



# Ad Verbum

Revista de la  
Corte Superior  
de Justicia  
del Callao

## Ad Verbum

DIRECTOR

Dr. Walter Benigno  
Ríos Montalvo

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Víctor Roberto  
Obando blanco  
Dr. Miguel Castañeda Moya  
Dr. David Pajares Narva

DISEÑO  
DIAGRAMACIÓN  
E IMPRESIÓN



sunqucontacto@gmail.com  
979-743-676

## Ad Verbum

AÑO XIII – N° 13  
DICIEMBRE 2017

Depósito Legal:  
2005-5863  
Tiraje:  
500 revistas

## Ad Verbum

es una publicación de la  
Corte Superior de  
Justicia del Callao  
Oficina de Imagen Institucional

INFORMES

Av. Dos de Mayo cdra. 5 s/n  
Callao - Lima - Perú  
Central Telefónica:  
519 – 3000

CORREOS

csjcallao.imageninstitucional@gmail.com  
imagen\_csjcallao@pj.gob.pe

O  
D  
I  
N  
I  
D  
E  
N  
T  
I  
F  
I  
C  
A  
D  
O

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

**El abuso de Derecho y la Buena Fe: Principios Generales del Derecho**  
Roberto Obando Blanco - Juez Superior Titular del Callao.

DERECHO CONSTITUCIONAL

**La aplicación del control difuso de Constitucionalidad de las leyes por la Corte Suprema de Justicia de la República**

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

**Precisiones sobre el alcance del Secreto Bancario y la Reserva Tributaria en el Ordenamiento Jurídico Peruano**

Omar Sar Suárez - Adjunto en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo

**La Motivación De Resoluciones Judiciales**

Fernando Ulises Salinas Valverde - Juez Supernumerario de la Corte Superior de Justicia del Callao.

DERECHO CIVIL

**La Protección de la capacidad a través del Mandato** - Yasna Otárola Espinoza  
Directora de Postgrado y Formación Continua de la Universidad Central de Chile.

**Responsabilidad Civil Extracontractual por daño ocasionado con el bien material de un Contrato de Leasing**

Hugo Garrido Cabrera – Juez Civil Titular de la Corte Superior de Justicia del Callao.

DERECHO PROCESAL CIVIL

**O Direito Processual Civil no Brasil: do Período Colonial ao século XXI-**

Franciane Hasse - Especialista em Direito Processual Civil (ICPG)  
e Especialista em Direito Empresarial e dos Negócios (UNIVALI).

DERECHO DE FAMILIA

**Actuación de la Oficina Defensorial del Callao en materia de Protección de los Derechos de las Mujeres Víctimas de Violencia**

Delcy Yaniri Heredia Silva, Jefa de la Oficina Defensorial del Callao.

DERECHO PENAL

**El Delito de Femicidio y el Acuerdo Plenario I - 2016**

Víctor Jimmy Arbulú Martínez - Juez Superior Titular de la Corte de Lima.

**La Responsabilidad Penal de los Funcionarios y Servidores Públicos**

Dr. Carlos Navas Rondon - Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Federico Villarreal.

**Estudios sobre la Víctima y la Victimología en el Perú – I**

Julio César Matos Quesada - Experto en Criminología y Victimología.

**Las Faltas: Comentario al Título II del Libro III de FALTAS del Código Penal: "Faltas contra la Persona"**

Danny Alvaro Illaonza Morales - Asistente de Vocal Superior de la Segunda Sala Penal Liquidadora Permanente del Callao.

DERECHO PROCESAL PENAL

**Las Bases Filosóficas de la Justicia Reparadora y de la Negociación**

Rubén Pacheco Inclán - Presidente de la Barra Interamericana de Abogados de México

**Eficacia y Garantía en Proceso Inmediato. Un necesario equilibrio para su Constitucionalidad - Víctor Alberto Martín Burgos Mariños**

Presidente de la Sala Penal de Apelaciones de La Libertad.

**Señas de Identidad de la Red De Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRED)** Javier Luis Parra García, Letrado de Justicia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. España.

**El Control de Legalidad como manifestación del Derecho a la Tutela Procesal Efectiva en el Marco del Proceso Penal Inmediato -**

Williams Abel Zavala Mata, Juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria y de Procesos de Tránsito y Seguridad Vial del Callao.

**Microscopía Electrónica de Barrido**

Wilmer Ruiz Carrero - Abogado Criminalista de Venezuela

DERECHO INTERNACIONAL

**El Enfoque de Capacidades como alternativa para medir el Impacto de la Sentencias de la Corte Interamericana en el Perú.** Pedro Junior Calvay Torres

Consultor en Derechos Humanos, Derecho Internacional y Derecho Laboral.

GESTIÓN PÚBLICA

**La Región Policial Callao y su Labor en la comunidad Chalaca**

General PNP Jose A. Figueroa Gonzales, Jefe de la Región Policial del Callao.



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

**Corte Superior de  
Justicia del Callao**

# SUMARIO

## Sumario

### 4.- EDITORIAL

#### TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

- 7.- **EL ABUSO DE DERECHO Y LA BUENA FE:  
PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO**  
*Roberto Obando Blanco - Juez Superior Titular del Callao.*

#### DERECHO CONSTITUCIONAL

- 13.- **LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
*Walter Benigno Rios Montalvo - Presidente de la Corte Superior de Justicia del Callao.*
- 21.- **PRECISIONES SOBRE EL ALCANCE DEL SECRETO BANCARIO Y LA RESERVA TRIBUTARIA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO**  
*Omar Sar Suárez - Adjunto en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo.*
- 25.- **LA MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES**  
*Fernando Ulises Salinas Valverde - Juez Supernumerario de la Corte Superior de Justicia del Callao.*

#### DERECHO CIVIL

- 35.- **LA PROTECCIÓN DE LA CAPACIDAD A TRAVÉS DEL MANDATO**  
*Yasna Otárola Espinoza - Directora de Postgrado y Formación Continua de la Universidad Central de Chile.*
- 39.- **RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑO OCASIONADO CON EL BIEN MATERIA DE UN CONTRATO DE LEASING**  
*Hugo Garrido Cabrera – Juez Civil Titular de la Corte Superior de Justicia del Callao.*

#### DERECHO PROCESAL CIVIL

- 43.- **O DIREITO PROCESSUAL CIVIL NO BRASIL:  
DO PERÍODO COLONIAL AO SÉCULO XXI**  
*Franciane Hasse - Especialista em Direito Processual Civil (ICPG) e Especialista em Direito Empresarial e dos Negócios (UNIVALI).*

#### DERECHO DE FAMILIA

- 51.- **ACTUACIÓN DE LA OFICINA DEFENSORIAL DEL CALLAO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA**  
*Delcy Yaniri Heredia Silva, Jefa de la Oficina Defensorial del Callao.*

#### DERECHO PENAL

- 59.- **EL DELITO DE FEMINICIDIO Y EL ACUERDO PLENARIO I-2016**  
*Víctor Jimmy Arbulú Martínez - Juez Superior Titular de la Corte de Lima.*

# SUMARIO

## Sumario

- 67.- **LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PUBLICOS**  
*Dr. Carlos Navas Rondon - Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Federico Villarreal.*
- 80.- **ESTUDIOS SOBRE LA VÍCTIMA Y LA VICTIMOLOGÍA EN EL PERÚ – I**  
*Julio César Matos Quesada - Experto en Criminología y Victimología.*
- 94.- **LAS FALTAS: Comentario al Título II del Libro III de FALTAS del Código Penal: “Faltas contra la Persona”**  
*Danny Alvaro Illaconza Morales - Asistente de Vocal Superior de la Segunda Sala Penal Liquidadora Permanente del Callao.*

### DERECHO PROCESAL PENAL

- 101.- **LAS BASES FILOSÓFICAS DE LA JUSTICIA REPARADORA Y DE LA NEGOCIACIÓN**  
*Rubén Pacheco Inclán - Presidente de la Barra Interamericana de Abogados de México.*
- 110.- **EFICACIA Y GARANTÍA EN EL PROCESO INMEDIATO. UN NECESARIO EQUILIBRIO PARA SU CONSTITUCIONALIDAD**  
*Víctor Alberto Martín Burgos Mariños - Presidente de la Sala Penal de Apelaciones de La Libertad.*
- 126.- **SEÑAS DE IDENTIDAD DE LA RED DE IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL (IberRED)**  
*Javier Luis Parra García - Letrado de Justicia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. España.*
- 131.- **EL CONTROL DE LEGALIDAD COMO MANIFESTACION DEL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL INMEDIATO**  
*Williams Abel Zavala Mata - Juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria y de Procesos de Tránsito y Seguridad Vial del Callao.*
- 138.- **MICROSCOPIA ELECTRÓNICA DE BARRIDO**  
*Wilmer Ruiz Carrero - Abogado Criminalista De Venezuela*

### DERECHO INTERNACIONAL

- 143.- **EL ENFOQUE DE CAPACIDADES COMO ALTERNATIVA PARA MEDIR EL IMPACTO DE LA SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL PERÚ.**  
*Pedro Junior Calvay Torres - Consultor en Derechos Humanos, Derecho Internacional y Derecho Laboral.*

### GESTIÓN PÚBLICA

- 151.- **LA REGIÓN POLICIAL CALLAO Y SU LABOR EN LA COMUNIDAD CHALACA**  
*General PNP Jose A. Figueroa Gonzáles – Jefe de la Región Policial del Callao*

# EDITORIAL

## EDITORIAL

La Corte Superior de Justicia del Callao, continuando con su actual política de gestión institucional que la compromete a mantener abierto el espacio de debate académico inaugurando en el presente año judicial con la edición N° 13 de su revista institucional, se complace en presentar ante la comunidad jurídica chalaca la decimotercera edición de su revista "Ad Verbum", siendo ésta producto del esfuerzo crítico de nuestros Jueces y trabajadores, y de la colaboración de los juristas nacionales y extranjeros que contribuyeron, por vez primera, en la tercera publicación anual de nuestra revista institucional.

En el presente número, y replicando las dos (2) ediciones pasadas, contamos, como ya se mencionó, con la participación de operadores jurídicos nacionales e internacionales.

Dentro del primer rubro, el lector podrá encontrar ensayos académicos de autoría de distintos actores del Sistema de Justicia y, particularmente, de los Jueces y trabajadores judiciales de nuestra Corte Superior de Justicia del Callao.

Sin ánimo de profundidad, los trabajos nacionales puestos a disposición del leyente versan sobre el abuso del Derecho y el principio general de la buena fe, instituciones jurídicas que atraviesan las reglas del Derecho Público y del Derecho Privado y que, por ende, el llamado a resolver conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas está en el deber de conocerlos; la aplicación del control de constitucionalidad de las leyes en dos (2) resoluciones emitidas por la Corte Suprema; el análisis de derechos fundamentales poco

estudiados como son la reserva tributaria y el secreto bancario, como el estudio de la garantía procesal de motivación de las resoluciones judiciales, materia sobre la cual existen múltiples fuentes doctrinarias y jurisprudenciales de desarrollo; el examen de la responsabilidad civil extracontractual por el daño producido por un bien ajeno objeto de un contrato de leasing; la responsabilidad penal de los funcionarios y servidores públicos, tema de suma trascendencia en nuestro actual panorama nacional de lucha contra la corrupción; el delito de feminicidio a la luz de los recientes pronunciamientos de la más alta instancia nacional; las faltas como institución históricamente relegada en nuestra normativa jurídico penal y, en particular, las faltas hacia la persona y su gris distinción con los delitos contra la vida e integridad; el equilibrio entre los valores de eficacia y garantismo dentro del proceso penal inmediato como medio para la obtención de una resolución obtenida son celeridad procesal, pero sin vulnerar derechos fundamentales de la persona como es el derecho de defensa; así como el control de legalidad ejercido dentro de esta clase de proceso judicial a fin de evaluar su validez; estudios introductorios sobre la victimología y el actual estado de su estudio en el Perú; análisis sobre el impacto de las reparaciones otorgadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del enfoque de capacidades de Martha Nussbaum en los casos peruanos.

Los estudios nacionales presentados a nuestros lectores se complementan con dos (2) escritos presentados por el Jefe de la Región Policial del Callao y la Jefa de la Oficina Defensorial de la misma provincia constitucional, donde ambos detallan las

labores que han venido efectuando sus instituciones en el ámbito de sus respectivas competencias.

Por otro lado, en relación a los trabajos académicos de los especialistas foráneos, la decimotercera edición de nuestra revista institucional comparte el artículo de autoría de la profesora brasilera Franciane Hasse, donde desarrolla la aplicación histórica del derecho procesal en su país, desde la época colonial hasta la actualidad; el interesante ensayo de la profesora chilena Yasna Otárola Espinoza en relación a un problema que ni el derecho chileno ni el derecho peruano han dado solución, como es el relativo a la designación de un representante cuyo poder recién se ejercerá una vez que el poderdante se halle en estado de incapacidad; esto es, la problemática presentada ante la designación de curadores por el propio incapaz durante el periodo previo en que aún puede ejercer válidamente sus derechos y obligaciones; el artículo del jurista mexicano Rubén Pacheco Inclán sobre el estudio de la negociación y su propuesta de delimitación en torno a los principios de imparcialidad, congruencia, neutralidad, voluntariedad, equidad y flexibilidad; la descripción general de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional hecha por el letrado

Javier Luis Parra García, como mecanismo que permite la intercomunicación y facilitación de cooperación judicial internacional entre Estados; el análisis de la microscopía electrónica de barrido y sus virtudes que la llevan a convertirse en una de las mejores técnicas de la Criminalística, de autoría del abogado criminalista venezolano Wilmer Ruiz Carrero.

Para concluir, es menester enfatizar que esta decimotercera edición de nuestra revista institucional constituye la tercera publicación hecha durante un año judicial, hecho que por primera vez ocurre en nuestra Corte Superior de Justicia del Callao debido al esfuerzo y a la desinteresada cooperación de nuestros jueces y trabajadores, y juristas nacionales y extranjeros. Lo anterior representa motivo de satisfacción en tanto esta gestión asume con compromiso la tarea de fomentar un espacio de discusión sobre problemas que aquejan el quehacer diario del operador de justicia chalaco. Asimismo, nos comprometemos a seguir por el camino trazado durante este año judicial que está cerca de llegar a su término.

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





# TEORÍA GENERAL DEL DERECHO





## EL ABUSO DE DERECHO Y LA BUENA FE: PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO(\*)



**Dr. Roberto Obando Blanco**

Abogado y Magíster por la UNMSM. Doctorando por la UNMSM. Profesor de la UNMSM, PUCP, USMP y Academia de la Magistratura. Juez Superior Titular del Callao. Jefe de la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura del Callao (2015-2018). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

### Cuestiones previas

En un artículo previo, titulado “El fraude a la Ley”, contradicciones del derecho <sup>1</sup>, sostuve, siguiendo la doctrina expuesta por los profesores de la Universidad de Alicante, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, que los ilícitos atípicos (abuso de derecho, fraude a la ley, desviación de poder), pueden ser caracterizados como problemas de suprainclusión de las prescripciones normativas, y que el abuso de derecho no implica una antinomia entre reglas del ordenamiento jurídico (“La ley no ampara el abuso de derecho”).

Como vemos, existe una cierta analogía entre el abuso del derecho y el fraude a la ley, en la medida que ambas situaciones se originan en actos que en apariencia son conformes a la ley. Sin embargo, en el fraude a la ley se trata de obtener, de modo indirecto, lo que la ley prohíbe hacer directamente. Spota, citado por Fernández Sessarego, sostiene que en “el fraude a la ley se respeta la letra de la ley, pero se elude su espíritu, recurriendo a actos aparentemente lícitos, pero en sí, o en su combinación, persiguen el resultado prohibido”<sup>2</sup>.

(\*) Publicado en el Diario Oficial El Peruano – Suplemento de Análisis Legal “Jurídica” – 7 de Noviembre de 2017 - Pp. 6 –7

1 Publicado en el Diario Oficial El Peruano – Suplemento de Análisis Legal “Jurídica” – 23 de mayo de 2017 - Pp. 6 –7

2 Spota, Alberto G., Tratado de derecho civil. Parte general, Bs. As., Depalma, 1947; citado por Carlos Fernández Sessarego. Abuso del derecho. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 177 y 178.

Los principios generales del derecho son el conjunto de ideas fundamentales que informan y orientan un ordenamiento jurídico. El profesor Gustavo Ordoqui Castilla, al explicar el abuso de derecho como principio general de derecho en la Teoría General del Derecho, señala lo siguiente: “Los principios generales en el derecho ocupan un lugar esencial, no son sólo normas implícitas o reducidas del derecho positivo sino principios que están antes de estas normas y que les dan fundamento. Los principios generales del derecho son fuente normal y material del derecho, o sea, son un medio a través del cual se expresa el orden jurídico vigente”<sup>3</sup>.

### Caracterización preliminar

El dato histórico del surgimiento de la figura del abuso de derecho, lo encontramos como una creación jurisprudencial (y doctrinal) francesa en la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del siglo XX y generaliza después, con o son expresión legislativa, por los diversos sistemas jurídicos de base continental. Vino a suponer la consagración históricamente de dos rasgos jurídico-culturales que la figura del abuso de derecho estará destinada a corregir: primero, el llamado formalismo legal, la concepción según la cual la ley (el Código) contiene reglas que predeterminaban la solución

3 Ordoqui Castilla, Gustavo. Abuso de derecho. Bogotá (Colombia), 2010, Pontificia Universidad Javeriana 2010, Universidad Católica del Uruguay, Grupo Editorial Ibañez, Segunda edición, p. 77.



de todos los casos posibles, sin que sea jamás necesaria la ponderación de razones por parte del juez; segundo, el absolutismo de los derechos y singularmente del derecho de propiedad<sup>4</sup>.



Señala el maestro sanmarquino Carlos Fernández Sessarego, al abordar la caracterización preliminar, sobre el abuso del derecho como límite genérico impuesto al ejercicio del derecho subjetivo, lo siguiente: “Se trata de evitar que el titular de un derecho subjetivo cometa excesos al actuar sus derechos, o al no usarlos, que agraven intereses ajenos dignos de tutela jurídica, a pesar de la no existencia de una expresa norma que determine tal protección”<sup>5</sup>. En otros términos, se usa de un derecho, ejercitándolo, o no se usa del mismo, omitiendo su ejercicio.

Asimismo, el profesor Gustavo Ordoqui Castilla, señala sobre el concepto de derecho subjetivo, lo siguiente:

“El derecho subjetivo es una facultad que se puede ejercer por la sola decisión de la persona que puede utilizarlo en defensa de sus intereses, en la medida en que el orden jurídico se lo permita, y siempre que se actúe de buena fe y no se dañe injustamente a terceros (...) Aquí entran en juego los derechos subjetivos y los correlativos deberes u obligaciones. El derecho subjetivo aparece como una facultad o prerrogativa que el orden jurídico confiere al titular del derecho para ejercitarlo conforme a lo que él legitima”<sup>6</sup>.

Ahora bien, la relación jurídica es la vinculación entre dos o más situaciones jurídicas. En la

relación jurídica se produce la vinculación o interferencia entre dos o más sujetos de derecho o entre dos o más situaciones jurídicas. Siendo que, dentro del contenido del derecho subjetivo y sus límites encontramos el abuso de derecho y la buena fe. El maestro Fernández Sessarego sostiene lo siguiente:

“El sustento jurídico para no amparar acciones descritas como actos abusivos estaría dado, en el más amplio nivel, por la buena fe, la equidad, la finalidad económico-social de las instituciones jurídicas, por los valores éticos, en general, y por la solidaridad, en especial. La superación de los límites impuestos por tales principios y valores supone que el titular del derecho lo está usando -o no usando- de una manera irregular, anormal, lo que puede significar una amenaza o, de hecho, un perjuicio a un interés ajeno no tutelado por una expresa norma jurídica”<sup>7</sup>.

Sobre el concepto de situación jurídica subjetiva ha sido posible comprender que el fenómeno jurídico conocido como “abuso del derecho” consiste en una conducta que, sustentándose en un derecho subjetivo, se convierte en ilícito atípico al transgredir en su ejercicio, o a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad. No es elemento necesario para la caracterización del abuso del derecho, la intencionalidad y el daño<sup>8</sup>. Así, entendemos que el derecho subjetivo comprende una situación jurídica de ventaja activa, y el legítimo interés comprende una situación jurídica de ventaja inactiva.

Para entender la figura del abuso de derecho es necesario tener claro lo que supone la relatividad de los derechos y lo que implica la tutela del interés legítimo<sup>9</sup>.

En el abuso de derecho se presenta un conflicto entre un derecho subjetivo y un legítimo interés. No solo puede constituir abuso del derecho subjetivo la actuación irregular del mismo, sino también se comprende dentro de dicha figura la omisión de su ejercicio, en el caso de que el titular del derecho, causa daño a otro.

4 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Ilícitos atípicos*. Madrid, Editorial Trotta, 2006, Segunda edición, p. 34.

5 Carlos Fernández Sessarego. *Abuso del derecho*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 22.

6 Ordoqui Castilla, Gustavo. *Abuso de derecho*. Bogotá (Colombia), 2010, Pontificia Universidad Javeriana 2010, Universidad Católica del Uruguay, Grupo Editorial Ibañez, Segunda edición, pp. 7 y 11.

7 Carlos Fernández Sessarego. *Abuso del derecho*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 24.

8 Carlos Fernández Sessarego. *Abuso del derecho*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 179-180.

9 Ordoqui Castilla, Gustavo. *Abuso de derecho*. Bogotá (Colombia), 2010, Pontificia Universidad Javeriana 2010, Universidad Católica del Uruguay, Grupo Editorial Ibañez, Segunda edición, p. 21.

## Concepto

La teoría del abuso del derecho que importa un límite al derecho subjetivo, puede fundarse, en el caso de ausencia de una expresa norma prohibitiva, en una convicción de la doctrina o en una decisión jurisprudencial, basadas ambas, a su vez, en la “conciencia jurídica colectiva”, como afirma el maestro Fernández Sessarego<sup>10</sup>.

En la experiencia jurídica, se advierte que un derecho subjetivo está genéricamente condicionado por el respeto al derecho o interés de “los otros” y al de la sociedad en general. El principio del abuso de derecho surge así como un límite al ejercicio anormal o irregular de un derecho subjetivo de parte de su titular<sup>11</sup>.

El abuso de derecho, según Bejarano Sánchez, citado por Fernández Sessarego, es una conducta “que parece ser congruente con la norma de derecho, un comportamiento que no contradice el enunciado formal de la regla jurídica y que, sin embargo, quebranta y contraría el espíritu y el propósito de los derechos ejercidos de manera que su actualización no es ya una acción válida y legítima sino un acto ilícito”<sup>12</sup>. Esto quiere decir, que, en el abuso de derecho, se presenta una conducta aparentemente legítima pero sustancialmente ilícita, remarca Fernández Sessarego.

En los casos de abuso de derecho, junto al derecho subjetivo aparece el deber de respetar del interés ajeno. Así, no se abusa de lo lícito sino se transgrede un deber de conducta, lo que nos introduce en una forma de ilicitud sui generis<sup>13</sup>.

Por su parte, el profesor Gustavo Ordoqui Castilla señala: “El abuso de derecho es una forma de ilícito que surge del ejercicio de un derecho subjetivo en forma anormal, irregular, irracional, que se distingue del régimen de la responsabilidad extracontractual general en

que aquí se actúa sin derecho, contra derecho, mientras que en el abuso de derecho se actúa con derecho y se termina por transgredir el derecho objetivo”<sup>14</sup>. Agrega el autor, que el abuso de derecho se puede cometer por acción o por omisión, o sea aun sin ejercer un derecho cuando se pudo y debió hacerlo para evitar un daño injusto a terceros<sup>15</sup>.

La posición de la doctrina de Louis Josserand, expresaba: “La noción del abuso del derecho es subjetiva; ella se deduce de los móviles que han determinado al titular de un derecho a ejercerlo, móviles que por hipótesis son contrarios a la finalidad de ese derecho, y por tanto ilegítimos. El abuso de un derecho cualquiera constituye una falta susceptible de hacer responsable a su autor”<sup>16</sup>.



El mismo autor en su obra “Del abuso de los derechos y otros ensayos. Relatividad y abuso de los derechos”, señala: “Pero puede suceder y sucede con frecuencia que un acto sea conforme a determinado derecho y sea, no obstante, ilícito, por ser contrario a la buena fe, a esas reglas que dominan todo el derecho y que constituyen lo que Maurice Hauriou llamaba la superlegalidad. Aun manteniéndonos en la legalidad estricta, podemos violar el derecho”<sup>17</sup>.

10 Carlos Fernández Sessarego. Abuso del derecho. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 22 y 23.

11 Carlos Fernández Sessarego. Abuso del derecho. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 25 y 26.

12 Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones civiles. México, Harla, 1983, p. 277; citado por Carlos Fernández Sessarego. Abuso del derecho. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 23.

13 Ordoqui Castilla, Gustavo. Abuso de derecho. Bogotá (Colombia), 2010, Pontificia Universidad Javeriana 2010, Universidad Católica del Uruguay, Grupo Editorial Ibañez, Segunda edición, p. 93.

14 Ordoqui Castilla, Gustavo. Abuso de derecho. Bogotá (Colombia), 2010, Pontificia Universidad Javeriana 2010,

Universidad Católica del Uruguay, Grupo Editorial Ibañez, Segunda edición, p. 96.

15 Ordoqui Castilla, Gustavo. Abuso de derecho. Bogotá (Colombia), 2010, Pontificia Universidad Javeriana 2010, Universidad Católica del Uruguay, Grupo Editorial Ibañez, Segunda edición, p. 97.

16 Josserand, Louis, 1908; citado por Leonfanti, María Antonia. Abuso de derecho. Buenos Aires, “Librería Jurídica” Valerio Abeledo Editor, 1945, p. 59.

17 Josserand, Louis. Del abuso de los derechos y otros ensayos. Bogotá-Colombia, Editorial Temis S.A., 2009, Segunda edición, Monografías Jurídicas 2, pp. 23 y 24.

## Problemática del abuso del derecho

La problemática del abuso de derecho no está tanto en la interpretación de la dogmática jurídica sino en la debida ponderación de los hechos y circunstancias que determinan, por consenso social, qué es la conducta visible y cuál no, en atención a las circunstancias de tiempo y lugar<sup>18</sup>. La ponderación es el procedimiento más complejo de argumentación (actividad o resultado racional encaminado a un objetivo). Se argumenta cuando hay un problema.



Como hemos señalado no sólo se produce un abuso de derecho cuando se ejercita un derecho subjetivo de modo agravante en relación con un interés ajeno, sino que también cabe referirse a esta figura en el caso de omisión en la actuación de un derecho que, si bien no reportaría daño alguno para el titular, resultaría siendo lesivo para otro u otros sujetos. Así tenemos, que comprende la expresión “ejercicio” de los derechos subjetivos como de la “omisión” en el ejercicio de un derecho.

Enseña el maestro Fernández Sessarego, que la reparación del daño debe efectuarse en tanto es exigida sobre la base de la vigencia de una norma expresa o, en su caso, fundándola en los principios generales del derecho<sup>19</sup>. Desde el punto de vista procesal, es importante resaltar que debe otorgarse al presunto agraviado, tutela preventiva para impedir la comisión de un cierto e inminente acto lesivo.

Explica el profesor Juan Monroy Gálvez, que podemos encontrar al interior de la Tutela diferenciada contemporánea una tutela preventiva y una tutela de urgencia. En la llamada tutela preventiva encontramos como sus finalidades:

18 Ordoqui Castilla, Gustavo. Abuso de derecho. Bogotá (Colombia), 2010, Pontificia Universidad Javeriana 2010, Universidad Católica del Uruguay, Grupo Editorial Ibañez, Segunda edición, p. XXXI.

19 Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones civiles. México, Harla, 1983, p. 277; citado por Carlos Fernández Sessarego. Abuso del derecho. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 23.

a) la tutela para eliminar incertidumbre jurídica mediante un proceso de declaración de mera certeza; y, b) el obtener una sentencia de condena de hacer o no hacer no susceptible de ser satisfecha por reparación patrimonial, es decir, que contenga una pretensión infungible, llamada también tutela inhibitoria, y cuyo fin es impedir la práctica, continuación o repetición de lo ilícito, a través de una decisión insustituible de hacer o no hacer, según sea la conducta comisiva u omisiva<sup>20</sup>.

En sede nacional la tutela inhibitoria, concebida como una forma contemporánea de prevenir lo ilícito, no está regulada. Las normas del Código Procesal Civil referidas a las obligaciones de hacer o de no hacer conservan el esquema clásico de la sustitución reparatoria.

Sin perjuicio de la falta de norma expresa no obsta en absoluto para que se reconozca la vigencia de la tutela inhibitoria, tomando como fundamento el tópico constitucional según el cual lo que no está prohibido está permitido, además en aplicación del artículo III segundo párrafo del Título Preliminar del Código citado, el cual permite que se incorpore a la actividad jurisdiccional aspectos de la jurisprudencia y de la doctrina procesales, cuando la norma procesal nacional presente un vacío, como es el caso de la tutela inhibitoria<sup>21</sup>.

## La buena fe

La buena fe expresa la confianza y esperanza en una actuación correcta de otro.

La buena fe objetiva (comportamiento); la buena fe subjetiva (creencia). Para el profesor Fernando de Trazegnies Granda, el principio de la buena fe es esencial dentro del Derecho moderno: “(...) La buena fe, entendida como la adecuada representación que cada parte realiza de su propio punto de vista frente a la otra, es un principio general del Derecho que no puede

20 Monroy Gálvez, Juan y Monroy Palacios, Juan, “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales”, *En: Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° IV, Estudio Monroy Abogados, Lima, 2001, pp. 155-180; citado por Obando Blanco, Víctor Roberto. Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Base para un modelo. Lima, Ara Editores, 2011, p. 85.

21 Obando Blanco, Víctor Roberto. Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Base para un modelo (Tesis para optar el Grado de Magíster en Derecho por la UNMSM). Lima, Ara Editores, 2011, pp. 85 y 86.

ser eludido en ninguna de las relaciones jurídicas, cualquiera que sea la rama del Derecho o el tipo de relación formada o por formarse”<sup>22</sup>.

El Código Civil peruano reconoce la buena fe “objetiva” que apunta a valores trascendentes e independientes de la voluntad de las partes, esto es, la obligación de los contratantes de tener buena fe recíproca.

Así, el artículo 168° del Código Civil establece que el acto jurídico debe interpretarse de acuerdo al principio de la buena fe. Y el artículo 1362° ordena que los contratos se negocien, celebren y ejecuten según las reglas de la buena fe y de la común intención de las partes. Por tanto, en el derecho peruano la aplicación de la buena fe es una obligación legal.

### El fraude a la ley

Lo propio de la figura del fraude de ley, frente a la del abuso del derecho, se encuentra en que la

22 De Trazegnies Granda, Fernando y otros. “Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina”, tomo III, Grijley, Lima, 2007. “La verdad construida. Algunas reflexiones heterodoxas sobre la Interpretación Legal”, p. 1618.

primera involucra el uso de una regla que confiere poder.

El maestro Carlos Fernández Sessarego, señala lo siguiente:

“El fraude a la ley resulta así un principio general del derecho que informa todo el ordenamiento jurídico y que se encuentra estrechamente vinculado con otros principios generales como la buena fe, las buenas costumbres, el orden público. Se trata, en consecuencia, y al igual que el abuso de derecho, de un deber jurídico a cargo del sujeto de derecho y que consiste en no violar el espíritu de la norma, su sentido jurídico, el propósito para el que fue promulgada más allá de su literalidad. Las normas jurídicas se integran dinámicamente con los valores, en tanto los recogen y plasman al efecto de regular conductas intersubjetivas. El sentido valioso de la norma prima sobre su mera expresión escrita (...)”<sup>23</sup>.

Estima que la distinción entre el acto abusivo y el acto fraudulento opera, fundamentalmente, en la finalidad perseguida por cada uno de dichos actos.

23 Carlos Fernández Sessarego. Abuso del derecho. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 178 y 179.



Maestro de Maestros Carlos Fernández Sessarego, recibe reconocimiento del Jefe de ODECMA Callao, Roberto Obando Blanco.



# DERECHO CONSTITUCIONAL





## LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

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

### INTRODUCCIÓN:

Nuestro sistema de control constitucional de las leyes es diádico. El artículo 202° de la Ley Fundamental sanciona que corresponde al Tribunal Constitucional conocer en única instancia los procesos de inconstitucionalidad instados por los sujetos enumerados en su artículo 203°. A su vez, el artículo 138° de nuestra Constitución Política prevé en su segundo párrafo que en el ejercicio del poder-deber de jurisdicción, en la hipótesis de advertirse en el caso concreto incompatibilidad entre un mandato constitucional y una norma con rango de ley, el Juzgador elegirá la preeminencia de aquella por sobre la norma emanada en el ejercicio de la función legislativa.

Es importante resaltar que la fórmula constitucional que confiere al Juez la atribución de declarar la inaplicación de una norma legal por incompatibilidad con la Constitución, es una que requiere el cumplimiento de ciertos requisitos para su válido ejercicio. Así, una interpretación ad litteram del dispositivo constitucional nos indica que la materialización del control difuso se encuentra subordinada a la existencia de oposición normativa en el caso sometido a su conocimiento.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido delineando los requisitos adicionales que

facultan a los órganos jurisdiccionales a hacer uso de una potestad de intensa relevancia en el Estado Constitucional de Derecho.

En efecto, atrás quedó el ciclo decimonónico que veía en la ley la más alta manifestación de justicia por ser la expresión de la voluntad del pueblo.

Desde mediados del siglo XX ha cobrado importancia la configuración de un Estado donde por encima de la actividad legislativa, pensada como expresión de la voluntad popular, se encuentre la Constitución, instrumento que pasará a vincular a los poderes del Estado a fin de garantizar el respeto a la dignidad del ser humano.

Como consecuencia de la importancia del Estado Constitucional de Derecho, la Ley Fundamental atribuyó a los órganos de justicia constitucional y de justicia ordinaria, el poder-deber de declarar la inconstitucionalidad abstracta de la ley o su inaplicación en una determinada hipótesis por ser lesiva a los valores constitucionales. Observamos, pues, cómo el respeto a la Constitución se ha convertido en un deber para los operadores que aplican el Derecho.

El presente ensayo académico intentará abordar la forma en que el control difuso es ejercido por los órganos de la justicia ordinaria; concretamente,

por la máxima instancia jurisprudencial a raíz de la consulta recaída en el Expediente N° 3873-2014-SAN MARTÍN y de la Casación N° 335-2015-DEL SANTA.

### **El caso objeto de consulta en el expediente N° 3873-2014:**

El señor "X" interpuso demanda de impugnación de paternidad del menor de iniciales A.P.S.T., a efectos de extinguir el vínculo de filiación que lo unía con el infante. El demandante ofreció como medio probatorio el examen de ADN, el cual buscaría enervar la relación biológica que fundamentó el acto jurídico de reconocimiento de hijo extramatrimonial.

Realizado el examen liminar de los requisitos de procedibilidad de la demanda, el Juzgador advirtió que ésta fue interpuesta vencido el plazo de caducidad de nueve (9) meses señalado en el artículo 400° del Código Civil, no obstante, se consideró que la aplicación de este dispositivo normativo al caso concreto lesionaría desproporcionadamente el derecho a la identidad biológica del menor; por ello, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las leyes, el órgano Ad quo inaplicó la norma procesal indicada, admitiendo a trámite la demanda.

Una vez elevado el proceso judicial en consulta, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema aprobó el auto que admitió a trámite la pretensión procesal de impugnación de paternidad. En esencia, la máxima instancia jurisprudencial aprobó la resolución consultada en atención a las siguientes consideraciones:

En autos no se evaluaría ningún conflicto relativo a los derechos de titularidad del actor de la demanda de impugnación de paternidad. Por el contrario, sería objeto de análisis la lesión a los intereses del menor de edad; específicamente, la colisión entre el artículo 400° del Código Civil y el derecho a la identidad biológica del infante.

A partir de este dato, el dispositivo normativo procesal sería objeto del cumplimiento de ciertos requisitos previos para la aplicación válida del control concreto de constitucionalidad de las leyes, tales como: el examen de relevancia para la dilucidación del conflicto, la búsqueda exhaustiva de una interpretación conforme a la Constitución

y, finalmente, solo en el supuesto de, tras haberse agotado todo recurso interpretativo, no hallarse un sentido conforme a la Ley Fundamental, se inaplicaría el artículo 400° del Código Civil.

Examinado el asunto, se determinó que, en abstracto, la finalidad del artículo 400° del Código Civil busca tutelar y consolidar el estado de familia; razón por la cual, independientemente del caso objeto de resolución, el dispositivo procesal sería acorde con la Constitución.

No obstante lo anterior, el Órgano Supremo señaló que en el presente caso, de no admitirse a trámite la demanda por aplicación del artículo 400° del Código Civil, se evidenciaría una probable lesión al derecho a la identidad biológica del menor, situación jurídica que comprendería el derecho del infante a conocer y desarrollarse dentro de su círculo natural.

En función a esta probable lesión a un derecho vinculado con el interés superior del niño, la máxima instancia jurisprudencial aplicó el test de proporcionalidad a fin de solucionar el aparente conflicto presentado entre el derecho a la familia (ex artículo 4° de la Carta Magna) y el derecho a la identidad biológica del infante (ex artículos 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño).



Aplicado el examen de idoneidad al artículo 400° del Código Civil, se determinó que esta norma no cumple la finalidad para la cual fue concebida; esto es, para proteger a la familia; por el contrario, el establecimiento de un plazo de caducidad impediría el derecho del menor a conocer y desenvolverse en el ambiente familiar sustentado por vínculos biológicos.

En otras palabras, el aparente conflicto entre el derecho a la familia y el derecho a la identidad biológica causado por el artículo 400° del Código

Civil, se traduce, en el caso concreto, en la lesión simultánea a ambos intereses.

### **Análisis de la Aplicación del Control Concreto de Constitucionalidad de las Leyes en el caso materia de comentario:**

En la STC Exp. N° 02132-2008-PA/TC, el máximo intérprete de la Constitución explicitó de manera detallada el procedimiento a seguir a fin de ejercer válidamente el control difuso de constitucionalidad de las leyes. Así, se señalaron los siguientes elementos integrantes del control concreto de constitucionalidad: verificación de la existencia de una norma autoaplicativa o que el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (i); relevancia del control de la ley respecto de la solución del caso, entendiendo por esta última expresión incluso a las pretensiones accesorias o que se promuevan en vía incidental (ii); identificación de un perjuicio ocasionado por la ley, este tercer punto es de mucha importancia porque en virtud a él el órgano jurisdiccional inaplicaría una norma jurídica considerada contraria a la Ley Fundamental en el caso concreto (iii); verificación de la inexistencia de pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional respecto a la constitucionalidad de la ley objeto de control, este requisito se justifica en tanto si bien es cierto la Carta Magna encomendó a los órganos de justicia constitucional y ordinaria su cautela, no menos cierto es que aquél, representado por el Tribunal Constitucional, ostenta una posición de preeminencia al habersele asignado una tarea de custodia especializada de los principios y valores constitucionales (iv); búsqueda de otro sentido interpretativo que pueda salvar la disposición acusada de inconstitucionalidad, esto por cuanto la inaplicación de una norma con rango de ley implica separarse de un dictado emitido por la expresión de la voluntad general representada en el Congreso; en tal sentido, y a raíz de esta importante consecuencia, el uso del control difuso de constitucionalidad de las leyes debe ser ejercido como última ratio (v); verificación de que la norma a inaplicarse resulta evidentemente incompatible con la Constitución y declaración de inaplicación de ésta al caso concreto, a través de este sexto y último requisito, el Juzgador tiene la obligación de verificar si la norma legal cuestionada es incompatible con la Ley Fundamental; para ello, será necesario identificar el valor constitucional que se busca tutelar, así como si el dispositivo

normativo se le opone manifiestamente; el test de proporcionalidad es de fundamental importancia para superar este último eslabón (vi).

In primis, a efectos de dilucidar si la aplicación del control difuso de constitucionalidad de las leyes, fue válidamente ejercido por el Tribunal Supremo, es pertinente preguntarnos si el artículo 400° del Código Civil era el dispositivo normativo a aplicarse para la abstracta admisión de la demanda.

Particularmente, salvo mejor parecer y respetando la posición de la más alta instancia nacional, consideramos que antes de aplicar el control difuso de constitucionalidad del artículo 400° del Código Civil, resultaba imperativo interpretar los alcances de esta norma jurídica; para ello, necesario era recurrir a lo señalado por la doctrina nacional; asimismo, advertir la interpretación legislativa dada por los artífices del Libro III del Código Civil; y, finalmente, atribuirle significado en función a las disposiciones contenidas en los artículos 395° y 399° del indicado cuerpo normativo.

Si, por el contrario, luego del ejercicio interpretativo sobre los alcances normativos del artículo 400° del Código Civil, arribásemos a su inaplicación, el control difuso de constitucionalidad de las leyes no sería, en este caso, justificado pues la supuesta inconstitucionalidad pregonada no guardaría ninguna relación con la resolución del conflicto.

Vistas así las cosas, tenemos que la doctrina nacional ha opinado que la negación del reconocimiento de la paternidad podría efectuarse mediante dos (2) vías: ora la revocación del reconocimiento, ora la impugnación de éste<sup>1</sup>. La revocación es definida como aquella declaración de voluntad a través de la cual el revocante suprime los efectos jurídicos provocados a raíz de un acto declarativo previo y realizado por él mismo. La revocación se encuentra expresamente prevista en el artículo 149° del Código Civil, a propósito de la representación. El reconocimiento de un hijo extramatrimonial constituye un acto jurídico en sentido estricto de carácter irrevocable, por así disponerlo el artículo 395° del Código Civil.

La diferencia entre revocación e impugnación se basa en que en la primera hipótesis no se producen actuaciones probatorias tendientes

<sup>1</sup> *Conformes: CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 10° edición. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, pp. 467 y ss.; y, AGUILAR LLANOS, Benjamín. La Familia en el Código Civil Peruano. Segunda reimpresión de la 1° edición. Ediciones Legales, Lima, 2010, p. 272 y ss.*



a la acreditación de la falsedad de la relación biológica entre presunto progenitor y menor; por el contrario, en la segunda hipótesis sí existe “debate y prueba” en referencia a aquél extremo<sup>2</sup>. De acuerdo al artículo 399° del Código Civil, la acción de impugnación de paternidad puede ser ejercida por los padres que no intervinieron en el acto jurídico en sentido estricto de reconocimiento de paternidad; asimismo, el mencionado artículo procesal otorga legitimidad para obrar activa al reconocido o a sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo sin perjuicio de lo señalado por el artículo 395° de aquel cuerpo normativo.

Interpretando los alcances de este dispositivo normativo, se ha dicho: Se comprueba en la legislación comprada la existencia de dos criterios distintos para determinar a quiénes corresponde la acción impugnatoria: a) El de utilizar una fórmula genérica, según la cual corresponde esa acción a todos quienes tenga interés legítimo (económico o moral), dejando al arbitrio judicial determinar si el actor, quienquiera que él sea, tiene o no interés legítimo; y b) El de enumerar las personas a quienes se franquea la acción.

Las legislaciones que adoptan este último criterio suelen otorgar la acción al mismo padre reconociente (la procedencia de cuyo derecho ya se ha cuestionado anteriormente), al padre incapaz en cuyo nombre practicó el abuelo el reconocimiento, al otro padre (que es, probablemente, quien mejor puede saber si el reconociente engendró o no al hijo de que se trata), al verdadero padre o madre (quien no sólo puede impugnar el falso reconocimiento de quien pretende sustituirlo, sino rechazar el reconocimiento si él ya lo hubiera practicado con anterioridad), al propio hijo reconocido y a sus descendientes (si el hijo ya ha muerto o es incapaz), y a la mujer que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien ha dado su nombre o permitido que lo lleve, que públicamente lo ha presentado como su hijo y que ha provisto a su educación y subsistencia. Alguna ley otorga a la autoridad pública, dentro de ciertas circunstancias, la facultad de impugnar el reconocimiento, cuando se demuestra que el hijo no pudo ser procreado por el padre que lo reconoció.

El Código nacional consigna al respecto una fórmula según la cual el reconocimiento puede ser negado por el padre o la madre que no

ha intervenido en él; por el propio hijo, o sus descendientes si hubiera muerto; y por quienes tengan interés legítimo sin perjuicio de la irrevocabilidad que establece el artículo 395; fórmula que prácticamente cubre la totalidad de los casos detallados en el acápite anterior, excepto el del propio padre reconociente, el de la mujer que cuidó la lactancia de un niño y el de la autoridad pública<sup>3</sup>.

Esta posición es compartida por otro formante doctrinario nacional en los siguientes términos: Conviene reflexionar si cabe al padre que reconoció, impugnar el reconocimiento, ya que tiene legítimo interés. Obsérvese que no nos referimos a la revocación, que como sabemos le está prohibida. Sobre el particular, creemos que no le asiste este derecho, pues aun cuando vale de interés, sería una forma indirecta de llegar a los efectos de la revocación, vía la impugnación. Ahora bien, algunos afirman que regular el tema en los términos señalados es negarle al reconociente su derecho a contestar la paternidad, sin embargo la misma ley posibilita que los familiares de aquel que reconoció puedan accionar en vista de tener legítimo interés económico o moral. Por otro lado, no debe descartarse la posibilidad igualmente de accionar vía la acción de nulidad por fraude, si fuera el caso de que el reconociente hubiera sido sorprendido en su buena fe, engañado, para que efectúe el reconocimiento. En este caso serán las normas del acto jurídico las que fundamenten la acción y sólo en este caso creemos que sí le estaría permitido accionar<sup>4</sup>.

En el caso concreto resuelto por el Supremo Tribunal, el sujeto impugnante de la relación de filiación fue el reconociente. Ergo, el artículo 400° del Código Civil resultaba inaplicable por no comprenderlo dentro de los legitimados para obrar sujetos al plazo de caducidad de noventa (90) días. En consecuencia, el control difuso de constitucionalidad de las leyes no debió de ser ejercido a fin de la inaplicación de un dispositivo normativo que no guardaba relación con la admisión de la demanda de impugnación de paternidad.

Negar al reconociente la posibilidad de negar el vínculo de filiación que lo une con el menor reconocido, a través de los mecanismos de revocación e impugnación, no significa que

2 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. Cit., pp. 467-468.

3 CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. Cit., pp. 469-470.

4 AGUILAR LLANOS, Benjamín. Ob. Cit., pp. 272-273.

no esté facultado para cuestionar la relación jurídica a través de otros mecanismos que prevé el ordenamiento jurídico, pues lo contrario implicaría una grave lesión al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En ese sentido, al no existir una normativa especial que regule la pretensión impugnativa del reconociente, las disposiciones generales sobre vicios de la voluntad son de aplicación para dilucidar la admisión de la demanda.

En tal orden de ideas, al ser la pretensión de anulabilidad por error en la celebración del acto jurídico, objeto de prescripción y no de caducidad, el Juzgador debió admitir a trámite la demanda al no ser declarable de oficio la extinción de la pretensión procesal. Aunado a ello, en la eventualidad de que la parte demandada se defienda formalmente con la excepción procesal de prescripción de la pretensión, el órgano jurisdiccional hubiese podido declarar infundada esta cuestión incidental, pues el numeral 4) del artículo 1994° del Código Civil suspende la prescripción entre padres y menores; esto es, entre aquellas personas vinculadas por un vínculo jurídico de filiación.



### **El Caso Objeto de Pronunciamiento en la Casación N° 335-2015-Del Santa:**

“X” fue condenado en primera y segunda instancia por la comisión del delito de violación sexual de una menor de edad de trece (13) años.

En primera instancia, el Juzgado Colegiado le impuso treinta (30) años de pena privativa de la libertad en atención a que el tipo penal previsto en el numeral 2) del artículo 173° del Código Penal sanciona aquella conducta ilícita con un margen abstracto de treinta (30) y treintaicinco (35) años de prisión efectiva. Asimismo, a efectos de individualizar la pena, el Ad quo aplicó la prohibición de responsabilidad penal restringida

prevista en el segundo párrafo del artículo 22° del mismo cuerpo normativo.

En segundo grado, el Ad quem determinó la consumación del delito de violación sexual de menor de edad, no obstante, inaplicó el mínimo y el máximo de pena prevista en el inciso 2) del artículo 173° del Código Penal; asimismo, inaplicó la prohibición de responsabilidad penal restringida regulada en el segundo párrafo del artículo 22° del mismo cuerpo normativo. En tal sentido, reformulando la sanción penal, el órgano superior condenó al procesado a cinco (5) años de prisión efectiva.

La representante del Ministerio Público interpuso recurso extraordinario de casación argumentando que el Ad quem no aplicó el mínimo y máximo de pena conminada para el delito de violación sexual de menor de edad, ni la prohibición de responsabilidad penal restringida.

En casación, el Supremo Tribunal confirmó el fallo contenido en la sentencia de vista; sin embargo, discrepó de un extremo de la motivación expuesta en la resolución de segunda instancia. Concretamente, la Corte de Casación no consideró válido el argumento de recurrir, a efectos de graduar la pena privativa de la libertad, a la aplicación analógica de la consecuencia jurídica prevista para el delito de homicidio, pues de lo contrario se vulneraría la garantía de proscripción de aplicación analógica de la ley penal, aunado a la transgresión del principio de legalidad penal en su manifestación de que ninguna persona podrá ser sancionada con pena no prevista en la ley por la comisión de un ilícito sí tipificado.

La motivación contenida en la sentencia casatoria sepuederesumirenlassiguientesconsideraciones: Después del ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de los medios probatorios por parte de los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia, se determinó que “X” y la menor de edad mantuvieron relaciones sexuales sin violencia y con el asentimiento de la adolescente (i); asimismo, que la afectación psicológica causada a la menor era de “entidad no relevante” (ii); y, que la diferencia de edades entre la menor y el autor del ilícito penal era cercana, pues éste tenía diecinueve (19) años y la menor, trece (13) (iii).

Una vez delimitados los hechos, el Supremo Tribunal consideró que aplicar una sanción penal de treinta (30) años de pena privativa de

la libertad ocasionaría una seria lesión a los principios de proporcionalidad de la pena y de resocialización del reo. En tal sentido, aplica el test de proporcionalidad a efectos de determinar si el medio prisión efectiva de treinta (30) años es idóneo y necesario para la protección del bien jurídico indemnidad sexual; asimismo, evaluar si el grado de realización del bien jurídico indemnidad sexual es proporcional al grado de afectación de la libertad personal.

La Corte de Casación concluye que la sanción de treinta (30) años es desproporcionada. Así, afirma la Corte, si bien es cierto que el medio treinta (30) años de prisión efectiva es idóneo para la protección del bien jurídico indemnidad sexual, aquél no es necesario para el logro de su propósito, pues “existen otras medidas alternativas, igualmente eficaces, de penas menores de privación de la libertad que pueden permitir alcanzar el mismo objetivo”; a su vez, “no se ha acreditado que la pena de 30 a 35 años de cárcel (...) sea una pena necesaria e indispensable para alcanzar el objetivo de proteger el bien jurídico “indemnidad sexual”, tanto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad de base constitucional (...) como de su fundamento convencional (...)”. Esta argumentación se ve complementada por una contradicción en el sistema jurídico penal, pues el legislador prevé una pena menor para el delito de homicidio simple a efectos de tutelar el bien jurídico vida; es decir, “para proteger bienes jurídicos de menor rango que la vida humana, no se explica cómo es que se requiere de una pena mayor” (c.fr. el considerando vigésimo tercero). Finalmente, complementado el test de proporcionalidad, y a pesar de que la medida no resulta ser necesaria para el cumplimiento de su finalidad, la Corte Suprema pondera el grado de realización y de afectación de los bienes jurídicos en conflicto; así, determinar que la lesión en la indemnidad sexual es grave; mientras que la efectivización de la indemnidad sexual es de grado medio; en efecto, “las penas elevadas y sumamente drásticas para los casos de acceso carnal con menores de 13 años, que no han prestado su consentimiento, no han evitado el incremento de estos hechos delictivos, y no registran eficacia compatible con los fines de la pena en un Estado democrático, como es la prevención general negativa; sobre todo cuanto hay otras medidas menos perjudiciales o gravosas (penas menos graves) que podrían

lograr los objetivos constitucionales que persigue la ley (...)” (c.fr. el considerando vigésimo séptimo).

El Supremo Tribunal consideró que la inaplicación de la prohibición de responsabilidad penal restringida se encontraba justificada por dos razones: en primer lugar, porque el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal no superaba el subprincipio de idoneidad al no ser “útil y conducente a la finalidad perseguida de prevenir delitos mediante la protección de bienes jurídicos”, por cuanto “la experiencia judicial consolidada da cuenta que, aún (sic) cuando se hayan incorporado normas sustantivas o procesales que engloben restricciones en cuanto a la aplicación de ciertos beneficios (...), no siempre se ha logrado persuadir a los agentes delictivos de perpetrar nuevos delitos sexuales” (c.fr. el considerando trigésimo noveno); en segundo lugar, aplicar al caso concreto la prohibición de responsabilidad penal restringida va en contra del principio-derecho de igualdad; ergo, la Corte de Casación aplica el control difuso de constitucionalidad de las leyes a efectos de inaplicar el segundo la disposición normativa cuestionada del artículo 22° del Código Penal.

A fin de no incurrir en un supuesto de impunidad penal por inaplicación de la pena legalmente prevista para el ilícito penal cometido, el Supremo Tribunal, apartándose de la aplicación analógica de la consecuencia penal prevista en el artículo 106° del Código Penal que hizo el órgano Ad quem, recurre al artículo 29° del Código Penal para graduar el quantum de la poena. En tal línea argumentativa, criterios como la ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual, proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años, afectación psicológica mínima de la víctima y diferencia etárea entre el sujeto activo y pasivo, son elementos a tenerse en consideración al momento de individualizar la sanción punitiva; así, con cinco (5) años de prisión efectiva “puede lograrse satisfacer la protección de la indemnidad sexual de la agraviada” (c.fr. el considerando cuadragésimo sexto).

La sentencia casatoria es muy interesante por cuanto inaplica tanto la sanción jurídica prevista en el numeral 2) del artículo 173° del Código Penal, como la disposición normativa regulada en el segundo párrafo de su artículo 22°. Para efectos de la inaplicación, en el primer supuesto

utiliza el test de proporcionalidad; en el segundo supuesto, el control difuso de constitucionalidad de las leyes.

Nosotros concordamos con el sentido del fallo y con gran parte de su carga argumentativa, no obstante, mantenemos nuestra distancia con relación a ciertos puntos de él; así, sostener que el derecho a la vida es un bien jurídico de mayor rango que la indemnidad sexual, no parece ser un planteamiento acorde con las directrices de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. El test de proporcionalidad se da precisamente porque no existen derechos superiores o inferiores a comparación de otros, el conflicto entre derechos en un caso concreto es una hipótesis inevitable que debe ser solucionada a través de técnicas que permitan la coherencia del sistema<sup>5</sup>.

Asimismo, cuestionar el quantum de la medida treinta (30) años de pena privativa de la libertad a través del subprincipio de necesidad, no constituye un argumento sugestivo. En tal sentido, ¿acaso puede inaplicarse la máxima sanción prevista para el delito de sicariato bajo el discurso de que en la actualidad no ha quedado demostrado que la tasa de homicidios por encargo haya disminuido? Es sumamente discutible dejar de aplicar una sanción penal bajo un argumento abstracto, que no cita siquiera índices de producción delictiva dentro de un marco temporal que analice la evolución estadística para esta clase de delitos y, obviamente, para los de violación sexual. Lo saludable hubiese sido aplicar el test de proporcionalidad sobre la misma medida, pero esta vez teniendo como puntos de equilibrio constitucional, por una parte, al principio de legalidad de la sanción penal o, en todo caso, al bien jurídico indemnidad sexual, y, por otro lado, los principios de proporcionalidad de la pena (que no es otra cosa más que la manifestación del principio de proporcionalidad entre la sanción jurídica y el injusto), de resocialización de la poena y de la humanización de la misma. De este modo, a nuestro criterio, la medida “aprobaría” los subprincipios de idoneidad y necesidad, mas no el subprincipio de ponderación, por cuanto en el caso concreto la medida implica una desproporcionada afectación a la libertad personal a comparación de la tutela del bien jurídico indemnidad sexual de la menor. Nos explicamos, la excesiva restricción

a la libertad personal en el supuesto resuelto por la Corte de Casación, no se condice con las circunstancias que rodearon el ilícito; así, bastaba con la remisión a los criterios de ausencia de violencia, cercanía de la menor a la edad mínima de ejercicio de la libertad sexual e irrelevancia del daño por la práctica del acto sexual, para convertir a la sanción legalmente mínima en una medida demasiado desproporcionada y arbitrariamente lesiva a la libertad personal. De esta manera, concordamos, pues, con lo afirmado por el Tribunal Supremo, en el sentido de que no resulta razonable imponer una pena de treinta (30) años a un sujeto que si hubiese cometido el mismo hecho un año después habría sido absuelto por atipicidad de su conducta.

Finalmente, creemos, salvo mejor parecer, que la aplicación del test de proporcionalidad a la proscripción de responsabilidad penal restringida, no resulta ser un recurso oportuno para el válido uso del control difuso. Si se quiere inaplicar una disposición normativa por ser lesiva al derecho a la igualdad, debería practicarse el test de igualdad compuesto por sus propios pasos tales como verificación de la diferencia normativa, determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad y verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación. Bajo este escenario, se advierte que la diferenciación normativa que prohíbe el recurso a la responsabilidad penal restringida, es inconstitucional porque no contiene fundamentación válida que justifique esta restricción; en efecto, la Ley N° 27024 que modificó el primigenio artículo 22° del Código Penal, norma que preveía la responsabilidad penal restringida para toda clase de delitos, no cuenta con una exposición de motivos que manifieste las razones por las cuales el potencial violador de dieciocho (18) a veintiún (21) años de edad tiene una capacidad de culpabilidad distinta que el extorsionador u hombre violento del mismo rango de edad.



5 Conforme: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. 2° edición. Ara Editores, Lima, 2015, pp. 92 y ss.

## CONCLUSIONES:

La aplicación del control difuso de constitucionalidad de las leyes exige, para su válido uso, que la presunta norma jurídica inconstitucional sea aplicable al caso concreto.

En la Consulta N° 3873-2014, la utilización del control difuso de constitucionalidad de las leyes se encontraba injustificada pues el artículo 400° del Código Civil no era la norma aplicable para la resolución del incidente (admisión de la demanda). El artículo 400° del Código Civil era una norma inaplicable porque limita la legitimidad para obrar activa en los procesos de impugnación de paternidad, a quienes cuentan con interés económico o moral para cuestionar la relación de filiación, excluyendo, por interpretación sistemática con el artículo 395° del mismo cuerpo normativo, al reconociente.

El reconociente tiene habilitada la vía de la invalidez del acto jurídico de reconocimiento de paternidad. El error en el acto declarativo debió fundamentar la interposición de la demanda.

Si bien es cierto el plazo de dos (2) años hubiese podido fundamentar la excepción procesal de prescripción de la pretensión, aquél resultaba inaplicable para el supuesto de pretensiones entre padres e hijos; esto es, entre sujetos unidos por vínculo filiatorio.

La Casación N° 335-2015 ofrece una rica gama de criterios que permiten apartarse del brocardo *dura lex, sed lex*; así, parámetros como la insignificancia del daño, cercanía del sujeto pasivo a la edad que le permita disponer válidamente de

su libertad sexual, cercanía de edades entre sujeto activo y sujeto pasivo; permiten inaplicar una gravísima limitación a la libertad personal que en el caso concreto no se condice con los principios de proporcionalidad de la pena, humanidad y resocialización de ésta.

No obstante estar de acuerdo con los criterios expuestos por la sentencia casatoria, nos apartamos de la forma cómo se aplicó el test de proporcionalidad, pues no es sugestivo el argumento de ausencia de necesidad por falta de estudios criminológicos en torno a la disminución de la incidencia delictiva; así, bajo tal premisa, delitos como el robo podrían ser objeto de una disminución injustificado para la observancia de la vigencia de la norma jurídico penal.

En tal sentido, consideramos que el test de ponderación hubiese permitido inaplicar la medida (treinta (30) años de pena privativa de la libertad) que en el caso concreto no hallaba justificación para su imposición.

Si bien es cierto la restricción de responsabilidad penal restringida no se encuentra justificada por el legislador penal, su inaplicación no debió hacer a través del test de proporcionalidad, sino del test de igualdad compuesto por sus propios pasos.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La Familia en el Código Civil Peruano. Segunda reimpresión de la 1° edición. Ediciones Legales, Lima, 2010.*

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo. 2° edición. Ara Editores, Lima, 2015.*

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano. 10° edición. Gaceta Jurídica, Lima, 1999.*





# PRECISIONES SOBRE EL ALCANCE DEL SECRETO BANCARIO Y LA RESERVA TRIBUTARIA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO



Dr. Omar Sar Suárez (1\*)

1.- El secreto bancario y la reserva tributaria como manifestaciones del derecho a la intimidad en el ámbito de la vida económica

El derecho a la intimidad es un atributo de la personalidad que se encuentra previsto en el artículo 2.7 de nuestra Constitución Política. Su ejercicio protege al sujeto de cualquier intervención arbitraria en su ámbito estrictamente personal.

La defensa del fuero íntimo de las personas puede concretarse también en aspectos de carácter económico a través del secreto bancario y la reserva tributaria con la finalidad de preservar aquella información que, por su naturaleza, se encuentre vinculada con operaciones de índole financiera o que se relacione con las obligaciones de carácter fiscal.

Sobre el particular nuestra Constitución expresa lo siguiente:

---

1 <sup>□</sup> **Doctor y Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente del Centro de Estudios de Derecho Constitucional y Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de San Martín de Porres. Adjunto en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo.**

*«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:  
5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública ....*

*El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.»*

Como se puede apreciar, la Constitución reconoce que tanto el secreto bancario como la reserva tributaria constituyen límites explícitos al derecho de acceso de la información de naturaleza pública.

Incluso les brinda una protección reforzada por cuanto solo determinadas autoridades tendrán acceso a dicha información y siempre que sirva para esclarecer una investigación en curso.

En esa medida, cuando se hace referencia al secreto bancario se apunta a:

*«[...] proteger la confidencialidad de las operaciones bancarias que cualquier persona individual o persona jurídica de derecho privado pudieran realizar con algún ente público o privado, perteneciente al sistema bancario o financiero. Siendo así, la efectividad de este derecho impone*

obligaciones de diversa índole a quienes tienen acceso a ese tipo de información: (i) de un lado, a los entes financieros y bancarios, con quienes los particulares, en una relación de confianza, establecen determinada clase de negocios jurídicos, y, de otro, (i) a la Superintendencia de Banca y Seguros, que, como organismo supervisor del servicio público en referencia, tiene acceso a determinada información, a la que, de otro modo, no podría acceder.<sup>2</sup>

Por su parte, la reserva tributaria es un derecho que protege determinada información fiscal de los contribuyentes, por lo que en efecto:

«[...] constituye un límite a la utilización de los datos e informaciones por parte de la Administración Tributaria, y garantiza que en dicho ámbito, esos datos e informaciones de los contribuyentes, relativos a la situación económica y fiscal, sean conservadas en reserva y confidencialidad, no brindándosele otro uso que el que no sea para el cumplimiento estricto de sus fines [...]»<sup>3</sup>

Sin perjuicio de lo dicho corresponde advertir que tanto el secreto bancario como la reserva tributaria pueden estar sujetos a determinadas restricciones. El Tribunal Constitucional ha sostenido que si bien el secreto bancario es una manifestación de la vida privada, no está comprendida dentro del contenido esencial del derecho a la intimidad, por lo que puede ser objeto de restricciones:

«En criterio de este Colegiado existen, cuando menos, tres motivos que permiten sostener que el secreto bancario, en tanto se refiere al ámbito de privacidad económica del individuo, no forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad personal: a) la referencia al contenido esencial del derecho a la intimidad personal, reconocido por el artículo 2°7 de la Constitución, hace alusión a aquel ámbito protegido del derecho cuya develación pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica en el individuo, lo que

difícilmente puede predicarse en torno al componente económico del derecho; b) incluir la privacidad económica en el contenido esencial del derecho a la intimidad, implicaría la imposición de obstáculos irrazonables en la persecución de los delitos económicos; c) el propio constituyente, al regular el derecho al secreto bancario en un apartado específico de la Constitución (segundo párrafo del artículo 2°5), ha reconocido expresamente la posibilidad de limitar el derecho»<sup>4</sup>.

Cabe concluir entonces que el derecho garantiza un ámbito de reserva para determinada información económica que solo puede ser brindada cuando exista:

1. Autorización del titular de la información;
2. Solicitud del Superintendente de banca, seguros y AFP en el ejercicio de sus funciones de supervisión;
3. Orden judicial;
4. Pedido del Fiscal de la Nación;
5. Requerimiento de una comisión investigadora del Congreso; o
6. Solicitud de Sunat respecto de información necesaria para el cumplimiento de lo acordado en tratados internacionales o Decisiones de la Comisión de la CAN.

Sin embargo corresponde advertir que no todas las operaciones financieras se encuentran cubiertas por el secreto bancario ni toda la información relacionada con la materia impositiva se encuentra resguardada bajo la reserva tributaria.

## 2.- Ámbito de protección del secreto bancario

Corresponde comenzar advirtiendo que las operaciones bancarias pueden ser de tres tipos:

1. Operaciones pasivas: es decir aquellas en las que los Bancos captan dinero del público. Dentro de esta categoría corresponde incluir los saldos y también el nombre de los titulares de depósitos, cuentas de ahorro o corrientes;
2. Operaciones activas: es decir las colocaciones que los bancos realizan en el mercado como créditos o descubiertos de

<sup>2</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 00009-2014-PI/TC, del 04 de marzo de 2016, fundamento 13.

<sup>3</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 0009-2001-AI/TC, del 21 de enero de 2002, fundamento 11.

<sup>4</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 0004-2004-AI/TC, del 21 de setiembre de 2004, fundamento 37.

*cuenta corriente entre otras; y*

*3. Operaciones neutras: es decir aquellas en las que el Banco no es deudor ni acreedor sino mero intermediario como sucede en el caso de los giros, las garantías o el arrendamiento de cajas de seguridad.*

La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros – Ley N° 26702 establece que toda información proveniente de las actividades de captación a cargo de las entidades financieras forman parte del secreto bancario.

Es decir que solo las operaciones pasivas están, en principio, protegidas por esta garantía. Al respecto el artículo 140 de dicha norma establece que:

*«Está prohibido a las empresas del sistema financiero, así como a sus directores y trabajadores, suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos consignados en los Artículos 142, 143 y 143-A.»*

Ahora bien, como surge de la disposición glosada, ni siquiera todas las operaciones pasivas se encuentran cubiertas por el secreto bancario. Efectivamente, las instituciones financieras pueden brindar información global<sup>5</sup> cuando:

1. Sea proporcionada por la Superintendencia al Banco Central y a las empresas del sistema financiero para usos estadísticos o de formulación de la política monetaria y su seguimiento;
2. Se suministre a bancos e instituciones financieras del exterior con los que se mantenga corresponsalía o que estén interesados en establecer una relación de esa naturaleza;
3. La soliciten las sociedades de auditoría o firmas especializadas en la clasificación de riesgo;
4. Lo requieran personas interesadas en la adquisición de no menos del treinta por ciento (30%) del capital accionario de la empresa;

<sup>5</sup> Debe entenderse que se trata de información en la que no se asocia montos concretos con personas determinadas.

Incluso la Ley establece que no existe vulneración del secreto bancario cuando se divulgue información sobre las sumas recibidas de los distintos clientes para fines de liquidación de la empresa.

Las operaciones activas, es decir las colocaciones que los bancos realizan, o, visto desde otra perspectiva, las deudas que los particulares mantienen con las instituciones financieras, se encuentran registradas en centrales privadas de información de riesgo<sup>6</sup> que almacenan datos accesibles para el público.

Por último, solo se encuentran cubiertas por el secreto bancario aquellas operaciones neutras cuya divulgación pudiera revelar operaciones pasivas protegidas.

En resumen, solo algunas operaciones pasivas se encuentran cubiertas por el secreto bancario delimitando de este modo el ámbito protegido del derecho reconocido en la Constitución, sin perjuicio de lo ya dicho respecto de la posibilidad de levantamiento en caso de investigaciones fiscales, judiciales o de comisiones investigadoras del Congreso.

### 3. Ámbito de protección de la reserva tributaria

Tal como sucede con el secreto bancario, en el caso de la reserva tributaria tampoco se cubre la totalidad de los datos que manejen los órganos administrativos respectivos.

El Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado mediante Decreto Supremo N° 133-2013-EF, regula la reserva tributaria de la siguiente forma:

*«Artículo 85.- Tendrá carácter de información reservada, y únicamente podrá ser utilizada por la Administración Tributaria, para sus fines propios, la cuantía y la fuente de las rentas, los gastos, la base imponible o, cualesquiera otros datos relativos a ellos, cuando estén contenidos en las declaraciones e informaciones que obtenga por cualquier medio de los contribuyentes, responsables o terceros,*

<sup>6</sup> El artículo 10 de la Ley 27489 regula las operaciones activas excluidas admitiéndose la publicidad de todas las demás.



*así como la tramitación de las denuncias a que se refiere el Artículo 192.»*

Corresponde advertir que la administración tributaria no puede brindar determinados datos pero puede, por supuesto, manejarlos a fin de verificar el adecuado cumplimiento de las obligaciones legales por parte de los contribuyentes.

El precitado artículo también estipula ciertas excepciones a la reserva de la información tributaria, entre las cuales podemos mencionar:

*Los expedientes de procedimientos tributarios respecto de los cuales hubiera recaído resolución que ha quedado consentida, siempre que sea con fines de investigación o estudio académico y sea autorizado por la Administración Tributaria.*

*La publicación que realice la Administración Tributaria de los datos estadísticos, siempre que por su carácter global no permita la individualización de declaraciones, informaciones, cuentas o personas.*

*La información de los terceros independientes utilizados como comparables por la Administración Tributaria en actos administrativos que sean el resultado de la aplicación de las normas de precios de transferencia.*

*Las publicaciones sobre Comercio Exterior que efectúe la SUNAT.*

*La información que solicite el Gobierno Central respecto de sus propias acreencias, pendientes o canceladas, por tributos cuya recaudación se encuentre a cargo de la SUNAT.*

*La información reservada que intercambien los órganos de la Administración Tributaria, y que requieran para el cumplimiento de sus fines propios.*

*La información reservada que se intercambie con las Administraciones Tributarias de otros países en cumplimiento de lo acordado en convenios internacionales.*

*La información que requiera el Ministerio de Economía y Finanzas, para evaluar, diseñar, implementar, dirigir y controlar los asuntos relativos a la política tributaria y arancelaria.*

*La información que requieran las entidades públicas a cargo del otorgamiento de prestaciones asistenciales, económicas o*

*previsionales, cuando dicho otorgamiento se encuentre supeditado al cumplimiento de la declaración y/o pago de tributos cuya administración ha sido encargada a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria.*

Por otra parte cualquier ciudadano puede acceder a la página de la Superintendencia de Administración Tributaria y consultar si una determinada persona se encuentra registrada o no como contribuyente<sup>7</sup>.

Además de ello, dicha consulta permite conocer el DNI o RUC, la condición de activo y habido (o no), el domicilio fiscal, el tipo de comprobantes que puede emitir y si tiene deuda en ejecución coactiva u omisiones tributarias.

#### 4. Conclusiones

La constitución garantiza la intimidad de la dimensión económica de la vida de la persona humana, y dentro de este ámbito, se comprende determinada información financiera y tributaria.

Efectivamente, decimos determinadas, porque como se ha podido constatar, no todas las operaciones financieras ni toda la información tributaria se encuentra cubierta, pues resultan susceptibles de ser consultadas las deudas que se mantengan con la Sunat y con los bancos pero también otro importante volumen de datos excluidos por la normativa legal citada.

Adicionalmente, la información cubierta por el secreto bancario o la reserva tributaria puede ser conocida por las autoridades judiciales, fiscales o parlamentarias en el marco de las investigaciones que estén llevando a cabo. Por último anotaremos que los altos funcionarios del Estado tienen el deber de declarar ante la Contraloría General de la República al ingresar al cargo, anualmente durante la gestión y al cesar en el mismo.

Dicha declaración no comprende solo sus deudas sino también los datos de sus cuentas, los saldos de las mismas, los bienes registrables y no registrables, las tarjetas de crédito y todo tipo de ingresos generados en el sector público o en el privado.

<sup>7</sup> *En la dirección web <http://e-consultaruc.sunat.gob.pe/cl-ti-itmrconsruc/jcrS00Alias> se puede consultar contribuyentes por RUC, DNI o nombre.*



**Dr. Fernando Ulises Salinas Valverde**  
*Juez Supernumerario de la Corte Superior de Justicia del Callao*

## LA MOTIVACION DE RESOLUCIONES JUDICIALES

### ÍNDICE

1. Introducción. 2. Definición. 3. Importancia de la argumentación jurídica dentro de la motivación. 4. La motivación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 5. La motivación de las resoluciones judiciales en los tratados sobre derechos humanos. 6. La motivación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 7. Conclusiones.

### RESUMEN

A través del presente artículo se desarrollan los principales parámetros constitucionales, de los tratados y de la jurisprudencia sobre derechos humanos respecto al derecho a la motivación de resoluciones judiciales.

### PALABRAS CLAVE

Administración de justicia/ Resolución judicial/ Motivación/ Argumentación jurídica/ Tribunal Constitucional/ Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### 1. Introducción

El artículo 139 de la Constitución Política enumera los principios y derechos inherentes a la función jurisdiccional. Entre ellos destaca la motivación de resoluciones judiciales, plasmada en el inciso 5 del referido artículo, a través del

siguiente precepto: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

Además de la regulación normativa, diversas entidades han realizado denodados esfuerzos para facilitar a los jueces los criterios requeridos para garantizar la debida motivación de las resoluciones judiciales. Además de la reconocida labor del Tribunal Constitucional en esta materia, también destaca la iniciativa de la Academia de la Magistratura, a través de su encargo para la elaboración del “Manual de redacción de resoluciones judiciales” de 2008<sup>1</sup>.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos desplegados, hasta el momento no se ha podido concretar tal objetivo. Un claro ejemplo de ello lo constatamos en las resoluciones casatorias emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la República. Dicha instancia ha verificado que los requisitos esenciales de la motivación no son cumplidos por los juzgadores, generando un serio problema tanto para la administración de justicia,

<sup>1</sup> **LEÓN PASTOR, Ricardo, Manual de redacción de resoluciones judiciales, Academia de la Magistratura, Lima, 2008.**

como para los litigantes<sup>2</sup>. En atención a ello, consideramos oportuno establecer los principales parámetros que se han construido a nivel constitucional y de los derechos humanos sobre el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

## 2. Definición

La lectura del artículo 139 inciso 5 de la Constitución, nos llevaría a pensar que la motivación de resoluciones judiciales solo alcanzaría la “mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha considerado que la definición de este derecho supera la literalidad del texto antes mencionado, amparando lo siguiente:

“Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva”<sup>3</sup>.

Como podemos ver, el Tribunal Constitucional ha redimensionado este derecho al atribuirle un contenido más amplio al texto del artículo 139 inciso 5 de la Carta Magna. Este derecho supera la simple descripción de los hechos que originan la controversia y su adscripción a los supuestos enunciados en un dispositivo jurídico; por el contrario, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales implica un ejercicio de argumentación jurídica bastante complejo, con el cual debe estar familiarizado el juez para no incurrir en una conducta arbitraria que atente contra los fines de la administración de justicia.

2 *Así, por ejemplo, de las 63 resoluciones casatorias emitidas entre 2003 y 2012, en procesos donde las partes cuestionaron la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en los procesos civiles se ha acreditado la vulneración del derecho a la motivación de resoluciones judiciales en cerca del 80% de casaciones en las que se advirtió esta situación. De ello se desprende que los magistrados del fuero civil no cumplen con motivar sus resoluciones de manera adecuada, generando vicios procesales que vulneran los derechos de los justiciables e impiden cumplir con los fines de la administración de justicia.*

3 *Sentencia N° 6712-2005-HC/TC, fundamento 10.*

En este punto del trabajo nos hemos trazado como meta definir este derecho. Para eso, debemos recurrir al concepto primigenio; nos referimos a la motivación. Segura, citado por Rodríguez, expresa que “la acción de motivar consiste en dar las razones que se han tenido para hacer una cosa siendo la vía a través de la cual se produce la justificación de las mismas hasta el punto de que ambos términos son intercambiables”<sup>4</sup>. No obstante, la sola mención de la razón que sostiene determinado sentido resolutivo no es suficiente; la decisión debe sostenerse en un discurso que permita descubrir los diferentes matices del caso y su correspondiente evaluación por el magistrado.

Algunos autores consideran que motivación no es la palabra adecuada para expresar toda la extensión que la Constitución ha querido plasmar en el reconocimiento de este derecho. Un sector opina que el vocablo más adecuado es justificar; Herrera, citado por Rodríguez, señala que “la acción de justificar se refiere a encontrar las causas, motivos o explicaciones que posibilitan que a lo que se dirige no sea considerado o parezca extraño, inadecuado, inoportuno, censurable, etc”<sup>5</sup>. Otros, piensan que en todo caso se trata de una explicación, pues “la explicación simplemente expone los hechos que han dado lugar a la acción, en una relación causa-efecto”<sup>6</sup>.

Motivación, justificación o explicación, tres términos que aluden a un mismo derecho. En términos conceptuales, probablemente motivación no sea la palabra más feliz para vincularse al derecho en cuestión. Como hemos dicho, ese término satisface la mención de las razones que sustentan una decisión, pero esto no implica necesariamente la constitucionalidad de la misma. A modo de ejemplo, podría darse una resolución judicial que enumere las razones que sustentan su decisión, pero esta no necesariamente se encontrará debidamente justificada. Por otro lado, se entenderá como justificada a la resolución cuyas premisas sustenten un razonamiento no sólo en la subsunción de los hechos a un dispositivo jurídico. Por el contrario, a través de la justificación, la evaluación de las circunstancias del caso juega un papel importante, pues permite al juzgador contextualizar la aplicación del Derecho y ponderar las consecuencias de su decisión.

4 *RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia, La justificación de las decisiones judiciales, Universidad de Santiago de Compostela, Galicia, 2003, p. 32.*

5 *Ibíd, pág. 35.*

6 *Ibíd, pág.36.*

Una opinión similar la encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que define este derecho de la siguiente manera:

“Una resolución (...) en que no se precisan los hechos, el derecho y la conducta responsable, ni tampoco se encuentra razón o explicación alguna del por qué se ha resuelto de tal o cual manera no respeta las garantías de la tutela procesal efectiva. La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva”<sup>7</sup>.

Aunque se trata de una precisión conceptual, el derecho a la motivación de resoluciones judiciales procura la debida justificación de las mismas. Esta referencia es importante para comprender los verdaderos alcances del derecho. De esta manera superamos la literalidad del artículo 121 del Código Procesal Civil y del artículo 139 inciso 5 de la Constitución, recomponiendo su contenido a través de la justificación que deberá tener toda resolución judicial.

### 3. Importancia de la argumentación jurídica dentro de la motivación

La protección del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales sólo puede ser posible si la argumentación jurídica esgrimida es adecuada. El desarrollo de este tópico guarda estrecha relación con esta investigación, ya que constituye una de las manifestaciones del Estado constitucional. Impone al juez el cumplimiento de estándares mínimos que garanticen la idoneidad de su razonamiento en el estudio de los hechos, en la aplicación del ordenamiento jurídico y en el sentido decisorio de sus resoluciones. Mayor referencia sobre la relación de la argumentación jurídica y el Estado constitucional la encontramos en Atienza, quien señala lo siguiente:

“El Estado constitucional supone así un incremento

en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (...). En realidad, el ideal del Estado constitucional supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: el imperio de la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos; y que el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica haya corrido también paralela a la progresiva implantación del modelo del Estado constitucional”<sup>8</sup>.

Como señala Bandieri, el objeto de la argumentación jurídica es la composición de conflictos jurídicos<sup>9</sup>. Este resultado será posible siempre y cuando se cumplan con determinados lineamientos que, aunque no son expresados en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución, han sido desarrollados por la jurisprudencia. No obstante, la identificación de tales lineamientos será posible una vez que hayamos justificado la argumentación. Son diversas las razones por las que debemos recurrir a ese ejercicio. Al respecto, Moreno nos presenta uno; se trata de la indeterminación de los dispositivos jurídicos:

“Es necesario argumentar, en materia jurídica, porque una importante cantidad de disposiciones normativas contenidas en los textos legales tienen una textura abierta (producto de la ambigüedad, vaguedad, lagunas, contradicciones del lenguaje jurídico o por las diversas lecturas ideológicas permitidas por los propios textos) que pueden producir diferencias legítimas, y en consecuencia disputas”<sup>10</sup>.

Es necesario precisar que la argumentación no se restringe a la motivación de las resoluciones judiciales, sino que es formulada desde una teoría que alberga a todo el Derecho y que, en

8 **ATIENZA, Manuel, Argumentación jurídica y Estado constitucional, Anales de jurisprudencia, Tomo 261, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pág. 354.**

9 **BANDIERI, Luis María, Argumentación y composición de conflictos jurídicos, en La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación, Universidad de Santiago de Compostela, Galicia, 2004, pág. 17.**

10 **MORENO CRUZ, Rodolfo, Argumentación jurídica, por qué y para qué, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XLV, N° 133, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 167.**

consecuencia, es aplicable sobre la administración de justicia. El detalle lo encontramos en Atienza, quien señala lo siguiente:

“El profesor Atienza señala tres campos de lo jurídico en el que se efectúan las argumentaciones, a saber: “El primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas. Aquí, a su vez, podría diferenciarse entre las argumentaciones que tienen lugar en una fase prelegislativa y las que se producen en la fase propiamente legislativa (...). Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea esta una actividad llevada a cabo por jueces en sentido estricto, por órganos administrativos en el más amplio sentido de la expresión o por simples particulares. (...) Finalmente, el tercer ámbito en que tienen lugar argumentos jurídicos es el de la dogmática jurídica”<sup>11</sup>.

La argumentación permite sostener las premisas de una resolución judicial. Facilita la comprensión de su contenido no sólo para los abogados, sino también para los litigantes, quienes deben encontrar en ella el análisis detallado que ampara el sentido resolutorio. En ese sentido, podemos concluir señalando que nos encontramos ante un procedimiento que permite garantizar la constitucionalidad del ejercicio de la función jurisdiccional y que protege los derechos de los litigantes al proveerles la resolución de los conflictos de manera justa.

#### 4. La motivación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El artículo 201 de la Carta Magna establece que “el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución”; por su parte, el artículo 1 de la Ley N° 28301 (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) lo define como “el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”.

El control y la interpretación de la Carta Política legitiman al Tribunal Constitucional como un órgano que en la última década se ha empoderado no sólo en la administración de la justicia

constitucional, sino también en la recomposición de los contenidos jurídicos de los derechos fundamentales. Tal es el caso de la motivación de resoluciones judiciales, sobre el cual el Tribunal se ha pronunciado en diversas oportunidades. A continuación presentaremos algunos de los criterios más importantes adoptados sobre este derecho:

#### a) Contenido del derecho

“El derecho a una sentencia debidamente justificada no se agota en la mera enunciación de la norma aplicable a un caso, sino que importa de manera gravitante la acreditación de los hechos y la forma en que estos han sido introducidos en el proceso, a efectos de crear convicción en determinado sentido en el juzgador. De este modo, el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho no garantiza, (...) que la valoración de los medios de prueba realizados por el Juez coincida necesariamente con el realizado por (una de) las partes, pues tal valoración está también presidida por la regla de la imparcialidad judicial”<sup>12</sup>.

En esta cita, apreciamos que el Tribunal Constitucional intenta identificar los elementos que conforman el contenido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Opinamos que tal intento no llega a satisfacer del todo esta materia; no obstante, en un posterior pronunciamiento, el Tribunal llega a establecer con bastante precisión el contenido de este derecho:

“El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”<sup>13</sup>.

11 *ATIENZA citado por RIBEIRO TORAL, Gerardo, Teoría de la argumentación jurídica, Plaza y Valdés, México, 2006, págs. 24-25.*

12 *Sentencia N° 4226-2004-AA, fundamento 2.*

13 *Sentencia N° 4348-2005-AI/TC, fundamento 2.*

En esta sentencia, vemos que el Tribunal Constitucional amplía su exposición sobre el contenido del derecho. Nos encontramos ante tres elementos: fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y suficiente justificación. Cuando abordamos el estudio sobre la argumentación jurídica destacamos la justificación como el núcleo duro de este derecho, debido a que permite sostener sus premisas en un análisis profundo que evalúa los hechos y pondera las consecuencias de una posible decisión.

La aplicación de tal criterio sobre esta glosa jurisprudencial tiene importancia. En principio, porque se rescata esta materia en el primer elemento identificado por el Tribunal, la fundamentación jurídica. En segundo lugar, porque la congruencia entre lo pedido y lo resuelto expresa el nexo lógico entre lo pedido y lo resuelto, implicando la adecuada evaluación de las pretensiones y de los elementos probatorios. En tercer lugar, porque este procedimiento garantiza que la decisión se justifique por sí misma, sea a través de la lectura de la parte considerativa de la resolución que se encuentra debidamente justificada o por la remisión que se realice a la doctrina, a la jurisprudencia o a algún documento incorporado en el proceso que contenga una debida expresión de fundamentos que permita sustentar el sentido resolutivo.

### **b) Relación de la motivación de resoluciones judiciales con la Constitución**

Se trata de un aspecto bastante interesante y que hemos querido condensar en una cita. La relación del derecho estudiado con la Carta Política es una materia que tiene diversas implicancias para la administración de justicia. En principio, permite respaldar el derecho en cuestión en la norma de mayor jerarquía del ordenamiento, pero también dentro de un sistema perteneciente a un modelo estatal en el que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen el fin primario de la sociedad y del Estado.

“Debe precisarse, en primer lugar, que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en los términos del artículo 139 inciso 5) de la Constitución, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia en la que se encuentren, deban expresar claramente los argumentos que los han llevado a la solución de la controversia o

incertidumbre jurídica, asegurando que el ejercicio de la función jurisdiccional se realice con sujeción a la Constitución y a la ley expedida conforme a esta”<sup>14</sup>.

La parte final de la cita vincula este derecho con la Constitución y con la legislación de menor jerarquía. Dentro de la jerarquía normativa propuesta por Kelsen, la Carta Política es la norma de mayor jerarquía. Sin embargo, esta no se encuentra desvinculada del resto del ordenamiento jurídico; por el contrario, el ordenamiento jurídico es una unidad que debe ser coherente y armónica. Para ello, es necesaria la orientación y debida vinculación de las diferentes normas, a fin de evitar las contradicciones entre las disposiciones vigentes.

Este propósito sólo puede ser alcanzado desde la Constitución, ya que sus contenidos se proyectan sobre todo el ordenamiento, resolviendo los conflictos normativos y aclarando los contenidos de las diversas materias sobre las que se ha legislado. En ese sentido, lo que la última cita nos quiere decir es que todas las normas que componen el ordenamiento jurídico constituyen fuentes válidas de Derecho debido a que su interpretación deberá ser realizada desde las premisas contenidas en la Constitución, como también desde el significado atribuido a estas por la jurisdicción constitucional.

### **c) Nexos entre el Estado Constitucional y el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales**

El artículo 1 de la Constitución Política deja en claro el nivel de protección de la persona y la importancia conferida a su dignidad. Sobre estas premisas, el modelo de Estado adoptado por nuestro país constituye el soporte que coadyuva a construir el contenido de los derechos, entre ellos, la motivación de las resoluciones judiciales. El Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente sobre esto:

“La exigencia de motivación de las sentencias judiciales se relaciona directamente con el principio del Estado democrático de derecho y con la propia legitimidad democrática de la función jurisdiccional, que, como se sabe, se apoya en el carácter vinculante que tiene la ley constitucionalmente válida. De ahí que la

<sup>14</sup> Sentencia N° 4348-2005-AA, fundamento 2.

Constitución requiera al Juez la motivación de sus decisiones, para que la ciudadanía pueda realizar un control de la actividad jurisdiccional, y para que las partes que intervengan en el proceso conozcan las razones por las cuales se les concede o deniega la tutela de un derecho, o un específico interés legítimo”<sup>15</sup>.

El modelo de Estado adoptado por nuestro país es el constitucional; este también es conocido por la jurisprudencia del Tribunal como Estado democrático de Derecho o Estado social y democrático de Derecho, al recurrir a la interpretación sistemática de los artículos 3 y 43 de la Constitución. Sobre este último dispositivo, queda claro que Perú es una República democrática, social, independiente y soberana. Ello permite que el artículo 44 establezca los deberes primordiales del Estado: defensa de la soberanía, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general.

Entre estas funciones destaca la defensa de los derechos humanos. Se trata de los rasgos reconocidos por el Derecho Internacional como propios de todos los individuos de nuestra especie; estos, para el plano nacional son denominados como derechos fundamentales. Uno de estos derechos es la motivación de resoluciones judiciales, el cual adquiere relevancia por la función atribuida a la judicatura en la solución de conflictos.

Sin embargo, dicho propósito no llegará a producirse cuando el razonamiento empleado por el juez no sea adecuado. Esto repercute negativamente no sólo sobre la administración de justicia, sino también sobre el Estado Constitucional, pues este último deposita en tal administración una función relevante en el artículo 138 de la Carta Política, la cual se ve quebrantada cuando los magistrados no ejercen debidamente sus funciones.

5. La motivación de las resoluciones judiciales en los tratados sobre derechos humanos

El artículo 55 de la Constitución nos permiten establece que los tratados forman parte del ordenamiento jurídico. Por su parte, la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución

establece que los derechos constitucionales son interpretados de acuerdo a los tratados sobre derechos humanos de los que nuestro país es parte.

Esto último significa que esta clase de tratados forman parte del bloque de constitucionalidad. Es decir, se trata de “aquellas normas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos”<sup>16</sup>.

Como parte del bloque de constitucionalidad, los tratados sobre derechos humanos se encuentran en el mismo rango jerárquico normativo que la Constitución Política. El Perú ha incorporado una serie de tratados sobre derechos humanos a su ordenamiento jurídico. Sin embargo, sólo algunos contienen referencias a la administración de justicia y a las garantías procesales a favor de los ciudadanos:

#### **a) Declaración Universal de Derechos Humanos**

Su artículo 10 establece que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos no alude expresamente a la motivación de las resoluciones judiciales. Esta es una característica propia de todos los tratados sobre derechos humanos, en los cuales se encuentran referencias generales a las obligaciones de la administración para garantizar el acceso a la justicia. Eso no significa que el mencionado derecho no se encuentre fuera del ámbito de protección internacional, sino que debe ser comprendido como una garantía implícita o consustancial a la administración de justicia.

#### **b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

El artículo 14 inciso 1 del Pacto refiere que “todas las personas son iguales ante los

15 Sentencia N° 2244-2004-AA, fundamento 2.

16 Sentencia N° 689-2000-AA/TC, fundamento 10.5.

tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

Al igual que la Declaración, este Pacto recoge el derecho a ser oído por los tribunales, que en buena cuenta es el acceso a la justicia. Pero, además, la Declaración reconoce el derecho a la igualdad ante las cortes, premisa que es importante porque concreta la dimensión de este derecho en la aplicación de la ley. Esto implica que toda persona tendrá garantizado el derecho a que se le apliquen las mismas reglas procesales, de tal manera que no pueda ver menoscabada ninguna de las garantías instituidas por el ordenamiento, como es el caso de la motivación.

### **c) Convención Americana sobre Derechos Humanos**

El artículo 8 inciso 1 de la Convención establece que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Como sucede con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana marca un avance en comparación a las previsiones de la Declaración Universal. Esto se verifica al incorporar el acceso y participación en los procesos judiciales con las debidas garantías. Si bien dicha categoría es genérica alberga a los diversos derechos de orden procesal, entre los que se encuentra la motivación de las resoluciones judiciales.

6. La motivación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene efectos vinculantes para el Estado peruano. Esta interpretación se desprende de la lectura sistemática de los artículos 3 y 55 con la IV Disposición Final y Transitoria de la

Constitución. El propio Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, confirmando esta premisa de la siguiente manera:

“Sobre el valor que pueda tener la referida jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos para la comprensión del ámbito protegido por los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado, en diversas oportunidades, este Tribunal ha destacado su capital importancia.

Tenemos dicho, en efecto, que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tras el criterio de interpretación de los derechos fundamentales conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este Tribunal tiene dicho que este último concepto no se restringe sólo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte (IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución), sino que comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos (Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)<sup>17</sup>.

Por ese motivo, los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la motivación de las resoluciones judiciales tienen efectos vinculantes para el Derecho peruano. Por ese motivo, citaremos las principales sentencias emitidas por la Corte con el fin de generar certeza respecto al contenido del referido derecho, el cual circunscribe el ámbito de obligación de los jueces en cuanto a su protección:

#### **a) Caso Yatama Vs. Nicaragua**

Esta sentencia fue emitida por la Corte el 23 de junio de 2005 ante un caso en que se restringió el derecho a la participación política de una organización. La Corte concluyó que la autoridad

<sup>17</sup> Sentencia 4587-2004-AA/TC, fundamento 44.



electoral nicaragüense vulneró el derecho a la motivación de las resoluciones del recurrente. Por tal motivo, la Corte señaló lo siguiente:

“152. Las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la participación política, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias.

(...)

153. Las decisiones (...) debían estar debidamente fundamentadas, lo que implicaba señalar las normas en las que se fundamentaban los requisitos que estaba incumpliendo el recurrente, los hechos en que consistía el incumplimiento y las consecuencias de ello”.

### **b) Caso Claude Reyes y otros vs. Chile**

El 19 de septiembre de 2006, la Corte emitió sentencia en este caso. En él se denunciaba la denegatoria en el acceso a información, llegando la Corte a la conclusión que la sentencia emitida por el Estado chileno en esta materia no estaba motivada:

“122. En el presente caso la autoridad estatal (...) encargada de resolver la solicitud (...) no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada, que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada protegida en el artículo 8.1 de la Convención”.

### **c) Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador**

Se trata de la sentencia emitida el 21 de noviembre de 2007 por la Corte en el caso de dos personas que fueron detenidas, sin que mediara una adecuada motivación de la resolución que ordenaba tal medida. La Corte señaló lo siguiente sobre la motivación:

“107. (...) Las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la medida. Para determinar lo anterior, es necesario analizar si las actuaciones

judiciales garantizaron no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos. (...) La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”.

### **d) Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela**

El 5 de agosto de 2008, la Corte emitió sentencia en este caso, en el que se denunciaba la destitución de ciertos magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo por incurrir en un error judicial inexcusable. La Corte evaluó el caso y señaló lo siguiente sobre la motivación de las resoluciones judiciales:

“77. (...) El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.

78. (...) La argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso”.

En relación al objeto de controversia, la Corte consideró lo siguiente:

“90. (...) Teniendo en cuenta que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha, la Corte estima que el emplazado debía responder autónomamente, y no por remisión a la decisión de otra entidad,

al menos los principales alegatos de los demandantes (...).

La Corte considera que la motivación debía operar como una garantía que permitiera distinguir entre una “diferencia razonable de interpretaciones jurídicas” y un “error judicial inexcusable” que compromete la idoneidad del juez para ejercer su función, de tal forma que no se sancione a los jueces por adoptar posiciones jurídicas debidamente fundamentadas aunque divergentes frente a aquellas sustentadas por instancias de revisión.

91. Al no haber ocurrido lo anterior, la situación real fue que el proceso disciplinario terminó siendo de mero trámite. Por consiguiente, la Corte considera que el Estado incumplió con su deber de motivar la sanción de destitución, violando con ello las “debidamente garantías” ordenadas en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los demandantes”.

#### **e) Caso López Mendoza vs. Venezuela**

La Corte emitió sentencia en este caso el 1 de septiembre de 2011. En ella se declaró la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones, vinculadas al caso en que se inhabilitó al referido ciudadano para el ejercicio de la función pública por vía administrativa. La Corte expresó lo siguiente:

“148. (...) El Tribunal considera que los problemas en la motivación al imponer la sanción de inhabilitación tuvieron un impacto negativo en el ejercicio del derecho a la defensa. La falta de motivación impedía un reexamen a profundidad sobre la argumentación o evidencia directamente relacionada con la imposición de una restricción al sufragio pasivo que, como es evidente y este caso lo demuestra, pueden ser notablemente más gravosas que la sanción principal. En este punto, el Tribunal reitera que la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores”.

#### **7. Conclusiones**

a) La motivación de resoluciones judiciales no solo es una obligación de la administración de justicia,

sino también un derecho fundamental. Esta última referencia es de suma importancia dentro de un Estado social y democrático de Derecho debido a que la vincula con un atributo inherente a toda persona dentro de un proceso judicial, sometiéndolo a estándares de constitucionalidad que no se agotan en las referencias del artículo 139 numeral 5 de la Carta Política, sino que además comprenden los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

b) Por otro lado, también es importante destacar que debido al mandato de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, este derecho fundamental debe ser interpretado a la luz de los tratados sobre derechos humanos. En ese sentido, resulta importante dotar a la motivación de resoluciones judiciales de un contenido a partir de dichos tratados, como también de la jurisprudencia emanada de los tribunales internacionales de los que nuestro país es parte, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

c) La atención a los referidos parámetros permitirá que en la administración de justicia se tutele de manera adecuada este derecho a través de la debida argumentación que toda resolución judicial debe tener. Ello permitirá no solo tutelar los derechos de las partes dentro del proceso, sino que constituirá uno de los mecanismos a través de los cuales se materialice el cumplimiento de los deberes del Estado social y democrático de Derecho dentro de uno de los tres poderes del Estado.





# DERECHO CIVIL





**Dra. Yasna Otárola Espinoza**  
*Directora de Postgrado y Formación Continua de la Universidad de Chile*

## LA PROTECCIÓN DE LA CAPACIDAD A TRAVÉS DEL MANDATO

### **Resumen**

El siguiente tiene por objeto determinar si una persona capaz, mientras lo sea, podría designar a otra para que la represente cuando no pueda y cuál es la figura jurídica apta para que las personas puedan expresar esta voluntad. En este sentido, se plantea que el ordenamiento jurídico chileno no contempla expresamente la posibilidad de que una persona, siendo capaz y teniendo pleno ejercicio de sus facultades, designe a otra persona que sea quien tome decisiones en representación de él cuando ya no pueda hacerlo por sí solo. Sin embargo, el mandato podría ser la vía que permita expresar dicha voluntad.

### **Introducción**

El Estado de Chile suscribió recientemente la Convención Interamericana sobre derechos humanos de las personas mayores. A través de este instrumento se comprometió a “promover y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor”.

En particular, reconoció el derecho de la persona a tomar decisiones, definición de su plan de vida, desarrollo de una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones, y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos.

Sin embargo, al tiempo que suscribió tal convención, mantiene únicamente un régimen general de incapacidad, el cual no distingue entre incapacidad, discapacidad y dependencia de las personas en general, y que requieren como condición básica de operación la existencia de una voluntad incapaz de discernir con responsabilidad y con la debida independencia o libertad cuáles son los actos jurídicos que se desea realizar. Bajo esta premisa, la aplicación normativa supone la privación del uso, goce y disposición de los derechos por sus titulares, y desde ese momento el desplazamiento a un tercero de la decisión de cuándo y cómo va a hacer uso de tales atributos.

Así, la declaración de incapacidad procede si el titular que tiene la aptitud para adquirir derechos y obligaciones carece de la voluntad que le permite ejercitar los derechos por él mismo o por un sujeto designado por él. Se trata, por lo tanto, de una limitación a la capacidad de obrar, en virtud de la cual el ordenamiento establece que un tercero, designado por otro totalmente ajeno, debe obrar por tales personas.

Una vez declarada la persona interdicta, el incapaz requerirá para actuar en la vida del derecho de una persona que vele por sus intereses y lo represente, si no está sujeto a patria potestad o su incapacidad es otra, se designará una persona para que cumpla dicha función. En tal nominación, interviene la ley, llamando a las personas que podrán ejercer la curatela del hijo o el tribunal oyendo a los parientes del pupilo, para nombrar más de uno y dividir las funciones. Sin embargo, hasta ahora, nunca ha estado presente, ni se ha considerado la posibilidad de que el incapacitado haya manifestado, siendo capaz, la persona que quiere que sea su curador.

Dicho lo anterior, se advierte, en principio, que el sistema de protección existente en nuestro país (tutelas y curatelas) se caracteriza por comportar no sólo una limitación de la capacidad de obrar de la persona, a través de un procedimiento judicial de incapacitación, sino que también, no responde a los compromisos adquiridos en torno a garantizar la libertad de las personas para tomar sus propias decisiones en virtud de la autonomía de la voluntad antes y desde la incapacidad.

### **La protección de la capacidad**

La doctrina nacional no ha abordado el tema de la protección de la capacidad a través de la autonomía de la voluntad. Tan solo se ha referido a la incapacidad a través del examen de los problemas que a veces se presentan en la práctica judicial. En particular, frente a la dificultad puntual de cómo incapacitar a una persona que sufre un trastorno de dependencia a sustancias, en especial a la cocaína, se admite que la legislación chilena no provee un régimen especial para la interdicción de estas personas, por lo que es necesario determinar si deben aplicarse las reglas propias de la interdicción por demencia o por prodigalidad para lograr una protección de estas personas y un resguardo para sus cónyuges y parientes.

Tampoco lo ha hecho la jurisprudencia. Sin embargo, a través del conocimiento de causas relacionadas con solicitudes de nulidad de actos celebrados por una de las partes en supuesto estado de demencia, o bien, porque el curador no ha querido obedecer la voluntad del incapaz, ha advertido la complejidad que supone respetar la libertad de las personas para decidir por medio de la autonomía de la voluntad lo que convenga para su personas y bienes de acuerdo a que la capacidad es la regla general y que la decisión producirá efectos jurídicos, no obstante se haya perdido posteriormente.

En tanto, el legislador se ha limitado a derogar la Ley Nº 18.600 del año 1987 y reemplazarla por la Ley 19.954 de 2004 que establece un procedimiento de tipo no contencioso para declarar la interdicción de una persona en estado de demencia, y designarle un curador que se encargue no sólo de su cuidado personal, sino también de la administración de su patrimonio. Sin embargo, contradictoriamente, ha mantenido la ley nº 20.286 de 2008 que modificó el numeral 17 del art. 6º de la ley nº 19.968 sobre el procedimiento aplicable para declarar la interdicción, esto es, un juicio ordinario contencioso, por aplicación del artículo 3 del Código de procedimiento civil. De modo, que hoy se discute cuál es el procedimiento a seguir e incluso se solicita iniciar un procedimiento judicial contencioso, no obstante haber tramitado uno no contencioso.

Actualmente, se ha abocado a tramitar dos proyectos de ley: uno que dispone la auto designación de curador en previsión de una futura discapacidad en los siguientes términos: "Toda persona en previsión de una incapacidad futura podrá auto designarse mediante escritura pública a una o más personas mayores de edad como sus curadores generales para tomar las decisiones sobre actos que le conciernan, en caso de hallarse privadas del discernimiento necesario". "En dicho acto, podría también disponer directivas anticipadas sobre su persona, bienes y salud, así como designar curadores sustitutos", basado en la necesidad de incorporar una nueva forma de generar la institución de la curaduría, reconociendo la fuerza de voluntad de la persona que se auto designa un curador en previsión de una incapacidad futura ; otro, que se encuentra en primer trámite constitucional y que deroga los numerales 1º y 2º del artículo 497 del Código Civil, relativos a la incapacidad de ciegos y mudos para desempeñar toda clase de tutelas o curatelas.

Todo lo anterior permite concluir que el sistema chileno ha examinado apenas la posibilidad de proteger la capacidad a través de la autonomía de la voluntad como alternativa a la incapacitación de la persona e institución prioritaria a la curatela.

### **El mandato como medio para proteger la capacidad de las personas**

En ese sentido, se ha considerado, entre otras razones, que el reconocimiento y el respeto a la persona, ante todo, a su dignidad, conlleva permitirle, mientras sea capaz, hacerse cargo de

su vida, conducirse por sí misma, asumiendo su facultad de autodeterminación, tanto para elegir y decidir sobre sus acciones y medios para llevarla a cabo. En virtud de esa consideración, no es sino la propia persona la indicada para decidir atendiendo a sus propios intereses sobre quién quiere que conduzca su vida cuando ya no pueda hacerlo.

Frente al problema de admitir si las personas puedan designar quién los represente cuando ya no sean capaces, la respuesta pasará por resolver la paradoja entre el principio de legalidad y, a la vez, realizar los valores de la autonomía y la libre determinación, incorporada por los derechos humanos, y en particular por los tratados suscritos por el Estado de Chile en esta materia, probablemente a favor de estos últimos.

Además, los inconvenientes de un proceso de incapacitación, que –aunque la ley dispone que el disipador como el demente no verán restringida su libertad personal, debido a que, el primero, “[...] conservará siempre su libertad”; en cuanto al segundo, la regla general es que no será privado de su libertad personal, salvo “en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a sí mismo, o cause peligro o notable incomodidad a otros”, no gradúa la incapacidad del incapacitado y se ciñe a la situación patrimonial y no a la situación personal de aquél. En otras palabras, la sentencia que declara la incapacitación no determina la extensión y los límites de ésta. Como se ha dicho, lo único que persigue es constatar las carencias que tiene esa persona, articulando los mecanismos legalmente previstos para suplir o completar esa falta de capacidad; omite que el incapaz pueda, en lo posible, ejercitar sus derechos, de los que seguirá siendo titular, en condiciones de igualdad respecto a los demás ciudadanos. De modo que, al parecer, no permite tal libertad.

Todavía más, esto ha dado lugar, según se logra comprobar a través de la experiencia jurisprudencial, que en los hechos se incurre en la práctica insegura de conferir poderes generales que se intentan impugnar probando su ineficacia, la inclusión de esta posibilidad margina el uso, y consagra una alternativa firme y eficaz de lo realizado por el apoderado una vez que el poderdante ha perdido la capacidad.

Finalmente, el cada vez más común desinterés familiar por ejercer el cuidado de la persona, motiva la protección de la capacidad a través de una vía contractual que puede llevarse a cabo por cualquier persona, incluso en ejercicio de su profesión, que goce de su confianza.

Desde esa mirada, “el mandato” se presenta como una solución, por un lado, porque constituye un encargo de confianza, el mandante confía al mandatario la gestión de uno o más negocios. Por eso, el encargo es un acto *intuitu personae*, tanto desde el punto de vista del mandante como del mandatario. Por otro lado, mediante el mandato se podrían encargar la realización de actos jurídicos, o bien que se lleve a cabo cualesquiera negocios ajenos, entendidos en sentido amplio como una actividad económica, aunque ésta no suponga la realización de actos jurídicos. Esta segunda posición supone al mandato como un encargo que consiste en manejar negocios, esto es, realizar los actos conducentes para cuidar de un cierto interés patrimonial. De este modo es posible encargar a otro la administración de un patrimonio, “aún en lo que esta gestión tenga de puramente material (en oposición a jurídico), [...]”. Todavía más, también es posible que el mandato se otorgue para celebrar actos de familia.

Con todo, el mandato puede incluir actividades económicas, que se materializan en la realización de actos jurídicos y materiales en interés del mandante. En suma, el concepto de negocio que recoge el Código Civil chileno es amplio y permite la realización de una serie de actividades en interés del mandante.

De ahí que la gestión podría ir más allá del cuidado de los negocios del mandante, pues podría incluir, también, el cuidado de la persona de éste; por consiguiente, permitiría confiar el cuidado de la persona y bienes del propio mandante para cuando éste ya no pueda auto protegerse; por último, permitiría asumir la función de servir de instrumento de protección convencional de la persona, creando un régimen de representación especial sin afectar la capacidad del individuo. No obstante, las dificultades que –en principio– podría tener desde el punto de vista de la naturaleza jurídica y de la eficacia a partir de las causales de terminación, en particular, la revocación y la interdicción del mandante, debido a que dejaría al mandate sin esa facultad y no podría producir efecto, sino una vez declarada la interdicción, y luego que empiece a producirlos, el mandante incapaz no podría revocarlo.

En suma, si el mandante ha otorgado mandato siendo capaz para que produzca efectos una vez que se ha tornado incapaz, aun cuando se estime que el mandato es rescindible por nulidad relativa, mientras ello no sea sentenciado por el tribunal el mandato será eficaz, ya sea por sí mismo y como tal o porque ha degenerado en una figura distinta,

cuasicontractual, que a este tenor obliga al mandatario y al mandante en ciertas situaciones, según se acaba de señalar.

En segundo lugar, respecto a la eficacia del mandato, se suele señalar que al ser el mandato un contrato intuitu personae y generalmente un contrato de tracto sucesivo sin plazo de terminación, este puede terminar por revocación, como por hechos sobrevinientes no voluntarios, entre ellos, la interdicción del mandante. En ese sentido, si bien la regla general es que el mandante puede revocar a su arbitrio, esto ha llevado a plantear por algunos que se trata de un elemento de la esencia y no natural porque en derecho "no es admisible que una persona quede ligada en una relación personal con otra por tiempo indefinido, sin que haya la posibilidad de poner término a la relación".

En el caso del mandato para atender a la gestión del patrimonio o al cuidado de la persona para cuando no sea capaz, podría aventurarse que la circunstancia de la incapacidad constituye la condición de la cual pende el cumplimiento del contrato y que, si además existe un interés común, sea cualquiera, la irrevocabilidad pasaría a ser un elemento de la naturaleza del mandato y la revocación sólo tendría lugar en situaciones justificadas.

Enseguida, respecto del hecho de que el mandato no podría desplegar su eficacia desde que la incapacidad acaece porque cesa de pleno derecho, primero porque el mandato requiere que el mandante sea capaz, dado que se reputa que el representado ha manifestado su voluntad por mediación del representante, no siendo el segundo más que el vehículo de la voluntad del primero, y luego porque el artículo 2163 n°7 del Código Civil dispone que termina por interdicción del mandante.

Ello no quiere decir que el régimen de protección no sea posible a través del mandato, debido a que tal fundamento ha sido discutido por la doctrina de la representación como modalidad del acto jurídico. En ese sentido, se ha sostenido que no es el mandante quien manifiesta su consentimiento al momento de que el mandatario lleva a cabo la gestión que se le ha encargado. Es el mandatario quien expresa su propio consentimiento y no el mandante, aunque los efectos del contrato se radiquen en el último.

Adicionalmente, ha de recordarse que del tenor del artículo 2163 del Código Civil, se infiere que el mandato no termina por la incapacidad, pues la ley exige que se declare la interdicción. Sin embargo,

el mandante puede relevar al mandatario de la obligación de rendir cuentas. En efecto, en términos generales, puede el mandante exonerar al mandatario de tal obligación. En consecuencia, aunque se adopte la opción más desfavorable a la continuidad del mandato, este subsiste hasta que se dicte el decreto de interdicción correspondiente. Finalmente, no se debe dejar pasar el hecho de que así se ha resuelto en la mayoría de los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición romano-germánica, aun cuando se mantiene la regla, se permite que éste produzca efectos si la persona así lo ha declarado, esto es, a través de la incorporación de una condición suspensiva de la eficacia del poder conferido en el mandato.

En resumen, el respeto a la dignidad de la persona, a la autonomía y la determinación, además de los inconvenientes del modelo clásico de protección de la capacidad "interdicción", llevan a considerar como una posibilidad que las personas mayores puedan, en virtud de la autonomía de la voluntad, designar un mandatario para que las sustituya y las represente una vez que pierdan la capacidad de obrar, no obstante, las dificultades jurídicas que ello pueda implicar.

## Conclusiones

1. El sistema chileno no ha examinado la posibilidad de proteger la capacidad a través de la autonomía de la voluntad como alternativa a la incapacitación de la persona e institución prioritaria a la curatela.

2. Una persona capaz sí puede designar a otra para que la represente cuando no pueda dirigir su vida. El mandato con representación es la técnica contractual idónea para que las personas puedan expresar su voluntad y producir los efectos queridos por las partes frente a un proceso de incapacitación.

3° Los argumentos esgrimidos para rechazarlo, no han sido suficientemente contundentes para no considerar al mandato como una forma de proteger la capacidad. Lo anterior implica moverse siempre en el ámbito de autonomía de la voluntad, la representación voluntaria y no legal. La fuerza obligatoria de este contrato deriva exclusivamente de la declaración de voluntad del mandante y del mandatario y no de una posible declaración judicial de incapacidad del mandante, destinada a validar el mandato.



# RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑO OCASIONADO CON EL BIEN DE UN CONTRATO DE LEASING



*Dr. Hugo Garrido Cabrera*  
*Juez Titular de la Corte Superior de Justicia del Callao*

## **Sobre la Naturaleza del Contrato de Leasing o Arrendamiento Financiero.-**

El Leasing, puede definirse como un contrato por el que una de las partes, (la empresa de Leasing) se obliga a adquirir de un tercero, determinados bienes que previamente han sido elegidos por la Arrendataria, por el pago de un precio mutuamente convenido (las cuotas del Leasing); para su uso y disfrute por durante un plazo que coincide normalmente con su vida útil, con una opción de compra por su valor residual al finalizar dicho plazo.

En tanto la arrendataria no ejerce la indicada opción de compra, los bienes que son materia del contrato, serán de propiedad de la empresa de leasing.

Desde su aparición el Leasing surge como una alternativa financiera para las empresas que requieren de contar con bienes de capital para el desarrollo de su actividad, la que resulta más accesible en tanto no requiere de disponer de los mismos niveles de liquidez que exigiría una compra directa, ni de comprometer el patrimonio empresarial con las garantías que serían necesarias para un mutuo que permita su adquisición directa; adicionalmente ofrece ventajas de orden tributario al permitir la depreciación acelerada del bien y la deducción como gasto de las cuotas del Leasing

para efectos del Impuesto a la Renta.

Planteamiento del Problema.- En los casos de accidentes de tránsito, la obligación de responder por los daños materiales o personales que de ellos pueda derivarse, es atribuida en forma solidaria al autor directo y al propietario del vehículo en aplicación de los artículos 1970°, 1981° y 1983° del Código Civil, criterio que sería igualmente de aplicación en los supuestos de daños ocasionados en la operación de cualquier medio de transporte o de maquinaria industrial; no obstante, cuando los vehículos o maquinaria con la que se produjo el daño son operados en base a un contrato de Leasing o Arrendamiento Financiero, ello supone que existirá normalmente además de un autor directo (chofer u operador de la maquinaria) dos agentes adicionales que podrían ser considerados autores indirectos:

1) El empresario que utiliza o explota comercialmente el vehículo o la maquinaria y que en el contrato de leasing tiene la condición de arrendataria y 2) La empresa de leasing o arrendadora que de acuerdo con la naturaleza de este contrato, es la propietaria del vehículo o maquinaria.

La norma especial que regula los contratos de Leasing (el Decreto Legislativo N° 299), establece en su artículo 6° que: “Los bienes materia de arrendamiento financiero deberán ser cubiertos



mediante pólizas contra riesgos susceptibles de afectarlos o destruirlos. Es derecho irrenunciable de la locadora fijar las condiciones mínimas de dicho seguro.

La arrendataria es responsable del daño que pueda causar el bien, desde el momento que lo recibe de la locadora". No obstante la claridad del enunciado que contiene el citado artículo 6° del Decreto Legislativo N° 299, la Sala Civil de la Corte Suprema ha resuelto en la Casación N°2388 -2003 - Lima (así como diversa jurisprudencia dictada a partir de dicho pronunciamiento) en el sentido que la exclusión de responsabilidad que contiene su parte final, rige a las relaciones internas que se establece entre las partes que suscriben el contrato de arrendamiento financiero, en consecuencia, sus alcances corresponden a la esfera de las relaciones contractuales y, en materia de responsabilidad civil, únicamente a la responsabilidad contractual; por tanto, la norma citada no resulta aplicable cuando nos encontramos ante hechos probados que generan responsabilidad extracontractual frente a terceros que no han intervenido en el contrato de leasing.

Considero equivocado el criterio asumido por la Corte Suprema, por las siguientes razones:

1) Razones Formales.- El contrato de arrendamiento financiero (leasing), tal como lo reconoce expresamente el artículo 1677° del Código Civil, se rige por su legislación especial y supletoriamente, por las normas del Código Civil referidas al contrato de arrendamiento y al contrato de opción, en cuanto sean aplicables; asimismo, la prevalencia de las normas especiales contenidas en el Decreto Legislativo N° 299, se deriva de lo establecido por el artículo 1353° del Código Civil en cuanto señala que "todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección (Contratos en General), salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato"; lo cual resulta consistente con lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, el cual señala que "Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza".

Conforme con las normas citadas, resulta claro que deben prevalecer las reglas contenidas en

el Decreto Legislativo N° 299, respecto de las contenidas en el Código Civil, las cuales, solo serán de aplicación en todo aquello no previsto por la norma especial; así, es un error inaplicar la parte final del artículo 6° del D. Leg 299 o pretender (como lo hace la Casación comentada) restringir artificialmente su aplicación, excluyendo los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, pues ello resulta contrario al principio general del derecho según el cual no se debe distinguir donde la Ley no lo hace.

2) Razones Sustanciales.- Si bien la interpretación propuesta por la Casación bajo comentario se encuentra inspirada en la intención de brindar una mayor protección a las víctimas y en tal medida aparece como una opción socialmente más justa, se trata en realidad de una apariencia.

Una regla abstracta de justicia, entre varias soluciones posibles, debiera preferir aquella que beneficie de mejor modo el interés general; en tal sentido, soy de la opinión (al igual que el legislador) que el interés general se encuentra mejor resguardado con la regla que en un contrato de Leasing, excluye a la arrendadora de la responsabilidad que se pueda derivar de los daños que puedan causar los bienes luego de su entrega a la locadora.

Como se ha visto, la verdadera naturaleza de un contrato de Leasing es la de constituir una alternativa de financiamiento, es decir una modalidad de crédito destinada a favorecer la inversión productiva en bienes de capital, en tal sentido, no se aprecia ninguna diferencia sustancial entre un crédito convencional por el cual un banco presta el dinero para la compra de un vehículo que adquirido y operado por el prestatario, luego produce un daño y un crédito otorgado por la modalidad de Leasing, donde luego ocurra lo mismo; en ambos casos resulta irrazonable hacer responsable al banco o entidad financiera; en la misma medida que sería irrazonable pretender responsabilizar al fabricante del vehículo o al mecánico que lo reparó y lo puso nuevamente en circulación, (salvo un supuesto de vicios ocultos), pues en ninguno de estos supuestos existe una relación de causalidad adecuada tal y como lo exige el artículo 1985° del Código Civil.

La única circunstancia que distingue la participación de una entidad financiera que actúa como locadora en un contrato de Leasing, de otra

entidad cuando actúa como acreedora en una modalidad de crédito diferente es que en el primer caso la empresa de Leasing es propietaria de los bienes que son materia del contrato, lo cual para la casación bajo comentario resulta razón suficiente para la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual que hacen al propietario de un vehículo responsable solidario con el autor directo de los daños que se deriven de su conducción.

No comparto el criterio expresado en la Casación N° 2388-03-Lima, al sostener que "... el artículo Sexto parte final de la Ley de Arrendamiento Financiero rige las relaciones internas que se establece entre las partes que suscriben el contrato de arrendamiento financiero, en consecuencia, sus alcances corresponden a la esfera de las relaciones contractuales y en materia de responsabilidad civil, únicamente a la responsabilidad contractual ...", pues lo que rige las relaciones internas entre las partes son precisamente las estipulaciones que libremente pactan los otorgantes de un contrato; así, resulta claro que si fuera una cláusula en el contrato de arrendamiento financiero la que estableciera que es el arrendatario el responsable de los daños que cause el bien, ello efectivamente sería oponible únicamente entre las partes intervinientes; pero en este caso se trata de una disposición de la ley que no establece la distinción propuesta, por lo que restringir su ámbito de aplicación solo a la responsabilidad contractual, carece de fundamento.

No obstante, aun cuando no existiera la disposición del artículo 6° del Decreto Legislativo N° 299 que exonera de responsabilidad a la locadora por el daño que pueda causar el bien o no se considerara esta aplicable a los supuestos de responsabilidad civil extracontractual; incluso en tal caso debiera entonces aplicarse la teoría general de la responsabilidad civil extracontractual, la que atribuye la responsabilidad al propietario de un bien no en razón de ser propietario, sino en razón de una culpa (in eligendo o in vigilando) por haber entregado el bien al autor directo o no haber vigilado debidamente que un tercero lo utilice de un modo seguro y adecuado, nada de lo cual puede ser atribuido al locador en un contrato de leasing, del mismo modo que tampoco le puede ser reprochado a la entidad que otorga un crédito de distinta naturaleza para la adquisición de un vehículo, o como no podría igualmente imputarse

responsabilidad al propietario de un vehículo que luego de ser robado atropella a un peatón cuando es conducido por los delincuentes; ya que en todos los casos estaremos ante la ausencia de una adecuada relación de causalidad.

Asimismo, tratándose de bienes riesgosos (como evidentemente son los vehículos automotores), la responsabilidad civil extracontractual, no utiliza como factor de atribución la culpa, sino el riesgo y en tal medida asigna la responsabilidad al propietario del bien, no en razón de ser propietario, sino de ser el que se beneficia de su uso o de la actividad que con él se desarrolla; es decir que el propietario es responsable en razón de ser quien tiene el bien bajo su poder y control, lo cual tampoco ocurre con las entidades financieras que actúan como locadoras en los contratos de leasing, pues aun cuando son las propietarias, no ejercen ningún tipo de control o injerencia sobre el uso de los bienes, sino que este es ejercido por la arrendataria.

Del modo expuesto, atribuir responsabilidad a la locadora en un contrato de leasing, solo por su condición de propietaria, a pesar de no tener ningún control sobre el uso del bien, además de resultar arbitrario e irrazonable, determina establecer un sobrecosto para el desarrollo de esta herramienta contractual que constituye un mecanismo de financiamiento de la actividad económica y que será transferido vía precios a los arrendatarios, encareciendo y por lo tanto desalentando la inversión, la generación de empleo y el crecimiento económico, consecuencias que deben ser analizadas a efectos de ponderar la trascendencia que los fallos judiciales pueden proyectar más allá de las partes que intervienen en el caso concreto.

## **BIBLIOGRAFIA.**

1. LEYVA SAAVEDRA, José: Contratos de Financiamiento. Edit. UNILAW. Perú, 2004.
2. MONTROYA ALBERTI, Hernando: El Contrato de Arrendamiento Financiero, en Revista Gaceta Jurídica, Setiembre 1994, Tomo IX.
3. SORIA AGUILAR, Alfredo: El Contrato de Leasing: Algunos Apuntes Acerca de su Actual Regulación en el Perú, en revista Derecho y Sociedad, N° 30, Pontificia Universidad Católica del Perú, julio 2008.



# DERECHO PROCESAL CIVIL





**Franciane Hasse**  
**Especialista em Direito Processual Civil (ICPG) e Especialiste em Direito Empresarial e dos Negócios (UNIVALI)**

## **O DIREITO PROCESSUAL CIVIL NO BRASIL: Do período colonial ao século XXI<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

O início do direito processual no Brasil remonta ao período colonial, que herdou da legislação de Portugal as Ordenações Filipinas, Manuelinas e Afonsinas. A ruptura com a legislação portuguesa não ocorreu com a independência do Brasil, em 1822. Naquele período, permaneceu o uso da lei portuguesa, desde que não contrastasse com a supremacia conquistada tão arduamente. A sistemática processual desde então teve várias codificações, iniciando em 1832 com a promulgação do Código de Processo Criminal do Império. Em 1876 elaborou-se a Consolidação das Leis de Processo Civil, sendo que em 1936 promulgou-se a primeira lei processual em âmbito federal. Em 1939 surgiu o primeiro Código de Processo Civil e em 1973 a reforma do referido Código. O Código de 1973 passou por uma série de reformas e emendas, e em 2015 nasceu uma nova codificação processual civil. Além da codificação de 2015, o processo civil precisa estar atento às leis do processo judicial eletrônico (atualmente lei nº 11.419/2006), grande marco do século XXI em terras brasileiras. Assim, a presente pesquisa pretende apresentar uma síntese evolutiva do direito processual civil no Brasil, não se esgotando o tema. O método a ser usado será o dedutivo e a modalidade de pesquisa a exploratória, por meio de levantamento bibliográfico.

Palavras-chave: Processo Civil; Código de Processo Civil; Processo Judicial Eletrônico.

### **RESUMEN**

El inicio del derecho procesal en Brasil se remonta al período colonial, que heredó de la legislación de Portugal las Ordenaciones Filipinas, Manuelinas y Afonsinas. La ruptura con la legislación portuguesa no ocurrió con la independencia de Brasil, en 1822. En aquel período, permaneció el uso de la ley portuguesa, desde que no contrastara con la supremacia conquistada tan arduamente. La sistemática procesal desde entonces tuvo varias codificaciones, iniciando en 1832 con la promulgación del Código de Proceso Criminal del Imperio. En 1876 se elaboró la Consolidación de las Leyes de Proceso Civil, siendo que en 1936 se promulgó la primera ley procesal en ámbito federal. En 1939 surgió el primer Código de Proceso Civil y en 1973 la reforma de dicho Código. El Código de 1973 pasó por una serie de reformas y enmiendas, y en 2015 nació una nueva codificación procesal civil. Además de la codificación de 2015, el proceso civil necesita estar atento a las leyes del proceso judicial electrónico (actualmente ley nº 11.419/2006), gran hito del siglo XXI en tierras brasileñas. Así, la presente investigación pretende presentar una síntesis evolutiva del derecho procesal civil en Brasil, no agotándose el tema. El método a ser utilizado será el deductivo y la modalidad de investigación a exploratoria, por medio de levantamiento bibliográfico.

Palabras clave: Proceso Civil; Código de Proceso Civil; Proceso Judicial Electrónico.

1. *El contenido de este artículo es parte integrante de la Disertación de Maestría de labores de la autora de este texto. La Disertación fue titulada: "Proceso Judicial electrónico en Brasil: implicaciones y perspectivas del proceso en la sociedad y en la democracia digital". Tradução: O conteúdo deste artigo é parte integrante da Dissertação de Mestrado de lavra da autora deste texto. A Dissertação foi intitulada: "Processo Judicial eletrônico no Brasil: implicações e perspectivas do processo na sociedade e na democracia digital".*
2. *Mestra em Direito (Faculdade Meridional – IMED). Especialista em Direito Processual Civil (ICPG) e Especialista em Direito Empresarial e dos Negócios (UNIVALI). Graduada em Direito e em Sistemas de Informação (UNIDAVI). Professora do curso de Direito e do curso de Sistemas de Informação, da UNIDAVI. Coordenadora da Escola Superior de Advocacia (ESA) - Subseção de Rio do Sul, da OAB, Seção de Santa Catarina. Conselheira Suplente da Subseção de Rio do Sul, da OAB, Seção de Santa Catarina. Advogada OAB/SC.*

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo demonstrar que a existência do Direito Processual remonta ao Brasil Colônia, o qual possuía características da legislação portuguesa. De início, necessário mencionar que não se pretende esgotar o tema, apenas apresentar uma breve leitura acerca da evolução processual no Brasil.

A temática justifica-se em função da relevância do estudo do direito processual civil e a compreensão de sua evolução histórica.

Com o objetivo de apresentar o tema, o artigo está dividido em dois momentos. O primeiro, intitulado "Síntese da evolução do direito processual no Brasil". Neste momento da pesquisa, mostrar-se-á que apesar da independência em 1822, ainda permaneceu o laço legislativo entre Brasil e Portugal, e que o primeiro Código de Processo Civil brasileiro foi promulgado em 1973. Após as diversas reformas, no ano de 2015 teve-se nova codificação processual (Lei nº 13.105/2015).

Na segunda etapa da pesquisa, cujo título é "Síntese evolutiva da informatização da justiça: a origem do Processo Judicial eletrônico (PJe) no Brasil" mostrar-se-á que o Processo Judicial eletrônico (PJe) – Lei nº 11.419/2006 – faz parte do processo de transformação do sistema processual. Assim percebe-se que aliada à evolução legislativa, está a utilização das novas tecnologias para o bem caminhar do processo civil no Estado brasileiro.

Para a construção da presente pesquisa, o método a ser usado será o dedutivo e a modalidade de pesquisa a exploratória, por meio de levantamento bibliográfico.

## 2. SÍNTESE DA EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL NO BRASIL

O Direito Processual, e por consequência, o processo judicial, ao longo dos anos, evolui sistematicamente no Estado brasileiro, merecendo ser abordada, ainda que de forma breve, sua evolução.

O início da história do Direito brasileiro remonta ao Brasil Colônia, que herdou da legislação de Portugal as Ordenações Filipinas, Manuelinas e Afonsinas<sup>1</sup>. Pontes de Miranda, metaforicamente, diz que não se pode estudar o Direito brasileiro desde as suas sementes, pois "[...] nasceu do galho de planta trazido pelo colonizador português [que] [...] trouxe e enxertou no novo continente"<sup>2</sup>.

Com a Independência do Brasil, em 1822, não se teve o rompimento com a legislação de Portugal. Assim, utilizaram-se as leis esparsas portuguesas e as Ordenações Filipinas<sup>3</sup>, desde que esta legislação não refutasse a supremacia brasileira.<sup>4</sup> Muitas foram as legislações que buscaram a sistemática processual. A exemplo, em 1832 houve a promulgação do Código de Processo Criminal do Império, o qual foi alterado em 1841, na tentativa de majorar o poder de polícia. Em 1850, posteriormente à elaboração do Código Comercial, foi editado o Regulamento 737, que buscava regular o processo comercial. Em 1876, elaborou-se a Consolidação das Leis de Processo Civil, sendo que em 1890, ampliou-se a regra do Regulamento 737/1850, que passou a atender as causas cíveis. Apenas em 1930 iniciou-se a reforma do Direito Processual Civil brasileiro, e em 1936 foi promulgada a primeira lei processual do

1 **JOBIM, Marco Félix.** *O processo no Brasil: esforço histórico.* In: \_\_\_\_\_. *Teoria, História e Processo: com referências ao CPC/2015.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 104.

2 **PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti.** *Fontes e evolução do direito civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 27.

3 **RODRIGUES, Horácio Wanderlei.** *LAMY, Eduardo de Avelar. Breve Histórico do Direito Processual no Brasil.* In: \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: Atlas, 2016. p. 45.

4 **THEODORO JÚNIOR, Humberto.** *Direito processual civil brasileiro.* In: \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I.* 57 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 17.

âmbito federal (número 319), que regulamentava os recursos das decisões finais das Cortes de Apelação e de suas Câmaras.<sup>5</sup>

Segundo Theodoro Júnior, “diante do fracasso do sistema de esfacelamento do direito processual em códigos estaduais, a Constituição de 1934 instituiu o processo unitário, atribuindo à União a competência para legislar a respeito”.<sup>6</sup>

Em 1939 surgiu o primeiro Código de Processo Civil brasileiro e em 1973 a reforma do referido Código. O Código de 1973 passou por uma série de reformas e emendas, e em 2015 nasceu uma nova codificação processual civil<sup>7</sup>, atenta à moderna processualística. A Lei nº 13.105/2015<sup>8</sup>, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, entrou em vigor em 18 de março de 2016.



5 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. LAMY, Eduardo de Avelar. *op. cit.* p. 46-47.

6 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Códigos unitários. In: \_\_\_\_\_, Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 57 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 19.*

7 Segundo Theodoro Júnior, “Muito se discutia sobre a conveniência, ou não, de dotar o país de uma nova codificação, tendo em vista o reconhecimento, pela maioria, da boa qualidade técnica do Código de 1973. No entanto, a frequência com que este vinha sendo submetido a constantes emendas acabou por gerar, nos últimos tempos, um clima social de desconfiança, com sérias repercussões sobre o sentimento de segurança jurídica em torno da prestação jurisdicional civil entre nós. Era, de fato, aconselhável que fosse aplacado o verdadeiro furor renovativo com que se comandava a onda de reformas parciais da última lei processual civil. Nessa quadra, venceu a ideia de que a adoção de um novo Código, além de incorporar ao direito positivo institutos processuais modernos, realizaria a relevante tarefa de pôr cobro ao ambiente desagregador implantado pela onda cada vez mais intensa e desordenada de emendas pontuais”. \_\_\_\_\_, *O Novo Código de Processo Civil. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 57 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 20-29.*

8 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Códigos unitários. In: \_\_\_\_\_, Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 57 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 20-29.*

Premente mencionar que antes da edição do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o legislativo buscava alternativas para que se tivesse um processo civil mais dinâmico e moderno. Assim, inúmeras leis esparsas foram criadas para que ocorressem as mudanças necessárias. Instituiu-se, inclusive, o PJe – Lei nº 11.419/2006 – no Estado brasileiro.

A seguir, abordar-se-á a síntese evolutiva da informatização da justiça e a origem do PJe no Brasil.

### 3. SÍNTESE EVOLUTIVA DA INFORMATIZAÇÃO DA JUSTIÇA: A ORIGEM DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO (PJe) NO BRASIL

Bauman alerta que viver no mundo pós-moderno demanda um grande esforço. É uma empreitada assustadora e para sempre inacabada. Os homens todos os dias tentam compreender o presente, a partir de significados aprendidos no passado. Ainda procuram, desesperadamente, organizar as experiências para permitir a compreensão lógica do novo que se anuncia.<sup>9</sup>

Com o cotidiano, todas as áreas da produção do conhecimento não são capazes de tangenciar estas transformações. Os novos fenômenos globais modificam os tradicionais referenciais do conhecimento, esgotando-os e exigindo readaptação. Isso acontece também com o Direito e, como será visto, com o PJe.

O Poder Judiciário, por certo, não ficaria longe desse cenário de inovação. Desde a sua criação, os processos (e porque não, os procedimentos)<sup>10</sup> são registrados em papel. Todavia, neste início de século, quando as relações foram afetadas diretamente pela era digital, demandou-se adaptação do sistema judiciário a esse novo paradigma. Este ajuste permitiu melhor fluidez dos atos processuais, além de amenizar o impacto ambiental causado pelo alto consumo de papel em virtude da alta demanda processual e, conseqüentemente, dos processos físicos.

A influência da era digital sobre o Poder Judiciário

9 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 7-8.*

10. Os temas que se referem ao processo e ao procedimento serão tratados em artigo oportuno.

começou em 1999, por meio da Lei nº 9.800/1999<sup>11</sup>, cuja legislação permitiu às partes valerem-se de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. Para Clementino, embora a referida norma, naquele momento, tenha sido um pouco acanhada, permitiu que surgissem conceitos mais avançados sobre o emprego dos meios tecnológicos à efetivação da justiça.<sup>12</sup>

Já no ano de 2001, a Lei nº 10.259/2001, ao instituir os Juizados Especiais Federais, também admitiu que alguns atos processuais<sup>13</sup> pudessem ser realizados por via (meio) eletrônica, mas ainda de forma bastante tímida. Algum tempo depois, a partir da mesma lei, o presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) resolveu implementar por meio da Resolução nº 13/2004, um projeto piloto que propunha a informatização dos processos no âmbito dos Juizados Especiais Federais daquela região.<sup>14</sup> 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.

Muitos foram os Projetos de Lei associados à informatização do PJe, e entre estes encontram-se: PL 1.228/2003, PL 1.796/2003, PL 305/2003, PL 966/2003, PL 1.334/2003, PL 1.237/2003, PL 238/2002, PL 95/2001, PL 5.828/2001, PL 3.655/2000, PL 2.437/2000, PL 228/2000, PL 1.233/1999. O Projeto de Lei nº 5.828/2001, que dispunha sobre a informatização do PJe teve

11. Almeida Filho cita que “com o advento da Lei nº 8.245/91, conhecida como Lei do Inquilinato, temos a primeira previsão de utilização de um meio eletrônico para a prática de ato processual – no caso a citação –, qual seja, o fac-símile. Contudo, por disposição expressa do texto legal, a citação somente será possível desde que prevista contratualmente. Mas não temos conhecimento deste procedimento ter sido adotado. Também se desconhece jurisprudência a respeito”. ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Breve Retrospectiva no Processo Civil*. In: \_\_\_\_\_. *Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 63-64.

12. CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Processo eletrônico e legislação*. In: \_\_\_\_\_. *Processo judicial eletrônico*. 1ª edição (2007), 2ª reimpressão (2012), Curitiba: Juruá, 2012. p. 73.

13. A exemplo o artigo 8º, §2º, da Lei nº 10.259/2001: Art. 8º As partes serão intimadas da sentença, quando não proferida esta na audiência em que estiver presente seu representante, por ARMP [...] §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/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm)>. Acesso em: 16 jan. 2017.

14. Resolução 12 de 11 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.jfsc.jus.br/ead/PDF/Resolucao13-2004.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

parecer favorável em 22 de maio de 2002. Em 10 de junho de 2002 determinou-se o apensamento deste ao Projeto de Lei nº 6.896/2002 antes mencionado, e em 19 de junho de 2002, o Plenário aprovou a redação final. Em 20 de junho de 2002, o Projeto de Lei foi encaminhado ao Senado Federal, obtendo o número 71/2002. Este Projeto de Lei recebeu críticas da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania pelo que, sofreu alterações até a sua conversão em Lei.<sup>15</sup>

Aludida Lei, que teve por número 11.419/2006, foi sancionada especialmente para regulamentar a informatização do processo judicial, aos processos civil, penal e trabalhista. Segundo Calmon, a Lei nº 11.419/2006 completa “uma lacuna, criando processo eletrônico, a chamada via rápida, de fácil acesso, sob o espírito da modernidade”.<sup>16</sup>

Para Carreira Alvim e Cabral Júnior, a Lei nº 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, estabelece no Estado brasileiro “[...] o processo eletrônico, impropriamente chamando ‘virtual’, que, há algum tempo, vem tentando [...] agilizar o processo ortodoxo, com a utilização da informática, a mais importante e fantástica revolução tecnológica do século XX”.<sup>17</sup>

Em se tratando de regulamentação, a referida legislação introduziu no artigo 154<sup>18</sup> do Código de Processo Civil de 1973, dois parágrafos, os quais disciplinam a prática dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.<sup>19</sup> Neste contexto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) teve participação fundamental.

15. CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Processo eletrônico e legislação*. In: \_\_\_\_\_. *Processo judicial eletrônico*. 1ª edição (2007), 2ª reimpressão (2012), Curitiba: Juruá, 2012. p. 79-84.

16. ABRÃO, Carlos Henrique. *Introdução*, In: \_\_\_\_\_. *Processo eletrônico: processo digital*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1.

17. ALVIM, J. E. Carreira. CABRAL JÚNIOR, Silvério Nery. *Da informatização do processo judicial*. In: \_\_\_\_\_. *Processo judicial eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 16.

18. Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial. Parágrafo único. Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

19. CALMON, Petrônio. *Comparação entre os parágrafos do Art. 154 do CPC e a Lei nº 11.419*. In: \_\_\_\_\_. *Comentários à lei de informatização do processo judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 4-5.

Isto porque os dispositivos legislativos 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.<sup>20</sup>

De acordo com dados do CNJ, atualmente aderiram ao PJe:<sup>21</sup> a) as justiças estaduais de 20 Estados brasileiros, juntamente com o Distrito Federal; b) Justiça Militar de São Paulo e Minas Gerais; c) todas as instâncias da Justiça do Trabalho; c) as cinco regiões dos Tribunais Federais; d) o Conselho da Justiça Federal; e) Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

O PJe proporciona: i) a publicidade dos atos do processo, podendo as peças serem acessadas pelas partes envolvidas com facilidade, ressalvadas aquelas com restrição em função de sigilo; ii) velocidade, pois permite que as peças processuais sejam inseridas no processo rapidamente, além de viabilizar a resolução de conflitos em menor tempo; iii) traz, também, preocupação com a segurança e a autenticidade dos dados processuais disponibilizados, já que sem o cuidado com o sistema, pode haver risco de exposição à hackers.<sup>22</sup>

É evidente que esta nova forma de processo apresenta bons resultados, mas também acarreta alguns problemas. Estas dificuldades não passam despercebidas pelo Conselho Nacional de Justiça que monitora os resultados do programa a partir de boletins mensais.<sup>23</sup> Além do que, oferece informações sobre o programa e incentiva a sua adoção por parte dos tribunais.

Divulgam-se, ainda, os resultados logrados em todas as partes do país, contabilizando os avanços e as perspectivas deste ambicioso projeto que,

**20. Resolução nº 185 de 18/12/2013 instituindo o Processo Judicial Eletrônico – PJe. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2492>>. Acesso em: 16 jan. 2017.**

**21. As instâncias do Poder Judiciário que aderiram ao projeto estão elencadas no seguinte link <<http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pje/2011-05-13-20-12-46>>. Acesso: 16 jan. 2017.**

**22. CARDOSO, Sérgio Eduardo. Viabilidade da utilização da metodologia dos sistemas flexíveis – ssm no planejamento de ações estratégicas do poder judiciário. Tese de doutorado apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PEPS5196-T.pdf>>. Acesso: em 17 jan. 2017.**

**23. Os Boletins podem ser acessados por meio do link <<http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pje/boletim-pje>>. Acesso em: 16 jan. 2017.**

ao mesmo tempo, conquista adeptos e encontra resistência em muitas comarcas. Entretanto, ainda que seja uma ideia bastante promissora, principalmente por economizar o uso de papel – e com isso cumprir sua função ambiental –, conter espaço nas repartições forenses e difundir informações entre as partes sobre o processo, é inegável que o projeto enfrenta problemas estruturais.

Para discutir essa problemática, em fevereiro de 2013, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) reuniu os presidentes das Comissões de Tecnologia da Informação das Seccionais de todo o país para detectar problemas enfrentados pelos advogados diante do PJe, e apontar possíveis soluções. Dentre os maiores obstáculos à implementação do processo eletrônico apontam-se: a infraestrutura deficiente de Internet, dificuldades de acessibilidade, problemas nos sistemas de processo eletrônico, necessidade de melhorias na utilização do sistema e a falta de unificação dos sistemas de processo eletrônico.<sup>24</sup>

Há ainda resistência na recepção do sistema por parte de alguns servidores do Poder Judiciário, que reclamam da falta de estrutura para tornar essa atitude mais prática para todos os usuários do serviço. Estas pessoas sinalizam a incapacidade de suportar a transmissão de dados virtuais, fazendo com que o trabalho nas repartições seja ainda mais moroso e burocrático. Soma-se ainda, a falta de estabilidade do próprio sistema, no sentido de que praticamente todos os meses os softwares sofrem alterações, causando confusão entre os usuários.<sup>25</sup>

Atento às diversas reclamações surgidas por todo o país, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou no Boletim de dezembro de 2015<sup>26</sup> o concurso A Maratona do Processo Judicial Eletrônico (PJe), elaborado para receber projetos

**24. Disponível em: [www.oab.org.br/noticia/25217/oab-aponta-os-cinco-maiores-problemas-do-processo-judicial-eletronico](http://www.oab.org.br/noticia/25217/oab-aponta-os-cinco-maiores-problemas-do-processo-judicial-eletronico). Acesso em: 17 jan. 2017.**

**25. MARTINES, Fernando. Falhas do PJe violam prerrogativas da defesa e prejudicam cidadão, diz advogado. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2016-jan-10/advogado-nao-adaptado-pje-afirma-especialista-area?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](http://www.conjur.com.br/2016-jan-10/advogado-nao-adaptado-pje-afirma-especialista-area?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)>. Acesso em: 16 jan. 2017**

**26. Boletins do Conselho Nacional de Justiça sobre o PJe disponíveis: [www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pje/boletim-pje/archive/view/listid-19-assessores-de-comunicacao-do-poder-judiciario/maillid-7902-boletim-pje-edicao-14](http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pje/boletim-pje/archive/view/listid-19-assessores-de-comunicacao-do-poder-judiciario/maillid-7902-boletim-pje-edicao-14). Acesso em: 16 jan. 2017.**



de desenvolvimento em tecnologia da informação para aperfeiçoamento do PJe. Foram recebidas 38 propostas de 15 tribunais brasileiros, que tiveram por finalidade elaborar “O caminho para otimizar a Justiça”.

A proposta parece ser promissora, com objetivos direcionados para resolver as problemáticas enfrentadas pelos servidores que trabalham com o sistema que, inicialmente, parecia promissor. No entanto, ainda que já tenham passados anos desde sua implementação, enfrentam-se dificuldades com a precária estrutura para atender a demanda. Sem dúvidas, há ainda um longo caminho a ser percorrido. Os problemas devem ser sanados e melhorias devem ser propostas, pois diante do mundo como se apresenta no século XXI, não há mais possibilidade de exibir-se o processo de forma física e não virtual (eletrônico).



#### 4. CONCLUSÃO

No presente artigo, mostrou-se que a existência do Direito Processual remonta ao Brasil Colônia, o qual possuía características da legislação portuguesa. Apenas em 1934, a Constituição da República Federativa do Brasil instituiu o processo judicial unitário. O primeiro Código de Processo Civil brasileiro foi promulgado no ano de 1973.

WApós diversas reformas e emendas, em 2015, por meio da Lei nº 13.105/2015, instituiu-se o novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 de março de 2016.

Desde o ano de 1999, o Poder Judiciário, e consequente o direito processual civil, é atingido por influências digitais. A Lei nº 9.800/1999 permitiu que as partes utilizassem de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais, pela via eletrônica. Contudo, foi a partir da Lei nº 11.419/2006, que dispõe

sobre a informatização do processo judicial, que os softwares passaram a ser efetivamente desenvolvidos pelo Poder Judiciário.

As mudanças incluídas no Código de Processo Civil de 2015 são, igualmente, no sentido de ter-se a tramitação dos processos judiciais por meio da plataforma digital.

Em razão disto, exige-se a readaptação para a utilização das novas tecnologias, a fim de tornar-se o processo judicial mais dinâmico, e via de consequência, o direito processual civil mais moderno e eficiente.

#### 5. Referências

ABRÃO, Carlos Henrique. Processo Eletrônico - Processo Digital. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. Processo eletrônico e a teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALVIM, J. E. Carreira. CABRAL JÚNIOR, Silvério Nery. Processo judicial eletrônico. Curitiba: Juruá, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Lei nº 11.419 de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 de dez. de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm)>. Acesso em: 7 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 de dez. de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Portaria nº 26, de 10/03/2015. Institui a Rede de Governança do Processo Judicial Eletrônico

(PJe). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2932>>. Acesso em 03 jun. 2017.

CALMON, Petrônio. Comentários à lei de informatização do processo judicial. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARDOSO, Sérgio Eduardo. Viabilidade da utilização da metodologia dos sistemas flexíveis – ssm no planejamento de ações estratégicas do poder judiciário. Tese de doutorado apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PEPS5196-T.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. Acesso à justiça. In: \_\_\_\_\_. Processo judicial eletrônico. 1ª edição (2007), 2ª reimpressão (2012), Curitiba: Juruá, 2012.

JOBIM, Marco Félix. Teoria, História e Processo: com referências ao CPC/2015. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MARTINES, Fernando. Falhas do PJe violam prerrogativas da defesa e prejudicam cidadão, diz advogado. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016->

jan-10/advogado-nao-adaptado-pje-afirma-especialista-area?utm\_source=dlvr.it&utm\_medium=facebook>. Acesso em: 16 jan. 2017.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. A governança em tecnologia da informação como solução para mitigar as vulnerabilidades das práticas processuais por meio eletrônico. In: \_\_\_\_\_. Processo Judicial eletrônico. Coordenação: Marcus Vinícius Furtado Coelho e Luiz Cláudio Allemand. Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito e da Tecnologia e Informação, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Fontes e evolução do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. LAMY, Eduardo. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Atlas, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 57 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.





# DERECHO DE FAMILIA





## MATERIA DE PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES VICTIMAS DE VIOLENCIA

Srta. Delcy Yaniri Heredia Silva  
Jefa de la Oficina Defensorial del Callao



### **Actuación de la Oficina**

Defensorial del Callao en materia de Protección de los Derechos de las Mujeres Víctimas de Violencia

#### **1. Competencia de la Defensoría del Pueblo**

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 161° y 162° de la Constitución Política del Perú y el artículo 1° de su Ley Orgánica, Ley N° 26520, la Defensoría del Pueblo es el organismo constitucionalmente autónomo encargado de defender los derechos constitucionales y fundamentales de las personas y la comunidad, así como de supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la adecuada prestación de servicios públicos.

En el marco de sus competencias constitucionalmente atribuidas, y conforme a lo dispuesto por Ley Orgánica, la Defensoría del Pueblo ha llevado a cabo distintas investigaciones sobre el funcionamiento de los servicios de atención a mujeres víctimas de violencia y a los integrantes del grupo familiar.

Cabe recordar que desde sus inicios la

Defensoría del Pueblo ha mostrado un especial interés en la defensa y promoción de los derechos de las mujeres, formulando recomendaciones y sugerencias a las autoridades, funcionarios/as y servidores de la administración pública con el objetivo de contribuir a la adopción de las medidas necesarias para garantizar su derecho a una vida libre de violencia y demás derechos fundamentales.

En este marco, la Oficina Defensorial del Callao –dentro de su competencia territorial– ha realizado una serie de supervisiones a los distintos sectores involucrados en la defensa, tutela e investigación de actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, con el objetivo de evaluar y contribuir a mejorar los servicios, especialmente a nivel de la Policía Nacional del Perú, Poder Judicial, Ministerio Público y Ministerio de Salud.

#### **2. Investigaciones de la Oficina Defensorial del Callao orientadas a la protección de los derechos de las mujeres víctimas de violencia.**

La Oficina Defensorial del Callao inicia investigaciones de oficio o a pedido de parte ante situaciones de afectación y/o amenaza de afectación de los derechos fundamentales de las

mujeres víctimas de violencia. La intervención defensorial tiene como fin supervisar el cumplimiento de los deberes de los órganos del sistema de justicia y de la administración pública en general, para garantizar que sus funciones se realicen respetando los derechos de las víctimas.

En esta línea, en el año 2002, se emitió el Informe N° 61, denominado: “Violencia Familiar contra la mujer en el Callao” ante el incremento de quejas presentadas contra las comisarías en materia de violencia familiar durante el periodo abril 1998 - abril 2001. Dicho informe permitió evaluar la aplicación del Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260 - Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, en la Provincia Constitucional del Callao, a través de la revisión y análisis de expedientes policiales, fiscales y judiciales, y plantear recomendaciones a las diversas entidades involucradas.

Posteriormente, en el año 2015 la Adjuntía para los Derechos de la Mujer de manera conjunta con la Oficina Defensorial del Callao emitió el Informe de Adjuntía N° 003-2015-DP/ADM denominado: “Violencia Contra las Mujeres en Relación de Pareja en el Callao”, en el cual se supervisó a la Policía Nacional y al Ministerio Público en el marco de la atención de casos de violencia contra las mujeres en relaciones de pareja en el Callao.

Con los hallazgos preliminares se envió a la Región Policial Callao el Oficio N° 1040-DP/OD-CALLAO del 06 de octubre de 2014, recomendando optimizar la organización y el manejo de los archivos y los informes policiales; asignar el presupuesto necesario para que las comisarías ofrezcan espacios adecuados en la atención de los casos de violencia familiar; así como el presupuesto para la adquisición de mobiliario, material de oficina, equipos de cómputo, entre otros, para contribuir a mejorar la calidad del servicio de las comisarías de la jurisdicción.

Paralelamente, al Ministerio Público del Callao, mediante Oficio N° 727-2014-DP/OD-Callao, de fecha 17 de julio de 2014, se recomendó corregir la demora en la emisión de las pericias psicológicas por parte del Instituto Médico Legal del Callao, a fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y la continuidad del procedimiento de investigación preliminar de la denuncia, considerando la naturaleza del proceso y los plazos establecidos en el marco jurídico de protección de la violencia familiar vigente en

dicho momento (Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260 - Ley de Protección frente a la Violencia Familiar).



### **3. Supervisiones de la Oficina Defensorial del Callao respecto del nivel de cumplimiento de la Ley N° 30364.**

Ante la entrada en vigencia de este nuevo marco legal, la Oficina Defensorial del Callao, como colaborador crítico de la Administración Estatal, inició una serie de supervisiones a fin de verificar el cumplimiento de la Ley y su Reglamento en los diferentes sectores responsables de su implementación, con especial preeminencia en los casos de violencia contra la mujer. Para ello se llevaron a cabo supervisiones: i) todas las comisarías de la Región Policial del Callao, ii) Divisiones Médicos Legales del Callao y Ventanilla, ii) Red de Salud de Ventanilla y iv) dos Juzgados de Familia de las Cortes Superiores de Justicia del Callao y Ventanilla.

#### **3.1. Objetivos, metodología y ámbito de aplicación de la investigaciones iniciadas en el marco de la Ley N° 30364.**

##### **3.1.1. Objetivos.**

Las supervisiones iniciadas en el marco de Ley N° 30364, ante la Región Policial del Callao, División Médico Legal Callao y Ventanilla, Red de Salud de Ventanilla, Cortes Superiores de Justicia del Callao y Ventanilla han tenido principalmente dos objetivos comunes:

Evaluar el cumplimiento de la Ley N° 30364 – Ley para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

Plantear recomendaciones a los sectores/entidades competentes en materia de prevención, sanción y erradicación de los casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.



### 3.1.2. Estrategia metodológica.

Con relación a la estrategia metodológica que se ha seguido, es importante señalar que estas investigaciones han comprendido la realización de i) visitas inopinadas, ii) entrevistas con los titulares de las entidades investigadas o el personal a cargo durante la supervisión, y iii) la aplicación de fichas de supervisión para el recojo de información. Acciones que se llevaron a cabo en:

- Las Veinte (20) comisarías del Callao, donde se sostuvo entrevistas con los efectivos policiales de la Sección de Familia y se aplicó la ficha de supervisión para recabar información.
- Las dos (02) Divisiones Médico Legales del Callao y Ventanilla, en ellas se entrevistaron a los médicos jefes/as y/o médico responsable al momento de la supervisión.
- Dos (02) Juzgados de Familia del Callao y Ventanilla, en los cuales se analizaron 100 expedientes de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.
- Los dieciséis (16) establecimientos de salud de la Red de salud de Ventanilla, en los cuales se entrevistó a los médicos jefes y/o responsables de los establecimientos, al momento del recojo de información.

### 3.1.3. Ámbito de las supervisiones.

Las supervisiones se realizaron en entidades ubicadas dentro de la competencia territorial de

la Oficina Defensorial del Callao, habiéndose iniciado la primera investigación en noviembre de 2016 y la última en octubre de 2017. Tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 01  
Entidades supervisadas en la Región Callao

Sector Supervisado	Entidad de la Región Callao	Unidad supervisada	Periodo de supervisión
Ministerio del Interior	Región Policial del Callao	20 Comisarias	Noviembre de 2016
Misterio Publico	Distrito Fiscal del Callao	DML-Callao	Febrero de 2017
	Distrito Fiscal de Ventanilla	DML-Ventanilla	Febrero de 2017
Poder Judicial	Corte Superior de Justicia del Callao	2do Juzgado de Familia	Marzo de 2017
	Corte Superior de Justicia de Ventanilla	2do Juzgado de Familia	Marzo de 2017
Ministerio de Salud	Red de Salud Ventanilla	16 establecimientos de salud	Octubre de 2017

Elaboración: Defensoría del Pueblo

Adicionalmente, es importante mencionar que para la elaboración de los respectivos informes se aplicó también la técnica investigativa de la observación directa con la finalidad de poder verificar: i) si las entidades supervisadas contaban con espacios adecuados para la atención de las usuarias, ii) identificar la forma en que organizaban u ordenaban la información vinculada a los archivos.

### 3.2. Hallazgos de las supervisiones realizadas por la Oficina Defensorial del Callao en el marco de la Ley 30364.

Es preciso indicar que, la Ley N° 30364- Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, articula de manera detallada – las funciones y competencias que corresponden a las instituciones públicas involucradas en la protección frente a la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, así, la Ley ha detallado específicamente las responsabilidades sectoriales –entre otras- del Ministerio del Interior, Ministerio Publico, Poder Judicial. Es precisamente sobre esta base que se presentan los siguientes resultados de la supervisión, con la finalidad de evaluar el cumplimiento del marco normativo vigente en la materia.

#### 3.2.1. Hallazgos en la supervisión a las Comisarias de la Región Policial del Callao.

- Se verificó que cuatro (04) de las comisarías supervisadas niegan la recepción de la denuncia cuando los hechos se suscitaron fuera de su jurisdicción, incumpliendo con lo establecido en la “Guía de Procedimientos

para la intervención de la Policía Nacional en el marco de la Ley N° 30364 Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar” y su Reglamento DS N° 009-2016-MIMP<sup>1</sup>, que señala que es obligación de la policía recibir la denuncia aun cuando corresponda a otra jurisdicción policial.

- Cuatro (04) comisarias cumplen con remitir la denuncia de violencia familiar dentro de las 24 horas de su presentación. Mientras que cuatro (04) de las comisarias supervisadas derivan la denuncia de violencia dentro de las 48 horas de su presentación, seis (06) dentro de las 72 y seis (06) después de las 72 horas de su presentación, todo esto pese a que la Ley en su artículo 15° dispone un plazo de veinticuatro (24) horas para que la Policía derive la denuncia de violencia a los Juzgados de Familia.
- Se constato que solo diez (10) de las comisarias del Callao cuentan y aplican las fichas de valoración de riesgo en los casos de violencia familiar que son presentados en sus dependencias, pese a que el artículo 28° de la Ley establece la aplicación de la “Ficha de valoración de riesgo” como un instrumento que luego - según las circunstancias específicas de cada caso - servirá para emitir pronunciamiento sobre las medidas de protección a favor de la víctima.

### **3.2.2. Hallazgos en la supervisión a la Divisiones Médicos Legales de Callao y Ventanilla.**

- Se constato que en cumplimiento del artículo 26° de la Ley, la DML-Callao y la DML-Ventanilla vienen brindando la atención gratuita (exámenes médicos y evaluaciones psicológicas) a las mujeres víctimas de violencia; a fin de garantizar el acceso a la justicia de las presuntas víctimas de actos de violencia.
- Se advirtió, que el personal de la DML-Callao ha sido capacitado en el manejo y aplicación de las cuatro guías<sup>2</sup> aprobadas mediante

*1. Aprobado mediante Resolución Directoral N° 925-A-2016-DIRGEN/EMG-PNP, del 12 de septiembre de 2016.*

*2. Guía de Procedimiento de Entrevista Única a Víctimas en el Marco de la Ley N° 30364 para Prevenir sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, y a Niños y adolescentes Varones Víctimas de Violencia.  
- Guía de Evaluación Psicológica Forense en Casos de Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar y en otros casos de Violencia.*

la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 3963-2016-MP-F, las cuales tienen por objeto brindar a los operadores de justicia herramientas de trabajo que les permita evitar la revictimización, una adecuada valoración integral de las lesiones producidas en las víctimas en el marco de los parámetros legales establecidos en el Código Penal y en las normas procesales vigentes. Sin embargo, el personal de la DML-Ventanilla no ha sido capacitado en el manejo y aplicación de las guías aprobadas mediante la citada resolución.

- Se observó el mal estado de algunos equipos médicos de la DML-Callao. siendo estos los siguientes: i) La cámara de conservación de cadáveres requiere de mantenimiento, por las constantes fallas en su funcionamiento ii) la mesa de operaciones se encuentra inhabilitada por falta de mantenimiento o adquisición de una nueva y iii) no se cuenta con los suficientes instrumentos médicos para el desempeño de sus labores, tales como: pinzas, tijeras de mano, separadores de cadáveres, extractores de aire, entre otros.
- Se constato que la DML-Ventanilla no cuenta con ambientes adecuados para la atención de los usuarios, ya que son compartidos por diversos profesionales, situación que no garantiza la privacidad en los exámenes físicos y evaluaciones psicológicas de los usuarios.

### **3.2.3. Hallazgos en los Juzgados de Familia de las Cortes Superiores de Justicia del Callao y Ventanilla:**

- Respecto al perfil de la relación entre la víctima y el agresor: En el caso del Callao, se pudo apreciar que la gran mayoría de víctimas tiene una relación distante con sus parejas, puesto que el 52% de las mismas son ex convivientes, mientras que en Ventanilla, el 42% mantienen la condición de ex pareja.
- En el Callao, la gran mayoría de denuncias fueron recibidas en las comisarías de la Policía Nacional del Perú (96%) y sólo un 4% provienen del Centro de Emergencia Mujer. En el caso de Ventanilla, el 80% de casos provienen de comisarías PNP, mientras que un 12% del CEM. Cabe rescatar que un

*- Guía Médico Legal de Valoración Integral de Lesiones Corporales.*

*- Guía de Valoración de Daño Psíquico en Personas Adultas Víctimas de Violencia Intencional.*

significativo 8% de los casos en el Juzgado de Familia de Ventanilla fueron recibidos allí mismos.

- Se pudo verificar que en el juzgado del Callao, el 74% de casos sí se tomó en consideración la Ficha de Valoración Riesgo<sup>3</sup> para la emisión de medidas de protección. No obstante, el panorama es contrario en el juzgado de Ventanilla, donde se verificó que solo el 2% de los casos tuvieron en consideración la Ficha Valoración de Riesgo al momento de emitir las medidas de protección.
- En cuanto al nivel de Riesgo advertido en la Ficha de Valoración de Riesgo, se apreció que el Juzgado de Familia de Ventanilla, el único caso (2%) en que se tomó en cuenta dicha prueba consigna un alto nivel de riesgo calificado como “severo”. Por su parte, el juzgado del Callao, del 74% de casos en los que se tomó en cuenta la referida ficha para la emisión de medidas de protección, el 64% corresponden a “riesgo severo”, un 8% a “riesgo moderado” y sólo un caso (2%) a riesgo leve.

### 3.2.4. Hallazgos en la intervención a los establecimientos de salud de la Red de Salud de Ventanilla.

- De los dieciséis (16) establecimiento de salud supervisados, solo ocho (08) conocían de la vigencia de la Ley N° 30364, cabe precisar, que hasta la investigación, es decir - noviembre de 2017 - no se había hecho capacitaciones al personal de salud sobre los alcances de la Ley.
- Solo uno (01) de los establecimientos de salud de la Red Ventanilla ha cumplido con implementar en su Plan Estratégico Institucional metas, objetivos, productos directamente relacionados a la atención de mujeres víctimas de violencia, en el marco del artículo 45° inciso 3 literal a) de la Ley<sup>4</sup>.
- Se verificó que solo dos (02) establecimientos de salud<sup>5</sup> han implementado el uso de la “Guía

3. De acuerdo al artículo 28° de la Ley N° 30364, en casos de violencia de pareja, la Policía Nacional del Perú y el Ministerio aplican la Ficha de Valoración del Riesgo en mujeres víctimas de violencia de pareja como medida de prevención del feminicidio. La ficha sirve de insumo para el pronunciamiento del juez sobre las medidas de protección y debe ser actualizada cuando las circunstancias lo ameriten.

4. Señala que el sector salud es responsable de promover y fortalecer programas para la promoción, protección, recuperación y rehabilitación salud contribuyendo a lograr el bienestar y desarrollo de la persona.

5. Hospital de Ventanilla y Centro de Salud Materno Infantil

Técnica para la Atención de Salud Mental a Mujeres en Situación de Violencia Ocasionada por la Pareja o Expareja”, aprobado por el Ministerio de Salud para la atención de casos de violencia contra la mujer en el marco de la Ley N° 30364<sup>6</sup>.

- Se verificó que ningún establecimiento de salud ha expedido certificados de salud en el Marco de la Ley N° 30364, pese a que el artículo 10° literal c) establece que, todos los establecimientos de salud públicos que atiendan casos de violencia deben emitir los certificados correspondientes de calificación del daño físico y psíquico de la víctima.
- Por otra parte, se observó que las víctimas de violencia que acuden a los establecimientos de salud se les brinda la atención pertinente, pese a que por su condición socioeconómica no califiquen para el SIS Gratuito o estén afiliadas a EsSalud. En ese sentido, es importante resaltar que, los establecimientos de salud de la Red de Salud de Ventanilla están cumpliendo con garantizar la atención gratuita de las víctimas de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

### 3.3. Implementación de recomendaciones Defensoriales

En consideración a los hallazgos expuestos, la Oficina Defensorial del Callao al amparo de lo establecido en el artículo 162° de la Constitución, así como a lo previsto en los artículos 16° y 26° de la Ley N° 26520 - Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, recomendó a las entidades competentes en materia de prevención, sanción y erradicación de los casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, disponer las acciones pertinentes para subsanar los hallazgos advertidos.

#### 3.3.1. Acciones adoptadas por la Región Policial del Callao

La Región Policial del Callao mediante el Memorándum Múltiple N° 023-2017-REGPOLCALLAO/JEM-UNIPLA, dispuso que los Jefes de las Divisiones

Perú-Corea.W

6. El artículo 79° de la Ley señala que corresponde al Ministerio de Salud el aprobar lineamientos en salud pública para la atención, prevención y recuperación integral de las víctimas de violencia, para ello, contara con lineamientos sobre atención de casos de violencia familiar y maltrato infantil en los diferentes niveles de atención del sector salud.



Territoriales 1, 2 y 3 deberán ejercer un estricto control y supervisión en las comisarias bajo su mando a fin de dar cumplimiento a lo establecido en la Ley N° 30364.

Paralelamente, a través del Memorándum Múltiple N° 024-2017-REGPOLCALLAO/JEM-UNIPLA, se dispuso que el Jefe de la Oficina de Educación de la REGPOL Callao realizará cursos talleres y charlas, con el objetivo de capacitar al personal de la REGPOL Callao en especial del personal de la Sección Familia.

En esa perspectiva, se dispuso que los 20 Comisarios del Callao adopten las acciones y medidas correspondientes a fin de cumplir con las exigencias y disposiciones de la Ley N° 30364.

### **3.3.2. Acciones adoptadas por la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores de Ventanilla**

Por las gestiones impulsadas desde la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores de Ventanilla, la División Médico Legal de Ventanilla procedió a la contratación de 3 psicólogos, 7 médicos forenses, 1 odontólogo forense y 2 técnicos en enfermería, lo que ha permitido ampliar el horario de atención, así como implementar una nueva sede en el Distrito de Santa Rosa.

De igual modo, se ha implementado nuevos ambientes para los servicios de Medicina Legal y Psicología lo que ha permitido mejorar la atención brindada a los usuarios y usuarias.

Es importante señalar que estas intervenciones de la Oficina Defensorial del Callao buscan que haya un claro entendimiento de cómo la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar y su inadecuada atención termina afectando los derechos reconocidos a las víctimas de violencia.

Asimismo, no podemos dejar de lado la intención de mejorar las políticas públicas ya existentes sobre la materia, puesto que son instrumentos imprescindibles para la construcción de una sociedad más igualitaria e implican un compromiso ineludible con la protección de la integridad de la mujer, la niñez y adolescencia, que constituyen los grupos de mayor vulnerabilidad del Perú.

Finalmente, los dos informes defensoriales y las supervisiones realizadas por la Oficina Defensorial del Callao pretenden ser una contribución en ese camino y cuya intención es reafirmar el compromiso de la Defensoría del Pueblo de trabajar para la consolidación del derecho a una vida sin violencia dentro de la Región Callao.







# DERECHO PENAL





## EL DELITO DE FEMINICIDIO Y EL ACUERDO PLENARIO I - 2016

**Dr. Victor Jimmy Arbulu Martinez**  
Abogado y Magister UNMSM. Docente de la Academia de la Magistratura y Post Grado de la UNMSM. Juez Superior Titular de la Corte de Lima

### Planteamiento del problema

Ante la alta incidencia de delitos en agravio del género femenino en nuestro país como, y es de público conocimiento se tipificó como delito de dar muerte a una mujer como feminicidio el que no ha estado exento de crítica. La Corte Suprema ha dictado el Acuerdo Plenario 1-2016 que ha tratado de delimitar los contornos típicos tanto en el plano objetivo y subjetivo, de allí que el problema es examinar si esta interpretación del máximo órgano jurisdiccional tiene la solidez necesaria en el plano dogmático.

### Antecedentes del delito de feminicidio

La tipificación del delito de feminicidio tuvo un origen accidentado puesto que apareció en el CP con la Ley N° 29819, publicada el 27 diciembre 2011 cuando se modificó el Art. 107 Parricidio estableciéndose en el tercer párrafo que si el agente mataba a quien es o ha sido cónyuge o conviviente, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de feminicidio.

Examinando sus antecedentes legislativos tenemos que la iniciativa que pudo consolidar diversos proyectos fue el del Ejecutivo, que fue presentado como proyecto de ley 53/2011 de fecha 23 de noviembre del 2011<sup>1</sup>. En ella se

1 Vide Expediente virtual parlamentario de

sancionaba como feminicidio al sujeto activo que mataba a la víctima que había sido su cónyuge, concubina, o conviviente o estuvo ligada a él por una relación de afectividad aun sin convivencia.

Como fundamentos en la exposición de motivos se cita a la Convención de Belem do Para artículos 1, 3 y 7 b). El artículo 1 dice que la violencia contra la mujer debe entenderse a cualquier acción o conducta basada en su género, que cause daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer en el ámbito público o privado.

Art. 3 Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado y Art. 7 b) que establece que los Estados están obligados a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

La Corte Interamericana sostiene que se está ante violencia de género cuando se trata de actos dirigidos o planificados hacia las mujeres que resultan agravados por su condición de tales o que las afectan en mayor proporción que a los hombres<sup>2</sup>. Se hace referencia que en el caso Campo Algodonero Vs. México la Corte IDH utilizó el término feminicidio en el asesinato de tres

la ley N° Ley N° 29819. Recuperado en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradoccestproc/Expvirt\\_2011.nsf/visbusqpramdoc/00008?opendocument](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradoccestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqpramdoc/00008?opendocument) [Fecha 5 de noviembre del 2017]

2 Citado en el proyecto de ley 53/2011

mujeres en Ciudad Juárez que fueron victimadas bajo la influencia de una cultura de discriminación contra la mujer.

En el proyecto del ejecutivo 53/2011 se cita al Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público respecto a los datos de homicidio. Entre 2009 a 2011 (enero – setiembre) del total de mujeres víctimas de homicidio (705) el 34.8 % fue asesinada por sus parejas y ex parejas, mientras que en mismo lapso de (2863) hombres muertos solo el 1.6% lo fue por sus parejas o ex parejas. Estas cifras son altamente relevadora de un fenómeno en un contexto de relación presente convivencial, o conyugal o del pasado, que la reacción del hombre llegando al crimen es alta, respecto de la situación inversa, lo que nos permite inferir que hay una ostensible violencia de género, como también se menciona en el proyecto del ejecutivo.

Respecto de la penalización como parricidio de personas que han tenido relaciones de pareja en el pasado, cambia el sustento original de este delito pues no se admitía como parricidio el crimen de la ex conviviente, tipificándose sea como homicidio simple o agravado. No estaba considerado tampoco como parricidio entre personas que sólo tenían vínculo de enamoramiento. El feminicidio viene a cambiar este enfoque, pero distorsiona el sentido original del parricidio, con la modalidad del denominado feminicidio incorporándose una suerte de parricidio impropio en el caso de las ex parejas y que abre las puertas a que se lleve a tipificar en el ámbito de crímenes de odio a la homofobia, xenofobia como se sostiene en la doctrina<sup>3</sup>, cuando bien se pudo establecer en el homicidio calificado una agravante relacionada con móviles discriminatorios para abarcar a otras víctimas. El fundamento político criminal de este proyecto del ejecutivo es que el tratamiento dado como homicidio simple no cubre el grado de reprochabilidad de los crímenes entre parejas o ex parejas donde la víctima es mujer, por lo que se exige una mayor sanción, teniendo en cuenta que la pena mínima es de 15 años, y la máxima 35 años.

Ante las críticas en la doctrina el legislador dictó la Ley N° 30068, el 2013, que ubicó el feminicidio en el ámbito del asesinato u homicidio calificado artículo 108 CP, incorporando el artículo

3 Vide VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte Especial. Grijley. Lima, 2014, p.193.*

108-B. Se reprime al agente que mata a una mujer por su condición de tal, en diversos contextos. El ejecutivo remitió al Congreso el proyecto de ley N° 1616/ 2012- PE<sup>4</sup> con fecha 18 de octubre del 2012 que posibilitó fijar el feminicidio como un tipo separado del parricidio, pero dejándose un nexo, pues se proponía incorporar el Art. 107 A del CP, quedando al final como artículo 108 - B. Este proyecto amplía sus fundamentos para sustentar el feminicidio como crimen de odio y en determinados contextos pues han considerado que la redacción primigenia tenía dos limitaciones: No tipificaba adecuadamente las situaciones en las que podría encuadrarse una relación análoga, vulnerándose el principio de legalidad, y deja de lado el feminicidio íntimo. Al respecto tenemos que en la doctrina se clasifica el feminicidio como íntimo cuando es cometido por hombre con quien la víctima ha tenido una relación afectiva, no íntimo cuando no hay relación íntima, familiar, convivencial o afín, por conexión cuando la víctima muere por acción indirecta, como defender a otra mujer o por la comisión de un delito previo como violación sexual<sup>5</sup>.

En el examen de la legislación comparada el proyecto del ejecutivo N° 1616/ 2012- PE se señala que hay un enfoque amplio y otro restrictivo. El amplio está representado por Guatemala, El Salvador, Nicaragua y México, como crímenes contra la mujer como producto de la violación de sus derechos humanos conformadas por conductas misóginas, relaciones desiguales en el ejercicio del poder. La perspectiva restrictiva está representada en la legislación peruana, Costa Rica, y Chile, de allí que se propone situaciones de contexto para tipificar en el caso peruano.

Recientemente se ha dictado el Acuerdo Plenario I-2016 por la Corte Suprema estableciendo sus componentes típicos que vamos a desarrollar en la parte de la ratio decidendi.

El sujeto activo de este delito es un hombre concluye la Corte Suprema. Así lo sostiene en el siguiente considerando:

4 Vide Expediente virtual parlamentario de la ley 30068. Recuperado en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt\\_2011.nsf/didpley/7BA3CD3A3A6AB9560525791F005AC468](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/didpley/7BA3CD3A3A6AB9560525791F005AC468) [Fecha 5 de noviembre del 2017]

5 BERMÚDEZ TAPIA, Manuel en *Política criminal, políticas punitivas localizadas u homicidio de Revista de análisis especializado de jurisprudencia, tomo 44, febrero 2012 p. 244 citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte Especial. Grijley. Lima, 2014, p.193.*

*“32. Sujeto activo. - El sujeto activo en los delitos comunes tiene una misma presentación en el Código Penal . En general, el sujeto activo es identificable, por el uso de la locución pronominal “El que” y designa a la persona que puede realizar el tipo penal. En los delitos de homicidio se sigue igualmente el mismo estilo gramatical. Ahora bien, por la descripción general de las conductas homicidas, no existe duda alguna que con esta locución pronominal se alude, como sujeto activo, tanto al hombre como a la mujer. Cuando en el Código Penal se quiere circunscribir la condición de agente a sujetos cualificados o específicos (delitos especiales), se les menciona expresamente. Es el caso del delito de auto aborto o de aborto con abuso profesional, en donde los sujetos activos son “la mujer” o “el médico” respectivamente.”*

La Corte Suprema dice que la locución “el que” siempre ha aludido a un hombre o una mujer indistintamente, y otros establecen al sujeto activo como uno de característica especial. Esto llevaría a concluir que el sujeto activo puede ser una mujer o un hombre, por lo que fijando una excepción a la regla general de la locución “el que”, plantea una interpretación restringida.

*“33. Sin embargo, este convencionalismo lingüístico no es del todo claro para delimitar al sujeto activo en el delito de feminicidio. En el tipo penal vigente, el sujeto activo es también identificable con la locución pronominal “El que”. De manera que una interpretación literal y aislada de este elemento del tipo objetivo, podría conducir a la conclusión errada que no interesaría si el agente que causa la muerte de la mujer sea hombre o mujer. Pero la estructura misma del tipo conduce a una lectura restringida. Solo puede ser sujeto activo de este delito un hombre, en sentido biológico, pues la muerte causada a la mujer es por su condición de tal. Quien mata lo hace, en el contexto de lo que es la llamada violencia de género; esto es, mediante cualquier acción contra la mujer, basada en su género, que cause la muerte, Así las cosas, solo un hombre podría actuar contra la mujer, produciéndole la muerte, por su género o su condición de tal. Esta motivación excluye entonces que una mujer sea sujeto activo.”*

La Corte Suprema va a sustentar el género en lo biológico, concluyendo que el sujeto activo

solo puede ser una mujer. Esto tiene que ver con posturas que han planteado delimitar al sujeto activo debido a su orientación sexual, habiendo sido desestimada estas tesis por la Corte Suprema. Este es un criterio que comparto pues hacerlo desde la posición amplia podría implicar que se genere una anarquía en la interpretación, máxime si en un sentido criminológico tenemos que este delito nace a partir de la afectación brutal a la que ha sido sometida la mujer. Los planteamientos que una mujer puede ser feminicida, en base a su identidad sexual (lesbiana) distorsiona la finalidad político criminal de tutela de la mujer<sup>6</sup> que como género biológico ha sido la más afectada. Solo basta revisar las noticias y ver que la concurrencia de muchos crímenes fueron los que impulsaron a que se construya el tipo penal. No estamos obviamente considerando que se queden en el desamparo quienes son asesinados por identidad sexual, propio de un crimen de odio o discriminación, que también está en la base del crimen de feminicidio, sino que debiera establecerse como agravante del homicidio calificado la agravante de discriminación.

La corte Suprema al descartar que el sujeto activo solo puede ser un hombre ha concluido que el feminicidio por la calidad del agente es un delito especial.

*“34. En este sentido, aun cuando el tipo penal no lo mencione expresamente, el delito de feminicidio es un delito especial. Solo los hombres pueden cometer este delito, entendiendo por hombre o varón a la persona adulta de sexo masculino. Se trata de un elemento descriptivo que debe ser interpretado, por tanto, en su sentido natural. No es un elemento de carácter normativo que autorice a los jueces a asimilar dicho término al de identidad sexual. Tal interpretación sería contraria al principio de legalidad.”*

La Corte Suprema al afirmar que solo un hombre puede ser feminicida, establece que este es un elemento descriptivo, esto es que para su análisis solo es necesario apoyarse en el  
**6** *Vide nota “PERÚ: CORTE SUPREMA EMITE CUESTIONABLE PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL DELITO DE FEMINICIDIO. Si una lesbiana mata a su pareja mujer, nunca podría ser feminicidio. Sólo los hombres pueden ser feminicidas. Si un hombre mata a una mujer trans, tampoco podría ser feminicidio, ya que la condición de mujer trata sólo del aspecto biológico físico, no se toma en cuenta la identidad de género. La “condición de mujer” en el delito de feminicidio es sólo un gesto simbólico, lo que cuenta es el contexto de violencia. Un homicidio por ferocidad o placer nunca podría ser feminicidio.” <http://ninoylucia.com/articulos/Recuperado el 31-10-2017>*

sentido literal del mismo, y al no ser un elemento normativo, esto no autoriza a que los jueces asimilen dicho elemento al de identidad sexual.

### SUJETO PASIVO

El tipo penal de feminicidio previsto en el Artículo 108-B del Código Penal dice que se reprime al que mata a una mujer por su condición de tal. El sentido es biológico, desde la génesis de construcción de la norma prohibitiva que se dio en un contexto de crímenes contra el sector femenino. La finalidad del legislador fue reprimir a quienes atentaban contra la mujer, y una cosa es clara. No se discutió que la base para la protección era de hombres que se consideraban mujeres, esto es por su identidad sexual. Este es un dato objetivo de la realidad social. La Corte Suprema también toma posición sobre quien es el sujeto pasivo del feminicidio que también compartimos.

“35. Sujeto pasivo. - A diferencia del caso anterior, la identificación del sujeto pasivo del feminicidio es más clara. La conducta homicida del varón recae sobre una mujer. Ella es igualmente la titular del bien jurídico tutelado -vida humana- y objeto material del delito, pues sobre ella recae la conducta homicida. Tampoco es posible, por exigencia del principio de legalidad, que se la identifique con la identidad sexual.”

A esto le agrega el parámetro de la edad de la víctima que establece un límite entre feminicidio simple y agravado<sup>7</sup>.

### Bien Jurídico.

Sobre este aspecto tenemos que el interés jurídicamente tutelado es la vida humana, específicamente de una mujer. Así lo ratifica la Corte Suprema en el considerando 37 citando a la Convención de Belem Do Para que establece que toda mujer tiene derecho a que se respete su vida. Esta posición es bastante clara y no implica mayor complejidad salvo cuando se vincule a las agravantes, como así lo desarrolla la Corte Suprema en el siguiente considerando:

“39. Distinta es la configuración del bien jurídico en este delito, cuando se revisan las circunstancias agravantes que concurren en su comisión. En estos casos, se puede verificar que, por el modo de comisión, las conductas previas a la muerte o

<sup>7</sup> Considerando 36. “En el caso del sujeto pasivo puede ser una mujer adulta, menor de edad o adulta mayor. En el primer caso, la muerte de la víctima configura un feminicidio simple. En los últimos casos, dicha circunstancias, califican la conducta feminicida”.

la condición misma de la víctima concurren otros intereses jurídicos adicionales o independientes que deben considerarse. En el caso de que la víctima se haya encontrado gestando, se protege también la vida del feto que también es suprimida. En el caso que la víctima haya sido violada o mutilada previamente, se vulnera también la libertad (indemnidad) sexual y la integridad física, respectivamente. Si el sometimiento contextual a la conducta feminicida se realizó con fines de trata de seres humanos o cualquier forma de explotación, se protege también la libertad personal. Si la conducta feminicida se realiza a sabiendas de la presencia de los hijos de la víctima o de niños que estén al cuidado del feminicida, se protege la integridad psicológica de dichas personas. En resumen, en estos casos si se puede sostener que el delito de feminicidio agravado es pluriofensivo”.

La Corte Suprema dice que el feminicidio agravado trae como complemento la afectación de otro bien jurídico, como el caso de la mujer gestante, que asesinada trae como consecuencia la muerte de la persona por nacer, o la afectación de indemnidad o libertad en caso de muerte con agresión sexual previa, o la presencia de niños en la situación de violencia que genera traumas o afectación emocional en los menores, de allí que concluya correctamente que el feminicidio agravado es pluri ofensivo.

### La acción típica

El sujeto activo realiza la acción de matar afectando la vida de la víctima, por su condición de mujer. La Corte Suprema ha señalado que el comportamiento de matar le da al delito de feminicidio el carácter de delito de resultado. El comportamiento puede ser de acción o de comisión por omisión. Al respecto la Corte Suprema describe ambos comportamientos:

“41. La muerte puede producirse por acción o por comisión por omisión. Estas dos formas de comportamiento típico están sujetas a las mismas exigencias que rigen el comportamiento humano. Tratándose de un feminicidio por acción, debe existir un mínimo control de la voluntad, para que se entienda que la muerte se ha producido por un individuo que actuaba. Si se trata de un feminicidio por comisión por omisión, el sujeto activo o, mejor dicho, el emitente no impidió la producción de la muerte de la mujer, habiendo tenido el deber jurídico de impedirlo o si hubiera creado un peligro inminente que haya sido idóneo para producirlo

(posición de garante). En este caso la omisión del hombre corresponde a la realización activa del feminicidio (juicio de equivalencia)”.

La acción de matar a la víctima conlleva a un mínimo de control de parte del sujeto activo en cuanto a su accionar lesivo. Mientras que la comisión por omisión solo puede darse válidamente cuando el sujeto activo tiene posición de garante frente a la víctima.

La llamada omisión impropia tiene su fuente en el artículo 13 del Código Penal que dice que el que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: 1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo. En este caso el deber está previsto en una norma que fija deberes de tutela o de protección al sujeto activo, por ejemplo, la madre que tiene que darle la medicina que evitar la muerte de su hijo, o que no lo socorre ante un accidente y lo deja morir. Su deber nace desde la institución de la patria potestad. En el delito de feminicidio, el deber de evitación del resultado podemos encontrarlo en una norma extra penal del Código Civil que en el capítulo único sobre los derechos y obligaciones que nacen con el matrimonio, artículo 288 dice que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia.

La otra posición de garante es aquella que nace a partir de la generación de una fuente de peligro, frente a su víctima y no hace nada para impedirlo. Por ejemplo, provoca un incendio y de pronto la víctima se encuentra rodeada del fuego, y el sujeto activo, no realiza absolutamente nada para impedir su muerte.

La Corte Suprema dice que la omisión del hombre corresponde a la realización activa del homicidio, al realizar el juicio de equivalencia, esto es que la omisión desde el punto de vista causal debe ser equiparable a una acción de matar.

### Los medios

Los medios que puede emplear el sujeto activo para matar son diversos, o de lo más variado desde armas de fuego, o punzo cortantes, tóxicos como venenos, etc. El tipo penal no los establece para una agravación de la punición. Sobre este aspecto de los medios la Corte Suprema también ha estimado la posibilidad que se realice el feminicidio por medios psicológicos, los cuales sería una suerte de medio indirecto.<sup>8</sup> E ingresa a una elucubración con ciertas ambigüedades así:

<sup>8</sup> Vide considerando 42. Medios. - (...) Del mismo modo se acepta que se puede matar con medios materiales o físicos, o por medios psicológicos.

“43. La muerte producida por medios psicológicos es de especial importancia en el delito de feminicidio. No es que este medio sea utilizado o invocado con frecuencia, en el ámbito judicial, sino porque en el contexto en el que se producen las conductas feminicidas, pueden hacer pensar que la muerte de la víctima sea un proceso acumulativo de tensiones, degradación psicológica, o estrés, o la conducta de hostigamiento, acoso, o coacción pueda desembocar en un ataque cardíaco o en un derrame cerebral.

Será ciertamente una ardua cuestión probatoria el determinar que la presión psicológica produjo la muerte de la mujer. Dependerá de criterios objetivos como la idoneidad del medio psicológico empleado (coacción, acoso, hostigamiento), la vulnerabilidad general de la mujer (menor de edad o adulta mayor), la vulnerabilidad especial de ésta (depresiva, hipertensa), la intensidad y frecuencia de la violencia psicológica. Los medios probatorios relevantes serán las pericias médicas, psicológicas y psiquiátricas, pero también los testimonios que den cuenta de la sistematicidad y características de la agresión. La evaluación que haga el juez debe realizarla en el contexto de los criterios de imputación objetiva.”

Lo que nos queda claro que ante una acción de lesión física puede provocarse la muerte. También que ante una tentativa de matar le quede a la víctima secuelas de daño psicológico o emocional. La fijación de reglas de interpretación exige del supremo tribunal certezas y no meras posibilidades.

El decir “No es que este medio sea utilizado o invocado con frecuencia, en el ámbito judicial” es reconocer que no existe en la casuística un feminicidio empleando medios psicológicos. Sostener a manera de hipótesis que la muerte de la víctima sea un proceso acumulativo de tensiones, degradación psicológica, o estrés que desemboque en un ataque cardíaco o en un derrame cerebral, no tiene por lo menos ahora asidero en la casuística. La Corte Suprema en este escenario especulativo admite que el tema probatorio será difícil y que al final todo debe decantarse en la imputación objetiva.

### Violencia familiar

La ley N° 30364 promulgada recientemente por el Congreso el 22 de noviembre del 2015 trae dos definiciones que se enlazan unas a otra, la primera



es la que concibe la violencia familiar como "... cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar. Se tiene especial consideración con las niñas, niños, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad". (Art. 6). La segunda es la violencia directa contra la mujer que la ley establece como: "La violencia contra las mujeres es cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado. Se entiende por violencia contra las mujeres:

a. la que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer comprende, entre otros, violación, maltrato físico o psicológico y abuso sexual.

b. la que tenga lugar en la comunidad, sea perpetrada por cualquier persona y comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.

c. la que sea perpetrada o tolerada por los agentes del estado, donde quiera que ocurra". Cuando se alude a la violencia familiar, se entiende que la mujer es agredida en una situación de agresiones físicas y psicológicas a los miembros de la familia, y directamente en contra de ella, produciéndose su muerte. En el proyecto de ley proyecto del ejecutivo N° 1616/ 2012-PE se tomaba como referencia el TUO de la ley 26260 que define la violencia familiar como cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, las amenazas o coacciones graves y/o reiteradas así como violencia sexual que se produzca entre cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad, y segundo de afinidad, los que habitan en el mismo hogar siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que vivan al momento de producirse la violencia, convivientes con los parientes de del otro hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en las uniones de hecho.

### **Coacción, hostigamiento o acoso sexual**

La mujer dentro de una perspectiva machista es vista como un objeto que puede ser coaccionada<sup>9</sup>, o coactada en su libertad, hostigada, o fustigada, amedrentada por su condición de tal, y el extremo es el acoso sexual que sufre de parte del agresor, que culmina su comportamiento agresivo con la muerte de ella. Estas formas de agresión contra la víctima son datos que nos permiten inferir correctamente que estamos frente a un sujeto activo que desprecia a la mujer, y la concibe como un ser inferior.

Abuso de poder, confianza o de posición o relación que le confiera autoridad al agente

En la sociedad existen instituciones jerarquizadas, como las fuerzas armadas, u otras del Estado que al delimitar funciones les otorgan a unos más poder que otros. En el ámbito laboral se produce esta escala de jerarquías, que le dan poder a unas personas y se establece una relación de subordinación. Las relaciones de verticalidad sin embargo tienen límites. Cuando este poder conferido sobre la mujer se emplea para producir violencia, intimidación, sometiendo a la víctima que está en una posición débil, a abusos o vejámenes, se le coloca en una situación de vulnerabilidad que es aprovechada por el sujeto activo. Al crearse este contexto y se produce la muerte, estamos ante un abanico de datos que nos permite concluir que la víctima es menospreciada por el agente del delito de feminicidio.

Discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

En este caso se fija un contexto de discriminación, desde una cultura patriarcal y machista que considera a la mujer como un ser inferior, sea que haya tenido una relación de cónyuge o conviviente, o lo tenga en presente, produciéndose la muerte de la víctima. Ha primado en este caso las estadísticas que revelan que son los hombres los que en mayor porcentaje matan a sus ex parejas. En el proyecto del ejecutivo N° 1616/ 2012 - PE

<sup>9</sup> *En el proyecto del ejecutivo N° 1616/ 2012-PE se toma como referencia el delito de coacción, Art. 15 del CP, asociando este comportamiento con obstaculizar la vida diaria de la víctima, invaden su espacio, buscando anular su personalidad y proyecto de vida. El hostigamiento sexual según la Ley 27942 artículo 4 es la conducta verbal o física reiterada de naturaleza sexista no deseada y rechazada por la víctima y que se hacen aprovechando de su posición de autoridad.*

tomando información del Registro de Femicidios del Ministerio de la Mujer se señala los elementos que permiten concluir que se está ante un caso de discriminación por género:

- El crimen es cometido por el esposo, ex esposo, conviviente, ex conviviente, pareja sentimental o ex pareja sentimental.
- Un tercero que pretenden una relación sentimental que no puede concretar.
- Compañero de labores que la hostiga sexualmente.
- El jefe que hostiga sexualmente.
- El cliente sexual en el caso de las mujeres dedicadas a la prostitución.
- El desconocido que la viola y mata.
- El padre que mata a su hija por salir embarazada o relación sentimental no consentida.
- Proxeneta o rufián.
- Subversivos contra mujeres del enemigo para humillarlo o desmoralizarlo.
- Infanticidio selectivo por género.

Los contextos señalados, dentro de los cuales se produce la muerte de una mujer por su condición de género, son de alta reprochabilidad por lo que la sanción prevista es de pena privativa de libertad no menor de 15 años que en su límite máximo puede llegar hasta 35 años.

El límite mínimo de la pena de privación de libertad, cuando exista agravante será no menor de 25 años y el máximo será de 35 años. En el proyecto del ejecutivo N° 1616/ 2012 - PE se fundamenta el aumento de la pena por la situación de vulnerabilidad de la víctima y como consecuencia mayor atribución de responsabilidad del imputado.

La víctima era menor de edad

En este caso la víctima tiene menos de dieciocho años, no alcanza la mayoría de edad cuando es asesinada. En el Perú el inicio de relaciones de pareja se da a temprana edad, por lo que es de recibo el establecimiento de esta agravante, pues la mujer se encuentra en un estado de alta vulnerabilidad frente al victimario. Ahora, no es necesario que exista o haya existido vínculo sentimental, sino que por el solo hecho de ser menor de edad se le asesine por motivos de discriminación.

La víctima se encontraba en estado de gestación

En esta situación la afectación al bien jurídica vida

es doble, pues se afecta a la mujer y al ser por nacer, o concebido. El sujeto activo debe conocer que su víctima se encuentra en esa situación o tenga datos que le permita concluir cognitivamente que está gestando (el embarazo es visible).

La víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente

El presupuesto para que la víctima se encuentre bajo cuidado del agente, es que esta persona no pueda valerse por sí misma, o este en una situación que requiera ser asistida. El agente se aprovecha de esta relación y asesina a su víctima.

La víctima es sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación

Hay afectación múltiple de bienes jurídicos, la libertad o indemnidad sexual, o hay actos de mutilación lo que implica actos de crueldad del agente en contra de la víctima para terminar asesinando a la víctima. La violación sexual per se es un dato clarísimo que la mujer es vista como un objeto de satisfacción o de demostración de una situación de poder de parte del asesino.

La víctima padece de discapacidad  
Esta agravante se da cuando la víctima tiene discapacidad física o mental previa a la muerte, y que es aprovechada por el agente para consumir el delito. Se está ante una manifiesta situación de vulnerabilidad.

### **La víctima es sometida para fines de trata de personas**

La trata de personas, de por si trae una apreciación de los delincuentes que la víctima es una mercancía, es decir que el tratante en general desprecia al ser humano, no importándole edad, sexo, situación social, simplemente la utiliza para sus fines ilícitos. La víctima como consecuencia de la percepción discriminatoria es asesinada, por lo que debiera enfocarse esta agravante y el delito de trata como concurso real, de tal forma que se pueda sumar las penas en caso de que el asesino sea condenado.

Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.

En esta situación, aparte del desprecio contra la

mujer por su condición, se agrega que la agente asesina por ferocidad, codicia, lucro o por placer. El agente mata a la mujer para facilitar u ocultar otro delito en el que interviene como autor, sea robo o proxenetismo si es que la víctima es la prostituta, por ejemplo.

El agente antes de matar a la mujer procede previamente a realizar en su contra actos de crueldad, o se aprovecha de un descuido para asesinarla, realizando el crimen con o alevosía, pues minimiza su riesgo.

Para asesinar a la mujer el sujeto activo emplea fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas, cercanas al lugar donde es asesinada la mujer.

La pena más grave es la cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes.<sup>10</sup> Por ejemplo la víctima que es utilizada como mercancía en la trata de personas, antes de asesinarla es violada. O tiene discapacidad, es violada y luego asesinada. Se le puede sumar la agravante que la víctima es menor de edad.

Si el feminicida tiene hijos con la víctima, se le aplicará la pena de inhabilitación con la declaración de Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela<sup>11</sup>. Se anotará en ejecución en el Registro Personal de Registros Públicos.

Estamos completamente de acuerdo que el feminicidio constituye un delito de odio, donde la mujer desde una ideología patriarcal es vista com persona de menor categoría. Las concepciones machistas no solo están en la cabeza de los hombres, sino de las mujeres que han internalizado esas ideas. De esto no escapan los jueces, fiscales o policías. De allí que se den argumentos como el siguiente para estimar que no hay feminicidio: "...a criterio del colegiado no se ha advertido en el acusado un odio, un rencor al género de la mujer, en este caso representado por la agraviada (...) muy por el contrario el acusado ha participado en la comunión de los roles conjuntamente con la pareja, es decir ha compartido actividades comunes a las mujeres, ejemplo cuando antes de ir a la fiesta de la reunión de cumpleaños, el acusado se puso a lavar los platos..."<sup>12</sup>. Este

10 Artículo incorporado por la Ley N° 30068.

11 Artículo 36 inciso 5. Modificado por la Ley N° 30323.

12 Exp. N° 1641- 2015. Juzgado Penal Colegiado de Huamanga. Adriano Manuel Pozo Arias.

razonamiento se grafica así, al acusado se le imputa odiar a las mujeres, el acusado realiza actividades propias de las mujeres, conclusión el acusado no odia a las mujeres. Como vemos está teñido de premisas machistas, que el lavar platos es ocupación intrínsecamente femenina, lo cual conduce a un absurdo. De allí que se requiere un fuerte debate al interior de la magistratura para identificar concepciones machistas y corregirlas drásticamente.

### Conclusiones

En el feminicidio el agente mata a la mujer por su "condición de tal", es decir la mata por ser mujer estimado como delito de tendencia interno trascendente.

El legislador debió comprender esta modalidad en el homicidio calificado, con la agravante de discriminación por cualquier motivo, de tal forma que la conducta criminal abarque a una diversidad de víctimas en situación de vulnerabilidad, cubriendo crímenes de género, raza, condición social, cultura.

Sin perjuicio de esto la Corte Suprema ha hecho un esfuerzo para delimitar sus contornos típicos del delito de feminicidio, de tal forma que sea aplicada correctamente por los jueces.

El feminicidio en todo caso, como una forma de proteger a la mujer en situación de vulnerabilidad, independientemente de las posturas dogmáticas tienen una sólida justificación político criminal dada la alta incidencia en nuestro país.

### BIBLIOGRAFIA

BRAMONT-ARIAS TORRES, LUIS ALBERTO y MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: Manual de Derecho Penal. Parte Especial, 4ta. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 2004

RAÚL A. PEÑA CABRERA: Estudios de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos, Ediciones Guerreros, Lima, 2002

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Derecho Penal. Parte especial. Idemsa, Lima, 2013

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte Especial. Grijley. Lima, 2014.



# LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PUBLICOS

*Dr. Carlos Navas Rondon  
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política  
de la Universidad Nacional Federico Villareal*



## Sumario:

- 1.- Concepto y Características de la Responsabilidad Penal.
- 2.- Conceptos de Funcionario y servidor público.
- 3.- Clases y Modalidades de Ilícitos penales cometidos contra la Administración Pública.
- 4.- Aplicación de Sanciones para delitos cometidos por Funcionarios y Servidores públicos.
- 5.- Conclusiones.

## 1.- Concepto y Características de la Responsabilidad Penal

Para el Derecho Penal, el correcto funcionamiento de la Administración pública es considerado, como un bien jurídico protegido y objeto genérico de tutela penal, porque significa el cumplimiento del normal ejercicio de las funciones y los servicios públicos encargados, bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad; la observancia de los deberes del cargo, y su regularidad o desenvolvimiento de tal ejercicio.

También, significa cuidar el prestigio y dignidad de la función encomendada, la probidad de sus funcionarios y servidores, la protección del patrimonio público en los bienes y caudales que le son asignados, el buen uso de la discrecionalidad en las decisiones y otros supuestos que están considerados como conductas pasibles de sanción penal en caso de trasgresiones realizadas en el ejercicio de sus actividades

La administración pública como bien jurídico protegido, comprende el servicio público que cumple el Estado para lograr su fin principal, cual es el bienestar común. Al ser la Administración pública algo abstracto, el servicio público, que es algo más concreto, lo realizan y lo materializan las personas que cumplen labores o trabajan al interior de la administración estatal a cambio de una remuneración y se deben a su empleador, que no es otro que el Estado; sin importar la rama en que se desempeñen, ni la jerarquía, dependencia o régimen laboral a que se encuentre adscrito.

Estos bienes jurídicos son valores fundamentales para la existencia de una vida en común, abarcan aspectos colectivos e institucionales que deben ser protegidos; los mismos que concurren en los procesos de relación del individuo dentro de su comunidad, su centro laboral, y del sistema social en que se desarrolla; lo que permite el funcionamiento del control social y penal. De este modo para establecer si la conducta irregular concreta, ocurrida en el mundo social tiene

significación jurídico-penal es necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma establecida para cada conducta punible.

Por consiguiente la responsabilidad penal se ejercita por el control social que comprende los mecanismos mediante los cuales la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos a fin de asegurar su estabilidad y supervivencia; siendo una condición básica de la vida social porque asegura el cumplimiento de las expectativas de conductas y los intereses colectivos, contenidos en las normas que rigen la convivencia y la paz social,, confirmándolas y estabilizándolas.

El control social fija y restringe los parámetros de la libertad humana, constituyendo un instrumento de socialización de sus miembros y función motivadora de la norma penal; por lo que en forma específica se encarga esta misión en el desempeño de los funcionarios y servidores públicos a los órganos del Sistema Nacional de Control, direccionados por la Contraloría General de la Republica.

La responsabilidad penal en la función pública es la consecuencia jurídica derivada de la comisión de un hecho tipificado como delito en una ley penal, por un sujeto imputable y culpable, que tenga las condiciones exigidas para ser considerado penalmente como funcionario o servidor público, siempre que tal hecho sea contrario al orden jurídico (antijuricidad) y se concreta con la imposición de una pena (punibilidad). Existe a partir de los 18 años de edad y se presentan circunstancias que atenúan o agravan tal responsabilidad, según los criterios establecidos.

Uno de estos bienes jurídicos es la protección del patrimonio público que exige el cumplimiento de formalidades para que la incorporación de los caudales o bienes sean cuidados de la mejor manera conforme a las exigencias legales y administrativas que responsabilizan al funcionario o servidor encargado, especialmente cuando se trata de la adquisición y contratación de bienes, servicios y obras que se necesitan para satisfacer los requerimientos que tienen las entidades y la sociedad en general, maximizando el valor del dinero.

El patrimonio del Estado es el conjunto de elementos materiales e inmateriales de dominio público y privado (bienes, recursos e inversiones),

cuya titularidad es del Estado, ya sea en forma directa o indirecta, y son administrados por los Poderes públicos, las Entidades, organismos descentralizados o empresas públicas; los mismos que deben ser cautelados eficientemente, ya que se destinan para el cumplimiento de sus actividades y objetivos, para las prestaciones de sus servicios y las políticas económicas o sociales que tienen a su cargo.

Como consecuencia de actuaciones dolosas o culposas previstas como ilícitos en el código penal, el funcionario o servidor público también debe asumir responsabilidades penales que deben ser investigadas y juzgadas por el fuero penal, por la vulneración de conductas delictivas y afrontar las consecuencias que impone la ley; considerando supuestamente que el derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo y nadie puede ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento.

Uno de los aportes de la Teoría de la Imputación Objetiva es el denominado principio de confianza, que supone, que no se da un riesgo jurídicamente reprochable cuando se realiza una actividad de manera conjunta, y no ostentando la posición de garante respecto del bien jurídico confiado; y en que los demás llevaran a cabo su tarea de conformidad con el rol de cada uno. El punto de partida de la responsabilidad penal es la existencia de roles, en virtud de las cuales todas las personas cumplen una función al interior de la Sociedad y el presupuesto de la imputación objetiva es precisamente el incumplimiento de esos deberes, que significan expectativas de comportamiento.

El principio de confianza permite deducir que a pesar de la experiencia o realidad, de que otras personas puedan cometer los mismos ilícitos con otro tipo de sanciones, se autoriza a confiar en el funcionario o servidor público en su comportamiento correcto, por lo que tiene un tratamiento penal especial. Lo que Jacobs denomina deberes por competencia institucional, y aun con el desconocimiento de las obligaciones del cargo, se supera la discusión y pueden diferenciarse los delitos de acción y por omisión.

El Código Penal tipifica las conductas prohibidas que son cometidas por funcionarios públicos y las sanciones aplicables en su Libro Segundo, Parte Especial, Título XVIII, como delitos cometidos

contra la Administración Pública; en estos casos se genera responsabilidad cuando un empleado público en ejercicio de sus funciones comete un acto u omisión señalado como delito, siempre y cuando no haya prescrito, se haya individualizado a los agentes del delito y sean estos hechos justiciables penalmente, con elementos de prueba suficiente, valorados razonablemente.

La acción penal es pública, su ejercicio en los delitos cometidos por servidores y funcionarios públicos corresponde al Ministerio público, quien la ejerce de oficio y en forma exclusiva o monopólica, a instancia del agraviado o denuncia por cualquier persona natural o jurídica, o por la Procuraduría, que promueve la persecución a nombre de la Administración pública, que siempre será la agraviada en estos tipo de ilícitos penales, por lo que debe ser reparada civilmente.

Todos los delitos que por acción u omisión se encuentren comprendidos en el Título mencionado, tienen como sujeto del derecho lesionado y titular del bien jurídico "administración pública" al Estado, que se constituye en parte agraviada y debe ser representado en el proceso penal, por la Procuraduría del sector en donde se originó la infracción penal o por los Procuradores expresamente designados para estos tipos de delitos constituyéndose en parte civil y participar en todas las etapas del proceso.

"Es necesario definir y monopolizar la Potestad Sancionadora del Estado; racionalizando y sometiendo dicha potestad a los mecanismos de limitación y control del poder, propios de una nueva forma de organización Estatal. La facultad sancionadora tiene un reconocimiento tácito, es inherente al mandato constitucional, porque a través de ella la administración puede cumplir sus fines y porque es deber del Estado la pretensión de los derechos fundamentales, la seguridad de la población y el bienestar general. Por otro lado el poder sancionador de la administración es una facultad delegada y no autónoma, porque está limitada y sometida al control jurisdiccional".

**Carruitero Lecca Francisco "Los límites de la Potestad Sancionadora de la administración pública en el estado constitucional de derecho" Lima 2010 pag.19**

"Es notoria la propensión en los dominios del derecho penal contemporáneo a construir nociones propias, es decir términos de connotación jurídico-penal desvinculados relativamente de sus acepciones primarias u ontológicas. Por lo

que el derecho penal concibe a la administración pública en su contenido amplio como integralidad o totalidad, sin detenerse a discriminar si la función pública es desarrollada por una entidad legislativa, judicial o propiamente ejecutiva o de gobierno"

**Rojas Vargas Fidel "Delitos contra la Administración Pública" Editorial Grijley 2002 pág. 12.**

"La potestad sancionadora de la administración no es en efecto, un comportamiento estanco (monopólico) frente al Derecho Penal, sino solo una manifestación específica del genérico ius puniendi del Estado; debiendo acomodarse; por tanto, a los principios clásicos del ordenamiento penal en cuanto manifestación típica e históricamente consolidada de las disciplinas del referido ius puniendi en el marco de un estado de Derecho"

**Suay Rincón José "Derecho Administrativo. Jurisprudencia del Tribunal Supremo Edit. Centro de Estudios Ramón Arecaz pag. 199**



## 2.- Conceptos de Funcionario y servidor público.-

Se define como servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicios en entidades de la administración pública con nombramiento o contrato suscrito por autoridad competente, con las formalidades prescritas en la ley, en jornada legal y sujeto a una retribución remunerativa permanente en periodos regulares, participando en el ejercicio del poder o función pública,

Los servidores civiles realizan actividades, pero no expresan la voluntad de la Entidad, a diferencia del Funcionario que es la persona con poder de decisión jerárquica o disciplinariamente se encuentre integrado a un organismo o entidad pública, sea cual fuere su régimen laboral,

siempre que este tenga funciones en el gobierno nacional, regional, local, legislativo, ejecutivo, jurisdiccional, electoral, de control fiscal, o la de cualquier servicio público que se preste a la Nación.

El funcionario público es un servidor del Estado, designado o electo por disposición de una norma jurídica, para ocupar mandos medios y superiores dentro de la estructura de los poderes públicos, y como consecuencia asume funciones de representatividad, iniciativa, decisión y mando; su duración en el cargo en ciertos casos puede ser temporal, en contraposición a la estabilidad y permanencia que debe tener para la eficacia de sus funciones.

La ley del servicio civil N° 30057, señala que el funcionario público ejerce atribuciones políticas, normativas y administrativas; las dos primeras son entendidas como la facultad de diseñar y aprobar políticas y normas o reglas de carácter general, en el ámbito y la materia de su competencia, la tercera debe ser entendida como la realización de actos de dirección y gestión interna.

Por lo que esta ley clasifica a los funcionarios públicos en:

a) Funcionarios públicos por elección.- Son elegidos mediante elección popular, directa y universal, como consecuencia de un proceso electoral dirigido por la Autoridad competente para tal fin. El ingreso, permanencia y término está regulado en la Constitución y leyes de la materia; como son el Presidente de la República, Congresistas, Presidentes Regionales, Alcaldes y Regidores

b) Funcionarios públicos por Designación.- Son los que están nombrados con los requisitos, proceso de acceso, periodo de vigencia o causales de remoción regulados en norma especial con rango de ley, como los Magistrados del Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo Fiscal de la Nación, Contralor general, rectores de Universidades Públicas, Gobernadores y otros.

c) Funcionarios públicos de libre designación y remoción.- son aquellos cuyo acceso al servicio civil se realiza por libre decisión del funcionario que lo designa, basado en la confianza para realizar labores de naturaleza política, normativa o administrativa, como los Ministros de Estado,

Vice Ministros, Secretarios Generales de los Ministerios, Gerente General de Gobierno Regional, Gerente Municipal



Para los efectos de la Ley orgánica del Sistema Nacional de Control, se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las Entidades de la administración pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeña actividades o funciones en nombre del servicio del Estado, no importando el régimen jurídico de la Entidad en la que presta servicios, ni el régimen laboral o de contratación al que este sujeto.

También se considera empleado público, a todo funcionario o servidor de la administración pública en cualquiera de sus niveles jerárquicos, sean estos nombrados, contratados, designados, de confianza o electos por sufragio popular; que desempeñen actividades o funciones en nombre del servicio del Estado; independientemente del régimen contractual que tuviera, que incluso puede ser de régimen privado, siendo el agente más importante de la estructura jurídica estatal de un país, por lo que debe propiciarse una reforma seria en la carrera administrativa del servidor público a través de la institucionalización de una gestión estratégica en el Ejecutivo para que se cumplan las normativas existentes.

La función pública es toda actividad temporal o permanente, remunerada que se realiza en las entidades de la administración pública, cualquiera sea sus niveles jerárquicos, sujetas a reglamentos y normas administrativas. La función pública, como institución de derecho público, es una actividad que el ordenamiento jurídico-constitucional reserva a los órganos e instituciones estatales, y que se manifiesta por la voluntad en las actuaciones de las personas que la representan.

Toda función pública implica un conjunto de

atribuciones que deben estar establecidas en sus respectivos Manuales o Reglamentos de Organización y Funciones, que definen las competencias de los integrantes de las entidades públicas, cuyo ejercicio funcional corresponden exclusivamente a los designados por ley; por lo que resulta indispensable que toda persona que ingrese a prestar servicios a la Administración pública conozca anticipadamente cuáles son sus deberes y atribuciones establecidas y más tarde pretenda alegar su desconocimiento cuando se le pretenda sancionar.

“El servidor cuando ingresa al servicio, recibe la primera inducción, que está relacionado a sus deberes, obligaciones, derechos, funciones de su cargo, de la unidad orgánica en la que va a laborar, y luego, se producirán las posteriores inducciones sobre las normas que sustentan y guían el accionar de la Entidad y del órgano en el cual trabaja; conociendo las normas de la carrera administrativa o de la carrera específica al cual pertenece; por lo que están sujetos a sanciones cuando incurran en trasgresiones o en incumplimientos de estas mismas normas”

*(Julio Haro Carranza “ Derecho Laboral en la Administración Pública” Ediciones Legales Lima 2012 pag.275)*



La actuación o realización de los fines del Estado no se concibe sin la actividad o desempeño intelectual o material de personas especializadas y/o expertas que forman parte de su administración, según el carácter jurídico de la actividad o servicio que realicen, mediante una designación especial, bajo formalidades y condiciones determinadas, conformen a una familia de puestos que se organiza según los niveles de complejidad que tengan las funciones y responsabilidades establecidas.

La ignorancia de la ley atribuida al funcionario público, no lo exime de responsabilidad: lo que

significa que el desconocimiento o la ausencia total o parcial sobre la existencia, sentido y alcances de una norma lo afecta. Esta; falencia que resulta inexcusable y en ningún caso se puede alegar el desconocimiento de la norma jurídica reguladora del conflicto que es materia de la decisión administrativa se sanciona, conforme al axioma “ignorantia legis neminem excusat” que prescriben las legislaciones como base para la existencia misma de la obligatoriedad de la ley, del orden y seguridad jurídica

Este principio se aplica con mayor rigor en la actividad de los que resuelven administrativamente, quienes en ningún caso de su competencia podrán alegar desconocimiento de la norma jurídica contenida en la ley reguladora del conflicto de interés materia de la decisión; más aún cuando el procedimiento administrativo sancionador no exige la demostración del dolo o intencionalidad en la comisión de la infracción, a diferencia del concepto de culpabilidad que se maneja en el Derecho Penal para diferenciar el dolo de la culpa, en base a la intencionalidad y la comisión a sabiendas con conciencia y voluntad.

Funcionario público es la persona natural que actúa por delegación del Estado en las relaciones externas de la administración con los administrados, expresando ante éstos la voluntad de aquel, atribuyéndole las funciones necesarias premunido de poder para desarrollar actos de naturaleza diversa Mientras que servidor público es el que, prestando servicios en la administración, no actúa con dicha delegación y la hace exclusivamente en las relaciones internas de la misma administración: sin ocupar cargos trascendentes en la toma de decisiones.

Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial, de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos; esta declaración de bienes y rentas debe hacerse al inicio de su gestión, al finalizarla o cuando su patrimonio se incremente por circunstancias especiales, con el fin de exhibir transparencia sobre su situación patrimonial y acreditar cuál es su nivel económico con fines de fiscalización.

Se adquiere la condición de funcionario público a partir del nombramiento para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado; sin embargo solo a partir de la toma



de posesión podrán ejercerse las atribuciones que el cargo reconoce de acuerdo de acuerdo a las reglas contempladas en leyes especiales y reglamentos, según sea el tipo de cargo que se desempeñe. Se requiere juramento en los casos que la ley lo establezca.

“Se define al funcionario público como la persona técnica o profesional que presta su actividad para la realización de los fines de interés público, cumpliéndolos de hecho o ayudándoles a su realización, dentro de una esfera de competencia y en la que declara o expresa la voluntad del Estado, a cambio de ciertos derechos exigibles a la Administración”

**Dante Cervantes Anaya** “Manual de Derecho Administrativo” Edit. Rhodas 5ta. Edición 2006 pag. 158

“Funcionario público es aquel que ocupa un grado en la estructura orgánica y que asume funciones de representación, iniciativa, decisión y mando; mientras que el empleado es la persona que presta servicios a la administración pública sin facultades de decisión, pero ejerciendo actividades materiales o técnicas de auxilio y colaboración”

**Luis Delgadillo Gutiérrez** “Elementos de Derecho Administrativo” Edit. LIMUSA 1996 pag.147

“El funcionario público debe transitar más allá de la ley y del derecho positivo para entregar a la Nación valores objetivos que enaltecen a la persona humana y le permiten un cambio de actitud, debe tener un perfil profesional que vaya más allá de sus capacidades y pergaminos. El servidor público deberá ser una persona leal, con criterio firme, con posición crítica constructiva, con una moral sólidamente formada y una esperanzadora firmeza que el pilar de la administración pública deberá garantizar a un servicio basado en la confianza y la autoestima, dado que su visión será satisfacer los intereses colectivos. Además, el servidor público deberá ser ejemplo y a la vez garante de una actividad pública seria y responsable, con principios éticos, consciente que es un administrador de los bienes de la sociedad”.

**Miguel Ayllon en sus conferencias sobre ética y transparencia en la función pública .**

Los empleados públicos deben ser seleccionados mediante procedimientos que garanticen la igualdad de los aspirantes, en función exclusiva de sus méritos y capacidades, lo que no es incompatible con una mayor agilidad en la

selección. También deben gozar de las garantías necesarias frente a eventuales despidos, cambios de puesto o alteraciones de sus condiciones de trabajo por motivos políticos o de mera confianza personal; en igual forma debe realizar su función con imparcialidad y ajustarse a ciertos límites e incompatibilidades, así como someterse a un régimen disciplinario, que con las debidas garantías para el interesado, permita asegurar su cumplimiento”

**Sánchez Morón Miguel** . “Consideraciones sobre la función pública y otros modelos de empleo público” V Congreso Nacional de Derecho Administrativo Editorial Palestra Lima 2012 Pág. 310



3.- Clases y Modalidades de Ilícitos penales cometidos contra la Administración Pública.-

Entre los delitos y sanciones que prescribe el Código penal para los funcionarios y servidores públicos, que pueden ser materia de una denuncia penal más frecuentes, como consecuencia de sus acciones u omisiones realizadas en el ejercicio o cargo desempeñado, podemos señalar los siguientes:

**3.1.- El Cohecho pasivo propio**, cuando el funcionario acepta o recibe un donativo, ventaja o promesa para hacer u omitir un acto de servicio, violando sus deberes o como consecuencia de haber faltado a sus obligaciones (acto injusto); siendo un delito formal o de simple actividad en el que no se requiere para su consumación, que la Administración se vea afectada directamente por la conducta delictiva, porque significa la entrega de un soborno para corromper a alguien y obtener un favor de esta persona.

El cohecho es poner precio a un acto de la administración pública que debe ser gratuito en la prestación del servidor público, que tiene el deber de hacerlo de manera correcta y no lo hace; tiene dos modalidades el requerimiento o la aceptación en forma directa o por intermedio de terceros.

**3.2.- El Cohecho pasivo impropio**, cuando el funcionario o servidor público acepta o recibe

un donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida; para practicar un acto propio de su cargo o empleo., sin faltar a su obligación o como consecuencia del trabajo realizado, (acto justo que no es ilegal) como agilizar la tramitación del proceso, también es llamado cohecho subsiguiente.

Es un tipo atenuado que permite no dejar impune las formas más leves de corrupción, como es recibir recompensa por el servicio efectuado en forma regular, a través medios corruptores que son de menor intensidad; que incluso podrían significar un reconocimiento al servicio prestado, pero que no está permitido.

**3.3.- El Cohecho activo genérico;** es un ilícito penal que se desarrolla cuando el funcionario o servidor público, por inducción de un particular; falta a su deber o le impulsa a practicar un acto propio de su cargo o empleo; estimulándole con un donativo, ofrecimiento o cualquier otra ventaja indebida, bajo cualquier modalidad.

Es el soborno o coima entregado por persona particular natural o jurídica para corromper o comprometer venalmente al funcionario o servidor, utilizando cualquier modalidad o medio. Tan corrupto es el que da, como el que recibe, por lo que ambos deben ser sancionados con la misma medida.

**3.4.- El Cohecho activo específico,** cuando la corrupción se ofrece o se da a favor de un magistrado, miembro de un Tribunal administrativo, Fiscal, Arbitro, Perito u análogo; a sus secretarios o auxiliares con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia.

En forma específica también se sanciona al abogado o al que forma parte de un estudio de abogados que corrompe o trata de corromper es tos funcionarios especializados teniendo en consideración los elevados intereses que deben ser resueltos y la imparcialidad en la administración de la justicia.

**3.5.- Negociación Incompatible** o aprovechamiento indebido del cargo; se presenta cuando el funcionario público o servidor público indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, por cualquier contrato

u operación en que interviene, en provecho propio o de un tercero.

El interés propio o de terceros, mostrado por el funcionario debe ser indebido, afectando el correcto funcionamiento, prestigio e imparcialidad de la administración pública. No se requiere concierto fraudulento, ni daño a la administración, basta solo el interés indebido y malicioso en el contrato o negocios jurídicos de carácter económico por lo general.

**3.6.- Tráfico de Influencias;** el hecho ilícito consiste en que el agente invocando influencias a través de un ofrecimiento real o simulado (venta de humo) , hace dar o prometer para sí o para un tercero, un beneficio, donativo o promesa indebida; a cambio de interceder ante un funcionario o servidor público que está conociendo o haya conocido un caso administrativo.

Se trata de prevenir y anticipar a posibles actos de corrupción de las decisiones administrativas o jurisdiccionales por el ofrecimiento de interceder a cambio de ventajas de cualquier índole. Se trata de un delito de encuentro que exige la presencia de voluntades distintas para su configuración

**3.7.- Enriquecimiento Ilícito;** Es el incremento ilícito y desmedido del patrimonio familiar en comparación a los ingresos legítimos que pudo haber obtenido, el funcionario o servidor público; durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser justificado razonablemente, en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

Es el desbalance patrimonial injustificado, ostensible o significativo de sus bienes, que deben ser comparados y acreditados antes, durante y después de su gestión pública (nexo o vínculo funcional por el desempeño del cargo y el incremento económico no justificado) teniéndose en cuenta las declaraciones juradas de bienes y rentas que deben presentar periódicamente.

**3.8.- El Peculado doloso o culposo,** que garantiza el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y evita el abuso de poder que tiene el funcionario o servidor cuando quebranta los deberes de lealtad y probidad, con ánimo de lucro Para su configuración debe darse los siguientes elementos: Existencia de una relación entre el

imputado y los bienes patrimoniales, la recepción, administración o custodia de dichos bienes, la apropiación o utilización de los caudales y efectos que pertenecen al Estado y estén destinados para provecho propio o de terceros.

El Peculado por apropiación se configura cuando el servidor público se apropia para provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos públicos, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

**3.9.- La Concusión** que puede ser por constreñimiento, utilizando violencia o amenaza, valiéndose de la función o abuso del cargo, para extorsionar y obtener un beneficio; y por inducción que supone la existencia de error en la víctima para obtener un provecho ilícito, semejante a la estafa, con el apoyo o no de terceros. En estos casos la víctima no colabora en la ejecución del delito, no existe acuerdo, sino que obra presionado o coaccionado por el funcionario público o por quien lo representa, exigiendo la entrega de dinero, valores, contribución, bienes o cualquier ventaja patrimonial (Exacción ilegal).

La concusión es un modelo especial de abuso de poder orientado a obtener provecho y utilidad económica ilegítima ya sea mediante el temor (amenaza de un mal, compulsión o uso de la fuerza física) y donde el que lo ejecuta se vale de la función del cargo o empleo para el logro de su propósito en agravio del Estado, aunque el perjudicado directo, puede ser un particular o persona jurídica.



**3.10.- La Malversación de fondos** se configura cuando el funcionario o servidor público presta o da el dinero o bienes que administra, una aplicación arbitraria definitiva y diferente de aquella a la estaba destinada, afectando el servicio o la función encomendada; que se agrava cuando el dinero o bienes administrados corresponden

a programas de apoyo social, de desarrollo o servicios asistenciales; que son desviados para ser utilizados en otros fines no programados.

Se trata de proteger el gasto público que debe estar sujeto a medidas de disponibilidad presupuestal que no pueden variarse arbitrariamente, sino solo en casos especiales y previa autorización, se puede cambiar el plan anual de adquisiciones y contrataciones de la Entidad; a pesar de que puedan existir buenas razones para realizarlo.

**3.11.- La Colusión** es una modalidad de corrupción del sujeto público que actúa de una manera deshonesta y desleal con el Estado, aprovechándose del cargo o función que tiene, negocia e interviene para favorecer a postores interesados, ya sea personas naturales o jurídicas, a cambio de ventajas o dádivas, con el fin de que concedan el otorgamiento de la buena pro en los procesos de selección que convocan las Entidades, lesionando los intereses públicos y el derecho de la libre competencia.

Siendo un convenio o acuerdo colusorio efectuado en forma clandestina para perjudicar o defraudar los intereses de la Entidad y de terceros, mediante concertación ilegal con los interesados para celebrar contrataciones o negocios públicos, y defraudar patrimonialmente al Estado o Entidad pública; modalidad delictiva muy frecuente en las compras que realizan los funcionarios públicos.

**3.12.- El incumplimiento de deberes funcionales.-** Por omisión o retardo de función previsto en art. 377º del Código Penal, puede comprender una serie de conductas que afectan el normal desenvolvimiento y funcionamiento de la administración pública a través de actuaciones ilegales por omisión o rehusamiento de actos que tienen a su cargo los funcionarios públicos, Este ilícito penal alcanza a los funcionarios infractores que no cumplen con las resoluciones dictadas por los Tribunales de justicia, las mismas que pueden ser calificadas y denunciadas penalmente a los responsables de la Entidad,

En estos delitos, el Ministerio Público, a efectos de decidir el ejercicio de la acción penal, deberá determinar; a) Si el plazo previsto por la ley para que el funcionario actué o se pronuncie de manera expresa, no ha sido excedido y b) Si el administrado a

consentido de manera expresa en lo resuelto por el funcionario público (Art. 244° del LPAG) y si son de relevancia jurídica.

**3.13.- El Incumplimiento o Retardo en el pago de las Prestaciones** (390° CP) efectuados al contratista o proveedor que ha cumplido con la entrega del bien, servicio o recepción de la obra, se configura como ilícito cuando existiendo los fondos disponibles o programados, el funcionario se niega a rembolsar el íntegro de la suma pactada, en forma injustificada; por lo que se debe tener la certificación de disponibilidad presupuestal que garantiza que se cuenta con el crédito presupuestario suficiente para comprometer el gasto en el año fiscal correspondiente y corroborar de que existen fondos para pagar la prestación.

Estas conductas son cometidas por malos funcionarios que presionan indirectamente a los contratistas o administrados, para obtener dadas, prebendas o ventajas, a cambio de acelerarles el pago que les corresponden, existiendo los recursos disponibles y expeditos por la contratación cumplida. Por lo que debería ser calificado como un acto de corrupción y no de peculado.

**3.14.- El Abuso de autoridad** o de poder por la comisión de conductas arbitrarias que pueden presentarse en múltiples formas que afectan el normal desempeño de la administración pública, dañando o causando perjuicios a terceros o particulares, que si bien no son los agraviados penalmente, pueden denunciarlo o recurrir a otras vías para que se sancione el abuso cometido. Además constituye el tipo penal base o genérico que propicia en forma conjunta o separada la comisión de otros ilícitos penales efectuadas contra la Administración estatal y tal vez sea el delito más frecuente que puede atribuirse a los funcionarios públicos.

El abuso de poder se define como la arbitrariedad cometida en el ejercicio de atribuciones funcionales, administrativas o jerárquicas al rehusar hacer, retardar o exceder la potestad atribuida a su cargo o función, perjudicando a los sometidos a su autoridad. Comprende sin mayores detalles y explicaciones innumerables comportamientos y aplicaciones extensivas para cualquier acto ejecutado en forma abusiva en el ejercicio de la función pública. Se agrava cuando los hechos se derivan de un procedimiento de cobranza coactiva.

**3.15.- El Peculado de uso** se tipifica, cuando el servidor público indebidamente utiliza los bienes muebles o inmuebles del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, o en aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados; aun fueran devueltos posteriormente.

Es otra figura delictiva muy frecuente y poco denunciada en la afectación de los intereses del Estado, por haberse convertido casi en una costumbre de los funcionarios a quienes se les entregan bienes públicos para ser utilizados solo en las actividades y servicios de la Entidad, lo hacen en provecho propio o de terceros en forma frecuente y sin ningún escrúpulo.

**3.16.- El Soborno internacional pasivo,**( art. 393 A del Código Penal., delito recientemente incorporado) en la realización de actividades económicas internacionales mediante la aceptación, recepción o solicitud de donativo promesa o cualquier otra ventaja o beneficio en provecho propio o de terceros, incluso en actos de corrupción cometidos fuera del país, pero vinculadas a las contrataciones y actuaciones de nuestro presupuesto nacional.

La corrupción constituye el mayor flagelo que puede tener las contrataciones públicas, es causante del subdesarrollo de nuestros pueblos e impide el despegue socioeconómico necesario, por lo que se debe luchar contra todos los actos de corrupción que se presentan en las entidades públicas. Son actos ilegales bilaterales que afectan la rectitud y buen proceder del funcionario, que pone precio a sus actuaciones y viola normas respecto al uso de cierto tipo de intereses o influencias con fines personales.

**3.17.- El Lavado de activos** se configura mediante actos de conversión y transferencia de dinero, bienes o ganancias cuyo origen ilícito conoce o podía presumir con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; así como también con actos de ocultamiento, adquisición custodia o tenencia para tales fines.

Permite dar una apariencia legítima a bienes o activos que son producto de utilidades o ganancias que provienen de ilícitos penales o

conductas punibles en la legislación penal como la corrupción de funcionarios, soborno internacional, enriquecimiento ilícito etc. que ingresan al sistema financiero sin levantar sospechas para hacer que el dinero sucio parezca limpio, por lo que también se le llama blanqueo de capitales.

#### 4.- Aplicación de Sanciones para delitos cometidos por Funcionarios y Servidores públicos

Las denuncias que se interpongan contra funcionarios o servidores públicos en estos casos tendrán mayor rapidez y efectividad en su persecución, como consecuencia de la aplicación del nuevo código procesal penal que utiliza mecanismos que propician la celeridad procesal en el cumplimiento obligado de los plazos; incluyendo el conocimiento de delitos conexos que están vinculados o se originan de un delito de corrupción como el Lavado de activos, receptación u otros; asimismo incluye a personas particulares (extraneus) que intervengan como partícipes o cómplices de los mismos hechos delictivos, así no tengan ninguna dependencia o función con la administración pública.

El juzgamiento de todos estos delitos le corresponde a la Sala Penal Nacional Especial creada para estos fines. Debemos considerar que el código penal para los efectos de la persecución y sanción de los ilícitos mencionados, considera expresamente como funcionarios o servidores públicos con responsabilidad penal a:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa;
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular;
3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos; (Comprende a las empresas del Estado o sociedades de economía mixta en la actividad empresarial del Estado)
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares;
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional;
- 6.- Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre

o al servicio del Estado o sus Entidades (Ley N° 30124) 7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley. (Art. 425° del CP)

La legislación penal sanciona además de que en todos los casos de que se encuentren los donativos, dadas o presentes en poder de los intervenidos, estos serán decomisados o incautados y adjudicados al Estado; asimismo se deben tomar las medidas preventivas o cautelares que aseguren la reparación civil como consecuencia del delito cometido, como el embargo de bienes o la orden de inhibición, que resultan sumamente necesarias para indemnizaciones en favor del Estado.

Las penas privativas de libertad que se deben aplicar a todos estos delitos cometidos en agravio de la Administración pública, traen consigo además la imposición de INHABILITACIONES de uno a tres años como lo establece el art. 426° del Código penal; esta sanción es considerada como una sanción que priva al funcionario o servidor del ejercicio de sus derechos como consecuencia de su indignidad o incapacidad para ejercerlos por su reprochable gestión.

En los delitos mencionados la inhabilitación se aplica en la sentencia como pena accesoria, acompañada de la pena principal produciendo las siguientes consecuencias a) Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque venga de elección popular b) Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público c) Suspensión de los derechos políticos, civiles, políticos o económicos que señale la sentencia.

“La pena de inhabilitación es una de las penas limitativas de derechos, que consiste en determinadas incapacidades o suspensiones que puede imponerse a un condenado; está contemplada como una pena principal y accesoria; es accesoria cuando el delito cometido ha significado en su modus operandi la infracción de un deber o el abuso de una atribución o facultades especiales. La extensión de la inhabilitación fluctúa entre seis meses y cinco años cuando actúa como pena principal; cuando es accesoria ella se cumple en el mismo tiempo que la pena privativa de libertad que opere como sanción principal”

**Prado Saldarriaga Víctor. “Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú” Lima 2000**



La ley N° 30111 publicada el 26 de Noviembre del 2013 ha incorporado la pena de MULTA en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos. Esta pena accesoria a la privación de libertad, que obliga a pagar al Estado sumas de dinero, fijados en días-multa diferentes a la Reparación civil, oscila entre los 180 días multa a 730 días multa según la gravedad del delito. El importe del día multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado por estos delitos, determinado por el Juez en forma precisa, atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gastos y demás signos exteriores de riqueza.

En los delitos cometidos por servidores o funcionarios públicos en agravio del Estado la pena principal es la **Privación de la libertad** que puede darse desde los dos días hasta los treinta y cinco años, según la tipificación que el Código Penal señala en cuanto a la gravedad de la conducta. (acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y punible), que son los elementos que deben ser analizados por quienes califican los hechos y establecidos para decidir si constituyen delito o no; además los imputados por estos cargos son sujetos en la mayoría de casos, a mandatos de prisión preventiva por la pena probable a imponerse y el riesgo procesal existente.

Cada delito tiene sus penas conminadas, es decir una pena mínima y una pena máxima y queda criterio del Juzgador, quien con criterio de conciencia, fija la pena que corresponda para cada caso, previa valoración de la prueba actuada en el proceso, según las cuestiones de hecho o de derecho que identifican la responsabilidad, los criterios de graduación de la pena, y la forma de

ejecutarse; los mismos que deben estar señalados y motivados en la sentencia.

Estos delitos son de gravedad, porque en la mayoría de ellos la pena mínima supera los cuatro años privativos de libertad, lo que significa de que exista la mayor posibilidad de que la pena sea de carácter efectiva y que la medida cautelar o coercitiva que se determine sea el mandato de detención, ahora denominada Prisión preventiva con el nuevo código procesal. En los otros delitos que son la minoría, puede dictarse el mandato de comparecencia restringida y el denunciado puede seguir su proceso en libertad.

Conjuntamente con la pena, se debe determinar la reparación civil como consecuencia del delito; la misma que debe comprender la restitución del bien o, si no es posible el pago de su valor, y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta del autor o partícipes, Para establecer el monto indemnizatorio se aplican las disposiciones pertinentes del código civil, en cuanto a criterios de responsabilidad extracontractual, como el lucro cesante, daño emergente y el daño personal. Los criterios para determinar la pena y que deben ser analizadas por los jueces son a) la naturaleza de la acción, b) los medios empleados, c) la importancia de los deberes infringidos, d) la extensión del daño o peligro causado, e) las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión, f) los móviles y sus fines de la comisión del delito g) la unidad o pluralidad de los agentes g) la edad, educación, situación económica y medio social, h) la reparación espontánea que hubiera hecho del daño i) la confesión sincera antes de haber sido descubierto, j) las condiciones personales y circunstanciales que lo llevaron a cometer el delito j) la habitualidad y la reincidencia.

El sujeto activo en la comisión de estos delitos es el funcionario público que se encuentra obligado a cumplir con el acto de función, ya que no puede ser autor el servidor, auxiliar o asistente, quienes tienen otra forma de participación delictiva, dado que la autoría se atribuye a quienes tienen la facultad legal o reglamentaria de realizar el acto que se exige dentro del marco de sus funciones, y quien tiene asignado debidamente el rol de cumplirlos, conforme a las funciones asignadas.

También pueden incluirse a particulares que colaboran o son coautores, que en la doctrina

se denominan como “extraneus”, ya que sin ser funcionarios o servidores públicos que desempeñen funciones en los organismos del Estado, también les alcanzan responsabilidad penal, según el grado de participación que hayan tenido en estos delitos contra la Administración pública, ya que sin su concurso, en muchos casos, no se hubieran configurado estos delitos.

La pena no solo es el castigo en sentido retributivo, sino debe ser un instrumento para prevenir delitos futuros, basada en su utilidad social y justificada por su finalidad preventiva especial y general; debe servir para la corrección del infractor, con la intención de corregirse y necesitado de corrección, la intimidación del delincuente que no requiere corrección y la exclusión del que carece de capacidad de corrección; penas que deben ser establecidas con las exigencias del análisis valorativo de criterios como la tipicidad, culpabilidad, lesividad y proporcionalidad.

La pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley, a diferencia del derecho administrativo sancionador que no se rige por el principio de lesividad, sino por criterios de afectación general, fuera de la afectación concreta de un bien jurídico que justifica la respuesta punitiva del Estado regulada por el Derecho penal; no siendo necesaria la verificación de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, bastando la existencia de conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación dentro de la administración pública.

“La sanción es un signo de autoridad represiva e intimidatoria, que se acciona frente a cualquier tipo de perturbación que se ocasione y se traduce en el poder para reprimir a los individuos, sin hacer la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, por las infracciones de orden jurídico; siendo su objeto el de reprimir una conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del trasgresor y asimismo el de producir un efecto disuasorio”

**Ramírez Torrado María** “*La sanción administrativa y sus diferencias con otras medidas*” *Revista de Derecho* Nº 27 Universidad del Norte Barranquilla 2007 pág. 275.

“La responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones,

la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria, porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sin para la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes”

**Recurso de Nulidad N° 2090 Corte Suprema**

“El derecho penal y el derecho administrativo sancionador son dos instrumentos jurídicos complementarios, pero diferentes, que no pueden intercambiarse limitadamente y que conllevan la aplicación de reglas diferentes; entre otras cosas porque el Estado no dispone de los mismos instrumentos para la persecución de los delitos y de las infracciones administrativas, porque unos y otras sanciones no tienen la misma capacidad punitiva y porque en la práctica tampoco son idénticas las garantías que protegen a los ciudadanos frente al uso de ambas potestades sancionadoras; que tienen fronteras, que no por borrosas o inestables, dejan de existir y de producir efectos jurídicos. La menor gravedad de las sanciones administrativas en comparación con las penales, supone el fundamento de la delimitación de los dos instrumentos sancionadores”

**Alejandro Huergo Lora** “*Las Sanciones Administrativas*” *Editorial IUSTEL Primera Edición Madrid 2007.*

“...el Estado tiene reconocido a su favor el ius puniendi, o potestad punitiva, la misma que se subdivide en dos grandes ramas o “brazos represivos”. De un lado, el Estado dispone la potestad penal, como un medio más intenso de la represión de las conductas ilícitas que afectan a los bienes jurídicos principales o de mayor incidencia en la vida de comunidad. Por el otro, el Estado dispone de la potestad administrativa sancionadora, como instrumento para reprimir aquellos ilícitos menores, o que afectan bienes jurídicos que no tienen una incidencia tan intensa como los tutelados por el derecho penal. La relación entre la potestad penal y la potestad sancionadora de la Administración, es pues la subsidiariedad, puesto que el derecho penal se rige por el principio de última ratio, según el cual sólo es posible recurrir al derecho penal en los casos extremos, en las lesiones comprobadas a bienes jurídicos esenciales e importantes para la vida en sociedad”.

**Martin Tirado, Richard** “*El ejercicio de la Potestad sancionadora y los límites formales*” *Revista Derecho y Sociedad. Año N° XV N° 23- 2004.PÁG. 17.*

## 5.- Conclusiones.

**Primera.-** Los delitos contra la administración pública afectan y ponen en peligro diversos valores e intereses sociales institucionalizados por el Estado, que los considera valiosos y constituyen las condiciones ideales del buen funcionamiento del sistema de la administración pública para el logro de sus fines, como son la honradez y corrección del funcionario público, la tutela de la imparcialidad en sus decisiones administrativas, la buena imagen y prestigio de la administración y su buena marcha institucional, entre otros.

**Segunda.-** Se considera empleado público, a todo funcionario o servidor de la administración pública en cualquiera de sus niveles jerárquicos, sean estos nombrados, contratados, designados, de confianza o electos por sufragio popular; que desempeñen actividades, cargos o funciones en nombre del servicio del Estado; independientemente del régimen contractual que tuviera, que incluso puede ser de régimen privado.

**Tercera.-** La responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, no solo exige darse cuenta propia de sus deberes y que estos sean conocidos al interior de la Entidad en donde se dan los servicios que prestan, sino también deben responder ante un conjunto más amplio de personas que comprende a los usuarios, proveedores, órganos de control y ciudadanía en general; quienes tienen el derecho de observar y reclamar las presuntas irregularidades e infracciones que se presentan.

**Cuarta.-** En materia penal el concepto y la responsabilidad del funcionario o servidor público es más amplio y se considera como tal a toda persona que de una u otra manera recibe dinero o bienes que provienen de las Entidades del Estado; es decir no se requiere de que exista un contrato o dependencia directa con una Institución pública, siendo suficiente que tenga una relación laboral con un tercero que contrate con el Estado, como se aprecia del contenido del artículo 425º del Código Penal.

**Quinta.-** Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal no afectan la potestad para procesar administrativamente y sancionar al funcionario o servidor público que hubiera incurrido en responsabilidad administrativo funcional, conforme a los criterios de doble responsabilidad que hemos desarrollado. Estas responsabilidades son independientes de las responsabilidades penales, civiles o políticas que pudieran establecerse por los mismos hechos, por cuanto los bienes jurídicos o intereses protegidos son diferentes.

**Sexta.-** La potestad punitiva del Estado se manifiesta a través de dos especialidades del Derecho que difieren en muchos temas, pero a la vez tienen algunas semejanzas en común, que debemos tenerlas presente para una mejor comprensión; como son las características, principios y fines del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador, cuya aplicación se da en función del bien jurídico que tutelan y la protección de los intereses colectivos que la normativa legal y el *ius puniendi* les ha asignado para cada disciplina.

**Sétima.-** Los ilícitos penales mencionados son solo una parte de las diversas conductas que se le atribuyen a los funcionarios y servidores públicos que trasgreden las normativas administrativas y a la vez se encuentran tipificadas como infracciones de responsabilidad penal; en la que no debe dejarse de lado las indemnizaciones económicas y multas que deben ser reparadas civilmente como consecuencia de los graves y serios daños que han ocasionado.

*\* CARLOS NAVAS RONDON Doctor en Derecho, Magister en Ciencias Penales, Profesor Principal y Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Ex Fiscal Superior Titular de Lima*







## ESTUDIOS SOBRE LA VÍCTIMA Y LA VICTIMOLOGÍA EN EL PERÚ - I



*Dr. Julio César Matos Quesada<sup>1</sup>*

### 1. Introducción.

El interés en el estudio de la Victimología en el Perú no ha sido acogida por casi la totalidad de los Penalistas, Criminólogos ni Docentes Universitarios en general.

Ello se debe a que, en los estudios de pregrado, se incide en la enseñanza-aprendizaje y adiestramiento en la defensa del imputado; se inculca bastante en la lucha por la protección de los derechos humanos del delincuente, siendo que la formación profesional que brindan las Universidades del país, tanto nacionales como privadas, se enfoca a lograr un perfil del egresado como abogado litigante, que pueda desenvolverse en el ámbito procesal y en todas las áreas, siendo escasas aquellas Universidades que enfocan que sus egresados tengan un perfil en una determinada especialidad; esto es, en el Perú, el abogado es todista, cree que puede litigar, asesorar y laborar en el ámbito de todas las áreas del Derecho (Público y Privado, interno y externo), dejando de lado la especialización que es una tendencia a nivel mundial de hace muchos años, que es lo recomendable, la misma que conlleva a una buena performance profesional y a la excelencia académica.

Dicho lo anterior, se tiene que el contexto jurídico coyuntural –no sólo en nuestro país sino también en Latinoamérica– se orienta al estudio de los

Derechos Humanos, Derechos Fundamentales, Garantismo Jurídico, Sistema Adversarial, etc., todos asociados a la protección jurídica del imputado, esto es, a un delincuente, a un criminal, dejando de lado –flagrantemente– a la sociedad, al ciudadano común.

Esta situación de vislumbra todos los días en los diversos medios de comunicación (televisiva, radial y escrita) cuando informan que algún Fiscal y sobre todo, algún Juez ha dejado en libertad a un delincuente, al existir “dudas”, “insuficiencia de elementos de convicción”, “tiene arraigo porque es una persona conocida”, “existe una simple sindicación”, o “son órdenes de arriba”, etc., y así se puede ir enumerando una serie de ilegalidades, las mismas que son avaladas increíblemente por sus superiores jerárquicos ¿Y la víctima? ¿Cómo queda? ¿A quién acude? ¿Quién la protege? ¿No tiene atención médica, ni psicológica, ni social? ¿Quién defiende sus derechos humanos? ¿Quién se preocupa por ella? ¿Quién la asiste? ¿Quién aboga por ella? O por lo menos ¿Quién la escucha?

**1. Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Penal; Expositor internacional (Cuernavaca – México); Diplomado Experto en Criminología y Victimología. Ex Fiscal Provincial Penal. Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Criminología, Criminalística (U. Autónoma P., USP, UCV, UAP, ULADECH Católica); y en Postgrado –Maestría y Doctorado–, UNASAM, UCV y USP. Autor de un libro y artículos científicos. Investigador, Asesor y Jurado de Tesis.**

Podemos enumerar una serie de situaciones desfavorables hacia la víctima de un delito, lo cual será tema de un texto que venimos elaborando; sin embargo, hemos tratado de dar un panorama real de lo que le sucede a aquel ciudadano que es victimizado de la noche a la mañana, al que se le ha desgraciado su vida. Esta es la realidad, todo Abogado lo sabe; con lo cual se aprecia que en nuestro país existe un abandono universitario (pregrado), judicial (Poder Judicial y Ministerio Público), institucional (Ministerio de Justicia, Policía Nacional, etc.) y profesional (Abogados defensores) hacia la víctima. Pese a ello, dicho abandono no termina allí, sino que en el ámbito doctrinario, esto es, en los diversos estudios, publicaciones y eventos académicos celebrados que existen en nuestro país, es casi unánime la temática de la protección de los derechos y garantías del imputado ¿Y sobre la víctima?



Lo dicho en el párrafo anterior se verifica de la revisión de las diversas publicaciones de textos jurídicos relativos al ámbito penal, procesal penal, penitenciario y criminológico, e incluso en los diccionarios jurídicos. Esto es, los estudios sobre la víctima de un delito en nuestro país, es escasa, y sobre la Victimología, muy escasa todavía, evidenciándose el poco interés en estos temas; a diferencia de países como Venezuela, México, Colombia, Argentina, Chile, Ecuador, Uruguay, Bolivia, Cuba, solo por mencionar algunos países latinoamericanos, así como en España y demás países europeos, Estados Unidos de Norteamérica y algunos países asiáticos, en donde se publican abundantes libros especializados en Victimología, Derecho Victimal, Política Victimal, Imputación a la Víctima, La Víctima en el Proceso Penal, y Diccionarios de Victimología.

Razón por ello, se justifica mi preocupación, inquietud y deseo de haber realizado –y continuar con ello– una tarea bastante exhaustiva en hurgar la literatura jurídica existente en el país, sobre la

temática de la víctima del delito, y sobre todo, de su disciplina de estudio como es la Victimología. No ha sido una tarea fácil, es más, quizás exista algún estudio inédito sobre Victimología de difícil acceso, o que nos haya sido imposible ubicarlo, solicitando la dispensa del mismo, y de ser el caso, agradecer nos informen de ello, por cuanto la presente es la primera parte de una odisea bibliográfica victimológica, que espero no “victimice” al lector.

## 1.1. Primeros Esbozos.

**1.1.1. Alejandro SOLÍS ESPINOZA.-** Sin lugar a dudas, salta a la vista la figura del criminólogo y psicólogo sanmarquino, quien ha realizado el primer trabajo doctrinario –en un principio breve– respecto a la Victimología, en su conocido libro *Criminología. Panorama Contemporáneo*<sup>1</sup> desde el año 1984, del cual ya se han publicado cinco ediciones<sup>2</sup> debido a la continua demanda en las Escuelas Profesionales de Derecho del país. En su última edición realiza un estudio amplio sobre la Victimología –en treinta y cuatro páginas–, estructurando su contenido en seis capítulos: 2.2.1. Antecedentes y configuración, 2.2.2. Concepto de Victimología, 2.2.3. Autonomía de la Victimología, 2.2.4. Victimología y Criminología, 2.2.5. Victimología y sistema penal, 2.2.6. Victimología, Asistencia y compensación a la víctima. En dicho libro, el autor propone también su propia clasificación de las víctimas desde la óptica del interés en el proceso criminogenético; así también realiza una reseña de los Simposia Internacionales de Victimología celebrados en diversas ciudades a nivel mundial. Del mismo modo, ha publicado un artículo dedicado casi exclusivamente sobre nuestra disciplina, denominado “Criminología y Victimología”<sup>3</sup>, en el cual realiza un análisis de la Victimología y su relación con la Criminología. También ha escrito –entre otros– el artículo “¿Abolición del Sistema Penal?”, en el cual hace referencia a la víctima, cuyo texto es interesante transcribir:

1 SOLÍS ESPINOZA, Alejandro.- *Criminología. Panorama Contemporáneo*, Editorial Edili, Lima – Perú, 1984.

2 2da. edición, Editorial Desa, octubre de 1988 (entre las páginas 54 al 72), 3ra. edición, Editorial Intercopy, noviembre de 1997 (entre las páginas 118 al 144), 4ta. edición, Editores B y B, agosto de 2004 (entre las páginas 127 al 161), y 5ta. edición, Adrus D&L Editores S.A.C., marzo de 2017 (entre las páginas 172 al 206).

3 SOLÍS ESPINOZA, Alejandro.- “Criminología y Victimología” en *Revista Debate Penal*, Año I – N.º 3, Lima – Perú, 1987, págs. 508-525.

*“El abolicionismo propone pues eliminar el ‘sistema penal’, al haberse convertido en una maquinaria burocrática y ser en la práctica un “sistema” asistemático que pretende castigar a los autores de los eventos delictivos, aunque muchas veces las víctimas desean más bien la reparación del daño sufrido y no necesariamente el castigo del autor”<sup>4</sup>.*

No podemos dejar de lado sus estudios en el ámbito psicológico, plasmado en su obra *Psicología Jurídica*,<sup>5</sup> en el año 2007, en la cual también hace referencia a la víctima –más no a la Victimología–, en cuyo sub-capítulo 5.2.2. La Psicología del Abogado y las Partes Accionantes, trata de manera específica en el punto 5.2.2.2. El Demandante y/o Denunciante, refiriéndose a la víctima de un acto delictuoso, indicando que no es raro encontrar casos de personalidades querellantes que exigen derechos más allá de los que realmente les asiste, y cuya motivación puede estar ligado a ciertas condiciones psicológicas o psicopatológicas: a. Denunciante o demandante y trastornos de personalidad, b. Denunciante o demandante Psicóticos, y c. Denunciante o demandante y neurosis<sup>6</sup>. Así mismo, en el sub-capítulo 6.5.4. Aspectos Psicopatológicos o Psiquiátricos en la Víctima, trata sobre las condiciones psicológicas de la víctima estipulados en la parte especial del Código Sustantivo, para delimitar la responsabilidad penal, desarrollando los siguientes acápite: 6.5.4.1. Víctima incapaz en caso de violación de la libertad sexual, 6.5.4.2. Víctima de proxenetismo privada de discernimiento, 6.5.4.3. Víctimas inimputables en T.I.D.<sup>7</sup> (por error de edición está enumerado como 6.5.4.4.). Razón por ello, no creemos equivocarnos que, el profesor SOLÍS ESPINOZA sea considerado como el pionero en el inicio de los estudios de la Victimología en el Perú, siendo uno de los más completos que se ha escrito a la fecha, y que a pesar de haber transcurrido treinta y tres años desde su primera publicación, es increíble que muchos colegas “especialistas” en Derecho Penal y Criminología, desconozcan las nociones básicas de la Victimología, y pero aún, la existencia de la misma.

4 SOLÍS ESPINOZA, Alejandro.- “¿Abolición del Sistema Penal?”, en: URQUIZO OLAECHEA, José (Director).- *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año 1, Número 1, Editorial Cultural Cuzco S.A., Lima – Perú, enero-junio de 1993, pág. 211. También menciona a la víctima en la pág. 213.

5 SOLÍS ESPINOZA, Alejandro.- *Psicología Jurídica*, Editora Fecat, Lima – Perú, marzo de 2017.

6 *Ibidem*, págs. 218-219.

7 *Ibidem*, pág. 386.

1.1.2. Luis Eduardo ROY FREYRE.- El emérito maestro sanmarquino se hace presente, aunque con una breve mención en una nota al pie, respecto al estudio de la Victimología en su libro *Derecho Penal – Parte Especial*<sup>8</sup>, publicado en el año 1986, y que, a pesar de la ubicación y brevedad textual, realiza una magnífica anotación y explicación, cuyo texto es el siguiente:

*“En el año 1946 el Prof. Hans Von HENTIG, quien había sido docente de Criminología en la Universidad de Bonn y por la fecha mencionada enseñaba la materia de sus investigaciones en la Universidad de Yale, dio a publicidad su libro titulado *The Criminal and his Victim*. Es en el mencionado estudio donde la víctima aparece considerada, por primera vez en el ámbito de las ciencias penales, como un factor criminógeno. Desde entonces ha ido cobrando cada vez mayor importancia el examen de la conducta de la víctima en el fenómeno de la delincuencia. Como se sabe, delincuente y víctima conforman una pareja criminal que es antagónica generalmente (como cuando existe una resistencia expresa o presunta del agraviado), y solo es coadyuvante en determinados casos (sucede así cuando la participación del agraviado tiene un papel decisivo en la comisión de la infracción punible). Hoy se discute si aquellos estudios demandados por el examen del comportamiento de la víctima han dado realmente lugar al nacimiento de una nueva ciencia (la que habría de denominarse *Victimología*), o si se trata nada más que de otro capítulo de la Criminología. La primera tesis ha sido sostenida por el jurista israelí B. MENDELSON. La segunda posición tiene como su mentor al Maestro Luis JIMÉNEZ DE ASÚA (véase el trabajo de este autor: ‘La llamada *Victimología*’, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología, Volumen I, Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1961, p. 19 ss.*). Nosotros aquí nos hemos limitado a presentar la iniciativa de incluir a la víctima como un nuevo elemento del *Derecho Penal*”<sup>9</sup>.*

8 ROY FREYRE, Luis Eduardo.- *Derecho Penal – Parte Especial. Tomo I Delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud. Delitos Contra el Honor*, 2da edición, AFA Editores Importadores S.A., Lima – Perú, 1986, pág. 25, nota (1).

9 *Ibidem*.

Esto es, para el autor, la víctima es considerada como un cuarto elemento del Derecho Penal (argumento que compartimos), habiendo incrementado una breve referencia respecto a la Victimología, además de haber citado a los dos máximos exponentes de la Victimología (Aleman e Israelí respectivamente), y a un reconocido maestro español.

**1.1.3. Pedro Antonio FLORES POLO.-** Destacado jurista peruano, quien publicó en el año 1987 –entre otros libros– su amplio y reconocido Diccionario de Términos Jurídicos<sup>10</sup>. Téngase en cuenta que, pese a que el autor era especialista en el área del Derecho Comercial, Derecho Tributario y el Derecho Empresarial, distinto a las ciencias penales, pero dada su trayectoria profesional y su dedicación a la investigación, también abordó breves estudios de conceptos en otras áreas del Derecho, y por supuesto, el término: Victimología, el cual transcribimos:

*“Hipótesis de trabajo en el Derecho penal y en Criminología para precisar la realidad de un delito partiendo de la personalidad de la víctima, y considerando que la actitud o las condiciones personales del sujeto pasivo del delito pueden influir en forma directa o indirecta, en la comisión del evento; en oposición a la tesis criminológica tradicional, cuyo punto de partida radica en el análisis de la personalidad del delincuente. El autor más caracterizado en esta posición singular es MENDELSON, cuyas teorías han sido desvirtuadas por JIMÉNEZ DE ASÚA, quien les niega la posibilidad de servir de fundamento para la creación de una disciplina autónoma, como la Criminología. Se trata, en síntesis, de una fórmula de trabajo que puede ser muy interesante para el análisis criminológico porque supone una actitud reflexiva y profunda en función de quien ha padecido el delito”<sup>11</sup>.*

Como vemos, el autor hace referencia a dos autores extranjeros, y su concepto varía respecto a los primeros tres autores estudiados. Es menester advertir que hemos hecho referencia al texto de la segunda edición (1987), y cuya primera edición fue publicada en dos tomos en el año 1980, no

10 FLORES POLO, Pedro A.- *Diccionario de Términos Jurídicos*, 4 Tomos, 2da edición, Marsol Perú Editores S.A., Lima – Perú, 1987.

11 *Ibidem*, Tomo 4, pág. 442.

habiendo podido corroborarse si en dicha edición está incluido el término Victimología.

**1.1.4. Amado EZAINE CHÁVEZ.-** Jurista de reconocida trayectoria nacional e internacional, profesor y Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la (ex) Universidad Nacional de Lambayeque, habiendo publicado su reconocido Diccionario Jurídico<sup>12</sup>, en el año de 1989, en cuyo texto realiza un –no muy breve– estudio referente al término Victimología. Dicho estudio comprende tres amplias páginas, las mismas que por su extensión no podemos transcribir completamente; sin embargo, sintetizando, diremos que el aporte dilucidado se encuentra estructurado en tres subcapítulos: I.- Noción, en el cual hace referencia a los conceptos de los victimólogos MENDELSON y Von HENTIG, además, incluye al tratadista boliviano Huáscar CAJÍAS, quien señala que los grandes capítulos de la Victimología son fundamentalmente tres: a) El campo de la responsabilidad penal, b) El campo de la responsabilidad civil, y c) El campo criminológico; II.- El número de víctimas, haciendo referencia a la investigación criminal y la utilidad de la estadística; y III.- Tipos de víctimas, desarrollando la clasificación realizada por los siguientes victimólogos: MENDELSON (Israelí), Von HENTIG (Aleman), y de SCHAFER (Húngaro)<sup>13</sup>.

**1.1.5. Juan MARCONE MORELLO.-** Entre los primeros estudios esbozados en nuestro país, ubicamos al presente penalista y académico, quien en su libro: *Defensas Penales*<sup>14</sup>, el cual data del año 1993, hace una breve referencia a la Victimología, como parte de su alegato oral (teoría del caso), citando lo siguiente:

*“Hay que estudiar a la víctima. Nuevos criterios nos dicen ahora que es muy importante estudiarla.*

*La Victimología, actual doctrina jurídica, surge en las ciencias penales cuando un profesor tan versado en Derecho y en Criminología como lo es el alemán Hans*

12 EZAINE CHÁVEZ, Amado.- *Diccionario Jurídico. Parte Penal*, (II Tomos), y *Parte Civil*, (I Tomo), AFA. Editores Importadores S.A., Lima – Perú, 1989. La segunda edición se publicó en el año 1991.

13 EZAINE CHÁVEZ.- Amado.- *Diccionario Jurídico. Parte Penal*, Tomo II, Op. Cit., págs. 1456-1457-1458.

14 MARCONE MORELLO, Juan.- *Defensas Penales*, 5ta edición, reimpresión, AFA Editores Importadores S.A., 1993, págs. 6-7 y 11.

Von HENTIG, en su libro 'El Delincuente y su Víctima', por primera vez toma al sujeto pasivo como factor de la delincuencia.

Poco después Willy CALAWAERT se pronuncia sobre la Victimología: 'En un delito –en la mayoría de delitos, diríamos mejor–, en el cual hay relación interpsicológica entre el autor de una parte, y la víctima de otra, ambos desempeñan un papel tan importante, que nos parece si impone cada vez más la necesidad de consagrar un estudio no sólo a la víctima propiamente dicha, sino también en sus relaciones con el autor'.

JIMÉNEZ DE ASÚA opina que '...si los jueces cumpliera con estudiar a la víctima, se haría justicia penal más humana'. Luego agrega: 'Los problemas de la víctima, más que nuevos, aparecen hoy cargados de sentido'.

Surge pues esta brillante concepción de la pareja penal: delincuente y víctima, lo cual trae como consecuencia que la víctima adquiera relevante preponderancia en el estudio del delito, y que se elimine el arcaico criterio que la reducía su condición de pasiva receptora de la acción delictiva<sup>15</sup>.

Del mismo modo, ubicamos la página 11, donde en su cuarto párrafo resume su breve comentario realizado sobre la Victimología transcrito líneas arriba, siempre utilizándolo como fundamento de su defensa en un caso concreto. Ahora, téngase en cuenta que el libro tiene un prólogo con fecha noviembre del año 1979, por lo que deducimos que la primera edición del libro habría sido publicado ese mismo año, siendo ello así, podría ser esa fecha considerada como el inicio del estudio de la Victimología en nuestro país, dato que hasta el momento no ha podido ser corroborado. De otro lado, el mismo autor, elabora un interesante y conocido Diccionario Jurídico, en cuyo Tomo 3, inserta el término Victimología, conceptuándolo y haciendo mención a tres autores extranjeros, siendo el mismo texto utilizado –y transcrito– en el libro citado anteriormente<sup>16</sup>.

## 1.2. Estudios y Referencias de la Víctima y la Victimología en el Derecho Peruano.

15 *Ibidem*, págs. 6-7.

16 MARCONE MORELLO, Juan.- *Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares*, Tomo 3, AFA Editores S.A., Lima – Perú, 1995, pág. 2004.

A partir de la mitad de los años noventa, se inicia contadas publicaciones que hacen referencia a la Victimología en nuestro país. Al respecto, existen estudios en donde se menciona el término Victimología, sin embargo, debe tenerse presente que muchos libros publicados en el área del Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho de Ejecución Penal, Criminología, Psicología Jurídica, y en algunos Diccionarios Jurídicos (y no jurídicos), no hacen referencia a nuestra disciplina, pero sí, mencionan a la víctima de un delito.

Iniciamos con el penalista y catedrático **Felipe Andrés VILLAVICENCIO TERREROS**, el mismo que, en su conocida obra *Introducción a la Criminología*, (1997) refiere brevemente a nuestra disciplina, así como a la victimodogmática, en los siguientes términos:

*“5.5. Otros temas que la criminología crítica ha tenido que enfrentar ha sido el de la víctima. Si bien en un primer momento fue preferido el campo de estudio de los ‘delitos sin víctimas’, esto cambió originándose en los años ochenta, un renovado interés en la Victimología y con una nueva orientación interrogándose si la protección de la víctima era realmente posible a través del derecho penal.*

*En este sentido, se habla de la victimodogmática que se preocupa de la contribución de la víctima en el delito y la repercusión que ello debe tener en la pena del autor, desde su total exención de responsabilidad con base en el principio de ‘autorresponsabilidad’ de la víctima hasta una atenuación de la pena”<sup>17</sup>.*

El profesor **Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES**, se hace presente en esta lista, quien publicó un estudio sintético sobre El Delito Informático en el Código Penal Peruano (1997), en donde hace una brevísima referencia a la Victimología en uno de sus sub-capítulos, cuyo texto es el siguiente:

*“4. La víctima. Cada vez hay más autores que plantean que hay que considerar el papel de la víctima en el Derecho Penal, circunstancia que ha sido posible a través*

17 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe Andrés.- *Introducción a la Criminología*, Editorial Grijley, Lima – Perú, febrero de 1997, págs. 115-116. Existe una reimpresión del año 2000.

del desarrollo de la Criminología, sobre todo de la Victimología. Entiéndase por víctima a la persona afectada por el comportamiento del autor del delito”.<sup>18</sup>

Tenemos al Médico Legista y Psiquiatra Forense **Moisés Valdemar PONCE MALAVER**, quien en su artículo titulado “Victimología”<sup>19</sup>, dado a conocer en una obra colectiva (1998), desarrolla en seis páginas la siguiente temática: I. Introducción, II. Definición de Víctima, III. Características de la Víctima, IV. Reseña Histórica, V. Tipologías de las Víctimas, VI. Clasificación de las Víctimas, VII. Tipologías Victimales, VIII. Víctimas en los Delitos Sexuales, IX. Encuestas de Victimización, y X. Posición de la Víctima en el Derecho Penal. Así mismo, tiene publicado en la web<sup>20</sup>, un trabajo intitulado: “Victimología: estudio de las víctimas y su relación con el delito”<sup>21</sup>, habiendo desarrollado treinta y cuatro páginas, en la siguiente temática: Capítulo I. La Victimología como Ciencia, Capítulo II. Clasificación de las Víctimas, Capítulo III. Categorías Victimales o Víctimas Vulnerables, Capítulo IV. Víctimas y el Sistema Legal. Ha realizado, además, una serie de cursos y ponencias incluyendo el tema de la Victimología en el país.

El profesor **Luis Miguel REYNA ALFARO** es el autor que más ha contribuido respecto al estudio sobre la víctima en nuestro país, desde el año 1999. Ha sido coordinador de la primera obra colectiva publicada en el Perú, con el título *Victimología y Victimodogmática*, habiendo recopilado dieciocho artículos científicos muy relevantes, referentes al estudio de nuestra disciplina<sup>22</sup>. Del mismo modo, ha publicado un libro en el extranjero sobre *Victimología*<sup>23</sup>. Citamos los siguientes artículos

18 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto.- *El Delito Informático en el Código Penal Peruano*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú, abril de 1997, pág. 24.

19 PONCE MALAVER, Moisés Valdemar.- “Victimología”, en SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús.- *Estudios de Derecho en Homenaje al Dr. José Antonio Silva Vallejo*, Editorial San Marcos, Lima – Perú, 1998, págs. 397-402.

20 <https://dpsiquiatriaypsicologiaforense.files.wordpress.com/.../09-victimologia-magister>.

21 PONCE MALAVER, Moisés Valdemar.- “Victimología: estudio de las víctimas y su relación con el delito”, monografía presentada en el Máster en Medicina Forense de la Universitat de Valencia, España, con fecha Julio de 2004.

22 REYNA ALFARO, Luis Miguel (coordinador).- *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la Víctima en el Derecho penal*, ARA Editores, Lima – Perú, abril de 2003, 700 páginas.

23 REYNA ALFARO, Luis Miguel.- (director).- *Derecho,*

relevantes: “El ‘aumento indebido de riesgo’ por parte de la víctima como criterio para restringir el ámbito de lo relevante en sede penal. Breves notas sobre su incidencia en la Jurisprudencia Penal Peruana”<sup>24</sup>; “Imputación Objetiva, conducta de la víctima y criminalidad culposa: Una aproximación inicial desde los delitos culposos relacionados al tráfico vehicular”<sup>25</sup>; “La Problemática de la víctima en el Derecho penal: Reflexiones a propósito de la Criminalidad Informática”<sup>26</sup>, “Aproximaciones Victimológicas al Delito Informático”<sup>27</sup>; “Estudio final: La víctima en el sistema penal”<sup>28</sup>; “Las Víctimas en el Derecho Penal Latinoamericano: Presente y Perspectivas de Futuro”<sup>29</sup>; “La víctima en el delito informático”<sup>30</sup>; “La víctima: ¿Convidado de piedra del Derecho Penal? Especial referencia a la relevancia de la víctima en la Parte General del Derecho Penal”<sup>31</sup>.

**Edwin Manuel MONTOYA OLAECHEA** sacó a luz la primera publicación (1999) en donde utiliza el término “Víctima”. Analiza el problema de la victimización secundaria en nuestro país, enfocándolo en relación a los delitos de violación sexual de menores de edad<sup>32</sup>.

El profesor **Julio Antonio RODRÍGUEZ DELGADO** publica su libro *La Reparación como Sanción Jurídico-Penal* (1999) –versión modificada de su Tesis para optar el grado de Doctor en la Universidad de Barcelona–, en el cual hace un estudio sobre la víctima de un delito, en cuanto a Proceso Penal y Victimología, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 2003.

24 En *Revista Electrónica de Derecho Penal* N.º 1, publicaciones.derecho.org/redp, abril de 1999, págs. 1 y ss.

25 En: REYNA ALFARO, Luis (coordinador).- *Victimología...*, Op. cit., págs. 435-459.

26 *Ibidem*, págs. 565-580.

27 En: *Capítulo Criminológico. Revista de las disciplinas del Control Social*, Vol. 31, N° 4, Universidad de Zulia, Venezuela, octubre-diciembre 2003, págs. 93-104.

28 SCHÜNEMANN, Bernd et al.- *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*, Editorial Grijley, Lima – Perú, junio de 2006, págs. 101-164.

29 En *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Número 22, San Sebastián – España, diciembre de 2008, págs. 135-153.

30 En: *Página Oficial de Alfonso Zambrano*, Website de derecho penal, procesal penal y criminología, s/f, doce páginas, recuperado de: [http://www.alfonsozambrano.com/doctrina\\_penal/reina\\_alfaro.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/reina_alfaro.pdf), Última visita: 02-01-2017.

31 REYNA ALFARO, Luis Miguel.- *Derecho Penal Parte General. Temas Claves*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, febrero de 2016, págs. 149-165.

32 MONTOYA OLAECHEA, Edwin Manuel.- *Muchas Veces Víctima*, Fundación Radda Barnen, editorial Decisión Gráfica S.A., Lima – Perú, 1999.

la restitución y reparación de la misma, más no a la Victimología<sup>33</sup>. En ese mismo sentido, se tiene su libro *El Tipo Imprudente*, en cuyo capítulo V, dedica el sub-capítulo 2 al Comportamiento de la Víctima, destacando que la conducta del afectado incide en la resolución de un caso penal, y sugiere aplicar los conceptos de la imputación objetiva<sup>34</sup>. No menciona a la Victimología.



El profesor y magistrado del Poder Judicial **Víctor Roberto PRADO SALDARRIAGA**, en uno de sus libros –muy difundido entre los magistrados, abogados y estudiantes de Derecho en el país–, titulado *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú* (2000), en el capítulo IX, realiza un estudio pormenorizado respecto a los fundamentos y contenido de la reparación civil, dedicando el sub-capítulo 1 al estudio del derecho de resarcimiento de la víctima, y conceptos afines, sin haber tratado respecto a la Victimología<sup>35</sup>.

**Efraín Bruno VASSALLO SAMBUCETI**, realiza un trabajo en el ámbito procesal penal, al que titula *La Acción Civil en el Proceso Penal* (2000), en cuyo capítulo I, sub-capítulo 4, acápite 4.3.5., y de manera específica en el literal E) Nuevas tendencia en el derecho a la reparación civil que indirectamente afectan la concepción accionaria y privada de la constitución en parte civil en el proceso penal, menciona a los padres de la Victimología (Von HENTIG y MENDELSON), así mismo, hace alusión a los términos: “estudio victimológico” y “preocupación victimológica”<sup>36</sup>.

33 RODRÍGUEZ DELGADO, Julio Antonio.- *La Reparación como Sanción Jurídico-Penal*, Editorial San Marcos, Lima – Perú, 1999, págs. 128 y 129.

34 RODRÍGUEZ DELGADO, Julio Antonio.- *El Tipo Imprudente. Una visión funcional desde el derecho penal peruano*, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2007, págs. 176-179.

35 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto.- *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, setiembre de 2000, págs. 275-277.

36 VASSALLO SAMBUCETI, Efraín Bruno.- *La Acción Civil en el Proceso Penal*, Editorial San Marcos, Lima – Perú, 2000, págs. 128-136.

El maestro **William Fernando QUIROZ SALAZAR** nos ilustra magistralmente con un ejemplo respecto al deslinde conceptual y procesal entre sujeto activo, objeto de la acción y perjudicado con el delito, en su obra *Lecciones de Derecho Penal General* (2001), el cual transcribimos:

*“...Juan propietario de una joyería en Miraflores, María vendedora de la tienda, ésta atiende al cliente X, le muestra algunas perlas de oro, y su modus operandi del sujeto activo es la de confundirla a efectos de hacer ‘el cambiazó’ de la joya, cuestión que lo logra y en el momento que fugaba se percata Juan, le increpa su conducta solicitándole la devolución de la joya, en respuesta recibe un disparo de arma de fuego en la región pectoral izquierda, impacto que le ocasiona la muerte. En un potencial proceso penal seguido a X, sujeto pasivo será el propietario de la tienda, el objeto de la acción del delito de Estafa es María, el sujeto pasivo y objeto de la acción a la vez en el delito de homicidio es Juan, y él o los perjudicados con la muerte de Juan son sus familiares directos, colaterales y afines...”*

*Dejando aclarado que no siempre coincide el sujeto pasivo y objeto de la acción a la vez, esto es necesario conocer a efecto de distinguir en el proceso penal quien es testigo y víctima del delito. Y eso depende de cada hecho concreto”<sup>37</sup>.*

El profesor sanmarquino **Silfredo HUGO VIZCARDO**, en su libro *Derecho Penal General* (2001), conceptualiza a la Victimología como parte de la Criminología que se ocupa de la víctima, y hace mención al criminólogo y victimólogo español Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA<sup>38</sup>.

**María Elena CONTRERAS GONZÁLEZ** publica una interesante monografía titulada *La Víctima del Delito en el Proceso Penal* (2004), siendo la segunda obra en cuyo título se utiliza el término “víctima” en nuestro país<sup>39</sup>. Desarrolla

37 QUIROZ SALAZAR, William Fernando.- *Lecciones de Derecho Penal General*, Editorial Imsergraf, Lima – Perú, abril de 2001, págs. 148-149.

38 HUGO VIZCARDO, Silfredo.- *Derecho Penal General. Fundamentos Generales. Teoría de la ley penal*, Pro Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Lima – Perú, 2001, págs. 41-43.

39 CONTRERAS GONZÁLEZ, María Elena.- *La Víctima del Delito en el Proceso Penal*, Impresiones Urbina, Trujillo – Perú, abril de 2004, págs. 34-66.

un significativo estudio de la Victimología –en treinta y tres páginas–. Dicho libro se encuentra estructurado en los siguientes: Capítulo I: La Víctima en el Proceso Penal, 1.1. Marco de Referencia del Problema, 1.2. Marco Teórico, 1.2.1. Evolución Histórica de la Posición de la Víctima en el Proceso Penal, 1.2.2. La Víctima Concepto, 1.2.3. Terminología, 1.2.4. Diferencia entre víctima, ofendido, agraviado, 1.2.5. La Victimología y la Victimodogmática, 1.2.6. Pioneros de la Victimología, 1.2.7. Clases de Víctimas, 1.2.8. Enfoque de la Víctima bajo la perspectiva de la Criminología, 1.2.9. Enfoque de la Víctima bajo la perspectiva de la Psicología, 1.2.10. Enfoque de la Víctima bajo la perspectiva de la Sociología, 1.2.11. Derechos de las Víctimas en el Proceso Penal, 1.2.12. El Abogado de la Víctima del Delito, Capítulo II: La Víctima en el Proceso Penal Peruano, 2.1. En el Código de Procesamientos Penales de 1940, 2.2. En el Código Procesal Penal, y, 2.3. La Víctima según los Procesalistas Peruanos.

**Pedro Miguel ANGULO ARANA** trata sobre el tema del rescate de la víctima y la reparación oportuna, en el Capítulo III: Fundamentos de los Criterios de Oportunidad, de su monografía *El Principio de Oportunidad* (2004), en el cual menciona brevemente a la Victimología<sup>40</sup>. También, en su obra *La Función Fiscal* (2007), en el Capítulo VII: Las funciones del Ministerio Público, y de manera específica en el subcapítulo 7.4.3.1 El Ministerio Público y la Víctima, en el literal B, realiza un breve estudio sobre la perspectiva de la Victimología<sup>41</sup>.

La investigadora **Fany Soledad QUISPE FARFÁN**, nos ilustra con un interesante artículo (2005) referente al imputado y a la víctima en el nuevo Código Procesal Penal, como parte en una obra colectiva muy sustancial. En la misma realiza un análisis respecto a la situación jurídica actual de la víctima en el marco del nuevo Código adjetivo, esto es, dentro del ámbito procesal penal, siendo importante el breve estudio; sin embargo, dada la naturaleza del mismo, no se menciona en ningún párrafo a la Victimología, y tampoco existen estudios victimológicos<sup>42</sup>.

40 ANGULO ARANA, Pedro Miguel.- *El Principio de Oportunidad en el Perú*, Serie Derechos y Garantías 12, Palestra Editores, Lima – Perú, setiembre de 2004, págs. 42-47.

41 ANGULO ARANA, Pedro Miguel.- *La Función Fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. El Fiscal en el nuevo proceso penal*, Jurista Editores, Lima – Perú, marzo de 2007, págs. 421-425.

Especial atención merece el reconocido jurista y catedrático **Juan José BLOSSIERS HÜME**, a quien considero como el primer autor peruano en utilizar el término Victimología como título en un texto publicado –individualmente– en nuestro país, me refiero a su libro *Criminología & Victimología*, que salió a publicidad el año 2005, habiendo realizado un extenso estudio en ciento dieciséis páginas, siendo, incluso, de mayor amplitud que el trabajo realizado por el profesor SOLÍS ESPINOZA, Dicho texto está estructurado en seis capítulos, de los cuales dos de ellos los dedica exclusivamente al estudio de nuestra disciplina, esquematizándola de la siguiente manera: Capítulo IV Orígenes y Desarrollo de la Victimología: 4.1. Evolución Histórica de la Victimología, 4.2. Los Derechos de las Víctimas en el Derecho Penal Internacional, 4.3. Tendencias Actuales de la Victimología, 4.4. Las Víctimas y el Principio de Legalidad en el Proceso Jurídico-Penal, Capítulo V Victimología y Derecho Penal: 5.1. Definiciones de Victimología, 5.2. Clasificaciones de las Víctimas, 5.3. Resistencia a Denunciar el Delito, 5.4. Nuevas Tendencias de la Victimología, 5.5. Victimodogmática, 5.6. Victimagogía, 5.7. Victimación Múltiple, 5.8. Derecho Penal y Víctima, 5.9. La Postergación de la Víctima, 5.10. El Control Social Informal y la Víctima, 5.11. La Reparación – Sanción como “Tercera Vía Punitiva”, 5.12. La Conciliación Víctima Ofensor, 5.13. La Víctima en el Escenario Internacional<sup>43</sup>.

**Gonzalo Raúl PEÑA FREYRE**, desarrolla un interesante artículo sobre la Victimología (2006), la que investiga desde la óptica del Derecho Penal y Procesal Penal, en treinta y dos páginas. Divide su trabajo en ocho acápitales: 1. Introducción, 2. Consideraciones generales, 3. El redescubrimiento de la víctima, 4. La posición de la víctima en el proceso penal en coherencia con los fines del Derecho Penal material, 5. La víctima a partir de sus diferentes acepciones jurídico-penal, 7. Aspectos penales: a. La edad de la víctima, b. El sexo, c. La relación parental, d. La inimputabilidad de la víctima, e. El cargo del agresor, y, 8. El Delincuente-víctima: 8.1. La eutanasia, 8.2. La legítima defensa,

42 QUISPE FARFÁN, Fany Soledad.- “El imputado y la víctima en el nuevo Código Procesal Penal: despersonalización, denominación y momentos de enfrentamiento”, en CUBAS VILLANUEVA, Víctor; DOIG DÍAZ, Yolanda; QUISPE FARFÁN, Fany Soledad (coordinadores).- *El nuevo Proceso Penal*, Palestra Editores, Lima – Perú, junio de 2005, págs. 291-303.

43 BLOSSIERS HÜME, Juan José.- *Criminología & Victimología*, Editorial Disartgraf, Lima – Perú, diciembre de 2005, págs. 321-436.



### 8.3. Los estados de inexigibilidad<sup>44</sup>.

Félix Enrique RAMÍREZ SÁNCHEZ escribe un artículo sobre “El redescubrimiento del tercero civilmente responsable en los delitos de abuso de autoridad. Breves reflexiones desde la Victimología” (2006). Dicho artículo se publica en dos revistas especializadas<sup>45</sup>.

**Augusto Norberto PINILLOS SEMINARIO** elabora su libro sobre Criminología (2006), en cuyo subcapítulo: 4.3. El Delincuente Sexual Serial, dedica un acápite a una breve referencia a la víctima, en cuanto tal, de un victimario sexual serial; así mismo, sobre las lesiones, daño psíquico emergente y otras características que presenta ante este tipo de victimización, No menciona a la Victimología<sup>46</sup>.

**Eloy Fernán MOMETHIANO ZUMAETA y Javier Ysrael MOMETHIANO SANTIAGO**, publican un texto muy peculiar sobre Criminología (2006), incluyendo un sintético estudio sobre nuestra disciplina, en la Tercera Parte: Criminalidad en la sociedad actual, Capítulo III: Sociedad de Víctimas, sub-capítulo 1. Victimología, y sub-capítulo 2. La víctima y el proceso penal<sup>47</sup>.

**Alcides CHINCHAY CASTILLO** da a conocer un breve esbozo orientado al estudio de la víctima y su reparación en el proceso penal peruano (2007). No menciona a la Victimología<sup>48</sup>.

---

44 PEÑA FREYRE, Gonzalo Raúl.- “La Victimología: Un estudio de la víctima desde todas las ramas del saber jurídico-penal”, en: PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; MONTES FLORES, Efraín; SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel (coordinadores).- *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo II, ARA Editores, Lima – Perú, enero de 2006, págs. 807-842.

45 GUTIÉRREZ CAMACHO, Wálter (director).- *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 11, N.º 91, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, junio de 2006, págs. 193-201. También en: *Revista Jurídica del Perú*, Año LVI, N.º 67, Lima – Perú, abril-junio de 2006, págs. 267-280.

46 PINILLOS SEMINARIO, Augusto Norberto.- *Criminología ¿Para qué?*, Librería Jurídica, Trujillo – Perú, 2006, págs. 370-371.

47 MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy Fernán y MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael.- *Criminología. Fundamentos sobre criminalidad y su enfoque en la sociedad contemporánea*, Editorial San Marcos / Ediciones Legales, Lima – Perú, 2006, págs. 321-332. Existe una segunda edición, de junio de 2010.

48 CHINCHAY CASTILLO Alcides.- “La Víctima y su Reparación en el Proceso Penal Peruano”, en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Tomo 108, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, setiembre de 2007, págs. 108-215.



**Ana María CUBAS LONGA**, se ocupa en su libro sobre Trata de Personas (2008), en el Capítulo V: sobre intervención, asistencia y protección a las víctimas del delito de trata de personas<sup>49</sup>. No menciona a la Victimología.

**Percy Eduardo LEÓN ALVA**, al tratar el tema sobre deberes de autoprotección de la víctima en el delito de estafa (2008), incluye en una obra colectiva, en el sub-capítulo II, un breve estudio sobre la Victimología y el principio de autorresponsabilidad<sup>50</sup>.

**Percy GARCÍA CAVERO**, en sus Lecciones de Derecho Penal Parte General (2008), menciona brevemente a la Victimología, indicando que según esta disciplina, la víctima de un delito o hecho dañoso es, en algunos casos, con mayor o menor relevancia, causa o factor condicionante de la realización del hecho delictivo<sup>51</sup>.

**Rosario LÓPEZ WONG**, desarrolló sistemáticamente sobre: “El Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos: Evaluación de su Implementación y Perspectivas de Desarrollo” (2009)<sup>52</sup>. No menciona a la Victimología.

---

49 CUBAS LONGA, Ana María.- *Trata de Personas. Buscando respuestas*. s/e., Lima – Perú, enero de 2008, págs. 111-126.

50 LEÓN ALVA, Percy Eduardo.- “Los Deberes de Autoprotección de la Víctima en la Configuración del Engaño en el Delito de Estafa”, en: ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos y, QUISPE VILLANUEVA, Alejandro Emilio.- *Dogmática Penal del Tercer Milenio, Libro Homenaje a los Profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*, ARA Editores, Lima – Perú, julio de 2008, págs. 1217-1223.

51 GARCÍA CAVERO, Percy.- *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, Editorial Grijley, Lima – Perú, septiembre de 2008, págs. 14-15. El mismo texto se repite en la segunda edición, Jurista Editores, marzo de 2012, pág. 49.

52 Ágora Fiscal. Revista de la Escuela del Ministerio Público “Dr. Gonzalo Ortiz de Zevallos Roedel”, N.º 1, Lima – Perú, abril de 2009, págs. 118-146.

**Jorge ROSAS YATACO**, en su libro *Derecho Procesal Penal* (2009)<sup>53</sup> dedica la Primera Parte: Nociones fundamentales del proceso común, Capítulo 7: Sujetos y partes procesales, y de manera específica el sub-capítulo VIII, al estudio de la Víctima, cuya estructura es la siguiente: 8.1. Preliminar, 8.2. Concepto de víctima, 8.3. La Victimología, 8.4. Clases de victimización, 8.5. Víctima y cifra negra, 8.6. ¿Quién defiende a la víctima? Protección a la víctima, 8.7. Víctima: agraviado y actor civil, 8.8. La acción civil. Así también, en su obra relativa a *Los sujetos en el nuevo código procesal penal* (2014)<sup>54</sup>, incluye en la Cuarta Parte, Capítulo XIV: La condición jurídica de la víctima en el proceso penal, 14.1. Preliminar, 14.2. Concepto de víctima, 14.3. La Victimología, 14.4. Clases de victimización: a) Victimización primaria, b) Victimización secundaria, 14.5. Víctima y cifra negra, 14.6. ¿Quién defiende a la víctima? Protección a la víctima, y 14.7. Víctima: agraviado y actor civil.

**Jorge A. PÉREZ LÓPEZ y Kely SANTILLÁN LÓPEZ** dan a conocer su interesante trabajo sobre *Criminología* (2009), destinando el sub-capítulo 1.2.4., del Capítulo II: La Criminología, al estudio de la víctima, y –por consiguiente y brevemente– a la Victimología<sup>55</sup>. En el mismo, se advierte también que existe una sucinta referencia a la Victimodogmática<sup>56</sup>, sub-capítulo 7.5, del Capítulo VII: La Crisis de la Criminología Crítica.

**Alonso Raúl PEÑA-CABRERA FREYRE**, en su libro *Exégesis Nuevo Código Procesal Penal* (2009)<sup>57</sup>, en el Libro Primero, Sección IV: El Ministerio Público y los Demás Sujetos Procesales, y de manera específica en el Título IV, elabora un estudio referente a la víctima del delito en marco del nuevo proceso penal. No menciona a la Victimología. Sin embargo, en su libro *Derecho Procesal Penal* (2012)<sup>58</sup>, hace una muy breve referencia a la

Victimología, indicando que la misma podría ser considerada la contracara de las disciplinas criminológicas que centran su atención sobre el individuo infractor<sup>59</sup>. Realiza un estudio sobre la víctima como sujeto dentro del proceso penal, acorde con el Código Procesal Penal de 2004, ubicándolo dentro del Capítulo IV –correspondiente al Título IV: El Ministerio Público y los Demás Sujetos Procesales, dentro de la Segunda Parte–, el cual lo divide en los siguientes: Sub-capítulo I: El Agraviado, Sub-capítulo II: El Actor Civil, y Sub-capítulo III: El Querellante Particular. De otro lado, en otra publicación suya (2013), solo menciona la palabra Victimología y victidogmática<sup>60</sup>.



**Juan Abraham RAMOS SUYO**, en su libro sobre *Criminología y otros estudios* (2010), en su Capítulo II: dedicado a la Clasificación de la ciencia criminológica, y de manera específica, en el literal f), realiza una brevísima referencia a la Victimología<sup>61</sup>.

**Miguel TOYOHAMA ARAKAKI**, en su artículo sobre “La determinación judicial de la pena. Aspectos críticos de su operatividad”, capítulo VIII, y de manera específica en el numeral 3: Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen, menciona la palabra Victimología (2011)<sup>62</sup>.

53 ROSAS YATACO, Jorge.- *Derecho Procesal Penal. Con aplicación al Nuevo Proceso Penal*, Jurista Editores, Lima – Perú, mayo de 2009, págs. 319-336.

54 ROSAS YATACO, Jorge.- *Los Sujetos en el Nuevo Código Procesal Penal*, Editorial Lex & Iuris, Lima – Perú, setiembre de 2014, pág. 239-253.

55 PÉREZ LÓPEZ, Jorge A. y SANTILLÁN LÓPEZ, Kely.- *Criminología. De la concepción positivista a la perspectiva crítica*, Editorial San Marcos, Lima – Perú, 2009, págs. 44-46.

56 *Ibidem*, págs. 239-240.

57 PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl.- *Exégesis Nuevo Código Procesal Penal*, Volumen 1, Editorial Rodhas, Lima – Perú, 2009, págs. 442-454.

58 PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl.- *Derecho*

*Procesal Penal. Sistema Acusatorio, Teoría del Caso y Técnicas de*

*Litigación Oral*, Tomo I, Editorial Rodhas, Lima – Perú, febrero de 2012, págs. 366-393.

59 *Ibidem*, pág. 368.

60 PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl.- *Estudios sobre Derecho Penal y Procesal Penal*, Normas Legales, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, diciembre de 2013, pág. 47.

61 RAMOS SUYO, Juan Abraham.- *Criminología y Criminalística vinculante a la Política Criminal*, Editorial Grijley, Lima – Perú, enero de 2010, págs. 132-133.

62 URQUIZO VIDELA, Gustavo.- *Estudios Críticos de Derecho Penal Peruano*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, abril de 2011, pág. 238.

**Juan HURTADO POMA** esgrime un trabajo sobre los acuerdos reparatorios y justicia restaurativa (2011), en cuyo Capítulo 3, sub-capítulo V: lo dedica al estudio de la Victimología en la actualidad; el sub-capítulo VI: al estudio de la Victimación y la justicia restaurativa, y el sub-capítulo VII: al estudio de la Desvictimación y la reparación<sup>63</sup>.

**José Luis MEDINA FRISANCHO** al desarrollar su obra sobre la imputación a la víctima en un tipo penal (2011), dedica el capítulo II, y de manera específica en el sub-capítulo 4, un estudio sobre la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima<sup>64</sup>, así como el capítulo III lo dedica íntegramente al tema de la conducta de la víctima y su relevancia para la teoría de la imputación objetiva<sup>65</sup>. No menciona a la Victimología.

**Juan Rodolfo ZAMORA BARBOZA** publica un pequeño libro sobre La Determinación de la Reparación Civil (2012), en cuyo capítulo 2, y de manera específica en el sub-capítulo 2.1.4 lo dedica al estudio de la víctima del delito, haciendo una breve referencia a la Victimología y a la Victimodogmática<sup>66</sup>.

**Julissa Angeludis TOMASSINI** al dar a conocer un texto en formato minilibro, relativo a la Justicia Restaurativa (2012), en su Capítulo 4, está dedicado exclusivamente al estudio de la Victimología como nueva disciplina social, abarcando los siguientes sub-capítulos: 4.1. Antecedentes, 4.2. Concepto de Victimología, 4.3. Concepto de victimización, 4.4. Concepto de victimidad, 4.5. Concepto de victimario, 4.6. Concepto de víctima, 4.7. Tipos victimales, 4.8. La victimización del victimario, 4.9. Víctima y sistema legal, 4.10. El protagonismo del delincuente y el olvido de la víctima en el sistema penal<sup>67</sup>. Se advierte de la lectura de la contraportada (final),

63 HURTADO POMA, Juan.- *Teoría y Práctica de los Acuerdos Reparatorios y Justicia Restaurativa en el Nuevo Proceso Penal*, Editorial Grijley, Lima – Perú, agosto de 2011, págs. 99-103.

64 MEDINA FRISANCHO, José Luis.- *La Imputación a la Víctima en los Delitos de Defraudación Patrimonial. Un estudio sobre el alcance de la Autorresponsabilidad de la víctima en las actividades económico-financieras*, Editorial Grijley, Lima – Perú, septiembre de 2011, págs. 52-58.

65 *Ibidem*, págs. 63-78.

66 ZAMORABARBOZA, Juan Rodolfo.- *La Determinación de la Reparación Civil*, Ediciones BLG, Trujillo – Perú, febrero de 2012, págs. 30-32.

67 TOMASSINI, Julissa Angeludis.- *La Justicia Restaurativa como mejor alternativa*, Editorial Grijley, Lima – Perú, setiembre de 2012, págs. 59-89.

que la autora habría publicado un libro o artículo sobre La Victimología como Nueva Disciplina Social, en agosto del año 2007 (el cual no ha podido ser ubicado físicamente).

**César William BRAVO LLAQUE** elabora un interesante artículo (2012) titulado: “No es atípica la conducta imprudente del autor que predomina sobre la autopuesta en peligro de la víctima”, referida a una sentencia de un caso concreto, y también: “La participación de la víctima en el hecho delictivo: Absolución de cargos o disminución del cuántum de la pena y la reparación civil”, que constituye el comentario de la anterior<sup>68</sup>. No se menciona a la Victimología.

**Elky VILLEGAS PAIVA** nos ofrece un buen trabajo sobre El agraviado y la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal (2013), en mismo que divide en siete capítulos, de los cuales dedica dos capítulos al estudio de la víctima y la Victimología –en nueve páginas–. Capítulo segundo: Protagonismo, neutralización y redescubrimiento de la víctima en el sistema penal, 1. La llamada edad de oro, 2. La neutralización de la víctima, 3. El redescubrimiento de la víctima, Capítulo tercero, 1. Concepto de víctima, 2. La victimización y sus consecuencias. Especial referencia a la victimización secundaria<sup>69</sup>. Del mismo modo, se tiene su libro *Cómo se Aplica Realmente la Teoría del Delito* (2017), en cuya Segunda Parte, Capítulo III, Sub-Capítulo IV, está dedicado al ámbito de competencia de la víctima, la imputación a la víctima<sup>70</sup>. No menciona a la Victimología.

**Jaime COÁGUILA VALDIVIA**, en su libro sobre los derechos del imputado (2013), en el Capítulo I, específicamente en el numeral 3.1. Legitimidad activa, menciona la palabra Victimología<sup>71</sup>.

**Moisés N. PAZ PANDURO y Carlos A. ANGLAS LOSTAUNAU** elaboran un artículo sobre la

68 GUTIÉRREZ CAMACHO, Wálter (director).- *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, N.º 171, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, diciembre de 2012, 196-199.

69 VILLEGAS PAIVA, Elky.- *El agraviado y la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal*, Editorial Gaceta Penal, Lima – Perú, febrero de 2013, pág. 27-70. De manera específica, dedica al estudio de la Victimología en las páginas 44 al 52.

70 VILLEGAS PAIVA, Elky.- *Cómo se Aplica Realmente la Teoría del Delito. Un enfoque a partir del análisis de los casos jurisprudenciales*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2017, págs. 205-219.

71 COÁGUILA VALDIVIA, Jaime.- *Los derechos del imputado y la tutela de derechos en el nuevo Código Procesal Penal*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, febrero de 2013, pág. 23.

víctima en el proceso penal peruano (2013), donde resaltan un estudio comparativo de diversas legislaciones extranjeras sobre el tratamiento y protección a la víctima de un delito<sup>72</sup>. No menciona a la Victimología.

**Ariel Alejandro TAPIA GÓMEZ**, da a conocer su trabajo relacionado a la victimación y a la victimización (2013), realizando una delimitación lexical y especializada sobre los dos temas aludidos<sup>73</sup>. No menciona a la Victimología.

**Rodolfo José ESPINOZA ZEVALLOS**, efectúa un artículo (2013) sobre las consideraciones criminológicas y victimológicas del delito de tráfico ilícito de drogas, dedicando el sub-capítulo III al estudio de la Victimología y Narcotráfico<sup>74</sup>.

**Daniel Ernesto PEÑA LABRIN** en su Curso de Criminología (2013), ubica y desarrolla ínfimamente el estudio de la Victimología en la Unidad IV, el mismo que divide en dos sub-capítulos: 4.1. Definiciones de Victimología, y 4.2. Clasificaciones de las Víctimas<sup>75</sup>.

**José David BURGOS ALFARO**, desarrolla en una obra colectiva (2013), un amplio trabajo sobre “Los Derechos del Agraviado en el Proceso Penal”<sup>76</sup>. No menciona a la Victimología.

**Edward Rómulo SUÁREZ LA ROSA SÁNCHEZ**, hace un estudio sobre la víctima del delito en el modelo penal acusatorio garantista (2013)<sup>77</sup>. No menciona a la Victimología.

**Jhuly MORI LEÓN** nos presenta un excelente artículo sobre el derecho de resarcimiento del

72 PAZ PANDURO, Moisés N. y, ANGLAS LOSTAUNAU, Carlos A.- “La Víctima en el Proceso Penal Peruano ¿El Estado brinda la atención que requiere?”, en: CHAPARRO GUERRA, Ayar (coordinador).- *El Sistema Penal y su Aplicación Teórico-Práctico*, Adrus D&L Editores, Lima – Perú, junio de 2013, págs. 367-382.

73 TAPIA GÓMEZ, Ariel Alejandro.- “Victimación y Victimización”, en *Ibidem*, págs. 383-393.

74 ESPINOZA ZEVALLOS, Rodolfo José.- “Consideraciones Criminológicas y Victimológicas del Tráfico Ilícito de Drogas”, *Ibidem*, págs. 726-732.

75 PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto.- *Curso de Post Grado Criminología*, Editorial Jurídica v Lex, Lima – Perú, 2013, págs. 56-61.

76 REVILLA LLAZA, Percy Enrique (coordinador).- *Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, junio de 2013, págs. 499-529.

77 SUÁREZ LA ROSA SÁNCHEZ, Edward Rómulo.- “La Víctima del Delito en el Modelo Penal Acusatorio Garantista”, en: *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Ancash*, N.º 1, Editado por el ICAA, Huaraz – Perú, 2013, págs. 72-78.

daño sufrido por las víctimas de delitos en el Código Procesal Penal peruano (2014)<sup>78</sup>; en dicho trabajo menciona brevemente a la Victimología.

José Antonio CARO JOHN contribuye con una valiosa investigación respecto a la imputación a la víctima, como instituto dogmático de la imputación objetiva, correspondiente al capítulo 2 de su Manual Teórico-Práctico de Teoría del Delito (2014)<sup>79</sup>.

**James REÁTEGUI SÁNCHEZ**, en su libro sobre Derecho Penal – Parte General (2014), hace una breve referencia a la Victimología y a la Victimodogmática<sup>80</sup>. Así también, en otra obra (2016), vuelve a transcribir la misma referencia sobre nuestra disciplina<sup>81</sup>.

**Edwin Augusto NAVARRO VEGA y Rosa ALBÁN TORRES** dan a conocer su artículo sobre la mujer víctima de violencia doméstica y su relación con el síndrome de mujer maltratada, en una ciudad del interior del país (2014)<sup>82</sup>. No mencionan a la Victimología.

**Eliana D. Malca SERRANO DE CABANILLAS** elabora un artículo relativo al Nuevo Código Procesal Penal Peruano y la protección a víctimas menores de edad del delito contra la libertad sexual (2014), mencionando brevemente a nuestra disciplina:

*“Con ocasión del surgimiento de las perspectivas teóricas de la victimología y la victimodogmática entre otras, la situación ha*

78 MORI LEÓN, Jhuly.- “El Derecho de Resarcimiento del Daño Sufrido por las Víctimas de Delitos y el Código Procesal Penal Peruano”, en: *Revista Ciencia y Tecnología*, Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo, Año 10, N.º 1, Trujillo – Perú, enero de 2014, págs. 85-102.

79 CARO JOHN, José Antonio.- *Manual Teórico-Práctico de Teoría del Delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Serie Lucha contra la Corrupción – Vol. III, ARA Editores, Lima – Perú, junio de 2014, págs. 86-98.

80 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James.- *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Volumen I, Pacífico Editores, Lima – Perú, julio de 2014, págs. 53-54.

81 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James.- *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Volumen 1, Ediciones Legales, Lima – Perú, 2016, págs. 75-77.

82 NAVARRO VEGA, Edwin Augusto y ALBÁN TORRES, Rosa.- “Relación entre “Mujer Víctima de Violencia Doméstica” y “Síndrome de Mujer Maltratada” en Trujillo, Perú”, en: *Revista Ciencia y Tecnología*, Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo, Año 10, N.º 3, Trujillo – Perú, setiembre de 2014, págs. 159-169.

variado sustancialmente apreciándose un reconocimiento mucho más amplio a favor de los derechos de las víctimas<sup>83</sup>.

**Carlos MACHUCA FUENTES**, realiza una contribución respecto al tema del agraviado en el nuevo proceso penal peruano, en una obra colectiva (2014), en el cual incluye un acápite dedicado brevemente a la Victimología<sup>84</sup>.



**Marina GASCÓN ABELLÁN, Giammpol TABOADA PILCO y Víctor BURGOS MARIÑOS** sustentan un tema tan esencial como es: el derecho de la víctima a un trato digno (2015); en el cual incluyen estudios de victimización primaria, secundaria y terciaria<sup>85</sup>. No mencionan a la Victimología.

El profesor y magistrado Supremo del Poder Judicial **César Eugenio SAN MARTÍN CASTRO**, en su obra *Derecho Procesal Penal* (2015)<sup>86</sup>, en el Capítulo IV relativo al actor civil, desarrolla el siguiente contenido: 1. Base legal, 2. Precisiones conceptuales, 3. La víctima en el proceso penal, 3.1. Concepto de agraviado, 3.2. Derechos del agraviado, 3.3. Deberes del agraviado, 3.4. Apoderado común. No menciona a la Victimología.

83 SERRANO DE CABANILLAS, Eliana D. Malca.- “El Nuevo Código Procesal Penal Peruano y la protección a víctimas menores de edad del delito contra la libertad sexual”, en: *Revista Ciencia y Tecnología*, Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo, Año 10, N.º 4, Trujillo – Perú, noviembre de 2014, págs. 57-76.

84 MACHUCA FUENTES, Carlos.- “El agraviado en el nuevo proceso penal peruano”, en CLAROS GRANADOS, Alexander; CASTAÑEDA QUIROZ, Gonzalo (coordinadores).- *Nuevo Código Procesal Penal Comentado*, Volumen 1, Ediciones Legales, Lima – Perú, 2014, págs. 309-326.

85 GASCÓN ABELLÁN, Marina; TABOADA PILCO, Giammpol, y BURGOS MARIÑOS, Víctor.- “Derecho de la Víctima a un Trato Digno”, en: *Casística del Código Procesal Penal (I)*, Ediciones BLG, Trujillo – Perú, enero de 2015, págs. 102-105.

86 SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio.- *Derecho Procesal Penal. Lecciones. Conforme al Código Procesal de 2004*. Iakob Comunicadores & Editores SAC, Lima – Perú, noviembre de 2015, págs. 224-231.

**Jovian Valentín SANJINEZ SALAZAR** desarrolla un interesante trabajo titulado *Sin Cadáver, Sí hay Homicidio y otros temas jurídicos* (2015), dentro del cual realiza un destacado y amplio estudio respecto de la Victimología –en ciento treinta páginas–, habiendo dedicado el Tema II al estudio de la Victimología en el Derecho Comparado, el cual se divide en los siguientes: Capítulo I: La Victimología como Fenómeno del Derecho, Capítulo II: La Victimología y el Derecho Internacional Humanitario, Capítulo III: La Victimología en los Estados Civilizados, Capítulo IV: Victimología versus Criminología, Capítulo V: La Ciencia Victimológica; además de las Conclusiones y Recomendaciones<sup>87</sup>.

**Aldo CALCINA HANCCO**, diserta sobre la temática de la imputación a la víctima dentro del ámbito de la responsabilidad de la misma (2016)<sup>88</sup>. No menciona a la Victimología.

**Hugo DE ROMAÑA VELARDE** trae consigo su obra *Criminología Para Ti* (2016), dedicando el Capítulo XI al estudio de la Victimología, cuyos sub-capítulos son los siguientes: 1. Introducción, 2. Concepto, 3. Clases de víctimas, 4. Procesos de victimización, 5. Riesgo de victimización y vulnerabilidad de las víctimas, 6. Trastornos de las víctimas, 7. Perfil psicosocial de las víctimas de agresión sexual, 8. Victimización del autor, 9. Procesos de desvictimización, además de un Resumen y un Comentario<sup>89</sup>.

**Jorge Alberto VEGA AGUILAR**, da a conocer en una obra colectiva (2016), su artículo sobre “El comportamiento de la víctima y la polémica de la heteropuesta en peligro consentida”, refiriéndose brevemente a la victimodogmática<sup>90</sup>. No menciona a la Victimología.

87 SANJINEZ SALAZAR, Jovian Valentín.- *Sin Cadáver, Sí hay Homicidio y otros temas jurídicos*, Editorial de la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, Huacho – Perú, 2015, págs. 20-150.

88 CALCINA HANCCO, Aldo.- “La imputación al ámbito de la responsabilidad de la víctima “imputación a la víctima”, en: CALCINA HANCCO, Aldo (Coordinador).- *Dogmática Penal Aplicada y Cuestiones Actuales del Derecho Penal económico y de la empresa*, Editorial Grijley, Lima – Perú, enero de 2016, págs. 149-163.

89 DE ROMAÑA VELARDE, Hugo.- *Criminología Para Ti*, Adrus D&L Editores, Lima – Perú, enero de 2016, págs. 147-163.

90 GUTIÉRREZ CRESPO, Fredy (coordinador).- *Revista Jurídica del Ministerio Público. Distrito Fiscal del Santa*, Año 02, N.º 02, Chimbote – Perú, mayo de 2016, págs. 361-372.

Se tiene un reciente trabajo de **Jhonn C. MEDINA OLIVAS**, intitulado *Las Víctimas y sus Derechos* (2016), realizando un estudio en diez páginas sobre la Victimología (Capítulo I), así como diecisiete páginas al tratamiento de la víctima (Capítulo II); y los demás capítulos destinados al estudio de aspectos normativos y sobre la víctimas de violencia familiar<sup>91</sup>.

### 1.3. Nuestro Aporte.

#### **Libro:**

*La Víctima y su Tutela en el Sistema Jurídico – Penal Peruano. Fundamentos victimológicos*, Editorial Grijley, Lima – Perú, enero de 2016.

#### **Artículos Científicos:**

“Victimología y Victimodogmática”, en: “El Diplomado”, Revista de la Universidad Nacional Federico Villarreal y Opción, Vol. 03, Lima – Perú, 2004.

“Victimología”, en Revista Gaceta Penal & Procesal Penal. Editorial Gaceta Jurídica. N° 36. Lima – Perú, junio de 2012; págs. 418-428.

“La Víctima en la Teoría de la Imputación Objetiva”, en: Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Ancash, N.º 2, Editado por el ICAA, Huaraz – Perú, abril de 2014; págs. 150-154.

“La Víctima y su Tratamiento en el Sistema Jurídico-Penal Peruano”, en Aportes. Revista Académica Institucional del Ilustre Colegio de Abogados de Ancash, Año I, N.º 001, abril de 2016; págs. 7-11.

#### **Artículos Web:**

“La Víctima en la Teoría de la Imputación Objetiva”, en: Blog Victimología, Criminología y Ciencias Penales, subido el 22 de julio de 2015, recuperado de: <http://victimologiaperuana.blogspot.pe/>

“Victimología”, en: Criminociencia. Proyectos de Criminología y Criminalística, subido el 27 de enero 2016, recuperado de: <http://criminociencia.com/victimologia/>

“La Victimología”, en: Blog Victimología, Criminología y Ciencias Penales, subido el 06 de mayo de 2017, recuperado de: <http://victimologiaperuana.blogspot.pe/>

“La Victimología en el Derecho Penal”, en: Blog Victimología, Criminología y Ciencias Penales, subido el 16 de julio de 2017, recuperado de: <https://victimologiaperuana.blogspot.pe/>

Sin ánimo de exhaustividad, se registran más artículos y ensayos que sólo mencionan a la Victimología, así como estudios realizados por extranjeros publicados en nuestro país; también tenemos la organización de algunos eventos académicos relacionados con la Victimología, y la publicación de páginas web sobre nuestra materia, la cual se presentará en una segunda parte, como continuación de la presente.

### 2. Conclusiones.

- Se advierte que en nuestro país, no existe un libro exclusivo relacionado al tema de la Victimología.
- Se aprecia que existen cuatro autores peruanos que hemos escrito con cierta amplitud sobre la Victimología.
- Se verifica que existen sólo dos obras colectivas publicadas en nuestro país, que realizan estudios relevantes sobre Victimología, del cual solo un autor es peruano.
- Se conoce que existen contados autores peruanos que han publicado artículos relacionados a la Victimología, pero de manera genérica.
- Se hace necesario ampliar las publicaciones, eventos académicos, y creación de cursos a nivel de pre y post grado sobre la Victimología en nuestro país.

### 3. Referencias Bibliográficas:

CASTILLO ALVA, José Luis (Director).- *Revista Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, Editorial Instituto Pacífico, N.º 1 al 38, Lima – Perú, 2014-2017.

CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner (Director).- *Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal*, Editorial Grijley, N.º 1 al 7, Lima – Perú, 2000-2007.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino (Director).- *Revista Ius Puniendi*, Año I, N.º 1 y 2, Lima – Perú, 2015. Y, números 1 y 2 del año 2017.

MATOS QUESADA, Julio César.- *La Víctima y su Tutela en el Sistema Jurídico – Penal Peruano. Fundamentos victimológicos*, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2016.

ORÉ GUARDIA, Arsenio (Director).- *Revista Gaceta Penal & Procesal Penal*, Editorial Gaceta Jurídica, N.º 1 al 98, Lima – Perú, 2009-2017.

URQUIZO OLAECHEA, José (Director).- *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 1 al 30, Lima – Perú, 1993-2016.

<sup>91</sup> MEDINA OLIVAS, Jhonn C.- *Las Víctimas y sus Derechos. Compilación legal*, Editorial Grijley, Lima – Perú, septiembre de 2016, págs. 17- 43.



## **LAS FALTAS**

### **Comentario al Título II del Libro III del Código Penal: “Faltas contra la Persona”**

**Sr. Danny Alvaro Illaconza Morales**  
**Asistente de Vocal Superior - Segunda Sala Penal Liquidadora**  
**Permanente del Callao**

#### **INTRODUCCIÓN:**

Las Faltas, conforme lo establece el Artículo 11° de nuestro cuerpo normativo, se concibe a las faltas, así como los delitos como las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por ley, por tanto salvaguarda bienes jurídicos de menor envergadura, denominado también como “Contravenciones”, es decir que no reviste gravedad y por consiguiente la sanción es leve. Para diferenciarlas de los delitos se encuentran en doctrina tres teorías:

La cualitativa que desde un punto de vista discriminativo observa la naturaleza del derecho tutelado, la forma de agresión y el elemento psicológico; la cuantitativa que distingue según el monto de la pena que le corresponde. La mixta se tiene que son hechos contrarios a un interés administrativo siempre que sean de menos gravedad.

Si bien se tiene claro que nos centramos en un catálogo normativo de conductas que no resultan trascendentales, sin embargo funciona bajo los mismos principios que revisten los delitos, debiendo tenerse en cuenta que su configuración responde a la transgresión de un bien jurídico, en el caso de los delitos, frente a su comisión, son penadas con la privación de la libertad, los mismos que se encuentran completamente

justificadas en razón a su gravedad; en cambio, para el caso de faltas, ya Jiménez de Asúa los dividió en tres grupos:

“A) Faltas que son delitos en miniatura (lesiones muy leves, hurtos y daños de menor cuantía).

B) Faltas que son meras contravenciones de policía (perturbación leve de orden en actos o reuniones públicas, ocultación del nombre, estado civil o domicilio a la autoridad o funcionario público que lo requiere, etcétera.

C) Faltas que son simples desobediencias (organización o participación en juegos prohibidos, etcétera). Decía este autor que sería conveniente mantener en el catálogo del Código Penal únicamente a las faltas que él denominaba faltas delictivas (delitos en miniatura), dejando las meras contravenciones a un código de policía, y reservando la regulación de las simples desobediencias a los reglamentos u ordenanzas municipales.”[1]

Está claro entonces el hecho que un Delito es penado de manera más grave que una Falta que es considerada como simples contravenciones, la consagración de la diferencia entre crímenes y contravenciones proviene del Código Penal Francés de 1810.

**1 CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Las Faltas En El Ordenamiento Penal Peruano, 2008, Grijley Eirl, Lima, Perú. Pag. 35-36**

Tal diferencia se funda especialmente en la gravedad del hecho que se traduce en la severidad en las penas.

Las Faltas constituyen acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley que atentan contra los derechos personales, patrimoniales, las buenas costumbres, la seguridad y tranquilidad pública, pero por no revestir gravedad no son considerados propiamente delitos.

Está claro entonces el hecho que un Delito es penado de manera más grave que una Falta que es considerada como simples contravenciones, la consagración de la diferencia entre crímenes y contravenciones proviene del Código Penal Francés de 1810. Tal diferencia se funda especialmente en la gravedad del hecho que se traduce en la severidad en las penas.

Las Faltas constituyen acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley que atentan contra los derechos personales, patrimoniales, las buenas costumbres, la seguridad y tranquilidad pública, pero por no revestir gravedad no son considerados propiamente delitos.



## 1.2. DESARROLLO DEL TEMA

Frente a la comisión de Delitos y Faltas, el Estado tiene como deber jurídico corresponder la transgresión de aquellos autores que afectan a un agraviado, utilizando para ello las reglas del Código Penal, así lo sostiene Günther Jakobs: "(...) Delito como afirmación que contradice la norma y la pena como respuesta que confirma la norma, de manera que la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El derecho penal, por tanto, confirma la identidad social, es decir, restablece en el plano de la comunicación la

vigencia perturbada de la norma".<sup>[1]</sup> Como se dijo anteriormente, para la configuración de una Falta se debe haber afectado un bien jurídico, sin embargo que bien Jurídico protege las Faltas contra la Persona, así se establece lo siguiente: "consiste en brindar la seguridad de la persona que interesa al Estado, en cuanto tutela específicamente la salud física y psíquica de las personas (Art. 441 del C.P.), las condiciones de respeto mutuo entre las personas y la convivencia pacífica de la pareja a fin de que puedan desarrollarse dignamente (Art. 442 del C.P.), y la situación que se refleja en un respeto que deben tenerse todos los miembros de una sociedad para desenvolverse dignamente. (Art. 443 del C.P.)."<sup>[2]</sup> Pasaremos entonces a revisar cada Artículo antes mencionado, correspondiente a Las Faltas contra la Persona:

1.2.1.- El Artículo 441° del Código Penal tipifica las Lesiones Dolosas y Culposas que literalmente dice: *"El que, de cualquier manera, causa a otro una lesión dolosa que requiera hasta diez días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con prestación de servicio comunitario de cuarenta a sesenta jornadas, siempre que no concurren circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito. Se considera circunstancia agravante y se incrementará la prestación de servicios comunitarios a ochenta jornadas cuando la víctima sea menor de catorce años o el agente sea el tutor, guardador o responsable de aquella. Cuando la lesión se causa por culpa y ocasiona hasta quince días de incapacidad, la pena será de sesenta a ciento veinte días-multa"*.

1.2.2.- El Artículo 442° del Código Penal tipifica el Maltrato que literalmente dice: "El que maltrata a otro física o psicológicamente, o lo humilla, denigra o menosprecia de modo reiterado, sin causarle lesión o daño psicológico, será reprimido con prestación de servicio comunitario de cincuenta a ochenta jornadas. La pena será de prestación de servicio comunitario de ochenta a cien jornadas o de cien a doscientos días-multa, cuando:  
a) La víctima es menor de edad o adulta mayor, tiene una discapacidad o se encuentra en estado de gestación.

<sup>1</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Introducción Al Derecho Penal*, Edit. Grijley Eirl 2008, Lima Perú Pág. 155  
<sup>2</sup> MOMETHIANO SANTIAGO, J., *Código Penal Fundamentado*, 2009, San Marcos Eirl, 2da Edición Actualizada y Ampliada, Lima-Perú Pág. 428



b) La víctima es el padrastro, madrastra, ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o por afinidad, pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad, habita en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, y la violencia se da en cualquiera de los contextos de los numerales 1, 2 y 3 del primer párrafo del Artículo 108-B.

c) Mantiene cualquier tipo de relación de dependencia o subordinación sea de autoridad, económica, laboral o contractual y el agente se hubiera aprovechado de esta situación. ”



1.2.3.- El Artículo 443° del Código Penal tipifica la Agresión sin Daño que literalmente dice: “El que arroja a otro objetos de cualquier clase, sin causarle daño, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a quince jornadas.”

Está claro que para las Faltas contra la Persona, el bien jurídico protegido, consiste en brindar la seguridad de la persona que interesa al Estado, en cuanto tutela específicamente el cuerpo y la salud de las personas. Para el caso del Artículo 441 se refiere a aquellos actos de violencia física sea dolosa o culposa cuando de cualquier manera cause lesiones en el cuerpo, generando días de Atención Facultativa e Incapacidad Médico Legal; para el caso del Artículo 442, complementa al artículo anterior prescribiendo que la agresión se efectúe y no cause lesión alguna con incapacidad médico Legal, entonces de ésta forma se completa la protección del bien jurídico, sin embargo, existe el Artículo 443 que expresamente tiene parecido al Artículo 442 cuando se trata de no causar lesión alguna al cuerpo, pero además se excluye de las anteriores especificando que para su configuración debe consistir en lanzar un objeto de cualquier clase, deja mucho que explicar aquello, toda vez que su configuración se encuentra por demás, y de éste modo resulta innecesario.

Si bien es cierto, tal como lo señala Peña Cabrera que “las Faltas reproducen en pequeño todas las cualidades o características que se atribuyen a los delitos”,<sup>[3]</sup> también lo es que las Faltas al igual que los delitos menoscaban un bien jurídico, conforme lo establece uno de los principios del Código Penal, esto es el Artículo IV Principio de Lesividad, el cual señala que se requiere una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico en concreto; ello se cumple en los casos previstos en los Artículos 441 y 442 del Código Penal tal como se señaló precedentemente, sin embargo para el caso del Artículo 443, no se cumple el mismo, analizando dicho Artículo, el Código Penal establece que: “El que arroja a otro objetos de cualquier clase, sin causarle daño, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a quince jornadas” se deslinda entonces que el bien jurídico protegido viene a ser el brindar seguridad de la persona; el tipo objetivo se cumple cuando el agente lanza con violencia una cosa a otro, sin ocasionarle daño en su integridad corporal o salud, es decir que las cosas que se arrojan no deben caer sobre la persona o si les cae no le debe producir ninguna lesión, y cuando la norma se refiere a objetos de cualquier clase significa que pueden ser desde una piedra hasta una bolsa llena de papeles, y finalmente como tipo subjetivo se cumple con el dolo, resultando dicha Falta como una infracción de peligro.

El artículo antes analizado, fácilmente puede estar comprendido en el Artículo 442 del Código Penal cuando se trata de una agresión de cualquier forma que no genere lesión alguna en el cuerpo del agraviado, y si se trata de lanzar un objeto con intención de agredir pero esta no le cae al agraviado causando un peligro puede estar dentro del Artículo 441 del Código Penal que si bien es cierto éste último exige el generar lesiones en el cuerpo, también lo es cuando se realiza en tentativa, y para ello no causa lesión en el cuerpo, y además prescribe en *numerus apertus* la forma de la agresión cuando dice literalmente “de cualquier manera” entonces se puede advertir que el Artículo 443 resulta innecesario, puesto que se completa con la concurrencia de los Artículos 441 y 442 del Código Penal.

El hecho de arrojar un objeto a una persona con violencia, demuestra claramente que busca causar lesiones en el cuerpo, pero por la

naturaleza del objeto, éste no causa lesiones, como se dijo anteriormente, éste caso puede estar dentro de los Artículos 441 y 442 siendo innecesaria su tipificación, y mas aun, que la misma está penada con Limitativas de Derechos, esto es, Prestación de Servicios a la Comunidad, generando antecedentes penales a los imputados, y expresamente la pena abstracta para el Artículo 443 es de diez a quince jornadas, ello equivale de Cien a Ciento Cincuenta horas de trabajo gratuito, dicho artículo que a mi opinión está por demás, genera antecedentes penales obligando al agente a realizar trabajos comunitarios, que si bien es cierto, dicha pena ha sido relegado a las Faltas y que su aceptación social es limitada, y a pesar de que tiene mas de doce años de vigencia, su aplicación no ha generado un impacto en la ciudadanía, pero quien es sometido a un proceso por faltas y penado con dicha pena, le genera antecedentes penales, lo cual se justifica para los casos de los Artículos 441 y 442 del Código Penal pero no para el caso del Artículo 443, toda vez que su transgresión no causa menoscabo alguno a la salud e integridad de las personas.

A lo largo del tiempo, en la evolución del Derecho Penal Peruano, el primer código Penal del año 1868, establecía en el Libro de Faltas las siguientes tipificaciones: “Faltas contra la religión, contra la moral, contra la seguridad y el orden público, y contra el aseo y ornato público”,<sup>[4]</sup> en ningún momento se configuró las Faltas contra la persona conforme se ve en la actualidad, más bien se configuraba actos que necesariamente no requiere la actuación del cuerpo normativo Penal para sancionar dichos actos razones por las cuales en posteriores códigos han ido desapareciendo; por otro lado, el Segundo Código Penal del Perú del año 1924, en su Libro de Faltas, cuando trataba de Faltas contra la vida, el cuerpo y la salud, tenía consigo dos artículos, el Art. 384. “El que se entregare a vías de hecho contra otro, sin causarle daño corporal ni afectar su salud” y el Art. 385. “El que hubiere participado en una riña de la que hayan resultado lesiones simples, será reprimido, por el solo hecho de la participación, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponderle en el delito, con prisión de dos a treinta días multa de dos soles a cinco libras, o con una sola de estas penas, salvo que se hubiese limitado a rechazar un ataque o a

separar a los que reñían.”<sup>[5]</sup> Tal como se puede ver está claro que no se configuraba por ninguna parte la Falta de Agresión sin daño, conforme lo establece el Código Penal aún vigente del año 1991, y esto es por una sencilla razón, que el Estado por el Principio de Mínima Intervención se dirige a que el Derecho Penal sirva de elemento de contención ante una desmedida pretensión punitiva del Estado, esto es, de servir de tutela al ciudadano y de una racionalización de respuesta al delito; sin embargo, la realidad nos muestra un panorama contrario, Peña Cabrera señaló que “la tendencia se dirige a una inflación del Derecho Penal, a través de la criminalización de nuevas conductas alejadas a la visión material del bien jurídico, subsidiadas por una profusa neo criminalización”.<sup>[6]</sup>



### 1.3. COMENTARIOS FINALES

Estamos entonces ante una norma (Art. 443 Agresión sin daño) que está penada con Prestaciones de Servicios a la Comunidad, la misma resulta de la criminalización de una nueva conducta, que no protege a cabalidad un bien jurídico, pues debemos recordar al Principio de Lesividad del Código Penal que se encuentra en el Artículo IV del título Preliminar, cuando señala que un hecho merecedor de pena debe necesariamente lesionar o poner en peligro, bienes jurídicos tutelados por la norma penal.<sup>[7]</sup> Pero el Artículo en cuestión no lesiona ni pone en peligro alguno al bien jurídico de la persona, y peor aún su vigencia puede traer consigo consecuencias fatales; si bien es cierto, cuando se trata de arrojar un objeto a otro con violencia

4 **ALTAMANN SMYTHE, Julio. Reseña Histórica de la Evolución del Derecho Penal, 1944, Sanmartí & Compañía, Lima Perú, Pág. 236**

5 **ESPINO PEREZ, Julio D. Código Penal. Concordanias, Séptima Edición. 1988, Cultural Cuzco S.A., Lima, Perú. Pág. 442-443**

6 **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal Peruano. Teoría General de La Imputación del Delito, Rodhas, 2005, Lima, Perú. Pág. 79**

7 **POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit., Pág. 15**

sin ocasionarle daño en la integridad corporal o salud de la persona, los objetos de cualquier clase pueden ser desde una piedra hasta una bolsa llena de papeles,<sup>[8]</sup> también lo es que la misma norma deja en numerus apertus la clase de objetos que puedan ser lanzados por una persona, a modo de ejemplo, se puede tratar de lanzar a una persona una tapa de plástico de un marcador o lapicero, un vaso de tecnopor, una bola de estambre y hasta en el peor de los casos lanzar un globo con gas a una persona, en estos casos no se cumple el principio de lesividad que exige el derecho penal para poder sancionar por Falta contra la persona – Agresión sin daño, entonces dicho artículo puede causar repercusiones negativas y mala praxis por los usuarios denunciantes, pues recordemos que para éste tipo de casos es el mismo afectado quien posee el derecho de acción, y que por simple animadversión puede denunciar a una persona con ésta falta y puede traer como consecuencia una pena de Limitativas de Derecho, atentando con su situación jurídica causándole antecedentes penales, que como se ve en éste país nadie contrata a una persona que registra antecedentes penales, tal es el prejuicio, que el solo hecho de denunciarlo y activar un proceso por Faltas ante un Órgano Jurisdiccional perjudica la situación jurídica y económica de la persona, así también para poder activar atribuciones de índole civil, como por ejemplo, el Artículo 744 del Código Civil, que en el catálogo para la desheredación de los descendientes, establece en una de ellas la comisión de una falta del Código Penal. <sup>[9]</sup>

WFrente a ello, está claro entonces las consecuencias que puede traer a colación la vigencia del Artículo 443 del Código Penal; ello entonces quiere decir que dicho artículo, para ser considerado como falta forzosamente debe causar un menoscabo a la integridad física de la persona, pero como claramente establece su nominación jurídica “agresión sin daño”, ello causa una contradicción tal, toda vez que las Faltas son definidas como infracciones penales consistentes en una acción u omisión voluntaria y maliciosa que produce daños menores, pero claramente dicho artículo no causa daño a la persona; siendo entonces necesario considerar su inexistencia en el Código Penal como Faltas contra la Persona.

8 MOMETHIANO SANTIAGO, J. Y. *Op. Cit.*, Pág. 42  
9 TOMAYLLA ROJAS, Miriam Mabel. *Código Civil, 2005, 6ta Edición, Gaceta Jurídica, Lima Perú, Pág. 152*

## BIBLIOGRAFÍA:

CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *Las Faltas En El Ordenamiento Penal Peruano*, 2008, Grijley Eirl, Lima, Perú.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Introducción Al Derecho Penal*, Edit. Grijley Eirl 2008, Lima Perú

MOMETHIANO SANTIAGO, J., *Código Penal Fundamentado*, 2009, San Marcos Eirl, 2da Edición Actualizada y Ampliada, Lima-Perú.

ALTAMANN SMYTHE, Julio. *Reseña Histórica de la Evolución del Derecho Penal, 1944*, Sanmartí & Compañía, Lima Perú.

ESPINO PEREZ, Julio D. *Código Penal. Concordancias*, Séptima Edición. 1988, Cultural Cuzco S.A., Lima, Perú.

- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Peruano. Teoría General De La Imputación Del Delito*, Rodhas, 2005, Lima, Perú.
- TOMAYLLA ROJAS, Miriam Mabel. *Código Civil*, 2005, 6ta Edición, Gaceta Jurídica, Lima Perú.

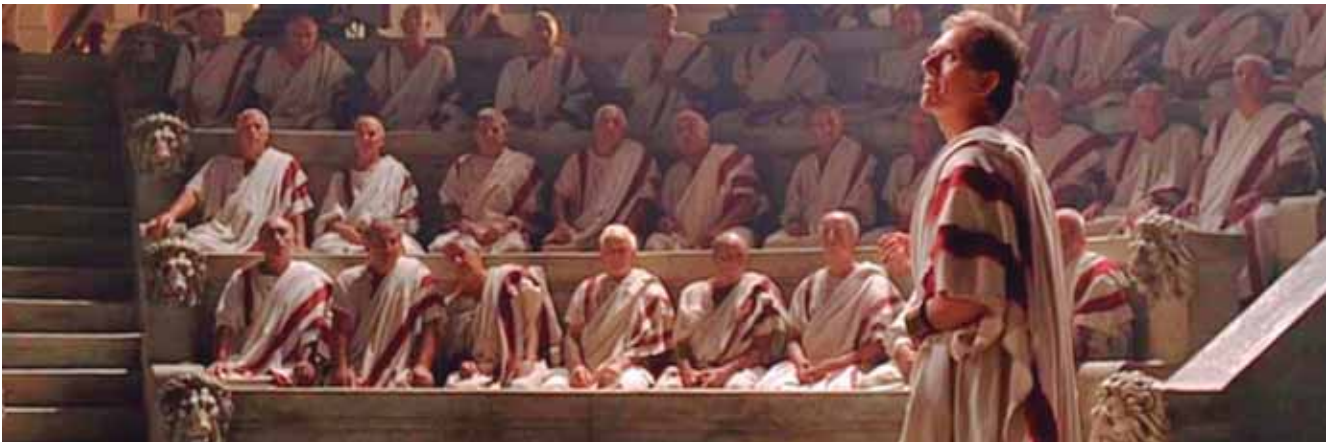






# DERECHO PROCESAL PENAL





**Rubén Pacheco Inclán**  
*Presidente de la Barra Interamericana de Abogados de México*

## **LAS BASES FILOSÓFICAS DE LA JUSTICIA REPARADORA Y DE LA NEGOCIACIÓN**

El cambio de paradigma promovido, desde hace algunos años, en América Latina en los esquemas de entendimiento en la resolución de conflictos en materia penal ha venido a modificar la concepción de los juristas en el quehacer del Derecho. Este giro lingüístico, como ha sido denominado por autores como Manuel Atienza o Jordi Ferrer, nos colocan ante un desafío sin igual.

Comprender que, el día de hoy, el litigio en cualquiera de las posiciones que reclama el proceso plantea desafíos de desarrollo al jurista en el siglo XXI. La habilidad para contender e identificar las debilidades en el esquema argumentativo de los operadores jurídicos mediante un razonamiento lógico estructurado y con profundo conocimiento de estrategias de convencimiento mediante planteamientos argumentativos correctos.

Aunque ya desde tiempos inmemoriales existieron filósofos que se preocuparon de los asuntos profundos del pensamiento, como Ptah Otep, de quien se dice que vivió en Egipto 2800 años antes de Cristo es, con los presocráticos, fundamentalmente con Tales de Mileto, filósofo griego del siglo V antes de nuestra era, considerado el padre de la filosofía de occidente, que comienza a plantearse la necesidad de entender el fin, objetivo y poder de penetración del lenguaje; en el recorrido histórico del pensamiento filosófico se encuentra el permanente deseo de entender hasta dónde se llega con el lenguaje.

El cambio de paradigma promovido, desde hace algunos años, en América Latina en los esquemas de entendimiento en la resolución de conflictos en materia penal ha venido a modificar la concepción de los juristas en el quehacer del Derecho. Este giro lingüístico, como ha sido denominado por autores como Manuel Atienza o Jordi Ferrer, nos colocan ante un desafío sin igual.

Comprender que, el día de hoy, el litigio en cualquiera de las posiciones que reclama el proceso plantea desafíos de desarrollo al jurista en el siglo XXI. La habilidad para contender e identificar las debilidades en el esquema argumentativo de los operadores jurídicos mediante un razonamiento lógico estructurado y con profundo conocimiento de estrategias de convencimiento mediante planteamientos argumentativos correctos.

Aunque ya desde tiempos inmemoriales existieron filósofos que se preocuparon de los asuntos profundos del pensamiento, como Ptah Otep, de quien se dice que vivió en Egipto 2800 años antes de Cristo es, con los presocráticos, fundamentalmente con Tales de Mileto, filósofo griego del siglo V antes de nuestra era, considerado el padre de la filosofía de occidente, que comienza a plantearse la necesidad de entender el fin, objetivo y poder de penetración del lenguaje; en el recorrido histórico del pensamiento filosófico se encuentra el permanente deseo de entender hasta dónde se llega con el lenguaje.

Durante diferentes etapas del pensamiento analítico se han hecho propuestas y estudios para entender los alcances y efectos máximos del razonamiento disuasivo del lenguaje, para ello, es importantes remitirnos, obligadamente, a los episodios que sobre el lenguaje propusieron Platón, Gorgias y Aristóteles, entre otros, demostrando que, a través de la argumentación, atendiendo a lo más profundo del contenido conceptual, se encuentra, incluso, un poder restaurador, sanador y, principalmente, conciliador. La retórica, la tópica, la semántica y la dialéctica del lenguaje son, sin lugar a dudas, herramientas para llegar a objetivos prácticos en la solución de los conflictos, con el único requisito de adecuar estructuralmente un fin resocializante del lenguaje.

Entender que el lenguaje es el elemento primario de una razón estructural cuyo fin específico puede ser la negociación en la obtención de acuerdos mediante la justicia reparadora que se convierte en un trabajo que, debidamente planteado, da resultados muy superiores a los esperados en el campo de la solución amable de los conflictos. Comprender este poder depende de tener claro su objetivo, sentido y finalidad en la acción conciliadora. Tener estos conocimientos y habilidades es obligatorio para aquellos que se acerquen a este campo de mediación, entender su sentido de fondo requiere una vía directa de entendimiento con el lenguaje: la Filosofía, cuyo objetivo primordial es entender la capacidad, profundidad y precisión del sentido ontológico<sup>1</sup> de las palabras, esto es, acercarnos al metalenguaje con un fin claro que es convertir el argumento en el sustrato que disuelva, en la mayoría de los casos, los conflictos judiciales, personales y, por qué no, hasta bélicos; se ha dicho, y coincido con el planeamiento, que un buen argumento, un

**1 De los términos griegos “ontos” y “logos”. Etimológicamente remite al estudio del ser, a la ciencia del ente. La ontología es “la ciencia del ser en cuanto ser y de lo que esencialmente le pertenece”. El término comienza a utilizarse a mediados del siglo XVII y alcanza gran difusión a raíz del uso que de él hace el filósofo alemán C. Wolff. La Filosofía Primera de Aristóteles, posteriormente denominada Metafísica, tenía por objeto el estudio del ser en cuanto ser y el del Motor Inmóvil (los seres divinos), y es la distinción entre los dos objetos de estudio lo que da lugar al surgimiento del término ontología, aplicado al primer objeto de estudio (el ser en cuanto ser), para diferenciarla de la metafísica, que consideraría como objeto primario de sus reflexiones el segundo (el Motor Inmóvil). PACHECO Inclán, Rubén. Lecciones de ética conociendo el proceso histórico, editorial Barra Interamericana de Abogados AC, México, DF, 2015, p. 67 y 68.**

buen dialogo, basado en razones, puede evitar, incluso, una guerra. Es ese el camino que una sociedad democrática y liberal debe promover y privilegiar: la solución de conflictos mediante el diálogo y la concertación. Sin duda alguna, nuestra sociedad ruega por soluciones menos violentas a los conflictos que se dan en nuestra América convulsionada; el clamor social es cada vez mayor para evitar el armamentismo galopante que inunda nuestros países e impulsa la conflagración permanente, las luchas fratricidas y las revueltas sociales que solo han dejado muerte, desolación y dolor en una sociedad desesperada.

Una propuesta que tenga como base la conciliación y la negociación de conflictos, que lleve a una convivencia más armónica y menos violenta, la cual dependerá de que sus ciudadanos trabajen en encontrar esas bases, así lo señaló Desmond Tutú: “No levantes la voz, mejora tu argumento”<sup>2</sup> La racionalidad basada en el entendimiento de las necesidades que los seres humanos buscamos, se puede alcanzar mediante el trabajo de la racionalización de nuestros conflictos, para ello, es indispensable recurrir a algunas de las alternativas, entre las que destaca la Filosofía del Lenguaje; grandes pensadores han hablado y sostenido, contundentemente, que el problema, al igual que la solución, de los grandes conflictos de la humanidad deviene del poco entendimiento y de una coherencia egoísta entre los seres humanos y que esto se evitaría, en gran medida, si al utilizar nuestro lenguaje utilizáramos también precisión y concreción en el contenido del mismo, para que el sentido de este fuese entendido, con toda claridad, entre el emisor y el receptor.

Es por eso que hoy, grupos de profesionistas en todos los países del mundo, trabajan para posicionar a la conciliación, a la mediación, así como al arbitraje, en medios determinantes para la solución de conflictos, evitando así instancias judiciales; la pronta y oportuna intervención de un conciliador, hoy más que nunca, es aire fresco para una carga excesiva que supera las capacidades humanas en las controversias legales, sabiendo que, un gran número de estas se podrían haber evitado con una conciliación

**2 Clérigo y pacifista sudafricano que adquirió fama internacional en la década de 1980 por luchar contra el Apartheid y Premio Nobel de la Paz 1984. PACHECO, Inclán Rubén. Seminario de Argumentación Jurídica organizado por la Casa de Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Acapulco, Gro. enero 2017**

adecuada y oportuna al entender, de fondo, las pretensiones de una y otra parte. Se ha detectado que la mayor incidencia de estas divergencias derivan solo en equívoca interpretación del mensaje y, en algunos otros casos, porque el sentido de fondo tiene tal número de variantes que el receptor o receptores consideran de diferente forma el planteamiento inicial y, por ello, se hace imposible alcanzar un consenso común; en algunos otros casos la diferencia de entendimiento en el horizonte comprensivo<sup>3</sup> entre emisor y receptor provoca que el contenido conceptual se pretenda distinto aun cuando de fondo existen significativas coincidencias; de tal forma que el moderno conciliador, a quien se le encomiende el tratamiento de un conflicto, debe tener el conocimiento necesario para la multifuncionalidad de los términos primarios en el lenguaje. También deberá conocer otros diseños y estrategias para ofrecer soluciones completas, adentrándose en el maravilloso mundo de la hermenéutica, que conlleva el entendimiento de la Filosofía del Lenguaje.



Gottlob Frege, Bertrand Russell, Edmund Husserl, Martin Heidegger pero, principalmente, Ludwig Wittgenstein, entre otros, deben ser conocidos e interpretados con toda certeza por el negociador; el conciliador deberá basar sus premisas y proposiciones lógicas en el entendimiento del sentido de fondo del lenguaje y, dentro de este, sus pretensiones primarias. Partiendo de la base que el lenguaje encierra un universo de posibilidades, así como una extensa gama de alternativas para la conciliación, recordemos que Ludwig Wittgenstein, autor vienés, educado en Oxford, declaró tajantemente: “los límites de mi mundo son el límite de mi lenguaje” (Wittgenstein,

<sup>3</sup> **Criterio filosófico formulado por el autor para identificarse con los elementos históricos personales e individuales que conforman los componentes modeladores de nuestros criterios. Op. Cit.**

5.6.1922)<sup>4</sup>, esto nos lleva a desvelar el sentido de fondo de cada una de las proposiciones argumentativas que se pretendan como fin último en un conflicto de intereses; alcanzar el sentido subyacente de las palabras es romper paradigmas, distanciando los atavismos con los que se ha trabajado durante grandes lapsos de tiempo en el conflicto jurisdiccional, lo cual se debe convertir en el objetivo primigenio de la negociación.

La importancia de una definición clara y concreta de cada término en el contexto de un debate, una discusión o una controversia es un factor determinante en la resolución o no de un conflicto, la relevancia de utilizar los conceptos más precisos, más congruentes con los intereses mediante un plan trazado que beneficie a las partes, cobra la mayor relevancia. Baste apuntar el esfuerzo extraordinario que ha hecho el filósofo del lenguaje Jacques Derrida, al proponer la deconstrucción de las palabras, interpretando la base substancial en la argumentación que compone la centralidad de un conflicto. En su ensayo Carta a un amigo japonés, el autor francés, explica magistralmente la importancia que tiene el sentido ontológico de cada palabra; muchas veces nos dejamos llevar por la opinión vulgar, la suposición del sentido de un término o hasta las desviaciones que del lenguaje se han hecho a través de los modismos, anglicismos, barbarismos, hasta llegar a distorsionar su sentido estructural de fondo.

La penetración que puede tener un mensaje en la mente del receptor resulta tan variable como las propiedades que componen su horizonte comprensivo, lo que para uno puede representar algo transparente, preciso e, incluso, evidentemente cristalino, para otro, derivado de su contexto histórico e intereses, puede representar agresividad, imprudencia, obscuridad en el mensaje; no es más que una diferencia de entendimiento en el contenido conceptual del mensaje; Derrida lo ha entendido y así lo ha descrito en el ensayo Carta a un amigo japonés, identificando en ella la subjetividad extrema que se puede plantear por un solo término discordante, en este trabajo el autor francés explica la distancia de entendimiento que se puede dar por no concebir correctamente una sola palabra, en el caso específico que nos constriñe es el concepto Deconstrucción; lo que recuerda

<sup>4</sup> **Ibídem**



también la carta enviada por Ludwig Wittgenstein a su mentor Bertrand Russell en donde aseguró que a través del *Tractatus lógico Philosophicus*<sup>5</sup> había resuelto los grandes problemas del mundo, todas las veces que estos devienen de las diferencias de entendimiento en la interpretación del lenguaje, así lo cita en la introducción de su obra: "este libro trata de problemas de filosofía y muestra, al menos así lo creo, que la formulación de los problemas descansa en la falta de comprensión de la lógica de nuestro lenguaje. Todo el significado del libro puede resumirse en cierto modo en lo siguiente: todo aquello que puede ser dicho debe decirse con claridad y de lo que no se pueda hablar, mejor es callar." (Wittgenstein, 1918, p.3) Bajo la opinión de estos dos autores podemos concluir que la Filosofía del Lenguaje es la base sine qua non que servirá para alcanzar el fin último del actuar conciliador. De tal manera que un negociador de calidad podrá acercarse con seguridad a su desafiante labor a través del manejo eficiente del lenguaje, en virtud que no es solo captar la necesidad de los intereses en conflicto sino que también se trata de transmitir de forma adecuada las pretensiones en contradicción, para que las partes se sientan satisfechas en sus requerimientos.

Qué hace la diferencia entre un negociador común y uno de alta gama, si no es la capacidad de razonamiento y la precisión al utilizar las herramientas a su alcance para plantear soluciones que satisfagan intereses diametralmente opuestos; es a través de la Filosofía del Lenguaje que se puede llegar a la conciliación, al entendimiento y la negociación, que son el fin último de este moderno medio de solución de conflictos.

Sin duda alguna, el trabajo primario del conciliador será alejarse de los paradigmas y atavismos que suprimen la estructura del libre pensamiento, el cual ha venido sosteniendo lastres sociales, impidiendo el impulso diferenciador de nuestro conocimiento y, consecuentemente, de nuestro lenguaje, formando obstáculos para la concordancia y entendimiento que derivan en la exclusión de planteamientos conflictivos. Uno de los modernos filósofos del lenguaje que

5 *Término acuñado por el filósofo español Xavier Zubiri, quien utiliza el concepto de desvelamiento como descubrimiento ontológico de las cosas, toda situación tiene una parte velada y el trabajo del conocedor profundo es desvelar el sentido primigenio de la cosa. PACHECO, Inclán Rubén. Ensayo; "Introducción al Problema de Dios". Universidad Anáhuac. 15 de febrero 2017, p. 24*

ha sentado bases claras para la comprensión y atención del fondo de la cooperación a través del lenguaje es Paul Grice, quien en su obra: *Lógica y conversación*<sup>6</sup> ha formulado las máximas de Grice<sup>7</sup>, estándares que deben adoptarse como mínimos para el entendimiento en las diferencias provocadas en la percepción dispar de los intereses de las partes en conflicto. Al recurrir a las máximas de Grice encontramos el Principio de cooperación que, junto con el Principio de sinceridad de John Searle, forman pilares indispensables para la reconsideración de los conflictos, desarrollados en un capitulado normativo de esquemas ético-morales preferentemente ideales que irán condicionando el acto informativo del habla.

El filósofo inglés ha demostrado que la conversación argumentativamente bien estructurada debe ser una interacción social que se ajuste a reglas predefinidas conversacionales, que las partes deben respetar, dirigiendo así el debate hacia un fin común ya que, de lo contrario, se llega a discusiones inconexas, que no solo dejarán de lado la discusión, sino que, incluso, ampliarán el problema. Por todo esto, se debe considerar a la Filosofía del Lenguaje como la base de la pirámide estructural de la negociación y la conciliación, al establecer máximas de cooperación, alcanzando una concordancia de calidad e identificando las fallas de comunicación y distancia en las pretensiones en conflicto, adicionándole al trabajo del conciliador elementos tales como la cortesía, la cooperación y la persuasión.

referentemente ideal que vayan condicionando el acto informativo del habla se con claridad y de lo que no se pueda hablar, mejo

Una vez conocido el valor preponderante que cobra la Filosofía del Lenguaje en los

6 *Obra del autor Herbert Paul Grice, filósofo británico, conocido por sus aportaciones a la Filosofía del Lenguaje en el ámbito de la Teoría del significado y la comunicación. Aportó, a través de la Filosofía del lenguaje y pragmática lingüística las famosas máximas de Grice. <https://es.wikipedia.org>*

7 *Las máximas de Grice son cuatro principios pragmáticos establecidos por el filósofo inglés Paul Grice: Máxima de cantidad, máxima de calidad, máxima de pertinencia o relevancia máxima de modo o manera. Estos principios establecen un vínculo entre lo que se dice efectivamente y lo que se infiere de las palabras pronunciadas, es decir, entre lo que efectivamente decimos y lo que queremos decir. PACHECO, Inclán Rubén. Seminario de Argumentación Jurídica organizado por la Casa de Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Acapulco, Gro. enero 2017*

mecanismos de conciliación, al coadyuvar a la sana composición de los conflictos entre partes, resulta también imprescindible acercarnos al lenguaje y su racionalidad instrumental en el actuar de la justicia reparadora. Esta herramienta implícita en la Filosofía del Lenguaje establece que si bien todos los hechos del mundo se expresan en términos lingüísticos formando ideas que son transfigurativas y denotan hechos que en el campo del derecho son representaciones de relevancia judicial, también es cierto que estas representaciones transfigurativas deben contar con reglas instrumentalizadas derivadas del pensamiento racional, que permitan acotar la arbitrariedad de quien propone una conciliación; esto es, la libertad que debe tener el conciliador en las negociaciones de justicia restaurativa constriéndose a alcanzar parámetros que satisfagan a las partes en conflicto y, si esto no es posible por la radicalización del tema controvertido, si se determine el beneficio mayor con la menor afectación a la otra parte; de tal forma que, cuando se haga una propuesta concreta conciliadora, se encuentre debidamente estandarizada para sostener, principalmente, la equidad, la proporcionalidad y el equilibrio en el resultado para las partes.

Esta instrumentalización en la propuesta de la justicia restaurativa debe ser planteada a través de reglas claras, que tengan como objetivo cualificar el fin último de la negociación conciliadora, esto puede ser logrado mediante una serie de principios que den substancia al proyecto restaurador, de tal forma que, al dar razón a este instrumento, todo aquel que llegue a las áreas de la negociación en la justicia reparadora debe tener presente que su objetivo se alcanzará sí y solo sí se cumple a cabalidad con los principios instrumentales derivados de una racionalidad estructuralmente adecuada al esquema social que lo rodea.

Evitar la arbitrariedad, así como la interpretación subjetiva y poco estructurada en la acción de la mediación o conciliación -considerando que sus planteamientos deriven de una visión personal cuyo horizonte comprensivo es único, cargado de posicionamientos absolutamente individuales, que podrían llevar a propuestas unilineales y netamente subjetivas- dado que se basan únicamente en un referente primario, deben evitarse porque sin ser absolutamente negativas tampoco resulta beneficiosas para la acción mediadora, cuyo primer principio debe

ser la imparcialidad como criterio fundamental. De esta forma, utilizar instrumentos directivos y formalmente diseñados permitirán que la actuación conciliadora se dirija, por camino más proclive, a alcanzar su objetivo. Un esquema formal, procedimentalmente estructurado, beneficiará a las partes en conflicto porque sujeta los criterios y las variables de la negociación a estándares protectores de la esencia en la amigable composición.



Con esta base podemos partir para definir, entonces, ese instrumento guía, derivado de la racionalidad y que forma la base primaria de la negociación. Para ello, deben tomarse como base los principios generales que fundamentan el actuar libre de prejuicios e intereses personales que impedirían al tercero en discordia actuar libremente, alcanzando puntos de acuerdo racionales y equitativos para las partes. La propuesta sería contar con, al menos, seis principios fundamentales, delimitadores de la negociación: uno, imparcialidad; dos, equidad; tres, congruencia; cuatro, neutralidad; cinco, voluntariedad y, seis, flexibilidad.

Imparcialidad: porque los mediadores y partícipes de la mediación deben estar libres de inclinaciones o preferencias personales que influyan a decidir en favor de alguna de las partes en conflicto.

Equidad: en toda negociación los mediadores deberán proponer condiciones de equilibrio ante las partes porque un elemento central de la negociación sería alcanzar ventajas igualmente satisfactorias para las partes.

Congruencia: el mediador debe ser una persona proba, libre de prejuicios o evidentes intereses que desestimen su imagen ante las partes, su congruencia se verá reflejada en su esquema social de vida que debe ser, a todas luces, intachable.

Neutralidad: la mediación debe estar exenta de juicios, opiniones o criterios propios respecto de las partes, de hecho, el horizonte comprensivo del mediador debe ser evidentemente ajeno a la influencia que pueda tomar en la decisión.

Voluntariedad: debe identificarse en los intervinientes el deseo de participar en una medida alterna de solución de conflictos, siendo esta decisión libre, voluntaria y auténtica.

Flexibilidad: en atención a la voluntad de las partes el mediador debe tener como principio la nula rigidez en sus planteamientos, estando siempre atento a posibles cambios en las opiniones y decisiones para dar nuevo rumbo a la mediación.

Con estas propuestas de formalización de un esquema estructural racional se deberán insertar con celeridad, en los proyectos de actualización, los principios rectores de la intermediación adecuados para cada lugar, época y condición, según el caso. Esto, sin duda, instrumentalizará la razón.

Al hablar de ética debemos reflexionar acerca de su concepción y aplicabilidad, en cada uno de los contextos sociales en los que se encuentra presente, si bien es cierto la ética es un modelador, preferentemente interno, de la actividad del hombre para la búsqueda del bien que impone un mínimo exigible en beneficio de los demás, también es cierto que, este concepto, ha cambiado a través de épocas y lugares en que se ha propuesto la posición ética porque no podemos considerar, penosamente, que exista hoy en día un concepto ético único, como debiera ser, inserto en el quehacer del individuo ya que, sin duda alguna, lo que hoy nos parece ético en otra época o en otro lugar no lo fue; aún más, hoy en día un acto ético en un contexto del mundo oriental no puede ser valorado con la ética de los conceptos occidentales. Esto desafía la percepción del acto ético per se y contradice planteamientos filosóficos de la ética proporcionados por autores tales como: Platón, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, San Agustín, Spinoza, Hegel, Jeremy Bentham, Immanuel Kant, etcétera... en los que se privilegiaba la ética sólida que no permitía la interpretación en cuanto al acto moralmente aceptado, algo universalmente válido que se impone por su propia naturaleza para todos los hombres y que, en todos, busca el bien común.

Aún cuando la ética ha surgido de diferente forma en toda época y espacio social, podemos asegurar que sigue siendo desde Tales de Mileto -filósofo presocrático, nacido en el siglo V a. C, considerado como uno de los Siete Sabios de Grecia, y padre de la filosofía- un valioso conductor de la acción humana. Es por esto que, cuando se estudia una estructura social determinada, se debe partir del conocimiento de su esfera ético-social ya que, solo así, podemos identificar los diferentes planteamientos de la historia y, desde ellos, comprender las condiciones de una época y lugar determinados. Hoy, sin duda alguna, la ética postmoderna se distancia significativamente de otras concepciones éticas epocales como pudo ser la llamada etapa renacentista<sup>8</sup>, que puede verse como un periodo humanista o humanístico en el cual se primicia el desarrollo individual de la humanidad mediante la búsqueda de la vida teórica y teocéntrica, privilegiando el conocimiento de los orígenes griegos y de pensadores que buscaban la ética metafísica, la posición del hombre en el cosmos, la metamorfosis de las ideas, del bien común, percepción obtenida desde la óptica tomista, influidas por las invenciones y descubrimientos sobresalientes de la época. La poetización cósmica en el pensamiento de Giordano Bruno es el mejor ejemplo de esta ética más allá de los límites de la moral humana, convirtiéndola en una ética del deber divino como modelo a alcanzar.



Más adelante, con la llegada del giro copernicano y el idealismo alemán<sup>9</sup> la ética tomó matices distintos marcados, principalmente, por la renovación del pensamiento filosófico, influidos, en gran medida, por Immanuel Kant, quien

<sup>8</sup> **PACHECO Inclán, Rubén. Lecciones de ética conociendo el proceso histórico. Editorial Barra Interamericana de Abogados, México, DF, 2015, p. 58.**

<sup>9</sup> **Ibíd.**

propone los llamados imperativos categóricos como función sintetizadora entre la razón teórica y la síntesis práctica, lo que lleva a buscar conceptos universalmente válidos que superen los móviles empíricos, mediante una Ley moral que dirija la ética individual hacia el bien común. Kant busca el concepto del bien sin limitación, superando a la buena voluntad, conservando la dignidad en el cumplimiento del acto más beneficioso para la sociedad. “Los predicados de la valoración moral kantiana afectan solamente una forma de determinabilidad del querer, se refiere a la intención de lo bueno, no a la acción o sus resultados externos. Nada en el mundo, dice Kant, puede ser llamado bueno sin limitaciones, fuera de la buena voluntad, y esta conserva su dignidad aun cuando su cumplimiento sea totalmente impedido por causas externas. Lo moral como calidad humana, es intención conforme al deber”.<sup>10</sup>

Los imperativos categóricos kantianos que siguen influyendo en nuestra época y que, aún hoy, dirigen la percepción ética postmoderna deben ser entendidos como la expresión de la autonomía de la razón práctica, esto es, de la pura determinación del querer racional. Se refiere, por tanto, solo a la forma del querer y busca el acto bueno como Ley universalmente aceptada.

De estos antecedentes podemos identificar elementos de la llamada ética postmoderna<sup>11</sup> o

10 *Ibidem.*

11 *Se entiende por postmodernidad el espacio histórico comprendido entre los años 70s del siglo pasado hasta nuestros días. Este término ha sido utilizado para designar el criterio de pensamiento aplicable en filosofía y que captura el entendimiento que se da en nuestra época a los sucesos que marcan la actividad humana. Grandes pensadores han características de este movimiento son: el filósofo italiano Gianni Vattimo quien considera que el pensamiento postmoderno se caracteriza por la ausencia de valores fuertes, solidificantes y que, por el contrario, se sostiene en una ética débil, maleable y hasta móvil, ausente de conciencia social y un relativismo absoluto en las creencias fundadoras de la humanidad; Gilles Lipovetsky, quien en su libro *la Era del vacío*, contempla una sociedad arbitraria, individualista y relativista donde el ser humano sólo vive bajo la influencia del yo dominante y el otro deja de tener importancia; los satisfactorios son proporcionados por los medios de comunicación masiva y se olvida la identificación de la felicidad como finalidad del ser; Jean Francois Lyotard, para quien la postmodernidad representa el hiperconsumo; donde el sujeto es el centro del universo y la cosificación del otro, la felicidad está en los bienes materiales, en los satisfactorios externos, olvidando por completo el fin último de la realidad humana. PACHECO, Inclán Rubén. Conferencia: “El pensamiento postmoderno en el origen del mal desde la filosofía del crimen” dictada en la Universidad de San Pedro en Huaraz, Perú, 29 de enero de 2015.*

ética del siglo XXI, que algunos autores como Gianni Vattimo y Gilles Lipovetsky, han considerado vacía, móvil, débil y endeble, en contradicción a la ética sólida y perfectamente delineada de otras épocas, principalmente de la ética helenista y escolástica; con estos antecedentes podemos decir que hasta hoy existen puntos engarzantes con las teorías clásicas del pensamiento ético, primordialmente con la moral moderna, porque a través de la racionalidad conductiva se busca el bien común, el bien concreto, tangible, ya no el bien metafísico; así, el bien práctico buscará establecer lo mejor para el mayor número de receptores, privilegiando el acto que más beneficie y menos dañe.

Hay que olvidar los bienes metafísicos o la bondad extraterrena, que son campo de otras concepciones filosóficas, de otros esquemas de pensamiento; en el ámbito de las soluciones alternas de conflictos, lo que se requiere es una ética humana y práctica. Es por ello que la ética, como fuente modeladora del pensamiento humano, debe alejarse de intereses particulares, de beneficios propios, privilegiando el bienestar del otro, la otredad. La ética pura es la teoría de la moralidad atendiendo a aquella legalidad positiva de las acciones de la voluntad según la cual juzgamos que lo querido es bueno, es decir, que debe ser incondicionado; esto es, que cuando se equipara lo moral a lo bueno no se quiere decir que para algo condicionalmente se es bueno o apropiado sino que algo debe ser en sí bondadoso, independientemente de otro supuesto o fin.

Lo ético, entonces, no puede reducirse solamente a la oposición fundamental del idealismo ético, no puede fundarse en lo positivo de los hechos y otorgarle valor ético solamente a aquellas relaciones ideales que se pueden reducir a hechos de la experiencia inmediata. La ética debe pervivir en la persona privilegiando el interés que beneficie en forma constante, permanente y extensa, dado que la ética tendría que estar basada en principios tales como: que no hay un acto ético sin limitación o alguna acción que pueda llamarse buena per se, puesto que ella es medio y no fin; la ética debe dirigirse a objetos externos ya que su aplicabilidad es la que le otorga Materia, la cual radica en el querer moralmente aceptado, puesto que nada es originalmente bueno en sí; fuera de la voluntad moralmente buena, lo correcto es privilegiar el concepto de bondad en la voluntad de aquel que hace primar la negociación por encima

de la contradicción; por último, si consideramos que el actuar de la conciliación se funda y se formula a partir de imperativos categóricos, esto es, del mandato incondicional de la moralidad que obre de tal modo que la máxima del querer la conciliación, pueda valer siempre como principio y fin de una legislación universal.

En tal concepción, para entender el objetivo y fin de la justicia conciliadora es, ineludible, que esta debe partir de una base fundamental consistente en el actuar ético de las partes, con una primacía fundamental consistente en buscar lo mejor como bien supremo y no lo mejor para sí, egoístamente, partiendo del fundamento que en tanto se obtenga el bien del otro, se obtiene el beneficio propio. El negociador debe conceptualizar que la ética, como acto moral y socialmente correcto, es inducir el beneficio mayor como mínimo ético, el resultado más coherente con el objetivo primario del bien común. Por tanto, es la ética la base que sostendrá el actuar correcto de las partes y el mediador para alcanzar el fin propuesto al sustentar el pensamiento ético de estas.

En el proyecto conciliatorio se logrará congruencia en el objetivo de dicha actividad, erigiéndose en el ADN<sup>12</sup> de la conciliación. Será, entonces, la ética la respuesta a la necesidad moral objetiva de una sociedad que combate el conflicto y propone la amable composición como vía de solución, buscando que la solución alterna sea conciliadora y se vuelva en el imperativo categórico de nuestra sociedad postmoderna.

Los MASC o Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, desempeña un importante papel para dar salida al alto congestionamiento e ineficiencia que provoca impunidad extrema, por excesiva

**12** *Siglas del Ácido Dexocirribonucleico, un ácido nucléico que contiene las instrucciones genéticas usadas en el desarrollo y funcionamiento de todos los organismos vivos conocidos, es responsable de su transmisión hereditaria y contiene la función principal de estas moléculas, es el almacenamiento de toda la información genética de los seres vivos, contiene las instrucciones necesarias para contruir otros componentes químicos que generan la vida en el planeta. Véase es.m.wikipedia.org*

*El uso análogo, en esta obra, se referencia la importancia que tiene este ácido en la vida toda en el planeta, con lo cual se pretende manifestar que la existencia de las consideraciones conciliatorias y negociadoras deben ser derivadas de una concepción fundadora basada en la ética y la moralidad del actuar de las partes en conflicto. Considerando que, sin ella, la actividad conciliadora no puede existir a grado tal que sin el ADN la vida no es posible, la acción conciliadora sin ética tampoco es dable.*

carga de trabajo, en las actividades persecutoras del Estado, particularmente, en países donde se está llevando a cabo la transformación del esquema legal inquisitivo al nuevo sistema con tendencia acusatoria, constitucionalista con preeminencia oral, contradictorio y garantista. La experiencia nos ha enseñado que las Fiscalías y los Fiscales, así como los auxiliares, secretarios u oficiales secretarios, están siendo rebasados por exceso de carga de investigaciones que, generalmente, no llegan a la solución deseada; el rezago de atención a situaciones delictivas se está convirtiendo en un problema común en casi toda Latinoamérica. La violencia desbordada y la falta de capacitación en los operadores del sistema, van formando obstáculos para el debido funcionamiento jurisdiccional; plantear como solución paralela los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) resulta indispensable para la descongestión de las actividades persecutoras y judiciales en todos los países de América Latina, el interés de acelerar el desahogo de las situaciones jurisdiccionales en el campo civil, familiar, administrativo pero, principalmente penal, incita a impulsar medidas que propongan solución a las contiendas y a mejorar el esquema de justicia para que la sociedad funcione adecuadamente.

Algunos países en América Latina han sido obligados a replantear su entorno jurídico-legal, lo que era tradicional ha debido ser repensado, reestructurado, confrontando, cara a cara, los problemas que dificultaban el acceso a la justicia y que, durante tantos años, han provocado una impunidad galopante que coloca a países como México, Perú, Colombia, Brasil, Panamá, Argentina, Chile y Costa Rica, entre otros, en un grave laberinto cuya salida se ve cada vez más complicada. Con estas consideraciones los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) son la más importante propuesta con la que cuenta la sociedad latinoamericana para recuperar la credibilidad, fe y esperanza en un futuro más promisorio en el campo del Derecho. Sin embargo, no solo ha sido la dificultad de su implementación, que se ha llevado a cabo paulatinamente y con mediano éxito en países de América Latina, sino que a la luz de la concepción de la postmodernidad ha tenido, y tiene, la confrontación con el pensamiento radicalizado de la misma, ya que, como dijimos, la postmodernidad constituye un reto para las actividades cuya base de funcionamiento se encuentran en principios

éticos y morales fuertemente arraigados en una concepción ontológica, sostenida en pilares deónticos y deontológicos que buscan la reflexión humana y la validez de actos que propugnen por la justicia, el bien común y la paz.

La postmodernidad, como ha señalado uno de sus principales estudiosos, Gianni Vattimo,<sup>13</sup> se caracteriza por la ausencia de principios éticos sólidos; la maleabilidad que existe en los criterios morales es débil, tanto que se podría explicar como una forma de nihilismo<sup>14</sup> incluso, este mismo autor italiano, ha dicho tajantemente que la postmodernidad es una etapa parecida a una anarquía no sangrante, derivada del pensamiento débil que ha hecho a una sociedad también débil en sus esquemas morales; es una ética de total tolerancia, es la idea de una sociedad

---

**13** *Filósofo italiano, nacido el 4 de enero de 1936, es considerado uno de los filósofos más importantes del Siglo XX y el más importante dentro del estudio de la postmodernidad. Estudiosos del pensamiento y ética débil, nacionalista radical, escritor de obras tales como: El fin de la modernidad, Nihilismo y Hermenéutica de la cultura postmoderna, el pensamiento débil, La Sociedad transparente, Ética de la Interpretación y Adiós a la verdad, entre otras obras significativas Ver en [www.filosofico.net](http://www.filosofico.net)*

**14** *Nihilismo proviene del latín "nihil", nada, que designa toda doctrina que propugna la ausencia total de valores o de convicciones. El término nihilista fue creado por el ruso Iván Turguénev en su novela Padres e hijos (1862). La filosofía Nietzsche el nihilismo adquiere un valor positivo, considera que la negación de falsos valores de la tradición cultural occidental es un estado necesario para el advenimiento del superhombre, creador de nuevos valores. Glosario de filosofía ver en: [www.webdianoia.com/glosario/display.php?action=view&id=231&from=action=search%7Cby=N](http://www.webdianoia.com/glosario/display.php?action=view&id=231&from=action=search%7Cby=N)*

desorganizada y el deterioro del concepto de la verdad. Con estos elementos resulta complejo el entendimiento amable que proponen los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) porque, en tanto este esquema propone el entendimiento de las necesidades del otro, la equidad y principios fundamentales de la convivencia social, el pensamiento postmoderno es ajeno a todo esto es, por el contrario, egoísta, individualista y subjetivo; el trabajo que debe desarrollar el operador de los MASC resulta doblemente difícil, por un lado, la conciliación, la mediación o el arbitraje requieren de consenso y empatía entre los contradicentes y, por otro, el pensamiento postmoderno dificulta enormemente la posibilidad de proponer soluciones con un fin común.

Sin embargo, la seguridad que nos proporcionan estos métodos es bocanada de aire fresco para evitar el poder de la fuerza y la violencia; es momento de superar la forma más primitiva de la solución de los conflictos, evitar la agresividad y el distanciamiento entre seres de la misma especie, de proponer una manera amable para componer las desavenencias, de redirigir las diferencias hasta alcanzar la satisfacción que, a mediano plazo, encauce la reconstrucción del tejido social y la búsqueda de opciones negociadas desde una posición antagónica, convirtiéndola en cooperatividad basada en el respeto; en un futuro cercano será la forma más congruente para beneficiar a una sociedad, más justa, igualitaria y conveniente.





# EFICACIA Y GARANTÍA EN EL PROCESO INMEDIATO UN NECESARIO EQUILIBRIO PARA SU CONSTITUCIONALIDAD

*Dr. Victor Alberto Martín Burgos Mariños  
Juez Superior Titular, Presidente de la Sala Penal de Apelaciones de  
la Corte Superior de Justicia de La Libertad*



## SUMARIO

1. Introducción. — 2. El proceso inmediato y el endurecimiento de la respuesta penal. — 3. El proceso inmediato y la reforma procesal penal. — 4. El proceso inmediato al rescate del modelo acusatorio. — 5. La supuesta inconstitucionalidad por la obligatoriedad del fiscal en la incoación del proceso inmediato. — 6. La obligatoriedad de la incoación no significa siempre obligatoriedad del proceso inmediato. — 6.1. El caso fácil. — 6.2. Caso que no es un caso de flagrancia real. — 6.3. Caso de flagrancia real, pero con teoría del caso del defensor. — 6.4. Caso de flagrancia real pero fiscal no tiene todas las pruebas. — 6.5. Caso de flagrancia real con salida alternativa. — 6.6. Caso de flagrancia real con prisión preventiva. — 6.7. Caso fácil con juicio inmediato. — 7. Conclusiones. 7. Referencias bibliográficas.

## RESUMEN

El proceso penal inmediato y su constitucionalidad dependen que su celeridad y supresión de etapas procesales, no afecten el derecho al debido proceso. El rol de garantía de la audiencia de incoación consiste en establecer que exista un caso fácil, es decir, un caso de flagrancia real, con todas las pruebas del delito y la responsabilidad penal, con pruebas directas y legítimas, y que la

defensa no tenga un caso que litigar. El proceso inmediato es solo para casos fáciles.

## PALABRAS CLAVE

Proceso inmediato, constitucionalidad, control de flagrancia, caso fácil, eficacia con garantía.

## Abstract

The immediate criminal process and its constitutionality depend on its speed and suppression of procedural stages, do not affect the right to due process. The guaranteeing role of the opening hearing is to establish that there is an easy case, that is, a case of real flagrante delicto, with all evidence of the crime and criminal responsibility, with direct and legitimate evidence, and that the defense does not have a case to litigate. The immediate process is only for easy cases.

*Keywords: Immediate process, constitutionality, control of flagrancy, easy case, effectiveness with guarantee.*

## 1. Introducción

El proceso inmediato es un caso fácil desde toda óptica y así debe ser tratado. Es un proceso especial, cuya reforma busca optimizar la gestión de los casos, diferenciando los casos fáciles de los difíciles; generar una descarga aproximada de las 2/3 partes de la carga judicial; y con ello

mejorar el proceso de implementación del modelo acusatorio en el Perú. El proceso inmediato no surge como respuesta para aplacar la sensación de inseguridad ciudadana como se le ha promocionado, pues si fuera así, sería un proceso inconstitucional.

En el presente estudio, explicaremos las causas de la crisis del nuevo modelo procesal que fueron los fundamentos para la promulgación del D.Leg. 1194, así como el cambio de una aplicación facultativa por una aplicación obligatoria. Lo que evidenciará la voluntad legislativa de resolver los problemas de congestión de audiencias, retardo y mora judicial y fiscal, burocratización y cultura del trámite, que han venido afectando el proceso de implementación del modelo acusatorio en el Perú.

En el análisis de la obligatoriedad de la incoación del proceso inmediato estableceremos que no existe violación a la autonomía del Ministerio Público, en el sentido que frente a un caso fácil, no hay justificación razonable para el fiscal mantenga el caso por meses en su despacho, en lugar de llevarlo a juicio oral o solucionarlo con una salida alternativa. Y que existen además, fundamentos de orden constitucional vinculados a los derechos a la seguridad e integridad personal del imputado y de la víctima, que justifican ampliamente la incoación obligatoria del proceso inmediato en los casos fáciles.

La obligatoriedad de la incoación del proceso inmediato en los casos de detenidos en flagrancia delictiva, no significa necesariamente la obligatoriedad del proceso inmediato. Como lo explicaremos, el llevar el caso de flagrancia a través de la incoación obligatoria, promueve el control de legalidad de la detención policial, el control de las pruebas válidas, el control de la imputación necesaria y si las pruebas que nacen de la flagrancia son suficientes para que el Fiscal lleve el caso a juicio oral.

La incoación obligatoria promueve las salidas alternativas, cuando en la audiencia luego del debate, el Juez establece que se trata de una detención en flagrancia legítima, que las pruebas obtenidas son válidas y suficientes, que el Fiscal tiene un caso fácil y que puede llevar el caso a juicio oral. Esta decisión jurisdiccional empodera al Ministerio Público para que en los casos fáciles pueda desarrollar una política de negociación con la defensa, pues siendo un caso fácil, debe

ser resuelto como tal, y para ello, también se requiere que la Defensa pueda desarrollar nuevas prácticas en torno a un nuevo escenario procesal, donde es la naturaleza del caso lo que condiciona que no pueda tener una teoría del caso basada en la no responsabilidad, limitándolo a un debate sobre la pena justa.

Finalmente, abordaremos el contenido del caso fácil, pues solo los casos fáciles pueden llegar al juicio oral, y todos los supuestos en los que habiendo una incoación obligatoria, el caso no califica para la continuación del proceso con la acusación y el juicio en proceso inmediato.

## 2. El proceso inmediato y el endurecimiento de la respuesta penal

Según la encuesta nacional realizada por el IOP-PUCP del mes de marzo de 2016 ,“El problema más álgido del país es la delincuencia e inseguridad ciudadana, así lo considera el 80% de la población nacional.

En un destacable estudio de Luis PASARA del año 2013, se afirma que la violación sistemática del principio de presunción de inocencia es por la existencia de un clima social que demanda un endurecimiento de la respuesta penal como consecuencia del crecimiento de la inseguridad ciudadana y, sobre todo, la multiplicación de la percepción de inseguridad, como consecuencia del incremento delictivo en nuestros países.

Ello ha traído consigo una política criminal que se alimenta de la percepción social de inseguridad, y de la demagogia penal que ofrece combatir la delincuencia a través del incremento de las penas y la prohibición de beneficios penitenciarios, o el uso deformado de la prisión preventiva.



Hay que tener cuidado con la lectura que se debe hacer de la Exposición de Motivos del D. Leg. N.º 1194, que modifica el proceso inmediato, puesto que en él se cita a la Ley N.º 30336, Ley



que delega en el Poder Ejecutivo la Facultad de legislar en materia de Seguridad Ciudadana, Fortalecer la Lucha contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, y para algunos<sup>1</sup> pareciera que la modificación tendría por finalidad, “endurecer” la respuesta penal y con ello acabar con la delincuencia<sup>2</sup>, y cargar toda la responsabilidad de la inseguridad ciudadana al proceso penal, a los fiscales y a los jueces, lo cual no solo sería demagógico sino completamente injusto, puesto que se afectaría la independencia judicial y nos quedaríamos sin las garantías mínimas de un debido proceso penal (paradigma del Estado-policía<sup>3</sup>)<sup>4</sup>.

1 Según SÁNCHEZ VELARDE “la flagrancia y el proceso inmediato generan una respuesta positiva al clamor social de justicia y aporta a la seguridad ciudadana”, citado por Arsenio ORE GUARDIA “Estudio Introductorio”, en *El Nuevo Proceso Penal Inmediato, Flagrancia, confesión y suficiencia de elementos de convicción*, Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 8.

2 En la Exposición de Motivos del D. Leg. N.º 1194 se señala “Que, resulta necesario establecer instrumentos normativos eficaces en el racional procesamiento de causas penales bajo el supuesto de flagrancia delictiva, que permitirá resultados positivos en la lucha contra la delincuencia; el crimen organizado, entre otros, en beneficio de la comunidad en general”. Con esto se quiere decir que la reforma del proceso inmediato se habría motivado para endurecer la respuesta penal, mostrar drasticidad y un emergente derecho procesal penal del enemigo. Lo cual, sin duda alguna, no es lo correcto, pues ello sería inconstitucional.

3 El concepto de seguridad pública va de la mano del estado de derecho que a su vez fundamenta la República Democrática en contraposición a los totalitarismos y los Estados policiales que reducen los campos de libertad de los individuos en sociedad, en MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, Salvador, *Seguridad pública: estado de derecho vs estado policía*, Centro de Estudios Para La Transición Democrática, Veracruz: julio de 1999. Recuperado de <<http://bit.ly/2nCELJm>>.

4 El Perú es el país de la región con la población más exigente en términos de la aplicación de medidas de “mano dura”. Dicha población prefiere ese tipo de medidas frente a la prevención. Al mismo tiempo confía muy poco en la capacidad de las autoridades policiales para hacer frente a la delincuencia. La opinión pública y, lo que es peor, ciertos dirigentes y candidatos políticos, continúan proponiendo la inclusión de la pena de muerte en nuestra legislación, pese a que, al margen de su prohibición por el Derecho Internacional, se conoce diversos estudios que prueban la ineficacia de esa medida para reducir la comisión de los delitos que se pretendería sancionar con la misma. Por la falta de demanda de prevención por parte de la población y la ausencia de voluntad política, desafortunadamente, en nuestro país no se aplica ni la “prevención del delito” ni la “prevención social”. De hacerlo, una adecuada política de Estado al respecto en un país como el nuestro, debería contemplar planes de prevención de ambos tipos, focalizados, por grupos sociales, según actitudes

Como es sabido, el proceso penal obedece a un orden constitucional, por lo tanto, ninguna ley especial puede desnaturalizar sus garantías básicas. Tal vez el legislador penal pueda utilizar de forma demagógica la ley penal, creando delitos, elevando sus penas y endureciendo la respuesta penal, ofreciendo acabar con la delincuencia como parte del programa político coyuntural del gobierno de turno, pero lo que no puede hacer y la sociedad no lo puede permitir, es que se restrinjan las garantías mínimas del proceso penal, comprometiendo la independencia judicial y negando la presunción de inocencia.

El Estado Constitucional demanda que si la pretensión punitiva estatal es más gravosa y dura, mayores deben ser las garantías en el proceso penal. En efecto, la potestad de administrar justicia debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales, como son la observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce, los cuales están delineados en el art. 1 de la Carta Política, como son “la defensa de la persona” y “el respeto de su dignidad”, los cuales se constituyen en valores fundamentales de la sociedad, del Estado y del Derecho<sup>5</sup>.

### 3. El proceso inmediato y la reforma procesal penal

Hay que recordar que la reforma procesal penal que se inició a fines de los años 80, buscaba constitucionalizar el proceso penal mixto inquisitivo. Un primer paso lo representó el Proyecto Alternativo de 1990<sup>6</sup>, que por primera

frente a situaciones, e incluso separando sectores socioeconómicos y particularidades geográficas y culturales, teniendo cuidado de no “policializar” la agenda de la violencia cotidiana.

EQUIPO IDL-SC, “Mesa de Seguridad y Justicia, Experiencia Comparada de Coordinación entre instituciones de Seguridad Ciudadana”, en Instituto de Defensa Legal, *Seguridad Ciudadana*, Lima: 15 de marzo de 2012. Recuperado de <<http://bit.ly/2o4En2y>>.

5 LANDA ARROYO, César, “Bases constitucionales del nuevo código procesal penal peruano”, en *Constitución y fuentes del derecho*, 1.ª ed., Lima: Palestra, 2006, p.54.

6 Una Comisión Consultiva designada por el Ministerio de Justicia al amparo de la Resolución Ministerial N.º 994-90-JUS en 1990, integrada por Florencio MIXÁN MASS, German SMALL ARANA, Cesar SAN MARTÍN CASTRO y Arsenio ORE GUARDIA, al pretender adecuar el Código de Procedimientos Penales a la nueva Constitución de 1979, ante la evidente inconstitucionalidad del modelo mixto inquisitivo, se propuso cambio de modelo procesal hacia el modelo acusatorio, por eso lo llamaron “Proyecto Alternativo de Código Procesal Penal”.

vez propuso el modelo acusatorio. Tal fue la recepción de este aporte, que, al año siguiente, se convirtió en el CPP de 1991, con el mismo texto. Lamentablemente, el modelo acusatorio y el CPP 1991 no pudieron entrar en vigencia, pues luego vino el autogolpe y la reforma del proceso penal tuvo que esperar hasta el 1 de julio de 2006 en Huaura, donde empezó a regir el CPP de 2004.

El modelo acusatorio representa hoy, el modelo de proceso penal más compatible con la Constitución, puesto que el debido proceso a través de los principios de separación de roles y de audiencia previa, garantizan la imparcialidad judicial y el sistema de audiencias, optimizando el resto de principios del proceso penal, sobre todo los de intermediación y contradicción. Pero el haber adoptado el modelo acusatorio en nuestro CPP no basta para cambiar la justicia penal en la realidad. Tienen que introducirse nuevas y distintas prácticas, totalmente contrarias al modo inquisitorial, para garantizar su erradicación y el cambio real de la justicia penal<sup>7</sup>, de la mano con un nuevo concepto de despacho judicial que se gestó en La Libertad, a partir de la Ley N.º 28994 del 31 de marzo del 2007<sup>8</sup>.

Las nuevas y buenas prácticas se empezaron a instalar rápidamente, desplazando a las viejas. Se instalaron las prácticas derivadas de la teoría del caso y de la audiencia previa, imprimiéndose una cultura de oralidad que prometía cambiar la justicia. Se dictaban sentencias en horas (para los casos fáciles), se condenaba por actos de prueba y no por actos de investigación, pues las partes llevaban sus pruebas al juicio oral, había desarrollo de la litigación oral y se optimizaron las salidas alternativas. Se aplicaba la terminación anticipada durante la audiencia de prisión preventiva y durante la audiencia de control de la acusación en la etapa intermedia, así como los

7 **BINDER, Alberto, "Derecho Procesal Penal". Tomo I. Hermenéutica del proceso penal. 1ra Edición. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, 2013, Pág. 38 y ss.**

8 **A iniciativa de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, canalizada a través de la Ministra de Justicia María Zavala Valladares (promoción del Doctorado de San Marcos) y el congresista Alejandro Rebaza (Ex alumno de la Universidad), se dictó la Ley N.º 28994 (31/03/2007), que modificó el art. 18 del D. Leg. N.º 958, estableciéndose como principio rector de la implementación, la carga cero, mediante el cual, los casos con el Código de Procedimientos Penales se quedaban en liquidación, y los nuevos casos con jueces dedicados a conocer y aplicar en exclusividad, las reglas y principios del nuevo Código Procesal Penal.**

procesos inmediatos, lo que permitía tener una respuesta rápida para los casos fáciles.

Lamentablemente, la Corte Suprema tuvo un criterio distinto sobre la reforma procesal, así por ejemplo, con el Acuerdo Plenario N.º 5-2009/CJ-116<sup>9</sup>, se suprimió la aplicación de la Terminación Anticipada en la audiencia de prisión preventiva y en la etapa intermedia. Esta decisión obstaculizó la aplicación de las salidas alternativas y los casos fáciles, que pudieron haberse concluido rápidamente, empezaron a generar procesos innecesarios y carga procesal. Luego, mediante el Acuerdo Plenario N.º 6-2010/CJ-116 se popularizó la acusación directa en desmedro del proceso inmediato.

Esta decisión también generó carga procesal innecesaria, puesto que la acusación directa solo limitó su aplicación a los delitos de omisión a la asistencia familiar y conducción en estado de ebriedad, suprimiendo únicamente la etapa preparatoria, más no la etapa intermedia. Y, respecto de los demás casos de flagrancia, a pesar de ser casos fáciles, al no aplicarse el proceso inmediato daban origen a la investigación preparatoria, etapa intermedia y juicio oral, e innumerables audiencias e incidencias. En realidad, el proceso inmediato siempre ha tenido la capacidad de gestionar y resolver más de las dos terceras partes de la carga judicial, lo que se ha desaprovechado en estos años.

Con las casaciones N.ºs 02-2008 y 134-2012 se empezaron a maximizar los plazos de investigación (preliminar y preparatoria), y a tratar a los casos fáciles como si fueran difíciles, manteniendo así la cultura del trámite. Esto también contribuyó al incremento de la carga procesal en la etapa preparatoria con el aumento inusitado de audiencias, cuando los casos fáciles agotaban los plazos máximos. Y, por si fuera poco, con las casaciones N.ºs 61-2009 y 159-2011, que, si bien reconocen la validez de las resoluciones orales grabadas en audio, se obliga a los jueces y personal administrativo a su transcripción sobrecargando su trabajo de forma innecesaria.

9 **En verdad, los argumentos que respaldan a esta decisión son sumamente formalistas, argumentos que no tienen acogida en un modelo acusatorio anti formalista. Pero lo que en verdad desautoriza a la posición de la Corte Suprema, es el impacto negativo ocasionado por la disminución de las salidas alternativas y el incremento de la carga procesal por casos fáciles.**

En la etapa de juicio oral también se ha generado un impacto negativo, a consecuencia del Acuerdo Plenario N.º 5-2012/CJ-116, que prohibió la buena práctica de que sean las partes las que lleven sus pruebas al juicio oral.

El Acuerdo Plenario optó por mantener la vieja práctica judicialista de que es el juez quien cita las pruebas, en lugar de buscar construir nuevas prácticas, compatibles con el nuevo método de la teoría del caso y la aportación de las pruebas por las partes. Esta decisión ha traído consigo la congestión de los juicios orales y las mini audiencias<sup>10</sup> por la inconcurrencia de las pruebas citadas judicialmente, afectando las garantías del debido proceso, pues ante la inconcurrencia de las pruebas personales, se prescinde de ellas y se las reemplaza por la lectura de las declaraciones previas, impidiendo que las condenas se sustenten en verdaderos actos de prueba<sup>11</sup> vulnerando los

10 *Al inicio de la aplicación del nuevo código decíamos, ahora si se van a condenar con verdaderas pruebas penales y no con actos de investigación como era en el viejo modelo. Lamentablemente, debido a la excesiva dilación de los casos (incluso los fáciles), sumado a la falta de compromiso de las partes de llevar sus pruebas al juicio oral, pasando por la intimidación que sufren las víctimas y testigos, las pruebas personales no acuden a los juicios y no pueden utilizarse las técnicas de litigación, pues la actuación de la prueba se reduce a la lectura de declaraciones previas, y fundamentar la condena en dichas actuaciones, es hacerlo en actos de investigación y no en actos de prueba*

11 *La ventaja de la centralidad del juicio oral ha sido destacado por la unánime doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional español, desde la Sentencia STC 31/1981, sintetizando todo ello, afirma que la actividad probatoria hábil para destruir la presunción de inocencia, debe tener las siguientes características: a) En primer lugar, que, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculan a los Tribunales en el momento de dictar sentencia las practicadas en el acto del juicio oral, que constituye la fase estelar y fundamental del proceso penal donde culminan las garantías de oralidad, publicidad, concentración, intermediación, igualdad y dualidad de partes, de forma que la convicción del Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por las partes; b) Ello conlleva que las diligencias practicadas en la Instrucción no constituyan, en sí mismas, pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica no es propiamente la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y para la defensa. En la misma línea, el Tribunal Constitucional del Perú también adopta esta doctrina, que también es unánime, así se afirma en la STC N.º 8811-2005-HC/TC, caso Charlestei Fleming, que "El acto de investigación se realiza básicamente en la fase de investigación preliminar e instructiva, y tiene por finalidad la averiguación de los hechos relacionados con el hecho delictivo*

principios que inspiran el proceso penal, sobre todo los de intermediación y contradicción.

En este escenario de crisis del modelo acusatorio, donde se dictan sentencias en años y ya no en horas, de congestión de audiencias, de maximización de plazos, de mini audiencias, de condenas sin actos de prueba, sin desarrollo de la litigación oral y de mucho papel y transcripción, se plantea la necesidad de hacer una reforma urgente para salvar la implementación del sistema acusatorio, que permita distinguir los casos fáciles de los difíciles, que optimice las salidas alternativas, que desplace la cultura del trámite y de los formalismos, que promueva las prácticas en torno a la teoría del caso y las técnicas de litigación oral, como en un modelo acusatorio oral.

#### 4. El proceso inmediato al rescate del modelo acusatorio

Con la promulgación del D. Leg. N.º 1194, se incorpora un cambio sustancial en la gestión de los casos penales a partir de la distinción entre los casos fáciles de los difíciles, lo que impacta fuertemente en la organización y gestión de los casos por parte de los actores de la justicia penal. Además, como veremos, también incorpora nuevas prácticas procesales y administrativas.

La reforma del proceso inmediato no puede ser expresión de un derecho penal simbólico, efectista y sobrecriminalizador, pues ya no existirían garantías para proteger los derechos fundamentales, ya no habría personas<sup>12</sup>. De ser así, no nos encontraríamos frente a un derecho

*que se investiga. Sirve, entonces, de base para preparar la imputación penal; determinar la apertura de proceso y juicio oral, y para adoptar medidas cautelares. La condena se apoya en actos de prueba, los cuales se presentan básicamente en el juicio oral". Y, en la STC N.º 0196-2006-PHC/TC, caso Castilla Kross, que "El contradictorio debe ser de observancia en los actos de prueba, para los cuales se exige el concurso obligatorio de las partes y el interrogatorio cruzado por las partes. Tales actos se dan básicamente en el marco del juicio oral, etapa del proceso en la que ha de actuarse las pruebas que serán valoradas en la sentencia... Durante la etapa de instrucción, en cambio, se realizan actos de investigación, los cuales no tienen como elemento el contradictorio".*

12 Según MUÑOZ CONDE, "[...] en un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano nadie puede ser nunca definido como no persona." en GRACIA MARTÍN, Luis, "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), 2005, p. 31.

## El proceso inmediato al rescate del modelo acusatorio

Decreto  
Legislativo  
N° 1194

Distinción entre los casos fáciles de los difíciles

Su aplicación debe obedecer a un equilibrio entre garantía y eficacia, pues se puede ser eficaz sin sacrificar la garantía

Privilegia las salidas alternativas, suprimiendo etapas procesales y descongestionando la sobrecarga de audiencias existentes a nivel de la etapa preparatoria e intermedia

En juicio oral, las partes lleven sus pruebas al juicio oral, para así promover la participación de las pruebas personales y el uso de las técnicas de litigación oral

penal de acto, sino frente a un derecho penal de autor, en el que se sancionaría no el acto lesivo de determinado bien jurídico, sino a un presunto autor por el solo hecho de considerarlo peligroso.

El proceso inmediato ha salido al rescate del modelo acusatorio, por ello su aplicación debe obedecer a un equilibrio entre garantía y eficacia, pues se puede ser eficaz sin sacrificar la garantía. Así lo establece “[...] el CPP que se propone constituye un instrumento normativo cuyo fin último es lograr el equilibrio de dos valores trascendentes: seguridad ciudadana y garantía. Es decir, por un lado dotar al Estado de las herramientas necesarias para que cumpla con su obligación de llevar adelante un proceso rápido y eficaz, que conlleve a la dación de una sentencia que redefina el conflicto generado por el delito satisfaciendo las legítimas expectativas de sanción y resarcimiento y, de otro lado, que la imposición de una sentencia se efectúe con irrestricta observancia de las garantías que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que norman un procedimiento penal en un Estado Democrático”<sup>13</sup>.

Los jueces no debemos limitarnos a aplicar los procesos inmediatos sólo por su eficacia y rapidez, ello sería ser la mitad de juez o un no juez. El buen juez debe hacer un control constitucional del proceso inmediato, un control de razonabilidad y

de ponderación, pues el proceso inmediato no debe dejar de ser un escenario de garantía. Así como se publicita el número de condenas logradas en este primer año, también debe publicitarse las veces que se ha hecho un efectivo control de la detención policial y que se ha descubierto un sembrado de pruebas, hay que publicitar en cuántos casos se ha remitido copias al Ministerio Público para que se investigue a malos efectivos policiales, y, en cuántos casos se ha devuelto la libertad a las personas injustamente detenidas por falsas flagrancias. Hay que construir una cultura de eficiencia con garantía. La reforma del proceso inmediato busca resolver los casos fáciles como casos fáciles, privilegiando las salidas alternativas, suprimiendo etapas procesales y descongestionando la sobrecarga de audiencias existentes a nivel de la etapa preparatoria e intermedia. Esto permitirá que existan mayores recursos y tiempo para dedicar a los casos difíciles y complejos, racionalizando el uso de las audiencias. La reforma del proceso inmediato también busca que al nivel del juicio oral, las partes lleven sus pruebas al juicio oral, para así promover la participación de las pruebas personales y el uso de las técnicas de litigación oral, y se supere así, los rezagos de las mini audiencias.

5. La supuesta inconstitucionalidad **por la obligatoriedad del fiscal en la incoación del proceso inmediato**

Han surgido algunos cuestionamientos sobre la obligatoriedad del fiscal para la incoación

<sup>13</sup> *Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Procesal Penal del Ministerio de Justicia. Recuperado de < <http://bit.ly/2p691JP> >. Consultado el 09 mayo de 2016.*

del proceso inmediato. Varios abogados e incluso magistrados, han sostenido que resulta inconstitucional, pues violaría la autonomía del Ministerio Público. Se afirma que tal obligación pondría en riesgo el éxito de la pretensión penal, pues a pesar que se trataría de un caso de flagrancia, no se contaría con todas las pruebas para ganar el caso, como la falta de pericias químicas, medico legales, de operatividad del arma de fuego, entre otros.

En efecto, la autonomía del Ministerio Público se encuentra recogido en el art. 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público<sup>14</sup> que señala “[...] los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución [...]”. Sin embargo, dicha autonomía no es absoluta, puesto que se encuentra limitada. En efecto, el Tribunal Constitucional en la STC N.º 06167-2005-PHC/TCM<sup>15</sup> ha estipulado que “[...] el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b)

decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”.

Por regla general, si de un caso de flagrancia nacen todas las pruebas que acreditan el delito y la responsabilidad penal, entonces cuál ha sido la razón por la cual el Ministerio Público ha mantenido en sus anaqueles estos casos por años y meses, en lugar de llevarlos de inmediato a juicio oral; si ya tenía todas las pruebas, por qué utilizar los plazos máximos de la investigación preparatoria; si ya tenía las pruebas para condenar, por qué pedir prisión preventiva y promover incidencias innecesarias durante las etapas de investigación preparatoria e intermedia; si podía llevar el caso de inmediato a juicio oral, por qué exponer a las víctimas y testigos de delitos flagrantes por varios meses, a las amenazas y presiones de la delincuencia para que cambien de versión.

La obligatoriedad de la incoación del proceso inmediato no interfiere en la autonomía del Ministerio Público, puesto que no incide en su potestad de decidir si se investiga o no un delito o algún ciudadano. Tampoco influye en definir cómo debe investigar y que pruebas realizar para demostrar la pretensión penal. El caso flagrante, ya determina el delito, el imputado y las pruebas, siendo que la obligatoriedad de la incoación, tiene que ver con el control jurisdiccional de que el caso penal no genere de forma innecesaria, la competencia del proceso común ordinario y ponga en riesgo otros intereses de orden constitucional.

En efecto, la obligatoriedad de la incoación en los casos de flagrancia por parte del fiscal se refuerza, por dos argumentos de peso adicionales: el primero, el de desarrollar de manera inmediata, una audiencia de control de la detención policial en flagrancia para garantizar los derechos a la libertad y seguridad personal; y el segundo, el de llevar rápidamente a juicio oral a las víctimas y testigos, garantizando así su protección y colaboración con la justicia.

Asimismo, la incoación obligatoria del proceso inmediato en los casos de detención en flagrancia, busca la protección de los derechos a la libertad y seguridad personal de los ciudadanos en general, pues promueve la realización de una audiencia pública de control de la detención policial. Esta

14 Ver STC N.º 6204-2006-PHC/TC “[...] el Tribunal Constitucional debe precisar que si bien la Constitución, en su artículo 138º, reconoce al Ministerio Público como un órgano autónomo, es obvio que tal autonomía sólo puede tener su correlato en la realidad si es que se garantiza también su independencia. Tal independencia y autonomía, por tanto, deben ser entendidas desde dos perspectivas. En primer lugar, considerando al Ministerio Público como un órgano constitucional independiente frente a las injerencias que pudieran provenir de los demás poderes y órganos del Estado, así como de los poderes privados. En segundo lugar, su autonomía ha de ser entendida en relación con cada uno de los fiscales en tanto representantes de su institución, cual quiera que sea su grado en razón de las facultades previstas y delimitadas en la Constitución y en la ley. En este supuesto, los fiscales, individualmente considerados y cual quiera que sea su categoría dentro de la estructura organizativa del Ministerio Público gozan de autonomía externa, es decir, en relación con los demás poderes y órganos constitucionales del Estado. Pero también es necesario que se reconozca su autonomía interna, lo cual implica que las funciones que desempeñan conforme a Derecho, han de realizarse dentro de un marco exento de intervenciones ilegítimas de parte de otros funcionarios o particulares, e incluso de fiscales de mayor jerarquía”.

15 Ver STC en < <http://bit.ly/1tapBsG>>. Consultado el 24 de abril de 2016.

audiencia, que es inédita en nuestro país, es un mecanismo mucho más operativo y eficaz para optimizar la protección de estos derechos fundamentales, a través del control público de la legalidad y proporcionalidad de la detención policial en flagrancia, y así evitar excesos y detenciones injustas, pues a contrario de lo que se sostiene, el sembrado de pruebas<sup>16</sup> también contribuye a generar mayor inseguridad en la sociedad, pues se afecta la libertad y seguridad personal. He aquí la razón principal para consolidar un escenario procesal de control de la detención policial, a través de la audiencia de incoación obligatoria, en todos los casos de detención en flagrancia. La obligatoriedad de incoar proceso inmediato representa sin más, la obligación de revisar en audiencia pública, la legalidad de la detención policial en flagrancia como presupuesto material de su incoación, y que tiene como fundamento jurídico, las garantías contenidas en los arts. 9.3 y 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>17</sup> y 7.5 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o “Pacto de San José de Costa Rica”, que contemplan la garantía de toda persona retenida, detenida o presa de ser llevada sin demora ante un juez y la garantía del detenido, preso o privado de libertad para recurrir a un juez que decida a la brevedad posible, sin demora, sobre la legalidad

16 Véase al respecto, *OZONO TELEVISIÓN, “Jefe policial niega que PNP “sembró” droga – Trujillo”, en Ozono Televisión, Trujillo: 7 de agosto del 2012. Recuperado de < <http://bit.ly/2o4I2xj>>; LA REPÚBLICA, “Condenan a tres policías que “sembraron” droga”, en La República, Lima: 29 de mayo del 2012. Recuperado de < <http://bit.ly/2oxuzRG>>; LA PRIMERA DIGITAL, “Dirandro habría “sembrado” droga”, en La Primera Digital, 6 de setiembre del 2011. Recuperado de < <http://bit.ly/2o35gD8>>; Juzgado ordenó prisión preventiva para policía acusado de cobrar coima de S/. 200 a una mujer, a quien habría amenazado con “sembrarle droga”, véase EL COMERCIO, “Juzgado ordenó prisión preventiva para policía acusado de cobrar coima”, en El Comercio, Lima: 06 de octubre del 2013. Recuperado de <<http://bit.ly/2p46uCA>>.*

17 **Art. 9.3. PIDCP.- Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.**  
**Art. 9.4. PIDCP.- Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuere ilegal.**

de su privación de libertad, con cláusula expresa de orden de libertad en caso que la detención fuere ilegal. Estos fundamentos van a conceder a la Defensa, de forma inédita, la oportunidad de ejercer un control sobre la detención policial en flagrancia de forma pública, para garantizar la corrección de la intervención policial, si se trata de un caso real de flagrancia, el uso proporcional de la fuerza pública, y, evitar así, cualquier riesgo de intervención ilícita, falsas flagrancias o sembrado de pruebas<sup>18</sup>.

La incoación obligatoria en los casos de detención en flagrancia también persigue proteger, a las víctimas y testigos, de las amenazas contra su integridad y seguridad personales que realizan los imputados, familiares y abogados, para que cambien de versión, se retracten o no vayan al juicio oral. Cuando el caso de flagrancia tarda mucho tiempo en llegar al juicio oral (6, 8, 10 o más meses), se expone mucho más e innecesariamente a las víctimas y testigos, a la violencia post delito, que le exige que cambie de versión o se retracte, con la consiguiente afectación a sus derechos a la libertad y seguridad personales. Si las víctimas o testigos, a consecuencia de la violencia cambian de versión, se retractan o simplemente ya no concurren al juicio oral, también se pierde la principal prueba de cargo de la fiscalía. Por ello, es sumamente importante la incoación obligatoria del proceso inmediato, en donde luego de verificar la legalidad de la detención en flagrancia, la legitimidad de las pruebas incautadas y que se trate de un caso fácil que no requiera mayor investigación para ninguna de las partes, se pueda instaurar un proceso inmediato que garantice, la inmediata realización del juzgamiento, y con ello lograr la protección de las víctimas y testigos. La realización de un juicio oral en el proceso inmediato, optimiza la protección de los derechos a la integridad y

18 *MININTER, “Sembrado” de arma fue hecho por los efectivos DINOES de Lima (RPP 24/04/2015) Pérez Guadalupe anunció que se realizará una evaluación profunda del accionar de los efectivos de la DINOES. “Qué pasa con el personal, sobre todo de Lima; no es la primera vez que sucede esto”. El titular del Ministerio de Interior, José Luis Pérez Guadalupe, informó que el policía que aparentemente “sembró” un arma a un poblador de Islay, durante las protestas contra el proyecto Tía María, ya fue identificado y será relevado. Cuestionó la actitud de algunos miembros de la Policía y derivó el caso a Inspectoría de la PNP para que tomen las medidas correctivas necesarias. “Aquí no hay explicación frente a estos abusos policiales (...). Lamentablemente estas imágenes son deplorables para la Policía. Esta misma situación que se vio en Pichanaki y Moquegua”. Recuperado de < <http://bit.ly/2oWpXFF>>.*

libertad personales de las víctimas y testigos, así como la protección de la prueba de cargo, pues mientras menos tiempo exista entre la captura en flagrancia y la realización del juicio oral inmediato, menor será el riesgo que las víctimas y testigos estén expuestos a presiones, amenazas o atentados que pongan en peligro su integridad y su presencia en el juicio oral.

En conclusión, la obligatoriedad de incoar proceso inmediato no afecta la autonomía del Ministerio Público, puesto que existen fundamentos de principio basados en las garantías de protección de la libertad y seguridad personal —tanto de imputados y de víctimas—; en fundamentos de protección de la prueba de cargo; así como en criterios de racionalidad para el manejo de la carga procesal basados en la distinción de casos fáciles y difíciles, que justifican la incoación obligatoria del proceso inmediato en los casos de flagrancia.

## 6. La Obligatoriedad de la incoación **no significa siempre obligatoriedad del** proceso inmediato

La obligatoriedad de la incoación del proceso inmediato en los casos de flagrancia con detenido, cumple una función de garantía irrenunciable. Si no se cumple con la incoación obligatoria, o si se lleva adelante, de forma simbólica sin que el Juez y las partes se comprometan a realizar con efectividad dicho control, entonces el proceso inmediato inevitablemente será un proceso inconstitucional.

Es importante que se estandarice una metodología uniforme y funcional de la audiencia de incoación, para garantizar la constitucionalidad del proceso inmediato, reduciendo al mínimo los riesgos de arbitrariedad que supone todo proceso basado en la simplificación procesal, para una parte y para la otra.

Para ello se debe de distinguir entre la obligatoriedad de la incoación del proceso inmediato en caso de detención en flagrancia (se policial o ciudadana), de la obligatoriedad del proceso inmediato. No es lo mismo, pues como lo veremos a continuación, no todo requerimiento de incoación de proceso inmediato, va a generar necesariamente un proceso inmediato.

### 6.1. El caso fácil

Ya hemos justificado las razones de garantía que justifican la incoación obligatoria de parte del fiscal y la necesidad de desarrollar un control público de la detención policial. El juez debe llegar a la convicción que el caso es un caso fácil, para ello en primer lugar debe de garantizar que se trata de un caso de verdadera flagrancia, y con ello, además de radicar competencia en el juez especializado, ejercer un control sobre la legalidad de las pruebas. En efecto, si luego del debate correspondiente, se llega a comprobar que se trata de un caso de flagrancia real, se habrá legitimado la intervención policial, y las pruebas incautadas, quedarán automáticamente convalidadas. Aquí realizará una segunda valoración, pues debe de estimar que de la flagrancia nacen todas las pruebas que acreditan el delito y la responsabilidad penal (inmediatez temporal y personal), por lo que el fiscal ya no necesita de otras pruebas, ni del plazo de investigación. Hasta aquí sigue siendo un caso fácil, pero solo de la Fiscalía. Una tercera valoración que debe de realizarse es sobre si la defensa no tiene un caso que probar y por tanto tampoco necesita del plazo de investigación para incorporar sus pruebas, garantizándose el derecho a probar y el derecho de defensa que asiste al imputado. Al respecto, cabe señalar que, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, el derecho a la defensa comprende no solo el hecho de contar con un abogado defensor, sino que ésta debe ser eficaz<sup>19</sup>, debiendo asistir al imputado de un modo real, cierto y adecuado para poder afrontar el debate contradictorio.



Desde la perspectiva de la teoría del caso y el carácter estratégico que tiene ahora la litigación penal (que protege intereses constitucionales), no podría obligarse a ninguna de las partes a ir al juicio oral sin sus pruebas. Si del fiscal se tratara, habría sin duda una violación a su autonomía, y si se trata de la defensa, habría una violación a su derecho a probar, en ambos casos habría violación al debido proceso.

19 STC. 03987-2010-PHC/TC. Disponible en <<http://bit.ly/2prYOqp>>.

Para que un caso de incoación obligatoria se convierta en un proceso inmediato, el Juez debe tener la plena convicción que se trata de un caso fácil en todos sus componentes. Además de lo anterior, se puede reconocer un caso fácil, pues éste no tendrá problemas de imputación concreta, las pruebas serán legítimas, directas y suficientes para demostrar la teoría del caso de la fiscalía, y la defensa carecerá de una teoría del caso. En caso surja la duda en alguno de sus componentes, considero que lo mejor será derivar el caso al proceso ordinario, para evitar los riesgos de un proceso acelerado.

## **6.2. Caso que no es un caso de flagrancia real**

El proceso inmediato en la realidad se convertirá en un proceso autoritario e inconstitucional, si el Juez no asume con compromiso el deber de ponderar la garantía con la eficacia procesal, dirigiendo la audiencia con el objetivo de comprobar más allá de toda duda razonable que se trata de una flagrancia real. Para ello va a necesitar del aporte del fiscal y del defensor, quienes deberán desarrollar nuevas prácticas procesales en torno al control público de la detención policial en flagrancia.

Para la constitucionalidad del proceso inmediato, el primer debate que el Juez debe dirigir será para determinar que el caso se trata de un caso de flagrancia real. Independientemente del relato contenido en el acta de intervención policial, consideramos necesario analizar: a) las circunstancias de la intervención y su carácter predelictivo, determinadas por el lugar, la hora, o intermediación a personas que hacen creíble la intervención; b) el tiempo en que se pone en conocimiento de la intervención al fiscal de turno; c) el tiempo transcurrido hasta que se le otorga al detenido el derecho a comunicarse con su abogado defensor; d) el respeto a su integridad física; e) la realización u omisión de actuaciones urgentes; f) su primera y urgente declaración del intervenido ante el fiscal; g) las constataciones que pueda realizar el fiscal; y, h) las demás que brinden el desarrollo de las nuevas prácticas de litigación para el control de la detención en flagrancia.

El juez debe estar atento e interesado en llegar a la convicción que se trata de una flagrancia real, pues de él depende que una circunstancia de hecho y ejercicio de poder fáctico

de la policía como es la captura en flagrancia, se convierta en un hecho jurídico capaz de sustentar legítimamente una condena penal.

La convicción judicial de que el caso se trata de una flagrancia real, garantizará el derecho a la seguridad e integridad personal, radicará competencia el juez natural (de procesos inmediatos), y las pruebas obtenidas en la intervención serán automáticamente convalidadas.

Hay que tener cuidado con la lectura del A.P. Extraordinario N.º 2-2016/CIJ-116, que dispone en su fundamento 23, que el orden del debate en la audiencia de incoación se inicia con la prisión preventiva, luego las salidas alternativas, y, en tercer lugar, la incoación del proceso inmediato. Resulta riesgoso este orden del debate, puesto que se posterga aquello que debe ser primero, como es el debate sobre la incoación y si existe o no un caso de flagrancia. Resulta además incoherente que primero se discuta la prisión y luego la salida alternativa, cuando lo correcto es al revés, si hay salida alternativa ya resulta innecesario discutir la prisión. Si se sigue el orden dispuesto por el Acuerdo Plenario se afectaría el mecanismo de garantía más importante del proceso inmediato, como es el control de la detención en flagrancia, pues al discutirse la prisión primero, se tendría que tener en cuenta la Casación N.º 626-2013-Moquegua<sup>20</sup>, en donde peligrosamente se afirma en su fundamento Décimo octavo, que en la audiencia de prisión “[...] no se puede discutir la prueba prohibida o la vulneración de la imputación necesaria, que se protegen a través de la tutela de derechos [...]”. Justamente lo contrario a lo que estamos sosteniendo, pues si lo primero que establece el Juez es que se trata de un caso fácil y de una flagrancia real, no habrá problemas de prueba ilícita ni de vulneración de la imputación necesaria.

Una última cuestión en este punto, si del debate se llega a comprobar que se trata

<sup>20</sup> *Lamentablemente la presión mediática y la falta de independencia judicial, como afirma Luis PASARA en su trabajo ya citado, han desnaturalizado el uso de la prisión preventiva. Esta Casación ha intentado racionalizar el uso de la prisión con la inclusión del principio de proporcionalidad, que en realidad siempre ha existido, no se le ha agregado nada nuevo, y no ha sido capaz, a pesar de ser vinculante, de cambiar la realidad que las prisiones que se dictan se hacen por los plazos máximos “impusieron 18 meses de prisión”, en un discurso como si fueran un anticipo de condena.*



de una falsa flagrancia, además de dejar en libertad inmediata al imputado, deberá ponerse en conocimiento del fiscal de turno la conducta de abuso de autoridad del mal efectivo policial, y por cierto, llevar estadística de estos casos y divulgarlos para no se vuelvan a repetir. El proceso inmediato no solo ofrece condenas rápidas, sino también controla y previene los casos de sembrado de pruebas, garantizando la libertad y seguridad personales de todos los ciudadanos en general.

Mediante el D. Leg. N.º 1298, se incorpora legislativamente, el control de la legalidad de la detención en flagrancia, con la realización obligatoria de la audiencia dentro de las 24 horas de la detención policial, con presencia de las partes y del detenido. No hay excusas ni pretextos para evitar desarrollar las nuevas prácticas que requieren el control de la detención policial en flagrancia.

### **6.3. Caso de flagrancia real pero con teoría del caso del defensor**

La convicción del juez sobre si tiene un caso fácil que motive el desarrollo del proceso inmediato, requiere de la verificación que la defensa no tenga una teoría del caso que litigar en juicio oral. Considero que si bien el Juez ha llegado a la convicción de que se trata de un caso de flagrancia real, en base a las evidencias que tiene, tal convicción no es definitiva, puesto que pueden ser revisadas por la Sala Superior y dar a dichas evidencias un significado distinto, o se pueden razonablemente incorporar nuevas pruebas que puedan hacer cambiar dicha convicción.

En este segundo caso, tiene lugar la evaluación objetiva e imparcial, sobre si la defensa tiene un caso que litigar en juicio oral y por tanto necesita del plazo de la investigación preparatoria para incorporar nuevas pruebas que permitan acreditar que no existe un caso de flagrancia o las pruebas no resultan creíbles. Para ello se tiene que evaluar si el argumento de defensa, si lo hubiera, sea creíble y demostrable en términos de la litigación oral.

La credibilidad del argumento depende mucho de su coherencia, verosimilitud y que esté exento de falacias, pero también depende, de quien lo argumenta y de la oportunidad del argumento, por

ello es recomendable que los jueces de flagrancia actúen ponderando los valores de eficacia y garantía. Por su parte, la capacidad demostrativa del argumento, no exige necesariamente tener las pruebas en ese momento, sino que éstas puedan razonablemente ser obtenidas e incorporadas al proceso para acreditar el argumento de defensa, que ya satisfizo el previo control de credibilidad.

Si la defensa plantea un caso creíble y demostrable, no le quedará al Juez de Procesos Inmediatos, que remitir el caso al proceso ordinario, para que se le conceda el plazo de investigación y se pueda así garantizar el derecho a la defensa. Este es un caso típico de incoación obligatoria, que no genera un proceso inmediato "obligatorio".

En cambio, si el juez considera que el caso no es creíble y/o no demostrable, será inminente el juicio oral, y si bien el imputado puede apelar, lo recomendable es prepararse para el juicio, ofreciendo las pruebas nuevas que permitan cuestionar la credibilidad de los efectivos policiales y/o testigos de cargo, lo que no es posible hacer en la apelación.

En este supuesto se presenta el problema del plazo para el juicio oral, en nuestro formato es muy corto el plazo entre la incoación y el juicio oral. En los casos de flagrancia, se requiere un mayor plazo para la realización del juicio oral, 10 o 20 días podría ser razonable. En la realidad ocurre que en los casos de Omisión de Asistencia Familiar, en incluso en los casos de flagrancia, los juicios orales se vienen programando sin respetar el plazo de Ley, estableciéndose de hecho un plazo flexible. El hecho que no se respete escrupulosamente el plazo para el juicio oral, no desnaturaliza el proceso inmediato, sino por el contrario, le brinda garantías.

### **6.4. Caso de flagrancia real pero fiscal no tiene todas las pruebas**

Estos casos se presentan en los casos de presunción de flagrancia del inciso 4 del art. 259 del nuevo CPP, y en menor medida, en los casos del inciso 3, puesto que allí se extiende la flagrancia hasta las 24 horas, según la modificación mediante la Ley N.º 29569. Según el Tribunal Constitucional "[...] la flagrancia es un instituto procesal con relevancia constitucional que debe entenderse como una evidencia del

hecho delictuoso respecto de su autor [...] concurriendo los requisitos de la inmediatez temporal e inmediatez personal de la flagrancia delictiva, comporta la necesaria intervención policial” (EXP. N.º 00354-2011-PHC/TC).

La flagrancia tiene dos efectos procesales relevantes: un primer efecto de naturaleza cautelar, que faculta a la policía a practicar la detención “en flagrancia”, hasta dentro de las 24 horas; y, un segundo efecto, de naturaleza probatoria mediante el cual la flagrancia se constituye en un supuesto de prueba evidente y suficiente del delito y de la responsabilidad penal, para esto debe haber intermediación personal y temporal. *Así por ejemplo, en un robo agravado ocurrido a las 10 de la noche dos sujetos despojan a la víctima de su vehículo taxi, y dado la alerta policial, a las 12 horas del día siguiente, intervienen a dicho vehículo conducido por un tercero.* Sin duda que existe un caso de flagrancia real, en su efecto cautelar, donde la Policía puede intervenir y detener al conductor del vehículo robado, puesto que aún se encuentra dentro de las 24 horas. Sin embargo, a pesar de ser un caso de flagrancia real no se cumple con el efecto probatorio que requiere el proceso inmediato, pues resulta evidente que de dicha intervención en flagrancia, no se obtuvieron todas las pruebas que acrediten la responsabilidad penal de los asaltantes, por lo que se hace necesario ordinarizar el proceso.

Este es un segundo supuesto en el que comprobamos que la incoación obligatoria, no supone la obligatoriedad del proceso inmediato.

Hay que hacer un reparo aquí, puesto que estos casos no pueden confundirse con los casos de tráfico ilícito de drogas o tenencia de armas o municiones, que curiosamente son los casos donde existen las mayores denuncias por sembrado de pruebas y falsas flagrancias.

En estos casos, la intervención policial obtiene todas las pruebas que acreditan el delito y la responsabilidad penal, como son los testigos policías y la incautación de la prueba, sin embargo, estos casos exigen la práctica de una prueba especial, de inminente realización, como la pericia química y la pericia de operatividad del arma de fuego. Entonces, como en ese momento no se tienen dichas pericias, se ha originado una mala práctica fiscal de usar el argumento de la falta de pericia, para no someter el caso a

la incoación del proceso inmediato y al control de flagrancia, inobservando la ley procesal e impidiendo el desarrollo de las nuevas prácticas en torno al control de la detención en flagrancia.

Además, la obtención de la prueba especial, puede resolverse con la flexibilización del plazo para la realización del juicio oral, que no desnaturaliza ni hace inconstitucional al proceso inmediato, y no a costa de sacrificar la audiencia de control de la detención policial en flagrancia.

### **6.5. Caso de flagrancia real con salida alternativa**

Si luego de culminado el debate sobre la incoación obligatoria del proceso inmediato, el juez llega a la convicción que se trata de un caso de flagrancia real y de un caso fácil, el fiscal saldrá completamente empoderado para formular acusación y llevar el caso a juicio oral lo más pronto, incluso podrá solicitar la prisión preventiva, y tendrá una posición de ventaja sobre la defensa, situación que dicho sea de paso, no proviene de la naturaleza del proceso inmediato, sino de los propios hechos de caso, porque el fiscal con la flagrancia ya tiene todas las pruebas que acreditan el delito y la responsabilidad penal, y la defensa no tiene una teoría del caso que oponer.

Hay dos situaciones relevantes aquí. Primero, respecto al fiscal y las pruebas especiales que requieren los delitos de TID y TIAF, ya que si en estos casos los imputados aceptan los cargos y se someten a la terminación anticipada, no se exigirá la prueba especial. Y en el caso de la operatividad del arma, esta se puede probar de distinta forma, al amparo del principio de libertad probatoria.

Lo que no puede decirse es “que se ha intervenido en flagrancia con la droga o el arma, pero la fiscalía no tiene todas las pruebas para llevar el caso a juicio”.

Segundo, respecto a la Defensa, puesto que si no tiene una teoría del caso ni argumento de defensa, no tiene sentido ni utilidad práctica permitir que el fiscal lleve el caso a juicio oral, pues siendo previsible la inminente condena, ello implicaría que la pena concreta se fije conforme al sistema de tercios, y no, por debajo del mínimo, como sería el caso de la terminación anticipada.

Este también es un caso de incoación

obligatoria que no genera un proceso inmediato obligatoriamente, puesto que el caso siendo un caso fácil, se resuelve fácilmente a través de la salida alternativa.

El éxito del proceso inmediato se centra en su capacidad de resolver los casos a través de las salidas alternativas, pero ello también requiere del desarrollo de nuevas prácticas en torno a una litigación de consenso o negociación, donde la determinación de la pena no sea solo consecuencia de una simple resta formal, sino expresión de una pena justa, que surja del principio de proporcionalidad en sentido material.

### **6.6. Caso de flagrancia real con prisión preventiva**

Hasta este momento de la audiencia de incoación ya se ha debatido si el caso es un caso de flagrancia real, quedando las pruebas automáticamente convalidadas; igualmente se ha debatido que es un caso fácil, y por tanto existen pruebas directas de cargo —con inmediatez temporal y personal—, que acreditan el delito y la responsabilidad penal, además no existen problemas de imputación necesaria, y el caso va a pasar a juicio oral, porque no hubo salida alternativa.

En este contexto, al llegar al debate de la prisión preventiva, el caso ya ha sido calificado como caso fácil y de flagrancia real, por lo que el debate sobre los graves y fundados elementos de convicción será muy breve, para no repetir todo lo anterior. El juez el debate a los requisitos de la pena probable y el peligro procesal.

En efecto, si la defensa quiere debatir sobre si hubo flagrancia o no, eso ya se debatió, si existe prueba prohibida, también, al igual que cualquier problema de imputación, ello ya ha sido discutido, salvo que se trate de algún nuevo hecho, podrá discutirse ese solo hecho.

A diferencia de lo señalado en la Casación N.º 626-2013-Moquegua, que ordena que los jueces no deban permitir, que en la audiencia de prisión preventiva se discuta prueba prohibida (flagrancia) ni problemas de imputación necesaria, puesto que ello se debe discutir vía tutela de derechos, posteriormente.

### **6.7. Caso fácil con juicio inmediato**

La celeridad del proceso inmediato configura una

de las virtudes del proceso inmediato, que tiene por finalidad, además de dar una solución rápida al conflicto penal, el de generar un ahorro de recursos al Estado y a los litigantes.

Todas estas ventajas serán legítimas, siempre que previamente se haya garantizado que el caso sea un caso fácil, sea un caso de legítima flagrancia, con inmediatez temporal y personal, con pruebas de cargo suficientes y que la defensa no tenga una teoría del caso, creíble y demostrable. Sólo así, se podría justificar que el caso pase rápidamente a juicio oral.

Si bien como se aprecia de la gráfica que precede, luego de culminada la audiencia de incoación, hay 24 horas para que el fiscal formule acusación y luego 72 horas para el señalamiento del juicio oral.

Como ya lo adelantáramos líneas arriba, la celeridad no puede afectar las garantías, debe ser ponderado con el derecho de probar de las partes y el derecho de defensa eficaz del imputado, incorporando un plazo flexible y razonable vía jurisprudencia, o ampliándola a 10 o 20 días, como ocurre en otras legislaciones. La observancia estricta o no del plazo para el juicio oral no afecta la naturaleza del proceso inmediato, más si en la realidad, tal plazo se viene inobservando sistemáticamente, por diversos motivos.

Los plazos de la acusación y la audiencia de juicio oral, si bien también son en horas, son plazos que en la realidad se flexibilizan, sea por que la fiscalía aún no incorpora la fuente de prueba al proceso, como ocurre en el caso de pruebas especiales (pericias en TID), o sea porque en los casos de reos libres —en los de omisión de asistencia familiar—, por problemas relativos a la falta de certidumbre del domicilio del imputado. La inobservancia de los plazos en estos últimos casos, no desnaturaliza el proceso inmediato, y tampoco habría responsabilidad administrativa.

La especial configuración del juicio oral en este proceso especial, permite diferenciar una primera audiencia donde las partes ofrecen sus pruebas, y una segunda parte que corresponde al desarrollo del juicio, bajo las reglas de la litigación oral. El juicio oral es el mejor escenario de garantía del debido proceso penal, por lo que las normas de celeridad y/o perentoriedad no deben atentar contra el debido proceso.

# El proceso inmediato y sus plazos



Veamos, mediante el D. Leg. N.º 1194 se incorpora la regla de obligatoriedad de las partes de llevar sus pruebas al juicio oral, bajo el apercibimiento de prescindirse de ellas si no lo hacen, dado al carácter inaplazable del juicio inmediato. Si bien esta regla tiene como principio subyacente, a la garantía de imparcialidad judicial, puesto que se basa en el método de aportación de las pruebas por las partes, su mala práctica puede llevar a la afectación del debido proceso penal.

Siempre hemos considerado que la práctica de las partes de hacerse cargo de su teoría del caso, comprende no sólo el de proponer una solución jurídica del caso, buscar sus fuentes de prueba, lograr se admitan sus pruebas, sino que también comprende, el llevarlas a juicio oral para demostrar su teoría del caso conforme a las reglas del modelo acusatorio del CPP 2004.

A través del D. Leg. N.º 1194, que modifica el art. 448.2 se establece que “[...] las partes son responsables de preparar y convocar a sus órganos de prueba, garantizando su presencia en la audiencia [...]”, lo que resulta mucho más compatible con el modelo acusatorio y oral, puesto que el CPP al asumir el principio de separación de roles, el Ministerio Público asume la obligación de probar su teoría del caso, al igual que la defensa, para lo cual, cada una de las partes deben de llevar dichas pruebas al juicio oral para demostrar su teoría del caso.

Además, la regla de que las partes lleven sus pruebas al juicio oral, contribuye positivamente a la gestión de los juicios orales, garantizando su unidad y continuidad, así como la celeridad en su conclusión, y, una mayor capacidad de gestión de audiencias.

Su correcta implementación, permitirá erradicar las sucesivas suspensiones de los juicios orales por ausencia de la prueba de alguna de las partes y la realización de mini audiencias. De igual manera, garantizará la concurrencia de las pruebas personales al juicio oral, lo que a su vez permitirá consolidar el uso de las técnicas de litigación oral, y con ello, lograr que las sentencias se sustenten en verdaderas pruebas penales, y no en actos de investigación<sup>21</sup>.

Confiamos, a partir de esta prescripción normativa, que se pueda gestar la buena práctica de las partes de llevar sus pruebas al juicio oral, y que ello se extienda a los juicios orales de procesos ordinarios (casos difíciles), y así lograr erradicar las mini audiencias, fortalecer las técnicas de litigación para la obtención de verdaderas pruebas penales, obtenidas de un juicio oral con todas las garantías.

Considero que el llevar las pruebas al juicio oral no debe verse como una imposición legal, sino

21 *La Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario N.º 5-2012/CJ-116 estableció que es el juez quien cita a los órganos de prueba, en base a una concepción judicialista de la prueba, y no de acuerdo al sistema de aportación de pruebas por las partes. Esta interpretación originó el retorno de las mini audiencias, pues como las partes “ya no tienen” el compromiso de llevar sus pruebas, van al juicio confiados en que el juez los cite, pero al iniciar la actuación probatoria no llega el órgano de prueba, optando por la reprogramación de la audiencia (mini audiencias) o por la prescindencia del testigo (oralización de la declaración previa). Todo ello ha llevado a un escenario de alto riesgo de impunidad, a una práctica contra reformista de las mini audiencias (violación de la inmediación), la falta de compromiso de las partes para con sus pruebas y con su teoría del caso, el desuso de las técnicas de litigación oral, y la reaparición de los actos de investigación como fundamento de la condena, en suma, el fracaso del juicio oral como garantía.*

como el ejercicio de un derecho fundamental<sup>22</sup>, que optimiza mejor el derecho de defensa y el derecho a probar. Llevando sus pruebas se utiliza la intermediación a su favor, pues la parte tendrá la oportunidad de probar su teoría del caso de forma concentrada y única, "sin cortes comerciales".

Ahora bien, la perentoriedad y la rapidez con que debe realizarse el juicio oral del proceso inmediato, deben ser interpretadas con flexibilidad, pues la celeridad sólo es uno de los valores en juego, y su logro no tiene que ser acosta de sacrificar el debido proceso.

Por ejemplo, no sería admisible que, a pesar de ser un caso de robo agravado en flagrancia, por la falta de concurrencia de la víctima al juicio oral, por algún motivo fundado y debido a la interpretación rígida de la celeridad, se prescindiera de dicha prueba fundamental y se absolviera al imputado detenido en flagrancia; como tampoco podría ser admisible que la falta de concurrencia del perito de medicina forense ofrecida por la defensa, por la ausencia de una citación oficial, se le prescindiera dicha prueba y se condenara al imputado.

La suspensión excepcional del juicio oral, no desnaturaliza el proceso inmediato, sino que por el contrario, permite al juez ponderar la celeridad con las garantías al debido proceso, y legitimar así al proceso inmediato.



Sin duda interesa mucho a la gestión del despacho judicial, el cumplimiento de la regla que obliga a las partes a llevar su prueba al juicio, pues de ello dependerá la asignación de mayor o menor personal para la gestión de la citación de las pruebas al juicio oral, la mayor o menor duración de las audiencias y el tiempo de asignación para

<sup>22</sup> *La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José lo contiene en su arts. 8.1 y 8.2 párrafo 2.f, disposición que debe complementarse con el art. 8.5, en el que se estipula el "derecho a ser oído por tribunal imparcial, a hacer comparecer sus testigos y pruebas en audiencia pública".*

la programación de la agenda de los casos. Pero por sobre todo, se logrará consolidar el método de aportación de las pruebas por las partes, las técnicas de litigación oral y el modelo acusatorio en el Perú.

## 7. Conclusiones

La reforma del proceso inmediato no puede ser expresión de un derecho penal del enemigo, sobrecriminalizador y efectista, sino que debe responder a un irrestricto equilibrio entre eficiencia y garantía, garantizándose plenamente la justicia sin vulnerar el debido proceso.

La obligatoriedad de incoar proceso inmediato no afecta la autonomía del Ministerio Público, toda vez que existen garantías de protección de la libertad y seguridad personal de imputados y víctimas, protección de la prueba de cargo; así como en criterios de racionalidad para el manejo de la carga procesal basados en la distinción de casos fáciles y difíciles, que justifican la incoación obligatoria del proceso inmediato en los casos de flagrancia.

La incoación obligatoria del proceso inmediato tiene por finalidad, incorporar una audiencia pública de control de la detención policial en flagrancia, lo que permitirá el desarrollo de nuevas prácticas procesales en torno al control de la detención en flagrancia.

El proceso inmediato debe ser aplicado sólo para casos fáciles, para ello el juez, en primer lugar, debe determinar que sea un caso de verdadera flagrancia; en segundo lugar, que las pruebas de cargo sean suficientes para probar el delito y la responsabilidad penal y; en tercer lugar, verificar si la defensa no tiene una teoría del caso que probar y por tanto tampoco necesite del plazo de investigación para incorporar sus pruebas, garantizándose así el derecho de defensa del imputado.

Los plazos para la iniciación del juicio oral y la celeridad en su desarrollo no pueden ser estrictos ni rígidos, sino por el contrario, deben ser ponderados de forma flexible, para evitar la violación del derecho a probar, la verdad y el debido proceso.

La obligación de la parte de llevar sus pruebas al juicio oral no solo debe ser visto como una

imposición legal, sino como una práctica que debe instalarse para tener juicios con prueba personal, únicos y continuos, para así tener verdaderas pruebas penales, consolidar las técnicas de litigación oral y el modelo acusatorio.

## 8. Referencias bibliográficas

AAVV, JUNTOS GENERAMOS JUSTICIA. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL EN EL PERÚ: IMPLEMENTACIÓN, EXPERIENCIAS Y CONCLUSIONES 2003-2010. EDITORIAL COOPERACIÓN ALEMANA AL DESARROLLO INTERNACIONAL-GIZ. LIMA, 2011.

BINDER, Alberto, "Derecho Procesal Penal". Tomo I. Hermenéutica del proceso penal. 1ra Edición. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, 2013.

CADENA LOZANO, RAÚL Y HERRERA CALDERON, JULIÁN. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL SISTEMA ACUSATORIO. EDICIONES JURÍDICAS ANDRÉS MORALES. BOGOTÁ-COLOMBIA, 2008.

CARPIZO, Enrique. Derechos Fundamentales: Interpretación constitucional. La Corte y los Derechos. Editorial Porrúa. México, 2009.

CALDERON CRUZ, Edmundo y FABIAN ROSALES, Ayme. La detención preliminar, Ministerio Público y Control Constitucional. Editorial Idemsa. Lima, 2008.

CERDA SAN MARTIN, Rodrigo & FELICES MENDOZA, María Esther. El nuevo proceso penal. Constitucionalización, principios y racionalidad probatoria. Editorial Grijley. Lima, 2011.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El nuevo proceso penal, Teoría y Práctica de su Implementación. Editorial Palestra, Lima, 2009.

EQUIPO IDL-SC, "Mesa de Seguridad y Justicia, Experiencia Comparada de Coordinación entre instituciones de Seguridad Ciudadana", en Instituto de Defensa Legal, Seguridad Ciudadana, Lima: 15 de marzo de 2012.

FERRERMAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación Constitucional. Tomos I y II. Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2005.

GRACIA MARTÍN, Luis, "Consideraciones críticas

sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), 2005.

GIMENO SENDRA, Vicente y Otros. Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. Editorial Colex. Madrid-España, 2007.

GOMEZ COLOMER, Juan Luis (Coordinador, varios autores). Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia-España, 2008.

GONZALES NAVARRO, Antonio Luis. Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio. Tomos I y II. Editorial Leyer. Bogotá-Colombia, 2005.

INSTITUTO DE OPINIÓN PÚBLICA, "Reporte de resultados de sondeo nacional urbano rural marzo 2016", en Instituto de Opinión Pública PUCP, Lima, 2016.

LANDA ARROYO, César, "Bases constitucionales del nuevo código procesal penal peruano", en Constitución y fuentes del derecho, 1.ª ed., Lima: Palestra, 2006.

MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, Salvador, Seguridad pública: estado de derecho vs estado policía, Centro de Estudios Para La Transición Democrática, Veracruz: julio de 1999.

ORÉ GUARDIA, Arsenio "Estudio Introdutorio", en El Nuevo Proceso Penal Inmediato, Flagrancia, confesión y suficiencia de elementos de convicción, Lima: Gaceta Jurídica, 2016.

PÁSARA, LUIS (COMPILADOR). EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA, CONSORCIO JUSTICIA VIVA, LIMA, 2004.

PÁSARA, LUIS. LOS ABOGADOS DE LIMA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. CONSORCIO JUSTICIA VIVA. LIMA, 2005.

PÁSARA, Luis, "Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada: Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú", Washington: Fundación para el Debido Proceso, 2013.



## SEÑAS DE IDENTIDAD DE LA RED IBEROAMERICANA DE COOPERACION JURIDICA INTERNACIONAL

*Dr. Javier Luis Parra Garcia  
Miembro Fundador de la IberRED y Letrado de Justicia del Tribunal  
Superior de Justicia de Murcia, España*



### Introducción

La realidad social y económica de finales del siglo XX y del inicio del presente siglo XXI está fuertemente influenciada por la globalización y los profundos cambios que están marcando las relaciones entre ciudadanos, empresas y naciones.

Se plantean así nuevos problemas y nuevas necesidades, también el ámbito judicial, a las que los poderes judiciales deben dar respuesta. En este contexto, las redes judiciales bien pueden considerarse una consecuencia indirecta del proceso de globalización. Como señaló el profesor David Held "la mundialización no significa el fin de los Estados, antes bien, la aparición de nuevas formas de poder". Las redes judiciales representan un apoyo eficaz al creciente proceso de judicialización de la cooperación jurídica internacional, con una redefinición del papel de las autoridades centrales, redefinición que tiene en Europa su máxima expresión.

Mientras las Fiscalías y los Tribunales de los diferentes Estados no son capaces de colaborar entre sí, las organizaciones delictivas extienden y hacen cada vez más complejas sus redes, colaborando activamente entre ellas. Las fronteras vienen a actuar como un freno sólo para la Justicia y como una ventaja para el delito o

para el incumplimiento de las obligaciones. Es ya una necesidad, y lo será mucho más en el futuro, hacer más fluida, ágil y eficaz, la colaboración entre los Estados Iberoamericanos en materia de Justicia.

Y a ese reto pretendió hacer frente la IberRED. Un proyecto vivo sobre el que con este artículo se pretenden esbozar unas rápidas señas de identidad.

1. Nacimiento de la Red de Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional - IberRED.

Hoy día la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed) es una realidad afirmada en el escenario de cooperación transatlántica y representa una formidable herramienta de cooperación, en materia civil y penal, que beneficia potencialmente a más de 500 millones de ciudadanos y tiene dos lenguas oficiales: el español y el portugués. Sin embargo, lo que hoy conocemos, hasta su puesta oficialmente en marcha, recorrió un largo camino en el que el Consejo General del Poder Judicial español y, en concreto, su servicio de Relaciones Internacionales, jugó un papel crucial.

Así, aunque la Red de Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional nació oficialmente en octubre de 2004

, su origen hay que buscarlo en los trabajos que realizó en su día el Consejo General del Poder Judicial español desde el año 2001, institución que entonces ostentaba la Secretaría Permanente de la hoy denominada Cumbre Judicial Iberoamericana (<http://www.cumbrejudicial.org>).

En este recorrido hasta su constitución, hay que señalar distintos hitos que marcaron la ruta hacia su efectivo nacimiento. Entre los más conocidos, habría que mencionar las reuniones preparatorias al plenario de Canarias, para la VI Cumbre, en concreto con el área temática denominada "Espacio Judicial Iberoamericano", donde por primera vez y de forma simultánea para ambos lados del Atlántico, se abordan distintas acciones de cara a optimizar la cooperación jurídica internacional entre los países del área luso e hispanoamericana. De hecho en la Declaración final, unas de las específicas acciones de esta área temática apuntaba la creación de una Red Iberoamericana de Asistencia Judicial

La puesta en marcha de estructuras en red, genuino fenómeno de la Sociedad del conocimiento o de la información, había ya contado en Europa con distintas versiones en el área de la cooperación judicial, muy específicamente, la European Judicial Network para la cooperación en el ámbito penal, y la posterior European Judicial Network for Civil and Commercial matters. En la UE se asistía, de forma especial desde los tratados de Maastricht y Ámsterdam a crecientes procesos de convergencia en el plano judicial y policial, por lo que puesta en marcha de este tipo de estructuras no presentó dificultades especiales en un escenario político y geográfico donde se apuesta por la comunicación directa entre autoridades judiciales, sustituyendo los cauces de las autoridades centrales, de ordinario ubicadas en los poderes ejecutivos, y es donde el sistema de agentes institucionales deslocalizados que encarnan las redes cobra toda su potencialidad.

Atendiendo a este origen, la oportunidad y viabilidad de un sistema de red de cooperación judicial a escala iberoamericana fue puesto en cuestión desde distintos estamentos e instituciones. De hecho, en la práctica totalidad de los países de Iberoamericana están vigentes convenios bilaterales o multilaterales que hacen vehicular la cooperación judicial a través de los poderes ejecutivos, (normalmente a través del

sistema de Autoridades Centrales). Era pues, preciso cambiar la óptica de la sustitución de las Autoridades Centrales que imperaba en Europa, por la de la complementariedad operativa con los poderes ejecutivos en el tráfico judicial iberoamericano. En efecto, el camino que recorrió el proyecto de red judicial iberoamericana, desde su anuncio en mayo de 2001, hasta su creación oficial en octubre de 2004, fue arduo y complejo. Es cierto que el proyecto, en cualquier caso, hubiera visto la luz aún en el exclusivo ámbito de la Cumbre, pero la visión integradora y participativa de quienes en ese momento ostentaban la titularidad del proyecto evitó que esta iniciativa quedara limitada en cuanto a sus potencialidades operativas a la esfera de los poderes judiciales. De esta manera, hoy día es, la Red es una realidad viva sentida como propia tanto por los Ministerios de Justicia, como por las Fiscalías y Poderes Judiciales de toda la Comunidad Iberoamericana de Naciones.

Después de mayo 2001 se comenzó una labor de recopilación de estado de situación nacional en materia de cooperación jurídica internacional a través de encuestas e informaciones que se empiezan a recoger entre los corresponsales que se designan en una reunión preparatoria de la VII Cumbre que tiene lugar en Santa Cruz de la Sierra, (Bolivia), en marzo de 2002. Pero hay que esperar hasta agosto de 2003 para contar con el primer borrador de reglamento de la Red y también del Manual de Buenas Prácticas en materia de cooperación jurídica internacional. El texto redactado por el Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial con las aportaciones que se presentaron durante ese mes, fue presentado en una reunión preparatoria que tuvo lugar en Cartagena de Indias en el mes siguiente. Era la primera vez que una reunión tenía carácter monográfico sobre una materia, (promoción del Espacio Judicial Iberoamericano), y con el objeto de caminar hacia un proyecto integrador, a esa reunión fueron invitados representantes de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos y Fiscalías y de Conferencia de Ministerios de Justicia de los Países Iberoamericanos. Allí se logró consensuar el primer texto oficial con el compromiso de ser presentado a los distintos plenarios.

En el trimestre siguiente el proyecto fue presentado



ante la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno que tuvo lugar en Santa Cruz de la Sierra, y a la reunión de la Asociación Ibero – Americana de Ministerios Públicos y Fiscalías que tuvo lugar en Quito. Se buscaba la participación y comprensión en el proyecto de todos los actores implicados. En el primer semestre de 2004 se hizo homólogo trabajo ante la Conferencia de Ministerios de Justicia de los Países Iberoamericanos, participando tanto en sus reunión preparatoria como en el plenario que tuvo lugar en Fortaleza, (Brasil), donde se encomienda a la Secretaría General de la Conferencia, (que ostentaba el Ministerio de Justicia español), la realización de gestiones que condujeran a la efectiva puesta en marcha del proyecto. Al final de ese semestre también asistimos al refrendo oficial del proyecto por los plenarios de la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, como del IV Encuentro de Consejos de la Judicatura a través de la denominada Declaración de Copan – San Salvador.

En la recta final hacia la constitución, resultó fundamental la reunión extraordinaria de representantes técnicos de las todas instituciones, Ministerios, Fiscalías, Cortes Supremas y Consejos de la Judicatura que tuvo lugar en Asunción, (Paraguay), el 1 de octubre de 2004, allí se alcanzaría el texto definitivo que sería presentado en la reunión constitutiva que tendría lugar ese mismo mes. En honor a la verdad, es obligado señalar que las únicas modificaciones sustantivas sobre el texto redactado en agosto 2003 y refrendado en septiembre, sólo afectaba a las cuestiones de índole mas político, los miembros fundadores, (disposición 1), y la institución que encarnaría la Secretaría General, (que se encomienda a la persona que en cada momento ostente la Secretaría General de la Conferencia de Ministros, como única estructura de cumbre con personalidad jurídica internacional, disposición 11).

Finalmente, la reunión constitutiva tiene lugar en el mismo lugar en el que se refrendó el primer borrador oficial: en el CIF de Cartagena de Indias,

(Colombia), los días 27 a 29 de octubre. Resultó significativo tanto en esta como en la reunión de 2003 la presencia de altos representantes de instituciones europeas , y es que por primera vez –a escala

iberoamericana- habíamos puesto en marcha un mecanismo de cooperación judicial reforzada y complementario, como se dijo en la clausura de dicho acto, “los iberoamericanos nos podemos sentir especialmente orgullosos, lo que en Europa hemos tardado mas de cuenta años en conseguir...aquí lo hemos logrado en menos de un par de años...”.

Hoy día, podemos decir con orgullo que la IberRED es el primer instrumento de cooperación judicial internacional que aglutina a ambos lados del Atlántico a representantes de todas las “familias” de la Justicia de los países iberoamericanos. Su extraordinaria vitalidad operativa ha merecido en su corta existencia reconocimiento internacional e instituciones como Eurojust<sup>1</sup> aspiran a establecer relaciones estables con esta organización.



## 2. Integración de instituciones

Como hemos visto, aún habiendo sido diseñada y promocionada originalmente por el Consejo General del Poder Judicial español en el maco de los poderes judiciales iberoamericanos, la visión de la Secretaría Permanente permitió sumar a este proyecto a los Ministerios de Justicia y a las Fiscalías, haciendo posible un proyecto integrado de la envergadura que hoy lo conocemos.

Así, la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional, IberRed, es una estructura formada por Autoridades Centrales y por puntos

<sup>1</sup> *En este sentido, ver la Memoria de esta institución de 2005 cuando habla de la cooperación con terceros países; extracto de la memoria de 2005 de Eurojust: “...Iber Red (Red Iberoamericana de Cooperación Judicial) fue, un año más, un foro de comunicación con América Latina, en especial sobre los casos que afectan a países de América Central y del Sur. Iber Red ha resultado fundamental con las autoridades judiciales del continente latinoamericano... el Servicio Jurídico de Eurojust ha emprendido un estudio de viabilidad para la concertación de un acuerdo entre ambas entidades”.*

de contacto procedentes de los Ministerios de Justicia, Fiscalías y Ministerios Públicos, y Poderes Judiciales de los 22 países que componen la Comunidad iberoamericana de Naciones, así como por el Tribunal Supremo de Puerto Rico.

### 3. Estructura de la IberRED

La IberRED se integra por representantes tanto institucionales (Ministerios de Justicia, Consejos y Tribunales Supremos y Fiscalías) como operativos, (puntos de contacto). Estos últimos son, propiamente, la esencia de la red que la hace una estructura viva de intercomunicación y facilitación de la cooperación internacional.

Así, son miembros de la IberRED:

Puntos de Contacto, fiscales, jueces o altos funcionarios judiciales en activo.

Autoridades Centrales destacados en Ministerios de Justicia, Fiscalías u otros Ministerios.

Cualquier otra autoridad judicial o administrativa con responsabilidad en la cooperación judicial en el ámbito penal y civil cuya pertenencia a la IberRed sea considerada conveniente por los miembros de la misma.

Los Puntos de Contacto son personas designadas por los Ministros de Justicia, las Fiscalías o Procuradurías Generales y por los Organismos Judiciales de los Países Iberoamericanos.

Estas personas designadas (puntos de contacto) son quienes hacen efectivas las acciones operativas de la Red. Las Autoridades Centrales son las establecidas en instrumentos de Derecho Internacional en los que los países de la Comunidad Iberoamericana sean parte o en normas de Derecho interno relativas a la cooperación judicial en materia penal y civil.

La Secretaría General, concebida como una unidad administrativa, se encomendó a la “Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos” (COMJIB, [www.comjib.org](http://www.comjib.org)). La Secretaría General no ostenta competencias operativas, sino tan sólo de coordinación de la Iber Red, y de difusión y mantenimiento de los productos por la misma elaborados. Es por eso que la IberRed trabaja coordinadamente con la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), que forma parte de ella; de modo que toda acción de cooperación

jurídica internacional que se impulse en el ámbito de IberRed se trabajará de modo conjunto<sup>2</sup>.

### 4. Funcionamiento operativo

Para entender el funcionamiento de la IberRED es importante resaltar el principio de complementariedad activa que la preside desde su concepción. Atendiendo al protagonismo que en el espacio iberoamericano, en materia de auxilio judicial internacional, corresponde a las autoridades centrales, la función de los puntos de contacto (facilitadores judiciales de la cooperación), debe estar presidida bajo el principio de complementariedad operativa. No se trata de reemplazar la labor que corresponde a las autoridades ministeriales (de Asuntos Exteriores y de Justicia, principalmente), antes bien, los puntos de contacto –encontrándose a disposición de todos los sujetos afectados- coadyuvarán en el proceso asistencial desde la cercanía funcional al problema planteado que –en muchos casos- se derivará de su carácter de autoridades judiciales o fiscales colegas del operador remitente o receptor.

Los Puntos de Contacto proporcionan a las autoridades judiciales de su propio país que lo soliciten y a los demás puntos de contacto interesados:

La información necesaria para una eficaz y ágil cooperación jurídica

La identificación y facilitación de la autoridad judicial o fiscal encargada de cumplimentar las solicitudes de asistencia judicial.

Las soluciones prácticas a las dificultades que puedan presentarse con motivo de una solicitud de cooperación jurídica.

La coordinación del examen de las solicitudes de cooperación jurídica en los Estados de que se trate.

Las Autoridades Centrales actúan en el marco de procesos transnacionales, IberRed les brinda el apoyo para mejorar la coordinación entre ellos y lograr una mayor eficacia de sus actuaciones. Dichas Autoridades trabajan, desde IberRed, en cinco áreas:

Extradición y Asistencia Penal Mutua.

Sustracción de Menores.

Traslado de Personas Condenadas.

<sup>2</sup> **Secretaría General:** es una Secretaría permanente, desempeñada por la Secretaría General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), con sede en Madrid.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Además del señalado principio de complementariedad, el funcionamiento de la IberRED sigue estos principios:

**Informalidad:** La actividad de sus miembros no se dirige a ser incorporada al proceso sino a adelantar, ampliar información o solucionar problemas que, independientemente de su actividad, deben tener su propia vía formal de ejecución. Es decir, no sustituyen la cooperación formal, sino que la agilizan.

**Horizontalidad:** la Red funciona sin jerarquía; existe un coordinador por cada una de las tres instituciones en cada país, pero su función no es jerárquica, sino la de garantizar la coordinación en el plano operativo de los puntos de contacto a nivel nacional en beneficio de una más eficaz cooperación jurídica internacional, sin superposiciones entre los actores de la cooperación.

Esta coordinación se extiende también a las facetas no operativas de la actividad de los puntos de contacto, y a su relación con la Secretaría General, a fin de optimizar las relaciones entre todos ellos.

**Flexibilidad:** se adapta a las características de cada organización judicial. Cada Estado puede organizar sus nombramientos en atención a sus características entre jueces, fiscales y funcionarios que, por sus responsabilidades y conocimiento, estén en condiciones de realizar las funciones que se les exige como puntos de contacto.

**Confianza mutua:** La IberRed se sustenta en la confianza de sus miembros, generada por el conocimiento personal de sus integrantes, favoreciendo los contactos informales entre jueces, fiscales y demás miembros de diferentes países involucrados en un mismo procedimiento, quienes se comunican diariamente tanto por las vías convencionales como empleando el canal de comunicación segura que se ha generado en la intranet de la página web de IberRed.

## 5. Trabajo de la IberRED

Su trabajo se orienta especialmente a la optimización de los instrumentos de asistencia judicial civil y penal, y al reforzamiento de los lazos de cooperación entre nuestros países. Constituye así un paso fundamental en la conformación de un Espacio Judicial Iberoamericano, entendido como un escenario específico donde la actividad de cooperación jurídica sea objeto de mecanismos reforzados, dinámicas e instrumentos de simplificación y agilización en la consecución de un tutela judicial efectiva.

La IberRED cuenta ya con más de doce años de existencia y durante este tiempo ha venido desarrollando su trabajo silencioso de apoyo a la cooperación jurídica internacional, tanto en materia penal como civil. Cuenta con una página Web <https://www.iberred.org/> que incluye una específica área privada (Iber@) para el intercambio securizado de información entre los puntos de contacto.

## 6. Futuro

Creemos que la IberRED constituyó un paso fundamental en la conformación de un Espacio Judicial Iberoamericano, entendido como un escenario específico donde la actividad de cooperación jurídica sea objeto de mecanismos reforzados, dinámicas e instrumentos de simplificación y agilización en la consecución de un tutela judicial efectiva.

Son muchas las dificultades que, desde su inicio nos hemos encontrado, pero no son menos los desafíos a los que hacer frente: podemos augurar a la consecución del espacio judicial iberoamericano de cooperación reforzada. Como señalaba la exposición de motivos del Reglamento, se trata no obstante de un proceso, de implantación gradual, en el que contamos con dos poderosos aliados: una cultura común y el hecho trascendental, quizás no suficientemente valorado, de que, contando con una rica variedad de idiomas, todos los miembros de la comunidad iberoamericana seamos capaces de entendernos utilizando dos lenguas comunes.





## **EL CONTROL DE LEGALIDAD COMO MANIFESTACION DEL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL INMEDIATO**



**Mg. WILLIAMS ABEL ZAVALA MATA**  
*Juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria y de procesos de Tránsito y seguridad vial del Callao*

Es obligación del Juez de Investigación Preparatoria, realizar el control de legalidad una vez judicializado el proceso penal, en cuyo proceder se trasluce la expresión de un estado constitucional de derecho; en el que a su vez se materializa el principio constitucional de la función jurisdiccional establecido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú; concerniente al derecho a la tutela procesal efectiva; al respecto, el legislador ha sido más específico al precisar sus alcances en el tercer párrafo del artículo cuarto del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237); en el que se prescribe literalmente: “Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

En nuestro sistema penal, el proceso penal se origina por acción penal pública, en las que corresponde al Ministerio Público ejercerla de

oficio, a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona, natural o jurídica, mediante acción popular, conforme se aprecia del artículo 1° del Código Procesal Penal; en este mismo artículo se establece que en los delitos de persecución privada corresponde ejercerla al directamente ofendido por el delito ante el órgano jurisdiccional competente, para el que se requiere la presentación de la querrela; estos dos supuestos del inicio de la acción penal que dan lugar a un proceso penal son los más frecuentes en la práctica judicial.

El Código Procesal Penal vigente, establece que los procesos penales se tramitarán en la vía del proceso común o en la vía de los procesos especiales, entre los que se encuentran: El proceso inmediato, el proceso de seguridad, el proceso de terminación anticipada, el proceso por delito privado, el proceso por faltas, el proceso por razón de la función pública, el proceso por colaboración eficaz y el proceso con especialidades procedimentales: Organización Criminal; una vez ingresadas las solicitudes al Poder Judicial, corresponde al Juez de Investigación Preparatoria, realizar un irrestricto control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal promovida en ese sentido tiene que realizar una evaluación para determinar si la promoción de la acción penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal.

En nuestro sistema penal, el proceso penal se origina por acción penal pública, en las que corresponde al Ministerio Público ejercerla de oficio, a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona, natural o jurídica, mediante acción popular, conforme se aprecia del artículo 1° del Código Procesal Penal; en este mismo artículo se establece que en los delitos de persecución privada corresponde ejercerla al directamente ofendido por el delito ante el órgano jurisdiccional competente, para el que se requiere la presentación de la querrela; estos dos supuestos del inicio de la acción penal que dan lugar a un proceso penal son los más frecuentes en la práctica judicial.

El Código Procesal Penal vigente, establece que los procesos penales se tramitarán en la vía del proceso común o en la vía de los procesos especiales, entre los que se encuentran: El proceso inmediato, el proceso de seguridad, el proceso de terminación anticipada, el proceso por delito privado, el proceso por faltas, el proceso por razón de la función pública, el proceso por colaboración eficaz y el proceso con especialidades procedimentales: Organización Criminal; una vez ingresadas las solicitudes al Poder Judicial, corresponde al Juez de Investigación Preparatoria, realizar un irrestricto control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal promovida en ese sentido tiene que realizar una evaluación para determinar si la promoción de la acción penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal.

Lo que pretende el suscrito a través del presente trabajo, es verificar si en el trámite de los procesos inmediatos con posterioridad a su puesta en vigencia mediante Decreto Legislativo N° 1194, con fecha 29 de Noviembre del 2015; el Juzgado de Investigación Preparatoria realiza un control minucioso de legalidad frente a los requerimientos de incoación de Procesos Inmediato planteados por el Ministerio Público; en observancia de lo establecido en el artículo 446° del Código Procesal Penal, norma que obliga al Ministerio Público requerir la incoación de procesos inmediatos en caso de personas intervenidas en la comisión de delito flagrante, dentro de los plazos establecidos en el artículo 2.24.f de Constitución Política, modificado por el artículo único de la Ley N° 30558, concordante con el artículo 264 del citado Código Procesal penal; en ese entendido el requerimiento escrito

que presente el Ministerio Público, debe contener en primer término el supuesto (s) de incoación por la que se recurre; precisar la imputación fáctica en forma clara y concreta contra el investigado (s); la subsunción de la conducta (s) en el tipo penal, las que deben ser respaldados con los actos de investigación producidos e incorporados en la investigación preliminar; oportunidad en la que también se postula por una posible salida alternativa y por una medida coercitiva de carácter personal; pedido que se resuelve en la audiencia única de incoación en observancia del artículo 447° del Código Procesal Penal; audiencia en el que el representante Ministerio Público sustentará su pretensión principal a efectos de que sea sometida al contradictorio.

Esta etapa es trascendental en el desarrollo del proceso inmediato, concluido los debates orales será el Juez de Investigación Preparatoria, quien hace las veces de un Juez de Control de Garantías; resolverá el requerimiento formulado en audiencia pública o privada de acuerdo a la naturaleza del delito; para el que realizará un minucioso control de legalidad sobre la imputación fiscal formulada, verificar si el supuesto fáctico planteado ha sido correctamente subsumido en el tipo penal; si los supuestos de incoación invocados por el Ministerio Público concurren para el caso concreto y si se encuentra debidamente respaldados con los actos de investigación incorporados a la carpeta; en el caso de que la incoación este respaldado en el supuesto de intervención en flagrancia el Juez de Investigación Preparatoria, debe evaluar si en la detención policial del ciudadano investigado concurren los presupuestos de inmediatez personal, espacial y temporal, así como la necesidad y urgencia que justificó la intervención; para luego pasar a verificar los otros presupuestos; y concluir el control de legalidad verificando si en el caso concreto concurren los supuestos establecidos en el artículo 336 del Código Procesal Penal.

Del desarrollo de ésta etapa, se podrá apreciar si los operadores jurídicos: Ministerio Público, defensa técnica y el Juez cumplieron correctamente con el rol asignado; en el caso de éste último resulta trascendental su participación por cuanto es el encargado de la dirección de la audiencia y de resolver los pedidos formulados por las partes; siendo su desempeño trascendental por cuanto de su decisión dependerá si el requerimiento del Ministerio Público prosigue su trámite en la vía del

proceso inmediato o debe ser tramitado por la vía del proceso común.

De lo precedentemente señalado surge la siguiente interrogante ¿ el Juez de la Investigación Preparatoria viene realizando un exhaustivo y riguroso control de legalidad del requerimiento fiscal en la incoación de procesos inmediatos ?

A efectos de responder la interrogante planteada debemos tener presente que frente a un requerimiento fiscal, el Organo Jurisdiccional se encuentra facultado de realizar un control de legalidad, en observancia a lo establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaído en el Expediente N° 4989 2006 PH/TC, que se señala: “la actuación jurisdiccional requiere que el magistrado realice un control de legalidad sobre el pedido del titular de la acción penal y que de proceder tal pedido se someterá a un sujeto a un proceso judicial, sujeto que no solo merece conocer detalladamente sin lugar a dudas ni interpretaciones los cargos que se le inculpan, sino también los indicios o elementos de juicio en los que se sustenta, así como la normatividad aplicable con la finalidad máxima de que ejerza su derecho a la defensa(...)”; con la finalidad de ejercer la función de control de legalidad como garante irrestricto del respeto de los derechos fundamentales de los imputados sujetos a un proceso penal, el Juez de Investigación Preparatoria, debe realizar un control de legalidad, la que en primer término debe guardar relación con la observancia irrestricta del Principio de Imputación Necesaria, que de acuerdo a lo sostenido por el profesor Francisco Celis Mendoza Ayma ; “la imputación necesaria o concreta, es el deber de la carga que tiene el Ministerio Público de imputar a una persona natural, un hecho punible, afirmando proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos del tipo penal”; sobre el mismo tema el profesor José Luis Castillo Alva , sostiene: “La determinación de la imputación y/o acusación cumple una doble función en el sistema penal, o en general, en el derecho sancionador.

En primer lugar, fija el objeto de la investigación o del proceso penal (función de delimitación) que repercute en la precisión de los límites de la cosa juzgada o cosa decidida. En segundo lugar, la existencia de la imputación permite cumplir con la función de información al ciudadano acerca de los cargos que pesan en su contra, con el fin de que

pueda diseñar de la manera que crea conveniente su derecho de defensa.

El imputado debe saber la clase y las propiedades específicas de la acción que se le atribuye haber cometido”; por su parte la Corte Suprema de Justicia de la República, en el F.J.10° del Acuerdo Plenario N° 02-2012/CJ-116: estableció como doctrina legal que se requiere inexorablemente de que los hechos objeto de imputación en sede de investigación preparatoria, tengan un mínimo nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pudo tener lugar; dato que será indispensable para que pueda ejercer una defensa efectiva; en el caso que el órgano jurisdiccional al ejercer control de legalidad del requerimiento postulatorio no observe los presupuestos de una imputación necesaria, ésta facultado intervenir para enmendar posibles imprecisiones del Ministerio Público a fin de garantizar una adecuada imputación, la que será materia de debate en la audiencia de incoación de proceso inmediato; la que se hace imprescindible si se tiene en cuenta que incluso se puede presentar la posibilidad de concluir el proceso a través de una salida alternativa de Terminación Anticipada, para el que se requiere que los hechos fácticos postulados estén correctamente subsumidos en un tipo penal, con cuyo quantum de pena se impondrá la sentencia condenatoria en caso de aprobarse el acuerdo; otro aspecto que debe ser materia de control exhaustivo en esta etapa es el plazo legalmente establecido para proceder a incoar un proceso inmediato, concretamente cuando se trate de investigaciones con personas privadas de su libertad se debe observar los plazos establecidos en el artículo 2°.24.f. de la Constitución Política del Estado, modificado por el artículo único de la Ley N° 30558, publicado en el diario oficial “el Peruano” el 09 de Mayo de 2017; norma en el que a su vez se precisa que “La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia”; el siguiente paso será verificar que los actos de investigación que respaldan la pretensión del Ministerio Público hayan sido producidos e incorporados a la carpeta fiscal respetando los derechos fundamentales de los investigados, en su apreciación y valoración judicial se observará

en lo pertinente lo establecido en el Artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal; sobre legitimidad de la prueba: esto es; 1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo; 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona y 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio; en ese entendido luego de concluido los debates, el Juez de Investigación Preparatoria, procederá evaluar si los actos de investigación que fundamentan el requerimiento del representante del Ministerio Público respaldan el supuesto de incoación establecidos en el artículo 446° del Código Procesal Penal; en caso de concluir satisfactoriamente el análisis del órgano jurisdiccional dictará el auto de procedencia de incoación de proceso inmediato.

Esta etapa del proceso inmediato es trascendental porque del desarrollo de ella se observarán si los operadores jurídicos que intervienen en este tipo de procesos cumplen a satisfacción con el rol encomendado; en el caso del representante del Ministerio Público su actuación traslucirá si conoce su caso, maneja correctamente las normas procesales, la teoría del delito, las reglas básicas de la litigación oral; asimismo, en el caso de la defensa técnica su participación evidenciará si cumple su rol eficaz y diligentemente; de no ser así su presencia en la audiencia sería sólo simbólica, con el que estaría perjudicando a su patrocinado y a la propia esencia del estado de derecho constitucional por cuanto no se estaría garantizando la materialización del derecho de defensa regulado por el artículo 11°, inciso 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 14, inciso 3, parágrafo d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 8, inciso 2, parágrafo d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 139, inciso 14 de la Constitución Política de 1993; por lo que en este marco resulta trascendental la presencia del Juez de Investigación Preparatoria en la conducción de la audiencia y en la expedición de las resoluciones orales que emita a consecuencia de los requerimientos formulados por el Ministerio Público y de los pedidos incidentales que eventualmente surjan en el desarrollo de las audiencias, siendo su

participación trascendental ya que de su decisión dependerá si un caso concreto prosigue su trámite en la vía del proceso inmediato o debe ser tramitado por la vía del proceso común.

Con la finalidad de verificar si los operadores jurídicos están cumpliendo a satisfacción los roles encomendados en el trámite de los procesos inmediatos con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1194; recurridos a la Jurisprudencia vigente a la fecha; así tenemos las Sentencias Casatorias N° 842-2016 - Sullana y N° 692-2016 Lima Norte, emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la República, a las que recurro a fin de verificar si en estos casos el Juez de Investigación Preparatoria, realizó un exhaustivo control de legalidad de la imputación fiscal en la audiencia de incoación, así como si la defensa técnica contribuyó con una defensa eficaz; en el caso proveniente de Sullana, se aprecia que se condenó al encausado Maximiliano Benítez Rodríguez en primera instancia como autor del delito de violación sexual de menor de edad, a cadena perpetua y tratamiento terapéutico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; la que fue confirmado en todos sus extremos por la Sala Penal Superior; del fundamento jurídico tercero de la citada Casación se desprende que: "... lo relevante desde la perspectiva procedimental, se tiene que con fecha veinte de enero de dos mil dieciséis el Fiscal Provincial formuló requerimiento de incoación de proceso inmediato, el cual fue declarado procedente por auto –no impugnado– de fojas doce, de veintiuno de enero de dos mil dieciséis.

En la misma audiencia única de incoación del proceso inmediato, el Fiscal solicitó mandato de prisión preventiva contra el citado encausado Benites Rodríguez, que el Juez de la Investigación Preparatoria por auto de fojas trece, de veintiuno de enero de dos mil dieciséis, declaró fundado y por un plazo de cinco meses. Seguida la causa conforme a sus respectivas reglas de procedimiento, mediante sentencia de fojas treinta y tres, de quince de febrero de dos mil dieciséis, se condenó al acusado Benites Rodríguez como autor del delito de violación sexual de menor de edad a la pena de cadena perpetua. Este fallo fue confirmado por sentencia de vista de fojas doscientos cinco, de veintidós de junio de dos mil dieciséis"; de cuyo contenido se aprecia que la defensa técnica del procesado no impugnó el auto

que declaró procedente el proceso inmediato, tampoco el Juez de la Investigación Preparatoria realizó un prolijo control de legalidad del requerimiento formulado por el Ministerio Público; conforme se aprecia del F.J. N° 5° de la citada Casación en la que se señala "...en el presente caso, los policías captos no presenciaron la comisión del delito. Tampoco lo hizo la madre, ni siquiera la tía de la niña.

Ambas se limitaron a expresar lo que la niña, luego del suceso, les dijo, cuando ni siquiera el imputado se encontraba en la vivienda de aquella. Con independencia de lo que mencionó la niña agraviada y del valor probatorio que puede otorgársele a su testimonio, lo cierto que el delito sub-judice no puede calificarse de flagrante. Nadie, excepto la propia víctima, presenció la violación que ha sido objeto de denuncia, procesamiento, acusación, enjuiciamiento y sentencia. Ni siquiera se recogió en ese acto, o inmediatamente después, algún vestigio material. Todo queda circunscrito al relato directo de la víctima, a la versión de oídas de sus familiares –que afronta una problemática en orden a su veracidad y credibilidad-, y a la negativa del imputado, sin perjuicio de la prueba pericial recabada (...); de donde se aprecia que en este caso los actos de investigación que presentó el Ministerio Público no tenían las características de prueba evidente para justificar la procedencia del proceso inmediato.

En la Casación N° 692-2016 Lima Norte; se aprecia que en la vía del proceso inmediato se condenó a Miguel Antonio Corte Ortega como autor del delito de robo con agravantes en agravio de Gloria Rosas Matos Valera a la pena privativa de libertad de doce años y al pago de mil quinientos soles por concepto de reparación civil; la que fue confirmada en todos sus extremos por el Superior Jerárquico; a efectos de verificar si en el caso concreto los operadores jurídicos que intervinieron en la audiencia de incoación de proceso inmediato y en la emisión de la sentencia de primera instancia y al absolver el grado vía apelación no cumplieron con realizar un prolijo control de legalidad del requerimiento fiscal y de las decisiones emitidas en primera instancia; conforme se desprende del F.J. 3ro " (...) El imputado Cortez Ortega no fue reconocido por la agraviada en el momento en que ocurrió el robo en su agravio.

Ella no le vio el rostro. Por eso es que no lo describió en su denuncia ni en su declaración preliminar, de suerte que llama la atención que recién lo haga en el juicio oral inmediato. La agraviada según expresó, apuntó el número de placa de rodaje del vehículo utilizado por el robo. Cuando horas después se capturó el vehículo, de inmediato, se efectuó un primer registro vehicular con resultado negativo para un bien de la agraviada.

Empero, horas más tarde, a instancias de la Fiscalía, se realizó un segundo registro vehicular, sin presencia del abogado del imputado, y en la maletera se halló el bolso de la agraviada con parte de los bienes sustraídos, acta que no firmó el imputado pues no aceptó lo que se descubrió en la maletera del coche que conducía". De donde se aprecia que en este caso también no se realizó un minucioso control de legalidad en la etapa de la incoación del proceso inmediato; la que no fue advertido tampoco por la defensa técnica del imputado.

La Corte Suprema concluyó en ambos casos que no debieron haber sido admitidos a trámite por esta vía por que en ninguno de ellos, se configuraba el supuesto de incoación de intervención en flagrancia delictiva por los que el Ministerio Público promovió el Proceso Inmediato; la que no fue advertida en su oportunidad por la defensa técnica de los imputados y por los Jueces de primera y segunda instancia que conocieron los casos, con cuyo proceder lesionaron derechos fundamentales de los encausados manteniéndolos privados de sus libertades sin una prueba evidente o evidencia delictiva, conforme lo establece el F.J. N° 8 del Acuerdo Plenario N° 2-2016, que los vincule a las imputaciones fácticas que se les formularon; quienes fueron puestos en libertad por la Corte Suprema de Justicia de la República, por haber excedido el plazo de detención dispuestas en su contra en las respectivas prisiones preventivas llevadas a cabo; y dispusieron que los procesos deberían seguir el trámite del Proceso Común.

Cabe resaltar que el control de legalidad, no sólo se agota en esta etapa del proceso inmediato, declarada procedente la incoación, el rol de juez de control de garantías que se le ha asignado al Juez de Investigación preparatoria prosigue en las siguientes etapas del proceso inmediato, como son al resolver las salidas alternativas, los requerimientos de medidas coercitivas de carácter personal; y así se extiende a lo largo del



desarrollo del proceso como en la trascendental audiencia de control de la acusación; al respecto cabe resaltar lo establecido en el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 en el que se precisa: “El Juez Penal tiene un control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, por cuanto el procesamiento de quien resulte emplazado por el Fiscal requiere autorización o decisión judicial, por lo que corresponde al Juez evaluar si la promoción de la acción penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal; dicho deber de control se intensifica en la etapa intermedia ante la acusación del señor Fiscal Superior, correspondiéndole entonces a la Sala Superior efectuar el control correspondiente”.

Con fines didácticos; revisamos dos sentencias de vista pronunciadas por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima; en el Expediente N° 00186-2016-1-1826-JR-PE-03, se expidió la sentencia de vista de fecha 16 de Mayo del 2016, en el que se resolvió declarar nula la sentencia de fecha 26 de febrero del 2016, por el que se condenó a Carlos Fernando Diego Cabanillas como autor del delito Contra la Libertad Sexual –Actos Contra el Pudor en agravio del menor de iniciales J.C.S.L. (7 años) y demás penas accesorias; y también se declaró nula la resolución de fecha 25 de enero del 2016, en el extremo que resolvió declarar procedente la incoación de proceso inmediato, debiendo el señor fiscal de la causa reconducir el trámite con arreglo a sus atribuciones; los fundamentos por lo que optaron por dicha decisión se resumen en el considerando 5.25 que textualmente se transcribe: “...la incoación del proceso inmediato bajo condiciones de “flagrancia” que en este caso no concurren, no es correcto, porque descalifica la opción probatoria, tanto más si en delitos de esta naturaleza, son los indicios los que regularmente conducen a la verdad, positiva o negativa, entonces se atenta contra un derecho fundamental que tienen las partes, esto es probar sus afirmaciones. Igualmente se vulnera el derecho de defensa que tienen las partes, en este caso especialmente el imputado, a quien se le debe otorgar la posibilidad de acreditar sus afirmaciones de manera más amplia y suficiente (...);” mientras que en el considerando 5.31 sostuvieron: “...se ha vulnerado derechos constitucionales, en razón del apresuramiento procesal y se ha expedido sentencia condenatoria sin la debida actividad probatoria y sin que las partes hayan tenido la oportunidad y tiempo

necesario para demostrar sus afirmaciones, pues aun tratándose de un delito tan grave y execrable, no basta la declaración de un menor, en las condiciones y circunstancias descritas para considerar que está probado el hecho, tanto más si existen imprecisiones respecto de hechos y circunstancias concomitantes al evento delictivo denunciado...”

Expediente N° 001009-2016-0-1826-JR-PE-03, mediante sentencia de vista de fecha 03 de junio del 2016, se resolvió confirmar la resolución impugnada de fecha 08 de abril del 2016, en el extremo que declaró Improcedente la incoación del proceso inmediato en la causa seguida contra Abner Amhed Arevalo Ríos, por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio –Robo Agravado en grado de tentativa, en agravio de Lucero Niveri Huracaya Orosco; dispusieron que el Ministerio Público proceda de acuerdo a sus atribuciones; de los fundamentos de la Sala Superior se aprecia que concluyeron que ninguno de los presupuestos de aplicación del Proceso Inmediato previsto en el artículo 446° del Código Procesal Penal, concurría en el proceso; en el considerando 6.3. sé aprecia: “...en el escrito de requerimiento se invoca el supuesto de flagrancia contenido en el inciso segundo del artículo 259° del CPP, esto es: “El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto”; pero no es suficiente con invocar el dispositivo, hay necesidad de fundamentar porqué nos encontramos en dicho supuesto...”; la que complementada con los argumentos de la resolución apelada se aprecia que el A-quo declaró improcedente el requerimiento fiscal de incoación de proceso inmediato señalando; que el fundamento legal del Ministerio Público en su escrito de requerimiento era el supuesto de flagrancia previsto en el inciso a) del numeral 1° del artículo 446° del Código Procesal Penal, modificado por el Decreto Legislativo N° 1194; no obstante la Fiscalía sustentó su imputación en elementos de convicción; por lo que los elementos de convicción presentados resultaron insuficientes e incompletos para fundamentar la incoación; teniendo en cuenta que no se adjuntó el acta de intervención policial, la que impedía conocer las circunstancias en las que fue intervenido el imputado, así como la identidad de los efectivos o serenos que lo intervinieron; por lo que era importante recoger sus declaraciones para corroborar la versión de la menor agraviada; aunado a que el investigado no aceptó los cargos imputados.

En estos dos casos citados, se aprecia que el Ministerio Público requirió proceso inmediato pese a la gravedad de los delitos imputados y sin contar con suficientes actos de investigación; en el primer caso se aprecia que no se realizó un debido y minucioso control de legalidad del requerimiento fiscal por parte del Juez de Investigación Preparatoria, a la que tampoco contribuyó la defensa técnica, lo que conllevó a que se declare procedente la incoación y en su oportunidad se dicte Sentencia condenatoria; la que vía apelación fue declarada Nula, conforme ya tenemos precisado; en el segundo caso, se aprecia que ante el requerimiento fiscal, el órgano jurisdiccional realizó un diligente control de legalidad, lo que se tradujo en la resolución que declaró improcedencia la incoación de proceso inmediato; que fue apelada por el Ministerio Público, la Sala Superior resolvió el grado confirmando la resolución apelada.

Cabe resaltar que dentro de un estado constitucional de derecho, el Juez de Investigación Preparatoria, tiene el deber prioritario de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de todo ciudadano sujeto a un proceso judicial; ejerciendo control judicial sobre los actos postulatorios del Ministerio Público cuando la acción es pública o de los querellantes cuando la acción penal es privada; para prevenir y corregir posibles irregularidades, función que no se agota en la primera etapa del proceso inmediato, se extiende a lo largo del proceso penal e incluso en la etapa de la ejecución de las decisiones judiciales, como una manifestación del derecho a la tutela procesal efectiva que tienen legitimados los agraviados a que el Estado garantice que las decisiones judiciales firmes recaídas en los procesos judiciales deben ejecutarse en sus propios términos.

Del análisis de la casuística precedentemente efectuado, me lleva a concluir que los Jueces de Investigación Preparatoria, no están realizando un diligente control de legalidad de los requerimientos de incoación de proceso inmediato básicamente en los supuestos de detención en flagrancia, pese a contar con mayores herramientas jurídicas como es el Acuerdo Plenario N° 02-2016/CIJ-116, también se aprecia falencia en el desempeño de la defensa técnica, al no advertir deficiencia en los requerimientos escritos y oralizados por los representantes del Ministerio Público, así como no impugnar decisiones judiciales que causan

agravios a sus patrocinados; lo que conllevó a que los procesos inmediatos en los casos relaciones a las Casaciones de Sullana y Lima Norte sean declarados nulos y reconducidos para ser tramitados en la vía del proceso común; decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de la República en consonancia con lo establecido en el literal d) del artículo 150° del Código Procesal Penal, que guarda relación con la declaración de nulidad absoluta cuando se inobserve el contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.

#### MATERIAL DE CONSULTA

- Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 (Control de la acusación fiscal)
- Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116 (Proceso Penal Inmediato Reformado. Legitimación y alcances)
- Recurso de Nulidad N° 956-2011-UCAYALI (Jurisprudencia vinculante de imputación necesaria)
- Casación N° 842-2016 - Sullana
- Casación N° 692-2016- Lima Norte
- Casación N° 326-2016-Lambayeque
- Casación N° 864-2016 Del Santa
- Decreto Legislativo N° 1194
- ACERO PINTO, Luis Raúl, "El juez de control de Garantías", Ediciones doctrina y Ley Ltda, Bogotá D.C.,-Colombia, 2005
- CASTILLO ALVA, José Luis, "El derecho a ser informado de la imputación". Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal 2008. Fondo Editorial PUCP.
- MENDOZA AYMA, Francisco Celis, "Imputación concreta, aproximación razonable a la verdad" en Revista Oficial del Poder Judicial; Año 4-5. N° 6 y N° 7/2010-2011.
- Nuevo Código Procesal Penal, Jurista Editores, Marzo 2017



**Wilmer Ruíz Carrero**  
**Abogado Criminalista - Venezuela**

## MICROSCOPIA ELECTRÓNICA DE BARRIDO

A manera de introducción, la microscopía electrónica de barrido, es una excelente herramienta de aplicación forense, para realizar análisis especiales, sirviendo de apoyo a diferentes áreas del laboratorio de microanálisis, ya que este es un equipo capaz de visualizar muestras muy pequeñas, aumentándola en un porcentaje increíble la imagen de su tamaño original.

En lo referente, en el año de 1985 por primera vez se usa la microscopía electrónica de barrido en Venezuela, en un Análisis de Trazas de Disparos (A.T.D), realizando la toma de muestra el excelente criminalista Raúl Ramírez Pinto, bajo la dirección del Comisario General Eduardo Rojas Ochoa, en un caso de lesiones personas con arma de fuego, demostrándose con certeza que la persona investigada fue el autor del hecho delictivo.

Este acontecimiento fue de gran importancia para la Criminalística en este país, porque a partir de ese momento se dejó a un lado la nefasta práctica del guantelete de parafina, para determinar si una persona ha realizado disparos por arma de fuego, muchos creían que esta técnica era la maravilla del mundo.

En efecto, es a partir de esa fecha que se asume la microscopía electrónica de barrido en nuestro

país, la cual cada día va logrando un avance excepcional, posicionándose entre las técnicas de vanguardia en la Criminalística.

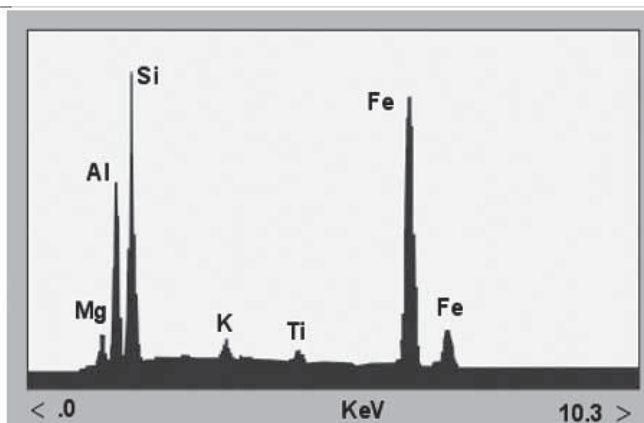
### LA TÉCNICA DE MICROSCOPIA ELECTRÓNICA DE BARRIDO

En lo referente, el microscopio electrónico de barrido, se conoce en castellano por sus siglas MEB y en inglés SEM de "scanning electron microscopy", así como los nuevos microscopios electrónicos de barrido ambiental, conocidos como ESEM del inglés "environmental scanning electron microscopy"). Al respecto, estos equipos utilizan haz de electrones en vez de un haz de luz visible para formar imágenes de microestructuras, que permiten alcanzar excelente visualización de amplificación superior a los microscopios ópticos convencionales. En suma, este instrumento permite la observación y caracterización de materiales orgánicos e inorgánicos, al producirse la emisión termoiónica de un haz de electrones que bombardea la superficie de la muestra generando distintos tipos de fenómenos.

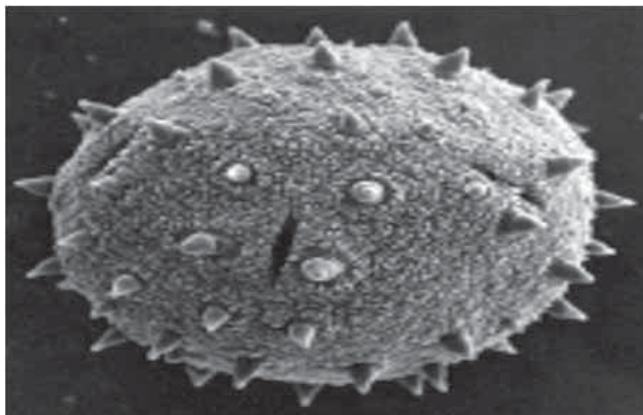
En efecto, todo microscopio electrónico de barrido, su funcionamiento se basa en tres ejes fundamentales, como son: La fuente de electrones que ilumina la muestra, los lentes electromagnéticos que dirigen el haz de electrones hacia la muestra de la manera más conveniente y el sistema que capta los efectos de dicho haz al incidir sobre el espécimen y los visualiza.

En este contexto, la microscopía electrónica de barrido, es la técnica instrumental que se utiliza en la investigación criminalística para realizar análisis especiales en determinar residuos de disparos, análisis de documentos, muestras de pinturas, elementos químicos, como todos los elementos de la tabla periódica, con un excelente grado de certeza y rapidez.

De igual manera, esta técnica se ha popularizado en la Balística Forense, ya que es ampliamente utilizada para la identificación de partículas o residuos del fulminante, como lo son, el antimonio, bario y plomo, procedentes de un disparo de arma de fuego, su identificación se realiza de manera cualitativa y cuantitativa por medio de la forma, tamaño y brillo de las partículas metálicas.



Análisis cuantitativo de la muestra



Muestra de un pequeñísimo polen

## EL EQUIPO MICROSCOPIO ELECTRÓNICO DE BARRIDO

El microscopio electrónico de barrido, fundamentalmente es un dispositivo integrado de manera computarizada, con su respectivo hardware y software, una cámara de muestra, uno o dos monitores y el analizador de energía dispersiva de rayos X (EDAX), que es donde se registran los espectros de los elementos.

En estos equipos, a manera de ilustración, el microscopio electrónico de barrido ambiental Quanta 400 de FEI Company,\* el tamaño de la cámara de muestra permite introducir muestras de hasta 280 milímetros de diámetro, y dispone de monitorización en cinco ejes, poseen una resolución de 3.5 nm en todos los modos de trabajo. Por lo general este microscopio electrónico de barrido permite las siguientes funciones:

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

- a. Observación a altos aumentos. La resolución de imagen conseguida por un microscopio electrónico de barrido es muy superior a la que se puede obtener mediante un microscopio óptico, ya que se utilizan electrones, de mucha menor longitud de onda, en lugar de luz para formar la imagen.
- b. Estudios fractográficos. Gracias a la profundidad de campo que se consigue con este tipo de microscopios, es posible la observación de superficies de fractura a altos aumentos.
- c. Realización de análisis químicos en pequeñas áreas: fases intermetálicas, precipitados, partículas contaminantes, entre otros.

## MODOS DE TRABAJO DEL MICROSCOPIO ELECTRÓNICO DE BARRIDO

Con respecto a este tema, estos dispositivos en la actualidad pueden trabajar de diferentes modos, como por ejemplo el microscopio electrónico de barrido Quanta 400 y otros más avanzados, que admite las siguientes posibilidades, que se explican a continuación:

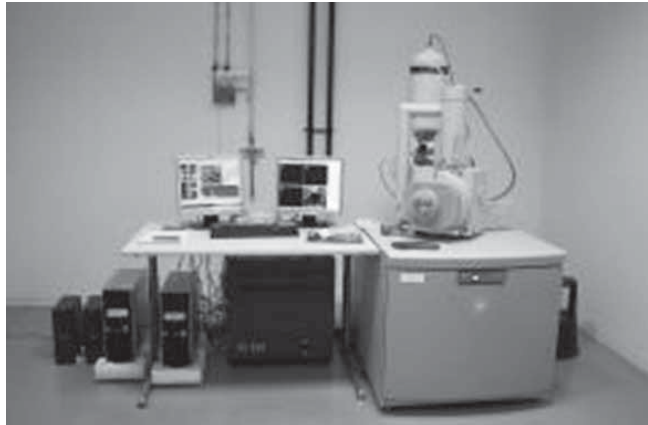
- Modo de alto vacío: es el modo en que trabajan los microscopios electrónicos convencionales, como por ejemplo, el tradicional SEM XL40 de la compañía Phillips,\* con una alta resolución de imagen y de microanálisis. Presenta el inconveniente de que las muestras deben ser conductoras, por lo que si no lo son o se encuentran embutidas en resina para observación metalográfica, deben recubrirse con películas conductoras como oro o grafito. Aquí, las muestras tienen que estar limpias, secas y que tengan conductividad eléctrica.

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

- Modo de bajo vacío: este modo de trabajo permite observar muestras no conductoras sin recubrir, como puede ser el caso de pinturas o materiales cerámicos.

- **Modo ambiental (ESEM):** Se elimina la limitante de alto vacío para trabajar en un ambiente

determinado; en este modo de trabajo, además de muestras no conductoras, se pueden observar muestras orgánicas o muestras altamente hidratadas. En estos equipos o modo de trabajo, se pueden analizar muestras aceitosas, mojadas, sucias y sin conductividad eléctrica; su estudio se puede realizar en su estado natural sin efectuarle algún tipo de preparación o alguna modificación.



Microscopio electrónico de barrido Quanta 400

#### APLICACIONES DE LA MICROSCOPIA ELECTRÓNICA DE BARRIDO

Además, de las investigaciones criminalísticas y de uso forenses, con los equipos actuales de microscopía electrónica de barrido ambiental, sus aplicaciones son diversas, se llevan a cabo en el estudio de microorganismos, en la ciencia biomédica, en arqueología, en la ciencia de materiales, donde se destacan sus usos en metalurgia, materiales de construcción, suelos, carbón, cenizas, cerámicas, estudio de superficies y composición elemental de sólidos.

De igual manera, tiene sus aplicaciones en la biología estructural, biología celular, tejidos biológicos, biomateriales, electrónica, petróleo, gas, automatizado de análisis de partículas, en minería como metales preciosos, metales comunes, hierro y minerales industriales y en geología planetaria, entre otros. También, tiene sus aplicaciones en la industria textil, en la industria del cemento, detergentes, en la conservación para preservar los especímenes intactos o en su estado natural, en la botánica, en dermatología, en hematología, inmunología y otras áreas del conocimiento científico.

#### PERSPECTIVAS DE LA MICROSCOPIA ELECTRÓNICA DE BARRIDO

En la actualidad, con la ayuda de la ciencia y la tecnología, se han fabricado excelentes

microscopios electrónicos de barrido ambiental, entre los cuales se encuentra la serie Quanta de la mencionada empresa transnacional FEI, quien se asocio a la división óptica electrónica de la Phillips; entre unos de los modelos mas sofisticados es el “Quanta 600”; estos equipos de ultima tecnología son tan efectivos y de gran rapidez, para realizar Análisis de Trazas de Disparos, en determinar con certeza si una persona disparó un arma de fuego, así como realizar estudios en distintas muestras de pintura, para determinar su composición.\*

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

Asimismo, este dispositivo permite realizar comparaciones balísticas, que admiten visualizar en un campo de 180 grados, las imágenes de los proyectiles comparados con su coincidencias de características en sus huellas de campos y estrías, así como determinar distancia de disparos a contacto y próximo contacto en prendas de vestir; también, permite determinar superposiciones de trazos en soportes de escrituras como cheques o cualquier tipo de documento.

Es oportuno acotar, que Venezuela es uno de los primeros países en tener este tipo de tecnología, siendo vanguardia en Latinoamérica y el mundo, con un software de nombre Magnum GSR, el cual permite realizar el análisis de disparos de manera automatizada, con un avance de tecnológica sorprendente y extraordinaria, en el esclarecimiento de los casos, para el beneficio de la sociedad.



Microscopio electrónico de la serie quanta 600





# DERECHO INTERNACIONAL





## EL ENFOQUE DE CAPACIDADES COMO ALTERNATIVA PARA MEDIR EL IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL PERÚ(1)

*Pedro Junior Calvay Torres(2)*

Resumen:

Al día de hoy el sistema interamericano ha cumplido un rol fundamental en el fortalecimiento de los derechos humanos y por ende de la institucionalidad democrática de los países que forman parte de la OEA. No obstante, la cantidad

1 El siguiente ensayo propone ideas presentadas por el autor en la Tesis sustentada para obtener el grado de magister en derechos humanos por la PUCP en Noviembre del 2017. Cuyo título es: *“Las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su impacto desde el enfoque de capacidades en los casos de detención arbitraria, tratos inhumanos y degradantes y tortura. A propósito de los Casos Loayza Tamayo, Cantoral Benavides, De la Cruz Flores y García Asto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*

2 Pedro Calvay Torres. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magister en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú con grado de sobresaliente. Ha trabajado en la Comisión Andina de Juristas, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y ha sido consultor de GIZ-AMBERO- Cooperación Alemana. Recientemente, se desempeñó como asesor en la Dirección de Cooperación Judicial Internacional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y forma parte de la Clínica Jurídica de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es peticionario ante la Comisión interamericana de derechos humanos y ha colaborado en el litigio de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la profesora Carolina Loayza Tamayo. Actualmente se desempeña como consultor independiente en derechos humanos, derecho internacional y derecho laboral.

de casos, el poco presupuesto y la naturaleza de algunos casos son retos que requiere se propongan otras estrategias para el litigio de los casos de parte de los Estados y de los propios peticionarios que logren un real efecto útil de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Entre uno de los problemas mas vigentes es la real eficacia de las reparaciones. ¿Las reparaciones han logrado una efectividad en la vida de las victimas luego de dada una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El siguiente texto se propone reflejar el impacto de dichas reparaciones en algunos casos emblemáticos desde el enfoque de capacidades propuesta por Marta Nussbaum

Introducción

¿Las sentencias de la Corte Idh han logrado desarrollar capacidades centrales en las víctimas que los hagan más ciudadanos?. La mayoría de estudios sobre el impacto de las sentencias de la Corte interamericana han sobreentendido que la determinación de responsabilidad internacional de un Estado y el cumplimiento de una decisión de la Corte Idh son elementos sustanciales de la democratización. Esta idea no es equivocada pero es incompleta para entender realmente el impacto que pueden tener las sentencias de la Corte idh en la vida de las víctimas y sus familias.

Condenar a un Estado tiene sin duda un mensaje social importante para las democracias americanas



y tiene un efecto reivindicador de las víctimas. No obstante, poco a poco la legitimidad del Sistema Interamericano ha ido avanzando y el impacto de su jurisprudencia se ha centrado en la forma de atribuir responsabilidad internacional pero no han logrado visualizar a la víctima y los efectos de las decisiones. Esta ausencia nos reta a pensar más allá del locus "standi in iudicio" a fin de buscar un enfoque alternativo más omnicompreensivo de la realidad de las víctimas y sus intereses luego de implementada una sentencia supranacional.

Después de 30 años de jurisprudencia interamericana, los estándares de protección deben dejar de ser vistos solamente bajo ópticas utilitarias o bajo una perspectiva "ejemplificadora"<sup>3</sup>, considerando que estos no son suficientes para llenar de contenido la idea de justicia y reparación. Así, no es posible asumir que pese a que una sentencia evidenció una situación de violaciones a los derechos humanos, está de por sí, sea el lindero y el camino para la reconstrucción de la vida de personas afectadas por violaciones a los derechos humanos.

Es decir, es necesario renunciar a la idea de que las reparaciones y su implementación sean estándares pétreos cuyo cumplimiento sea suficiente para satisfacer el interés de las víctimas. Es necesario entonces, dar una nueva visión a la reparación, partiendo de los estándares interamericanos pero a la luz de enfoques más omnicompreensivos que centren su atención en las capacidades de las víctimas y la transformación de sus vidas luego de un hecho traumático como los actos de tortura y tratos inhumanos y degradantes.

En ese sentido, será útil para poder medir los efectos de las reparaciones en las víctimas teniendo como herramienta de análisis al enfoque de desarrollo humano desde la vertiente del llamado enfoque de capacidades desarrollado por la profesora Martha Nussbaum, dicho enfoque podrá operativizar y hacer medible el nivel de impacto de las decisiones adoptadas por la corte idh, permitiendo medir si las decisiones adoptadas por la corte han logrado satisfacer "aquellas capacidades centrales" que

**3** *Con el termino ejemplificadora hacemos alusión a esa función preventivo general que se ha asumido de la reparación en la que se asume que la sentencia tiene un carácter simbólico como mecanismo de control social para los Estados a fin de que no cometan actos violatorios de la convención similares al caso de condena*

son requisito fundamental para el ejercicio de derechos en un sentido legal como social. Medir las variables de reparación desde el enfoque de capacidades permitirá comprender la real eficacia de las decisiones adoptadas por la CorteIDH, asumiendo a esta eficacia como un efecto múltiple en aspectos sociales, culturales, políticos entre otros que forman parte de las dimensiones de ciudadanía de las personas, y por ende, de sus capacidades.

También la posibilidad de verificar este impacto servirá para que los operadores estatales como los miembros de la sociedad civil puedan tener mayores elementos que hagan eficaces las estrategias de litigio, así como las políticas públicas que son destinadas a mejorar el cumplimiento de las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana.

1.- El uso del enfoque de capacidades para medir el impacto de las reparaciones de la Corte Interamericana

La asociación entre las capacidades y las reparaciones tienen necesariamente relación con el hecho de verificar si esta ayuda o no en el desarrollo de capacidades centrales de las personas y los ámbitos de vida digna de las personas. Usar el enfoque de capacidades tiene en comparación con el uso de otros enfoques la posibilidad de medir el impacto de las reparaciones desde el ámbito legal como social, considerando que la eficacia en la vigencia de los derechos humanos involucra el aspecto formal de su protección y las condiciones de dignidad de las personas. El enfoque de capacidades entonces puede convertirse en una metodología para hacer una medición posterior a la adopción de las sentencias de la Corte Interamericana para medir realmente el impacto de las reparaciones en la vida de las víctimas, entendiendo que este impacto está asociado a una idea fundamental: las reparaciones en el sistema interamericano deben buscar el desarrollo de capacidades centrales que desarrollen las esferas de libertad conforme a las expectativas de cada persona.

El enfoque de capacidades puede cumplir el mismo propósito que la Corte atribuyó al proyecto de vida como criterio de análisis en materia de reparaciones, es decir, permitirá "reorientar y enriquecer la jurisprudencia internacional en materia de reparaciones con el enfoque y el aporte

de los principios del derecho internacional de los derechos humanos”<sup>4</sup>. El uso de esta categoría como variable de impacto podría proponer verificar percepciones más allá de criterios legales y enriquecer el análisis de los contextos que proceden a la reparación y que permiten su verdadera eficacia. El concepto de eficacia<sup>5</sup> de las decisiones-reparaciones adoptadas por la Corte no ha sido pensada más allá de la Convención Americana y su marco normativo. Esto es importante si se considera que la eficacia que va más allá del “control de convencionalidad”<sup>6</sup> de las decisiones alcanza a las condiciones de ciudadanía que son necesarias para lograr un real cambio favorable en la vida de las víctimas.

El análisis de las reparaciones y su eficacia se han asociado al menos en su nomenclatura con el enfoque de derechos humanos, El enfoque basado en derechos humanos es un instrumento metodológico que usa el discurso de la teoría constitucional e internacional de los derechos humanos, pero que a su vez incorpora una dimensión política en el análisis: “el de la decisión pública adoptada a través de las políticas públicas del Estado, quien se hace principal responsable de la vigencia de los derechos y pone al ciudadano al centro de toda decisión”<sup>7</sup>.

Los organismos de las Naciones Unidas han realizado un esfuerzo para delimitar dicho enfoque, acordando un conjunto de atributos fundamentales<sup>8</sup>:

**4** *Voto Razonado de los Jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli en el caso Loayza Tamayo vs. Perú.*

**5** *Se asume el término eficacia como concepto más amplio de lo descrito en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Entendiéndose a la idea de que lo dispuesto por el Estado vaya más allá de garantizar un recurso efectivo sino uno que logre verdaderamente un cambio transcendental en el proyecto de vida de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.*

**6** *Cfr. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Parr. 124. “(...) Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad.”*

**7** *Cfr. ALZA BARCO, Carlos. ¿Qué es el enfoque de derechos humanos y como se aplica a las políticas públicas?. Pág. 54. Disponible en: [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHPP\\_Manual\\_v3.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHPP_Manual_v3.pdf)*

**8** *Cfr. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS*

“1) Cuando se formulen las políticas y los programas de desarrollo, el objetivo principal deberá ser la realización de los derechos humanos,

2) Un enfoque basado en los derechos humanos identifica a los ciudadanos y ciudadanas como titulares de éstos, el contenido de los derechos, y los correspondientes titulares de deberes y las obligaciones (Estado), procurando fortalecer las capacidades de los primeros para demandar su vigencia y de los segundos, para realizarlos o crear condiciones para su vigencia; y,

3) Los principios y las normas contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos deben orientar toda la labor de cooperación y programación del desarrollo en todos los sectores y en todas las fases del proceso de programación”. Consecuente con ello, los Estados en la garantía de derechos humanos deben asegurar mínimos de disponibilidad, accesibilidad, calidad de derechos hacia las personas.

Esto es razonable si partimos de la idea que las reparaciones son un derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, sobre los cuales el Estado tiene obligaciones de respeto y garantía, las cuales bajo la óptica del enfoque de derechos pueden ser definidas en 3: obligaciones de respeto, protección y cumplimiento. No obstante, el aporte del enfoque de derechos humanos, el enfoque de capacidades va más allá de la visión de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este parte de un punto de partida más amplio: la propia idea de libertad de ser y hacer.

Así, el enfoque de capacidades tiene como eje a la libertad del ser y hacer de cada persona. Está centrado en la elección o en la libertad, defiende así que “el bien crucial que las sociedades deberían promover para sus pueblos es un conjunto de oportunidades y libertades sustanciales que las personas puedan llevar o no llevar en la práctica: ellas eligen”<sup>9</sup>. Esto es coherente con lo afirmado por la propia Corte IDH: “Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial.

*NACIONES UNIDAD PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Preguntas frecuentes sobre el enfoque de Derechos Humanos” Nueva York y Ginebra: ONU, 2006.*

**9** *Cfr. Nussbaum, Martha. Capacidades para crecer.2012. Pag. 38*

Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte<sup>10</sup>. La libertad de elección así entendida, desde el enfoque de capacidades, es coherente en la construcción de derechos y libertades establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia interamericana y con el enfoque de derechos humanos.

Esto parte de la premisa incontrastable de que los hechos violatorios de derechos humanos cambian drásticamente el curso de la vida e imponen circunstancias “nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito<sup>11</sup>. Es, por tanto, necesario retomar la libertad de elección a la hora de analizar la real eficacia de las reparaciones, libertad que es el eje del enfoque de capacidades. Uno de los problemas de usar las categorías del enfoque de capacidades es el hecho que este no se encuentra como criterio directamente de análisis de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, además de las reglas de procedimiento de la CIDH y Corte IDH. Siendo así: ¿Cómo utilizar el enfoque de capacidades si este no ha sido considerado como estándar de daño o para la atribución de reparaciones?; y de ser el caso, ¿Qué aporte sustancial tendría el enfoque de capacidades en el análisis de reparaciones?

En principio, si bien la Corte no ha hecho uso del enfoque de capacidades directamente como estándar para el análisis de reparaciones esto no excluye la posibilidad de usar tal categoría pues lo que se busca con el enfoque de capacidades en el análisis de las reparaciones será cumplir con los principios sobre los que descansa el Sistema Interamericano: el efecto útil de los derechos humanos reconocidos en la Convención y la interpretación de la Convención siempre en función del interés favorable de las víctimas (artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Se busca así comprobar la eficacia a la luz del enfoque de capacidades mas no reemplazar el análisis legal realizado por la

10 Cfr. Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de reparaciones y costas. Párr. 148.

11 Ídem. Párr. 149.

Corte en la determinación y en el seguimiento del cumplimiento de reparaciones otorgadas.

Su utilidad, tal como se dijo precedentemente, es que brinda la oportunidad de justificar un análisis más multidisciplinario del cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados. En esto podría satisfacer una necesidad latente del Sistema Interamericano, la falta de mecanismos de supervisión eficaces para el cumplimiento de las reparaciones otorgadas<sup>12</sup> por parte de la Corte y ser una oportunidad para la creación de indicadores de eficacia de las decisiones en derechos humanos por parte de los Estados dentro de sus políticas públicas.

El enfoque de derechos humanos tiene una relación con el enfoque de capacidades, pero este último tiene respaldo intuitivo en muchas tradiciones culturales y religiosas que han dado importancia a la libertad y la capacidad como elementos centrales para la construcción del proyecto de vida personal.

Esta asociación intuitiva con diferentes tradiciones filosóficas da sentido al enfoque de capacidades pero también respalda la posibilidad de su generalización a diferentes tradiciones jurídicas, filosóficas, políticas e incluso sociales lo cual hace posible extender su aplicabilidad no solo a los ámbitos filosóficos sino a un amplio marco de espacios en la toma de decisiones para la adopción de políticas públicas y/o en toda medida que adopte el Estado que tenga un efecto en los derechos humanos de las personas.

El enfoque de capacidades convive con enfoques utilitaristas lejanos a la idea de integralidad de la reparación para asociarse más a la idea de cumplimiento de obligaciones internacionales. Es decir, el énfasis de ver a las reparaciones como consecuencia de la responsabilidad internacional ha terminado por dejar de lado a la persona humana y el desarrollo de su dignidad en la determinación del contenido de las reparaciones. Esta afirmación, tiene una demostración muy realista en el contexto latinoamericano, donde el cumplimiento de las reparaciones otorgadas por los sistemas de protección de los derechos

12 Si bien la Corte ha dispuesto de un mecanismo de supervisión de cumplimiento de sentencias, este no tiene reglas de mayor seguimiento ni ha sido diseñado para medir directamente la afectación en las víctimas, sino el cumplimiento íntegro de los términos de las sentencias elaboradas por la Corte Interamericana.

humanos se verifica como cargas estatales que solo cumplirán sus fines al momento de que los órganos de supervisión cierren la supervisión de cumplimiento de los mismos. Esta premisa es relevante si se observa el sistema interamericano de derechos humanos, donde se considera que el llamado procedimiento de cierre de un caso por cumplimiento de las reparaciones otorgadas por el sistema, concluye ipso facto con los deberes estatales de protección de las víctimas.

Este enfoque de verificar la efectividad y no bajo la óptica de las capacidades desarrolladas en los individuos, podría explicar el hecho de que hasta este momento son muy pocos los casos que han sido cerrados en el sistema interamericano. Así, a la fecha, tenemos muchos Estados condenados por violaciones a los derechos humanos y víctimas latentes y que no han tenido respuesta a las pretensiones reparatorias otorgadas por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La ausencia de respuesta estatal plantea la necesidad de pensar las reparaciones y su impacto desde una óptica diferente. Sobre todo, en casos como el peruano donde la implementación de reparaciones es limitada y/o parcial.

Según información del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú<sup>13</sup>, las medidas reparatorias adoptadas por el Estado Peruano son muy limitadas en comparación con la de otros países de la región, siendo las más incumplidas las medidas no pecuniarias desde el deber de investigar y adoptar disposiciones de derecho interno.

Otro argumento que demuestra la poca eficacia de las reparaciones, al menos en el caso peruano, es que las propias organizaciones y víctimas de graves violaciones a los derechos humanos han expresado que estas medidas no han logrado realmente sus finalidades. Así lo señala la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos en sus reportes anuales<sup>14</sup>, la Defensoría del Pueblo en su último informe sobre el cumplimiento de la recomendaciones del Informe de la Comisión de la

13 *Instituto Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Observatorio sobre reparaciones. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2015/11/Bolet%C3%ADn-Per%C3%BA-2015.pdf>*

14 *Véase: Informes Anuales de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos en el siguiente Link: <http://derechoshumanos.pe/documentos/informe-anual/>*

Verdad y Reconciliación<sup>15</sup> y de manera más precisa el informe del Instituto de Defensa Legal sobre la eficacia de las medidas reparatorias,<sup>16</sup> estos son indicios ilustrativos de esta problemática, que se resume en que el Estado no viene adoptando políticas integrales en materia de reparaciones e incluso las implementadas no han logrado ser eficaces para mejorar las condiciones de ciudadanía de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Ahora bien, la eficacia de las medidas reparatorias puede variar caso por caso. Sin embargo, la propuesta de establecer si se cumplen con promover capacidades centrales en los individuos resultaría en un importante instrumento o metodología de medición que puede realmente verificar si los sistemas de protección de derechos humanos están cumpliendo realmente la finalidad de construir sujetos de derecho desde las medidas reparatorias. Por ello, nos aproximamos seguidamente a esbozar la forma en que puede medirse y proponer cómo podría aplicarse una metodología que responda a la lógica de las capacidades sin alterar el contenido de las obligaciones de garantía descritas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## **2- Una propuesta para la medición de las reparaciones desde el Enfoque de capacidades**

La operativización del enfoque de capacidades para medir el impacto de las reparaciones en estos niveles se propone desde dos niveles: en un primer momento, partir de crear indicadores de capacidades centrales para definir las capacidades que son esperadas en una víctima de violaciones a los derechos humanos. Esto es importante si se toma en cuenta que en la posición de la teoría de las capacidades existen muchas variables que determinan la vigencia o existencia de la capacidad y no están pensadas solo en víctimas sino en personas en general. En tal sentido, se han seleccionado algunas dimensiones de los elementos de las capacidades centrales y que pueden ser útiles para medir el impacto en víctimas.

15 *Véase: Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial Nro. 162. 2013. Pág. 137-145. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/INFORMEDEFENSORIAL-162.pdf>*

16 *Cfr. Instituto de Defensa Legal. La reparación a las víctimas Del conflicto armado en Perú: La voz de las víctimas. 2013. Disponible en: <http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Reparaciones%20.pdf>*

Así tenemos los siguientes indicadores en función de las capacidades centrales:

CAPACIDAD CENTRAL	INDICADOR SOBRE SATISFACCION DE CAPACIDAD CENTRAL
Vida	La persona tiene una vida de duración normal y que no ha sido afectada o interrumpida por el Estado o agentes externos.
Salud corporal	Las personas tienen buena salud física y psicológica.
Integridad corporal	La persona puede moverse de un lugar a otro con libertad salvo por las restricciones propias de la ley. La persona puede planificar con libertad el número de hijos que desea tener.
Sentidos, imaginación y pensamiento.	La persona tuvo un adecuado acceso a la educación básica, universitaria y/o técnica que le permitió desarrollar pensamientos complejos sobre su propia vida y destino personal.
Emociones.	La persona puede con facilidad desarrollar vínculos afectivos con los demás (amar, sentir pesar, añorar, agradecer y experimentar ira justificada).
Razón práctica	La persona tiene un concepto del bien y una planificación para el resto de cosas que quiere hacer en su vida.
Afiliación	La persona tiene la capacidad de pensar en los otros y tomar iniciativas para proteger y promover los derechos de otras personas.
Otras especies	La persona tiene la capacidad de vivir en armonía y equilibrio con el medio ambiente. Tiene un marcado sentido de dicho elemento en su vida personal y social.
Capacidad para jugar	La persona tiene la capacidad de desarrollar actividades de ocio y recreación con normalidad.
Control de su propio entorno	La persona participa en la actividad política y ejerce su opinión política con plena libertad. La persona posee propiedades muebles y/o inmuebles adquiridos con sus propios recursos. La persona tiene a la fecha un empleo específico, negocio o actividad profesional desarrollándose.

(Elaboración propia)

Luego de ello, en la búsqueda de asociar el concepto y contenido de las capacidades con el derecho internacional de los derechos humanos, se asociaron estos indicadores a los tipos de reparaciones brindadas por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos de acuerdo al artículo 63.1. de la Convención y la Jurisprudencia interamericana, para hacer este ejercicio se propuso este gráfico que resume la metodología de impacto desde las capacidades:

ANÁLISIS DE LA REPARACION DESDE LA OPTICA DE LAS DIMENSIONES DE LA OBLIGACION DE REPARAR					
	Restitución	Rehabilitación	Garantías de no repetición	Indemnización	Satisfacción
1.- Vida.	X				
2.- Salud corporal		X			
3.- Integridad corporal.			X		
4.- Sentidos, imaginación y pensamiento.					
5.- Emociones.				X	
6.- Razón práctica.					
7.- Afiliación.					
8.- Otras especies.					X
9.- Capacidad para jugar.					
10.- Control sobre el entorno de cada uno.	X				

(Elaboración propia)

Una vez culminado el diseño de esta metodología, se propuso elaborar entrevistas semiestructuradas con víctimas de casos emblemáticos en la jurisprudencia de la Corte IDH y a partir de la sistematización y análisis de sus respuestas se describió caso por caso el nivel de satisfacción de las capacidades y el tipo de impacto que tuvo la reparación en las víctimas<sup>17</sup>.

Esta metodología fue propuesta en la investigación de la Tesis que fue oportunamente defendida y cuyo resultado demostró resultados que expondré a continuación pero que podrían ser replicados en cualquier propuesta que busque medir las reparaciones en otros casos.

### 3. Resultados obtenidos desde la metodología de medición del impacto. -

En ese sentido, la propuesta de medición de la eficacia de las reparaciones desde el enfoque de capacidades que se aplicó a los casos de Luis Alberto Cantoral Benavides, María Teresa de la Cruz Flores, Marielena Loayza Tamayo y Wilson Garcia Asto obtuvo importantes resultados que resumo a continuación:

- Permitió verificar el Estado actual el proceso de implementación de las reparaciones pues la información disponible sobre este respecto no era completa. Mucha de la información señalada por las víctimas contenían aspectos que no habían sido supervisados por la Corte IDH pese a que incluso muchas de ellas fueron presentadas oportunamente en las solicitudes de información que les hiciera el tribunal.
- Permitió tener información sobre la forma en que el Estado cumplió con ciertas medidas reparatorias y la importancia que tuvo la víctima en el seguimiento e implementación de las medidas reparatorias.
- Logro verificar el impacto más amplio que tuvieron las medidas reparatorias en aspectos de la vida de las víctimas y sus familias más allá del proceso de implementación de lo dicho por la Corte Interamericana en sus sentencias.
- Demostró que las medidas reparatorias no siempre cumplen con restituir los derechos en las víctimas, y en otros casos, las propias reparaciones se convierten en un obstáculo para ejercer derechos en las víctimas y sus familias.

<sup>17</sup> Las propuestas de cuestionarios han sido presentadas en la Tesis que fue sustentada oportunamente.

- Verifico que el acompañamiento familiar es fundamental para beneficiar el impacto de las reparaciones en las capacidades centrales de las víctimas.
- Comprobó que las medidas indemnizatorias no siempre son vistas favorablemente por las víctimas y no son un factor fundamental para el beneficio de la víctimas pues en algunos momentos tales medidas terminan representando, en la percepción de la víctima, como un pago indebido por su dolor y sufrimiento y no como una medida compensatoria.
- Demostró que las medidas de restitución como la excarcelación, anulación de antecedentes penales y anulación de procesos judicial son medidas esenciales y básicas para casi todas las capacidades. En el entendimiento que la libertad de ser y hacer es restringida por las penas privativas de libertad, y aún más cuando existen condiciones carcelarias extremas como las de los 4 casos en estudio.
- Permitieron comprender que las medidas de rehabilitación no guardan una relación necesaria de impacto con la salud corporal pues la calidad y especialización del servicio son alternativas negadas por el Estado en los casos en estudio.
- Hicieron posible entender que las medidas de restitución son fundamentales para el desarrollo de una integridad corporal, no obstante, la posibilidad de moverse de un lugar a otro también se condiciona por el daño sicosocial pues muchas de las víctimas expresaron temor a la persecución como un elemento que entro en juego en la limitación de esta capacidad.
- Comprobó que la razón práctica y la afiliación, capacidades que dan sentido a todo el resto, no fueron necesariamente afectadas por las medidas reparatorias, así las víctimas construyeron sus propios proyectos de vida y sentido de interés en el otro desde los lazos familiares. Es decir, las víctimas tienen un proyecto de vida profesional y familiar construido desde su interés de favorecer a sus familias y seres queridos.
- Hizo posible entender que la capacidad de jugar en las víctimas no guarda relación alguna con las medidas reparatorias, en percepción de las propias víctimas, se pone como limitante de su disfrute al daño sicosocial que aún les afecta. De esta manera, en los 4 casos, se prefiere estudiar o trabajar para recuperar el

tiempo y las oportunidades perdidas y se ve a la recreación como “un despilfarro de tiempo valioso”.

- Verifico que las medidas reparatorias influyeron positivamente en un control del entorno de las propias víctimas (siendo más importantes las medidas de restitución), sobre las cuales cada una de las víctimas construyo un proyecto de vida a nivel profesional y familiar ( con excepción particular en el caso de María de la Cruz Flores)

## Conclusiones

1.-La posibilidad de medir el impacto de las reparación a la luz del enfoque de capacidades es coherente con el efecto útil de la Convención Americana sobre Derechos Humanos pues permite verificar de manera más integral el efecto que tienen las reparaciones en sus vidas luego de adoptadas la decisiones de la Corte Interamericana, esto se justifica en el hecho que el mecanismo de supervisión de cumplimiento de sentencias no llega en muchos casos a proveer información suficiente sobre el estado de la víctima luego de la adopción de las reparaciones en su favor.

2.- El estudio del impacto de las reparaciones a la luz del enfoque de capacidades puede favorecer a que el Estado priorice su intervención conforme al interés en el desarrollo de una u otra capacidad conforme los recursos disponibles y en base al interés de las víctimas. De manera específica, la metodología de las capacidades puede lograr que se haga un verdadero monitoreo de las reparaciones y no solo en función de las supervisiones de cumplimiento de sentencia que se hagan sobre este caso, es decir, se considera conveniente que el Estado pueda reportar a la Corte la forma en que las medidas reparatorias han contribuido o no en el desempeño de capacidades centrales de las víctimas.

Esto obligará también a que el monitoreo no sea lejano sino que requiere necesariamente que el Estado se acerque a las víctimas en el proceso reparatorio mediante el diálogo y metodologías participativas pero que no retrasen la reparación sino que la hagan más eficaz.



# GESTION PÚBLICA





## LA REGIÓN POLICIAL CALLAO Y SU LABOR EN LA COMUNIDAD CHALACA

**General PNP José A. Figueroa Gonzáles**  
Jefe de la Región Policial del Callao

### I PRESENTACIÓN:

#### ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La Región Policial Callao registra en el proceso de su creación, antecedentes históricos que datan desde el año 1826, en que el Cuartel estuvo ocupado por el Batallón Ayacucho y desde entonces se le denominó como tal; nombre con el cual aparece inscrito en el Margesí de Bienes Nacionales.

En el año 1905 fue ocupado por la Gendarmería y estaba destinado a la Comisaría de Cochrane, la misma que al ser organizada por el año 1928 se constituyó en el 5to. Batallón del 1er. Regimiento de Infantería de la Guardia Civil y Policía, funcionando como unidad autónoma, dependiente del Comando Institucional hasta el 04FEB1940 en que, con motivo del terremoto, fue destruido totalmente.

Posteriormente, siendo reconstruido y remodelado a partir del 11SET1945, dependió de la entonces 9na. Región de Policía, con sede en el Cuartel "Capitán GC. Alipio Ponce Vásquez".

Con Decreto Supremo del 04JUN47, orgánicamente dependía de la Inspectoría de la Guardia Civil del Centro, luego con fecha

12SET58, pasó a formar parte de la X-Región Policial.

Considerando que por Ley Nro.24949 del 07DIC88, se crea la Policía Nacional del Perú, pasa a denominarse dicha Dependencia como 27va. Comandancia de la Policía General, dependiendo de la Jefatura Provincial de la Policía General del Callao.

En marzo del año 1992 dicha Jefatura Provincial es denominada como Jefatura de la Sub-Región PNP Callao, dependiente de la VII-Región Policial Lima, paralelamente la 27va. CPG, fue denominada como Jefatura de Área Policial Nro.01-Callao, dependiente de la Subregión PNP Callao, estando ambas sedes ubicadas en el Cuartel Capitán "ALIPIO PONCE VASQUEZ".

Con RD Nro. 6258-DGPNP-EMP del 27FEB98, se incluye a la SR PNP Callao como Jefatura Sub Región PNP Callao.

Hasta DIC2006, funcionó como División de Policía Metropolitana PNP Callao, posteriormente como Jefatura de Seguridad Ciudadana; con fecha 01ENE2007 funciona como Región Policial Callao.

Con fecha 07OCT2009 mediante la RM N° 0759-2009-IN/PNP, se eleva de categoría de Región Policial a Dirección Territorial de Policía a



propuesta del Director General de la PNP, dependiente de la Dirección Ejecutiva de Operaciones Policiales de la PNP y de la Unidad Ejecutora N° 09-VII-DIRTEPOL-LIMA y se encuentra a la fecha bajo la Jefatura del Sr. General PNP José Antonio FIGUEROA GONZALES.

## II MISION DE LA REGION POLICIAL CALLAO

La Región Policial del Callao como parte integrante de la Policía Nacional del Perú, tiene por misión garantizar, mantener y restablecer el orden interno, prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad; siendo su ámbito jurisdiccional la Provincia Constitucional del Callao, garantizando el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado, previniendo, investigando y combatiendo la delincuencia común y organizada; con el propósito de velar por el normal desarrollo de las actividades de la ciudadanía, en el marco de una cultura de Paz y de respeto a los Derechos Humanos.

## III VISION DE LA REGION POLICIAL CALLAO

La Visión de la Región Policial Callao, se orienta bajo los lineamientos de una Policía moderna, eficiente y cohesionada, al servicio de la Comunidad Chalaca, comprometida con una cultura de paz, con vocación de servicio y por el respeto irrestricto a la persona, a los Derechos Humanos, a la Constitución y las leyes vigentes. Por otra parte, este nuevo enfoque promueve el desarrollo progresivo y permanente de estrategias encaminadas a consolidar el acercamiento de la Institución Policial con la población y comunidad chalaca, bajo un modelo de Policía Comunitaria.

## IV FUNCIONES DE LA REGION POLICIAL CALLAO

Dentro de las principales funciones competentes a la Región Policial Callao, tenemos:

- a) Mantener la seguridad y tranquilidad pública en la jurisdicción de la Provincia Constitucional del Callao, que permita el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Política del Perú.
- b) Prevenir, combatir, investigar y denunciar los Delitos y Faltas.
- c) Garantizar la Seguridad Ciudadana.

- d) Brindar protección al niño, adolescente, al anciano y a la mujer que se encuentren en riesgo de su libertad e integridad personal.
- e) Garantizar y controlar la libre circulación vehicular y peatonal en la vía pública, brindando seguridad al transporte automotor.
- f) Investigar y denunciar los accidentes de tránsito.
- g) Participar en la Defensa Nacional, Defensa Civil y en el desarrollo Económico y Social del País.

## V EJES ESTRATEGICOS DE ACCION EN LA LABOR DE LA REGION POLICIAL CALLAO

La actividad ésta orientada bajo los lineamientos de tres Ejes Estratégicos, tales como:

- Prevención Policial y Seguridad Ciudadana.
- Participación Ciudadana y Prevención Social.
- Investigación Criminal.

## VI PROGRAMAS PREVENTIVOS DE PARTICIPACION CIUDADANA Y SEGURIDAD.

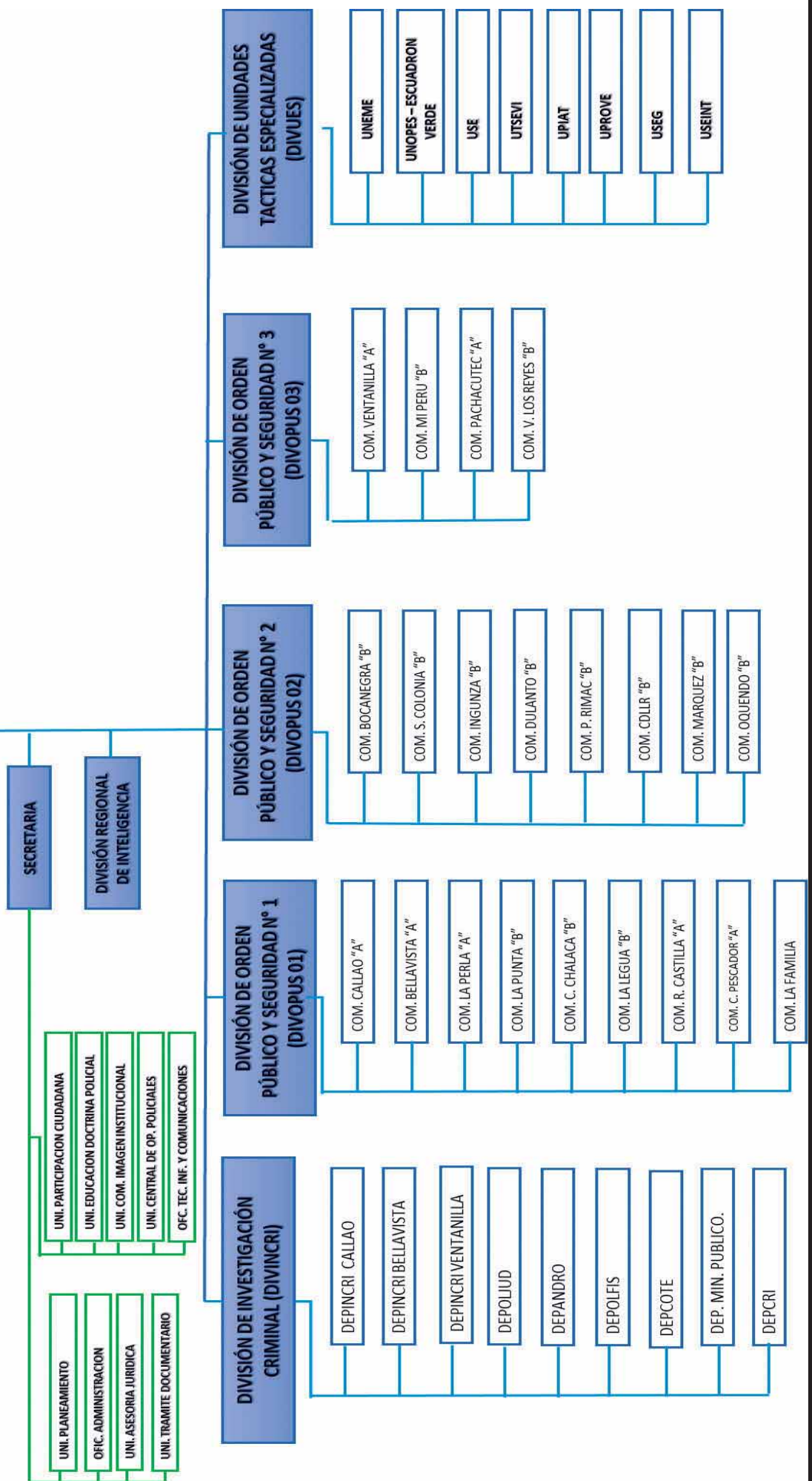
La Unidad de Participación Ciudadana de la REGPOL CALLAO, es la encargada de promover, organizar, dirigir y controlar la participación de la población en favor de la Seguridad Ciudadana en la jurisdicción del Callao, a través de la organización de la Comunidad y de la ejecución de Programas Preventivos Promocionales. Entre los principales Programas Preventivos PNP, tenemos los siguientes:

### a) Juntas Vecinales.

Programa de contacto ciudadano que comprende la sensibilización, captación, organización, capacitación y funcionamiento de las Juntas Vecinales de Seguridad Ciudadana para que éstas realicen actividades de carácter preventivo, informativo y de proyección social en apoyo a la Comisaría PNP de su jurisdicción, que son captados, organizados y capacitados por la PNP y están integrados por personas que residen o laboran en su mismo barrio, sector, urbanización o distrito. En actualidad la Región Policial Callao cuenta con 330 Juntas Vecinales PNP de Seguridad Ciudadana.

# UNIDADES DE LA REGIÓN POLICIAL CALLAO

## REGIÓN POLICIAL CALLAO JEFATURA



## b) Policía Escolar y Brigadas de Autoprotección.

Creado para consolidar el vínculo del binomio "Policía-Escolar", para promover la participación activa de los niños, niñas y adolescentes en la vida escolar. En este Programa se inculcan principios de amor a la patria, justicia, respeto a la verdad. También se busca elevar el espíritu cívico y capacitar a la comunidad educativa para el reconocimiento de los factores de riesgo de los fenómenos sociales adversos. Actualmente, la REGPOL Callao tiene 2,205 integrantes de la Policía Escolar y 15 Brigadas de Autoprotección Escolar.

## VII. LA REGIÓN POLICIAL CALLAO: ORGANO TECNICO OPERATIVO

De acuerdo al Decreto Supremo N° 026 – 2017 – IN del 13OCT2016, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú, indica en su Artículo 232° que la Región Policial Callao, es un órgano desconcentrado de carácter técnico y operativo; cuya demarcación territorial se encuentra constituida por el ámbito geográfico de la Provincia Constitucional del Callao y es responsable de ejecutar y materializar de manera oportuna las Estrategias Policiales en el marco de los Planes Generales de Operaciones diseñadas para prevenir y combatir la delincuencia en sus diversas modalidades; así como, garantizar el cumplimiento de las leyes, el orden interno, orden público y la seguridad ciudadana, en el ámbito territorial de su competencia.



Frontis del Complejo de la Region Policial Callao "Capitan Pnp Alipio Ponce Vasquez".  
Jr. Apurimac N° 647- Callao. Telefono 429-6401

## VIII. GRAFICOS COMPARATIVOS DE LOS AÑOS 2015 AL 2017, SOBRE HOMICIDIOS Y OTROS DELITOS, DE ACUERDO A LOS OPERATIVOS PNP REGISTRADOS EN LA

## REGION POLICIAL CALLAO

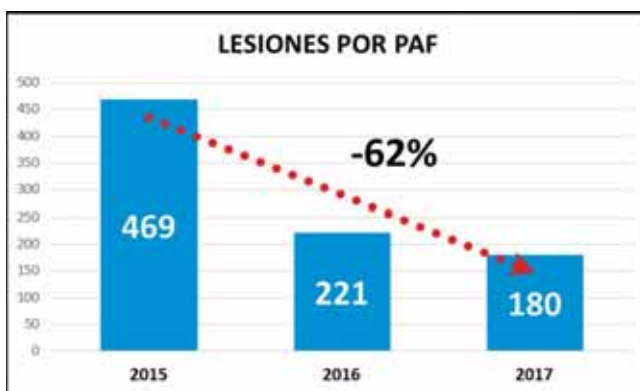
A continuación se muestran algunos cuadros estadísticos comparativos entre los años 2015 al 2017, cuyos datos se encuentran en el registro de la REGPOL Callao y guardan relación con los Operativos Policiales realizados a fin de contrarrestar el accionar delictivo en la jurisdicción del Callao.



En este cuadro se observa que los casos de Homicidios por Proyecto de Arma de Fuego, han disminuido en un 36% en el presente año, con relación al año 2015.

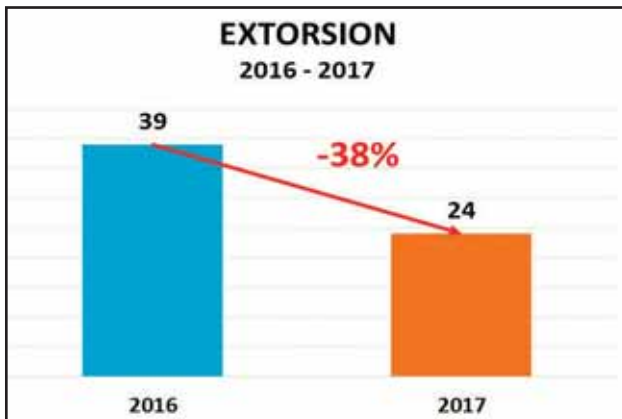


En lo referente a Homicidios vinculados a Sicariato se aprecia una disminución del 75% en el presente año con relación al año 2015.

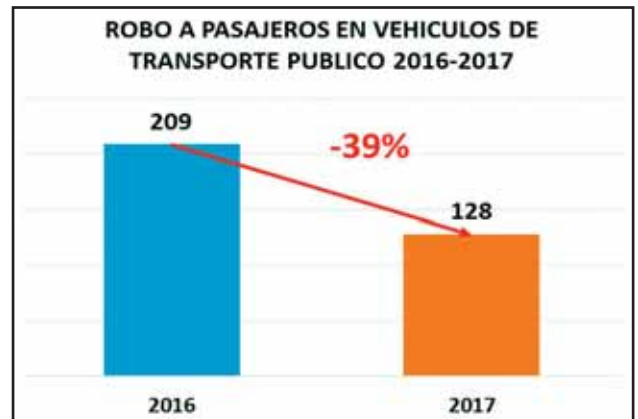


Fuente: Region Policial Callao-Uniest

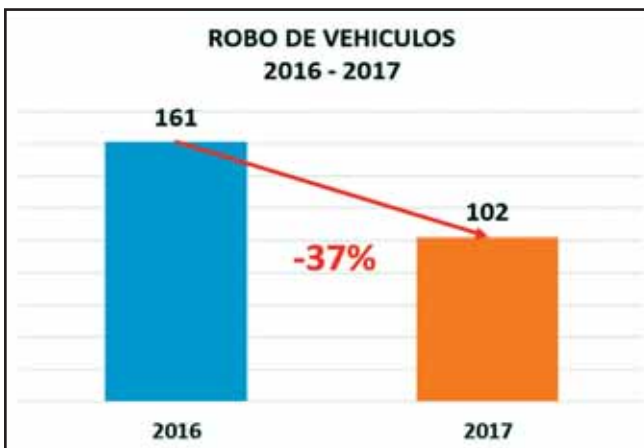
En este cuadro se observa que los casos de las Lesiones por Proyecto de Arma de Fuego han disminuido en un 62%, con relación al año 2015.



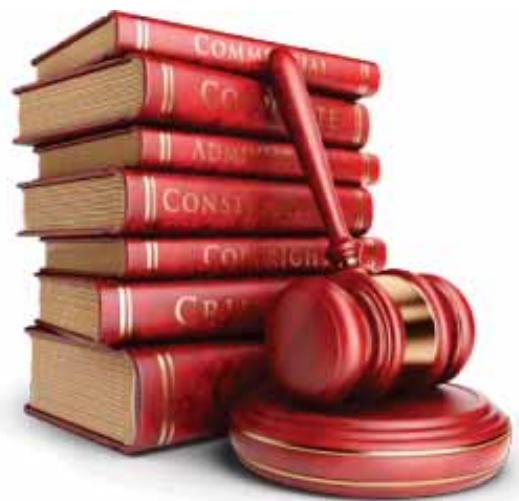
En el cuadro relacionado a los casos de Extorsión se observa una reducción del 38%, con respecto al año 2016.



En el cuadro relacionado a casos de Robo a Pasajeros en Vehículos de Transporte Público, se observa una reducción del 39%, respecto al año 2016.



En el cuadro referido a casos de Robo de Vehículos, se aprecia una disminución del 37% en el presente año, en comparación al año 2016.



## IX. ESTRATEGIAS DE GESTION A CORTO PLAZO EN EL EJE DE PREVENCION PNP DE LA REGION POLICIAL CALLAO

Dentro de los principales Proyectos Estratégicos, a corto plazo, en lo que se refiere al eje de Prevención PNP, tenemos los siguientes:

### A. Construcción de Módulos de Observación y Cámaras de Video Vigilancia: Objetivos



## CONSTRUCCIÓN DE MÓDULOS DE OBSERVACIÓN Y CÁMARAS DE VIDEO VIGILANCIA



➔

- ✓ MEJOR ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS Y LOGÍSTICOS.
- ✓ DETECCIÓN OPORTUNA DE FACTORES DE RIESGO.
- ✓ RESPUESTA INMEDIATA A LA EMERGENCIA (01 MINUTO)
- ✓ EVIDENCIA FÍLMICA PARA PROCESOS DE INVESTIGACION DEL DELITO.
- ✓ REDUCCIÓN DE LA INCIDENCIA DELICTIVA.
- ✓ ELEVAR LA CONFIANZA DE LA POBLACIÓN.

FUENTE: REGION POLICIAL CALLAO-UNIEST



## Avances de los Proyectos con el Gobierno Regional del Callao



**EN FUNCIONAMIENTO:**  
(02) Módulos ubicados en las Zonas Norte y Sur (Las Fresas y los Barracones)



**POR IMPLEMENTAR:**  
(08) Módulos en distintos sectores del Cercado del Callao

AVANCES DE PROYECTOS CON EL GOBIERNO REGIONAL



**EQUIPAMIENTO**  
70 motocicletas  
400 baterías



**CÁMARAS DE VIDEO VIGILANCIA**

Instaladas : (60)  
Por instalar : (280)



### B. Remodelación y Equipamiento de la Oficina de Criminalística PNP de la REGION POLICIAL CALLAO



## Equipamiento de la Oficina de Criminalística – REGPOL-Callao

- ✓ La remodelación y equipamiento se efectuará en el segundo y tercer nivel del Complejo Policial "Santa Marina", ubicado en el Jr. Supe 591-Callao
- ✓ La implementación de equipos criminalísticos se ejecutará a través de un acto de cooperación interinstitucional con la Embajada de los EEUU.
- ✓ La remodelación y modernización de los ambientes de la Oficina de Criminalística se ejecutará a través de la Embajada de los EEUU y la Municipalidad Provincial del Callao.
- ✓ Fecha tentativa de inauguración del Proyecto: La segunda semana del mes de Noviembre del presente año.



[www.pnp.gob.pe/regiones\\_policiales/Call](http://www.pnp.gob.pe/regiones_policiales/Call)  
© 2017 Región Policial del Callao - PNP



## Laboratorio de Criminalística

### FINALIDAD



- ✓ Desconcentrar las distintas funciones de pericias forenses que desarrolla el Laboratorio Central de Criminalística
- ✓ Acortar los plazos respecto a los dictámenes forenses en la investigación material del delito, coadyuvando con una mejor administración de justicia en el marco del Nuevo Código Procesal Penal, de reciente vigencia en el Callao
- ✓ Presencia inmediata de peritos forenses en la escena del crimen .
- ✓ Cobertura de peritajes criminalísticos a las jurisdicciones de los distritos judiciales del Callao, Ventanilla y Zona Norte de Lima.

Callao, Diciembre del 2017

[www.pnp.gob.pe/regiones\\_policiales/Call](http://www.pnp.gob.pe/regiones_policiales/Call)  
© 2017 Región Policial del Callao - PNP

Revista: *Ad Verbum*

*Es una publicación especializada de Derecho que busca ofrecer a la comunidad jurídica una edición calificada de gran nivel en la cual participen preclaros juristas y profesionales nacionales y también jurisprudencias de países hermanos. Está dirigida a los jueces, fiscales, abogados e investigadores jurídicos y sirve como herramienta de consulta en temas del Derecho.*

**DIRECTOR**

**Dr. Walter Benigno Ríos Montalvo**

**COMITÉ EDITORIAL**

**Dr. Víctor Roberto Obando Blanco**

**Dr. Miguel Castañeda Moya**

**Dr. David Pajares Narva**

**DISEÑO, DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN**



**sunqucontacto@gmail.com**

**979-743-676**

**Oficina de Imagen Institucional  
de la Corte Superior de Justicia del Callao**



**DERECHOS RESERVADOS**

**Los artículos son de responsabilidad exclusiva de sus autores. La revista no se identifica necesariamente con los artículos y opiniones que se publican. Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta revista por cualquier medio o forma digital, sin la autorización escrita de la Revista Ad Verbum, quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autor por la legislación peruana.**

*Ad Verbum*

**AÑO XIII – N° 13 – DICIEMBRE 2017**

**Depósito Legal: 2005-5863**

**Tiraje: 500 revistas**

-----  
**Adverbum es una publicación de la  
Corte Superior de Justicia del Callao**  
-----

**INFORMES – CORRESPONDENCIA:**

**Av. Dos de Mayo cdra. 5 s/n – Callao Central Telefónica: 519 – 3000**

**Correos: csjcallao.imageninstitucional@gmail.com / imagen\_csjcallao@pj.gob.pe**





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](http://www.cortesuperiordejusticiadelcallao.com.pe)