadas, responden a una forma conservadora de apreciar las instituciones familiares. Por su parte, la Carta Magna no ha optado por un modelo de matrimonio; solo delega a la ley la regulación de su forma de celebración.

Los fines tradicionales del matrimonio decimonónico (influenciado, qué duda cabe, por el Derecho Canónico) eran fundamentalmente dos (2): la procreación y perpetuidad de la comunión de personas a través de la descendencia; y el complemento de dos modos de vida que originan una sola. El vigente Código Civil ha sancionado en su articulado que el matrimonio tiene por finalidad



hacer vida en común; esto es, no ha previsto que el matrimonio tenga por finalidad la procreación y la perpetuidad de la especie humana.

Consideramos que este punto es de trascendente importancia; en efecto, con la exclusiva previsión de una sola finalidad (la de hacer vida en común), una pareja heterosexual podría contraer matrimonio siempre que no se halle dentro de las causales de impedimento absoluto y relativo, regulados en los artículos 241° y 242° del Código Civil. La razón de ello es muy sencilla, nada obsta para que una pareja heterosexual infértil pueda compartir experiencias y convertir sus vivencias en una sola ante la sociedad.

¿Por qué no razonar bajo la misma lógica tratándose de una pareja homosexual? ¿Acaso la unión entre una pareja del mismo sexo está impedida de hacer vida en común? Creemos que la respuesta es negativa. Lamentablemente aún vivimos en una sociedad que estigmatiza al homosexual al creerlo como una persona proclive a la promiscuidad.

² Respecto a los fines matrimoniales en la unión marital consagrada por el canonismo, recordemos que sólo entre los siglos IV al X comenzó a aparecer en Occidente, al lado de las ceremonias similares y civiles, la eclesástica del matrimonio. Esta carecía de carácter obligatorio, pero con el tiempo se le fueron incorporando rasgos y ritos de las diversas culturas. La doctrina del matrimonio canónico, en verdad, fue paulatinamente formulándose por los papas gregorianos y canonistas, y particularmente por Santo Tomás, y así posteriormente la obra del papa Pío XI, promulgada por su sucesor Benedito XV (Código Canónico de 27 de mayo de 1917, puesta en vigor el 19 de mayo de 1918), resalta apropiado de los fines:

"Can. 1013 - 1. La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario.

2. La unidad y la indisolubilidad son propiedades esenciales del matrimonio, las cuales en el matrimonio cristiano cobran una firmeza peculiar por razón del sacramento".

Así, el canonismo posevo dio por enunciados en forma expresa los fines objetivos del matrimonio: los de la institución (el matrimonio), fines operati, y los particulares de los contrayentes, fines operati, distinguiéndose inmediatamente el fin primario de otros secundarios, que naturalmente quedaban subordinados al primero (...).

El Perú es una sociedad democrática. La democracia no solo implica un gobierno de mayorías que respeten la estructura y organización del poder político previsto en la parte orgánica de la Constitución. Vivir en democracia significa respetar y saber convivir en una sociedad pluralista donde no todos compartimos un solo modelo de hacer y sentir las cosas. Es aquí donde entra el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho fundamental encuentra su mayor expresión dentro del contexto de una sociedad democrática. Así, nadie tiene por qué impedir el libre desarrollo de mi personalidad siempre que no lesione intereses ajenos dignos de protección.

La pretensión de una pareja homosexual de buscar reconocimiento jurídico a su unión estable, con los mismos efectos que los previstos por el Código Civil ante el supuesto de uniones heterosexuales, es legítima porque dentro del ejercicio de su libertad no lesionan intereses ajenos dignos de protección. En efecto, los pareceres, las íntimas convicciones religiosas o de otro orden, no tienen capacidad normativa alguna para impedir el reconocimiento jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Es necesario comprender una institución como el matrimonio a la luz de los valores de hoy, no de aquellos que inspiraron la emisión de la legislación decimonónica. Existen personas que buscan que su unión estable sea reconocida ante el Derecho. Este reconocimiento no lesiona intereses ajenos dignos de tutela. Nada obsta para que una unión matrimonial entre personas del mismo sexo, pueda cumplir con la finalidad institucionalizada del matrimonio; ergo, negar reconocimiento jurídico al amparo de una norma con rango de ley como es el Código Civil, constituye un despropósito que va en contra de los derechos constitucionales al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad ante la ley.

El matrimonio entre personas del mismo sexo es una realidad que poco a poco está calando en los ordenamientos jurídicos del orbe. Probablemente, años más tarde, cuando dejemos de existir, nuestra descendencia se preguntará por qué debatimos sobre una cuestión cuya respuesta es tan evidente a la luz de los valores y principios de la sociedad moderna.

1. ¿El nuevo derecho canónico, es decir, el Código Canónico puesto en vigencia el 27 de noviembre de 1983, afirma:

Can. 1055.-1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

2. Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por ese mismo sacramento.

Can. 1056.- Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento.

Significa lo dicho que, dentro de la concepción del matrimonio canónico, los cónyuges no concurren ya a éste fundamental y primariamente para cumplir con las obligaciones provenientes del instinto sexual y en orden a la procreación, sino y también, y con igual valor, para formar una comunidad de vida, una intimidad de amor que asume también el plan de la procreación, pero dentro de un compartir, del diálogo, y de una comprensión suficiente.

El Derecho Fundamental de la Dignidad de la Persona Humana



Dra. Yrma Flor Estrella Cama
Juez Superior (T) de la Corte Superior de
Justicia del Callao



1.1. Marco Filosófico

Abordar la **DIGNIDAD HUMANA** desde el punto de vista filosófico, resulta confuso y difícil, y, muchas veces discutible por la misma complejidad de su naturaleza y de su origen; sin embargo, habitualmente en nuestras actividades hacemos uso de este principio, aplicándola como sustento en nuestras citas jurídicas; es más, considerada en los diversos enfoques efectuados desde un ámbito político, social, re-

ligioso entre otros; en donde podemos observar los criterios y sentidos de su alcance fundamental, así tenemos: el ontológico, ético, teológico, jurídico, político, interno y externo. En ese sentido, es apreciado en los diversos conceptos o definiciones efectuadas sobre este valor supremo inherente a la persona humana muy relacionada con los derechos humanos; ello se debe porque, la persona es el origen y la esencia de la dignidad. Como tal, la dignidad es la regla de interpretación de los derechos fundamentales.

Así, es posible que el contenido de un mandato arbitrario parezca justo y acertado- y aún más justo que el que se derivaría del Derecho vigente, no obstante, hay que reconocer que la arbitrariedad, tan sólo por ser tal, resulta la plaga mayor que puede sufrir la sociedad (...).¹ Es en ese

¹ RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Primera edición, Editorial Porrúa, México, 1985, p. 217.

² PÉREZ ROYO, Javier. *Cursos de Derecho Constitucional*, Décimo Tercera Edición, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2012, p. 242.

³ CASTILLO DÁVILA, Mercedes. *Filosofía del Derecho*, Segunda Edición, Lima-Perú, 1994, p. 42.

⁴ LAMDA, ARROYO, César. "La Dignidad de la Persona Humana", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 7, julio-diciembre 2002, México, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 112-113.

⁵ SILVA VALLEJO, José Antonio. *Nueva Historia General del Derecho*, Fondo Editorial UAP, Lima, 2013, p. 187.

⁶ Para referirnos a los derechos humanos o derechos constitucionales debemos referirnos a la dignidad de la persona humana.

⁷ Por ejemplo, El Principio de la supremacía de la Constitución garantiza que los jueces de todas las instancias doten de contenido constitucional a las

caso donde opera la dignidad como una garantía, como una regla, como un valor o límite a la arbitrariedad.

Y es bajo este contexto que la Filosofía del Derecho, nos da un alcance sobre la definición, origen, naturaleza de la Dignidad Humana, cuyo reconocimiento surge de la controversia suscitada entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo generando una serie de connotaciones en su definición por sus relaciones con la Moral y el Derecho. Actualmente la dignidad es reconocida en Tratados y Declaraciones de Derechos Humanos, así como Constituciones que las contienen como la cláusula pétrea de todo el sistema jurídico.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Es interesante destacar el desarrollo histórico del origen de los fundamentos del valor de la Dignidad de la persona humana; por el proceso de formación y entenderla en su magnitud "por ser el único derecho en el que se van a encontrar con un apartado dedicado a la titularidad"² y por cierto su reconocimiento constitucional.

En efecto, a través del tiempo y con enfoques del momento de cada realidad se fue dando paso a su definición y naturaleza de la dignidad.

No fue la antigua Grecia ni Roma la que protegía este bien jurídico; la preocupación del momento fue en sí el ser humano, en su relación con los demás, con el mundo exterior, no de este derecho de la dignidad, del que se deriva los derechos de personalidad. Sin embargo, se dice que con la "Actium Injurice" (Acción contra la injuria) se defendía a la persona difamada por otras personas; es en esas circunstancias que acudían ante el Pretor para la sanción correspondiente, ya sea civil o penal, constituyendo la vulneración de uno de los derechos, como es el honor (derecho de la personalidad).

La Visión Cristiana: Se dice, que la dignidad humana sentó sus bases en el cristianismo que tiene una cosmovisión, donde todos los hombres son iguales, creados a imagen y semejanza de Dios. Es así, que el cristianismo supone un drástico cambio en la forma de ver al ser humano, de que todos somos hijos de un mismo Padre, por ello todos somos hermanos; y, sobre este argumento proclama la igualdad de todos los seres humanos y como observamos éste, es otro derecho, como otros originados de la dignidad.

El cristianismo se opone a la esclavitud, al papel secundario de la mujer defendiendo a las viudas, denuncia el aborto y el infanticidio.

A lo largo de la Edad Media y por influjo de los



Padres de la Iglesia, se va elaborando el concepto de **persona y el de dignidad humana**, según el cual el ser humano es digno por sí mismo y su dignidad proviene de ser Hijo de Dios.

En la Edad Media se profundiza la diferencia de las clases sociales, lo que origina el surgimiento de **la Escuela del Derecho Natural**, la cual señala que los derechos pertenecen a la naturaleza humana, Hugo Grocio es considerado el padre de esta escuela, como señala Melquiades Castillo³; Grocio es reconocido como el fundador de la moderna filosofía del Derecho. Es el primero que

normas, y en su defecto impique mediante el control de la Corte (Poder Judicial), una norma inconstitucional cuando esta atente contra los principios constitucionales.

² RECASENS SICHES, Luis. Tratado General.

... Ob. cit., p. 549.

³ Cf. La etimología de María Jesús, El tema del hombre, "Revista de Occidente" Madrid 1943; SHENFIELD (FD) Rediscovey of Justice, Allen & Unwin, Londres, 1947; DREYFUS (Russell W.) The Dignity of man Harper, Nueva York, 1955.

⁴ Eclesiástico: Escuela filosófica fundada por Zenón de Citio en el Siglo IV. En una época en que desaparece la libertad política de Grecia y en que la "polis" imitada se aplica enormemente con dependencia a poderes estatales irresistibles, ante los cuales tenía que buscarse un nuevo ámbito libertad

afirma explícitamente la independencia del Derecho de la teología, ya que su fuente es la razón humana, especial instrumento de la subjetividad del hombre. Asume una actitud individualista que hace prevalecer el interés por los derechos subjetivos del individuo que son derechos innatos que el Estado no podrá modificar.

El Renacimiento, aparece como reacción contra los abusos de los poderes públicos, visibilizándose mejor el valor y el derecho de la dignidad, surgiendo así la teoría Institucional: Mira al ser humano como persona, no como un mero reflejo del orden jurídico, sino teniendo en cuenta que dicha persona tiene existencia propia y aunque el ordenamiento jurídico le otorgue de significado no podrá ignorarse la preexistencia de las personas, hechos que dieron lugar a la formación de la dignidad de la persona, término que se representa como: La dignidad de la persona al núcleo axiológico constitucional, siendo necesario recurrir a la teoría institucional:

"(...) en una perspectiva institucional no abstencionista sino promotora de la persona humana, lo que se busca ya no es limitar y controlar al Estado y a la Sociedad; sino por el contrario, promover o crear las condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales, que permitan el desarrollo de la persona humana. Por ello, no existe ni puede existir dignidad humana sin libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (...)".

A ello agregamos la importancia de lo señalado por el tratadista, ex Magistrado de la Corte Suprema **SILVA VALLEJO**¹⁵, cuando se refiere al discurso realizado por el Papa Juan Pablo II con motivo de su incorporación como DOCTOR HONORIS CAUSA en la Universidad de Roma "La Sapienza", realizado el sábado 17 de Marzo del 2003, en la víspera de su 83º cumpleaños, donde al contestar el Papa en un brillante discurso, en esencia sostuvo lo siguiente: "El principio que me ha guiado en mi compromiso es que la persona

humana tal como ha sido creado por Dios es el fundamento y el fin de la vida social, a la que el derecho civil debe servir. En efecto, "la centralidad de la persona humana en el derecho se expresa eficazmente en el aforismo clásico. **"HOMINUM CAUSA OMNE IUS CONSTITUTUM EST"**. Esto quiere decir que el derecho es tal si se pone como fundamento al hombre en su verdad, unida a la idea de libertad, la dignidad adquiere además un significado jurídico-político".

Es preciso, mencionar que después de la Segunda Guerra Mundial, se constituyó un nuevo paradigma **"la dignidad de la persona humana"**¹⁶.

Es decir, se pone a la persona humana como el centro de la discusión política, social y cultural, no será la ley la que mida al hombre, sino el hombre y su dignidad la que mida a la ley y la legitimidad de ésta, es decir no es la legalidad sino la legitimidad la cual deberá ser siempre aplicada.¹⁷

Tan poderosa es la concepción del nuevo paradigma, que actualmente, no es exclusividad de los Estados conocer los procesos de sus ciudadanos en referencia a la violación de derechos humanos, sino también existen, si bien con condiciones, para que Órganos Internacionales sean competentes, como los Órganos del Sistema Regional y el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos. Es por esa misma razón que la soberanía de los Estados no se afecta cuando se trata de jurisdicción Internacional en referencia a temas de Derechos Humanos (Derechos Constitucionales), siempre y cuando se encuentre con los parámetros establecidos de las normas internacionales cuya finalidad es legitimidad y coadyuvar a la **dignidad de la persona**.

1.2. Evolución Histórica de la Juridificación de la Dignidad Humana

La etimología de la palabra "dignidad" deriva

interno intangible. (...) La Ley natural que es la "recta ratio" coincide con la naturaleza humana. La ley humana por eso solo es Derecho en cuanto coincide con la ley natural. CASTILLO MELQUADES, Luis. Filosofía del..., Ob. Cit., p. 39.

¹¹ RECASENS BICHES, Luis. Filosofía del..., Ob. cit., p. 542.

¹² INGER, Peter. Compendio de Ética, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 257.

¹³ Cf. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La Dignidad de la persona, CIVITAS EDICIONES, Madrid, 1998.

¹⁴ HENRÍQUEZ FRANCO, Humberto. Censura Constitucional. Edición FEONAT, Lima 1-Peña, Año 2007, p. 40.

¹⁵ LANDA, ARROYO, César. Ob. cit., p. 112.

del latín "**dignitas**" y ésta de "**dignus**" que significa merecedor; se puede afirmar que la **dignidad**, o «cualidad de digno», deriva del adjetivo latino "digno" y se traduce a que tiene dignidad, y se le reconoce como tal, porque está dotado de un fin propio, haciendo referencia al valor inherente al ser humano que goza del pleno ejercicio de su libertad.

Los fundamentos de la dignidad trascienden a una determinada cultura; sin embargo, como ya lo dijimos anteriormente, es el cristianismo (Antiguo y Nuevo Testamento) el cual lo desarrolla. Y dijo Dios: *Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza; y ejerza dominio sobre los peces del mar, sobre las aves del cielo, sobre los ganados, sobre toda la tierra, y sobre todo reptil que se arrastra sobre la tierra.* (Génesis 1:26), esa idea es de la dignidad, y de peculiar característica de la cultura cristiana; pero, también se dice que no es exclusiva de ella. Porque esta idea había aparecido en el antiguo pensamiento de la China; en el cual se declaraba que lo más importante es el hombre. En la Grecia Clásica, se dio la idea de dignidad humana muy tímida por lo frustrante que tuvo con respecto a la igualdad y la libertad, que son efectos de la dignidad.

Claro es, los antiguos griegos, al subrayar la primacía de la razón, abrieron una vía para la éti-

ca del humanismo, bien, que después no pudieron desenvolverla en su filosofía jurídico-política. Esta vía consistía en reconocer que el hombre no es una cosa (...) El hombre es una criatura que se singulariza por su mente racional, gracias a la que es capaz de un conocimiento de las verdades más altas.⁸

Platón y Aristóteles, no llegaron ni remotamente a formular este principio con dimensiones universales, pues sostenían que algunos hombres, no solo, no tienen derechos iguales, sino que no tienen ningún derecho en absoluto: los esclavos. Según Aristóteles, el trato desigual de los esclavos, de las mujeres y de los niños (...) tiene menor participación en la razón que los hombres.⁹ La dignidad tiene ese fundamento de igualdad entre todos los miembros de la familia humana.

En la Antigüedad Clásica, sólo la filosofía estoica¹⁰, sobre todo en sus desenvolvimientos romanos- Epicteto, Séneca, Cicerón y Marco Aurelio-, formaron una idea universal de la humanidad, es decir de la igualdad esencial de todos los hombres en cuanto a la dignidad que corresponde a cada uno.¹¹

La Edad Moderna constituyó el inicio de reconocer al hombre y su dignidad, sin un significado religioso, es en ese contexto que el filósofo prusiano Immanuel Kant introduce su pensamiento, afirmando la llamada «fórmula del fin en sí mismo», esto es, el hombre es un fin en sí mismo, no un medio para usos de otros, con la cual exige tratar a la humanidad en su propia persona o en la persona de cualquier otro nunca simplemente como un medio, sino al mismo tiempo como un fin.¹² Este pensamiento arraiga culturalmente, siendo recogido con mayor fuerza después de la Segunda Guerra Mundial, donde la humanidad toma conciencia que el ser humano y su dignidad son un fin en sí mismo y no un medio, como sí son los animales por ser seres irracionales, considerando la existencia de las personas de un valor



⁸ El PERSONALISMO O HUMANISMO JURÍDICO: Es una filosofía que hace de la persona el centro del derecho, su sujeto a proteger, en tanto es un fin en sí mismo, pues no es un instrumento susceptible de explotación u opresión por parte los demás hombres, a través de un sistema formal-normativo que responde al particular interés de los grupos dominantes; cualquiera sea su posición ideológica, por lo que requiere protección jurídica que debe ser acorde a su naturaleza peculiar, pues el ser humano no solo es un ser racional, volitivo y sentimental sino es un ser en libertad, coexistencial y temporal, que se vale de su cuerpo, de su cuerpo, de otros seres humanos y de las cosas para realizarse como persona.

⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El Sistema Constitucional Español", Editorial Dymintón S.L., Madrid, 1992, pp. 162, 164.

¹⁰ <http://www.consejconstitucional.gov.co/legisla/2002/F-881-02.htm>

¹¹ BERRUALES BALLESTEROS, Enrique, "La Constitución de 1999 Análisis Comparado", Quims Ebooks, Editora RAO S.R.L. Lima -Perú, Julio 1999, p.

absoluto, calidad que le otorga de todo respeto moral, precisamente por la dignidad de sólo ser persona.

Después del desarrollo filosófico de la dignidad humana, punto de partida para el reconocimiento de los derechos fundamentales de primer orden, como uno de los valores constitucionales, la dignidad humana es una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal, siendo una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana. Ella es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser retirada a alguna persona por el ordenamiento jurídico, siendo inherente a su naturaleza humana; ella no desaparece por más baja y vil que sea la persona en su conducta y sus actos.¹³

La dignidad se sustenta en el reconocimiento a la persona, se hace merecedor de respeto, sin importar su origen, grado cultura, religión, capacidad económica, raza, sexo, reconociendo y tolerando las diferencias de cada persona, para que se sienta "digna y libre".

De esta manera, la dignidad se convierte en una de las características más importantes del Constitucionalismo como consecuencia de los hechos execrables ocurridos en la Segunda Guerra Mundial, dando origen al constitucionalismo de los derechos fundamentales, lo que podemos determinar en:

"(...) el triunfo de la democracia sobre el totalitarismo. Las execrables violaciones a los más elementales derechos de las personas producidas por el Nazismo y el Fascismo obligaron a los países victoriosos a fundar la Organización de las Naciones Unidas (ONU), encargada de velar por la paz y la seguridad mundial (...). Este constitu-

cionalismo, reconoce al hombre como el fin supremo de la sociedad y el Estado. Acepta, por tanto el rol social del Estado y en función de este objetivo establece los mecanismos y garantías para hacer eficaces los derechos fundamentales".¹⁴

La teoría institucional, parte de concebir el valor de la persona humana y de su libre desarrollo, y con ello se deja notar el doble carácter simultáneo que tiene dicha teoría como: categoría jurídico-positiva y como categoría valorativa. Por tanto "después de la guerra, la dignidad de la persona y sus derechos humanos se convirtieron en el pilar vertebral de la nueva forma de organización democrática del Estado y de la comunidad internacional (...)"¹⁵, hechos que fueron plasmados en declaraciones y pactos internacionales. Ciertamente, el reconocimiento de la dignidad de la persona y sus derechos que le son inherentes, nos permiten hablar de la existencia de un sustrato filosófico "iuspersonalista o personalismo"¹⁶, el cual se nutrió ideológicamente de los aportes del liberalismo, del socialismo democrático y del humanismo social cristiano que evolucionaron como respuesta a los hechos acaecidos en la Segunda Guerra Mundial.

El concepto de dignidad humana fue retomado por los dos Pactos internacionales de derechos humanos de 1966 y por la mayoría de los instrumentos condenatorios de una serie de prácticas o directamente contrarias al valor esencial de la persona, reprobando la tortura, la esclavitud, las penas degradantes, **las condiciones inhumanas de trabajo**, las discriminaciones de todo tipo, también fue acogido por las Constituciones nacionales, haciendo referencia a la dignidad humana como fundamento del Estado de Derecho. En tal sentido, se destaca la Constitución alemana de 1949, que como reacción a las atrocidades cometidas durante el régimen nazi, establece en su artículo 1º que: La dignidad humana es intangible. Los poderes públicos tienen el deber de

107.

¹³ Resolución del Tribunal Constitucional, Expediente Nº2279 - 2005 - FHC/TC, de fecha 20 de Abril del 2006. Caso QUIROZ CABAYELLAS, Fundamento 5.

¹⁴ Resolución N.º 0030-2005-Pl/TC que en su cuadragésimo fundamento señala que: "...La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural, como desde el subjetivo-institucional. Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concreción, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana..."

¹⁵ LANDA, ARROYO, César, "La Dignidad de...", *Op.cit.*, p. 120.

respetarla y protegerla.

Este reconocimiento de la dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico interno, se dio bajo la influencia del constitucionalismo de la post guerra o derechos humanos, en la que se considera al hombre como el fin supremo del Estado y de la sociedad, de esa posición fueron las Constituciones Europeas: de Italia 1947, Alemania de 1949, Francia de 1958, Grecia de 1975, Portugal de 1976 y España de 1978, las cuales inspiraron a las constituciones latinoamericanas como: Guatemala de 1985, Brasil de 1988, Chile de 1989, Costa Rica de 1989, México de 1992, Colombia de 1991, Perú de 1979, Argentina de 1994, Venezuela de 1999, Ecuador de 1998 y Bolivia de 2009, entre otras.

En España, mediante el artículo primero de la Constitución reconoce como valores superiores del ordenamiento español a los principios de justicia, libertad e igualdad, sosteniendo como fundamento de orden político y de la paz social a la dignidad de la persona, es decir las personas tienen derecho a una vida digna, distinguiéndose a su vez los derechos fundamentales como una expresión obligada de este fundamento base, es decir, no son derechos subjetivos que cada persona ejerce en las relaciones interpersonales, apartados de la esfera estatal, por el contrario se les consideran como normas jurídicas objetivas que forman parte de un sistema axiológico que debe ser respetado por todos los sectores del Derecho, esta nueva concepción es considerada por las diferentes legislaciones que integran el sistema romano germánico.¹⁷

Así, en América Latina, la Corte Constitucional Colombiana, definió de esa forma a la Dignidad Humana, en la sentencia T 881 de 2002.¹⁸

De acuerdo con esa tendencia, también en el Perú el reconocimiento de la dignidad humana

se realizó con la promulgación de la Constitución de 1979, derogada a la fecha, en su Título I definía los Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona, declarando en el artículo 1° que La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla, asimismo, en el artículo 2° hacía una enumeración expresa de los mismos; y finalmente, en el artículo 4° disponía que dicha enumeración no excluía a otros que deriven de la dignidad humana.

Conviene poner de relieve que la Constitución Política de 1979 iluminada en la nueva corriente constitucionalista e inspirada en la defensa de los derechos humanos, sentó las bases de un Estado Democrático donde sus órganos tenían sus atribuciones y funciones definidas, se aseguró la vigencia de los derechos fundamentales, todo ello con la finalidad de consolidar un Estado de Derecho. Del mismo modo se promulgó la Constitución Política de 1993, que se encuentra vigente y que en su artículo 1° señala: La Defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado".

Podemos señalar que esta: "(...) declaración general que, en términos jurídicos, se convierte en un principio general del derecho, es decir, en un medio de interpretación sistemática para el conjunto del texto constitucional, así como sobre otras normas de menor jerarquía (...) su contenido no representa innovación sustantiva respecto de la Constitución de 1979; en realidad responde a la misma concepción, aunque tiene la desventaja de una redacción menos clara que su precedente".¹⁹

Como se aprecia dentro del Ordenamiento Jurídico general, la dignidad humana se enge en las sociedades occidentales como uno de los valores democráticos fundamentales, prueba de ello es la incorporación de la dignidad en los diferen-

¹⁷ "El reconocimiento de unos derechos fundamentales no es sino la manifestación obligada de la primacía del valor constitucional de base: la dignidad de la persona humana". En FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El Sistema...", *Op. cit.*, p. 174

¹⁸ APARICIO ALDANA, Rocío, "Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las Relaciones Jurídico Laborales", Edit. Arandina S.A., España 2016, p. 45.

¹⁹ GAVALES CAMA, Cecilia, "La dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico constitucional peruano", En: *Los Derechos Fundamentales: Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*, Lima: *Gaceta Jurídica*, 2010, p. 9.

²⁰ PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho...*, pp. 217-219.

²¹ El Tribunal Constitucional en la resolución Nº 02278-2005-PHC/TC, que señala en el párrafo fundante: "...La dignidad humana constituye tanto

tes Instrumentos Jurídicos Internacionales.

Nuestro Tribunal Constitucional, señala que: "...Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanen todos y cada uno de los derechos del ser humano..."²⁰

Así quedó, jurificado sus alcances expresado en los siguientes instrumentos internacionales:

- Carta de las Naciones Unidas de 1945: "reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana (...)"
- Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, "(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base al reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)", y el "artículo 1º, "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".
- Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, "(...) 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 y de sus derechos iguales e inalienables (...) estos derivan de la dignidad inherente a la persona humana".
- Preámbulo de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre de 1948, "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por

naturaleza de razón y de conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros"

- Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, artículo 11.1, "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".

Del artículo 1º de nuestra Constitución y de la línea interpretativa del Tribunal Constitucional "[STC Nº 0050-2004-AI (acumulados), Nº 0019-2005-PI/TC, Nº 0030-2005-PI, Nº 1417-2005-AA, Nº 10107-2005-PHC], considera que "...Se encuentra en la responsabilidad constitucional de recogerlo y concretarlo jurisprudencialmente en un postulado normativo: el principio-derecho de la dignidad humana. De ahí que de la jurisprudencia de este Colegiado la dignidad humana ha quedado manifiesta en el artículo 1º de la Constitución Política del Perú de 1993, al reconocerse de forma expresa: La Defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, y se complementa con el artículo 3º, que señala: "...La enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...)", así como la incorporación de los tratados internacionales en el derecho nacional, artículo 55 y "cuarta disposición final y transitoria", "(...) reconocen que la dignidad humana abarca bienes jurídicos más allá de lo que positivamente se haya consagrado en el texto político..."²¹

Bajo este contexto y compartiendo la opinión que el jurista FERNÁNDEZ SEGADO²² entendemos la dignidad de la persona, como un valor supremo, es un principio de orden principalísimo, no constituye cualquier valor, sino que, la dignidad ocupa el primer orden de la persona humana, y tiene como sujeto al propio ser humano, desde esta perspectiva merece darle un tratamiento

Un principio como un derecho fundamental: en tanto principio actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónoma, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimadas a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana...".

²⁰ LANDI, ARROYO, César. "La Dignidad de la Persona Humana". *Cuestiones...*. Op. Cit. p. 122 primer párrafo.

²¹ APARICIO ALDANA, Rebeca Karina. "Derecho a la imagen...". Op. Cit. p. 48.

²² <http://www.ti.go.gob.pe/jurisprudencia/2008/02278-2005-HC.html>

²³ BARRAQUÉ, Luigi. "Derechos y Garantías. La ley del más débil". 2ª Edición, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2001, p. 67.

acorde a su naturaleza, pues, es un ser personal, distinto a todo ser de la naturaleza, por tanto es un valor propio del individuo en sociedad, y es el fundamento del orden político para la paz social, pues no sólo vincula con fuerza obligatoria para respetarla y defenderla entre los particulares, y ante los poderes públicos, sino, que además obliga al Estado a través de sus órganos a respetarla, protegerla y defenderla, por encima de toda connotación positivista, porque se trata de un derecho enmarcado dentro del jus naturalismo, que no necesita ser positivizada para su observancia y respeto.

Aunque los derechos de la personalidad es un tema a tratar en otro espacio más específico como el ámbito civil, que es una rama del Derecho con su fuerza normativa definida en el ordenamiento, no podemos dejar de expresar que por ser principio valor de la dignidad de la persona humana y demás derechos que le son inherentes va unida a la personalidad del sujeto o ser humano con sus derechos y obligaciones, lo que permite individualizarlo en su convivencia en una sociedad libre; de esta manera "determinando la integridad y la autonomía moral del sujeto, generando la estabilidad psicológica, la confianza en sí mismo, la independencia de criterios y la autenticidad como parte de la perfección personal en sus relaciones o interacciones sociales; y, de ahí que la defensa de este derecho resulta positivamente valioso"²⁴.

1.3. Naturaleza Jurídica

Iniciamos esta parte de la investigación compartiendo opinión con la doctora Carolina Canales Cama, quien tomando las palabras del profesor Háberle refiere: "reconocemos que el punto de partida es establecer que la imagen del ser humano²⁵ es un concepto formal, en tanto se refiere solo a afirmaciones sobre el ser humano (incluso los Estados totalitarios tienen una imagen del ser

humano)" ; esto es, a la persona se le reconoce como rasgo distintivo de seres humanos respecto de los demás seres vivos; la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad, por la voluntad propia que tiene cada persona que la distingue de los demás, es decir, cada uno es determinante de su conducta.

Y, por esa calidad de su dignidad el Estado debe defender y respetar a la persona, exigiendo el debido respeto de ella por las demás personas en las diferentes relaciones Interpersonales que se susciten en el desarrollo de su vida diaria.

Pérez Royo, nos dice que es evidente que la convivencia humana hace del ser humano diferencias personales y para ello juega un elemento importante la voluntad, que nos diferencia de los demás individuos del reino animal, porque todos los seres humanos somos portadores de voluntad. Precisa que por el hecho de tener voluntad propia también nos hace diferentes de los demás porque cada uno determina su conducta e la manera que le parezca mejor; en consecuencia en la voluntad radica la igualdad como de la diferencia.²⁶

Este doble carácter del postulado normativo reconocido²⁷, es definido de la siguiente manera:

La dignidad como principio

"... La dignidad de la persona humana es un principio rector de la política constitucional (...) en la medida que dirige y orienta positivamente la acción legislativa, jurisprudencial y gubernamental del Estado. Positivamente, en la medida que todos los poderes y organismos públicos deben asegurar el desarrollo de la dignidad humana en los ámbitos del proceso legislativo, judicial y ad-

²² <http://www.scjoo.gob.mx/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>

²³ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. : *La Dignidad de la Persona como fundamento del Ordenamiento Constitucional* Universidad de León, España, 1999, p. 27.

²⁴ Exp. N° 1417-2005-PA/TC, FJ.2, el Tribunal Constitucional se pronuncia: "Si bien el reconocimiento de los derechos fundamentales (compárrase en la norma fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiesta connotaciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado como el fin supremo de la sociedad y del Estado, artículo 1 de la Constitución".

²⁵ RECASÉN SICHES, Luis. : *Vida Humana, Sociedad y Derecho* 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1946, pp. 527-531.

ministrativo. Negativamente, en cuanto deben evitar afectar la dignidad humana a través de las leyes, resoluciones y actos administrativos que emitan; ya que todos los poderes públicos están vinculados directamente a la Constitución en un sentido formal y material²⁸.

Lo que significa que la dignidad humana es la base de todo el sistema jurídico y "la multidimensionalidad que impregna a los derechos fundamentales que es posible materializar un real Estado Social de Derecho, ante la apertura de la dimensión institucional como parte integral del contenido de los derechos fundamentales"²⁹.

La dignidad como derecho fundamental

La dignidad de la persona como derecho fundamental, según lo refiere la sentencia del Tribunal Constitucional N° 2273-2005-PH/TC³⁰, se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos.

Por lo señalado, el maestro Ferrajoli en Derecho y garantías: la ley del más débil sostiene, la dignidad es fuente directa de los derechos fundamentales, no agotándose ahí, ya que es fuente residual de cualquier derecho imperfecto; y como tal corresponden universalmente a todos los seres humanos, estatus que le da idoneidad para ser titular de situaciones que le permiten tener la capacidad de ejercicio de sus derechos, entre ellos el de recurrir a los órganos jurisdiccionales, exigiendo tutela jurisdiccional en la resolución de sus conflictos³¹.

Conforme a lo expuesto, la dignidad humana constituye el fundamento y límite del goce y ejercicio de los derechos fundamentales (artículos 1, 31, 44); en tanto, manifestaciones concretas de los derechos y libertades previstas o no expresamente en la Constitución; asimismo, la dignidad les otorga a los derechos fundamentales la fuerza

vinculante y la máxima protección jurídica frente al Estado y a los particulares; materializándose, en diversas funciones que son propias de la Constitución, y también de la dignidad humana, participando de las mismas funciones: legitimadora, ordenadora, temporal, esencial, integradora, limitadora y libertaria, por tanto la dignidad desarrolla la parte orgánica y dogmática de la Constitución.

Asimismo, el Tribunal Constitucional del Perú, como institución encargada de velar por la vigencia y supremacía de nuestra Constitución, ha señalado en el Expediente N° 1417-2005-PA/TC que: El Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado "Derechos Fundamentales de la Persona, además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1°) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2°, prevé en su artículo 3° que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. Los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III), ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

De ahí que la dignidad humana por su naturaleza constituye un bien jurídico fundamental, mejor dicho constitucional, por ser generadora de derechos inviolables e irrenunciables, e inherentes a la persona, concepto que por su origen, naturaleza y trascendencia la ubican como bien jurídico de primer orden fundamental, desde una perspectiva jurídica.

En efecto, ALEGRE MARTÍNEZ, desde dicha perspectiva, al momento de definir la dignidad toma en cuenta una serie de condiciones, presupuestos o postulados a través de sus características, señalando:

(i) La dignidad humana no admite ni tolera discriminaciones, (ii) cualquiera que fuese su conducta conserva su dignidad, (iii) Los derechos inviolables inherentes a la dignidad de la persona podrían resumirse en el derecho al reconocimien-

to y a la realización de la propia personalidad³³.

A estas características, se tiene que añadir la necesidad de un entorno de libertad y justicia, para que sea posible el desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad, y por tanto, las personas puedan vivir conforme a su dignidad. Así, como ya se ha señalado, si bien la dignidad no necesita para existir, ser reconocida por el Ordenamiento Jurídico, lo cierto es que sí será un requisito imprescindible de legitimidad el reconocimiento de la dignidad y de los valores que van unidos a la misma.

En consecuencia, la dignidad humana es un valor absoluto y fuente directa de la que derivan los "derechos fundamentales"³⁴ de la "persona", que no se agotan allí, sino que es fuente residual de cualquier derecho, lo que justifica la existencia del Estado y de sus objetivos, asimismo es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, como del modelo político, económico y social, por tanto la persona y su dignidad (valor ínsito a todo ser humano) no es un medio sino un fin en sí mismo.

En conclusión, la dignidad de la persona humana, que si bien no se refiere únicamente a la dignidad, sino que como hemos dicho, dimana otros derechos inviolables que le son inherentes, y, que inspiran el ordenamiento positivo junto con ella el orden político y la paz social, nos permite sostener que la dignidad es un fin supremo que sirve de soporte a la sociedad y por ende al Estado, de ahí que resulta trascendente su respeto irrestricto, por su calidad de bien jurídico constitucional y como tal lograr la convivencia de las personas y del Estado políticamente en paz social, y, evitar la confrontación de la sociedad y de esta manera indispensable para la comprensión del Derecho. Al respecto Recasens Siches, sostiene que el Derecho tiene sentido y justificación en la medida que sea un medio para cumplir los valores que pueden realizarse en la persona, garantizando su libertad y pueda cumplir con su propio e intransferible destino, lo cual es el goce de su autonomía personal³⁵.

CONCLUSIONES

De lo señalado en el presente comentario, po-

demos establecer las siguientes conclusiones:

1.- La Dignidad Humana es un valor supremo inherente a la persona humana, nace con el ser humano; y, es en esa calidad origen y esencia de dignidad, y fundamento de los derechos humanos, fuente de todos los derechos de la persona, que le da sustento de regla de interpretación de los derechos fundamentales; de ahí que es parte y se le relaciona con los Derechos Humanos.

Es más, bajo ese basamento de derecho constitucional de bien jurídico constitucional, toda norma o política del Estado se dirige a proveer y proteger a la persona humana; y como principio, valor supremo de primer orden, constituye el fundamento sobre el cual descansa el ordenamiento jurídico democrático social de derecho.

2.- Previo a su juridificación, la dignidad ha tenido un desarrollo histórico; quizá, siendo notorio, socialmente, por primera vez con el Cristianismo, para luego ser discutida su naturaleza a través de diversas escuelas políticas en el tiempo, con insignes representantes de los diversos ámbitos jurídicos y filosóficos. Con la segunda guerra mundial y el momento novedoso del pensamiento de Kant de que el Hombre es un fin en sí mismo, la humanidad toma conciencia de esta cualidad y su respeto a su dignidad de persona humana sin diferencia alguna y su derecho de ser digna y libre se da paso al Constitucionalismo de los Derechos Fundamentales y su reconocimiento a de la dignidad de la persona humana y bajo ese parámetro se dan las constituciones europeas, entre ellas la de Italia en 1947 y siguientes; y en el Perú en 1979, se sienta las bases de un Estado Democrático, derogada y promulgada por la vigente Constitución de 1993.

La juridificación se da con los reconocidos instrumentos internacionales, siendo el primero, la Carta de las Naciones Unidas de 1945, Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, et

De este modo, la doctrina y la jurisprudencia constitucional, mediante los casos resueltos va estableciendo los límites y su protección de este principio-derecho.

Corrupción y Estado Constitucional de Derecho: Rol del sistema de justicia(*)



Autor: Roberto Obando Blanco
Abogado y Magíster por la UNMSM. Doctorando por la UNMSM. Profesor de la UNMSM, PUCP, USMP y AMAG. Juez Superior Titular del Callao. Jefe de la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura del Callao (2016-2016; 2017-2018). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

1. Introducción

La corrupción es una patología grave y extensa del sistema social, político y económico, que afecta directamente a los ciudadanos. La corrupción es un tema de antigua data, que daña gravemente el crecimiento económico y las instituciones de los países involucrados. No existen países inmunes a la corrupción. En la corrupción no solamente intervienen funcionarios públicos, sino también empresarios y grupos empresariales, con la participación de quienes pueden darle manto de legalidad (los supervisores que verifican los avances de las obras, las actas, los arbitrajes, etc.).

El jurista italiano Luigi Ferrajoli, al desarrollar el tema de Derecho como garantía de la democracia, señala: "Este papel del Derecho como sistema de garantías tanto de las formas como de los contenidos de la democracia se funda en una característica estructural propia del actual Estado constitucional de Derecho: la sujeción al Derecho de la producción del Derecho mismo, en virtud de la cual el Derecho, según el viejo esquema positivista, no sólo es producido por fuentes y en formas cuyo carácter democrático-representativo es posible garantizar, sino que está también programado en sus contenidos por principios constitucionales que limitan y vinculan a los poderes normativos, finalizándolos al respeto y a la satisfacción de los derechos fundamentales (...). El Estado Constitucional de Derecho no es otra cosa que esta doble sujeción del Derecho al Derecho generada por la disociación entre vigencia y validez, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial (...)"¹.



El doctor Avelino Guillén Jáuregui, ex fiscal supremo adjunto en los procesos contra Alberto Fujimori por corrupción y violaciones de los derechos humanos, propone que para que la ley de imprescriptibilidad de los delitos de corrupción se convierta en una herramienta eficaz contra la corrupción y crimen organizado, se debe lograr que el sistema judicial peruano funcione de manera óptima, es decir, cuando el Ministerio Público y el Poder Judicial cumplan a cabalidad con la tarea que les ha encargado la Constitución lograremos un combate eficaz contra la impunidad. Mientras tanto, van a ser posturas y modificaciones sin mayor efecto.

2. El costo de la corrupción

El doctor José Ugaz Sánchez Moreno, Presidente de Transparencia Internacional, señala: "La corrupción tiene consecuencias materiales e inmateriales. Las primeras son más o menos obvias y fáciles de medir. En el ámbito de proyectos de inversión o licitaciones de bienes, obras o servicios, un soborno implica un "costo" económico para el pagador, aunque este será relativo o diluido en una ganancia mayor. Y es precisamente esa ganancia la que a su vez generará un costo económico para el Estado o la entidad pública (...). Pero existen también consecuencias inmateriales de la corrupción. Estas tienen que ver con el daño institucional que debilita y convierte en inoperativas a las entidades públicas, la pérdida de la confianza pública (en las autoridades y entre los ciudadanos), el relajamiento cultural que normaliza la corrupción y la falta de gobernabilidad"².

*Artículo publicado en el Diario Oficial "El Peruano", el día 22 de marzo de 2017, Suplemento Jurídico, páginas 2 y 3.

¹ José Mouráz López, Magistrado de Portugal, Conferencia: "Las políticas públicas anticorrupción" pronunciada en el Seminario Internacional "Corrupción y Estado de Derecho: Democracia y Corrupción sistémica", realizado en la ciudad de Lima del 22 al 24 de febrero del 2017.

² El Estado Constitucional de Derecho Hoy: El modelo y su divergencia de la realidad" En: *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción* Editor Perfecto Andrés Ballester. Madrid, 1998, pp. 22-24.

En América Latina hemos aprendido a ser muy tolerantes con la corrupción, por el contrario, debería llevarnos a un cambio de la clase política por otra, además de un **cambio de mentalidad, cambio cultural**, y poner énfasis en la cultura cívica (educación cívica/ valores éticos), formar una "cultura de la legalidad", fomentar una cultura de prevención de la corrupción, y **reforzar la institucionalidad del país**, con el objetivo de cumplir la agenda pendiente de Reforma del Estado, que incluye la independencia del Poder Judicial y autonomía del Ministerio Público (modelo institucional/ justicia especializada). Considero que la educación es clave en la lucha contra la corrupción.

En el **dilema ético moral**, debemos distinguir que la ética es lo que queremos para las personas que no conocemos, y lo moral es lo que queremos para las personas que queremos (hijos, etc.). El magistrado italiano Galileo D'Agostini propone que deben existir cursos de manera transversal en el plan de estudios de derecho con respecto a ambos temas (desde el inicio).

3. Propuestas

En el sector privado, se han propuesto medidas concretas para crear condiciones más aptas que impulsen nuestra nación adelante, entre las cuales se destacan: Primero, contar con un sistema de gestión integral de riesgos basado en un mapa de riesgos que incluya el de incumplimientos legales, como parte de un sistema de prevención; y segundo, requie-

rir una formación ética y responsabilidad profesional universitaria. Hoy para el licenciamiento o acreditación de carreras, no es necesario. Y eso se logra si hay voluntad política al más alto nivel en la empresa, en los directorios. Por su lado, en el sector público, se requiere reforzar los órganos de fiscalización interna de la administración pública, un rol más protagónico de la Contraloría General de la República. Una política anticorrupción integrada a través de medidas preventivas y medidas represivas.

Además, un **marco legal que no permita la elusión** de las empresas o grupos empresariales, el fraude a la ley, por ejemplo, el caso de la incompatibilidad o impedimento para no ser contratado con el Estado, valiéndose de una "identidad encubierta". Es decir, crean una persona jurídica distinta que formarían parte del Consorcio ganador.

4. Conclusión

Concluyo, resaltando la necesidad de políticas públicas, y observando, como lo señala el doctor Sergio Moro, Juez Federal de Brasil, que la no es común, pone en riesgo al sistema democrático, en cuyo cuadro se eleva el presupuesto, genera costos y recursos, se toma decisiones equivocadas para generar el dinero de la corrupción, las inversiones nacionales y extranjeras se alejan, dado que no deciden invertir por un mercado viciado, afectando la confianza en la democracia y el Estado de Derecho.

Estrategia

- La necesidad de incentivar a que las empresas se arrepientan de los crímenes de corrupción, que delaten a los corruptos y paguen el daño causado al Estado, recomendó el juez federal de Brasil a cargo del caso Lava Jato, Sergio Moro, durante su reciente participación en la conferencia internacional de la Federación Internacional de Magistrados, realizó en Lima.
- Dicha estrategia, agrega está dando resultados en Brasil. El arrepentimiento de las empresas y su colaboración con la justicia permite, por un lado, dijo, descubrir y sancionar nuevos casos de corrupción y por otro, que las empresas no sigan en el mismo camino, según informaron diversos medios en la capital.
- "Por mayores que sean los delitos este cambio de postura representó un avance y fue una actitud loable de parte de estas empresas" por eso señaló, "debe estimularse a las empresas que deciden colaborar con la justicia y reconocer sus delitos y no castigarlas más que las aquellas que no colaboran", dijo el magistrado.

³ Entrevista a Avelino Guillén Urbegui. En: Diario La República el día 6 de marzo del 2017, página 10.

⁴ Artículo de opinión: "El costo de la corrupción", En: Diario "El Comercio", lunes 6 de marzo del 2017, página 30.

⁵ José (pre) Matos, Magistrado de Portugal. Conferencia: "Ética judicial y corrupción" pronunciada en el Seminario Internacional "Corrupción y Estado de Derecho. Democracia y Corrupción sistémica", realizada en la ciudad de Lima del 22 al 24 de febrero del 2017.

⁶ Conferencia: "Lucha contra la corrupción en Italia" pronunciada en el Seminario Internacional "Corrupción y Estado de Derecho. Democracia y Corrupción sistémica", realizada en la ciudad de Lima del 22 al 24 de febrero del 2017.

⁷ Beatriz Bosa ¿Aprender de Lava Jato? En: Semana Económica, 18 de febrero del 2017, página 13



DERECHO PENAL



La Mínima Actividad Probatoria y La Presunción De Inocencia En El Proceso Penal Inmediato

Por: Mg. WILLIAMS ABEL ZAVALA MATA
Jefe del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria y de Procesos de Tránsito y Seguridad Vial del Cusco



A partir de la entrada en vigencia en el territorio nacional del Decreto Legislativo N° 1194 con fecha 29 de Noviembre 2015, se crearon en todos los Distritos Judiciales del país, Juzgados de Investigación Preparatoria para Procesos Inmediatos; con la modificación del

artículo 446° del Nuevo Código Procesal Penal, el Ministerio Público está obligado a incoar Proceso Inmediato, cuando concurre los supuestos de incoación establecidos en el numeral primero del citado artículo, pedido que se formula ante el Órgano Jurisdiccional

antes de la conclusión del plazo de investigación llevada a cabo por la Policía Nacional con la dirección del Ministerio Público; en los casos concretos de los procesos con detenidos se tiene que observar estrictamente los plazos que establece el Artículo 264 del Nuevo Código Procesal Penal, vigente a Nivel Nacional de acuerdo a la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1298, publicado el 30 diciembre 2016; antes de la modificación el plazo era de 24 horas para delitos comunes y de quince días en casos de delitos de terrorismo, espionaje y trá-

¹ Artículo 264 Plazo de la detención.-

1. La detención policial solo dura un plazo de veinticuatro (24) horas o el término de la distancia.
2. La detención preliminar dura sesenta y dos (72) horas. Excepcionalmente, si subsisten los requisitos establecidos en el numeral 1) del artículo 261 del presente Código y se presentan circunstancias de especial complejidad en la investigación, puede durar un plazo máximo de siete (7) días.
3. En los delitos cometidos por organizaciones criminales, la detención preliminar o la detención judicial por flagrancia puede durar un plazo máximo de diez (10) días.
4. La detención policial o la detención preliminar puede durar hasta un plazo no mayor de quince días naturales en los delitos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas.
5. El Juez Penal, en estos casos, será especialmente facultado para adoptar las siguientes medidas:
 - a) Constituirse, a requerimiento del detenido, al lugar donde se encuentra el detenido y averiguar los motivos de la privación de la libertad, el avance

ficio ilícito de drogas; tiempo en el que se organiza la carpeta fiscal que apareja el requerimiento del Proceso Inmediato; ahí surge la siguiente interrogante: ¿durante los plazos indicados se puede producir e incorporar a la carpeta fiscal una mínima actividad probatoria y si con ello es posible destruir la presunción de inocencia?

Al respecto debemos tener presente que de acuerdo a la doctrina la prueba, se forma y se produce en el Juicio Oral; en cuyo proceder se deben observar los principios de publicidad, inmediación, contradicción y oralidad, la que a su vez se distingue de los actos de investigación y actos de prueba que se realizan en la etapa de la investigación preparatoria; cabe resaltar que los actos de prueba se forman ante el Juez que conoce el caso y con la participación de los sujetos procesales legitimados en el caso concreto; en cuyo proceder se deben observar el irrestricto respeto de la dignidad humana de las personas comprendidas como imputados en el proceso; así como la observancia de determinados principios como: libertad de prueba, de pertinencia, de conducencia, de utilidad, de licitud, de necesidad (convenciones probatorias).

Características que no se presentan en el proceso especial denominado Proceso Inmediato, cuyo marco legal lo encontramos en los artículos 446 al 448 del Nuevo Código Procesal Penal, modificado y puesto en vigencia a través del Decreto Legislativo N° 1194; de acuerdo a la definición establecida sobre este proceso en el respectivo Protocolo de aplicación de la citada Norma define: "Es un proceso especial y además una forma de simplificación procesal que se fundamenta en la facultad del Estado de organizar la respuesta del Sistema Penal con criterio de racionalidad y

eficiencia, sobre todo en aquellos casos en los que, por sus propias características, son innecesarios mayores actos de investigación".

Asimismo la Corte Suprema de Justicia de la República en el Acuerdo Plenario N° 06-2010/CJ-116, en el Fundamento Jurídico 7, señala que "El proceso inmediato es un proceso de simplificación procesal que se fundamenta en la facultad del Estado de organizar la respuesta del sistema penal con criterios de racionalidad y eficacia sobre todo en aquellos casos en los que sus propias características son innecesarios mayores actos de

investigación".

De donde se aprecia que en los requerimientos de incoación de Proceso Inmediato, el Ministerio Público fundamenta su pedido con actos de investigación, practicados en el plazo establecido por ley de acuerdo a la naturaleza del delito y a las circunstancias propias en la que fue intervenido el imputado (flagrancia delictiva, confesión sincera y los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes); por lo tanto, en la incorporación de los actos de investigación no se observan el procedimiento estable-



de las investigaciones y el estado de su salud. En caso de advertir la afectación indebida del derecho de defensa o de irregularidades que perjudiquen gravemente el éxito de las investigaciones, pone tales irregularidades en conocimiento del Fiscal del caso, sin perjuicio de comunicarlo al Fiscal Superior competente. El Fiscal dictará las medidas de coacción que correspondan, con conocimiento del Juez que Intervino.

- b) Disponer el inmediato reconocimiento médico legal del detenido, en el término de la asistencia, siempre y cuando el Fiscal no lo hubiera ordenado, sin perjuicio de autorizar en cualquier momento su reconocimiento por médico particular. El detenido tiene derecho, por sí solo, por su abogado o por cualquiera de sus familiares, a que se le examine por médico legista o particulares, sin que la Policía o el Ministerio Público puedan limitar este derecho.
- c) Autorizar el traslado del detenido de un lugar a otro de la República después de efectuado los reconocimientos médicos, previo pedido fundamentado del Fiscal, cuando la medida sea estrictamente necesaria para el éxito de la investigación o la seguridad del detenido. La duración de dicho traslado no puede exceder del plazo señalado en el primer párrafo de este artículo y debe ser puesto en conocimiento del Fiscal y del

cido para la formación de la prueba como es el caso del trámite regular del proceso común; en la práctica se observa que los actos de investigación que aparejan el requerimiento fiscal, son respaldados por lo que en la doctrina se conoce como Prueba Pre Constituida; que a consideración de Pablo Talavera Elguera: "Es aquella practicada antes del inicio formal del proceso penal o en la propia fase de investigación, observando las garantías constitucionales y las prescripciones legales, con la finalidad de asegurar o mantener la disponibilidad de las fuentes de prueba" ; lo que de acuerdo al artículo 383.1.e del Nuevo Código Procesal Penal, guardan relación con las actas de reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otros; en casos de los requerimientos de proceso inmediato por los delitos de Conducción en Estado de Ebriedad y Drogadicción y Omisión a la Asistencia Familiar, al estar considerados expresamente como supuestos de incoación en el artículo 446 del Nuevo Código Procesal Penal; pueden concurrir con los otros supuestos que se establecen en el mismo numeral al no ser excluyentes entre ellos; lo que interesa en estos casos es que el ilícito imputado se haya materializado con las instrumentales que respaldan la solicitud.

En lo que respecta a la confesión sincera, cabe resaltar que el Nuevo Código Procesal Penal, señala expresamente que para su procedencia deben concurrir los supuestos establecidos en el artículo 160 ; del que se desprende en el caso concreto de los delitos flagrantes no concurre, por prohibición expresa de la norma contenida en el artículo 161 del citado Código; lo que explica que en la práctica el Ministerio Público no ha tomado en cuenta para solicitar la rebaja adicional de pena consensuada en las propuestas de

Terminación Anticipada que ha promovido en el desarrollo de la audiencia de incoación de Proceso Inmediato, conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 471 del Nuevo Código Procesal Penal; lo que obedece a que la intervención que dio origen al requerimiento se produjo en flagrancia delictiva conforme establece el artículo 259 del Código Adjetivo antes citado; por lo que reitero que en observancia del artículo 161 del Código antes citado, no resulta aplicable la rebaja adicional por acogerse al derecho premial de la Terminación Anticipada.

A efectos de corroborar lo afirmado nos remitimos a la casuística, concretamente al Expediente N° 4134-2015 tramitado en el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria del Distrito Judicial del Callao, proceso conocido como el "Caso Buscaglia"; del requerimiento fiscal formulado se desprende en el punto cinco los elementos de convicción con los que se respaldó la solicitud de proceso inmediato, y que a su vez sirvieron para fundamentar la Sentencia de Terminación Anticipada: Parte Policial S/N DIVOLTRAN-FE-DTRA-REGPOL-CALLAO, manifestación policial de la denunciada, llevada a cabo con la presencia de su abogado defensor y el representante del Ministerio Público; manifestación policial del SOT1 PNP Elías Qulspe Carbajal, manifestación personal de SOT2 PNP Iris Estela Valdez Cabezudo, manifestación policial del SOT2 PNP Esmeralda Graciela Laura Flores, Certificado Médico Legal N° 019365-L practicado al SOT1 PNP Elías Qulspe Carbajal en la que se prescribe atención facultativa de 02 días e incapacidad médico legal de 06 días; y el Acta de Visualización de Video; actos de investigación con las que se resolvió declarar procedente la incoación del proceso inmediato formulado por el Ministerio Público en con-

Juez del lugar de destino.

6. Dentro del plazo de detención determinado por el Juez, el Fiscal decide si precisa la libertad del detenido o si, comunicados al Juez de la Investigación Preparatoria la continuación de las investigaciones, solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa.

7. Al requerir el Fiscal en los casos señalados en los casos anteriores la prisión preventiva del imputado, la detención se mantiene hasta la realización de la audiencia en el plazo de cuarenta y ocho horas*.

² Protocolo de Actuación Institucional para el Proceso Inmediato en Casos de Flagrancia y otros Supuestos Bajo el D. Leg. 71° 1184

³ "La Prueba - En el Nuevo Proceso Penal", pág. 72, Edición y Revisión de la Academia de la Magistratura, 1ra Edición, 2da reimpresión, Octubre 2009

* Artículo 160. Valor de prueba de la confesión

tra de la imputada Silvana Buscaglia Zapler por el delito contra la Administración Pública –Violencia y Resistencia a la Autoridad –Violencia contra un Funcionario Público (Forma Agravada), en agravio del Estado Peruano y de Eías Quispe Carbajal; actos de investigación que a su vez sustentaron el acuerdo de Terminación Anticipada arribado entre el representante del Ministerio Público, la defensa técnica de la procesada y la propia inculpada; la que su vez sustentó la Sentencia recaída en el caso.

Y a mayor abundamiento, se verifica en la práctica la aplicación de las salidas alternativas dentro de la Incoación del Proceso Inmediato, se tiene las estadísticas de los 100 primeros días de aplicación del Decreto Legislativo N° 1104 en el Distrito Judicial del Callao ; de donde se aprecia que se registró 152 ingresos de requerimientos fiscales de procesos inmediatos; 40 por Robo Agravado; 39 por Hurto Agravado; 30 por Tráfico Ilícito de Drogas (burriers); 09 por Conducción en Estado de Ebriedad; 05 por Tenencia Ilegal de Armas; 04 por Omisión de Asistencia Familiar y 03 por Violencia y Resistencia a la Autoridad; de los cuales terminaron vía aplicación del Proceso Especial de Terminación Anticipada: 138 procesos, en 10 casos se solicitaron prisión preventiva, 04 casos fueron devueltos a la Fiscalía requiriénte por declararse improcedente la incoación del



Proceso Inmediato; 05 casos fueron resueltos por el Segundo Juzgado Unipersonal y 06 casos fueron resueltos por el Juzgado Penal Colegiado.

De donde concluyo, que en esta primera etapa del Proceso Inmediato se resuelve la situación jurídica de un imputado mediante la valoración de actos de investigación y fuentes de prueba ; para resolver la propia incoación como para acceder a una salida alternativa del proceso (Principio de Oportunidad, Acuerdo Reparatorio o Terminación Anticipada); y reitero que en la primera etapa del proceso inmediato se está destruyendo la presunción de inocencia, no propiamente por una valoración judicial de la actividad probatoria, sino atendiendo a una propuesta consensuada entre el imputado, su defensa técnica y el representante del Ministerio Público, conforme precisa el Acuerdo Plenario 5-2009/CJ-116 ; reservándose

1. La confesión, para ser tal, debe consistir en la admisión por el imputado de los cargos o imputación formulada en su contra.
2. Solo tendrá valor probatorio cuando:
 - a) Este sea únicamente corroborada por otro u otros elementos de convicción;
 - b) Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas;
 - c) Sea prestada ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado; y
 - d) Sea sincera y espontánea.”

3 Art. 259 Detención Policial

La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprende en flagrante delito. Existe flagrancia cuando:

1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible.
2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.
3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.
4. El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señas en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictivo.

6 Artículo 161. Efecto de la confesión sincera.

El juez puede disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, si se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 160. Este beneficio es inaplicable en los supuestos de flagrancia, de irrelevancia de la admisión de los cargos en relación a los elementos

al Juez el rol de realizar un control de legalidad del acuerdo arribado y verificar si en ella se han observado los principios de proporcionalidad y razonabilidad, siempre y cuando el proceso concluya en una salida alternativa; caso contrario el proceso inmediato continuará su secuencia y seguirá su trámite previa acusación fiscal escrita ante el Juez Unipersonal y/o Juzgado Colegiado dependiendo del delito materia de investigación; y con ello, hasta la fecha se viene logrando una justicia célere, cumpliendo así el propósito del Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02-2016/CIJ-116.



BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Acuerdo Plenario N° 05-2009/CJ-116
- Acuerdo Plenario N° 06-2010/CJ-116
- Decreto Legislativo N° 1194
- Informe Estadístico elaborado por el Administración del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao, a los 100 días de aplicación de Decreto Legislativo N° 1194,
- Protocolo de Actuación Interinstitucional para el Proceso Inmediato en Casos de Flagrancia y otros Supuestos Bajo el D. Leg. N° 1194.
- Nuevo Código Procesal Penal, Jurista Editores, Marzo 2017
- TALAVERA ELGUERA, Pablo, "La Prueba - En el Nuevo Proceso Penal", Edición y Revisión de la Academia de la Magistratura, 1ra Edición, 2da reimpresión, Octubre 2009.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, "Derecho Procesal Penal-Lecciones", INPECCP, Fondo Editorial, Noviembre del 2015

probatorios incorporados en el proceso y cuando el agente tenga la condición de reincidente o habitual de conformidad con los artículos 45-B y 46-C del Código Penal.

⁷ Informe Estadístico elaborado por el Administración del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao, a los 100 días de aplicación de Decreto Legislativo N° 1194.

⁸ Derecho Procesal Penal-Lecciones, de César San Martín Castro, INPECCP Fondo Editorial, Noviembre del 2015, página 323, "...es aquella diligencia realizada por la policía o el fiscal durante la investigación preparatoria –diligencias preliminares o investigación formalizada- destinada a descubrir tanto los hechos punibles cometidos. Las circunstancias de su perpetración y el daño que han podido ocasionar; como a las personas involucradas, de uno u otro modo, en su comisión, a título de autores, partícipes o víctimas. Su objetivo es acreditar o descartar los presupuestos condicionantes de la apertura del juicio oral (Gimeno)

⁹ Derecho Procesal Penal-Lecciones, de César San Martín Castro, INPECCP Fondo Editorial, Noviembre del 2015, página 616, "...Surgen con anterioridad al proceso por el curso natural de los acontecimientos. Consisten en objetos o personas que, en cuanto pueden proporcionar conocimientos para apreciar o para acreditar los hechos afirmados por una parte procesal, pueden tener trascendencia en el proceso y constituir el material de referencia para la decisión del juez. Cuando se trata de personas se le denomina órgano de prueba, que es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso permitiendo la incorporación de ese dato a la causa"

¹⁰ F.U. 8^o: Si es que las partes arriban a un acuerdo (que tiene como presupuesto la afirmación de la responsabilidad penal del imputado y), como condición, la precisión de las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes, en perfecta armonía con el principio de legalidad, corresponde al Juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional llevar a cabo los pertinentes controles acerca de la legalidad de acuerdo y de la razonabilidad de la pena.

Criminalística

Investigación Científica

Probatoria



Wilmar de Jesús Ruiz Carrero
Abogado – Licenciado en Ciencias
Policiales
y Experto en Criminalística (Venezuela)

RESUMEN

La investigación Criminalística, es netamente objetiva y aporta a la investigación penal, las pruebas técnicas-científicas para el conocimiento de la verdad sobre los hechos que se investigan, determinan si un hecho es punible o no, identifican al autor y partícipes de los hechos delictivos, así como los instrumentos usados, con el auxilio de todas las disciplinas científicas que la conforman. Tiene como objeto el estudio de las evidencias físicas y establecer las relaciones entre víctima, victimario, sitio de suceso y medios de comisión, respondiendo a las interrogantes: qué, cómo, cuándo, dónde, con qué y quién es la víctima o el autor del hecho.



En suma, la investigación Criminalística se encarga de comprobar y dejar constancia de la comisión de los hechos delictivos, practicar inspecciones técnicas, buscar, localizar, fijar, coleccionar, embalar y procesar las evidencias físicas; elaborar experticias o informes técnicos, que servirán a la Fiscalía para fundamentar la acusación y convertirlas en el juicio oral y público, como pruebas fehacientes en la demostración del hecho delictivo.

En efecto, la Criminalística es de gran relevancia, por lo que es necesario que los organismos de investigaciones reciban un equipamiento y una adecuada preparación técnica-científica del recurso humano y estar a la altura de los nue-

vos tiempos, para luchar y combatir el flagelo de la delincuencia que cada día es más violenta y a la vez se especializa, se diversifica y se tecnifica más. Los actores del proceso penal, deben conocer y adaptarse al conocimiento criminalístico, a las funciones y a las grandes áreas que comprende la Criminalística.

QUE ES LA CRIMINALÍSTICA

La criminalística, es una expresión mágica, que a todos nos envuelve, viene desde el principio del mundo, Dios es su creador; relata la sagrada escritura, que Dios en su omnipresencia esclarece el asesinato de Abel, cuando la sangre clama-

ba en el lugar donde sucedió el hecho, practicó inspección e interrogó a Caín, quien confesó su crimen. La palabra Criminalística, deriva del vocablo "crimen", que viene del latín crimen. Injs, que significa delito grave. "Ista" del griego lotris que está referido a la ocupación u oficio. "Ica" del griego Ixri que significa ciencia, estudio; es decir, la Criminalística es lo pertinente a la investigación y estudio de los hechos delictivos.

Al respecto, han existido diferentes definiciones sobre la Criminalística, entre las que sobresalen la de Dimas Oliveros Sifontes,¹ quien la define como "el conjunto de procedimientos aplicables a la búsqueda y al estudio material del crimen para llegar a su probanza". También se tiene a la del doctor Moreno González,²⁵ que señala que "la Criminalística es la disciplina que aplica fundamentalmente los conocimientos, métodos y técnicas de investigación de las ciencias naturales en el examen material sensible significativo relacionado con un presunto hecho delictuoso con el fin de determinar, en auxilio de los órganos encargados de administrar justicia, su existencia o bien reconstruirlo, o bien señalar y precisar la intervención de uno o varios sujetos en el mismo". Por su parte, Edmond Locard, define la Criminalística como la disciplina que se ocupa de la investigación de los delitos; el doctor Rodríguez Manzanera,³ como "el conjunto de conocimientos aplicables a la búsqueda, descubrimiento y verificación científica de un delito en particular y del presunto responsable de éste". Montiel Sosa,⁴ señala que "es la ciencia que descubre y verifica científicamente la existencia de un hecho presuntamente delictuoso y al o a los presuntos responsables aportando las pruebas a los órganos que procuran y administran justicia". Asimismo indica, que esta ciencia consiste en el descubrimiento del delito, del delincuente y de la víctima a quien perjudicó el delito.

Igualmente, el doctor en Derecho Hanns Gross,⁵ señala que "es la disciplina encaminada a la determinación de la existencia de un hecho criminal, a la recogida de pruebas e indicios y a la identificación de los autores mediante la aplicación de métodos científicos de laboratorio, así

como a la elaboración de los informes periciales correspondientes". En lo concerniente, considerando el progreso de esta rama del saber, se puede decir que la Criminalística es una ciencia, natural, penal y multidisciplinaria, que aporta los procedimientos técnicos y científicos a la investigación penal, la cual coadyuva con el esclarecimiento del hecho y la identificación de los autores, con el fin de auxiliar a los órganos encargados de procurar y administrar justicia. Por consiguiente, esta ciencia es el conjunto de procedimientos aplicables a la investigación y al estudio de un crimen para llegar a la prueba judicial.

Tiene como objetivo, el estudio de las evidencias físicas o indicios materiales que se utilizan y se producen en la comisión de hechos punibles, para coadyuvar con la investigación criminal, en el esclarecimiento de los mismos; estos estudios se realizan tanto en la escena del crimen, como en cualquier sitio relacionado con el hecho, así como en el laboratorio, o cualquier área de la Criminalística.

En definitiva, la Criminalística es una ciencia penal, que auxilia al Derecho, aportando los elementos de convicción al proceso judicial, a través de las diferentes experticias o informes especializados, que se aplican en las diferentes áreas o disciplinas que conforman la ciencia en cuestión, para conocer la verdad histórica, identificar las evidencias físicas, reconstruir los hechos, identificar víctimas, partícipes, en general llegar a la resolución y comprobación científica del hecho delictivo. En efecto, la Criminalística es indispensable en la investigación de diferentes hechos punibles para coadyuvar en establecer la verdad de esos hechos en la administración de justicia, por lo que debe ser conocida por todo los operadores del sistema judicial.

CARACTERÍSTICAS DE LA CRIMINALÍSTICA

La Criminalística, presenta factores o cualidades que le dan el atributo de ser una ciencia que conduce al descubrimiento de una gran variedad de circunstancias delictivas. Entre esas características, se describen las siguientes:

Es una ciencia: por sus métodos, objetivos, finalidad, principios, procedimientos científicos, que normaliza, regula y establece las pautas para el uso de las ciencias y técnicas trazadas para el manejo y análisis de las evidencias físicas, mejorando los mecanismos científicos para su aplicación.

Es auxiliar del Derecho: la Criminalística es una ciencia auxiliar del Derecho, principalmente del Derecho Penal y la eficacia de éste, depende en gran parte, a su vez de la eficacia de esta ciencia.

Comparativa: son necesarios estudios previos estandarizados para una orientación sobre como analizar un resultado determinado, con la finalidad de que el resultado final obtenido de muestras de naturaleza desconocidas, por el número de características repetitivas, arrojen una igualdad o diferenciación cualitativa como cuantitativa de sus elementos, y así afirmar fehacientemente o negar un hecho.

Metódica: aplica procedimientos organizados y metodológicos; en el aspecto del método deductivo, va de lo general a lo particular, luego al detalle y al mínimo detalle; como por ejemplo se ubica el sitio del suceso de forma general, luego se observa el cadáver y las evidencias en forma particular, inmediatamente se colectan las evidencias físicas, entre esas pueden ser armas de fuego, identificando sus detalles, para posteriormente ir al análisis para determinar los mínimos detalles con una experticia balística comparativa. Asimismo, emplea razonamientos lógicos inductivos, que permiten conocer de hechos particulares, llegar a una conclusión general. Por ejemplo de una experticia de identificación genética o de cualquier experticia de laboratorio de una evidencia en particular se puede determinar como sucedieron los hechos.

Evaluativa: permite evaluar todas aquellas evidencias físicas y detalles de interés criminalístico, reconociendo su valiosa trascendencia, ubicación, forma, dimensión, textura, color, olor e innumerable cualidades, que permiten inferir su importancia, en la resolución del hecho investigado.

Analítica: efectivamente, se estudia cada parte por separado, a fin de hacer la evaluación y se procede a la determinación de una secuencia lógica, metódica y concordante, para luego estudiarla como un todo.

Reconstructiva: la Criminalística a través del cúmulo de evidencias físicas, se pueden reconstruir los hechos, para aproximarse en conocer la realidad de lo ocurrido.

Identificativa: permite reconocer si una persona o cosa, es la misma que se supone o se busca, por lo que admite conocer las cualidades de alguien o de algo dentro de un grupo; por ejemplo al identificar un arma de fuego con todas sus características, marca, modelo, calibre, color, serial, material de la cacha o empuñadura, y describir algún detalle característico.

Individualizarora: luego de realizar los estudios de identificación de evidencias físicas, la Criminalística va mucho más allá, especificando los elementos de convicción, por ejemplo al individualizar un proyectil disparado por un arma de fuego, a través del microscopio de comparación balística o el sistema automatizado IBIS.

Experimental: es una ciencia que permite establecer las pautas de una investigación, para realizar experimentos comprobatorios para el procesamiento de las evidencias físicas.

OBJETIVO DE LA CRIMINALÍSTICA

Efectivamente, el objetivo de la Criminalística es el estudio de las evidencias físicas o indicios materiales que se utilizan y se producen en la comisión de hechos punibles, para coadyuvar con la investigación criminal, en el esclarecimiento de los mismos; estos estudios se realizan tanto en la escena del crimen, en cualquier sitio relacionado con el hecho, así como en cualquier área del laboratorio.

Es de acotar, como ciencia la Criminalística tiene su objetivo bien definido, que es el estudio técnico y científico de las evidencias físicas o in-

dicios materiales, ya que proporciona información de vital importancia para guiar de manera técnica y científica cualquier investigación de algún hecho presuntamente punible, a efecto de probar cualquier aspecto cuestionado sobre el imputado, víctima, el sitio del suceso, instrumentos usados, reconstrucción de hechos y asimismo respecto a otros partícipes relacionados con el hecho.

Cabe destacar, lo mencionado por Hanns Gross en su obra Manual del Juez que señala lo siguiente: "a teoría aislada engendra conocimientos pedantescos; la práctica en sí conduce al empirismo. Tan sólo de feliz maridaje de una y otra, puede resultar el conocimiento perfecto". El conocimiento científico es significativo enfatizar la necesidad de la vinculación lógica entre el conocimiento empírico y el teórico en el proceso de la investigación científica, ya que esto nos permite la superación constante de los planteamientos a fin de alcanzar verdades científicas precisas.

PILARES DE LA CRIMINALÍSTICA

Dentro del proceso de la investigación criminal se encuentran los pilares fundamentales o tetraedro de la Criminalística y lo constituyen el sitio del suceso, la víctima, el victimario y los medios de comisión; por lo tanto, a través de sus análisis objetivos constituyen la base fundamental de la investigación criminal y el respectivo proceso penal.

Ciertamente, el victimario a su paso por el sitio del suceso, utilizando armas, instrumentos o vehículos, produce rastros, huellas, marcas o cualquier indicio material, existiendo un intercambio entre ellos; de tal forma, el tetraedro de la criminalística, es la fuente donde se originan estos elementos de interés criminalístico y que posteriormente confrontados, se convierten en evidencias físicas, que servirán para realizar los diferentes informes y experticias de la criminalística.

En este contexto, el sitio del suceso puede ser abierto, cerrado o mixto; así como también en su extensión, puede existir el sitio de suceso de liberación, sitio de suceso simulado, sitio de

transbordo, sitio de planificación; sobre las víctimas, hay que estudiar, la ubicación, heridas y las posiciones del cadáver, que pudiesen ser de decúbito ventral, decúbito dorsal, supino, prono; en el victimario que casi nunca se encuentra en el lugar del suceso, pero ha dejado rastros de su acción, y los medios de comisión, entre los cuales se pueden mencionar armas blancas, armas de fuego, armas contundentes, elementos restrictores, vehículos y otros.

De tal manera, la Criminalística en la investigación científica del delito, se basa fundamentalmente en estos pilares, tomando como centro el estudio de las evidencias físicas encontradas en el tetraedro de la criminalística; en tal sentido, la evidencia física conforma el componente esencial para el empleo de la criminalística como ciencia, es decir, es el soporte de la misma, constituyen la base científica para la comprobación del hecho. En consonancia, las evidencias físicas son aquellos objetos o sustancias producidas o dejadas en la comisión de un hecho delictivo, con la intervención de la víctima, victimario, medios de comisión y sitio del suceso.

Por lo tanto, al estudiar estos y su relación con el hecho punible cometido, se toman en consideración las circunstancias de modo, tiempo, lugar e individualidad, para saber qué sucedió, cómo, cuándo, dónde, quién, por qué y con qué se cometió ese hecho delictivo, a fin de reconstruir de forma objetiva lo que sucedió. Para una mejor ilustración, estos se pueden dar de acuerdo a la siguiente forma:

- Lo que el victimario se pudo llevar o dejar del sitio del suceso, lo que pudo haber dejado o llevado de la víctima, así como de los instrumentos usados.
- Lo que la víctima haya dejado en la escena del crimen, haya transferido al victimario, o la relación existente con el arma o instrumento usado.
- En cuanto al sitio del suceso, transfiere sus elementos a la víctima, como al victimario y su

relación existente entre el arma u objeto y las evidencias producidas.

- El arma u objeto en su relación con el victimario, con la víctima o con el sitio del suceso.

Además, la ciencia criminalística tiene como objetivo establecer las relaciones entre la víctima, victimario, sitio del suceso y el medio de comisión; estos pilares y su relación existente conforma el tetraedro de la Criminalística, y su interacción debe considerarse para la búsqueda y localización de esas evidencias físicas y transformarlas en pruebas, para determinar las responsabilidades jurídicas pertinentes.

Efectivamente, la Criminalística es la ciencia que se encarga de la investigación científica del delito, mediante la aplicación rigurosa del método científico, que con los principios de las ciencias naturales, sus técnicas, métodos y el uso de los instrumentos necesarios en la búsqueda de la verdad, tiene como objeto el reconocimiento, identificación, individualización y evaluación de las evidencias físicas, con la finalidad de establecer y analizar objetivamente las relaciones entre la víctima, el sitio del suceso, el medio de comisión y el victimario, a fin de determinar y esclarecer los hechos delictivos.

Al respecto, la Criminalística se beneficia de las diversas ciencias naturales, de tal manera que, de la Biología aplica el estudio de los fluidos biológicos, como sangre, semen, saliva, tejidos epiteliales, secreciones, entre otros, así como del estudio histológico; de la ciencia Química, aplica sus principios y conocimientos para la detección de rastros de explosivos, análisis de pintura, tierra, tintas, hidrocarburos, adulteración y análisis de diversas sustancias; de la ciencia Física emplea las aplicaciones de la óptica en la microscopía y la fotografía, estudia el espectro electromagnético, la espectrofotometría y los rayos x, entre otros.

Indudablemente, la Criminalística, tiene la finalidad de establecer y analizar las relaciones entre la víctima, el victimario, el sitio de suceso y

los medios de comisión, surgiendo factores que van a influir directamente sobre los mecanismos de producción en determinado hecho delictivo, con el propósito de dar solución a los respectivos casos de investigación criminal, en la aplicación de la Justicia. En este contexto, la Criminalística como todo conocimiento científico conforme se fue desarrollando, adquirió su propio perfil, con sus principios universales establecidos y bien definidos, entre los cuales se mencionan: Principio de uso, principio de producción, principio de intercambio, principio de identidad, principio de reconstrucción de los hechos, principio de probabilidad, principio de rareza o infrecuencia, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

1. OLIVEROS SIFONTES, Dimas. Manual de Criminalística. Monte Ávila Editores. Caracas, 1974.
2. Moreno González, Rafael. Manual de Introducción a las Ciencias Penales. México, 1990, p. 84.
3. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Manual de Introducción a las Ciencias Penales. México, 1996, p. 389.
4. MONTIEL SOSA, Juventino. La Criminalística. Edit. Limusa. México, 1997, p.37.
5. GROSS, Hanns. Manual del Juez. Sistemas de Criminalística. Austria, 1892.

revistajudicial@derechoecuador.com

La devolución del bien incautado y la disponibilidad del Juez para la restitución del bien, una mirada a la unificación entre la Ley de delitos



AUTOR: JACOB ABRAHAM LOZANO AMARU;
Secrta del 7º juzgado penal del callao.
Estudiante de Derecho de la Universidad
Nacional Mayor de San Marcos.



La Incautación de bienes, fundamentalmente relacionados con los delitos aduaneros, viene generando cuestionamientos, hecho que se genera cuando se remiten a la aplicación supletoria tanto del Nuevo Código Procesal Penal como a la ley especial de los delitos Aduaneros. En ese sentido y concretamente uno de los temas importantes está relacionado a la devolución del bien incautado, sea cuando se ha emitido resolución firme a través de un auto de sobreseimiento o sentencia, o a través de una disposición fiscal de no

formalizar investigación preparatoria. Es decir que el presente problema radica si el Juez puede devolver el bien materia de Incautación antes del pronunciamiento del fondo del proceso o es necesario que la autoridad aduanera lo disponga. Asimismo el presente artículo pretende facilitar algunas reflexiones y propuestas para la solución del conflicto.

Análisis de la problemática desde el punto de vista sistemático entre la ley de delitos aduaneros y el Nuevo Código Procesal Penal.

De acuerdo al Artículo IV, del Título Preliminar del NCPP y el Art.60, quien es titular de la acción penal es el Ministerio Público. Se trata de un organismo constitucional autónomo creado por la Constitución de 1979, y que tiene por mi-



sión velar por los intereses públicos tutelados por la ley y perseguir el delito, defendiendo de esa forma la estructura social que conocemos como sociedad. Es el quien por reconocimiento constitucional investiga los hechos ocurridos, actuando objetivamente para determinar si la persona o personas a quienes se les atribuye la comisión de un delito o falta son los responsables o no (conocimiento y voluntad) y en base a ello solicitar al órgano jurisdiccional ordenar a todos los actores (cuyos derechos, deberes, y obligaciones están establecidos por la ley) apersonarse al proceso y poder resolver el caso con la condena o absolución. Es el Ministerio público el titular de la acción Penal, y es el quien tiene el deber de la carga de la prueba, **realizar la investigación desde que tiene conocimiento del hecho**, y en base a ello formular su teoría del caso.

Asimismo Corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y, especialmente, del juzgamiento, así como expedir las sentencias y demás resoluciones previstas en la Ley. La administración de justicia está a cargo del juez que goza de libertad de criterio y conciencia para poder emitir sentencia, es el quien aplica el derecho. El juez de investigación preparatoria tiene la función de controlar el plazo de investigación otorgada al fiscal, emitir auto de sobreseimiento, dirigir audiencias, procedencia de diligencias preliminares, emitir resoluciones debidamente motivadas, **facultades que lo establece el artículo V del Título Preliminar del Código acotado que expresa que al órgano jurisdiccional no sólo le corresponde la dirección de la etapa intermedia y de juzgamiento, sino emita re-**

soluciones previstas en la ley."

Entonces podemos entender que hay una clara separación de roles entre el Ministerio Público y el órgano jurisdiccional, cumpliendo cada uno determinadas funciones de modo que las actividades que se deben de llevar a cabo durante el proceso no sean realizadas solo por uno de ellos y se atente de esta forma (en el caso del juez) contra la imparcialidad y objetividad que debe existir para llegar a establecer la verdad de los hechos e impartir la justicia correspondiente. **Es el Fiscal quien dirige la investigación y decide en base a los elementos recaudados el delito por el cual acusara y la de emitir resoluciones debidamente motivadas**, formulando su teoría del caso, mientras que el juez penal (etapa de juzgamiento) se encargara de evaluar la teoría presentada por el fiscal y el de la parte acusada.

Asimismo que con el rótulo de "incautación", el Código Procesal Penal del 2004, ha establecido dos instituciones jurídicas procesales, **una como medida de búsqueda de pruebas con restricción de derechos y otra como medida de coerción**. En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. En el primer caso, su función es primordialmente conservativa –de aseguramiento de fuentes de prueba material– y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad. Aun cuando en la identificación de los bienes sujetos a una u otra medida existen ámbitos comunes – pueden cumplir funciones similares–, lo esencial estriba en la función principal que cumplen, básicamente de cara a la posibilidad de una consecuencia accesoria de decomiso.

En el mismo sentido la jurisprudencia – a través del Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116, f.j. N° 7 – define a la incautación como una medida procesal, que presenta una configuración jurídica dual: i) como medida de búsqueda de pruebas y restricciones de derechos -propiamente,

¹ Precedencia vinculante: Fundamentos Jurídicos 8 al 16, con Fecha de Emisión: 18 de noviembre de 2010.

² En efecto por una medida de incautación, instrumental o cautelar, que en ambos casos tiene la condición de interviniente accesoria, sino dos opor-

medida instrumental restrictiva de derechos- y ii) como medida de coerción -con una típica función cautelar. El citado Acuerdo Plenario precisa en su fundamento jurídico N° 9 que cuando se trate de: i) efectos del delito -Son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etc.-, ii) instrumentos del delito -Son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, el arma empleada, etc.-, o iii) objetos del delito -Son las cosas materiales sobre las que recae la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, etc-, la incautación cautelar - artículo 316, inciso uno del Código Procesal Penal- precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictara en la sentencia -artículo 102 del Código Penal-.

En todos estos casos, y teniendo en cuenta que en el presente caso se está ocupando sobre los delitos aduaneros, debe existir un pronunciamiento respecto al bien incautado. Por tanto para saber qué sucede con el bien así considerado-incautado-, nos remitimos a la norma especial respectiva. En el presente caso al observarse que existen normas que expresamente declaran la competencia de dicha situación, por lo que corresponde analizar la compatibilidad entre **la Ley 28008 y las normas que regulan la incautación del Decreto Legislativo número 957. La Ley 28008 en su artículo 13 de su Capítulo I, Título II, modificado por el Decreto Legislativo número 1111**, del veintinueve de junio de dos mil doce, regula la incautación en caso de delitos aduaneros, en el caso específico de la devolución de los bienes incautados señala:

El Fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así

como los instrumentos utilizados para la comisión del mismo, los que serán custodiados por la Administración Aduanera en tanto se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario.

Queda prohibido, bajo responsabilidad, disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los medios de transporte o cualquier otro instrumento empleados para la comisión del mismo, en tanto no medie sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros. En el caso de vehículos o bienes muebles susceptibles de inscripción registral, queda prohibido, bajo responsabilidad, sustituir la medida de incautación o secuestro de estos bienes por embargos en forma de depósito, inscripción u otra que signifique su entrega física al propietario o poseedor de los mismos.

La prohibición de disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los instrumentos empleados para su comisión, alcanza igualmente a las resoluciones o disposiciones dictadas por el Ministerio Público, si luego de la investigación preliminar o de las diligencias preliminares, se declare que no procede promover la acción penal o se disponga el archivo



16. Interponer recurso de apelación o solicitar el levantamiento de la medida. La institución del levantamiento se asocia a la incorporación de actos de investigación o de algún elemento de convicción luego de la realización del acto mismo, que modifique la situación que inicialmente generó la incautación.

17. En los casos en que se encuentre objetivamente acreditada la no vinculación absoluta del propietario del vehículo con los hechos investigados, el mantenimiento de la medida de incautación sobre el vehículo, más allá de la necesaria etapa investigadora constituye una limitación ilegítima en el derecho

de la denuncia. En dichos casos corresponderá a la Administración Aduanera la evaluación de la devolución de estas mercancías, bienes, efectos, medios de transporte e instrumentos del delito, previa verificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias aduaneras que amparen su ingreso lícito, internamiento, tenencia o tránsito en el territorio nacional.

Es en este orden ideas al realizar una interpretación se refleja que las reglas que establecen dichas situaciones anteriormente expuestas son claras dado que expresan que: i) La incautación ordenada por el fiscal será custodiada por la Administración Aduanera. ii) Esta situación se mantiene hasta que se emite auto de sobreseimiento, sentencia que ordene el decomiso o se disponga su devolución al propietario. iii) En caso que el fiscal decida no promover la acción penal corresponde a la Administración Aduanera evaluar la devolución.

Asimismo en esta misma lógica es menester mencionar que el Decreto Legislativo 957-Nuevo Código Procesal Penal- presenta dos regulaciones: sobre incautación probatoria, la de los artículos 218 al 225 y la cautelar de los artículos 316 al 320 respectivamente.

En el primero caso, sobre la devolución de bienes, señala el artículo 222: "El Fiscal y la Policía con conocimiento del primero podrá devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados o entregar los incautados que ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria. Asimismo, podrá devolverlos al imputado si no tuvieren ninguna relación con el delito. La devolución podrá ordenarse provisionalmente y en calidad de depósito, pudiendo disponerse su exhibición cuando fuera necesario. Los bienes sustraídos serán entregados al agraviado. Si el Fiscal no accede a la devolución o entrega, el afectado podrá instar, dentro del tercer día, la decisión del Juez de la Investigación Preparatoria".

De ello se advierten las siguientes reglas: i) Fis-

mismos.

La prohibición de disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los instrumentos empleados para su comisión, alcanza igualmente a las resoluciones o disposiciones dictadas por el Ministerio Público, si luego de la investigación preliminar o de las diligencias preliminares, se declare que no procede promover la acción penal o se disponga el archivo de la denuncia. En dichos casos corresponderá a la Administración Aduanera la evaluación de la devolución de estas mercancías, bienes, efectos, medios de transporte e instrumentos del delito, previa verificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias aduaneras que amparen su ingreso lícito, internamiento, tenencia o tránsito en el territorio nacional.

Es en este orden ideas al realizar una interpretación se refleja que las reglas que establecen dichas situaciones anteriormente expuestas son claras dado que expresan que: i) La incautación ordenada por el fiscal será custodiada por la Administración Aduanera. ii) Esta situación se mantiene hasta que se emite auto de sobreseimiento, sentencia que ordene el decomiso o se disponga su devolución al propietario. iii) En caso que el fiscal decida no promover la acción penal corresponde a la Administración Aduanera evaluar la devolución.

Asimismo en esta misma lógica es menester mencionar que el Decreto Legislativo 957-Nuevo Código Procesal Penal- presenta dos regulaciones: sobre incautación probatoria, la de los artículos 218 al 225 y la cautelar de los artículos 316 al 320 respectivamente.

En el primero caso, sobre la devolución de bienes, señala el artículo 222: "El Fiscal y la Policía con conocimiento del primero podrá devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados o

a la propiedad, por lo que corresponde su devolución." SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAIDA EN EL Exp. N° 02689-2012PA/TC. Fundamento Jurídico N° 7.

⁴ Sentencia de Casación N° 242-2011, Sala Penal Permanente, del 02 de Julio de 2012.

⁵ En donde el tema propuesto a determinar, cuál es la norma de aplicación sobre devolución de bienes incautados en el ámbito de los delitos aduan-

cal o policía pueden devolver los bienes incautados: a) Al agraviado o terceros. b) Si fueron utilizados en la investigación. c) Al imputado si aquellos no tienen relación con el delito. ii) Si el fiscal no accede a la devolución, el afectado podrá acudir al juez.

En cuanto a la incautación cautelar señala el artículo 319: "Si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, ésta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado". Las personas que se consideren propietarios de buena fe de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, podrán solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin que se levante y se le entreguen los bienes de su propiedad.



Los autos que se pronuncian sobre la variación y el reexamen de la incautación se dictarán previa audiencia, a la que también asistirá el peticionario. Contra ellos procede recurso de apelación. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 278 y en los numerales 2) y 3) del artículo 279".

Siendo indispensable la intervención judicial, que es una condición previa para la variabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, desde luego, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional. En estos casos, para decidir

acerca de una petición concreta derivada o vinculada a la incautación la autoridad judicial debe realizar, con carácter previo pero en ese mismo acto, una evaluación de la legalidad de la incautación. De no ser posible el aludido examen por la necesidad de un debate más amplio, será del caso rechazar provisoriamente el requerimiento o la solicitud que, como dato esencial, se sustentó en la incautación a fin de definirla anticipadamente y, emitida la decisión respectiva, recién pronunciarse sobre su mérito. Y, los supuestos –distinguiéndolos– en que procede el reexamen y la apelación de la incautación. El afectado por una medida de incautación, instrumental o cautelar, que en ambos casos tiene la condición de interviniente accesorio, tiene dos opciones: interponer recurso de apelación o solicitar el reexamen de la medida. La institución del reexamen se asocia a la incorporación de actos de investigación o de algún elemento de convicción luego de la realización del acto mismo, que modifique la situación que inicialmente generó la incautación. Desde luego, si la incautación carece desde un inicio de los presupuestos materiales que la determinan será del caso interponer el respectivo recurso de apelación. El tercero –que alegue ser propietario de un bien incautado y que no ha intervenido en el delito, dice el artículo 319.2 del NCPP, puede solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin de que se levante y se le entregue el bien de su propiedad. Esta norma no significa que solo tiene esta opción, pues muy bien, frente a la contundencia de la evidencia preexistente –no la que puede aportar.

En este orden de ideas el Artículo 320 señala: "Dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos. El auto, que se emitirá sin trámite alguno, será de ejecución inmediata". La restitución no será ordenada si, a solicitud de las partes legitimadas, se deben garantizar –cuando corresponda– el pago de las responsabilidades pecuniarias del delito y las costas".

ros, esto es si corresponde aplicar la Ley de Delitos Aduaneros o el Código Procesal Penal) no presenta supuestos de contradicción o vacío legal que dificulten la determinación de la norma de aplicación, en efecto, el artículo trescientos dieciséis del Código Procesal Penal señala que "Los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere asegurado, así como los objetos del delito permitidos por la Ley, siempre que exista peligro por la demora, pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en el curso de la investigación Preparatoria, ya sea por la Policía o por el Ministerio Público, el artículo trescientos diecinueve del citado Código Legal establece que "a) Si varían los presupuestos que determinaron

De ello se advierten las siguientes reglas: i) El juez puede dejar sin efecto la incautación: a) Si varían sus presupuestos, b) El afectado es propietario de buena fe y no ha intervenido en el delito investigado, ii) En caso de absolución, sobreseimiento o archivo, los bienes se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos o deben garantizar el pago de las responsabilidades pecuniaras del delito y las costas⁴.

De lo expuesto se advierte que la norma aduanera se dirige al fiscal, así como lo hace el artículo

“ante el juez, quien en uso de sus facultades podrá confirmar la medida o entregar el bien ya sea al agraviado, imputado, terceros o incluso entregar en custodia a la administración aduanera, de acuerdo a cada caso concreto.**”**

222 del Código Procesal Penal. Sin embargo, los artículos 319 y 320 del mismo cuerpo normativo se dirigen al juez. Se debe dejar claro que estas normas no son incompatibles, se complementan, pues en ambas regulaciones se señala que la incautación se mantiene hasta el sobreseimiento o absolución.

Sin embargo, la regulación de la Ley 28008 no regula todos los supuestos de la actividad del juez. Es decir, los supuestos en que rebasan los artículos 319 y 320 del Código Procesal Penal no se contraponen; al contrario, la complementan,

pues regulan los supuestos en que el juez puede devolver los bienes incautados, razón por la cual la corte Suprema, mediante la Casación número trescientos cuarenta y dos – dos mil once, estableció: “En atención al principio de especialidad, debemos precisar que si bien, bajo dicho principio, la norma especial prima sobre la norma general; también lo es que respecto a estas dos normas que colisionan, materia del presente recurso casatorio, se advierte que la Ley número veintiocho mil ocho se limita a señalar la facultad del Fiscal respecto a la incautación y secuestro de bienes, y la disposición de que sea la administración aduanera quien lo custodie; sin embargo, no establece un procedimiento específico, en tanto resulta cierto que es el Ministerio Público titular de la acción penal, quien tiene la carga de la prueba y asume la conducción de la investigación desde su inicio, conforme así lo prevé el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal; no obstante, debe tenerse en cuenta que este nuevo modelo procesal reforzó la función investigadora del Ministerio Público, también lo es que, en forma similar ha dotado al juzgador de efectivos poderes de control de la etapa de investigación, entre otros, la vigilancia a la Policía Nacional y el Fiscal para que cumplan con garantizar los derechos de las personas comprendidas en una investigación; como así lo establece el artículo V del Título Preliminar del Código acotado que expresa que al órgano jurisdiccional no sólo le corresponde la dirección de la etapa intermedia y de juzgamiento, sino emita resoluciones previstas en la ley.” Siendo de esta manera que el fiscal debe solicitar la confirmatoria de incautación **ante el juez, quien en uso de sus facultades podrá confirmar la medida o entregar el bien ya sea al agraviado, imputado, terceros o incluso entregar en custodia a la administración aduanera, de acuerdo a cada caso concreto.**

Asimismo dicha conclusión ha sido revalidada por la Corte Suprema al momento de dilucidar conflictos entre ambas normas, lo que deja claro la vigencia de Ley 28008, como ocurrió en el Auto de calificación de casación número

la imposición de la medida de incautación, ésta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado. b) Las personas que se consideren propietarios de buena fe de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, podrán solicitar el levantamiento de la medida de incautación, a fin que se levante y se le entreguen los bienes de su propiedad.

⁴ Custodia de la Administración Aduanera de los vehículos incautados. Fecha de vista de la causa: 13 de agosto de 2013. Fecha de publicación en El Peruano: Los vehículos incautados que quedan bajo custodia de la Administración Aduanera por disposición del Fiscal, confirmados por el Juez de

66-2011-Cusco , de quince de agosto de dos mil once Casación número 342-2011-Cusco, del dos de julio de dos mil trece, Casación número 45-2012-Cusco , del trece de agosto de dos mil trece, Casación número 273-2011-Cusco, del veintinueve de enero de dos mil trece, Casación número 113-2013-Arequipa, del dieciséis de septiembre de dos mil catorce, Casación 136-2013-Tacna, del once de junio de dos mil catorce, Casación número 139-2011-Cusco, del diez de abril de dos mil doce, entre otros.

Entonces, se tiene que los bienes incautados si bien quedan bajo custodia de la Administración Aduanera por disposición del Fiscal, ello debe ser así hasta que se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene su decomiso o disponga su devolución; **limitándose la función de dicha entidad a la "custodia del bien", no siendo éste quien determine el futuro del bien incautado; sino es el Juez quien reexamina y dispone la devolución del bien, quedando esto como una conclusión(el quien lo suscribe).**

Siendo de esta manera que por efectos de la Ley 28008 no se pueden devolver los bienes hasta la expedición del sobreseimiento y absolución. Sin embargo, la propia Ley señala que en caso que el fiscal decida no promover la acción penal, corresponde a la Administración Aduanera evaluar la devolución. Pero como se señaló, esta norma está dirigida al fiscal, no dice nada sobre la participación del juez, quien, según la regulación legal, puede devolver los bienes incautados antes de la existencia de una resolución de sobreseimiento o absolución.

Es así que el juez dentro del proceso tiene diversas funciones, entre otras, la de restringir derechos, como es el caso de la incautación, de conformidad con los artículos 319 y 320 del Código Procesal Penal, quedando dentro de sus facultades el devolver los bienes mediante resolución judicial, sea a través de la no confirmación de la incautación, reexamen de la misma o apela-

ción; por ende, lo señalado por la Ley 28008 solo se aplica a la actividad del fiscal.

Es decir el juez a meritar cada caso concreto en relación al objeto Incautado-procedencia, característica, licitud y la persona que exige la devolución tiene la facultad de devolver el bien incautado. Siendo lo vertido anteriormente es menester mencionar que el tribunal constitucional mediante la sentencia recaído en el expediente 2089-2012, detalla que la incautación de bienes en el marco de un proceso penal, si bien responde a una exigencia de la investigación del hecho delictivo para la búsqueda y conservación de las fuentes o medios de prueba, así como, de ser el caso, para la sustentación de la responsabilidad penal del procesado y la determinación de sus consecuencias, **en los casos de los terceros o de los titulares afectados ajenos al proceso despliega efectos diferentes. Así, si el tercero o el afectado no tiene una condición de autor, cómplice, encubridor, etc., mal puede considerarse que el bien objeto de incautación no pueda devolverse a su dueño tras haberse acreditado su derecho de propiedad y su no vinculación absoluta con los derechos investigados.** En atención a las consideraciones expuestas el Tribunal Constitucional estimo pertinente adoptar algunos criterios para evaluar la legitimidad constitucional del mantenimiento de la medida de incautación de los bienes en el marco de un proceso penal respecto de **un tercero o de un afectado ajeno al mismo.** A estos efectos, **en los casos en los que se encuentra objetivamente acreditada la no vinculación**



investigación Preparatoria, debe ser así hasta que se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene su decomiso o disponga su devolución; siendo el Juez el único facultado para reexaminar y disponer la devolución del bien, de acuerdo a cada caso concreto

absoluta del propietario del vehículo con los hechos investigados, el mantenimiento de la medida de incautación sobre el vehículo, más allá de la necesaria etapa investigatoria constituye una limitación ilegítima en el derecho de propiedad, por lo que corresponde su devolución.

Siendo de esta manera que en un caso concreto se diera que el bien incautado por la autoridad aduanera tenga problemas de mero trámite ante dicha autoridad se permita la devolución de la misma, asimismo en el caso que posterior al evento investigado se descubriera la procedencia lícita este funcionara como custodio de la misma no teniendo facultad de disposición de dicho bien y el juez pueda disponer la devolución a pesar de que no se halla expedido resolución de fondo, es así que bajo estas premisas se observa que la autoridad aduanera está subordinado a la decisión del juez. Ahora dichas reglas no se aplicarían a los objetos incautados al imputado que después de culminado el proceso penal sigan manteniendo su ilicitud o haiga incertidumbre de su licitud, es solo en este caso que la autoridad aduanera actuando como custodio y a la vez como entidad autorizada de la fiscalización de los bienes importados como exportados podrá disponer que dicho bien en el sentido de la no devolución de la misma, es así que solo en este caso el Juez penal no podrá devolver a dicho bien a pesar de emitirse decisión de fondo, por otro lado en el caso que se le absuelva al imputado del delito aduanero en la cual se halla incautado dicho bien pero que este sigue manteniendo su ilicitud, solo en este caso la autoridad aduanera siga manteniendo

la disponibilidad de dicho bien y a la vez que el A-quo está impedido de devolver el bien incautado al imputado, teniéndose como base que el imputado no puede favorecerse de la ilicitud de dicha mercadería.

Conclusión.

Que en el presente artículo se pretende demostrar que la autoridad aduanera solo tiene facultades en el extremo de la custodia del bien y no de la disponibilidad de la misma ya que tal facultad lo reviste el órgano jurisdiccional, siendo solo el caso de la disponibilidad cuando el bien incautado posterior al proceso- culminación con sentencia absolutoria o condenatoria- siga manteniendo la ilicitud o se tenga incertidumbre sobre su licitud, es en este caso que la autoridad aduanera tenga facultades de disponibilidad y no este subordinado a la autoridad jurisdiccional.

Por otro lado, si el propietario de un bien incautado, demuestra fehacientemente que no tiene una vinculación objetiva con el delito investigado, pues se trata de un tercero ajeno al ilícito, podrá solicitar la devolución del bien y deberá concedérsele inmediatamente, o de necesitarse para la investigación del ilícito podrá postergarse su entrega hasta el fin del proceso -motivando la necesidad de su cautela-. En todo caso la limitación al derecho de propiedad del tercero ajeno al delito, nunca será de manera permanente, eventualmente se dictará temporalmente por razones de investigación del delito, pero siempre con una debida motivación que demuestre la proporcionalidad de la medida.

BIBLIOGRAFIA.

1. CORNEJO ALPACA, Alfonso Ricardo (1999). *Derecho penal y procesal aduanero**, librería y ediciones jurídicas, Lima.
2. GALLARDO MIRAVAL, Juvenal (2006). *Los Delitos Aduaneros: Fundamentos de Comercio Internacional**, Editorial Rodhas S.A.C., Lima.
3. REYNA ALFARO, Luis Miguel (2002). *Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y parte especial*, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima.

JURISPRUDENCIA.

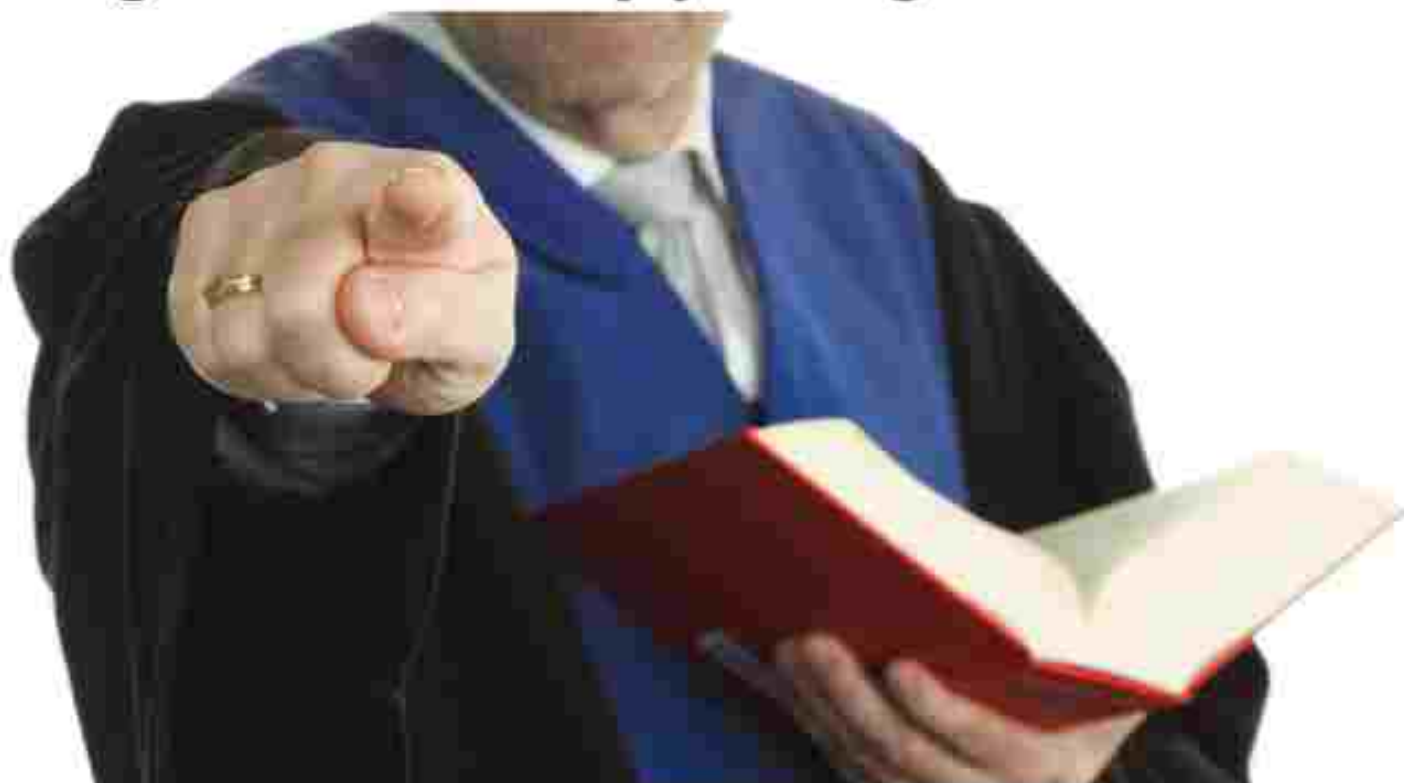
1. Sentencia de Casación N° 342-2011, Sala Penal Permanente, del dos de julio de dos mil trece.
2. Casación N. 113-2013-Arequipa, del dieciséis de septiembre de dos mil catorce,
3. Casación 136-2013-Tarma, del once de junio de dos mil catorce,
4. Casación N. 139-2011-Cusco, del diez de abril de dos mil doce.



DERECHO CIVIL

¿Qué Juez es el competente en los procesos

no contenciosos de convocatoria a junta obligatoria anual y junta general?



Luis Alberto Villegas
León
Juez del Primer
Juzgado Penal del
Callao (T)



Una respuesta inmediata a esta interrogante podría ser que, el Juez competente para conocer estos procesos no contenciosos, es el Juez de Paz Letrado. Se podría sostener que esta postura tiene su sustento en lo establecido por el artículo 1 Inciso 9) y 10) de la Ley N° 26862, Ley de Competencia Notarial en Asun-

tos No Contenciosos, que señala: "Los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el Notario para tramitar según corresponda los siguientes asuntos: 9) Convocatoria a junta obligatoria anual y 10) Convocatoria a junta general" concordado con el artículo 2 de la referida Ley "Es competente en la vía judicial el Juez de Paz Letrado, sujetándose los procesos a las normas del Código Procesal Civil"; sin embargo, en nuestra opinión, dicha respuesta no sería del todo correcta, porque, para dar una respuesta adecuada a la pregunta planteada, -creemos-

va a depender mucho de qué persona jurídica se trate, esto es, una sociedad regulada por la Ley General de Sociedades, una persona jurídica no lucrativa regulada por la Sección Segunda del Libro I del Código Civil o una Cooperativa regulado por Texto Único Ordenado de la Ley General de Cooperativas.

Esta inquietud surgió en el ejercicio de mi función como juez, en un proceso tramitado ante mi Despacho (Primer Juzgado Civil de la Corte Superior del Callao) sobre Convocatoria a Asamblea General de Delegados de una Cooperativa, el cual

se tramitó, en primera instancia, ante la justicia de paz letrada y en segunda instancia (que se elevó vía apelación), ante el Juez Civil. Sin embargo, de los actuados que adjuntaba la parte emplazada, se apreciaba que otro proceso sobre la misma materia, se estaba tramitando, en primera instancia, ante el Juez Especializado en lo Civil y en segunda instancia (vía apelación), en la Sala Civil de la Corte Superior; de todo esto detecté un problema, el cual me pareció muy preocupante: un tema sobre Convocatoria a Asamblea General no puede comenzar ante dos instancia diferentes! A ello hay que agregar, que el actor del proceso no contencioso, también había adjuntado resoluciones judiciales de los jueces civiles que declaraban improcedente su demanda, debido a que el Juez competente, según ellos, era el Juez de Paz Letrado.

Esta inquietud se hizo más grande aún, debido a que, al consultar con Notarios Públicos sobre la competencia notarial para ver estos temas de convocatoria a junta obligatoria anual y junta general, sus respuestas fueron contradictorias.

En tal sentido, -aspiramos- que el aporte de este artículo,

sea el poder determinar qué juez es el competente para ver los temas sobre convocatoria a junta obligatoria anual y junta general; sin que ello implique, por supuesto, que nuestra respuesta sea la única, y que, más bien, a partir de aquí, podamos dejar abierto el debate sobre este tema.



Teniendo la justificación del tema a tratar, comenzaremos, en primer lugar, por indicar que la competencia "... no es sino la distribución de la jurisdicción entre los jueces, es decir la forma predeterminado por ley que tienen los jueces de ejercer jurisdicción en determinados conflictos. Puede decirse igualmente que la competencia es una parte de la jurisdicción que el derecho objetivo otorga a los jueces para conocer y resolver determinados conflictos,

la competencia es la natural consecuencia de la jurisdicción, pues el juez teniendo jurisdicción posee competencia, a la inversa no funciona, es decir, que no se puede tener competencia sino se ejerce función jurisdiccional", esto es, al ser un presupuesto procesal, que consiste en la aptitud para ejer-

cer válidamente la jurisdicción, no basta que un órgano jurisdiccional sea tal para que pueda actuar en cualquier proceso válidamente, es necesario que tenga para ello, competencia; de lo contrario, se corre el riesgo de estar llevando adelante un proceso que no tendría resultado alguno, pues como es ya conocido por todos, la incompetencia puede ser apreciada no solamente al momento de la calificación de la demanda o del saneamiento procesal, sino

¹ HURTADO REYES, Merit. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Editorial Mervin S.A., Lima, 2009. pág. 262.

² LEDESMA NARVAEZ, Mariana. Comentarios Al Código Procesal Civil. Tomo II. Cuarta edición. GACETA JURÍDICA, Lima, 2012. Pág. 8.

³ Seguimos en este punto al eminente profesor Denis Echandi, quien sostiene lo siguiente: "La determinación de la competencia es fundamental en todo proceso, no solo para precisar el juez ante quien debe llevarse la demanda, sino para determinar los funcionarios que posteriormente podrán conocer el asunto. Fijado el funcionario de primer grado, quedan al mismo tiempo señalados los de categoría superior que podrán ocuparse del juicio, mediante los recursos ordinarios y extraordinarios que la ley reglamenta (apelación, casación)". ECHANDÍA DENIS, Fernando. Nociones Generales De Derecho Procesal Civil. EDITORIAL AGUILAR, Madrid, 1986. Pág. 100.

⁴ Revista IUS ET VERITAS Número 41 (2010) Volumen 20 Autor Julio Sassi Sánchez-Artigao. "El Nuevo Régimen de Convocatoria a la Junta General de Accionistas, a solicitud de accionistas minoritarios" pág. 30-45

también, al momento de emitir sentencia, ya que este elemento (la competencia), incide en la validez de relación establecida. No solamente eso. Conocer qué juez es el competente para iniciar un proceso, nos permite también, saber desde un inicio, qué órgano jurisdiccional podrá conocer la causa en instancias superiores, cuando haga uso, la parte interesada, de los recursos ordinarios y extraordinarios que la ley reconoce. Podemos apreciar, pues, lo fundamental que resulta conocer desde un inicio, qué juez es el competente para cada caso concreto.

En segundo, lugar hay que tener en cuenta que la Ley N° 26662 "Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos" publicada en El Peruano con fecha 26 de setiembre de 1996, fue modificada mediante el artículo 1 de la Ley N° 29560 "Ley que amplía La Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en asuntos No Contenciosos, y la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades" publicada en El Peruano con fecha 16 de julio de 2010. El resultado de esta modificación trajo una importante consecuencia: amplió la competencia para que los interesados puedan recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el Notario para tramitar según corresponda los siguientes asuntos:

8. Reconocimiento de unión de hecho.
9. Convocatoria a junta obligatoria anual.
10. Convocatoria a junta general.



Por lo tanto, a partir del 17 de julio de 2010, los Jueces de Paz Letrados son competentes para conocer en la vía del proceso no contencioso los asuntos de convocatoria a junta obligatoria anual y convocatoria a junta general.

Entonces, nos preguntamos, si a partir de la vigencia de la citada Ley ¿Los Jueces de Paz Letrados pueden conocer las convocatorias a junta obligatoria anual o junta general de cualquier persona jurídica, esto es, sociedades de capitales, sociedades de personas, personas jurídicas no lucrativas (asociaciones, fundaciones y comités) y cooperativas? Creemos que la respuesta debe ser la negativa. A nuestro juicio, los Jueces de Paz Letrados son competentes únicamente para conocer las convocatorias a junta obligato-

ria anual o junta general de las sociedades reguladas en la Ley General de Sociedades.

Sustentamos nuestra postura de la siguiente manera: El Título IX de la Ley N° 26662 ha sido incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 29560, dicho título regula los artículos 53° al 57°.

El artículo 54° señala que: "La solicitud para la convocatoria debe incluir lo siguiente:

1. Nombre, documento nacional de identidad y firma del solicitante o de los solicitantes
2. Documento que acredite la calidad de socio. En el caso de sociedades anónimas;
 - a) Matrícula de acciones y/o
 - b) Presentación del certificado de acciones.
3. En el caso de otras formas

societarias el testimonio de escritura pública donde conste la inscripción de una o varias participaciones y/o la certificación registral.

4. En el caso de sociedades en comandita, el socio acredita su condición de tal según modalidad establecida en la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades.
5. Copia del documento donde se exprese el rechazo de la convocatoria y/o copia de la carta notarial enviada al Directorio o a la Gerencia, según sea el caso, solicitando que se celebre la junta general"

Ergo, en dicho artículo se menciona expresamente a las Sociedades Anónimas y cuando se refiere a otras formas societarias se refieren, indudablemente, a las sociedades reguladas en el Libro Tercero de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, que lleva justamente como Título "Otras Formas Societarias", donde se regula la Sociedad Colectiva, la Sociedad en Comandita, la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada y las Sociedades Civiles.

En consecuencia, ni el Notario Público, ni el Juez de Paz Letrado son competentes para conocer las Convocatorias a Junta Obligatoria Anual y la convocatoria a Junta General, tanto de personas jurídicas no lucrativas, así como tampoco de una Cooperativa.

De la misma opinión es el

Dr. Julio Salas Sánchez (Especialista en temas societarios y mercantiles), quién ha escrito un artículo llamado: "El nuevo régimen de convocatoria a la Junta General de Accionistas, a solicitud de accionistas minoritarios" en la Revista *Ius Et Veritas*, donde analiza el ámbito de aplicación del nuevo régimen dado con la Ley N° 29560, donde manifiesta:

"El artículo 1° de la Ley de Competencia Notarial, según ha sido modificado por la Ley 29560, legitima a los interesados para recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el Notario para solicitar la convocatoria a la Junta Obligatoria Anual y a la Junta General. El siguiente artículo precisa que se trata de las Juntas de Accionistas. Acto seguido, la Ley N° 29560 modifica los artículos 117° y 119° incluidos en la normativa correspondiente a las sociedades anónimas, aunque carece de una referencia explícita a las demás formas societarias que regula la LGS. En este contexto, parecería inequívoco concluir que el texto de la Ley N° 29560 solo se refiere a las sociedades anónimas, lo que encontraría asidero en la Exposición de Motivos. Sin embargo, el Diario de los Debates del Congreso, registra uno que señala la preocupación por la limitación del texto a solamente los accionistas y a las Juntas Generales de Accionistas incluyendo a la Junta Obligatoria Anual, preocupación que no quedó plasmada en el texto final, a pesar del uso indistinto de las expresiones ac-

cionista (que hace referencia, también inequívoca a los socios de una sociedad anónima) y de socios. No obstante, no tendría sentido interpretar la Ley que se comenta como aplicable solo a las sociedades anónimas y a sus accionistas, porque tampoco tendría sentido que las demás formas societarias y sus socios carezcan de una normativa que facilite el ejercicio del derecho del socio (calidad que ciertamente corresponde también a un accionista) a reunirse en Junta. En este orden de ideas, dicha Ley debe entenderse aplicable a toda forma societaria, obviamente observando las normas propias de cada una de ellas. Puede acusarse una falta de precisión de la ley mencionada, aunque ello no debería llevar a entenderla limitada a las sociedades anónimas ni a sus accionistas" (El subrayado es nuestro).

De la cita puede fácilmente concluirse que el citado autor nacional, coincide plenamente con lo señalado por nosotros; que tanto los Notarios Públicos como los Jueces de Paz Letrados son competentes para conocer las convocatorias a junta obligatoria anual o junta general de las sociedades reguladas en la Ley General de Sociedades.

Ahora, con relación a las Asociaciones el segundo párrafo del artículo 85° del Código Civil señala que "Si la solicitud de estos no es atendida dentro de los quince días de haber sido presentada, o es denegada, la convocatoria es hecha por el Juez

de Primera Instancia del domicilio de la Asociación, a solicitud de los mismos asociados"; es decir, el juez competente para convocar a asamblea es el Juez Especializado en lo Civil del domicilio de la Asociación. Asimismo, se debe tener presente que el Comité conforme al artículo 123° del mismo cuerpo normativo indica que se rige por los artículos 81° a 93° en cuanto le fueren aplicables.

Con respecto a las Cooperativas, el artículo 116° del Decreto Supremo N° 074-90-TR señala que:

"Los casos no previstos por la presente Ley se regirán por los principios generales del Cooperativismo, y, falta de ellos por el derecho común.

En materias relativas a la estructura y funcionamiento de las organizaciones cooperativas, son supletoriamente aplicables a éstas, sin perjuicio del párrafo anterior y en cuanto fueren compatibles con los principios generales del Cooperativismo, las normas señaladas a continuación:

1. A las cooperativas primarias y centrales de cooperativas: la legislación de sociedades mercantiles;
2. A las demás organizaciones, del Movimiento Cooperativo y a las entidades de apoyo cooperativo: la legislación de las asociaciones no lucrativas de derecho privado."

Del tenor de este artículo se podría pensar que, respecto

a las Cooperativas Primarias y Centrales de Cooperativa, al ser aplicable supletoriamente la legislación mercantil, la competencia recaería sobre la justicia de paz letrada; sin embargo, no compartimos dicha opinión, debido a las siguientes razones:

La asignación de competencias a la justicia de paz letrada debe ser expresa e inequívoca; y como se ve de la Ley N° 29560, dicha norma jurídica nunca asignó competencia para que el Juez de Paz Letrado pueda ver asuntos de Convocatoria a Junta Obligatoria Anual o Junta General de Cooperativas ni de personas jurídicas no lucrativas reguladas por el Código Civil como asociaciones, fundaciones y comités, sino únicamente para "las sociedades anónimas, las sociedades en comandita y para las "otras formas societarias".

Más aún, que el artículo 5° del Código Procesal Civil establece: "Corresponde a los órganos jurisdiccionales civiles el conocimiento de todo aquello que no esté atribuido por la ley a otros órganos jurisdiccionales", esto es, la norma considera de competencia del Juez Civil toda aquella materia que no le esté atribuida conocer a otros jueces.

A ello debemos sumar una cuestión práctica, la conformación de los organismos de gobierno de una Cooperativa (Concejo de Administración y Concejo de Vigilancia) se renuevan por tercios, lo que implica

una mayor complejidad; por lo que deberían ser vistos por el Juez Civil o Comercial, esto último para el caso del Distrito Judicial de Lima, atendiendo que existen juzgados de la subespecialidad comercial.



Conclusión:

1. El Juez de Paz Letrado o Notario Público es competente para conocer los procesos no contenciosos de Convocatorias a Junta Obligatoria Anual o Junta General de las sociedades reguladas en la Ley General de Sociedades.
2. El Juez Civil es competente para conocer los procesos no contenciosos de Convocatorias a Junta General de las personas jurídicas (no lucrativas) reguladas en el Código Civil, así como de las Cooperativas.

luisdavidpajaresnarva@



DERECHO PROCESAL

PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO NO BRASIL: Implicações e perspectivas do processo na sociedade digital.



Franciane Hasse
Professora do curso de Direito
e do curso de Sistemas de
Informação, da UNIDAVI.

RESUMO

O presente artigo científico tem como objeto o estudo da sociedade contemporânea e do Processo Judicial Eletrônico – PJe, observando-se as implicações do uso das Tecnologias de Informação e Comunicação – TICs. Anali-

sam-se as questões inerentes à evolução da Tecnologia da Informação e Comunicação, bem como fala-se sobre a utilização da Internet no Poder Judiciário brasileiro. Por fim, aborda-se a realidade eletrônica, para compreender se há a elitização do processo judicial eletrônico. O método utilizado na elaboração deste artigo foi o indutivo e o levantamento de dados foi feito através da técnica da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Processo Judicial Eletrônico. Tecnologia de Informação e Comunicação. Sociedade digital.

RESUMEN

Este artículo científico tiene como objeto el estudio de la sociedad contemporánea y el Proceso Judicial electrónica - PJe, observando las consecuencias del uso de las Tecnologías de Información y Comunicación - TIC. Analiza las cuestiones implicadas en el desarrollo de

¹ Licenciada em Direito pela Faculdade Alencar - UNED, em Passo Fundo-RS. Especialista em Direito Processual Civil e Especialista em Direito Empresarial e dos Negócios. Graduada em Direito e em Sistemas de Informação, pela UNIDAVI. Professora do curso de Direito e do curso de Sistemas de Informação, da UNIDAVI. Coordenadora de Escola Superior de Advocacia (ESA) - Subseção de Rio do Sul, de OAB - Seção de Santa Catarina. Coordenadora Superior da Subseção de Rio do Sul, de OAB - Seção de Santa Catarina. Advogada OAB/SC. e-mail: francianehasse@gmail.com

² WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução. In: _____. História do direito no Brasil. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 04.

³ CASTELLÉ, Manuel. Tecnologia, sociedade e transformação histórica. In: _____. A sociedade em rede. 6. ed. rev. e ampli. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 44.

⁴ DANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 663.

⁵ NUNES, Diane José Coelho. Conclusão. In: _____. Processo Jurisdicional Democrático. 1ª ed., 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 254.

Tecnología de Información y Comunicación, y se habla sobre el uso de Internet en el sistema judicial brasileño. Por último, se aproxima a la realidad electrónica, para entender si existe el aburguesamiento de la demanda electrónica. El método utilizado en la preparación de este artículo fue el método inductivo y el recolección de datos fue realizada por la literatura técnica.

Palabras clave: Proceso Judicial Electrónico. Tecnología de Información y Comunicación. Sociedad digital.

INTRODUÇÃO

Séculos XVIII e XIX. Início da Revolução Industrial, tendo como país precursor a Inglaterra e logo em seguida toda a Europa rendeu-se à revolução, que nada mais foi do que a substituição do trabalho braçal pelo uso de maquinário moderno. Revolução digital. Na década de 60 surge a Internet, sendo que apenas em 1990, por meio da rede mundial de computadores, os cidadãos começaram a utilizar esta ferramenta que propicia rápida comunicação, além de possibilitar que muitos trabalhos sejam desenvolvidos de maneira mais célere e eficaz.

Fala-se que se vive em uma época onde tudo é "sistemati-

zado". As Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), por meio de um conjunto de recursos tecnológicos integrados entre si, proporcionam a automação e a comunicação das pessoas, aumentando o fluxo de transmissão de informações. O Poder Judiciário, na esfera do Estado Democrático, necessitava evoluir no que se refere ao sistema processual para que pudesse garantir o efetivo exercício dos direitos dos cidadãos, pelo que surgiu o "Processo Judicial eletrônico (PJe)", criando-se legislação específica no Brasil, sendo a Lei do Processo Eletrônico (lei nº 11.419/2006), que dispõe sobre a informatização do processo judicial.

Nesse contexto, analisa-se se o Processo Judicial eletrônico (PJe), no Brasil, caracteriza-se como processo ou se são apenas atos virtuais e ainda se há a elitização do processo.

1. A sociedade digital

A era digital introduziu várias mudanças no cotidiano das pessoas, grande parte das tarefas do dia-a-dia é transportada para a plataforma digital, ocasionando fatos e consequências, jurídicas e econômicas, como ocorre no mundo físico. Assim, o Direito está inserindo-se à rea-

lidade digital. Wolkmer, diz que a natureza da História do Direito é marcada por uma distinção clássica entre "história externa" e "história interna". A primeira trata do exame formal dos acontecimentos políticos-sociais que engendram e influenciam as fontes clássicas do Direito. A segunda é um estudo material da vida dos institutos e das instituições públicas e privadas.

A dependência do mundo eletrônico é inevitável, já que se vive em uma era digital e a tendência é que cada vez mais o que se encontra no mundo físico transmute para o mundo digital, é o que se chama de desmaterialização, e, diante deste fato, as questões atinentes ao direito merecem atenção para que se tenha a inserção adequada à realidade digital, a fim de que o processo possua "desfecho" mais célere, sem, contudo, que este torne-se mais burocrático e exclua parte considerável da população, com menos poder



⁶ RUSCHEL, Anton José; ROVER, Aíres José; SCHNEIDER, Juliana. Governo eletrônico: o judiciário na era do acesso. Disponível em: http://www.enermat.gov.br/wp-content/uploads/2011/06/TGPRE_Ruschel-Rover-Schneider_Governo-eletronico-o-judiciario-na-era-do-acesso.pdf, acesso em 17 jul. 2016.

⁷ ROVER, Aíres José. Introdução ao governo eletrônico. In: _____. Governo eletrônico e inclusão digital. / organizador: Aíres José Rover. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 17.

⁸ FALLICO, Augusto Vicente. Administração pública: teoria e questões. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

⁹ ROVER, Aíres José. A democracia digital: algumas questões de base. Disponível em <http://www.jur.ufsc.br/arquivos/ISCR-A%20DEMOCRACIA%20DIGITAL.pdf> Acesso em 17 jul. 2016.

¹⁰ RODRIGUES, Helder Wanderlei; LAMY, Eduardo de Azevedo. Acesso à justiça: a função social do Estado contemporâneo e seus reflexos no direito processual. In: _____. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Atlas, 2016. p. 69.

aquisitivo, do acesso à justiça.

Desta feita, as constantes inovações apresentadas à sociedade brasileira no que concerne ao PJe, são realidades presentes no cotidiano dos jurisdicionados. No atual momento, os tribunais do Brasil que ainda não possuem os processos totalmente digitais, certamente, em um curto espaço de tempo, terão todos os autos transmutados em "eletrônicos", ou "virtuais". Com a expansão do espaço cibernético, consequentemente teve-se a supressão ou redimensionamento das fronteiras, fato que implicou na transmutação da sociedade presencial à sociedade digital. Segundo Castells, "a habilidade ou inabilidade de as sociedades dominarem a tecnologia [...] traça seu destino a ponto de podermos dizer que, embora não determine a evolução histórica e a transformação social, a tecnologia (ou sua falta) incorpora a capacidade de transformação das sociedades".

Diante desta realidade, o Estado, por meio do Poder Judiciário, deve repensar o rumo do Direito e das novas tecnologias, uma vez que hoje o sistema jurídico é ineficaz e burocrático, necessitando de uma grande transformação, capaz de restabelecer o equilíbrio do direito e

dos jurisdicionados, e de tornar a revolução cibernética uma espécie de significativa mudança na história do Direito, sem, contudo, promover a desigualdade.

Dos preceitos da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei (art. 5º, I, da CF), devendo prevalecer o princípio da igualdade, a fim de que todos sejam tratados da mesma



maneira e, consequentemente, tenham os mesmos direitos, sem qualquer distinção. Para Canotilho, "ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-se à criação de um direito igual para todos os cidadãos", logo, conclui-se que o Estado deve proporcionar aos litigantes acesso à justiça, em iguais condições. Não

bastasse isso, segundo Nunes, "[...] a estruturação adequada de um modelo democrático de processo passa pela necessária compreensão participativa deste, de modo a subsidiar equilíbrio e o reforço do papel de todos os sujeitos processuais".

2. O uso das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs)

O uso das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) podem auxiliar na democratização do processo, isto porque, conforme o entendimento de Ruschel, Rover e Schneider, o uso das TICs para disponibilizar melhores serviços do judiciário ao jurisdicionado, pode ser entendido como sendo ações de governo eletrônico, as quais deveriam aumentar a possibilidade de acesso à justiça ao cidadão. O que o Estado busca, nada mais é do que efetivar a cidadania digital, priorizando o acesso e a qualidade da informação.

Mas, o que é o governo eletrônico? Na obra "Governo eletrônico e inclusão digital", organizada por Rover, tem-se que "Governo eletrônico é uma infra-estrutura única de comunicação compartilhada por diferentes órgãos públicos a partir da qual a tecnologia da informação e da comunicação

¹¹ A propósito, no ano de 2011, a ONU, reconheceu o acesso à internet com um direito humano e que desconectar a população de um país viola esse direito. Disponível em https://www.article19.org/data/files/Internet_Statement_Adopted.pdf. Acesso em 04 Jun. 2016.

¹² Art. 8º Ao parte sendo intimada de sentença, quando não profereza esta na audiência em que estiver presente seu representante, por AflUP [...] §2º Os tribunais poderão organizar serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIBS/2007/LL10269.htm. Acesso em 17 Jul. 2016.

¹³ Resolução 19/2004. Disponível em <http://www.tjdj.us.br/ead/PDF/Resolucap19-2004.pdf>.

¹⁴ Resolução nº 155 de 16/12/2010 instituindo o Processo Judicial Eletrônico - PJe. Disponível em <http://www.07.jus.br/buscá-ésto-sam/documento=2452>. Acesso em 15 abr. 2016.

¹⁵ CARDOSO, Sérgio Eduardo. Viabilidade de utilização da metodologia dos sistemas flexíveis - sem no planejamento de ações estratégicas do poder

é usada de forma intensiva para melhorar a gestão pública e o atendimento ao cidadão”.

Contudo, não basta apenas que se usem as novas tecnologias, é preciso que se tenha organização por parte dos Tribunais, o que se chama, neste caso, de governança eletrônica. Para Paludo, a Governança Eletrônica engloba políticas, estratégias e recursos necessários à efetivação do Governo Eletrônico, para sua utilização político-social, promovendo a interação entre governantes e governados.

Cabe dizer que o uso das novas tecnologias incentiva a participação do cidadão no governo, culminando na chamada democracia digital, e, para Rover, “[...] para que se configure uma real democracia digital, é necessário o desenvolvimento de políticas que reconheçam a existência de um novo direito, qual seja, o direito de acesso à rede, o que implica o combate ao analfabetismo eletrônico.

Rodrigues e Lamy, dizem que “se o Direito Processual é o instrumento criado para a atuação concreta do Direito e a adequada realização dessa justiça, deve então expressar o papel político que lhe cabe na construção de uma sociedade justa e

democrática: ser o instrumento de atuação do direito legítimo, o que inclui seu reconhecimento e efetivação”.

Ora, nada mais democrático nessa nova ordem social do que a facilidade com que se utiliza a Internet. A Internet propicia ao cidadão acesso às mais variadas formas de informação, fazendo com que o povo interaja diuturnamente em várias áreas (política, social, conhecimento, etc...), logo, pode-se dizer que a rede mundial de computadores é instrumento que leva à democracia.

Na sociedade digital, tudo é dinâmico, muitas informações chegam a todo o momento e em alta velocidade, daí, cabe aos profissionais do Direito, atualizarem-se e deixarem de lado a velha sistemática com que se atuava junto ao Poder Judiciário, pelo que, vem o Processo Judicial eletrônico (PJe) contribuir à celeridade das questões atinentes ao direito e acesso à justiça. O Estado, ao implementar o PJe, deve vislumbrar o impacto que este sistema causará aos jurisdicionados.

3. Breve histórico do Processo Judicial eletrônico (PJe)

Importante mencionar que a influência da era digital sobre o

Poder Judiciário começa com a Lei nº 10.259/2001, que, ao instituir os Juizados Especiais Federais, também admitiu como alguns atos processuais poderiam ser realizados por via (meio) eletrônica, mas ainda de forma bastante tímida. Algum tempo depois, o presidente do Tribunal Regional da 4ª Região (TRF4) resolve implementar, por meio da Resolução nº 13/2004, um projeto piloto que propõe a informatização dos processos no âmbito dos Juizados Especiais Federais daquela região. O sistema, chamado “e-proc”, teve por objetivo acelerar o andamento dos processos, melhorar o funcionamento dos juizados, além de minimizar o consumo de papel.

A virtualização do processo judicial ganha vigor com a promulgação da Lei nº 11.419/2006, sancionada para regulamentar a informatização do processo judicial. Neste contexto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) teve participação fundamental, pois os dispositivos legislativos somente começaram a ser implementados a nível nacional a partir da edição da Resolução nº 185/2013, que instituiu o PJe, estabelecendo parâmetros para o seu funcionamento. O PJe, de um modo geral, proporciona: I) a publicidade de todos os atos do processo; II) velocidade; permi-

Judiciário. Tese de doutorado apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, dezembro de 2007. Disponível em: <http://www1906.ufrsc.br/teses/PEFS6195-Topf>. Acesso em 28 abr. 2016.

14 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. p. 128.

15 ALMEIDA FILHO, José Carlos de Azejo. *Processo eletrônico e a nova lei do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 68.

16 CARPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. Tradução José Carlos Barbosa Moreira in *Revista de Processo*. São Paulo: 74(19): 62-97, 20/1/1994. p. 63.

17 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 116.

20 CARPES, Artur. *Onix dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 19.

tindo que as peças processuais sejam acessadas rapidamente.

A virtualização dos atos, para que seja efetiva, deve atender a população brasileira, sem exclusões, portanto, a política judiciária de implementação do PJe deve preocupar-se em disponibilizar às partes e não somente aos advogados, os meios essenciais à satisfação do acesso à justiça, isto porque, como se sabe, no ordenamento jurídico vigente, há a figura do *jus postulandi*. Como se vê, os impactos da implementação do PJe são variados, desde a impossibilidade do acesso à justiça até lesão ao princípio da igualdade.

O Estado deverá ter demasiado cuidado para que não se firam as garantias constitucionais, tal como a facilitação do acesso à justiça. Em se tratando do acesso à justiça, a Lei nº 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, não trata especialmente da natureza processual (processo eletrônico), referindo-se mais às questões procedimentais (atos processuais eletrônicos). Como se vê, a prática de atos processuais por meio eletrônico pode tornar o processo célere e, segundo Theodoro Júnior, “é preciso ter em mente que o comando da duração razoável do processo, tem no processo eletrônico, sim, uma grande ferramenta. Seja pela informatização de todo o processo, seja ao menos, pelo aumento do uso de meios eletrônicos para prática dos atos processuais”.

Para Almeida Filho, “um procedimento eletrônico é rápido e eficaz e as experiências vivenciadas no Brasil demonstram ser possível a inserção desta forma no processo e que adotar o processo (ou procedimento) eletrônico é garantir efetividade e acesso aos mais necessitados”. O Estado deverá buscar, por meio do PJe, inserir à realidade digital sem excluir parte considerável da sociedade com menos poder aquisitivo, do acesso à justiça. No mais, o acesso à justiça não se limita ao acesso aos tribunais, conforme Cappelletti “o movimento de acesso à Justiça trata de analisar e procurar os caminhos para superar as dificuldades ou obstáculos que fazem inacessíveis para tanta gente as liberdades civis e políticas”.

De outro tanto, Grinover argumenta que a ideia de acesso à justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais, não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto justiça estatal, e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Por fim, Carpes argumenta que se deve “entender que o processo não vive alheio à cultura de seu tempo, mas, pelo contrário, respira os ares do momento histórico em que está inserido é, pois, de todo fundamental”, desta feita, o Direito, e o processo, como partes da sociedade em evolução, necessita adaptar-se à nova realidade, pelo que, inseriu-se o processo judicial eletrônico no mundo jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se inicialmente, o entendimento do que é a sociedade contemporânea, considerando que as revoluções geraram a evolução da nova era digital, ultrapassaram limites geográficos e facilitaram o acesso das informações e da comunicação no mundo. Tratou-se de forma breve, das implicações das TICs, resultando nos institutos do governo eletrônico e a governança. No Brasil, em especial, demonstrou-se a importância dessas tecnologias no avanço tecnológico e nas garantias constitucionais, bem como, o acesso à justiça, que acima de tudo, é um direito fundamental. Portanto, por meio de todos os aspectos mencionados, chegou-se ao tema pretendido, correspondente às implicações do uso das TICs e da sociedade digital no acesso à justiça no PJe, chegando às considerações que o problema em questão é a eventual possibilidade de elitização do processo digital.

O PJe deve atender a todas as classes sociais e não apenas as mais favorecidas, ou seja, não deve haver a elitização de classes específicas, visto que em muitos casos, quem mais necessita do apoio jurisdicional são os hipossuficientes. A evolução tecnológica é benéfica, desde que traga isonomia e para que isso ocorra, são indispensáveis a utilização de políticas públicas capazes de proporcionar conhecimento e integração a todos, indiferente de sua posição social.



DERECHO DE FAMILIA

Prácticas Restaurativas



Joan Schmitz*
Director del Instituto
Latinoamericano
de Prácticas
Restaurativas

Cuando me propusieron escribir este artículo, opté por iniciarlo con algunos apuntes de mi experiencia humana y profesional en el Perú. Considero que estos breves relatos me permiten expresar e ilustrar mejor mis sentimientos, opiniones e ideas, arraigándolos en la experiencia concreta, para desarrollar luego el tema de las prácticas restaurativas, una ciencia social, que permite prevenir y atender apropiadamente las tensiones y conflictos, con la participación activa de todos sus protagonistas.

Escena 1: En el centro de internamiento de adolescentes infractores de Cuzco

Hace unos años, visité el centro para adolescentes infractores de esa ciudad, me llamó mucho la atención un chico cuyos pasos se cruzaron con los míos en el patio porque parecía un niño más que un adolescente. Efectivamente, tenía tan solo 12 años y parecía muy frágil por su cuerpo menudo y la mirada perdida. Le pregunté que cómo le iba por allí. En voz baja y con los hombros caídos, respondió: "Bien, gracias". En seguida le pregunté ¿Cuánto tiempo había pasado sin ver a sus padres? Me contestó: "No sé, hace tiempo". Este niño provenía de una comunidad rural muy lejana. Mirándolo a los ojos, me era inevitable pensar en

mis propios hijos. Siguiendo mi camino, averigüé el motivo de su detención, había robado comida en un mercado. Llevaba cinco meses encerrado, sin recibir sentencia. ¡Cómo no sentirse mal e incómodo! Cuesta entender algo así. Si bien no tenía todos los elementos para evaluar el caso y emitir una opinión definitiva, me dolió conocer la situación de este muchachito.

Resulta inevitable preguntarse si no había otra forma de que la autoridad interviniera en el caso de este chico. ¿Cuántos casos semejantes hay en nuestros centros juveniles? ¿Cuántos adolescentes son internados por cometer una infracción leve, en lugar de recibir una medida alternativa a la privación de la libertad o una remisión ligada a un programa de acompañamiento? ¿Cuáles son las posibilidades y alternativas previstas en las normas? ¿Cuántos carecen de la oportunidad a ser defendidos y protegidos en estricto cumplimiento de lo que manda la ley? ¿En qué ayuda este internamiento a que la víctima del robo de unos alimentos se sienta satisfecha en cuanto a sus propias necesidades e intereses?

Escena 2: En el Centro Juvenil Femenino de Santa Margarita

En una época no tan lejana solía visitar regu-



* Director del Instituto Latinoamericano de Prácticas Restaurativas, de nacionalidad Suiza, máster en ciencias políticas y cursando un máster de prácticas restaurativas (80% avanzado).

1. La remisión fiscal otorga al fiscal el poder de excluir el caso de un proceso penal y optar por una respuesta social responsable, con un seguimiento efectivo.

2. En febrero del 2012, el centro tenía unos 55 internas femeninas.

lamente el Centro Santa Margarita, único centro juvenil femenino en todo el país, localizado en el distrito de San Miguel de la ciudad de Lima. En aquel tiempo había 42 internas, cantidad apropiada para realizar un trabajo de rehabilitación adecuado bajo la conducción de profesionales competentes y motivados en su mayoría. El centro funcionaba bajo el liderazgo de una directora convencida de poder encontrar siempre el potencial y los recursos en cada una de las internas, y así, poder propiciar en ellas un cambio positivo que les permitiera a su salida, tener un proyecto de vida.

Acostumbraba ir cada lunes, durante la actividad de aprendizaje de cosmética (peluquería, manicura, pedicura), ofrecida por una instructora muy hábil para entablar comunicación con las internas y motivarlas. A la tercera visita, estas jóvenes ya no tenían más inhibición de practicar cortándome las uñas o el pelo. Había logrado mi objetivo de entablar una comunicación sincera, crear confianza y promover empatía. Nada más. No me importaba si mi cabello no quedaba tan bien cortado.

Nunca podré olvidar a M. J., que me contó su historia personal a lo largo de mis numerosas visitas. Me dijo que la mayoría de los profesionales del centro la había tratado bien en los dos años y diez meses de internamiento, con control y respeto, con disciplina y apoyo, con autoridad y afecto. Me dijo que había reflexionado y sentía mucho arrepentimiento y dolor. Sentía que había aprendido mucho y que no quería ser la misma de antes. Tenía ya teorizado un nuevo proyecto de vida, trabajar en una peluquería. Yo estaba convencido de su sinceridad, su reflexión intensa y su asumida responsabilidad. Al cabo de varias visitas, ya no tenía duda.

Sin embargo, a medida que se acercaba la fecha de su liberación, M. J. se encontraba cada vez más conflictuada entre dos emociones contradictorias. Por un lado, tenía sentimientos de

felicidad y gozo por la perspectiva de recobrar la libertad, de caminar por fin lejos de las rejas y – Dios quiera, como ella decía– poder trabajar en una peluquería y formar una familia. Por otro lado, la abrumaban sentimientos de angustia, miedo, incluso pánico y rabia ante la posibilidad de una salida hacia la incertidumbre, el vacío, lo desconocido, el riesgo de recaer, el temor de volver a encontrarse con las víctimas de sus infracciones, los miembros de su familia disfuncional o sus “amistades” aun metidas en la mala vida.

M. J. quería abrir la puerta ya, pero tenía miedo de salir y caminar, pues no sabía por dónde ir, ni con quién andar. En su rostro de cada lunes, yo veía su sonrisa transformarse en llanto y luego el llanto convertirse en sonrisa. Estaba desconcertada e insegura.

¿Cuántas jóvenes como ella están listas y sinceramente dispuestas a cambiar y ser personas positivas, colaboradoras y productivas para la sociedad, pero carecen de apoyo en el momento crucial de reiniciar sus vidas? ¿Cuántas están realmente preparadas para cruzar las rejas e integrarse nuevamente a la sociedad? ¿Qué hacen la sociedad y el Estado para reconocerlas como personas, como ciudadanas rehabilitadas e integradas, en vez de etiquetarlas como “ex delincentes”? ¿Cómo reaccionarán las víctimas de las infracciones de M. J. al enterarse de su salida?

Escena 3: En una comisaría de la Policía Nacional en El Agustino



³ La pena se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito. (Fuente: <http://es.wikipedia.org/wiki/Pena>)

⁴ La palabra *carcel* significa literalmente “el camino al manantial”. Denota un modo relámpago de vivir que es más que un sistema de justicia criminal. La *carcel* es un código religioso para vivir, pero más al estilo de un código de desecho, codificador de la conducta, por lo cual gobierna muchos aspectos

Hace unos cinco años, fui promotor y responsable de un proyecto piloto de aplicación de justicia juvenil restaurativa en el distrito de El Agustino en Lima. Al iniciarlo, presencié casualmente una situación que me provocó una mezcla de enojo, confusión, empatía y tristeza. Solo la observé con toda atención de principio a fin, sin intervenir. Yo estaba petrificado ante la escena. No era la única persona que la presenciaba; estábamos varios en la comisaría, hombres y mujeres, pero la mayoría asistía a la escena con indiferencia, como diciendo: "no es mi asunto, no me meto".

Una mujer había sido asaltada violentamente por tres jóvenes, que le robaron su cartera con sus documentos personales, celular y dinero. El hecho acababa de ocurrir, a plena luz del día, muy cerca de la comisaría. La mujer estaba muy nerviosa y entró pidiendo auxilio a los policías para perseguir a los asaltantes y recuperar sus pertenencias. No le hicieron caso y ella siguió gritando hasta que un policía se acercó a increparle en plena cara: "¿Por qué grita así? No sirve de nada gritar, espere, que ya la atenderán en algún momento".

La víctima del asalto, desconcertada, siguió con sus quejas, insistiendo en la urgencia. Recibió entonces, con estupor, una nueva respuesta aún más cortante: "Espere su turno, como to-



dos, usted no es la única aquí, o vaya a calmarse afuera". La sorpresa y el sobresalto de la mujer al escuchar esta respuesta con un tono de voz autoritario, fueron mayúsculos y la movieron a una situación de gran enojo, casi rabia, atacando verbalmente al policía que no le prestaba auxilio como ella esperaba.

Entonces la mujer buscó entre los presentes algún apoyo, narrando lo que le había sucedido en voz alta y entrecortada, suplicando que alguien la atendiera. Después de unos segundos de silencio, con lágrimas y la voz quebrada, se retiró de la comisaría reprochando que a nadie le interesaran los asaltos y la delincuencia en las calles; hasta atribuyó a los policías pertenecer a la misma banda que la agredió.

Lamentablemente esta historia no es un caso aislado. Al contrario, es muy común. La víctima no fue atendida como es debido, de un modo justo, respetuoso y comprensivo. Esto no significa que los policías tendrían que descuidar el trabajo que hacían, pero al menos uno de ellos, hubiera podido cumplir mínimamente con las expectativas de la víctima, como cuando se presenta un caso de emergencia en una posta médica.

¿Tan difícil era que uno de los agentes (o de las personas allí presentes, empezando por mí) intentara tranquilizarla, escucharla, proponerle sentarse e invitarle un vaso de agua, o tomarle sencillamente la mano y darle una palmadita en la espalda como consuelo? Así, todo hubiera sido diferente. De la rabia, la mujer hubiera pasado a la aflicción, recuperándose poco a poco del susto. En cambio, la indiferencia y la insensibilidad de aquel policía, como de todos los que estábamos presentes, prevalecieron, victimizándola por segunda vez.

No hay justicia posible si no se toman en cuenta las necesidades e intereses de las víctimas, si no hay oportunidad de que los daños que han sufrido sean reparados. No es justo asignar a la víc-

de la vida cotidiana —incluyendo la política, la economía, las finanzas, los negocios, los conflictos, los asuntos sociales, etc. La mayoría de países musulmanes le ha adoptado, en mayor o menor grado, como una cuestión de conciencia personal. Asimismo puede ser firmemente instada como ley por ciertos Estados y así también los tribunales pueden velar por su cumplimiento.

³ El tratamiento implica una modificación de los valores internos del sujeto y, consecuentemente, un cambio en su conducta interior.

tima un rol pasivo y burocrático como denunciante o testigo, e indicarle que espere su turno, sin que sus emociones puedan ser expresadas, sin que sus mínimos intereses y necesidades afectados por la agresión sean tomados en cuenta.

¿Por qué las víctimas son tan mal atendidas y resultan nuevamente victimizadas por el sistema de administración de justicia? ¿Por qué la justicia se interesa casi exclusivamente por penar al infractor y “apena” a la víctima? ¿Qué interés y derecho se les da a las víctimas de una transgresión desde el momento en que ésta se produce?

Escena 4: Visita a la cárcel de adultos de Lurigancho

En el marco de mi trabajo con jóvenes en conflicto con la ley y la problemática de las pandillas juveniles, visité cierta vez un pabellón de la cárcel de Lurigancho en la ciudad de Lima donde la mayoría de los internos eran jóvenes entre 18 y 24 años de edad. Con el apoyo de algunos de sus representantes y funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) me animé a reunirlos en el patio.

Eran unas 600 personas. Luego de saludarlos y presentarme, les pregunté en voz alta cuántos de ellos habían pasado por lo menos una vez por un centro de internamiento de adolescentes antes de ingresar a la cárcel de Lurigancho. No me sorprendí al ver un mar de brazos levantándose frente a mis ojos: jóvenes mostrando con orgullo tatuajes y cicatrices como condecoraciones de un tumultuoso recorrido delincuencia. Evidentemente, no se trataba de primerizos sino de una multitud de jóvenes vacunados por la violencia y

La reincidencia.

Me acerqué a algunos de ellos, recluidos anteriormente en “Maranguita”, y les pregunté, por qué esa experiencia no les había “rehabilitado o resocializado” y habían seguido el camino de la



delincuencia. La respuesta era evidente, “aquí no hay lugar para rehabilitarte, sino para descomponerte”; “no hay lugar para educarte, sino para empeorar”; “no hay lugar para reflexionar, sino para sobrevivir”; “no hay lugar para escucharte, sino para enfrentarte”; “no te abren oportunidades, sólo te excluyen”, etc.

Las cárceles, tal como están concebidas, antes que rehabilitar a sus internos, los “profesionalizan” en el delito. De todos los internos, ¿cuántos hubieran podido recibir una medida diferente a la privación de libertad sin que esto se llame impunidad? ¿No se evitaría así, abastecer al hampa de nuevos reclutas gracias a las cárceles? ¿Qué piensan las víctimas sobre la salida del interno al cumplirse su condena y “reintegrarse” a su comunidad?

Las Penas

Hay que notar que la palabra pena proviene del término en latín *poena*, el cual posee una connotación de dolor y sufrimiento causado por un castigo. La creencia en que los castigos cambian comportamientos es la base para las políticas de disciplina alrededor del mundo. Y esta creencia no se ha puesto a prueba, ni se tienen hechos concretos que la demuestren. El castigo solo tiene un efecto superficial, especialmente cuando

⁶ Merton, H. El estudio del delincuente. México, Fortis: 1992, p. 192

⁷ Trastornos mentales que aparecen a causa del encarcelamiento en prisioneros psicológicamente normales: se trata de episodios de confusión o de estados depresivos.

⁸ Artículo 66. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos: http://www.sah.gob.pe/ai/comunicacion/normativa/normativa%20justicia%20reglas_minimas_para_tratamiento_de_reclusos.pdf



ocho meses en Sudán, país del continente africano donde la ley musulmana, la sharía, constituye un código de conducta que incluye normas relativas a los modos de culto, los criterios de la moral y la vida, las cosas permitidas o prohibidas, las reglas que separan el bien y el mal. Por ello, algunos preceptos legales contenidos en la sharía contienen, entre otros, el apedreamiento de los adúlteros (aunque el Corán dice que el castigo debe ser el azotamiento) y el cortar las manos a los ladrones.

Tomando este último y crudo ejemplo: la pena de amputación de mano impuesta a un ladrón, ¿podrá convertirlo automáticamente en un hombre de bien o simplemente, en un ladrón manco? Lo más probable es que la amputación logre marcarlo, estigmatizarlo brutalmente y excluirlo radicalmente de su propia comunidad, además de infligirle dolor. Algunas personas extremadamente partidarias del desagravio penal, y cínicas a la vez, no dejarán de co-

las personas de mala conducta están a la vista de los que detentan autoridad.

La teoría de la pena busca producir una serie de efectos en el conjunto de individuos que componen la sociedad, efectos que se suponen positivos para ésta. Por ello, la pena busca dos efectos básicos: 1) inducir una prevención general dirigida al conjunto de individuos que conforman la sociedad; 2) provocar una prevención especial, dirigida al sujeto que ya ha sido penado.

En la mayoría de nuestras sociedades, la pena, especialmente la privación de la libertad, busca un efecto puramente retributivo, en un sentido análogo al desquite o venganza, y no la enmienda e inserción del penado en la comunidad que conformaba.

Por lo demás, ¿en qué medida se toman en consideración en la formulación de las penas aspectos fundamentales como las famosas R? Asunción de Responsabilidad del victimario, Reparación

y Resarcimiento de la víctima (sea ésta un individuo o la comunidad) y Rehabilitación del transgresor. Mucho menos se hace un mínimo de esfuerzo para restablecer las Relaciones humanas quebradas por el delito; al contrario, se rompen aun más los frágiles vínculos comunitarios de las partes en conflicto.

Para ilustrar lo anterior, recurriré a un ejemplo algo extremo, pero con un fondo idéntico a la realidad actual de cualquier sociedad. Vivi

⁹ Braithwaite, J. (1989). *Crime, shame and reintegration*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

¹⁰ Wechsler, T. & Cozzie, B. (2008). *Introduction to Restorative Practices*. IIRP. www.iirp.edu

¹¹ American Humane Association (2003). *FGDM Research and Evaluation: Protecting Children*, 16(1-2).

¹² McCold, P. (2003). A survey of assessment research on mediation and conferencing. In L. Trilivak (Ed.), *Repositioning Restorative Justice* (pp. 67-

mentar que, al menos con solo una mano, el ladrón ya no podrá robar tanto, tal como me lo dijo una vez alguien en Lima.

Si el objetivo teórico de la justicia es contribuir a la paz social, debemos lamentablemente reconocer que la mayoría de las sociedades ha optado para que sea sinónimo de venganza y sufrimiento duradero. En Estados Unidos se da a la víctima o a sus familiares, la supuesta satisfacción de presenciar la ejecución del reo: ¿qué es esto, sino reconocer la pena como una retribución retributiva? Un análisis intuitivo nos permite concluir que, de la suma de un mal y otro mal, no puede resultar un bien sino un mal mayor. El modelo ideal consistiría en que toda persona que provoca un mal (un dolor, un sufrimiento) debería compensarlo haciendo un bien doble o triple a la sociedad, y así cancelar su deuda. Los delitos serios o muy serios son definitivamente muy complicados y difíciles de reparar, pero en algunos casos es posible.

Podemos asumir que la institucionalización de un adolescente en un centro cerrado puede ser considerada por un/a juez/a como una medida protectora y paternalista, antes que sancionadora o retributiva. Esto sucede frecuentemente cuando un/a juez/a juzga a menores en conflicto con la ley, que malviven librados a su suerte en las calles o que son miembros de una familia extremadamente disfuncional y negativa para su desarrollo. En tal caso, numerosos jueces consideran favorable el internamiento del/la adolescente, ya que tendrá acceso a servicios básicos como alimentación, cama, escuela obligatoria y un equipo de personas que lo custodia (guardias y profesionales). En general, estos jueces no conocen realmente el sistema carcelario por dentro.

Existe una necesidad urgente de reformular a fondo nuestro concepto sobre las penas y definir qué queremos conseguir con ellas. Si lo único que perseguimos es agraviar al infractor de la ley con otra fuerte dosis de mal, probablemente no

haya mayores cambios que hacer. No obstante, quienes están en esta posición deberían reflexionar sobre el hecho de que, con estas penas aplicadas de la forma que todos sabemos, nuestras cárceles se han convertido en altas escuelas de delito. Este es un camino que reproduce indefinidamente la dialéctica de la delincuencia y la represión penal, que mutuamente se alimentan.

Si por el contrario, concebimos que las penas debieran contener la posibilidad de rehabilitación del infractor de la ley, deberíamos reformularlas radicalmente en concepto, contenido y modalidades de aplicación. Reducir al mínimo su contenido de dolor infligido y acrecentar al máximo un nuevo contenido educativo, reparador y reconciliador, sería la orientación básica.

Las cárceles

En cualquier contexto, la privación de la libertad es ciertamente la pena más difícil y dolorosa que puede recibir un infractor de la ley, sobre todo cuando cae en un centro de internamiento sobrepoblado y violento, de pésima reputación, como el penal de Lurigancho. Cada país tiene su cárcel de "prestigio".

En muchos países, la mera privación de la libertad no sólo ha demostrado ser ineficaz en la lucha



123: Devon, UK: Wilson Publishing.

¹² Reizenberg, N. (2002, August). Restorative measures in schools: Evaluation results. Paper presented at the Third International Conference on Conferencing, Circles and other Restorative Practices, Minneapolis, MN, USA.

¹⁴ Wachtel, T. (2002, November). The next step: developing restorative communities. Paper presented at the Seventh International Conference on Conferencing, Circles and other Restorative Practices, Manchester, UK.

contra el crecimiento de la delincuencia, sino por lo contrario, tomando en cuenta los índices de reincidencia, hasta parece ser que la estimula. La pena de privación de la libertad no termina al salir de prisión, pues el estigma y reproche social de haber estado en la cárcel persigue al ex privado de libertad a lo largo de su vida, como una huella que le impedirá regresar al ámbito social, laboral e incluso familiar.

En las condiciones de la mayoría de las cárceles, la privación de libertad puede cumplir, a duras penas, solo una de sus funciones: mantener fuera de la circulación a los delincuentes durante un tiempo determinado. A veces ni siquiera eso, como lo demuestran las bandas delincuenciales que operan desde el interior de los penales gracias a complicidades que innegablemente alcanzan a la propia administración de los penales y que la fuerza policial custodia. A cambio, la carga económica que significan no responde a las verdaderas necesidades de las víctimas (individuos y sociedad).

Desde hace unos años, los criminólogos usan el concepto de tratamiento en vez de readaptación o rehabilitación. En base a esto, afirman que la cárcel puede ser un lugar de reflexión y recuperación de la persona, hasta de perdón, reparación y restablecimiento de las relaciones rotas. Sin embargo, algunos reconocen que esto solo es factible bajo ciertas condiciones: un número manejable de internos debidamente distribuidos según criterios precisos (separación entre primarios y reincidentes, según el tipo de delito, la edad, el consumo o no de drogas, etc.), bajo el acompañamiento de un equipo de profesionales motivado y competente.

Otros, por el contrario, estiman que la clasificación de los/as presos/as en un centro de reclusión debería basarse en un estudio individualizado longitudinal, realizado por un equipo interdisciplinario. Se trataría de hacer un diagnóstico integral del interno no solo al momento de ser encarcela-

do sino regularmente, desde la detención hasta el último día en que sale en libertad.

La criminóloga mexicana Hilda Marchiori afirma que "el tratamiento tiene por objeto que el delincuente modifique sus conductas agresivas y antisociales, haga consciente sus procesos patológicos hacia los demás y hacia sí mismo, que él ha utilizado en la conducta delictiva". Por otro lado, según el juez mexicano Javier García Ramírez en su libro *La prisión* los agrupa, el término "tratamiento" debe comprender todos los recursos existentes que puedan ser correctivos para el recluso. Siendo objetivos y críticos, debemos reconocer que esto casi nunca se produce, lo que significa que el tratamiento es probablemente inaccesible en la mayoría de los casos.

Lo que sorprende es que, a pesar de que la mayoría de los/as ciudadanos/as, incluyendo autoridades políticas, periodistas, ciudadanos en general y víctimas en particular, son muy conscientes de que las cárceles no son un lugar para desarrollar un tratamiento de resocialización y que más bien parecen hacinadas escuelas del crimen; siguen abogando por el encarcelamiento incluso para los casos leves, ejerciendo fuertes presiones sobre los magistrados.

Numerosas investigaciones han estudiado y descrito minuciosamente la subcultura penitenciaria, la psicosis carcelaria y las dañinas conductas sexuales que se desarrollan en las instituciones cerradas, que influyen destructivamente en la conducta del recluso. En ese contexto, la ejecución penal parece ser una tarea muy compleja, por no decir improbable. ¿Qué cárcel, en Latinoamérica, prepara la salida del ofensor para su reingreso inclusivo, seguro y saludable en la sociedad? Obviamente, ninguna.

John Braithwaite, distinguido criminólogo australiano, insiste en la importancia de saber "separar el acto de quien lo comete". En otras palabras, reclama que se deben rechazar todas las

¹³ Daley, L. (2007, November). *Restorative practices: A vision of hope*. Paper presented at "Improving Citizenship & Restoring Community," the 10th International Institute for Restorative Practices World Conference, Budapest, Hungary.

¹⁴ McCold, P., & Wechtel, T. (2001). *Restorative justice in everyday life*. In J. Braithwaite & H. Strang (Eds.), *Restorative Justice and Civil Society* (pp. 114-129). Cambridge, UK: Cambridge University Press.

Harrison, L. (2007). *From authoritarian to restorative schools: Reclaiming Children and Youth* 16(2), 17-20.

conductas y comportamientos contrarios a la ley, pero no rechazar a la persona.

Las sociedades (las escuelas, en particular) han llegado a la conclusión de que si aquellos que se comportan mal o cometen delitos son forzados a sufrir castigos, será menos probable que repitan su mala conducta. Si esto fuera cierto, entonces el trabajo del responsable de la disciplina escolar o del juez en la corte penal sería muy fácil. Con cada infracción, se impondría al autor una cierta cantidad de incomodidad. Si ese castigo no lograra cambiar el comportamiento del infractor, entonces el responsable de disciplina o el juez simplemente aumentarían el nivel de sufrimiento hasta que cese la conducta inadecuada.

Las prácticas educacionales de disciplina y las de justicia penal se basan en el castigo para cambiar el comportamiento. No obstante, el aumento continuo del número de privados de libertad y de estudiantes expulsados hace cuestionable la validez de este abordaje.

Tenemos que recordar que la razón por la que existen las leyes, normas y principios es para proteger a las personas de cualquier daño y asegurar un ambiente de desarrollo humano y social funcional, saludable y seguro. En lugar de una perspectiva burocrática que simplemente reparte castigos por violaciones del código de conducta, nuestro enfoque debería centrarse en las necesidades reales de los seres humanos. Debemos de reparar el daño a las relaciones interpersonales y restaurar el sentimiento de seguridad y paz en la comunidad.

Braithwaite planteó una interrogante sorprendente para la criminología tradicional, en lugar de preguntar ¿por qué la gente comete un crimen?, se preguntó ¿por qué la mayoría de gente hace lo correcto la mayor parte del tiempo? Podríamos hacer la misma pregunta a nuestros hijos o a los estudiantes ¿por qué la mayoría de ellos se portan bien en la calle, en la casa o en la escuela la ma-

yor parte del tiempo? Simplemente porque tienen valores, quieren pertenecer y sentirse incluidos en sus familias y sus comunidades y desean que las personas los consideren buenas personas.

Braithwaite señaló que los procesos restaurativos refuerzan la conducta apropiada al depender de esa dinámica crítica – nuestro deseo de mantener o restaurar un buen sentimiento con las personas con las que tenemos una conexión. Un sermón del juez resulta inefectivo porque el/la ofensor/a no tiene una conexión existente con esa persona, pero las lágrimas de sus padres, cónyuge o hijos son influencias más poderosas porque el/la infractor/a tiene una relación concreta y antigua con estas personas.

En concreto, las cárceles y centros de privación de la libertad deberían emplearse sólo como medida de último recurso ante los casos más graves. El desafío del presente es explorar el mundo de las medidas alternativas a la privación de libertad. Sueño con que llegará el momento, en un futuro que todavía parece lejano, en que las cárceles serán desechadas como aplicación estándar frente al delito común y corriente, para ser crecientemente sustituidas por el tratamiento comunitario.

Las prácticas restaurativas como alternativa



¹⁸ Morrison, B. (2003). *Regulating safe school communities: Being responsive and restorative*. *Journal of Educational Administration*, 41(5), 682-704.

¹⁹ Wachtel, T. (2014). *Dreaming of a New Reality*. Bethesda, PA: International Institute for Restorative Practices.

²⁰ McCold, B., & Wachtel, T. (2007). *Restorative justice in everyday life*. In J. Braithwaite & H. Strang (Eds.), *Restorative Justice and Civil Society* (pp. 114-125). Cambridge, UK: Cambridge University Press.

²¹ O'Connell, T., Wachtel, B., & Wachtel, T. (1999). *Childwelfare Handbook*. Pipersville, PA: The Piper's Press. Office for Victims of Crime (1998). *Re-*

Los/las ciudadanos/as no pueden coexistir pacíficamente sin que la sociedad en la cual viven determine principios y valores, fije normas y límites, establezca leyes y tome medidas para quienes no las respetan. Las relaciones humanas no son sólo benéficas y propicias para garantizar un desarrollo armónico personal, familiar y social, sino que pueden ser también dolorosas, belicosas, competitivas y nefastas. Con mayor o menor grado, la violencia siempre ha estado presente en todos los tiempos y en todas las sociedades.

Aunque quisiera que no existieran, no promuevo el cierre de las cárceles, sino que de acuerdo a lo que aconsejan las Naciones Unidas, la sanción de privación de la libertad por transgredir la ley penal debería ser considerada siempre como último recurso y por el menor tiempo posible. Se debería internar en ellas, a todas las personas que no aplican para una medida alternativa al encierro, es decir, estrictamente para los casos muy graves. Insisto, más bien, en que los/as operadores/as de justicia y los equipos interdisciplinarios hagan un tamizaje adecuado para evitar el internamiento de personas que podrían ser tratadas en un medio abierto y bajo un acompañamiento profesional efectivo.

¡Empecemos por los/as jóvenes! Los/as adolescentes que infringen la ley necesitan que hagamos algo por ellos/as, ahora mismo, para evitar que sigan el camino de la delincuencia adulta. Reformulemos decididamente el contenido de las medidas, privilegiando su contenido educativo y reservando la privación de libertad para los casos realmente graves.

¡Actuemos preventivamente! ¿Cómo así? Creando redes, fortaleciendo los lazos de la vida comunitaria, introduciendo entre los líderes comunales nuevas habilidades para enfrentar situaciones de tensión y conflicto que incluyen el delito juvenil. Actuemos antes de que los/as niños/as que están en vías de convertirse en adolescentes

se vean envueltos en la lógica de una violencia sin retorno.

Entre los/as adultos/as, empecemos por los casos más sencillos. Hagamos lo posible por no entregarle más gente a esa moleadora de vidas y generadora de violencia que es la cárcel.

Las prácticas restaurativas son un tema de estudio emergente que permite a las personas renovar y construir lazos de comunidad en un mundo cada vez más desconectado y problemático. El campo emergente de prácticas restaurativas permite unir teoría, investigación y praxis, en campos aparentemente muy distintos como la educación, la consejería, la justicia penal, el trabajo social, la administración organizacional y otros.

El concepto de prácticas restaurativas tiene sus raíces en la justicia restaurativa, una nueva forma de ver la justicia penal que se enfoca en la responsabilidad y la reparación del daño ocasionado a las personas y las relaciones humanas y sociales, en lugar de centrarse exclusivamente en la culpabilidad y el castigo.

Actualmente, individuos y organizaciones en muchos países desarrollan metodologías y modelos innovadores, y realizan investigación empírica, como alternativa a las clamorosas insuficiencias de la justicia penal. Este es un movimiento en que confluyen iniciativas creativas de la sociedad civil con sectores progresivos de las autoridades.

Ya existen ejemplos efectivos de estos avances. En trabajo social, por ejemplo, las reuniones familiares en grupo o los procesos de decisión empoderan a las familias para reunirse en privado, sin profesionales, para elaborar un plan de protección a los/as niños/as en contextos de violencia y negligencia (American Human Association, 2003).

En el sistema de justicia penal, los círculos

restaurativos y las reuniones restaurativas permiten que víctimas, victimarios y miembros de sus familias y amigos se reúnan para explorar cómo todos han sido afectados por el delito y, cuando es posible, decidir cómo reparar el daño y satisfacer sus propias necesidades. En la educación, los círculos y grupos proveen oportunidades para que los estudiantes compartan sus sentimientos, construyan relaciones, resuelvan problemas y, cuando hay un conflicto, jueguen un rol encarando el mal para hacer que las cosas salgan bien.

La ventana de la disciplina social (Figura 1) es un útil marco conceptual de amplia aplicación en muchos contextos. Describe cuatro abordajes básicos para mantener las normas sociales y los límites de conducta. Las cuatro se representan como diferentes combinaciones de alto o bajo control, y alto o bajo apoyo. El abordaje restaurativo combina estos niveles de control y apoyo y se caracteriza por hacer las cosas con la gente, en lugar de hacer las cosas para la gente o contra la gente.

Las diferentes instancias de autoridad en la sociedad enfrentan opciones al decidir cómo mantener la disciplina social: los padres y madres criando a sus hijos, los/as maestro/as en las aulas, los/as empleadores/as supervisando empleados/as o profesionales de la justicia actuando frente a los delitos. Hasta hace poco, las sociedades occidentales se basaban en el castigo, generalmente percibido como la única manera eficaz de corregir a aquellas personas con mala conducta o que cometan crímenes.

Varias opciones se ilustran mediante la Ventana de la Disciplina Social, que se crea por la combinación de dos secuencias: control dirigiendo la influencia y/o ejerciendo retención, y apoyo, nutrir, alentar, motivar o ayudar a los sujetos. Para simplificar, las combinaciones de cada una de las dos secuencias se limitan a "alta" y "baja". El ajuste de varios y enérgicos límites y el cumplimien-

to diligente de las normas de comportamiento, caracterizan un alto control social. Normas conductuales imprecisas, débiles y regulación laxa o inexistente de comportamiento caracterizan un bajo control social. Asistencia activa y preocupación por el bienestar caracterizan un alto apoyo social. La falta de estímulo y una mínima provisión de necesidades físicas y emocionales caracterizan un bajo apoyo social.

Mediante la combinación de un nivel de control alto o bajo, con un nivel de soporte alto o bajo, la Ventana de la Disciplina Social define cuatro enfoques para la regulación de la conducta: PUNITIVO, PERMISIVO, NEGLIGENTE Y RESTAURATIVO. El enfoque punitivo, con alto control y bajo apoyo, también se le llama "retributivo." Se tiende a estigmatizar a las personas, marcándolas indeleblemente con una etiqueta negativa.



Figura 1. Ventana de la Disciplina Social
Adaptado por Paul McCold y Ted Wachtel de Glaser 1969

El enfoque permisivo, con bajo control y alto apoyo, se le llama también "rehabilitativo" y tiende a proteger a las personas mientras experimentan las consecuencias de sus malas acciones. Bajo control y bajo apoyo corresponden simplemente a la negligencia, o sea un enfoque caracterizado

²³ O'Connell, Wachtel, & Wachtel, Co. Cit.

²⁴ O'Connell, Wachtel, & Wachtel, Co. Cit.

²⁵ Pianta, K. (2005). *The Little Book of Circle Processes*. Intercourse, PA: Good Books.

²⁶ Roca, Inc. (n.d.). *Peacemaking circles: A process for solving problems and building community*. Retrieved from <http://www.rocanz.org/pdf/outc>

por la indiferencia y la pasividad.

El enfoque restaurativo, con alto control y alto apoyo, confronta y desaprueba las malas conductas mientras reconoce el valor humano intrínseco del ofensor. La esencia de la justicia restaurativa es la disposición a resolver problemas. Las prácticas restaurativas brindan una oportunidad para aquellos que han sido afectados por un incidente, reunirse para compartir sus sentimientos, describir cómo se han visto afectados y desarrollar un plan para reparar el daño causado o impedir que se repita. El enfoque restaurativo es reintegrador, permite al ofensor reparar el daño que ha causado y arrojar la etiqueta de "delincuente". Cuatro palabras sirven como referencia para distinguir los cuatro enfoques: no, para, contra y con.

En el enfoque "negligente", no se hará nada en respuesta a la conducta delictiva. En el enfoque "permisivo", se hará todo para el ofensor, pidiendo poco a cambio y a menudo tratando de justificar el delito. En el enfoque "punitivo", se responderá contra el ofensor, amonestándolo y castigándolo, pero permitiendo poca participación reflexiva o activa de su parte. En el enfoque "restaurativo", se comprometerá al ofensor con el resto de la comunidad/sociedad, fomentando la participación activa y reflexiva del infractor e invitando a las demás personas afectadas por el delito a participar en el proceso de reparación y la rendición de cuentas. El compromiso de responsabilidad y participación voluntaria son dos aspectos fundamentales de la justicia restaurativa.

La ventana de la disciplina social también define a las prácticas restaurativas como un modelo

de liderazgo para padres en las familias, profesores en las aulas, administradores y gerentes en las organizaciones, policías y trabajadores sociales en las comunidades y jueces y funcionarios en el gobierno. Las prácticas restaurativas proporcionan un medio de manejar las relaciones y generar cohesión y responsabilidad social, a la vez que proporcionan un foro para reparar el daño cuando se rompen las relaciones.

La hipótesis unificadora fundamental de las prácticas restaurativas es que "los seres humanos son más felices, más cooperadores y productivos, y tienen mayores probabilidades de hacer cambios positivos en su conducta cuando quienes están en una posición de autoridad hacen las cosas con ellos, en lugar de hacerlas contra ellos o hacerlas para ellos". Esta hipótesis sostiene que el modo punitivo y autoritario de hacerlo para no son tan efectivos; en cambio, el modo restaurativo plantea involucrarse con participación de los sujetos en cuestión.

El objetivo de las prácticas restaurativas es construir un sentido de comunidad y manejar el conflicto y las tensiones reparando el daño y forjando relaciones. Este enunciado identifica a dos tipos de enfoques, uno proactivo (forjar relaciones y crear comunidad) y otro reactivo (reparar el daño y restaurar las relaciones). Las organizaciones y los servicios que solamente usan el enfoque reactivo sin construir un capital social de antemano son menos exitosos que aquellos que también emplean el enfoque proactivo.

Las prácticas restaurativas no se limitan solo a

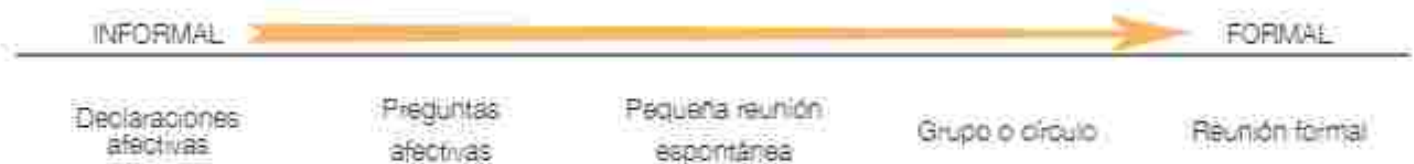


Figura 2. Espectro de las Prácticas Restaurativas

procesos formales, como las reuniones restaurativas o las reuniones de grupo familiar, más bien se encuentran en un rango que va de informal a formal. En el espectro de las prácticas restaurativas (Figura 2), entre las prácticas informales tenemos a las declaraciones afectivas que comunican los sentimientos de las personas, así como a las preguntas afectivas que hacen que la gente reflexione sobre cómo su conducta ha afectado a otros.

Un/a profesor/a en una sala de clases podría usar una declaración afectiva cuando un/a alumno/a se ha comportado mal, dejándole saber cómo él o ella se ha visto afectado por su conducta: "Cuando interrumpes la clase, me siento triste" o "me has faltado el respeto" o "decepcionado". Al escuchar esto, el adolescente se da cuenta de cómo su conducta está afectando a los demás. Ese/a profesor/a puede hacer una pregunta afectiva, quizás adaptando una de las preguntas restaurativas. "¿Quién crees que se ha visto afectado por lo que hiciste?" y luego seguir con "¿Cómo crees que han sido afectados?" Al responder a dichas preguntas, en lugar de simplemente ser castigado, el/la alumno/a tiene una oportunidad de pensar en su conducta, de hacer enmiendas y cambiar la conducta en el futuro. El hacer varias preguntas afectivas tanto de quién tuvo la conducta indebida como de aquellos dañados por la misma crea una pequeña reunión espontánea. Si las circunstancias requieren un poco más de estructura, se puede crear rápidamente un círculo.

El uso de las prácticas restaurativas informales reduce drásticamente la necesidad de recurrir a las prácticas restaurativas formales que consumen más tiempo. El uso sistemático de prácticas restaurativas informales tiene un impacto acumulado y crea lo que podría describirse como un medio restaurativo, un ambiente que promueve consistentemente la conciencia, empatía y responsabilidad de una manera que probablemente

demuestre ser mucho más efectiva para lograr la disciplina social, que lo que hacemos actualmente que es basarnos en el castigo y las sanciones.

Avanzando de izquierda a derecha en el espectro, conforme las prácticas restaurativas se hacen más formales, involucran a más personas, requieren más planificación y tiempo, y son más estructuradas y completas. Aunque un proceso restaurativo formal podría tener un tremendo impacto, las prácticas informales tienen un impacto acumulativo y pedagógico más efectivo, pues son parte de la vida diaria.

Una reunión restaurativa formal es un encuentro estructurado entre agresores, víctimas y la familia y amigos de ambas partes (llamado a veces comunidad afectiva), en la que todos ellos lidian con las consecuencias del delito o la conducta indebida, y deciden la mejor manera de reparar el daño. La reunión restaurativa no es una actividad de orientación, ni un proceso de mediación, es un método de resolución de problemas sensible a las necesidades de la víctima, directo pues demuestra cómo los/as ciudadanos/as pueden resolver sus propias dificultades cuando se les proporciona un foro reconstructivo para hacerlo.

Las reuniones proporcionan a las víctimas y al entorno generado, una oportunidad de confrontar al agresor, expresar sus sentimientos, hacer preguntas y poder dar su opinión en cuanto a cuál debe ser el resultado. Los agresores escuchan de primera mano cómo es que su conducta ha afectado a otras personas. Los/as agresores/as pueden elegir participar en una reunión y comenzar a reparar el daño que han causado disculpándose, corrigiendo las cosas y acordando una restitución financiera, personal o un trabajo de servicio comunitario. Las reuniones hacen a los/as agresores/as asumir su responsabilidad a la vez que les proporcionan una oportunidad de deshacerse de la etiqueta de "agresor/a" y ser reintegrados a su comunidad, escuela o centro de trabajo.

Wachtel, J., & Wachtel, T. (2012). *Building Campus Community: Restorative Practices in Residential Life*. Bethlehem, PA: International Institute for Restorative Practices.

²⁴ Monka, L. (1993, September). The history of the quality circle. *Quality Progress*, 81-83. ASQ.

²⁵ Lips, H. (2002, August). Circle sentencing: Part of the restorative justice continuum. Paper presented at the Third International Conference on Con-

La participación en las reuniones es voluntaria. Una vez que se determina que es apropiado llevar a cabo una reunión y que los/as agresores/as y las víctimas han acordado asistir, el/la facilitador/a de la reunión invita a otros/as afectados/as por el incidente—la familia y los/as amigos/as de las víctimas y agresores/as. Se puede usar una reunión restaurativa en lugar de los procesos disciplinarios o de justicia tradicionales, o en los casos en los que esto no es apropiado, como un complemento a dichos procesos.

La reunión restaurativa es facilitada por una persona que sigue un guión que otorga a cada participante la oportunidad de hablar, comenzando por hacer preguntas abiertas y preguntas restaurativas afectivas al/la agresor/a. La persona facilitadora dirige a la víctima y a los miembros de su familia y amigos/as, preguntas que les proporcionan la oportunidad de hablar sobre el incidente desde su perspectiva y cómo éste los afectó. Se pide a la familia y a los/as amigos/as del agresor/as hacer lo mismo.

Usando el guión de reuniones, se hace las siguientes preguntas restaurativas a los/as agresores/as:

- "¿Qué pasó?"
- "¿Qué estabas pensando en ese momento?"
- "¿En qué has pensado desde el incidente?"
- "¿Quién crees que se ha visto afectado por tus acciones?"
- "¿Cómo se han visto afectados?"

A las víctimas se les hacen las siguientes preguntas restaurativas:

- "¿Cuál fue tu reacción al momento del incidente?"
- "¿Cómo te sientes con respecto a lo que pasó?"
- "¿Qué ha sido lo más difícil para ti?"

- "¿Cómo reaccionaron tu familia y amigos cuando se enteraron del incidente?"

Finalmente, se le pregunta a la víctima cuál le gustaría que fuera el resultado de la reunión. La respuesta se conversa con el/la agresor/a y todos los demás en la reunión. Cuando se llega a un acuerdo, se redacta un contrato simple y se firma.

Las reuniones restaurativas son un enfoque para abordar las conductas indebidas en diversos entornos, de una variedad de formas):

- En las escuelas las reuniones pueden servir de respuesta al ausentismo escolar, incidentes disciplinarios, incluyendo la violencia, o como una estrategia de prevención en la forma de juegos de roles de reuniones con alumnos de escuelas primarias y secundarias.
- La policía puede usar las reuniones como una advertencia o para evitar tener que ir a la corte, especialmente en el caso de los/as agresores/as que cometen una ofensa por primera vez.
- Las cortes pueden usar las reuniones como una forma de remisión, un proceso alternativo para dar una sentencia, o un evento de sanación para las víctimas y agresores una vez que se concluye el proceso en la corte.
- Se puede responder a diversas violaciones de la libertad condicional instaurando reuniones.
- Las instituciones correccionales y de tratamiento encontrarán que las reuniones resuelven los problemas y las tensiones subyacentes en los conflictos y las acciones disciplinarias.
- Los centros de educación superior técnica y las universidades pueden usar las reuniones para los incidentes que ocurren en las residencias y el campus y las violaciones disciplinarias.
- En los centros de trabajo, las reuniones abordan tanto las conductas indebidas como el conflicto.

teaching, *Circles and other Restorative Practices*. Minneapolis, MN, USA.

³⁰ Fenton, B. (2007). *Circles of support and accountability: A trial work*. Let's Talk Ethic Nous, Vol. 31, No. 3. Ottawa, ON, Canada: Correctional Service of Canada. Retrieved from <http://www.csc-scc.gc.ca/text/pbq/07-03-en/2006-31-37-eng.shtml>

³¹ Costello, B., Wachtel, J., & Wachtel, T. (2010). *Restorative Circles in Schools: Building Community and Enhancing Learning*. Bethlehem, PA: Inter-

Investigaciones muestran que este proceso restaurativo proporciona consistentemente niveles muy altos de satisfacción y un sentido de justicia a todos los/as participantes.

Un círculo restaurativo es una práctica versátil que puede usarse de manera proactiva, para desarrollar relaciones y generar comunidad o de manera reactiva, para responder a las conductas indebidas, a los conflictos y problemas. Los círculos generan la oportunidad de hablar y escuchar unos a otros en una atmósfera de seguridad, decoro e igualdad. El proceso de los círculos permite a las personas contar todas sus historias y ofrecer sus propias perspectivas.

El círculo tiene una amplia variedad de propósitos: resolución de conflictos, sanación, apoyo, toma de decisiones, intercambio de información y desarrollo de relaciones. Los círculos ofrecen una alternativa a las reuniones que a menudo se basan en un posicionamiento jerárquico, en el que hay un ganador y un perdedor y una disputa.

Los círculos pueden usarse en cualquier entorno organizacional, institucional o comunitario. La hora del círculo y las reuniones matutinas se han usado ampliamente en escuelas primarias y de enseñanza elemental durante muchos años y más recientemente en escuelas secundarias y en la educación superior. En la industria, se han empleado los círculos de calidad durante décadas para lograr que los/as trabajadores se sientan comprometidos a alcanzar altos estándares de fabricación. En 1992, el Juez Barry Stewart del Tribunal de Circuito de Yukon fue el pionero en el uso del círculo para dictar una sentencia, involucrando a los miembros de la comunidad para ayudar a decidir cómo lidiar con un agresor. En 1994, el pastor menonita Harry Nigh hizo amistad con un agresor sexual con retraso mental reincluyendo formando un grupo de apoyo con algunos de sus parroquianos, llamado un círculo de apoyo y rendición de cuentas, que fue efectivo para evitar su reincidencia.

Los círculos pueden usar un formato secuencial. Una persona habla por vez, y la oportunidad de hablar avanza en una dirección alrededor del círculo. Cada persona debe esperar hasta que llegue su turno para hablar, y nadie puede interrumpir. De manera opcional, se puede usar un objeto de conversación—un pequeño objeto que pueda ser sostenido fácilmente y pasado de persona a persona—para facilitar este proceso. Solamente la persona que está sosteniendo el objeto de conversación tiene el derecho a hablar. Tanto el círculo como el objeto de conversación tienen raíces en prácticas antiguas e indígenas.

El círculo secuencial típicamente se estructura alrededor de temas o preguntas que hace el facilitador del círculo. Como éste prohíbe estrictamente las discusiones de ida y vuelta entre dos partes, proporciona el decoro suficiente. El formato maximiza la oportunidad que se le da a las voces más calladas, aquellos que usualmente se sienten inhibidos por las personas que hablan más alto y son más asertivas, de hablar sin interrupción. Las personas que quieren responder a algo que se ha dicho deben ser pacientes y esperar hasta que sea su turno de hablar. El círculo secuencial alienta a las personas a escuchar más y hablar menos.

Las reuniones del grupo familiar congregan a redes de apoyo familiar—padres, madres hijos/as, tíos/as, abuelos/as, vecinos/as y amigos/a cercanos/as de la familia—para tomar decisiones importantes que de lo contrario serían tomadas por los/as profesionales. Este proceso de involucramiento y empoderamiento de las familias para que tomen decisiones y hagan planes para el bienestar de sus propios miembros lleva a mejores resultados, menos conflicto con los/as profesionales, más apoyo informal y un mejor funcionamiento de la familia.

Los/as jóvenes, como foco de estas reuniones, necesitan el sentido de comunidad, identidad y estabilidad que solamente la familia, en

sus diversas formas, puede proporcionarles. Las familias tienen mayor probabilidad que los/as profesionales de encontrar soluciones que involucren activamente a otros miembros de la familia, manteniendo así al/la niño/a dentro del cuidado de la familia, en lugar de transferir el cuidado del menor al gobierno. Además, cuando las familias son empoderadas para enmendar sus propios problemas, el proceso mismo de empoderamiento facilita la sanación.

Las características y momentos clave del modelo de la reunión del grupo familiar (RGF) son la preparación, información, espacio privado para la familia, el acuerdo del plan, monitoreo y revisión. En una RGF, la familia es la principal decisora. Un/a coordinador/a independiente facilita la reunión y se abstiene de ofrecer ideas preconcebidas sobre el resultado. Después de escuchar la información sobre el caso, se deja sola a la familia para que elabore un plan para el futuro del menor, joven o adulto. Los/as profesionales evalúan el plan con respecto a la seguridad y los asuntos legales, y podrían proporcionar recursos para ayudar a implementar el plan. Los/as profesionales y los miembros de la familia monitorean el avance del plan, y usualmente se realizan reuniones de seguimiento.

El enfoque restaurativo es único. Las prácticas restaurativas se basan en la convicción de que ya tenemos profesionales compasivos y competentes, residentes adultos y líderes comunitarios que se beneficiarían adoptando un enfoque unificado y consistente que pueda mejorar el desempeño y la conducta entre los/as jóvenes, en casa, en la calle y en la escuela, en el lugar de trabajo, en el sistema de justicia juvenil, y en la sociedad en general.

Dando cuerpo a esta convicción, desarrollamos una alternativa preventiva frente al delito juvenil, fortaleciendo a la comunidad, apoyando su cohesión, empoderándola, incorporándole habilidades para enfrentar situaciones de conflicto. La red comunitaria así constituida, será el mejor amortiguador frente a las dificultades que empujan a los/as jóvenes a seguir una ruta de violencia.

Relato de una Reunión Restaurativa: Una breve mirada a un caso concreto

A continuación presento un caso que fue resuelto mediante una reunión restaurativa facilitada por una profesional que capacitó y en la que participé como observador:

Hace varios años en un asentamiento humano limeño, un joven de 17 años aprovechó el atardecer para sorpresivamente robar la carpeta de un profesor que regresaba a su casa después de su jornada de trabajo en una escuela pública del vecindario. El profesor corrió tras el joven, gritando fuertemente para llamar la atención de los vecinos "¡ladrón, ladrón... me acaban de robar, deténganlo!". Al minuto siguiente, el joven fue detenido in flagrancia por dos policías que pasaban por casualidad por allí y escucharon la alerta. En el instante, el profesor recuperó sus pertenencias, ni quiso saber más de este desafortunado incidente y tampoco ir a la comisaría a presentar una denuncia. Proporcionó su nombre y dirección a los policías y se fue, entre asustado y enojado, para su casa.

Una vez en la comisaría, la policía llamó al fiscal y con él, llegó una trabajadora social especializada en justicia restaurativa. El joven reconoció enseguida su culpabilidad, afirmando que robaba para comprarse cosas, sin detallar cuáles. Después de una entrevista entre el joven y la trabajadora social, la profesional sugirió al fiscal que esta situación podría resolverse a través de una



reunión restaurativa en lugar de aplicar la justicia criminal tradicional que terminaría probablemente con una privación de la libertad del muchacho. El fiscal dio a la trabajadora social una oportunidad para intentarlo, opción no acertada para los policías que preferían una sanción drástica y ejemplar: la cárcel.

La trabajadora social se enteró que el joven vivía con su abuela materna desde que tenía 10 años. Su madre había fallecido y no tenía ningún contacto con su padre; había dejado la escuela desde los 15 años; no tenía trabajo y casualmente consumía marihuana y pasta básica junto a jóvenes integrantes de una banda del barrio.

Cuando la trabajadora social mencionó al joven y a su abuela que el incidente podría resolverse a través de una reunión restaurativa, se mostraron incrédulos, pero también interesados. Ambos tenían miedo y vergüenza de encontrarse cara a cara con la víctima. Se les explicó de qué se trataba una reunión restaurativa, sus ventajas y beneficios, y se mostraron abiertos. Por supuesto, este encuentro solo sería posible cuando el profesor (la víctima directa) aceptara reunirse con el joven que había querido robarle. Habiendo ubicado donde vivía la víctima, la trabajadora social se acercó a su casa para proponerle la reunión restaurativa y obtener su consentimiento. Lamentablemente, el profesor explicó que no quería saber nada y que no le interesaba encontrarse con el joven, añadió que no le desea ningún mal, pero "esto ya está en manos de la justicia".

De ninguna manera se puede forzar a alguien a participar en una reunión restaurativa. La decisión debe ser voluntaria y hay que respetarla. La trabajadora social solo puede limitarse a proveer toda la información relevante (proceso de la reunión, sus ventajas y beneficios, respuestas a dudas e inquietudes, etc.) que permita a todas las personas involucradas en el incidente (profesor, el joven y la abuela), tomar su mejor decisión.

Cuando la trabajadora social informó al joven y a su abuela que el profesor se había negado a participar en la reunión restaurativa, se sintieron a la vez decepcionados y asustados, pues el incidente podría acabar con una privación de

libertad. Testificando la decepción del joven y su abuela por la desaprobación del profesor, la trabajadora social propuso al joven escribir una carta al profesor para contar lo que le hubiera gustado decirle en la reunión. El joven aceptó, y de su propio puño, escribió y entregó una carta a la trabajadora social.

Al principio, el profesor no quiso ni recibir a la trabajadora social, exigiéndole que lo deje en paz. Cuando ella explicó que venía con una carta escrita por el joven, el profesor abrió la puerta, dejó entrar a la trabajadora social y comenzó a leer la carta en silencio. Al finalizar su lectura, preguntó si el joven la había escrito solo. La trabajadora social asintió afirmativamente. Sorprendido el profesor, contestó que no esperaba este tipo de relato y accedió a encontrarse con el joven.

La preparación de una reunión restaurativa es esencial, pues de sus resultados depende el éxito de su propósito. La trabajadora social se reunió previamente con cada una de las partes por separado y les explicó con detalles los objetivos de una reunión restaurativa. ¿Cómo se desarrolla? ¿Quiénes van a participar? ¿Qué tipo de preguntas se harán en su curso? ¿Quién hablará primero? Etc. La reunión restaurativa concierne a las personas involucradas directa e indirectamente en el incidente; procura dar voz a cada una de ellas; ofrece a la víctima una oportunidad de expresar cómo quisiera ser reparada y cómo se sintió afectada por el incidente y quiénes alrededor de ella sufrieron también los daños ocasionados. Por su lado, el ofensor tiene la ocasión de dar cuenta sobre los hechos, dar razón de su proceder y tomar consciencia de las consecuencias de sus actos, asumiendo su responsabilidad y buscando maneras de reparar los daños.

Una vez terminada la fase de preparación, se decidió la fecha y el lugar del encuentro entre el profesor y la trabajadora social. La reunión restaurativa se efectuó un sábado por la mañana en la parroquia del vecindario. Llegaron primeros el joven, su abuela y un vecino amigo de ellos. Después llegó el profesor con su esposa y su hijo, aproximadamente de la misma edad que el joven ofensor. La trabajadora social había acomodado

siete sillas en círculo y se encargó de facilitar la reunión. Yo la presencié como observador, fuera del círculo. Al lado derecho de la facilitadora estaban el joven, su abuela y el vecino, y a su lado izquierdo cerrando el círculo, el profesor, su esposa y su hijo.

La facilitadora presentó a todos los presentes, señalando que la participación de ellos era voluntaria y que podían retirarse cuando querían si así lo deseaban. Sin embargo, si el joven infractor tomara esa decisión, el incidente será referido al sistema de justicia tradicional. Agregó que no estaban ahí para decidir si el joven responsable del incidente era bueno o malo, sino para aclarar el incidente, saber quiénes habían sido afectados y cómo, para así acordar acciones para que las cosas queden bien.

Dirigiéndose primero al joven, la facilitadora le preguntó: *¿Qué pasó?* El joven, con su cabeza agachada respondió con voz sofocada que había robado para conseguir algo de dinero para comprarse un poco de marihuana para consumir, como acostumbraba hacerlo de vez en cuando. A la pregunta siguiente, *¿Qué estabas pensando en aquel momento, cuando robó la carpeta del profesor?* El joven respondió: *"La verdad, en nada. Lo único que quería era robar algo sin tomar mucho riesgo"*. *¿Y desde entonces, que has estado pensando?* Le preguntó la facilitadora: *"Me siento mal; me doy cuenta que cometí un grave error, la cual puede tener serias consecuencias. Estoy avergonzado y tengo miedo"*. La facilitadora siguió preguntándole: *¿Quiénes han sido afectados por tu acción, y de qué manera?* El joven mencionó aun con la cabeza inclinada: *"al profesor pues le robé su carpeta sin saber lo que había adentro; también a mi abuelita que se siente muy mal, enojada conmigo y avergonzada por lo que hice cuando ella siempre me ha cuidado lo mejor que ha podido"*. *¿A parte de ellos, alguien más se sintió molesto o afectado?, insistió la facilitadora.* El joven respondió *"A mí mismo también, pues no se qué va a pasar conmigo y me da mucho miedo. Es la primera vez que fui detenido por la policía"*.

El profesor, su esposa y su hijo escuchaban atentamente las respuestas del joven, observan-

do su actitud de arrepentimiento. Entonces, la facilitadora le dijo al profesor *"Sé que este incidente ha sido difícil para usted y su familia, nos podría decir que fue lo sintió cuando este hecho ocurrió"*. Mirando en los ojos del joven, el profesor dijo: *"Cuando me di cuenta del robo tuve mucho susto, pánico y rabia a la vez, pues tenía en mi carpeta 200 soles y documentos personales importantes, que me había costado conseguir. Si el joven se los hubiera llevado, me hubiera sido sin duda muy complicado volver a conseguirlos"*. La facilitadora siguió preguntándole: *"¿Qué impacto ha tenido este incidente para usted y otras personas?"* El profesor respondió: *"Desde entonces ya no me siento tranquilo andando en la calle. Miro siempre alrededor de mí, pensando que me van a asaltar nuevamente. No me siento más seguro. Estoy nervioso"*. *¿Y sus seres queridos?, le preguntó la facilitadora:* *"Igualmente tuvieron miedo por mi vida, así como yo, mucha rabia de que estas cosas ocurren más frecuentemente en el barrio. Tenemos miedo que le pase lo mismo a nuestro hijo. Estamos constantemente en alerta todos; no es nada agradable, más bien molesta mucho"*. Cuando la facilitadora le preguntó que ha sido lo más difícil con este incidente, el profesor respondió: *"Lo más difícil para mí es entender que siendo yo un profesor, que enseña en la escuela a los jóvenes, también me puede pasar cosas como esta, me molesta mucho. Es como si no tuviera más confianza en mis alumnos"*. Las mismas preguntas fueron hechas a su esposa, que dio respuestas muy similares como *"Tengo miedo, no me siento bien cuando mi hijo tiene que salir a la calle, sobre todo después del atardecer..."*.

La facilitadora preguntó luego a la abuela *"¿Qué fue lo que sintió al saber lo que había hecho su nieto?"* La abuela respondió: *"Siento mucha vergüenza y quiero disculparme por el terrible comportamiento de mi nieto. Lo siento mucho. No es un mal muchacho, pero estos dos últimos años no se qué le pasa, pero ya no es como antes. Sale mucho, no estudia, fuma, tiene amigos que están metidos en banda, y no me gusta, me preocupa mucho, no sé qué hacer"*. A parte de usted, alguien más ha sido afectado, preguntó la facilitadora. *"Mi nieto mismo; mira en la situación que se ha metido él mismo. ¿Qué va a pasar ahora? En el*

barrio, muchas personas hablan ahora mal de él. Me da vergüenza. No sé qué va a pasar"

¿Y que ha sido lo más difícil para usted? preguntó la facilitadora. La abuelita contestó "Haber dado todo lo que podía para mi nieto ya que sus papás no están, y terminar con esta situación; no me lo merezco, es injusto. No sé qué hacer para que vuelva a estudiar; que deje de fumar y que ya no se junte con otros jóvenes que pasan su tiempo fumando, bebiendo y robando. Esto me duele mucho. No sé qué errores he cometido para que esto me pase". Cuando le tocó al vecino, amigo de la abuela, dijo: "Los conozco bien, somos vecinos desde hace muchos años. Son buenas personas, nos ayudamos entre nosotros. Sin embargo, no sé que le ha pasado al joven, ha cambiado últimamente. Normalmente es un buen muchacho, servicial y cortés, pero últimamente no anda mucho en casa, sé que fuma y toma licores en la esquina con amigos, y lo peor de todo, decidió dejar sus estudios cuando no era un mal alumno. Sin embargo, pienso que aun puede recuperarse".

La facilitadora se dirigió nuevamente al profesor, preguntándole *"¿Qué piensa que deberá suceder para que las cosas queden bien?"*. Mirando a la abuela y su nieto, el profesor respondió *"Me da pena que una abuela que hizo y sigue haciendo tantos esfuerzos para criar a un niño, adolescente y hoy joven, para que éste actúe de una forma tan inapropiada y peligrosa. No se trata de un duro delincuente como me lo imaginaba después del robo. Me di cuenta al leer su carta y al escucharle en esta reunión que es consciente del error que ha cometido y que ha dañado, no solamente a mí persona, sino también a su abuela, a él mismo, a su vecino amigo aquí presente y al vecindario mismo. Les agradezco por sus sinceras disculpas, afortunadamente he recuperado mi maletín con todo. Quizá lo que quisiera que salga de esta reunión son verdaderos compromisos y actos concretos que no volverá a robar nunca, que dejará la droga y abusar del alcohol, y siendo yo profesor quisiera que vuelva a la escuela, que estudie para lograr ser una persona positiva y productiva para apoyar a su abuela, y a la sociedad en general. Es esto lo que yo quisiera que ocurra."* Tanto su esposa como su hijo aportaron en la mis-

ma dirección "No serviría a nadie enviar al joven a la cárcel, pero referirle a un centro de atención especializada para jóvenes adictos y con problemas de violencia no sólo le ayudaría a él, también a su familia y a la sociedad".

El joven y su abuela quedaron sorprendidos al escuchar estos comentarios de parte de las personas que fueron afectadas, pues no lo esperaban. Y cuando la facilitadora preguntó al joven que pensaba sobre lo que escuchó, él dijo: *"Yo haré todo lo que sea necesario. Estoy decidido a dejar la mala conducta, la droga, la bebida y regresar a la escuela, hacer actividades deportivas, pero necesito apoyo para que esto suceda. La intención está, me comprometo."* La abuela agregó, refiriéndose al profesor *"Gracias señor por la oportunidad que le da a mi nieto. Me comprometo a que de ahora en adelante, vuelva a la escuela. Necesito encontrar a alguien que pueda apoyarlo para recuperar el tiempo perdido. También iremos la semana entrante en esta misma parroquia que tiene un servicio social donde nos orientarán sobre el tema de droga."* El profesor se comprometió a averiguar en la escuela donde trabaja como ingresar al joven como nuevo estudiante; se comprometió también de darle de forma gratuita un apoyo escolar en matemática si el joven tuviera la necesidad. El vecino también agradeció a todos por su buena voluntad para solucionar pacífica y razonablemente este incidente. Se comprometió a apoyar a la abuela para orientar a su nieto. El joven volvió a comprometerse en corregir su conducta, atendiendo a los servicios sociales y regresando a la escuela. Se disculpó una y otra vez.

La facilitadora leyó los acuerdos a los cuales habían llegado, solicitando la necesidad de precisarlos. *¿Cuándo reiniciaría la escuela? ¿Cuándo irían a los servicios sociales de la parroquia? Etc.* Finalmente, cada uno firmó el acta de acuerdos logrados durante el encuentro. Antes de despedirse, todos compartieron un momento informal tomando un refresco y comiendo unas galletas. Ese momento informal, les permitió aprobar y agradecer la buena voluntad de cada uno. Se despidieron sintiendo haber actuado de la mejor manera.



DERECHO LABORAL

Luces y sombras del Principio de Primacía de la realidad en el ámbito laboral



Carmen Matute Carrillo
Asistente Jurisdiccional de la Nueva Ley
Procesal del Trabajo de la
Corte del Caslo

El trabajo es toda aquella actividad de origen manual o intelectual que el hombre hace para su satisfacción y bienestar, así como alcanzar la riqueza material y espiritual para el mismo, los suyos y su país; ello se realiza a cambio de una compensación económica por las labores efectivamente realizadas y el factor determinante para alcanzar la dignidad humana y su desarrollo. Sin embargo, todavía hay empleadores que, con la finalidad de obtener mayores ganancias reduciendo costos, se aprovechan de las facilidades de ocultación de la relación laboral, bajo la apariencia de un contrato civil, para eludir la protección brindada por el ordenamiento laboral al sujeto que presta el servicio.

Es así que uno de los principios más importantes en el Derecho del Trabajo es sin duda el de Primacía de la Realidad, muchas veces citado en las resoluciones judiciales o pronun-

ciamientos administrativos en materia laboral, y que constituye un instrumento que ha permitido a jueces y funcionarios resolver conflictos de naturaleza laboral en los que la controversia principal se origina en una contradicción entre aquello que obra en el plano formal o documental y lo que ocurre en los hechos.

Ante ello nos haríamos la siguiente pregunta, ¿Cuál es la importancia del principio de primacía de la realidad en nuestro ordenamiento laboral?. Para responder dicha interrogante, debemos situarnos en el inicio de la relación laboral, esto es en el momento en que las partes celebran el contrato, por la cual el empleador consigna datos falsos para tratar de evadir responsabilidades legales, y el trabajador acepta porque se encuentra en situación de desventaja o desigualdad frente al empleador, quien ante la necesidad de obtener un ingreso económico aceptará cualquier condición que le imponga este último. Incluso firmar un contrato que no corresponda con la naturaleza de la labor que desempeña, la que mantendrá durante

toda la relación laboral, siendo lo más probable que reclame por sus derechos, invocando este principio una vez que la relación laboral haya finalizado, ya que de lo contrario puede peligrar su estabilidad en el empleo, y con ello su seguridad económica individual y familiar.

Ahora veamos desde un punto de vista práctico: un trabajador ha celebrado un contrato de locación de servicios (sin derecho a beneficios sociales) con su empleador por dos años; durante la ejecución de este contrato la empresa ha establecido un horario de trabajo de ocho horas diarias que tiene que cumplir dentro de la empresa, obligando a marcar una tarjeta al ingresar y salir de su centro de labores; asimismo, existen diversos memorándums donde indica que por cada falta de 10 minutos de tardanza se le descontará el día entero, además, el empleador ha impuesto ordenes, instrucciones o directrices a su trabajador con relación al trabajo por el que se contrató (poder de dirección), así como la de imponer sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (po-



dar sancionador o disciplinario). Por lo expuesto, "Nos encontraríamos ante una relación laboral", o relación de dependencia, por lo tanto, debería de estar en planilla y percibir sus beneficios sociales según corresponda. Dicha situación es preocupante, más aún cuando en una realidad como la nuestra existe una gran cantidad de personas que demandan puestos de trabajo y en contraste, existe una reducida oferta de los mismos en el mercado; situación que no sólo se verifica en el ámbito privado, sino también por el ámbito estatal.

Al respecto, el doctor **JAVIER NEVES MUJICA** afirma que: *"Ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho Civil dice que las cosas son lo que su naturaleza y no su determinación determina. Sobre esta base, el Derecho del Trabajo ha formulado el llamado principio de primacía de la realidad"*.

Asimismo, nuestra Constitución no lo recoge directamente, a diferencia de otras constituciones como la colombiana que en su artículo 53 recoge específicamente dicho principio. Sin embargo, este principio es recogido por el Tribunal Constitucional, supremo interprete de la Constitución, el cual en su STC N° 991-2000-AA/TC establece en su fundamento 3 que: "en virtud del principio de la primacía de la realidad, resulta evidente que las labores, al margen del texto de los contratos respectivos, han tenido las características de subordinación, dependencia y permanencia, de modo que no es correcto considerar que la relación laboral mencionada tuvo carácter eventual. El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho, base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (artículo 22°) y, además, como un objetivo de aten-

dición prioritaria del Estado (artículo 23°). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos".

Así también en la STC N° 1944-2002-AA/TC se señala en su fundamento 3 que el Principio de Primacía de la Realidad significa que: "en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos" llegando incluso a través de la aplicación de dicho principio a determinar que un contrato es de naturaleza permanente y no eventual como se pretendía hacer prevalecer por el empleador. Siendo hasta la fecha, muchos los criterios tomados en cuenta por el Tribunal Constitucional, pues por ejemplo, también se señaló que el otorgamiento de beneficios laborales a una persona contratada bajo locación de servicios demostraba que en realidad estábamos ante un contrato laboral; asimismo, en la STC N° 4385-2007-PA/TC se tomó en cuenta el otorgamiento de vacaciones a un locador, y en la STC N° 731-99-AA/TC se advirtió el pago de gratificaciones y al pago de aportes patronales, ello en aplicación al principio de primacía de la realidad.

Hasta antes de la expedición de las sentencias del Tribunal Constitucional que recogen el principio de primacía de la realidad, solo existía reconocimiento doctrinario y jurisprudencial del precitado principio (pleno jurisprudencial laboral del año 2000),

más no legislativamente, siendo que es regulada recién a partir del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 910 Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, estableciendo como uno de los principios generales rectores, el de la primacía de la realidad; y actualmente es reconocido por el artículo 2 de la Ley N° 28806 Ley General de Inspección del Trabajo y el artículo 3 de su Reglamento aprobado por D.S. 019-2006-TR.

Asimismo, en el plano judicial, el artículo 1 del Título Preliminar de la Ley N° 29497 Nueva Ley Procesal del Trabajo establece que el proceso laboral se inspira, entre otros, en el principio de veracidad. Haciendo una referencia más explícita a la primacía de la realidad, en su artículo III del Título Preliminar. Así, la norma señala que, en todo proceso laboral, los jueces deben procurar alcanzar la igualdad real de las partes en el marco del proceso, privilegiando el fondo sobre la forma.

Si bien es cierto, el principio de primacía de la realidad es aplicable en los casos en que nos encontramos frente a despidos que se producen en relaciones laborales que tiene la forma de contratos civiles; sin embargo, tal como lo establece el Tribunal Constitucional, también se puede aplicar para casos en los cuales se contrata bajo una relación laboral a través de un contrato modal con la finalidad de burlar la legislación y no aplicar el contrato que corresponde como regla. Bajo ese sentido, el principio de la primacía de la realidad **también implica la existencia de una duda**, pero

esta trata respecto si es válido lo que figura en los documentos laborales, o lo que se ha constatado en la realidad, es decir, sólo en caso de comprobarse discordancia entre los hechos y documentos, corresponde privilegiar lo ocurrido en los hechos, por lo que si la única prueba de un hecho es un documento, a pesar de las alegaciones de las partes, se deberá tener por cierto el contenido del documento, al no existir verificación alguna de los hechos ocurridos.

Asimismo, muchas veces se asume que el principio de la primacía de la realidad se aplica como una regla de favorecimiento del trabajador, por ejemplo, en el caso que en un contrato sujeto a modalidad por necesidades de mercado, no se indique la causa objetiva de contratación, ¿se desnaturalizaría el contrato por aplicación del principio de la primacía de la realidad?, en muchos casos se ha resuelto de esta forma, favoreciendo al trabajador, cuando no ha existido verificación respecto de los hechos ocurridos; empero, para resolverlo en forma favorable al trabajador, no corresponde aplicar el principio de la primacía de la realidad, sino la **presunción de laboralidad** contenida en el artículo 4 del D. Leg. 728, por el cual "En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado", por lo tanto, al no existir causa objetiva de contratación, se entiende que la relación laboral desde un inicio fue a plazo indeterminado.

Sin embargo, que ocurriría si en el caso que estamos anali-

zando, se verifica la realidad de los hechos y se determina que el puesto que ocupó el demandante era de naturaleza temporal y por lo tanto, si justificaba la contratación bajo la modalidad por necesidades de mercado, es decir que por la naturaleza del cargo desempeñado, solo sería necesaria la prestación de servicios durante un tiempo determinado en el que se produjo el incremento coyuntural en la producción, en este caso, se cumple con el supuesto previsto para la aplicación del princi-



pio de la primacía de la realidad: los documentos indican que estamos ante una relación laboral a plazo indeterminado, pero de la realidad de los hechos se demuestra que el ex trabajador fue contratado exclusivamente para atender un incremento coyuntural en la producción de la empresa, ante este caso ¿corresponde aplicarse el principio de la primacía de la realidad?

En el caso propuesto, debería primar los hechos que demuestran que el trabajador sólo fue contratado para atender el incremento coyuntural, o debería desnaturalizarse la relación de trabajo; para resolver el caso, es necesario apelar al inciso d) del artículo 77 del TUO del D. Leg. 728, que dispone: **"Artículo 77.- Los contratos de trabajo**

sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley". El mandato del Legislador es que el trabajador acredite la existencia de fraude a las normas, lo que se presume cuando se advierte la omisión de la causa objetiva en el contrato de trabajo; sin embargo, si en el transcurso del proceso, el empleador prueba que existió una justificación legal para la contratación, será evidente que no existió transgresión al ordenamiento jurídico, pues se contrató al trabajador bajo una modalidad que en la realidad sí se cumplió, siendo el único defecto, uno formal por no haber incluido en el texto del contrato lo que en la realidad se dio. Es por ello que en este caso si cabría la posibilidad de aplicar el principio de la primacía de la realidad a favor del empleador, por cuanto por un orden razonable y justo, corresponde privilegiar los hechos antes que los documentos, más aún cuando en el caso desarrollado, el trabajador tenía conocimiento que

sus servicios eran temporales.

En tal sentido, resulta que la aplicación de éste principio tiene luces y sombras en el ámbito laboral, por el que no siempre es aplicable a favor del trabajador, teniéndose en cuenta también el precedente vinculante recaído en el Exp. 05057-2013-PA/TC del caso Huatuco, en el que se hace énfasis para efectos de la reposición, el de verificar que el demandante haya ingresado por concurso público a una plaza presupuestada y exista una vacante de duración indeterminada; en éste caso concreto ¿se vulnera el principio de primacía de la realidad?, Por supuesto que sí, es un principio que ha ido gestándose desde la formación del estado de bienestar, dado que las relaciones entre el trabajador y el empleador son desproporcionadas y que, precisamente, una forma de nivelar la situación es mediante el reconocimiento en la jurisprudencia del principio de primacía de la realidad. Lo contrario es quedarnos en un modelo formalista de aplicación de la Ley aun cuando se produzca abuso de derecho o fraude a la Ley.

La jurisprudencia hasta antes de este precedente se sentó en base al principio de primacía de la realidad; por lo que su evolución histórica en estos 25 años de aplicación fueron analizados en los órganos judiciales, en el Tribunal Constitucional y en las inspecciones de trabajo, particularmente en los casos donde se discute la naturaleza de una relación de trabajo, la primacía de la realidad ha permitido moldear el concepto de "subordinación" de acuerdo a la propia evolución del trabajo en nuestra sociedad, adaptándose a formas por demás diversas, desde el trabajo industrial hasta el teletrabajo; en tal sentido, se debe realizar una valoración sobre los criterios o indicios que acrediten los hechos que prevalecerán sobre los documentos; debiendo tenerse en cuenta también que el derecho laboral nace de una base natural dada por la naturaleza humana; por lo que el objetivo del derecho es la persona y procurar su desarrollo integral en justicia, es por ello que esta esencia debe prevalecer como objetivo último en cada rama del derecho, más aún, en el ámbito laboral.

- *Gaceta Jurídica S.A. Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral "25 ensayos que analizan la reforma laboral individual", 1ra Edición: Octubre 2016, p. 65*

- *Arévalo Vera, Javier, Comentarios a la nueva ley procesal del trabajo. Editado por Editorial Rodhas SAC. 1ra Edición: Mayo 2011, p. 13*

- *Neves Mujica, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Fondo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2000, p. 35.*

- <http://www.auditum.com.pe/primacia-de-la-realidad-en-el-ambito-laboral/>

- <http://informativoecb.blogspot.pe/2012/04/el-principio-de-primacia-de-la-realidad.html>

- *Decreto Legislativo 910 artículo 3.- En la aplicación de la Ley se observan, especialmente, los siguientes principios rectores: (...) inciso b) Primacía de la realidad.*

- *Ley Nº 23806, Ley General de Inspección del Trabajo, artículo 2.- Principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo. (...) inciso 2) Primacía de la realidad.*

- *Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.*

La figura del grupo económico en el Derecho Laboral peruano



Autor: Brian Vladimír Torres Melgar

Bachiller de la Facultad de
Derecho de la UNMSM
Asistente de la Unidad
de Investigaciones y
Visitas de Odeoma Callao



I. INTRODUCCION.

Dentro del marco normativo en materia laboral, no existe una definición de la figura del "Grupo Económico" propiamente dicha, por lo que la jurisprudencia laboral ha ido delimitando sus características centrales que no solo comprenden a la confusión patrimonial, el funcionamiento integrado y a la apariencia externa de unidad empresarial y de dirección, sino a la prestación de trabajo de forma indistinta o común, simultánea o sucesiva, a favor de varias empresas, es decir, la prestación de los servicios de los trabajadores en más de una de las empresas del grupo. Asimismo, la figura de grupo de empresas no es ilegal, no obstante ello, lo que debe analizarse es si en el ejercicio de los derechos y libertades empresariales de las empresas y la posterior conformación de un grupo económico, se ha defraudado de modo objetivo otras disposiciones que afectan los derechos del trabajador.

II. DEFINICION .

Teniendo en cuenta la ausencia de norma positiva, con respecto a los Grupos Económicos en materia laboral, se suele utilizar análogamente para resolver en los diferentes procesos laborales, en donde la discusión principal es si las demandadas se encuentran dentro de un mismo grupo económico, las definiciones que otras ramas del derecho utilizan como por ejemplo,

- La Superintendencia del Mercado de Valores, define como grupo económico "el conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o de un mismo conjunto de personas naturales".
- El artículo 8° de la Resolución de Superintendencia de Banca y Seguros número 445-2000 referida a normas especiales sobre vinculación y grupo económico, se entiende por este último "(...) al conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformada al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión (...)" (Sic); criterio que se corrobora con lo establecido en el artículo 5° del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos aprobado por Resolución Co-

¹ Asistente de Jefatura de la Unidad de Investigaciones y Visitas de la Oficina Desconcentrada de la Magistratura del Callao, Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

nasev número 722-97-EF-94.10 actualmente recogido en el artículo 5° del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos aprobado por Resolución Conasev número 090-2005-EF/94.10 de 23 de diciembre de 2005, modificada por la Resolución Conasev N° 005-2006-EF/94.10 de 10 de febrero de 2006, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de febrero de 2006.

En cualquiera de los casos anteriores, cuando la indicada proporción del capital pertenezca a cónyuges o convivientes entre sí o a personas naturales vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, 4) El capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca en más del treinta por ciento (30%) a socios comunes a éstas. 5) Cuando las personas naturales titulares de negocios unipersonales son



- El Reglamento de la Ley MYPE, D.S. 008-2008 - TR, en su artículo 4° señala "Se considera como grupo económico al conjunto de empresas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o jurídica o de un mismo conjunto de personas naturales o jurídicas". (...), Se considera que dos (2) o más empresas tienen vinculación económica cuando: 1) Una persona natural o jurídica posea más de treinta por ciento (30%) del capital de otra persona jurídica, directamente o por intermedio de un tercero, 2) Más del treinta por ciento (30%) del capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca a una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero, 3)

cónyuges, convivientes o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y cuenten con más del veinticinco por ciento (25%) de trabajadores en común, 6) Las personas jurídicas o entidades cuenten con uno o más directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros, operativos o comerciales que se adopten. 7) Una empresa no domiciliada tenga uno o más establecimientos permanentes en el país, en cuyo caso existirá vinculación entre la empresa no domiciliada y cada uno de sus establecimientos permanentes y entre todos ellos entre sí, 8) Una empresa venda a una misma empresa o a empresas vinculadas entre sí, el ochenta por

² ARCE ORTIZ. En: "El concepto jurídico de grupo de empresas en Derecho del Trabajo". En: *Asesoría Laboral*. Perú, abril, 2006, p. 14-16.

ciento (80%) o más de sus ventas. 9) Una misma garantía respalde las obligaciones de dos empresas, o cuando más del cincuenta por ciento (50%) de las de una de ellas son garantizadas por la otra, y esta otra no es empresa del sistema financiero. 10) Más del cincuenta por ciento (50%) de las obligaciones de una persona jurídica sean acreencias de la otra, y esta otra no sea empresa del sistema financiero.

Ahora bien nuestros legisladores en materia laboral han tratado de dar una definición para determinar que es un "Grupo Económico", del cual tenemos, que recientemente la sentencia de vista expedida por la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Lima Expediente N° 12402-2013-0-1801-JR-LA-07, caso Volcán Compañía Minera S.A., Vocal ponente el magistrado Toledo Toribio; en el fundamento jurídico N° 39 señala que: "La falta de acuerdo nos circunscribe a la existencia del definido líneas arriba como "grupo económico", el que se encuentra conformado por un grupo de empresas vinculadas por razones económico-jurídicas como por ejemplo que pertenezcan a los mismos propietarios mayoritarios del capital, o si una persona jurídica es accionista mayoritaria de otra persona jurídica; comportándose como personas jurídicas independientes; sin embargo, su característica principal viene a ser que se encuentran sometidas a una "dirección unitaria" como bien señala Toyama Miyagusuku en "Protección, privilegio, tiempo, forma y pago de los Beneficios Sociales" artículo publicado en la Revista Derecho y Sociedad N° 17, página 67".

Dentro de las definiciones jurisprudenciales que se han sido vertidas por nuestros legisladores en materia laboral, estos tratan de sustentar las bases económicas del Grupo Económico entendiendo que necesariamente tendrá alcances dentro de las relaciones laborales, asimismo tratan de establecer los límites diferenciadores entre grupos económicos verdaderos y aquellos calificados como fraudulentos, esto es de suma importancia ya que con ello se establecería directamente los límites de protección de los derechos a los trabajadores, razón por el cual queda en manos de nuestros legisladores estudiar minuciosamente



los medios probatorios obrantes en las distintas causas, o de ser el caso hacer uso de la prueba de oficio, en el momento previo a la actuación probatoria, siempre que se encuentren orientados a acreditar hechos que ayuden al esclarecimiento del caso, conforme lo señala el segundo párrafo del artículo 22 de la Ley N° 29497 - Nueva Ley Procesal del Trabajo, teniendo en cuenta la desventaja procesal en la cual se encuentra el trabajador, ya que al momento de recabar medios probatorios que sustenten su teoría del caso, se les es dificultoso obtenerlos.

III. ELEMENTOS.

De la jurisprudencia en materia laboral con respecto al grupo económico se han establecido diversos elementos, que pueden ayudar a establecer la existencia de esta figura empresarial, es así que, la Corte Suprema ha establecido en la sentencia N° 3069-2009-La Libertad, desde el punto de vista laboral, nuevos elementos que permiten identificar a un grupo económico. Así, será considerado un elemento para definir al grupo económico la participación activa de un mismo funcionario en dos empresas (subgerente de Recursos Humanos de una empresa firmó las boletas de pago y en su condición de apoderado de la otra empresa suscribió un contrato de condiciones de trabajo). También será un elemento a considerar que tengan un mismo domicilio social para las dos empresas, o diversos anuncios periodísticos que presenten a ambas empresas como parte de un mismo grupo económico.

Para un mejor entendimiento de la aplicación de los elementos establecidos jurisprudencialmente

se plasmara el análisis, de la sentencia emitida dentro del Expediente N° 00551-2015-0-0701-JR-LA-02, resuelto por el Segundo Juzgado Laboral del Callao -NLPT: **I) Mismo Domicilio** "(...), de la consulta de RUC en la página web de la Sunat que las empresas "VITALIANO JUAN DELGADO VIVANCO", "EMPRESA DE TRANSPORTES CAROLINA DELGADO S.A.", "VCE TRANSPORTES S.A.C. tienen la misma dirección domiciliaria es decir estuvieron ubicadas y compartiendo el mismo local simultáneamente, ubicado en Cal. Guillermo Ronalds N 241, Urb. Industrial La Chalaca Prov. Const. Del Callao- Prov. Const. Del Callao-Callao, aunque en la actualidad las dos primeras empresas se encuentren no habidas desde el 2013, conforme obra a fojas, 7 a 15, y 66 a 68 de autos; **II) Misma Actividad Económica:** "de la consulta ruc de SUNAT que la empresa VITALIANO JUAN DELGADO VIVANCO (Persona natural con negocio) inicio sus actividades en el año 1986 y fue declarada como no habida en el 30/04/2013, cuya actividad económica es la de transporte de carga por carretera. Del mismo modo, conforme al título archivado referido a la constitución de la EMPRESA DE TRANSPORTES CAROLINA DELGADO S.A., se evidencia que esta fue constituida con fecha 22 de noviembre de 1996, conformada por los socios: DELGADO VIVANCO VITALIANO JUAN, LUZ AMELIA DELGADO VIVANCO, y OLGA VICTORIA DELGADO VIVANCO, cuya actividad económica es transporte de carga por carretera, se encuentra no habida desde 30/04/2013 según el informe de consulta RUC en SUNAT. Finalmente de la copia del título archivado - SUNARP referido a la Constitución de VCE TRANSPORTES S.A.C., se evidencia que dicha empresa fue constituida con fecha 19 de junio del 2010, cuyos socios son EMILIANO CHRISTOPHER DELGADO ROSADO, y CAROLI-

NA DELGADO ROSADO, hijos del codemandado VITALIANO DELGADO VIVANCO, cuya actividad económica consiste en transporte de carga por carretera, evidenciándose que tienen el mismo rubro de actividad empresarial."; **III) Dirección Económica Unificada:** "(...); se evidencian préstamos o subvenciones de parte de VITALIANO VIVANCO DELGADO, debido a que se traspasan bienes a fin de aportarlos a la constitución de EMPRESA DE TRANSPORTES CAROLINA S.A., y VCE TRANSPORTES S.A.C., tales como los vehículos antes mencionados, por lo cual, se evidencia el control del primer codemandado sobre las personas jurídicas mencionadas, actuando en una "dirección económica unificada", ya que se acreditado la existencia de planificación común en materia comercial, ya que, las tres codemandadas tienen como actividad económica el transporte de carga en carretera, asimismo, utilizaron el mismo local hasta el 2013, ya que, actualmente las dos primeras codemandadas mencionadas se encuentran no habidas, hubo existencia de un mismo representante o gerente general, es decir, el codemandado VITALIANO DELGADO VIVANCO, y la acreditación de subvenciones entre las empresas, por el traspaso de bienes muebles de VITALIANO DELGADO VIVANCO hacia las codemandadas para su constitución, en consecuencia, queda acreditada que las empresas demandadas forman un grupo de empresas es decir tienen vinculación económica.

Si bien es cierto que a través de la Jurisprudencia en materia laboral se estableció los elementos ya señalados, estos no son absolutos el magistrado en materia laboral al momento de resolver, puede tomar en cuentas otros elementos, el cual lo conlleve a determinar que existe un Grupo de Empresas, como por ejemplo; dominio accionario de una persona jurídica sobre otra, el mismo sistema de información contable, los mismos fundadores y/o accionistas, los señalados se toman como indicios de la existencia de un grupo económico

IV. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACION DE EXISTENCIA DE UN GRUPO ECONOMICO DENTRO DE UN PROCESO LABORAL.



El Tribunal Constitucional como los órganos jurisdiccionales, han adoptado una postura uniforme, a través del cual se reconoce que existe responsabilidad solidaria entre los grupos de empresas para el reconocimiento y pago de créditos laborales impagos a favor del trabajador; es así que mediante sentencia del tribunal constitucional, EXP. N° 6322-2007-PA/TC se estableció implícitamente que las empresas de un mismo grupo económico son responsables del pago de adeudos laborales generados por una de las empresas pertenecientes al grupo.

De igual forma a través del Pleno Jurisdiccional Nacional de 28 de junio del año 2008, se estableció por unanimidad que "Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores." En una reciente Casación, publicada en el Diario Oficial El Peruano de fecha 30 de octubre de 2015; Casación Laboral N° 10759-2014-LIMA, se ha establecido que "al haberse beneficiado de las labores del demandante corresponde a los miembros integrantes del grupo de empresas, el pago solidario de los beneficios sociales que se han generado a favor del demandante, entre las referidas empresas, sin perjuicio de reconocer que cada una de las empresas tengan una autonomía y personalidad jurídica propia (...)"

La jurisprudencia en materia laboral ha determinado casi sin cuestionamientos la existencia de la responsabilidad solidaria en el cumplimiento de créditos laborales, es decir en los procesos que han sido materia estudio de la presente, han declarado la existencia de responsabilidad solidaria, por lo que han reconocido que cada una de las empresas tiene una autonomía y personalidad jurídica propia y, además, tienen una relevancia unitaria en el ámbito laboral como si se tratara de una sola empresa con pluralidad de empresarios, regida por el principio general de la responsabilidad solidaria de todos sus miembros, lo que encuentra justificación en el principio de primacía de

la realidad por encima de las formas jurídicas y de irrenunciabilidad de derechos laborales.

Los magistrados trasuntan la responsabilidad individual de cada empresa y la proyectan a todo el conjunto, de forma tal que al momento de sentenciar las distingue y les reconoce responsabilidad solidaria, razón por la cual se podría decir que la jurisprudencia reconoce al grupo como empleador, allí donde realmente no existe grupo sino una sola empresa con apariencia de grupo formal

V. CONCLUSIONES.

- Conforme a lo desarrollado *ut supra*, podemos concluir que existe una deficiencia normativa positiva en materia laboral con respecto a la figura del "Grupo Económico", a pesar de los innumerables casos que se vienen presentando, hecho que debería subsanarse lo antes posible, con la finalidad de brindar las herramientas jurídicas a nuestros magistrados en materia laboral.
- Dicha deficiencia ha venido siendo subsanada a través de los años, con la jurisprudencia en casos concretos, estableciendo una serie de indicios que vienen siendo utilizados por los Magistrados laborales, para resolver este tipo de casos.
- Los elementos del Grupo Económico, han sido establecidos a través de la jurisprudencia y la doctrina en materia laboral, por lo que no son absolutas, el magistrado en materia laboral al momento del desarrollo del caso en concreto puede encontrar indicios de otros elementos que pueden conllevar a la determinación de la existencia del Grupo Económico.
- Asimismo constituye un avance de la corriente jurisprudencial en beneficio de la parte trabajadora, quienes podrán realizar los cobros de sus deudas laborales con mayor sustento legal, toda vez que gracias a las sentencias y al pleno jurisdiccional laboral citados en el transcurso del desarrollo del presente, se ha logrado establecer la existencia de responsabilidad solidaria una vez que se haya determinado la figura de grupo económico.



Poder Judicial
del Perú
Corte Superior de Justicia del
Callao



El Presidente de la Corte Superior de Justicia del Callao expresa su cordial saludos a los Sres. Magistrados y Trabajadores al conmemorarse el 56° Aniversario de esta ilustre Corte Superior, reafirmando nuestro compromiso de seguir brindando un servicio de administración de justicia eficiente y eficaz a la ciudadanía.

*Walter Benigno Ríos Montalvo
Presidente*



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

 [cortesuperiordejusticiadelcallao](https://www.facebook.com/cortesuperiordejusticiadelcallao)

 [@cortedelcallao](https://twitter.com/cortedelcallao)

 [CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CALLAO](https://www.youtube.com/c/cortesuperiordejusticiadelcallao)

www.cortesuperiordejusticiadelcallao.com.pe