



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
DE PIURA



AEQUITAS

REVISTA VIRTUAL DE LA CORTE
SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA

E D I C I Ó N E S P E C I A L

ISSN: 2961-2799 (En línea)

N° 12 - octubre 2024
Piura, Perú

12



Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - noviembre 2024

Depósito Legal N° 2023 - 07371

ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

PRESIDENTA

CLAUDIA CECILIA MORÁN MORALES DE VICENCI

Corte Superior de Justicia de Piura, Perú

ORCID ID: 0000-0002-7763-6256

E-mail: cmoran@pj.gob.pe

DIRECTOR

JUAN LUIS ALEGRÍA HIDALGO

Corte Superior de Justicia de Piura, Perú

ORCID : 0000-0002-7100-942X

E-mail: jalegria@pj.gob.pe

EDITOR

WENSLEY MAURICIO JUAN PABLO SANCHEZ VIVAS

Corte Superior de Justicia de Piura, Perú

ORCID: 0000-0003-0319-2004

E-mail: wsanchezv@pj.gob.pe

CRÉDITOS

AEQUITAS

Revista virtual de la Corte Superior de Justicia de Piura
Tomo II, N° 12 - noviembre 2024

© CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA

Calle Lima N° 995, Piura - Perú

DIRECTOR

Juan Luis Alegría Hidalgo
Presidente de la Segunda Sala Civil de Piura
Corte Superior de Justicia de Piura

EDITOR

Wensley Mauricio Juan Pablo Sanchez Vivas
Asistente Judicial - Primera Sala Civil de Piura
Corte Superior de Justicia de Piura

DIAGRAMACIÓN Y DISEÑO DE CARÁTULA

Evelyn Guliana Gómez Rivas
Diseñadora Gráfica - Unidad de Servicios Judiciales
Corte Superior de Justicia de Piura

Depósito Legal N° 2023 - 07371

ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

Hecho en Perú



SALA PLENA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA

Dra. Claudia Cecilia Morán Morales de Vicenzi

: Presidenta

Dr. Jorge Manuel Gonzales Zuloeta

: Jefe de la Oficina Desconcentrada
de Control de la Magistratura

Dr. Fidencio Francisco Cunya Celi

Dr. Andrés Ernesto Villalta Pulache

Dr. Juan Carlos Checkley Soria

Dr. Mario Eliseo Reyes Puma

Dr. Martín Eduardo Ato Alvarado

Dr. Juan Luis Alegría Hidalgo

Dra. Cecilia Izaga Rodríguez

Dra. Cruz Elvira Rentería Agurto

Dr. Jesús Alberto Lip Licham

Dr. Tulio Eduardo Villacorta Calderón

Dr. David Fernando Correa Castro

Dra. María Elena Palomino Calle

Dr. Cristhian Barrante Díaz

La Revista de la Corte Superior de Justicia de Piura tiene por objetivo impulsar la creación intelectual e investigación académica principalmente de los jueces, y así constituir un escenario para la divulgación de temas del quehacer jurídico, contando para ello con la participación de autores nacionales.

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas por los autores en sus trabajos, ni de la verdadera autoría de los mismos. Cualquier reclamo deberá hacerse con el autor del trabajo que originó el conflicto.

Los trabajos publicados en esta Revista son de propiedad de sus autores, quienes han autorizado su divulgación en la misma.

Esta revista permite la reproducción parcial de sus trabajos a condición de que se mencione la fuente.

Esta publicación es de carácter gratuito y acepta canjes con publicaciones de temas jurídicos y de ciencias sociales en general.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

- > CLAUDIA CECILIA MORÁN MORALES DE VICENZI
Presidenta de la Corte Superior de Justicia de Piura 08

PALABRAS DEL DIRECTOR

- > JUAN LUIS ALEGRÍA HIDALGO
Presidente de la Comisión de Capacitación y Control de la Calidad de la Magistratura de la Corte Superior de Justicia de Piura. 10

DERECHO DE FAMILIA Y GÉNERO

- > INGRID DIAZ VALVERDE
Análisis de las diferencias entre adulterio y conducta deshonrosa como causales de divorcio 16
- > ADAÍA ELIASIB MORE HUAMÁN
Los apoyos y salvaguardias y su tratamiento legal 29
- > JESSICA JULIANNA DELGADO DAVILA
La importancia de los apoyos y salvaguardias en nuestro ordenamiento jurídico 35
- > RENZO MAYOR MAYOR
El pago de la pensión alimenticia: Una propuesta de solución al conflicto creado por la prohibición impuesta en una Directiva y el derecho fundamental a probar46
- > JOSÉ CARLOS TORRES ZAMORA
Discusión sobre la importancia de probar el contexto de la violencia doméstica en el Perú 57
- > NOHELY DEL ROCÍO SERQUÉN PALOMINO
- > ROGER EDMUNDO REYES LUNA VICTORIA
Incorporación del consumo de alcohol en la ley 30364: mejorando la protección de las víctimas de violencia familiar 69



DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

- > DANIEL MAYTA REÁTEGUI
La intermediación en el derecho procesal penal peruano: ¿una herramienta de análisis probatorio sobrevalorada? 82

- > TULLIO EDUARDO VILLACORTA CALDERÓN
- > CARMEN LOURDES GUADALUPE RAMOS AGUILAR
La doble naturaleza del consumo de alcohol en el código penal peruano: inimputabilidad y agravantes en delitos sexuales: Contraposición de los artículos 20 inciso 1 y 170 inciso 13 del código procesal penal 109

- > CYNTHIA LABRÍN PIMENTEL
- > MIGUEL ALFREDO FLORES SALAZAR
La investigación fiscal en el delito de lesiones con presencia de medios que le aportan gravedad y su impacto en la predictibilidad jurídica 121

- > GILMAR GIOVANNY SANTANDER ABRIL
Extinción de dominio sobre los medios e instrumentos del delito: fundamentos, objeto, alcances y limitaciones 130

- > MELINA TIMANA ALVAREZ
Críticas y reflexiones sobre el acuerdo plenario 1-2023-112: sobre la determinación judicial de la penal 161

- AFINES AL DERECHO**
- > JACQUELINE ROSARIO ESPINOZA ORTIZ
Estados Intersexuales 172

- > ANDRÉS AGUINAGA
De Buen Abogado a Buen Profesor 179

- > OSWALDO ALBERTO ORDÓÑEZ ALCÁNTARA
Crónica de un Asesinato Anunciado 196

- > VICKY MARLENY HUIMAN JIMENEZ
Criterios epistemológicos para determinar la positivización o no del derecho al olvido en el ordenamiento jurídico peruano 200

PRESENTACIÓN



CLAUDIA MORÁN MORALES DE VICENZI
Presidenta de la Corte Superior
de Justicia de Piura

El 2024 es un año especial para la Corte Superior de Justicia de Piura, pues celebramos el 150 aniversario de creación institucional. Es así, que se han organizado diversas actividades (académicas, de confraternidad, homenajes, concursos, entre otros), para rendir homenaje a todos aquellos hombres y mujeres que a lo largo de estos años han formado parte de la institución, y que con su compromiso y responsabilidad han garantizado el respeto de los derechos fundamentales y contribuido a la convivencia pacífica y democrática de la comunidad piurana.

Por ello, presento con gran satisfacción el primer y el segundo volumen de la Revista Aequitas correspondiente al año 2024, edición especial por los 150 años de la Corte Superior de Justicia de Piura, cuyas páginas contienen el valioso aporte de Jueces, abogados, docentes y estudiantes universitarios respecto a cuestiones que forman parte del quehacer diario de los órganos jurisdiccionales y de la formación profesional de los abogados, lo que caracteriza la línea editorial de la Revista Aequitas desde sus inicios, hace ya más de una década.



En primer lugar, es de destacar la diversidad de temas tratados en estos dos volúmenes del año 2024. Afines al Derecho, la formación de los abogados, en un artículo de interés para quienes compatibilizan el ejercicio profesional con la docencia universitaria en las Facultades de Derecho, proponiéndose un cambio por una metodología más participativa, vivencial y reflexiva por parte de los estudiantes; así como, trabajos sobre Derecho Constitucional, Derecho Civil y Procesal Civil, Derecho Penal y Procesal Penal, relativos a la interpretación constitucional, la justicia intercultural, los derechos de las personas con discapacidad, el divorcio, los estados intersexuales, la posesión, el derecho de propiedad, la prueba en el proceso penal, los delitos sexuales, la extinción de dominio, y los 200 años de la Justicia de Paz, entre otros.

Pero también merece ponerse de relieve, que si bien algunos artículos son de autoría de destacados abogados y docentes universitarios, en su mayor parte, han sido elaborados por Jueces y personal jurisdiccional de este y de otros Distritos Judiciales del país, cuyo esfuerzo y compromiso con la investigación científica merece un reconocimiento especial por parte de la Presidencia de esta Corte, puesto que las recargas agendas de los despachos judiciales limitan que los jueces o el personal jurisdiccional pueda dedicarse a otras actividades fuera de la jornada laboral; aunque mi agradecimiento es para todos los que, de manera desinteresada, han permitido la publicación de sus artículos en los dos volúmenes que conforman esta edición especial.

Finalmente, felicito al Director de la Revista Aequitas, el Juez Superior Juan Luis Alegría Hidalgo, por el excelente trabajo de coordinación, recolección y clasificación de los artículos científicos que forman parte de estos dos volúmenes, ardua tarea que ha sabido compartir con su labor diaria como Presidente de la Segunda Sala Civil de Piura, así como a todo su equipo que han cuidado hasta los más mínimos detalles para que esta edición especial sea un merecido homenaje al siglo y medio de historia de la Corte Superior de Justicia de Piura.

Claudia Cecilia Morán Morales de Vicenzi
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Piura

PALABRAS DEL DIRECTOR



JUAN LUIS ALEGRÍA HIDALGO
Presidente de la Segunda Sala Civil de la
Corte Superior de Justicia de Piura

Gran acogida se tuvo en la convocatoria para editar el Volumen Nro. 12 de Aequitas, de tal forma que nos hemos visto en la necesidad de dividirlo en dos tomos. Ello por motivos de limitación tecnológica, dado el peso de los archivos digitales.

Tal resultado nos permite apreciar que en nuestro entorno judicial existe siempre la efervescencia académica producto de la constante y permanente capacitación de nuestros magistrados, quienes siguen cursos de posgrado como doctorados, maestría, diplomados y, de manera muy especial, en la Academia de la Magistratura.

Asimismo, permítaseme comentar que la Comisión de Capacitación, a lo largo de los años, organiza cursos, seminarios y diversos eventos académicos, ahora más bien facilitados por los medios virtuales con los que contamos.

Y no es solo la Comisión que me honro en presidir este año la que impulsa actividades académicas, sino que también los magistrados y servidores judiciales, desde sus diversas áreas determinadas por especialidades, proceden en forma similar.



Por tanto, la sumatoria de todo lo señalado determina que esta Corte Superior de Justicia participe, permanentemente, de la difusión de los conocimientos jurídicos, actualizándolos, haciendo conocer las líneas de jurisprudencia más recientes, los aportes doctrinarios consolidados y los que aparecen como novedad, las prácticas judiciales que permiten a los abogados y usuarios del servicio de justicia tener un mejor conocimiento de cómo se desarrollan los procesos en esta Corte, más aún cuando desde hace ya algunos lustros hemos experimentado cambios sustanciales con la implementación de nuevos modelos procesales, como ha acontecido en materia penal y laboral, y actualmente con la implementación progresiva de la oralidad en materia civil, producto de la iniciativa judicial.

Este Tomo II se inicia con una sección dedicada al Derecho de Familia y Género. La Jueza Díaz Valverde analiza las diferencias entre adulterio y conducta deshonrosa como causales de divorcio; causales, contempladas en el artículo 333° del Código Civil Peruano que sirven para proporcionar bases justificadas para la separación legal entre cónyuges. Plantea la necesidad de analizar las distinciones en la aplicación de ambas causales, permitiendo así una correcta interpretación y ejecución de las mismas en los procesos judiciales en que se vean inmersos.

La Jueza More Huamán analiza brevemente el Decreto Legislativo N°1384, donde modificó artículos del Código Civil y Procesal Civil para reconocer y regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, así como en caso dichas personas necesiten contar con un sistema de apoyos y salvaguardias lo determinen. Afirmando que esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

La Jueza Delgado Dávila aprecia que, el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS), ha informado que, aproximadamente el 10% de los peruanos enfrenta alguna forma de discapacidad, un porcentaje que no solo evidencia la cantidad de personas, que sufre o padece de alguna característica de discapacidad en nuestro país, sino también la importancia y necesidad crítica de crear y poner en marcha políticas de inclusión que garanticen los derechos y el bienestar de este colectivo, busca resaltar la importancia de esta nueva figura en nuestro ordenamiento jurídico adecuado a un modelo social que elimina todo tipo de discriminación frente a estas personas con discapacidad.

El Abogado Mayor Mayor plantea una propuesta de solución al cumplimiento de sentencia en materia de alimentos. Afirma que se han dictado una serie de medidas legislativas y administrativas para flexibilizar la vía procedimental, siendo una de ellas el pago que se debe realizar en una cuenta bancaria establecida en el proceso que estará abierta durante la ejecución de la sentencia, pero considera analizar si ello debe ser el único medio de prueba del cumplimiento de la obligación alimentaria.

El docente universitario Torres Zamora en su propuesta hace hincapié en la necesidad de que se acredite con medios probatorios idóneos dichos contextos tomando en cuenta que en estos últimos tiempos se ha incrementado los casos de violencia familiar y se requiere un pronunciamiento motivado y bien razonado por los jueces penales que resuelven los casos puestos a su conocimiento.

Lo investigadores Serquén Palomino y Roger Edmundo en su propuesta abordan el aumento de la violencia familiar en Chiclayo, asociado con el consumo de alcohol por parte de los agresores, al identificar una laguna en la Ley N° 30364, que no considera el consumo de alcohol como un factor de riesgo para medidas de protección. Por lo que proponen modificaciones a los artículos 32° y 33° del TUO de la Ley N° 30364, incorporando el consumo de alcohol como criterio para la protección de víctimas.

En la sección de Derecho Penal y Procesal Penal, el abogado Mayta Reátegui, nos ofrece comentarios críticos al valor que la Corte Suprema del Perú concede a la intermediación, análisis basado, fundamentalmente, en los postulados esenciales de la tesis racionalista de la prueba y en los hallazgos científicos relativos al testimonio y la memoria humana.

El Juez Villacorta Calderón analiza el texto que aborda la ambigüedad en la aplicación del artículo 20°, inciso 1 y el artículo 170°, inciso 13 del Código Penal Peruano, que regula la inimputabilidad y las agravantes en delitos sexuales cometidos bajo efectos del alcohol, clarificando las condiciones bajo las cuales el consumo de alcohol puede ser considerado un facto eximente de responsabilidad penal, o, por el contrario, constituir una agravante en delitos de violación sexual, con el fin de asegurar una interpretación coherente y justa de la normativa penal.



La Jueza Labrín Pimentel y el docente universitario Flores Salazar abordan el análisis de las posibles deficiencias que comete el Ministerio Público en la motivación de sus decisiones y en la calificación de los hechos de lesiones que son sometidos a su conocimiento y que de manera liminar archivan, precisando que ello genera percepción negativa del ciudadano hacia esta institución y hacia el acceso a la justicia en general.

El abogado Santander Abril nos comenta sobre implementación de la extinción de dominio como modelo de decomiso sin condena prevalente en once países de Latinoamérica, ha representado un profundo cambio del paradigma de persecución de la infraestructura logística y las ganancias que produce la criminalidad, pues propone una nueva juridicidad a través de la cual pretende alcanzar los mismos fines del comiso penal, pero con las ventajas de no depender de la existencia de un proceso penal ni estar condicionado a una declaratoria previa de responsabilidad en contra del titular del bien.

Finalmente, hemos reservado un rubro de temas Afines al Derecho, en el cual se tratan temas de relevante actualidad como son los Estados Intersexuales, De Buen Abogado a Buen Profesor y Crónicas de un Asesinato Anunciado, temas no poco polémicos que levantan opiniones muchas veces encontradas y contrapuestas, así como de reflexión de la situación actual del abogado y una perspectiva de la realidad político jurídica del país..

Quisiéramos concluir agradeciendo la sustancial colaboración del servidor Wensley Mauricio Juan Pablo Sánchez Vivas y la servidora Evelyn Gulliana Gómez Rivas, sin cuya colaboración decidida y permanente ha hecho posible la edición de estos dos tomos del Volumen 12 de nuestra revista Aequitas, edición por los 150 años de nuestra querida Corte Superior de Justicia de Piura.

Juan Luis Alegría Hidalgo

Presidente de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura



Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - octubre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

ARTÍCULOS ARTICLES





Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - octubre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

DERECHO FAMILIA FAMILY LAW





Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - octubre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

ANÁLISIS DE LAS DIFERENCIAS ENTRE ADULTERIO Y CONDUCTA DESHONROSA COMO CAUSALES DE DIVORCIO

ANALYSIS OF THE DIFFERENCES BETWEEN ADULTERY AND DISHONORABLE CONDUCT AS CAUSES FOR DIVORCE

Ingrid Diaz Valverde



ANÁLISIS DE LAS DIFERENCIAS ENTRE ADULTERIO Y CONDUCTA DESHONROSA COMO CAUSALES DE DIVORCIO

Ingrid Diaz Valverde¹

INTRODUCCIÓN

El presente artículo aborda el tema “Análisis de las diferencias entre adulterio y conducta deshonrosa como causales de divorcio”. Estas dos causales, contempladas en el artículo 333° del Código Civil Peruano, sirven para proporcionar bases justificadas para la separación legal entre cónyuges. El propósito es analizar las distinciones en la aplicación de ambas causales, permitiendo así una correcta interpretación y ejecución de las mismas en los procesos judiciales en que se vean inmersos.

La relevancia radica en su contribución a los órganos jurisdiccionales que tramitan procesos cuya finalidad sea el decaimiento y disolución del vínculo matrimonial, aportando un análisis sobre la aplicación de estas causales. En la dimensión teórica, este artículo enriquecerá, ayudando a aclarar conceptos claves, proporcionando herramientas para evaluar la aplicación correcta de ambas causales, lo que facilitará la labor de los operadores jurídicos y académicos al abordar situaciones complejas o ambiguas en la práctica. En el ámbito práctico, se espera que ayude a despejar dudas y evitar confusiones en la aplicación de las causales de adulterio y conducta deshonrosa.

El objetivo principal es establecer con claridad esas diferencias, con el fin de determinar en qué casos corresponde la aplicación de una u otra causal, planteándose una hipótesis de que existen diferencias significativas entre ambas causales que influyen directamente en su interpretación y aplicación judicial.

Asimismo, el presente artículo se apoya en diversas fuentes nacionales e internacionales, que han abordado el tema desde diferentes perspectivas.

I. Adulterio

El adulterio, etimológicamente derivado del latín *ad alterius thorum ire*, que significa “andar en lecho ajeno,” hace referencia a la relación sexual entre dos personas cuando una de ellas está casada con alguien más. Según Navarro (2005) “el adulterio se define como el acceso carnal entre una persona casada y un tercero que no es su legítimo cónyuge, violando así el deber de fidelidad dentro del matrimonio” (p. 37)

¹ Corte Superior de Justicia de Piura
Correo institucional: idiavz@pj.gob.pe
ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-2685-8544>

Este concepto subraya que el adulterio es una violación directa del compromiso de lealtad que forma parte de las bases del matrimonio, al involucrarse en una relación íntima con una persona ajena a su pareja, el cónyuge infractor rompe el pacto de exclusividad sexual y emocional que el matrimonio demanda, esta transgresión no solo atenta la confianza mutua entre los esposos, sino que también genera consecuencias legales y morales dentro del marco conyugal.

El adulterio es considerado una de las causas más graves para solicitar el divorcio, debido al impacto que tiene en la estabilidad de la relación matrimonial. Desde el punto de vista legal, incluidas aquellas influenciadas por el pensamiento de Navarro, contemplan que el acto de infidelidad es una causal suficiente para la disolución del matrimonio cuando existen pruebas contundentes que lo demuestran., esto refleja la importancia que la ley otorga al deber de fidelidad, que constituye un principio fundamental en la institución del matrimonio.

Sin embargo, la interpretación del adulterio puede variar en diferentes contextos legales y culturales, en algunas jurisdicciones, se requiere que el acto sea probado de manera inequívoca, mientras que en otras se admite una prueba circunstancial si esta es lo suficientemente convincente, lo que no cambia es que el adulterio, en cualquier contexto, simboliza una ruptura importante en el pacto matrimonial, justificada no solo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el moral.

Asimismo, Peralta (2002) cita a Gerardo Trejos quien define el adulterio como las relaciones sexuales de un cónyuge con una persona que no es su pareja, lo que constituye una infracción al deber de fidelidad matrimonial y lleva a la disolución del vínculo conyugal, esta violación del compromiso de fidelidad genera desarmonía entre los esposos, haciendo inviable la vida en común. Agrega que, desde un punto de vista moral, el adulterio tiene la misma gravedad tanto para el hombre como para la mujer; sin embargo, desde una perspectiva jurídica, el adulterio femenino puede tener mayores consecuencias debido a la incertidumbre que crea respecto a la paternidad de los hijos y la posible introducción de una persona ajena a la familia (p. 258)

Esta diferencia en el tratamiento jurídico responde a la necesidad de proteger la seguridad jurídica sobre la filiación de los hijos, que en épocas anteriores representaba una cuestión fundamental dentro del ámbito familiar y patrimonial. Por lo tanto, el adulterio no



solo infringe el pacto de lealtad entre los esposos, sino que también puede desestabilizar profundamente la estructura familiar, influyendo en decisiones judiciales relacionadas con la disolución del matrimonio y la tutela de los hijos. Por otro lado, en palabras del autor brasileño Gallardo refiere que “En la doctrina, no establece diferencia entre mujer y varón al momento del adulterio, lo cual ha sido acogido por la legislación peruana, sin embargo, sí exige que estos actos hayan sido consumados entre diferentes sexos, pero de manera consciente”. (p. 15)

Esto significa que, desde el punto de vista doctrinal y legal, no existe una distinción de género cuando se trata de la comisión de adulterio, es decir, tanto hombres como mujeres son juzgados bajo los mismos parámetros, sin que exista una diferencia en la sanción o en el derecho de presentar alguna demanda en virtud de esta causal.

Además, la legislación peruana ha adoptado esta perspectiva, dejando claro que el adulterio no discrimina por género, ya que la gravedad del acto no varía si es cometido por un hombre o una mujer, lo que se requiere es que el acto se haya consumado con plena conciencia entre personas de distinto sexo, lo que marca un requisito esencial para que el adulterio sea considerado una causal válida en los procedimientos de divorcio.

Este enfoque se extiende a otras causales de divorcio, donde tampoco hay discriminación de género en cuanto a la aplicación de la ley. Las normas que regulan el divorcio en Perú exigen el cumplimiento de ciertos requisitos específicos, pero estos se aplican por igual a hombres y mujeres. De este modo, la legislación asegura una equidad en el trato de los cónyuges, sin permitir que el género sea un factor que influya en la resolución judicial. En ese sentido, el principio de igualdad ante la ley en relación con las causales de divorcio, incluido el adulterio, busca garantizar que no haya favoritismos ni sesgos en las decisiones judiciales, promoviendo un tratamiento justo y equilibrado.

El adulterio, etimológicamente derivado del latín *ad alterius thorum ire*, que significa “andar en lecho ajeno,” hace referencia a la relación sexual entre dos personas cuando una de ellas está casada con alguien más. Según Navarro (2005) “el adulterio se define como el acceso carnal entre una persona casada y un tercero que no es su legítimo cónyuge, violando así el deber de fidelidad dentro del matrimonio” (p. 37). En otras palabras, este acto representa una traición a la confianza y al acuerdo de exclusividad entre los esposos, violando uno de los pilares fundamentales del vínculo matrimonial.

El adulterio es visto, entonces, como una falta grave dentro del contexto de la relación conyugal. Para que el adulterio sea considerado como causal de divorcio en la legislación peruana, deben cumplirse ciertos requisitos esenciales:

- Elemento material: La consumación de relaciones sexuales con una persona que no sea el cónyuge.
- Atribución de culpabilidad: La persona que comete el adulterio debe aceptar la responsabilidad de haber sido infiel, es decir, que el acto se haya realizado de manera voluntaria y consciente.

Es importante señalar que, si el cónyuge perjudicado ha provocado, perdonado o consentido el acto de adulterio, pierde su derecho a reclamar por esta causal. Sin embargo, si tras un perdón el adulterio se repite, el cónyuge agraviado puede demandar nuevamente con base en los nuevos hechos. Asimismo, cabe recalcar, según el artículo 339° del código civil expresa que la pretensión caduca: (i) a los seis meses de conocida la causa por el ofendido; (ii) en todo caso, a los cinco años de producida.

Siguiendo la línea de argumentación, la prueba del adulterio es un elemento crucial para que el divorcio por esta causal prospere, si no se prueba adecuadamente, la demanda podría ser declarada infundada. Existen dos tipos principales de prueba:

- Prueba directa: Consiste en demostrar la relación sexual entre el cónyuge infiel y un tercero. Sin embargo, debido a la naturaleza privada de este tipo de actos, resulta difícil obtener pruebas directas.
- Prueba indirecta o indiciaria: Se basa en indicios que permiten al juez inferir la existencia del adulterio. Por ejemplo; el reconocimiento de un hijo cuando el marido es estéril, el embarazo o aborto tras una separación de hecho, el matrimonio en el extranjero o la convivencia pública con un tercero.

Según el enfoque del doctrinario argentino Borda (1987), el adulterio es considerado un acto grave que no puede ser admitido por los jueces sin contar con pruebas irrefutables que aporten una certeza moral de su existencia. Si no se presentan más que sospechas entre los cónyuges, se recurre al informe de injuria grave, lo que también puede justificar el divorcio.



Asimismo, se aceptan como pruebas suficientes de adulterio documentos que acrediten el delito de bigamia o un matrimonio celebrado en el extranjero, la convivencia pública entre personas no casadas entre sí, pero donde uno de ellos esté casado, el aborto tras la separación, o escritos en cartas o diarios que indiquen la relación de un cónyuge con una persona que no es su pareja (p. 377).

Este enfoque subraya la relevancia de presentar pruebas contundentes y fiables ante el tribunal, dado que el adulterio es una causal que impacta profundamente en la confianza y estabilidad moral del vínculo matrimonial. En relación a eso la Ley tiene como objetivo no solo resguardar la integridad del matrimonio, sino también prevenir que se utilicen acusaciones sin fundamento o con pruebas débiles para solicitar el divorcio. De manera que, es esencial que las evidencias aportadas sean claras y definitivas, para asegurar que el proceso de divorcio se lleve a cabo de manera equitativa y se base en hechos verificables, evitando así decisiones precipitadas que se sustenten únicamente en percepciones personales o meras sospechas.

Borda enfatiza que, aunque el adulterio es indudablemente una causa seria para la disolución matrimonial, su comprobación debe regirse por criterios estrictos en cuanto a la presentación de pruebas, esto no solo garantiza que los derechos de ambos cónyuges se protejan durante el proceso judicial, sino que también se evita que el sistema legal sea manipulado o utilizado de forma injusta. La gravedad de la acusación exige que el tribunal cuente con elementos probatorios sólidos y detallados, como evidencias documentales o testimoniales, que aporten certeza sobre la comisión del acto de infidelidad. De esta forma, se asegura que las decisiones judiciales sean fundamentadas y objetivas, manteniendo el equilibrio entre la protección del matrimonio y la justa resolución de los conflictos conyugales. Además, este riguroso enfoque evita que los procesos judiciales se conviertan en una simple batalla de acusaciones sin sustento, y promueve un sistema donde la verdad y los hechos demostrables prevalezcan sobre las suposiciones o juicios subjetivos.

Navarro (2005), indica:

“En ese mismo sentido, existen situaciones en las que no procede la demanda de divorcio por adulterio: cuando el cónyuge perjudicado ha provocado, consentido o perdonado el adulterio, si el cónyuge inocente continúa conviviendo con el infractor tras conocer la infidelidad, si ha caducado la acción por adulterio, es decir, si han pasado más de cinco años desde el acto o más de seis meses desde su descubrimiento” (p. 43).

En su análisis, Navarro destaca que existen circunstancias específicas bajo las cuales la demanda de divorcio por adulterio no puede proceder, para empezar, si el cónyuge afectado ha contribuido de alguna manera a que ocurra el adulterio, lo ha aceptado o ha decidido perdonarlo, pierde el derecho a usar este motivo como justificación para el divorcio.

Otro punto importante que menciona Navarro es que, si el cónyuge inocente, tras descubrir la infidelidad, sigue conviviendo con el infractor, la ley considera que ha aceptado la situación, lo cual invalida su derecho a pedir el divorcio con base en el adulterio, este principio se fundamenta en la lógica de que, al continuar la vida en común, se está dando una especie de perdón implícito que anula la posibilidad de utilizar el adulterio como causa para la separación legal.

Además, la caducidad de la acción legal por adulterio es otro factor clave en este contexto, la ley establece plazos específicos para poder iniciar una demanda de divorcio por este motivo; si han transcurrido más de cinco años desde que ocurrió el adulterio o más de seis meses desde que se descubrió, el derecho a demandar caduca, esto busca evitar que el divorcio se base en hechos demasiado antiguos o en situaciones que el cónyuge inocente haya tolerado durante un periodo prolongado, este plazo de caducidad es una forma de garantizar que las demandas de divorcio se basen en situaciones recientes y relevantes, y no en hechos pasados que, en cierto modo, ya hayan sido superados por la pareja.

Conducta deshonrosa

Navarro (2005) señala que la conducta deshonrosa se refiere a acciones que carecen de honestidad y atentan contra el respeto mutuo que debe existir entre los cónyuges, provocando el rechazo social. Este tipo de conducta viola las normas de respeto y fidelidad en el matrimonio y la familia, socavando su integridad y dignidad.

Siguiendo la línea argumentativa de Navarro la conducta deshonrosa implica acciones que carecen de honestidad y comprometen el respeto mutuo entre los cónyuges, lo que provoca una percepción negativa en la sociedad. Este tipo de comportamiento infringe las normas de respeto y fidelidad, fundamentales para preservar la dignidad y estabilidad tanto del matrimonio como de la familia, afectando su armonía e integridad.



Para que la conducta deshonrosa sea considerada como causal de divorcio, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Agravio al honor y la reputación: Uno de los cónyuges debe realizar actos que afecten el honor del otro y la dignidad de la institución familiar. Estos actos deben ser públicos, notoriamente percibidos, y escandalosos a los ojos de terceros.
- Imposibilidad de convivencia: La gravedad de la conducta debe imposibilitar la vida en común, haciendo insostenible la convivencia bajo el mismo techo, lo cual afecta los deberes conyugales de lecho y habitación.

Considerando eso, para probar la conducta deshonrosa, el juez debe evaluar el daño causado tanto al honor interno como al honor externo de la víctima. Esto incluye el impacto que la conducta ha tenido en su reputación ante terceros y cómo afecta su dignidad y derechos fundamentales, tal como lo establece la Constitución peruana. Además, se debe demostrar que la conducta hizo insoportable la vida en común, ya que este es un requisito clave para la procedencia de la demanda (Tribunal Constitucional, Expediente N° 018-96-I/TC, 1997).

Cabe recalcar que, la conducta deshonrosa no está delimitada claramente en la ley, por lo que su interpretación queda a discreción del juez, quien debe analizar las circunstancias particulares de cada caso, recurriendo al examen de los hechos, teniendo en cuenta la formación, hábitos y comportamientos de los cónyuges y las pruebas. Entre los ejemplos comunes de conductas deshonrosas reconocidas en la jurisprudencia son: Aberraciones sexuales, participación en actividades ilícitas, como el tráfico de drogas, ludopatía, vagancia, embriaguez crónica, infidelidad conyugal.

Así también, tenemos lo señalado por la Corte Suprema en la Casación N° 746-2000, respecto a la conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común y la valoración de los medios probatorios, precisando: " Que, para que el Colegiado haya desestimado la pretensión reconvencional, se aprecia que no ha tenido en cuenta lo dispuesto en el artículo ciento noventa y siete del Código adjetivo, pues no ha valorado todos los medios probatorios en forma conjunta ni ha utilizado su apreciación razonada, en los medios probatorios actuados en audiencia pertinente de fojas ciento ochenta y ocho, continuada a fojas doscientos dos, doscientos veintitrés, doscientos cincuenta y dos, doscientos ochenta y nueve, doscientos noventa y seis, y cuatrocientos cincuenta y cinco; debiendo destacarse

la declaración de parte de la actora, efectuada el diecinueve de enero de mil novecientos noventa y siete, quien manifiesta a fojas doscientos cincuenta y seis, que mantiene relaciones extramatrimoniales con el señor Muñoz Massaro, aproximadamente desde setiembre de mil novecientos noventa y seis, esto es, con anterioridad a la interposición de la demanda, la que fue presentada el dieciséis de octubre de ese año.”

Y por su parte, el Tribunal Constitucional respecto a la valoración de la prueba en todo proceso judicial, ha referido en el Exp. N° 06712-2005-HC/TC- Fundamento Jurídico 15, ha establecido como exigencia que las pruebas actuadas dentro del proceso sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida, se desprenden dos obligaciones para el Juez: “(...) en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables (...)”.

En palabras de Enrique Varsi señala que: “la naturaleza jurídica de la conducta deshonrosa, como causal, es el configurar como tal aquellos comportamientos o modos conyugales que lindan con el ámbito ilícito, delictual, contrario al orden público o a las buenas costumbres” (2004, p,165). En este contexto, el artículo 288° del Código Civil, que establece el deber de fidelidad entre los cónyuges, se considera una norma de orden público, ya que busca proteger y promover el matrimonio, en línea con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú. Por lo tanto, cualquier acción que viole este deber de fidelidad conyugal se interpreta como una infracción al orden público, constituyendo así una conducta deshonrosa.

El divorcio basado en la causal de conducta deshonrosa no procederá bajo ciertas circunstancias específicas que deben cumplirse para que el proceso sea válido:

- (i) Si los cónyuges ya no cohabitan, lo que implica que han dejado de cumplir con sus obligaciones mutuas, como el deber de compartir el lecho y el hogar, el argumento de conducta deshonrosa pierde su fuerza, ya que la convivencia es uno de los pilares del matrimonio.



En segundo lugar,

(ii) Es necesario que la conducta deshonrosa cumpla con ciertos requisitos fundamentales, siendo estos que la misma debe ser pública, notoria y generar un escándalo. Si la conducta no cumple con estas características, el divorcio por esta causal no puede proceder. En tercer lugar,

(iii) Es esencial que la conducta alegada esté debidamente probada y fundamentada; es decir, no basta con alegar comportamiento deshonroso sin pruebas contundentes que lo sustenten.

(iv) Si el cónyuge afectado ha consentido o tolerado dicha conducta deshonrosa, pierde el derecho a utilizarla como fundamento para solicitar el divorcio, ya que el consentimiento tácito o explícito invalida la legitimidad de la reclamación.

Este conjunto de limitaciones busca evitar que se utilicen causales de manera arbitraria o sin bases sólidas. La ley exige pruebas claras y coherentes de que la conducta alegada realmente afectó la relación matrimonial y fue de tal magnitud que hizo imposible la vida en común. Además, se protege la integridad del proceso judicial al evitar que un cónyuge que previamente aceptó o toleró el comportamiento pueda posteriormente usarlo para obtener ventajas legales en el divorcio. De este modo, se garantiza que la causal de conducta deshonrosa sea aplicada de manera justa y con el debido rigor legal.

III. Diferencias entre adulterio y conducta deshonrosa

El divorcio es una figura legal que posibilita la disolución del matrimonio cuando se dan situaciones que imposibilitan la convivencia armoniosa y prolongada entre los esposos, entre las causas más habituales que llevan a solicitar el divorcio se encuentran el adulterio y la conducta deshonrosa, aunque ambos motivos se vinculan con la conducta moral y ética de los cónyuges, existen importantes diferencias en su significado y en la forma en que son abordados por la ley.

Diferenciar entre adulterio y conducta deshonrosa puede ser un desafío en algunos casos, ya que ciertos actos pueden clasificarse en ambas categorías. Por ejemplo, procrear un hijo con una persona que no es el cónyuge constituye adulterio, pero también es considerado una conducta deshonrosa, esto se debe a que la presencia de un hijo nacido fuera del matrimonio puede generar conflictos constantes en la convivencia, haciendo insostenible

la vida en común debido a las discusiones y tensiones que dicha situación podría provocar. Por otro lado, existen acciones que pueden ser calificadas como conducta deshonrosa sin que impliquen adulterio. Un ejemplo de ello es cuando uno de los cónyuges aparece frecuentemente en público con otra persona, insinuando una relación romántica, pero sin pruebas de una relación sexual, aunque no se pueda demostrar el acto carnal que caracteriza al adulterio, la conducta se considera deshonrosa por el daño a la imagen y la falta de respeto hacia el cónyuge y la institución matrimonial.

Asimismo, existen situaciones en las que un mismo hecho puede ser demandado tanto por adulterio como por conducta deshonrosa. Un ejemplo de ello es la Ejecutoria Suprema del 30 de junio de 1982, donde un esposo encontró a su cónyuge en un hotel con otra persona, aunque no se pudo probar el adulterio, la conducta fue considerada deshonrosa debido a la naturaleza escandalosa y pública del incidente, afectando gravemente la dignidad del cónyuge afectado.

Siendo así en la práctica, el adulterio y conducta deshonrosa se presentan como causales relacionadas, y su interpretación puede variar dependiendo del caso. Las relaciones sexuales con un tercero constituyen adulterio cuando existe acceso carnal. Sin embargo, si estas relaciones son públicas y habituales, también pueden ser calificadas como conducta deshonrosa, lo que refleja la flexibilidad con la que los jueces abordan estas cuestiones en algunos casos.

Por último, es importante señalar que cónyuge culpable de adulterio a menudo no acepta su responsabilidad y busca evitar el divorcio, esto complica la situación para el cónyuge inocente, quien, al presentar una demanda por adulterio, debe demostrar inequívocamente la existencia de una relación sexual.

Si las pruebas presentadas, como fotos del cónyuge infiel entrando a un hotel con otra persona, no son suficientes, la demanda podría ser desestimada. En este contexto, la demanda por conducta deshonrosa puede resultar más efectiva, ya que requiere demostrar únicamente una transgresión al respeto mutuo en el matrimonio, sin necesidad de probar el acto.



CONCLUSIONES:

El presente artículo ha permitido aclarar que, si bien el adulterio y la conducta deshonrosa pueden coincidir en algunos aspectos, son causales distintas en el derecho de familia peruano. El adulterio implica una transgresión directa al deber de fidelidad mediante un acto sexual, mientras que la conducta deshonrosa abarca un comportamiento que, sin necesariamente involucrar una relación carnal, afecta gravemente la dignidad y la vida en común de los cónyuges.

A través del análisis de la jurisprudencia y doctrina, se ha demostrado que la causal de conducta deshonrosa es más flexible y efectiva en aquellos casos donde el cónyuge afectado no puede probar el acto de adulterio, pero sí demostrar la existencia de acciones humillantes y deshonrosas que hacen insostenible la convivencia. La jurisprudencia peruana ha aceptado esta causal en casos de comportamientos escandalosos y públicos, como relaciones sentimentales extramatrimoniales no consumadas sexualmente, pero que afectan el honor del cónyuge afectado.

Se permite confirmar, que el adulterio, como causal de divorcio, presenta mayores dificultades probatorias, ya que la legislación exige una evidencia clara del acto carnal. En contraste, la conducta deshonrosa admite una gama más amplia de pruebas, lo que permite a los jueces tener mayor margen para interpretar y valorar las circunstancias particulares de cada caso.

Tanto el adulterio como la conducta deshonrosa afectan gravemente la vida en común y el honor de los cónyuges, aunque de maneras diferentes. El adulterio vulnera directamente el deber de fidelidad, mientras que la conducta deshonrosa transgrede el respeto y la dignidad que debe existir entre ambos cónyuges, lo que repercute en el bienestar emocional y social de la cónyuge afectada.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Borda, G. (1984). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires: Perrot. Disponible en:

Gallardo, R. (1957). Divorcio, separación de cuerpos y nulidad de matrimonio en las naciones latino-americanas. Sao Paulo. Perrot.

Navarro, S. H. (2005). Proceso de divorcio. Marsol. Perrot.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. 018-96-IITC del 29 de abril de 1997.

Expediente N° 2004-02504-0-2101-JR-FA-2, 2004. Perrot.

Peralta Andia, R. (2002). Derecho de familia en el Código Civil (2.ª ed.). Editorial Idemsa.

Tribunal Constitucional del Perú. (2005). Expediente N° 06712-2005-HC/TC, fundamento jurídico 15. Perrot.

Varsi, E. (2004). Divorcio, filiación y patria potestad. Editora Jurídica Grijley EIRL. Lima. Perrot.





Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - noviembre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

LOS APOYOS Y SALVAGUARDIAS Y SU TRATAMIENTO LEGAL

SUPPORTS AND SAFEGUARDS AND THEIR LEGAL TREATMENT

Adaía Eliasib More Huamán



LOS APOYOS Y SALVAGUARDIAS Y SU TRATAMIENTO LEGAL

Adaía Eliasib More Huamán

El día 04 de setiembre del 2018, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N°1384, donde modificó artículos del Código Civil y Procesal Civil para reconocer y regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, así como en caso dichas personas necesiten contar con un sistema de apoyos y salvaguardias lo determinen; por ello, empezó sus modificatorias por la capacidad e incapacidad de ejercicio, diciendo en su artículo 3° del Código Civil (denominado en adelante como CC) sobre la capacidad jurídica que: "Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus

derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida"; luego continuó con la capacidad de ejercicio plena en su artículo 42° indicando: "Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad"; también con la capacidad de ejercicio restringida establecida en el artículo 43° que establece: "Tienen capacidad de ejercicio restringida:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad, 2. y 3. (derogados), 4. Los pródigos, 5. Los que incurren en mala gestión, 6. Los ebrios habituales, 7. Los toxicómanos, 8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil, y 9. Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad"; para seguir con los ajustes razonables y apoyo prescrito en el artículo 45°: "Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección.", como luego especificar sobre los representantes legales en su artículo 45-A: "Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44 contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela".



Y especificar sobre la designación de apoyos y salvaguardias en su artículo 45-B: "Pueden designar apoyos y salvaguardias: 1. Las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad puede contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente; 2. Las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad podrán contar con apoyos y salvaguardias designados judicialmente; 3. Las personas que se encuentren en estado de coma que hubieran designado un apoyo con anterioridad mantendrán el apoyo designado; 4. Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el numeral 9 del artículo 44 contarán con los apoyos y salvaguardias establecidos judicialmente, de conformidad con las disposiciones del artículo 659-E del presente Código".

Además, dentro del Código Civil se incorporó el Capítulo Cuarto denominado "Apoyos y Salvaguardias" al Título II (Instituciones supletorias de amparo) de la Sección Cuarta del Libro III de Familia, en el cual, ha regulado sobre la designación de apoyos y salvaguardias como las labores que desempeñan, desde el artículo 659-A hasta el artículo 659-h, ahí ha definido que los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo, aclarando que el apoyo no tiene facultades de representación, salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o por decisión del juez; por ello, cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste, aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

Además, establece como regla general que la designación de apoyos y salvaguardias lo hace la persona con discapacidad y, excepcionalmente, cuando dicha persona no pueda expresar su voluntad o esté en coma (siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad) lo puede hacer el juez, véase así lo ha indicado el artículo 45-B del CC que puede solicitarse por: 1) La misma persona con discapacidad que pueda manifestar su voluntad (por la vía judicial o notarial), 2) La persona con discapacidad que no pueda manifestar su voluntad (por la vía judicial), 3) Las personas que se encuentran en estado de coma y hubieran designado con anterioridad un apoyo (se mantendrá), y 4) Las

personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el numeral 9 del artículo 44 (por la vía judicial); y excepcionalmente, el artículo 659°- E del CC ha dispuesto que el juez puede determinar los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que se encuentre en los numerales 2) y 4) antes señalados, tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que entre ella o ellas y las persona que requiere apoyo, además fija el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo.

Precisando que la designación de apoyos y salvaguardias, sólo rige para el numeral 9 del artículo 44 del CC, y no para los demás numerales como son del 01 al 08 del artículo 44° del CC, porque en estos últimos, se designa un representante legal a través de la patria potestad, tutela y curatela.

Entonces con lo establecido en el Decreto Legislativo N°1384, se puede decir que se ha eliminado la interdicción cuando se trata de personas con discapacidad y se ha incorporado la regulación de la designación de apoyos y salvaguardias cuando dichas personas lo requieran, y esto está sustentado en el Modelo Social de la Discapacidad que recién el Estado Peruano lo acogido pero que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ya lo tiene desde hace un buen tiempo y nuestro país tenía que alinearse junto a su protocolo facultativo; cuando esto es una obligación del Estado para hacer frente a los obstáculos creados por la falta de conciencia de él mismo y de la sociedad hacia la diferencia que representa la discapacidad.

Tal es así, que este modelo social atiende a la persona con discapacidad de manera integral y ya no con un enfoque rehabilitador o de búsqueda de normalización, sino como "las personas con discapacidad se convierten en sujetos activos capaces de ejercer por sí mismos, sin sustituciones, los derechos de los que son titulares estableciendo para ello los apoyos que se consideren necesarios¹", tal es así que en la referida convención ha entendido a las personas con discapacidad como todas aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás; además en su artículo 12° señala que tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, es decir, tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida.

¹ CUENCA, Patricia. "Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad". Papeles El Tiempo de los Derechos. Número 3, Año 2011.



Sin perjuicio de ello, existe la necesidad de la adopción de medidas pertinentes que permitan a las personas con discapacidad acceder a mecanismos de apoyo que puedan requerir en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por ello, actualmente se reconoce la condición de las personas con discapacidad, su derecho a tener calidad de vida y se advierte la necesidad de eliminar barreras sociales y físicas que entorpecen su participación en la sociedad que se centra en la dignidad y respeto a las personas y no en sus deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Bajo este paradigma entendemos que una persona puede tener una deficiencia, pero la sociedad, con impedimentos sociales, culturales y físicos, crea una discapacidad en sí al dificultar su inclusión y participación plena y efectiva en igualdad de condiciones.

No obstante, el reconocimiento de sus derechos, en la práctica, las personas que viven con alguna discapacidad han visto restringido el ejercicio de sus derechos, siendo históricamente objeto de discriminación por los prejuicios que los rodean, lo que ha determinado que las personas con discapacidad no cuenten con las mismas oportunidades que la población en general, enfrentándose a barreras de mayor intensidad para el desarrollo de su vida. Entre otros aspectos, las personas con discapacidad encuentran dificultad para recibir educación y una atención de salud adecuada, para conseguir empleos, participar en la política, económica y social del país, y desenvolverse en el ámbito personal, e incluso para el ejercicio de sus derechos políticos. Estas dificultades varían en atención a distintos factores, como, por ejemplo, el sexo y la situación económica².

En ese sentido, cuando se solicite la designación de apoyos y salvaguardias para una persona con discapacidad, no constituye una causa justificante para negarle su capacidad jurídica como tampoco para actuar en representación de él o ella, en forma general, porque se le estaría negando un derecho humano fundamental, que es el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, además el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se le proporcione apoyo en su ejercicio para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos, apoyo que deberá respetar los derechos,

² Extraído de la sentencia expedida por el Tercer Juzgado de Familia de Cusco, emitida mediante Resolución Número Treinta y dos, de fecha 15 de junio del 2015, en el Expediente N° 01305-2012-0- 1001-JR-FC-03.

la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas, así lo establece el artículo 12, párrafo tres, numeral 17 de la Observación General N°01, porque tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida, sin sustituciones para ejercer sus derechos, dado que como se reitera el nuevo tratamiento de las personas con discapacidad es a través del Modelo Social, situación que todos estamos llamados a comprender cuando estemos frente a este tipo de casos a fin de canalizar adecuadamente el pedido de dicha designación.





Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - noviembre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

LA IMPORTANCIA DE LOS APOYOS Y SALVAGUARDIAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

THE IMPORTANCE OF SUPPORT AND SAFEGUARDS IN OUR LEGAL SYSTEM

Jessica Julianna Delgado Davila
Juez del Primer Juzgado de Familia Transitorio Sub Especializado en
Violencia Contra la Mujer e Integrantes del Grupo Familiar de Piura



LA IMPORTANCIA DE LOS APOYOS Y SALVAGUARDIAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Jessica Julianna Delgado Davila

INTRODUCCIÓN

El Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS), ha informado que, aproximadamente el 10% de los peruanos enfrenta alguna forma de discapacidad, un porcentaje que no solo evidencia la cantidad de personas, que sufre o padece de alguna característica de discapacidad en nuestro país, sino también la importancia y necesidad crítica de crear y poner en marcha políticas de inclusión que garanticen los derechos y el bienestar de este colectivo¹.

En esa línea de innovar políticas de inclusión; mediante Decreto Legislativo N°1384, publicado el martes 04 de setiembre del 2018, "Decreto Legislativo que regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones", se modifican los artículos del Código Civil, referidos a las personas con discapacidad, a fin de garantizar el derecho al ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad. En ese sentido se reemplaza la clasificación que hacia nuestro Ordenamiento Jurídico respecto a la "incapacidad absoluta y relativa" por "capacidad plena y restringida"; y se elimina la figura del curador, incorporándose la figura o denominación de "Apoyos y salvaguardias"; la misma que está regulada en la incorporación del Artículo 45° y siguientes, así como del Artículo 659°-A y siguientes del Código Civil; aunado a ello, mediante Decreto Supremo N°016-2019-MIMP, publicado el 25 de agosto del 2019, "Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, Designación de Apoyos e Implementación de Salvaguardias para el Ejercicio de la Capacidad Jurídica de las personas con discapacidad", se amplía esta nueva figura de "Apoyos y Salvaguardias" para su ejecución en la práctica y casuística.

En ese marco jurídico, a las personas con discapacidad ya no les es obligatorio que se designe a alguien que los represente, a fin de ejercer actos jurídicos; sino que, esto se vuelve facultativo, en caso así lo requieran, podrán contar con la ayuda de una persona designado con el nombre de "APOYO", de acuerdo a su libre elección; los mismo que regirán sus acciones de acuerdo a las "SALVAGUARDIAS" impuestas por la persona que requiera el apoyo y en algunos casos por el juez que los designe.

Para finalizar, es menester señalar que, el presente artículo busca resaltar la importancia de esta nueva figura en nuestro ordenamiento jurídico adecuado a un modelo social que elimina todo tipo de discriminación frente a estas personas con discapacidad.

¹ <https://www.infobae.com/peru/2024/05/03/10-de-peruanos-viven-con-alguna-discapacidad-como-responden-las-leyes-a-sus-necesidades/>.



TITULO I: EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

A)EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD DESDE LA ÓPTICA DE LA CONVENCION INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

El Perú en el año 2001, se acoge a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, este instrumento establece que “las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos incluido el de no verse sometido a discriminación, fundamentada en la discapacidad, dimanar de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano”.

En ese sentido, al acogerse nuestro país a este instrumento jurídico, se enfoca en replantear y modificar ciertos artículos de nuestra norma civil, a fin de considerar la igualdad de condiciones en lo que respecta a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Dicha convención, conceptualizó a la discapacidad como “una capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”², concluyendo que las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos se ven limitadas por las deficiencias que ellas mismas tienen; concepto que fue ampliado por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad; al mencionar que su origen está en las barreras que se encuentran en la Sociedad, las cuales dificultan la participación de la persona con discapacidad en la sociedad en igualdad de condiciones; es decir que los límites para poder ejercer en la sociedad, los establece el mismo entorno social.

LA DISCAPACIDAD EN EL PERU

Nuestra legislación, ha regularizado este sector poblacional con la Ley General de la Persona con Discapacidad, asegurando que la misma cuente con una vida digna y plena en nuestra sociedad; estas medidas jurídicas y legislativas, reflejan un compromiso por parte de nuestro Gobierno, hacia la creación de una sociedad más inclusiva, donde se respeten los derechos de igualdad, y oportunidades para todos los ciudadanos.

² Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con discapacidad, artículo 1.

Ahora bien, para entender el sentido de la norma y la necesidad de regularizar este sector debemos tener en claro la diferencia entre las personas que padecen de alguna discapacidad y aquellas que se encuentren incapacitadas. Según el artículo 2 de la Ley General de la Persona con Discapacidad-Ley N°29973, establece que: "la persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones que las demás".

Ahora bien, para explicar el concepto de incapacidad, se debe tener en claro el concepto de capacidad jurídica y capacidad de obrar; según (De la Puente y Lavalle, 2017), se entiende por Capacidad Jurídica, a la medida de la idoneidad del sujeto para ser titular de relaciones jurídicas, la misma que puede ser general, cuando la persona puede realizar cualquier acto o negocio jurídico, es decir, es atribuida a todas las relaciones jurídicas, y es adquirida con el nacimiento; y también puede ser especial, cuando se refiere a ciertas relaciones jurídicas, y se adquiere teniendo en cuenta cada acto que la persona vaya a realizar. La capacidad de Obrar, es la aptitud de realizar los actos jurídicos necesarios para adquirir derechos y contraer obligaciones (p.283).

Ahora bien, según nuestro anterior ordenamiento, el grado de discernimiento de una persona revela si la persona se encuentra en alguno de los supuestos de incapacidad absoluta o incapacidad relativa, sin que para ello fuera necesario diferenciar si la persona era o no discapacitada. Sin embargo, con el concepto dado por el artículo 2 de la Ley General de la Persona con Discapacidad-Ley N°29973 y la incorporación del Decreto Legislativo N°1384, lo que se busca es regular y tratar de la misma manera a las personas con discapacidad y a las personas que no tiene alguna de las deficiencias mencionadas líneas arriba, sin considerar que existen personas con discapacidad que pueden discernir y otros que no discernen de manera permanente, o que no pueden discernir solo de manera temporal.

Este es un punto que quizá no se tuvo en cuenta, para la implementación de esta nueva normativa.



Es así, que nuestro actual ordenamiento jurídico, regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones, en lo que concierne a las personas con discapacidad, sacando de este grupo a las personas con algún tipo de incapacidad.

TITULO II: LA MODIFICACIÓN DEL CODIGO CIVIL EN LO REFERENTE A LA INCAPACIDAD ABSOLUTA O RELATIVA, E INTRODUCCIÓN DE LOS APOYOS Y SALVAGUARDIAS.

A) MODIFICACIÓN DEL CODIGO CIVIL RESPECTO A LA INCAPACIDAD ABSOLUTA O RELATIVA.

La clasificación que antes hacía nuestro ordenamiento jurídico, respecto a la incapacidad absoluta o relativa, ha sido totalmente suprimida de nuestro Código Civil, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N°1384; antes de este, las personas que se encontraban dentro del inciso 2 al 8 del anterior artículo 44° del Código Civil, ejercían sus derechos civiles por medio de un curador, es decir existía la figura denominada curatela, la misma que tenía como fin representar a todas aquellas personas denominadas como incapaces relativos; sin embargo con esta nueva normativa que se incorpora y modifica nuestro Código Civil, esta figura de la Curatela es instituida solo para las personas que se encuentran dentro del inciso 4 al 8 del artículo 44° del Código Civil, sólo en lo que concierne a la administración de sus bienes y asuntos determinados, conforme lo estipulado por el Artículo 564° y 565° del Código Civil; es decir que, para el resto de personas discapacitadas que no se encuentren dentro de los supuestos estipulados en el Art.44 e incisos del 1 al 8); se regirán por la figura de los apoyos y salvaguardias.

B) LOS APOYOS Y SALVAGUARDIAS

1. SOBRE SU ACCESO

Nuestro ordenamiento jurídico ha estipulado la figura de apoyos y salvaguardias, en el Artículo 659-A del Código Civil, el mismo que establece: "La persona mayor de edad puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos y salvaguardias que considere pertinentes para coadyuvar a su capacidad de ejercicio".

Respecto a este artículo, la norma es precisa al establecer que solo pueden acceder a los apoyos las personas mayores de edad, en ese sentido de acuerdo al Artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad; por tanto se colige que una persona es mayor de edad según nuestro ordenamiento jurídico al cumplir los dieciocho años de edad.

Asimismo, a partir de esta edad, pueden acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos y salvaguardias que considere pertinentes para coadyuvar, a ejercer su capacidad de ejercicio, conforme se ha mencionado en líneas anteriores la capacidad de ejercicio está regulada por el artículo 42° del Código Civil, la misma que se encuentra dentro de la capacidad jurídica.

2. DEFINICION DE APOYOS

El artículo 659-B, ha definido la figura de los apoyos, como las formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 659-E.

Cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste, aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

Este artículo define a los apoyos como una forma de asistencia y no de representación libremente elegidos por una persona mayor de edad, es decir aquella que tiene como mínimo dieciocho años cumplidos; es decir que van auxiliar y cooperar a la persona con discapacidad a efectos de que esta manifieste su propia voluntad; lo que dista mucho de la representación, la misma que se aplica en los supuestos del Artículo 45-A del Código Civil, en la cual el representante suplente la voluntad del representado, lo desplaza, lo excluye totalmente, aunque los efectos del acto concluido por el representante con el tercero deban repercutir en algún momento en la esfera del representado (persona con discapacidad en este caso particular).



3. DETERMINACION DE LOS APOYOS

El Artículo 659-C del Código Civil, establece: "La persona que solicita los apoyos determina su forma, identidad, alcance, duración, y cantidad de apoyos. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas".

Respecto a este punto, queda claro que los apoyos pueden ser personas naturales o jurídicas de derecho privado o público; y que la forma, la cantidad de apoyos, y toda la manera en que se van a desenvolver estos apoyos, deben estar especificadas en la solicitud que presente la persona que los solicita, especificadas a través de las salvaguardias.

En este punto, hay que recordar que un solo sujeto puede elegir varios apoyos según los actos jurídicos que vaya a desplegar y según la intensidad de la discapacidad; así puede elegir a un familiar cercano, amigo, y como persona jurídica a una organización o asociación que brinde y asegure sus derechos.

Es menester señalar, que, si bien estamos frente a un proceso no contencioso, pero judicial, la designación del apoyo debe ceñirse únicamente a los actos con relevación para el ordenamiento jurídico, puesto que de lo contrario solo recargaría innecesariamente la labor judicial; la cual debe reservarse para casos en donde sea necesaria una evaluación de significación real.

4. DESIGNACIÓN DE LOS APOYOS

Según el Artículo 659-D: "La persona mayor de edad que requiera de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede designarlo ante un notario o un juez competente".

Aquí, este artículo abre la posibilidad de que la persona que requiera el apoyo, puede acudir a un notario para nombrar al mismo; cabe resaltar que si bien es cierto nos encontramos frente a un proceso no contencioso, el cual se caracteriza por ser un procedimiento que goza de celeridad, no menos cierto es que, acudir a la vía notarial en algunos casos puede resultar más rápido que la vía judicial, ya que dado la sobrecarga procesal que sufren o padecen los juzgados, en algunos casos es más conveniente para este tipo de procesos.

5. EXCEPCIÓN A LA DESIGNACIÓN DE LOS APOYOS POR JUEZ.

El artículo 659-E, establece que: “El juez puede determinar, de modo excepcional los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44. Esta medida se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habersele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos.

El juez determina la persona o personas de apoyos tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. Asimismo, fija el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo. En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona y atender a su trayectoria de vida. No pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual.

El proceso judicial de determinación de apoyos excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica”. En líneas arriba, mencionamos que existen personas con discapacidad, pero que pueden manifestar su voluntad y personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad; es así, que este artículo regula de manera excepcional que para aquellas personas que no pueden manifestar su voluntad, el juez puede determinar los apoyos necesarios.

En ese marco, cabe señalar que, si bien es cierto con el anterior ordenamiento jurídico existían personas con discapacidad que no merecían que se les prive el ejercicio de sus derechos, teniendo en cuenta que tienen discernimiento y que por falta de apoyo y/o ajustes razonables, no podían manifestar su voluntad, y se les debía de designar un curador, quien actuaría en representación de esta por mandato legal, privándoseles así el derecho a la autonomía privada que esta persona tenía para decidir sobre sus asuntos, sustituyéndose la voluntad de la persona con discapacidad por la voluntad del curador o el juez; no menos cierto es que existen personas con discapacidad a quienes sí se les debería nombrar un curador, porque efectivamente se encuentran privados de discernimiento de manera permanente o temporal por lo que no podrán tener plena capacidad de ejercicio.



En ese contexto es dable resaltar que no por el hecho de intentar incluirlos en la sociedad y evitar su discriminación, se les debería de dejar de lado la protección jurídica que estos merecen tener, ya que al otorgarles plena capacidad de ejercicio, los mismos podrían celebrar contratos y/o actos jurídicos; por consiguiente, al no tener discernimiento, estarían asumiendo obligaciones que resultarían perjudiciales para su esfera patrimonial, pues estos contratos serían totalmente válidos, porque fueron celebrados por personas con plena capacidad de ejercicio, dejando así en desamparo a las personas con discapacidad que no pueden discernir.

Ahora bien, con respecto, al punto que especifica el artículo que el proceso judicial de determinación de apoyos excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica, es menester señalar que, para que proceda la solicitud por parte de un tercero es necesario que se acredite el estado de discapacidad con el certificado médico respectivo, de donde se desprenda que no es posible extraer la voluntad del sujeto, y que, por ello, se justifica que la solicitud la presente un tercero³.

6. SALVAGUARDIAS

Con el Artículo 659-G, del Código Civil, se establece que: “Las salvaguardias son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas.

La persona que solicita el apoyo o el juez interviniente en el caso del artículo 659-E establecen las salvaguardias que estimen convenientes para el caso concreto, indicando como mínimo los plazos para la revisión de los apoyos.

El juez realiza todas las audiencias y diligencias necesarias para determinar si la persona de apoyo está actuando de conformidad con su mandato y la voluntad y preferencias de la persona”.

En ese sentido, los apoyos van a estar regulados, a través de ciertas medidas fiscalizadoras que deberán establecer tanto por la persona que designara el apoyo, como por el juez, a fin de garantizar el cumplimiento de sus derechos.

³ REYNALDO MARIO TANTALEAN ODAR, Los Cuatro Procesos De Apoyos Y Salvaguardias, p.263.

Sin embargo, esta autora, considera que, aunque las figuras de las salvaguardias han sido reguladas en nuestra legislación civil, las normas jurídicas sobre esta institución aun no son del todo claras. Nuestra norma civil nos dice que son medidas, pero no explica de qué tipo son; y cuál es su alcance.

7. LA IMPORTANCIA DE LOS APOYOS Y SALVAGUARDIAS

Al respecto, este Autor considera que, la inclusión de esta figura jurídica es de gran importancia para nuestro sistema social, adaptado a una política más inclusiva hacia esta población, que conforme se ha detallado líneas arriba, conforma el 10% de nuestro país, sin embargo, aún el legislador ha obviado ciertos detalles y situaciones, que en la práctica se van reflejando y es ahí donde surge la labor del juez en dar solución a este tipo de conflictos, brindando estrategias para cubrir estos vacíos normativos, respetando los derechos constitucionales, a efectos de prevenir el abuso de terceros que aprovechándose de esta situación de discapacidad piensan en aprovecharse de aquellas personas.

Ahora bien, la inclusión de esta normativa, que si bien es cierto no es tan nueva para nuestro ordenamiento jurídico, ya que se encuentra en vigencia ya hace 06 años, y cuyo fin es brindarle más participación a este porcentaje social, a efectos de que manifiesten su propia voluntad; no menos cierto es que, aún se encuentra en proceso de crecimiento de jurisprudencia, que ayudará a un futuro poder brindar más claridad en el ejercicio de esta figura jurídica para poder aplicarla en casos concretos.

CONCLUSIONES

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la figura de Apoyos y Salvaguardias, mediante Decreto Legislativo N°1384, "Decreto Legislativo que regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones", se origina a efectos de que nuestro país en el año 2001, se acoge a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, modificando y replanteando ciertos artículos del Código Civil.

La innovación de esta nueva figura jurídica, en base a un nuevo modelo social, ayuda a la inclusión de una parte de la población que representa el 10% de nuestro país, dotándoles de capacidad de ejercicio para poder ejercitar a su libre voluntad sus derechos.



Esta normativa, al ser aun novedosa para nuestros aplicadores del derecho, ha generado algunas controversias, respecto a ciertos vacíos normativos, que aún tiene, y que conforme transcurra el tiempo se irán resolviendo a través de la casuística, dotándole al Juez de una labor jurisprudencial, para resolver estos conflictos jurídicos.

Los apoyos, pueden ser personas naturales o jurídicas de derecho privado o público; y los mismos deben estar sujetos a medidas preventivas, razonables y justas para el buen ejercicio y funcionamiento de los mismos, que se materializan a través de los llamados salvaguardias.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Reynaldo Mario Tantalean Odar, Los Cuatro Procesos De Apoyos Y Salvaguardias, p.263.
<https://www.infobae.com/peru/2024/05/03/10-de-peruanos-viven-con-alguna-discapacidad-como-responden-las-leyes-a-sus-necesidades/>.

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con discapacidad.

<https://lpderecho.pe/apoyos-salvaguardias-derecho-civil/>

Decreto Legislativo N°1384, y Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP.

Gaceta Civil & Procesal Civil N° 73, Julio 2019, p 260.

Gaceta Civil & Procesal Civil N°111, Junio 2023, p. 180.



Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - noviembre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

EL PAGO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA: UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL CONFLICTO CREADO POR LA PROHIBICIÓN IMPUESTA EN UNA DIRECTIVA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A PROBAR

THE PAYMENT OF MAINTENANCE: A PROPOSED SOLUTION TO THE CONFLICT CREATED BY THE PROHIBITION IMPOSED IN A DIRECTIVE AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PROVE

Renzo Mayor Mayor



EL PAGO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA: UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL CONFLICTO CREADO POR LA ROHIBICIÓN IMPUESTA EN UNA DIRECTIVA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A PROBAR

Renzo Mayor Mayor¹

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas en el proceso de alimentos es el cumplimiento de la sentencia. De hecho, de acuerdo con una investigación realizada por la Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo, se pudo constatar que el 82.3% de las sentencias estimatorias de los procesos que se revisaron, solo el 38.9% de ellas se ejecutaron².



Y, de este universo, solo el 27.3% de las sentencias se ejecutaron entre uno (1) y cinco (5) meses, mientras que un 23.5% demoró más de quince (15) meses³.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con Segunda Especialidad en Derecho Procesal por la PUCP. Adjunto de docencia del curso de Obligaciones dictado en la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. Se ha desempeñado como jefe de Prácticas del curso de Introducción a las Ciencias Jurídicas dictado en la Facultad de Derecho de la PUCP. También se ha desempeñado como adjunto de docencia en los cursos de Revisión e Impugnación Judicial, Teoría del Conflicto, Obligaciones y Responsabilidad Civil en la Facultad de Derecho de la PUCP; así mismo, ha sido asistente de docencia en los cursos de Instituciones de Derecho Privado 2 e Introducción a la Metodología de la Investigación Jurídica. Asociado Extraordinario de la Asociación Civil Themis. Asociado en Estudio Jorge Avendaño Abogados. Correo electrónico: renzo.mayor@eja.com.pe

² DEFENSORÍA DEL PUEBLO. "El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos". Serie Informe de Adjuntía - Informe 001-2018-DP/AAC. Lima, julio de 2018, p. 86. Se debe considerar que para elaborar este informe se estudiaron 3512 expedientes archivados, con auto final o sentencia, entre 2014 hasta el primer trimestre de 2017. Ídem., p. 13.

³ Ídem., p. 87.

Estas cifras son preocupantes si se tiene presente que la materia de controversia fue la determinación de la obligación alimentaria a un sujeto en estado de necesidad y menos del 50% de las sentencias se ejecutaron. En ese sentido, de nada sirve obtener una sentencia si es que esta no se ejecuta, más aún si en última instancia, lo que se busca en un proceso de alimentos es que los beneficiarios obtengan lo indispensable para cubrir sus necesidades básicas.

Ahora bien, a efectos de garantizar que el proceso (y el pago de los alimentos) se realice con celeridad, se han dictado una serie de medidas legislativas y administrativas para flexibilizar la vía procedimental. Una de ellas es que el pago se debe realizar en una cuenta bancaria establecida en el proceso que estará abierta durante la ejecución de la sentencia. Sin embargo, esta regla fue incluida en una directiva emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y no en una ley. Por ello, la finalidad de este breve artículo es analizar el siguiente problema de investigación: ¿La cuenta bancaria establecida en el proceso es el único medio de prueba del pago de la obligación alimentaria?

A continuación, describiremos el fundamento jurídico de la obligación alimentaria. Posteriormente, desarrollaremos la inclusión de la regla del pago en una cuenta bancaria establecida por el Juzgado en el proceso de alimentos. Después, analizaremos la legitimidad de esta inclusión mediante una directiva frente al derecho fundamental a probar proponiendo una solución a esta problemática.

II. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

La Constitución Política del Perú⁴ y los instrumentos internacionales de los cuales el Perú es parte⁵ reconocen a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Esto se debe a que este grupo organizado y reducido cuyos miembros comparten diversos valores y creencias cumplen diversas funciones sociales.

⁴Constitución Política del Perú

“Artículo 4. – Protección a la familia. Promoción del matrimonio

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (...)”

⁵Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

“Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

Convención Americana sobre Derechos Humanos

“Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”



Tal como señalan Díez Picazo y Gullón, la familia cumple la función de conservación y reproducción de la especie, así como funciones políticas, económicas y sociales-culturales. La familia es el cauce para lograr la satisfacción de las necesidades primeras del individuo, como la obligación alimentaria, que se amplía cuando la relación familiar es más estrecha⁶.

Como muestra de ello, nuestra Constitución consagra la obligación de los padres de prestar alimentos, educación y seguridad a los hijos y el deber de ellos de respetar y asistir a los padres⁷. Si bien los alimentos tienen una base ética de ayudar al prójimo necesitado⁸, conforme a los instrumentos jurídicos expuestos, su fundamento reside en el "principio de solidaridad familiar, que obliga a los parientes a atender las necesidades vitales que cualquiera de ellos tenga o no pueda satisfacer por sí."⁹

Es así como el derecho alimentario es intrasmisible, irrenunciable, intransigible, e incompensable¹⁰. De la misma manera, este derecho es inembargable¹¹ y revisable¹².

Sin embargo, es distinto el derecho alimentario y la pensión alimentaria. Tal como señala Varsi Rospigliosi, "al hablar de las características de la obligación alimentaria debemos distinguirla de la pensión, vale decir de la materialización concreta y efectiva de la obligación de dar alimentos."¹³

⁶ DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Séptima edición, revisada y puesta al día. Madrid, Tecnos, 1997, pp. 33-34.

⁷ Constitución Política del Perú

"Artículo 6. - Política Nacional de población. Paternidad y maternidad responsables. Igualdad de los hijos (...)

Es deber y derecho de los padres, alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres."

⁸ AGUILAR LLANOS, Benjamín. "Las necesidades económicas del acreedor alimentario como uno de los criterios a tomar en cuenta para fijar la prestación alimentaria". En: AA.VV. Claves para ganar los procesos de alimentos. Un enfoque aplicativo de las normas, la doctrina y la jurisprudencia. Lima, Gaceta Jurídica, 2016, p. 11.

⁹ DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Op. Cit., p. 47.

¹⁰ Código Civil

"Artículo 487. -

El derecho de pedir alimentos es intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable."

¹¹ Código Procesal Civil

"Artículo 648. - Bienes inembargables

Son inembargables:

(...) 7. Las pensiones alimentarias."

¹² Al respecto, los artículos 482 y 483 del Código Civil permiten un reajuste de la pensión alimenticia y la exoneración de esta, respectivamente. Esto no significa que no exista cosa juzgada, sino que ante la variación de las circunstancias se entabla una nueva y distinta pretensión, pero siempre considerando la sentencia primigenia, que despliega los efectos positivos de la cosa juzgada. Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. "La tutela procesal del acreedor por alimentos. Entre pasado y presente". En: TORRES CARRASCO, Manuel Alberto (Coordinador). Alimentos. Doctrina, jurisprudencia y casuística. Lima, Gaceta Jurídica, 2020, pp. 29-31.

¹³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Derecho familiar patrimonial. Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar. Tomo III. Lima, Gaceta Jurídica, 2012, p. 436.

De acuerdo con el citado autor, la pensión alimentaria tiene una estructura compuesta por los siguientes elementos: (i) elemento personal, compuesto por el a) alimentista, quien es el sujeto beneficiado con los alimentos; y, b) el alimentante, que es el sujeto obligado a prestar los alimentos; y, (ii) un elemento material, que es la pensión alimenticia, que puede clasificarse en a) devengadas, aquella debida o atrasada; b) canceladas, aquella pagada o saldada; y, c) futuras, aquellas que aún no se devengan.¹⁴

Entonces, y considerando sus especiales características, es evidente que el derecho alimentario se traduce en una relación jurídica de contenido patrimonial, es decir, una relación obligatoria¹⁵. Ahora bien, independientemente de la fuente o causa jurídica de esta obligación¹⁶, se ha diseñado un proceso especial dirigido a establecer o reclamar la pensión alimenticia.

III. LA PROHIBICIÓN DEL PAGO DE LA PENSIÓN ALIMENTISTA EN UNA CUENTA BANCARIA DISTINTA A LA ESTABLECIDA POR EL JUZGADO REPOSA EN UNA DIRECTIVA SIN RESPALDO LEGAL

Este trato diferenciado se justifica en las normas y pronunciamientos internacionales y nacionales¹⁷ y no supone una afectación al debido proceso y al principio de igualdad. En efecto, el principio de vinculación y formalidad del Código Procesal Civil¹⁸ cede ante los derechos en controversia en un proceso de alimentos.

¹⁴Ídem., pp. 439-440.

¹⁵ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Obras completas. Derecho de Obligaciones. Tomo III. Madrid, Espasa-Calpe, 1988, p. 23. Aunque se precisa que el mencionado autor considera que la prestación desprovista de patrimonialidad puede integrar el objeto de la obligación. HERNÁNDEZ GIL, Antonio. "El problema de la patrimonialidad de la prestación". Revista de Derecho Privado. Madrid, 1960, p. 276. Sin embargo, como apunta FERNÁNDEZ CRUZ, la gran mayoría de la doctrina contemporánea reconoce que la patrimonialidad es el elemento central que diferencia a la obligación de los restantes deberes jurídicos particulares. Cfr. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La obligación. Apuntes para una dogmática jurídica del concepto". Themis. Lima, número 27-28, 1994, p. 49.

¹⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI señala que la prestación alimenticia se puede realizar de dos (2) maneras: (i) prestación en dinero, que es una deuda de valor susceptible de ser exigida en la vía judicial; y, (ii) prestación en especie, que se realiza mediante la satisfacción de los alimentos en sus mismos productos. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ídem, pp. 458-459.

¹⁷ Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 4 de la Constitución Política del Perú; artículo VIII y IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes; y, sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los siguientes expedientes 1665-2014-PHC/TC (FJ 18-19), 4937-2014-PHC/TC (FJ 10) y 2132-2008-PA/TC (FJ 11).

¹⁸ Código Procesal Civil

"Principios de vinculación y formalidad
Artículo IX. -

Las normas contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. Las formalidades previstas en este Código son imperativas.

Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, este se reputará válido cualquiera sea la empleada."



De la misma manera, el trato diferenciado no atenta contra el principio a la igualdad dado que la diferencia tiene una justificación objetiva y razonable. Así, los derechos en controversia permiten que el proceso se adecúe a los logros de su finalidad¹⁹. En ese sentido, el legislador está obligado a diseñar técnicas procesales idóneas para que se pueda lograr la finalidad del proceso de alimentos. Tal como señala Marinoni.

"Entre tanto, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, cuando se dirige contra el juez, no exige sólo la efectividad de la protección de los derechos fundamentales, sino que la tutela jurisdiccional sea prestada de manera efectiva para todos los derechos. Tal derecho fundamental, por eso mismo, no requiere sólo de técnicas y procedimientos adecuados para la tutela de los derechos fundamentales, sino de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos."²⁰ (el énfasis es nuestro)

En efecto, el legislador había concentrado el proceso de alimentos en la vía del proceso sumarísimo en el Código Procesal Civil, pero se introdujeron una serie de modificaciones a fin de flexibilizar el presente proceso. Es así como el legislador introdujo, mediante Ley 28439 publicada el 28 de diciembre de 2004, la obligación de abrir una cuenta de ahorros que servirá únicamente para el pago y cobro de la pensión alimenticia. También, se introdujeron medidas administrativas destinadas a agilizar el proceso de alimentos y su ejecución, estableciendo un rol más activo del Juez. En efecto, ahora, es el Juez quien, de oficio, ordena que se abra una cuenta de ahorros²¹, la que permanece habilitada durante toda la etapa de ejecución²², exige que el pago de las pensiones alimenticias se realice en

¹⁹ VILLALOBOS MENDOZA, Héctor Manuel. "El proceso de alimentos y el trato diferenciado". Llapanchikpak. Lima, volumen 5, número 7, 2023, pp. 122-136.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Traducción de Aldo Zela Villegas. Lima, Palestra, 2007, p. 230.

²¹ Directiva 022-2022-CE-PJ, Ejecución de sentencias de pensión de alimentos para niñas, niños y adolescentes (Versión 001)

"7.6. Pago de pensiones de alimentos devengadas

7.6.1. *Se debe fijar de forma prioritaria y como regla, la utilización de las cuentas de ahorros del Banco de la Nación. El juzgado ordena de oficio, al inicio del proceso, la apertura de una cuenta para la parte demandante."*

²² Directiva 022-2022-CE-PJ, Ejecución de sentencias de pensión de alimentos para niñas, niños y adolescentes (Versión 001)

"7.6. Pago de pensiones de alimentos devengadas (...)

7.6.2. *La numeración de cuenta debe ser consignada expresamente, en la conciliación y/o en la sentencia de forma obligatoria. Dicha cuenta debe permanecer habilitada durante toda la etapa de ejecución de la pensión de alimentos."*

dicha cuenta²³, y prohíbe que se realicen pagos de alimentos en una cuenta distinta, bajo sanción de multa²⁴. Sin embargo, la Directiva 022-2022-CE-PJ, Ejecución de sentencias de pensión de alimentos para niñas, niños y adolescentes (Versión 001), aprobada mediante Resolución Administrativa 000356-2022-CE-PJ (en adelante, la "Directiva"), que sirve de soporte a estas medidas se sustenta únicamente en la Ley 30466, la Resolución Administrativa 090-2016-CE-PJ, y el artículo 82, inciso 26), del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁵. Estos instrumentos no exigen que el pago de las pensiones alimenticias se realice en la cuenta establecida por el Juzgado ni sancionan el pago realizado en una cuenta distinta.

De hecho, la Ley 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, establece parámetros de aplicación del interés superior del niño y garantías procesales, pero siempre considerando que, ante algún conflicto entre el interés superior del niño, desde el punto de vista individual y de un grupo de niños o niños en general, se debe resolver caso por caso²⁶. Es decir, no establece prohibiciones ni sanciones sobre el pago de la pensión de alimentos en cuenta distinta a la establecida en el marco de un proceso de alimentos.

De la misma manera, la Resolución Administrativa 090-2016-CE-PJ, aprueba el "Plan Nacional de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad-Poder Judicial del Perú 2016-2021". Este plan no contiene alguna prohibición o sanción sobre el pago de la pensión de alimentos en cuenta distinta a la establecida en el marco de un proceso de alimentos bajo ningún objetivo, estrategia, producto o meta del Primer Eje.

²³ Directiva 022-2022-CE-PJ, Ejecución de sentencias de pensión de alimentos para niñas, niños y adolescentes (Versión 001)

"7.6. Pago de pensiones de alimentos devengadas (...)

7.6.3. Los abonos de las pensiones de alimentos devengadas deben realizarse directamente a la cuenta de ahorros aperturada por el juzgado para la parte demandante."

²⁴ Directiva 022-2022-CE-PJ, Ejecución de sentencias de pensión de alimentos para niñas, niños y adolescentes (Versión 001)

"7.6. Pago de pensiones de alimentos devengadas (...)

7.6.4. Queda prohibido que se efectúen pagos en otras cuentas distintas a la fijada en el proceso, precisando que es de uso exclusivo para la pensión de alimentos, bajo sanción multa en caso de incumplimiento por alguna de las partes."

²⁵ Véase Considerandos Quinto y Octavo de la Resolución Administrativa 000356-2022-CE-PJ.

²⁶ Ley 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño

"Artículo 4. Garantías procesales (...)

Los posibles conflictos entre el interés superior del niño, desde el punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general, se resuelven caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando una solución adecuada. Lo mismo se hace si entran en conflicto los derechos de otras personas con el interés superior del niño."



Así también, el artículo 82, inciso 26), del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁷ únicamente le atribuye al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial la posibilidad de adoptar acuerdos y medidas para que las dependencias del Poder Judicial funcionen con celeridad. Sin embargo, el Consejo Ejecutivo no puede condicionar la decisión del Juez.

En efecto, el Magistrado es independiente y como tal únicamente está sometido a la Constitución y al Derecho y no a otros órganos de gobierno, incluso al interior del Poder Judicial²⁸.

En consecuencia, el citado artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial no podría condicionar la decisión del magistrado respecto al pago de la pensión de alimentos en una cuenta distinta a la establecida en el marco de un proceso de alimentos.

IV. UNA PROPUESTA AL PROBLEMA DEL PAGO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA EN UNA CUENTA BANCARIA DISTINTA A LA ESTABLECIDA POR EL JUZGADO

Esta atingencia es relevante dado que, muchas veces, el alimentista realiza el pago en una cuenta distinta a la establecida por el Juzgado y este no es contabilizado.

A ello se debe agregar que para resolver cualquier reclamo derivado del incumplimiento del pago, el Juez solicita un informe de movimientos de la cuenta bancaria²⁹ a la entidad bancaria. No obstante, en ningún momento se limitó el análisis de los pagos realizados por el alimentista a este informe de la entidad bancaria.

²⁷ Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial
"Artículo 82.- Funciones y Atribuciones del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial
Son funciones y atribuciones del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial:

(...)

26. Adoptar acuerdos y demás medidas necesarias para que las dependencias del Poder Judicial funcionen con celeridad y eficiencia y para que los magistrados y demás servidores del Poder Judicial se desempeñen con la mejor conducta funcional."

²⁸ El Tribunal Constitucional en el Expediente 0004-2006-PI/TC (FJ 18) ha tenido ocasión de pronunciarse frente al principio de independencia judicial y señalar lo siguiente: "El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños (otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial) a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso."

²⁹ TEJERO MONTERO, Mónica Carolina. "¿Se contabilizan los depósitos por pensión de alimentos que realice el demandante en otra cuenta que no sea la exclusiva para alimentos?" LP-Pasión por el Derecho. Lima, 14 de octubre de 2019. Consulta: 16 de octubre de 2024. Recupero de: <https://lpderecho.pe/contabilizan-depositos-pension-alimentos-realice-demandante-otra-cuenta-no-exclusiva-alimentos/>

Código Procesal Civil

"Artículo 566.- Ejecución anticipada y ejecución forzada

La pensión de alimentos que fije la sentencia debe pagarse por período adelantado y se ejecuta aunque haya apelación. En este caso, se formará cuaderno separado. Si la sentencia de vista modifica el monto, se dispondrá el pago de éste.

Obtenida sentencia firme que ampara la demanda, el Juez ordenará al demandado abrir una cuenta de ahorros a favor del demandante en cualquier institución del sistema financiero. La cuenta sólo servirá para el pago y cobro de la pensión alimenticia ordenada.

Cualquier reclamo sobre el incumplimiento del pago será resuelto con el informe que, bajo responsabilidad, emitirá la entidad financiera a pedido del Juez sobre el movimiento de la cuenta. Asimismo, en reemplazo de informe pericial, el Juez podrá solicitar a la entidad financiera que liquide el interés legal que haya devengado la deuda.

Las cuentas abiertas única y exclusivamente para este propósito están exoneradas de cualquier impuesto. En los lugares donde no haya entidades financieras, el pago y la entrega de la pensión alimenticia se hará en efectivo dejándose constancia en acta que se anexará al proceso." (el énfasis es nuestro)

La pensión alimenticia, como hemos señalado anteriormente, es una relación obligatoria y, de acuerdo con el Código Civil, la prueba del pago le incumbe a quien alega haberlo efectuado³⁰. Entonces, estamos ante una Directiva que, sin ser o ampararse en una ley³¹, limita el derecho fundamental a probar del alimentante que cumplió con realizar el pago que debe ser analizada por el Juzgador y no aplicada de manera irreflexiva y automática. Tal como señala Bustamante Alarcón, "El carácter fundamental del derecho a probar³² implica también una nueva lectura de las normas jurídicas, a fin de que sean interpretadas de la forma más favorable para la efectividad de este derecho.

³⁰ Código Civil

"Artículo 1229. -

La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado."

³¹ De acuerdo con ABAD YUPANQUI, "(e)n todos estos casos el legislador -y sólo él pues entendemos que existe una "reserva de ley"-, de una u otra manera, se involucra en la esfera de los derechos fundamentales." ABAD YUPANQUI, Samuel B. "Límites y Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: Estudio Preliminar". Themis. Lima, número 21, 1992, p. 11.

³² El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en el Expediente 6712-2005-PHC/TC (FJ 13) y señalar lo siguiente: "El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado este Tribunal en la sentencia del Expediente N.º 010-2002-AI/TC, constituye un elemento implícito de tal derecho. Por ello, es necesario que su protección sea realizada a través del presente proceso constitucional.

(...) De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Sólo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio."



No cabe duda que si una norma jurídica, pese a querer proteger otro valor o principio fundamental, limita el derecho a probar en forma desproporcionada, será inconstitucional. Al mismo juicio se llegará si el derecho a probar es restringido por un acto o decisión del juzgador sin ninguna razonabilidad.³³”

En consecuencia, la Directiva no puede limitar el derecho fundamental a probar del alimentante que realizó el pago de la pensión alimenticia en una cuenta bancaria distinta a lo establecida por el Juzgado. Por lo tanto, el Juez válidamente puede analizar el caso concreto e inaplicar la prohibición de que los pagos de alimentos se realicen en una cuenta distinta y la sanción de multa.

Ahora bien, es cierto que las resoluciones judiciales se deben cumplir en todos sus términos. Sin embargo, también debe considerarse que algunos principios y normas procesales como las formalidades en el proceso de alimentos, como proceso de familia, se flexibilizan en atención a la naturaleza del conflicto que debe solucionar.

Así, en el Tercer Pleno Casatorio, como precedente vinculante se estableció lo siguiente³⁴ :

“Segundo. Así mismo, declara que CONSTITUYE PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE las siguientes reglas:

1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.”

Por lo tanto, así se haya recogido lo dispuesto por la Directiva en una resolución judicial que haya sido consentida por el alimentante, la formalidad cede ante el derecho fundamental a probar y la flexibilidad de las normas procesales en un proceso de familia.

³³ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial”. *Ius et Veritas*. Lima, año 8, número 14, 1997, p. 185.

³⁴ TERCER PLENO CASATORIO CIVIL. Casación 4664-2010-Puno.

En esa línea, es válido el pago realizado por el alimentante en una cuenta distinta a la establecida por el Juzgado, en atención a la flexibilidad de las normas procesales en un proceso de familia.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La Directiva establece una serie de pautas que favorecen la ejecución de una sentencia emitida en un proceso de alimentos que tenía una baja tasa de ejecución. Si bien aún es pronto para analizar la efectividad de esta medida, al prohibir que se realice el pago en una cuenta bancaria distinta a la establecida por el Juzgado o, incluso, sancionar ello con una multa, se atenta contra el derecho fundamental a probar del alimentista. Por ello, el pago realizado en la cuenta bancaria establecida por el Juzgado no es el único medio de prueba de cumplimiento de la obligación alimentaria.

Si la finalidad de un proceso de alimentos es que se realice el pago de la pensión alimenticia, la prohibición que incluye la Directiva no atiende a la realidad y expone al deudor alimentante a una falsa situación de incumplimiento con las consecuencias que ello implica. A efectos de evitar una injusticia, el ordenamiento jurídico provee a los Magistrados de las herramientas necesarias para inaplicar la prohibición establecida en la Directiva y permitir que el alimentista pueda acreditar con los medios que estime pertinentes el pago realizado.





Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - noviembre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

DISCUSIÓN SOBRE LA IMPORTANCIA DE PROBAR EL CONTEXTO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN EL PERÚ

DISCUSSION ON THE IMPORTANCE OF PROVING THE CONTEXT OF DOMESTIC VIOLENCE IN PERU

José Carlos Torres Zamora
Docente universitario de la Universidad Tecnológica del Perú
Sede Chiclayo



DISCUSIÓN SOBRE LA IMPORTANCIA DE PROBAR EL CONTEXTO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN EL PERÚ

José Carlos Torres Zamora¹

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 122-B del Código Penal peruano exige que “los actos de agresión contra los integrantes del grupo familiar deben haberse suscitado dentro de alguno de los contextos como violencia familiar, coacción, hostigamiento o acoso sexual, abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente o cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente”.

En este estudio se hará hincapié en la necesidad de que se acredite con medios probatorios idóneos dichos contextos tomando en cuenta que en estos últimos tiempos se ha incrementado los casos de violencia familiar y se requiere un pronunciamiento motivado y bien razonado por los jueces penales que resuelven los casos puestos a su conocimiento.

Contextos como el de confianza o abuso de poder previstos por el legislador no han tenido un desarrollo jurisprudencial suficiente debido a que los fiscales optan por acreditar los otros contextos por ser más fáciles de demostrar pero que vista la problemática con una amplitud que enfoque tanto la preocupación social y jurídica, debería también merecer importancia.

El abuso de poder, confianza o cualquier posición o relación que le confiere autoridad al agente se consideran como las conductas propias del llamado prevalimiento, es decir, de aquella acción de aprovechamiento de la condición o poder que tiene el agresor sobre la víctima para violentarla de forma privada o pública (Espinoza, 2022, p. 50); sin embargo, lo único que prevalece en este delito de violencia contra los integrantes del grupo familiar en los pronunciamientos judiciales peruanos es reiterar la agresión o violencia que establece la Ley y su

¹ Docente universitario de la Universidad Tecnológica del Perú – sede Chiclayo
c22510@utp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4652-243X>



Reglamento, dejando de lado el contexto en que se suscitó dicha agresión o sólo se hace referencia que se cohabita en el mismo inmueble o refiere que el agresor y la víctima han sido pareja, siendo, para sus términos, suficiente para acreditar el contexto de violencia familiar.

Entonces, ¿es necesario probar los contextos en los que ocurre la violencia doméstica? El autor de este artículo considera que sí es indispensable, por lo tanto, este estudio encuentra una justificación social porque pretende beneficiar a la sociedad vulnerable que padece agresiones por parte de un integrante del grupo familiar, así como a la sociedad en general, porque una adecuada respuesta por parte de la administración de justicia permitirá a la población tener la tranquilidad de que actos tan vejatorios no sean impunes.

II. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

Sostiene Sierra (2022) que la violencia doméstica comenzó a ser objeto de interés para la dogmática hacia fines del siglo XX, de ahí que sigue siendo punto de debate. La violencia de pareja es un hecho social con múltiples causas y manifestaciones, y su incidencia es alta en todos los países del mundo, por lo que es necesario seguir cubriéndola y estudiándola (Castellanos y Redondo, 2022, p. 243).

Es por ello que, a nivel internacional, este tema recibe atención constante, dando como resultado el desarrollo y adopción de instrumentos supranacionales que imponen obligaciones a los Estados con base en la necesidad de prevenir y erradicar todas las formas de violencia y discriminación contra las mujeres, lo que significa necesariamente todas las formas de violencia a las que se ve sometida la mujer en el hogar, e indudablemente incluye también la violencia sexual (Cox, 2019, pp. 91-92).

Las regiones del Perú no han sido ajenas a este mal de violencia contra los integrantes del grupo familiar, a pesar de contar protocolos en el marco de la Ley N.º 30364, el objetivo no se viene logrando, muy por el contrario, las cifras siguen en aumento y uno de los problemas radica en que muchos agresores resultan absueltos por falta de medios probatorios que acrediten el contexto en que ocurrieron los hechos.

A raíz de las recomendaciones en materia de violencia contra las mujeres y niñas, se hizo un balance de la política pública sobre el tema en el Perú en el que se pudo concluir que existe una descoordinación en el desarrollo e implementación de diferentes instrumentos que no son eficientes ni eficaces porque cada institución adopta normativas diferentes (Defensoría del Pueblo, 2022, p. 16).

Es más, no sólo adoptan estrategias diferenciadas, sino que muchas veces dos instituciones se avocan al proceso, ya sea a través de un Centro Emergencia Mujer perteneciente al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables que brindó la asesoría legal desde la denuncia o ya sea la Defensa Pública perteneciente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, cuyos abogados y defensores de víctimas, respectivamente son requeridos por fiscales o jueces para participar en diligencias o audiencias. Es decir, no existe una coordinación interinstitucional y en vez de evitar redundar en el servicio a la parte agraviada, se genera que se desplieguen acciones a favor de una persona que ya cuenta con asesoría dejando de atender a otras tantas que efectivamente sí lo requieran.

En este sentido, una comprensión plena de las identidades sociales involucradas, del perfil del agresor, del tipo de agresión y las características de la víctima, pueden ser aliados en planes de acción y políticas concretas que prioricen temas relacionados con la violencia contra las mujeres, es decir, un desarrollo de acciones preventivas y mejora de la política nacional existente (Souza y Cassia, 2022, p. 226).

La actuación institucional, como resalta Cruz-Triviño y García-Callejas (2022) debe ser monitoreada por otras autoridades competentes a fin de brindar mayores garantías y fortalecer los procedimientos de reparación en los casos que se presenten con base en el tipo de victimización reiterada. En este sentido, la atención a las víctimas requiere erradicar la apatía y la violencia institucional para dar una respuesta integral a las necesidades de la población afectada.

De esta manera, como sostiene Francis (2023) si al momento de que una víctima denuncia por violencia a su pareja, se realiza la evaluación de los factores de riesgo y a su victimario de la conducta violenta, se podría articular la evaluación de manera que se elabore un plan de gestión del riesgo y así ambos reciban atención oportuna:



en la víctima con miras a la reparación y en el victimario con la esperanza de disminuir la reincidencia de dicha conducta.

En los últimos años a través de Acuerdos Plenarios se han sentado bases importantes sobre temas en discusión en la jurisprudencia, así se tiene al Acuerdo 2-2005/CJ-116 que es de suma relevancia sobre todo para el delito que se analiza en este artículo porque como se sabe la víctima a veces lo es en silencio ya que las ofensas o agresiones físicas no se materializan delante de otros, por lo que se ha establecido de manera clara las exigencias que debe cumplir la sindicación del agraviado, ello con la finalidad de que su declaración testimonial sea valorada por el juzgador y sirva, de ser el caso, para condenar al agresor.

No obstante, aún la logística juega en contra de la víctima por la demora en la atención de médicos legistas, la programación de las diligencias preliminares, lo que se debería al reducido personal con el que se cuenta para afrontar esta problemática.

III. EL CONTEXTO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

La violencia contra las mujeres y los miembros de la familia adopta muchas formas. Su "contexto" deriva del referente común de la sociedad, pero su manifestación en actos de violencia es el resultado de la interacción con los factores personales de cada agresor. Este "contexto" compartido de referencias culturales da a los perpetradores una motivación común para cometer actos de violencia. La violencia puede ocurrir tanto en la esfera privada como en la pública, en diferentes entornos y situaciones, e incluso puede variar de un país a otro. Pueden ocurrir dentro de una familia, una unidad familiar, o cualquier otra relación o parte de una sociedad o país (Plácido, 2020, p. 398).

A nivel comparado, un análisis de los casos de la Corte Suprema de Colombia muestra que el núcleo de la interpretación de la norma "violencia intrafamiliar" del objeto penal activo es la familia. Durante la mayor parte de la segunda década del siglo XXI, la unidad familiar se basó en la convivencia o cohabitación permanente, por lo que la procreación no era suficiente para constituir un delito (Vergel y Parra, 2021, p. 33).

Ahora existe un amplio acuerdo sobre ciertas condiciones que deben cumplirse para definir una conducta como violenta: debe existir un contexto social interpersonal o intergrupalo, intencionalidad y daño causado por la conducta agresiva. Esta definición allana el camino para las variantes agresivas en el sentido de que tienen un comportamiento adaptativo o de supervivencia. Por lo tanto, existe una diferencia conceptual entre agresión y violencia en el sentido de que las personas son naturalmente agresivas pero pacíficas o violentas según la cultura en la que se desarrollen (Plácido, 2020, p. 128).

Así, la agresión es adaptativa y la violencia tiene un componente cultural importante. Es la cultura la que convierte la agresión en violencia, porque incluso los instintos pueden ser moldeados por la cultura. Así, la violencia es el resultado de la interacción de la agresión natural y la cultura (Plácido, 2020, p. 129).

A manera de comparación, en Chile, la Ley de Violencia Intrafamiliar, independientemente del contexto, exige que la violencia doméstica debe referirse precisamente a la injusticia, que sin duda va más allá de meros actos de violencia y daños al cuerpo y la mente. Chile se encuentra atrasado en la regulación de la violencia intrafamiliar pues ha sido considerada "controvertida" por implicar la intervención estatal en el ámbito doméstico, la privatización o reducción del carácter cíclico de la esfera privada en ausencia de un modelo de intervención estatal, desigualdad hacia la mujer, por lo que puede calificarse de desfavorecida (Fernández, 2019, p. 508).

En otras palabras, en relación al contexto de Chile, regular la esfera privada significa reconocer la existencia de ciertas injusticias estructurales, y corregirlas en la esfera privada significa regular el acceso al poder económico y político de aquellos tradicionalmente relegados. En otras palabras, el carácter político del ámbito doméstico no puede reducirse a la integridad física o la salud de los miembros de la familia (Fernández, 2019, p. 509).



La sentencia busca llegar a la pretensión punitiva del gobierno en su monopolio, sobre la administración de justicia, la privación de libertad del agresor, su presunción y declaración de inocencia, así como la reparación del daño a la víctima, pero esto no se puede lograr, si a todas luces no se procede conforme a derecho y esta norma es letra muerta (Hernández, 2020, p. 387).

A manera de evidenciar esta realidad, se tiene que, en el distrito judicial de Cajamarca, los jueces respecto al contexto de confianza en los delitos de violencia familiar en el año 2019 señalaron que es deficiente, ya que en las 45 sentencias analizadas no se logró observar el desarrollo de dicho contexto (Mendoza y Bringas, 2021, p. 44).

Lo que respalda la importancia de mirar los contextos, en el caso de Cajamarca, el de confianza, para que además de obtener pronunciamientos con una motivación judicial que cumpla estándares de calidad, también brinden una respuesta a la sociedad ante esta problemática.

Por su parte, en Arequipa en las fiscalías especializadas en combatir estos delitos toman como contextos a la responsabilidad, confianza o autoridad; situación que es abordada de manera diferente por las fiscalías especializadas de Ilo que toman en cuenta la motivación destructiva, verticalidad, periodicidad, progresividad o el estado de vulnerabilidad de la víctima, (Núñez y Cruz, 2021, p. 98), es decir, no existe uniformidad en los criterios que adoptan los representantes del Ministerio Público que luego de su investigación llevarán a juicio al agresor.

Se cree conveniente realizar estos comentarios desde un punto de vista teórico que es necesario porque como bien lo han advertido algunos otros estudios como el de Huisa (2021) la falta de precisión en los elementos que componen el tipo penal en comento debe ser mejorados en concordancia con el principio de estricta legalidad.

La violencia contra los miembros de la familia se entiende como el abuso de poder sobre las personas que el perpetrador considera vulnerables, ya que se relaciona con variables como el género, la orientación sexual y la edad de la víctima, donde los más vulnerables son las mujeres, los niños y personas con discapacidad (física, psíquica, intelectual o sensorial). Una relación abusiva es una situación en la que una persona que tiene más poder abusar de otra para controlar la relación; entendida así, es expresión de dinámicas familiares basadas en la desigualdad o asimetría de poder (Plácido, 2020, pp. 128-129).

Las normas, reglas o decisiones que se obtengan a través del procedimiento democrático deben asegurar que no se lesione el principio de igualdad esencial y que se promueva la superación y/o compensación de las desigualdades accidentales. Se hace mención a ello porque ante las desigualdades advertidas para los grupos vulnerables, definitivamente, son hacia ellos donde el Estado debe desplegar todos sus esfuerzos para que las barreras se acorten y no sea esa desigualdad lo que juegue en contra del niño o de la mujer dentro del hogar frente a un hombre agresivo.

Sin perjuicio de ello, las falencias que se han podido apreciar en las investigaciones fiscales y a su vez en sus requerimientos es que no se indaga sobre los contextos en los que se dio la agresión sino que bastaría para ellos con la declaración del agraviado, acogiéndose a los alcances del Acuerdo Plenario ya mencionado para dar por cierto que los hechos de violencia se han desarrollado como producto de una relación conyugal o dentro de una convivencia cuando si se quisiera ahondar en el tema podría ser mérito de observación pues aunque en el país se reconoce la existencia de uniones de hecho propias e impropias, también requieren de que sean probadas y no basta.

Se reitera, con la declaración de la parte agraviada puesto que el agresor podría señalar lo contrario y en ese caso el fiscal si no realizó una investigación exhaustiva en el que le hubiera solicitado a la víctima que acredite con fotografías, videos y declaraciones testimoniales de personas que pueden corroborar que en efecto convivieron por determinado lapso, se podría crear la duda en el juzgador y por tanto absolver al no cumplirse el tipo penal en relación al contexto.



Sobre la evaluación de los contextos en este delito, se tiene la Casación N°.1636-2019 Ica, Casación N°.851-2018 Puno, Recurso de Nulidad N°.398-2019 Lima Norte.

Recurso de Nulidad N°.760-2020 Lima y la Casación N°.1960-2019 Ica, mediante los cuales se establece los criterios fundamentales porque hay el reconocimiento del mandato convencional y constitucional específico para los jueces: “evitar que se mantengan prácticas de tolerancia de violencia contra las mujeres, evitar la valoración sesgada y con estereotipos y evaluar el contexto previo que implica no solo la evaluación del hecho concreto sino también la evaluación de todos los elementos previos porque permitirá establecer las relaciones de discriminación, las situaciones asimétricas, entre otros”.

Se considera, por tanto, que doctrinariamente y también jurisprudencialmente se necesita ahondar en los alcances de los diversos contextos establecidos por el legislador que precisamente, a consideración del autor, fueron plasmados en la norma penal con la finalidad de abarcar la mayor cantidad de circunstancias en los que una persona podría ser víctima. Pasarlo a la ligera o no intentar probarlo implica además que no se está cumpliendo cabalmente con las funciones investigadoras que revisten el rol del fiscal y por ende se deje impunes casos que ameritarían una sanción.

IV. CONCLUSIONES

La discusión sobre el contexto de la violencia doméstica en el Perú y su importancia de probarla en las investigaciones fiscales que permitan contar con un requerimiento acusatorio que pueda demostrar en el juicio oral la responsabilidad penal del agresor ha sido demostrada para lo que se requiere recurrir a la ciencia de la Victimología para hacerle comprender a la víctima la necesidad de que se involucre en el proceso penal suministrando el suficiente material probatorio que permita acreditar el contexto en el que ocurrieron los hechos denunciados. Así como reciba por parte del Estado un acompañamiento emocional que logre fortalecerla para que llegado el momento de su examen en el juicio no opte por guardar silencio ya que al ser la pieza clave de este delito, la teoría del caso del fiscal no podría ser demostrada y como muestra la experiencia, conllevaría a un retiro de acusación que finalmente será aprobada por el juzgador.

Se reconoce que probar los contextos establecidos en el artículo 122-B del Código Penal peruano no es una tarea sencilla ya que se requiere precisamente que la víctima entienda que ella es quien debe coadyuvar a esclarecerlos y lamentablemente por el ciclo de la violencia en el que atraviesa podría intentar desistirse, no acudir a juicio o variar los hechos denunciados, con la finalidad de que su agresor no sea condenado.

También se hace mención que, aunque la carga procesal que soportan los diversos despachos fiscales a nivel nacional constituye todo un reto, ello no es justificación para que las investigaciones no sean céleres, pero a la vez exigentes. Es más, el legislador peruano previendo la búsqueda de una sanción rápida y eficaz es que creó un proceso especial denominando proceso inmediato al cual pueden someterse investigaciones que no requieran mayor probanza, como podría ser el del delito de agresiones si se contara con el certificado médico legal o la pericia psicológica, así como de documentos que demuestren el contexto en el que se llevó a cabo los hechos denunciados.

Analizar cada uno de los contextos establecidos en el artículo 122-B del Código Penal peruano no ha sido materia de este artículo; no obstante, se sugiere que debería ser preocupación de los estudiosos del Derecho, sobretodo de fiscales penales, que ahonden sobre ellos, ya que de una vista genérica se ha podido verificar que el delito de agresiones en contra de la mujer e integrantes del grupo familiar aún permite realizar estudios profundos, como el de cada uno de sus contextos.

V. BIBLIOGRAFÍA

Castellanos, L. J. y Redondo, J. (2022). "Violencia de pareja: reflexión desde el enfoque sistémicocomunicacional", Revista Eleuthera, Vol. 24, N°.1, pp. 236-248.

Cox, A. E. (2019). El delito de violación en el contexto de violencia intrafamiliar: análisis del artículo 369 del Código Penal. Tesis de maestría. Obtenido de <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/183088>



Cruz-Triviño, I. L. & García-Callejas, V. C. (2022). "Comparativo de protocolos de atención a mujeres víctimas de violencia basada en género. 'De la política pública a la realidad'", Revista Criminalidad, Vol. 64, N°1, pp. 9-33.

Defensoría del Pueblo. (2022). Anexo al Informe de la Defensoría del Pueblo del Perú para el Cuarto Ciclo del Examen Periódico Universal. Obtenido de https://www.defensoria.gob.pe/categorias_informes/informe-defensorial/

Espinoza, N. (2022). El delito de agresiones contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Lima: Grijley E.I.R.L.

Fernández, J. M. (2019). "La Ley de Violencia Intrafamiliar, el bien jurídico protegido y el patriarcado: un estudio preliminar, Política Criminal, Vol. 14, N° 28, pp. 492-519.

Francis, M. A. (2023). Círculo de la violencia y factores de riesgo. Estudio de casos. Revista Oficial Del Poder Judicial, 15(19), 377-398. <https://doi.org/10.35292/ropj.v15i19.698>

Hernández, D. (2020). "Ausencia de sentencias del delito de violencia familiar: crimen invisible y a la vez presente en la cultura en México", Derecho y Cambio social, N°.61, pp. 373-391.

Huisa, S. N. (2021). Análisis de la tipicidad del delito de violencia doméstica, año 2020. Tesis de maestría. Obtenido de <https://hdl.handle.net/20.500.12692/77161>

Mendoza, E. J. & Bringas, L. M. (2021). El contexto de confianza en los delitos de violencia familiar en el distrito judicial de Cajamarca del año. Tesis para obtener el título de abogado. Obtenido de <http://repositorio.upagu.edu.pe/handle/UPAGU/1823>

Núñez, L. R. & Cruz, Y. F. (2021). Análisis de los criterios que utilizan las fiscalías especializadas para calificar las denuncias de violencia familiar en los distritos fiscales de Arequipa e Ilo, durante el periodo enero 2020/ julio 2021. Tesis para obtener el título de abogado. Obtenido de <https://hdl.handle.net/20.500.12867/5716>



Plácido, A. F. (2020). *Violencia familiar contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*, Lima: Instituto Pacífico.

Sierra, C. (2022). "Aproximación a la defensa preventiva en el caso del tirano familiar: ¿necesitamos una teoría del control coercitivo?", *Revista Ius et Praxis*, N°.2, pp. 160-181.

Souza, L. & Cassia, R. (2022). "Violencia intrafamiliar en el contexto de aislamiento social por la pandemia del covid-19. Brasil", *Universidade Federal de Viçosa*, N°. 144, pp. 213-232

Vergel, D. & Parra, M. A. (2021). *Evolución legal y jurisprudencial en la configuración del sujeto activo del delito de violencia intrafamiliar en el contexto colombiano*. Tesis para obtener el título de especialización. Obtenido de <https://hdl.handle.net/10901/20208>





Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - noviembre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

INCORPORACIÓN DEL CONSUMO DE ALCOHOL EN LA LEY 30364: MEJORANDO LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA FAMILIAR

INCORPORATING ALCOHOL CONSUMPTION INTO LAW 30364: ENHANCING PROTECTION FOR DOMESTIC VIOLENCE VICTIMS

Nohely Del Rocío Serquén Palomino
Roger Edmundo Reyes Luna Victoria



INCORPORACIÓN DEL CONSUMO DE ALCOHOL EN LA LEY 30364: MEJORANDO LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA FAMILIAR

Mg. Nohely del Rocío Serquén Palomino¹
<https://orcid.org/0000-0001-5981-7785>

Mg. Reyes Luna Victoria, Roger Edmundo²
<https://orcid.org/0000-0002-2301-2288>

RESUMEN

Esta investigación aborda el aumento de la violencia familiar en Chiclayo, asociado con el consumo de alcohol por parte de los agresores. Dado que Perú es el tercer país en Latinoamérica en consumo de alcohol (OMS, 2023) y ha visto un incremento del 65% en el consumo entre 2020 y 2022 (Ministerio de Salud), se identifica una laguna en la Ley N° 30364, que no considera el consumo de alcohol como un factor de riesgo para medidas de protección. El objetivo de este estudio fue proponer modificaciones a los artículos 32° y 33° del TUO de la Ley N° 30364, incorporando el consumo de alcohol como criterio para la protección de víctimas. La investigación, de tipo no experimental explicativo-propositivo con enfoque mixto, se basó en encuestas a magistrados y análisis de 50 expedientes de violencia familiar en Chiclayo. Los resultados confirmaron que el consumo de alcohol es un factor de riesgo significativo, sugiriendo la necesidad de actualizar la normativa para mejorar la protección de las víctimas mediante una propuesta de ley.

PALABRAS CLAVE

Alcohol, alcoholismo, víctima, violencia, medidas de protección.

ABSTRACT

This study investigates the rise in domestic violence in Chiclayo, linked to alcohol consumption by perpetrators. With Peru ranking third in Latin America for alcohol consumption (WHO, 2023) and a 65% increase in consumption from 2020 to 2022 (Ministry of Health), the current Law N° 30364 lacks consideration of alcohol use as a risk factor for protective measures. The main objective was to propose amendments to Articles 32° and 33° of the TUO of Law N° 30364 to include alcohol consumption as a criterion for protective measures. The research, a non experimental explanatory-propositional study with a mixed-methods approach, utilized surveys of family court judges and analysis of 50 domestic violence case files in Chiclayo. Findings confirmed that alcohol consumption is a significant risk factor, indicating the need for legislative updates to enhance victim protection through a proposed legal reform.

¹ Universidad Señor de Sipán, Pimentel, Lambayeque, Perú. Abogada, Asistente Judicial Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Email: seryle2795@gmail.com

² Universidad Señor de Sipán, Pimentel, Lambayeque, Perú. Abogado, docente de Postgrado de la Universidad Señor de Sipán. Email: rlunarog@uss.edu.pe / roger.reyes.lunavictoria@gmail.com



KEYWORDS:

Alcohol, alcoholism, victim, violence, protective measures

I. INTRODUCCIÓN

A nivel mundial, aproximadamente 736 millones de mujeres son víctimas de violencia familiar (VF) perpetrada por sus parejas, lo que equivale a una de cada tres mujeres mayores de 15 años (ONU Mujeres, 2023). Este alarmante fenómeno es ampliamente cubierto por los medios de comunicación y las redes sociales, revelando un panorama preocupante que, en casos severos, puede resultar en la muerte de las víctimas, con una media de cinco mujeres fallecidas por hora según Noticias ONU (2021). En este contexto, el consumo de alcohol emerge como un factor relevante en la dinámica de la violencia familiar.

La violencia familiar, según la Asociación Americana de Psiquiatría (APA, 2015), abarca una gama de comportamientos abusivos, incluyendo daño físico, sexual y psicológico, ejercidos por una persona en una relación íntima para mantener un control abusivo del poder. Aunque este fenómeno afecta predominantemente a mujeres, su impacto se extiende a toda la familia, evidenciando un problema social que va más allá del desarrollo humano.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) clasifica la violencia familiar en categorías psicológica y sexual, y señala que el consumo excesivo de alcohol es un agente de riesgo significativo, tanto en los agresores como en las víctimas (2017). En este marco, el Instituto Nacional sobre Abuso de Alcohol y Alcoholismo, en colaboración con la OMS y la OPS, llevó a cabo el "Estudio Internacional sobre Género, Alcohol y Cultura" (Proyecto Genacis), con el objetivo de examinar la relación entre el consumo de alcohol, la violencia familiar y el género.

Este estudio reveló una asociación negativa entre el consumo de alcohol y la calidad de las relaciones sociales, indicando que la ingesta de alcohol es un factor de riesgo para la violencia familiar. Se descubrió que el 47% de los agresores habían consumido alcohol antes del acto de violencia, con el 25% de estos casos atribuidos al agresor, el 16.7% a ambos, y el 3.5% a la víctima. A pesar de la evidencia de la influencia del alcohol en la violencia familiar, pocos países han sistematizado esta problemática de manera exhaustiva.

El consumo de alcohol vinculado con escenarios violentos es una realidad persistente a nivel global. Sin embargo, a pesar de las estadísticas, no se han implementado medidas estratégicas adecuadas para prevenir estos hechos, especialmente en el ámbito familiar.

El consumo de alcohol agrava las situaciones conflictivas y aumenta la probabilidad de violencia, especialmente cuando el agresor es hombre, quien puede ver el consumo de alcohol como una manifestación de masculinidad (Quigley & Leonard, 2005). Existen percepciones erróneas sobre el género en el contexto de la violencia familiar y el consumo de alcohol. Socialmente, se asume que el hombre es el principal agresor y consumidor de alcohol, mientras que la mujer es vista como la víctima. Estas percepciones estereotípicas afectan la manera en que se aborda el problema y la búsqueda de soluciones.

Teorías existentes han intentado explicar la relación entre alcohol y comportamiento agresivo, pero ninguna ha logrado clarificar completamente por qué el alcohol exacerba la agresividad en hombres más que en mujeres. Desde una perspectiva social y de género, es evidente que el alcohol induce desorden emocional y comportamientos agresivos en ambos géneros, especialmente en individuos que han aprendido a ser impulsivos.

En Perú, para diciembre de 2023, se reportaron 166,313 casos de violencia familiar a través de los Centros de Emergencia Mujer, con un 27.3% de estos casos asociados al consumo de alcohol (MIMP, 2023). Investigaciones nacionales han encontrado que el consumo regular de alcohol aumenta significativamente el riesgo de agresiones físicas dentro del hogar, con los padres mostrando un riesgo de entre 30% y 80% de ejercer violencia física hacia sus hijos (Instituto Nacional de Salud del Perú, 2012).

La violencia familiar, en combinación con el abuso de alcohol, genera un daño emocional prolongado y deteriora la calidad de vida y el progreso social. Los estereotipos de género juegan un papel importante en la perpetuación de esta problemática, limitando la búsqueda de ayuda por parte de las víctimas. Es fundamental implementar un enfoque específico que considere el consumo de alcohol como un factor crítico para la protección de las víctimas y la rehabilitación de los agresores, independientemente de su género.

Desde su fundación en 2018, los Juzgados Especializados de Violencia contra la Mujer y los Integrantes del Grupo Familiar en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque han observado que el consumo de alcohol es un factor predominante en los casos de violencia familiar. Esta realidad subraya la necesidad de una investigación más profunda para demostrar científicamente esta conexión y proponer una modificación a los artículos 32° y 33° del TUO de la Ley N° 30364. La propuesta es considerar el consumo de alcohol como un criterio para dictar medidas de protección y derivar a los agresores a programas preventivos



y especializados, con el objetivo de su reeducación y la prevención de futuros actos de violencia.

II. MATERIAL Y MÉTODOS

El estudio fue no experimental simple de carácter explicativo propositivo, ya que el objetivo no es solo analizar las variables estudiadas previamente establecidas en la realidad a través de la observación, en base al análisis documental doctrinario y jurisprudencial, sino que, lo que se pretendió hallar es la causa o motivo que genera el problema de la VF y vincularlo al consumo de alcohol; aunado a ello, se consideró como uno de los fines, proponer la modificación del artículo 32° y 33° del TUO de la Ley N° 30364.

El diseño tuvo un enfoque mixto, es decir cualitativa – cuantitativa, dado que se logró armonizar ambas formas de estudio. Fue cualitativa, pues se analizó la doctrina y la ley, y cuantitativa, puesto que se recopilaron y analizaron datos estadísticos.

Los métodos que se utilizaron fueron: Hipotético – deductivo, puesto que inició con la observación, seguido por la formulación de la hipótesis y de las posibles propuestas. Es decir que, en la presente investigación se utilizó la técnica del análisis documental análisis de expedientes judiciales del 13° Juzgado de familia de Chiclayo (JFCH)- para obtener los resultados que nos ayudaron a demostrar la hipótesis. Hermenéutico, Que permitió la interpretación de normas directamente vinculadas con los parámetros de la investigación, en este caso de la Ley N° 30364. Histórico – jurídico, por su carácter esencial en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, este método es pertinente para los fines de esta investigación. Jurídico-propositiva: Se hizo una propuesta como parte del aporte práctico.

El instrumento aplicado fue la ficha de análisis de los expedientes judiciales, y el cuestionario consistente en un conjunto de preguntas dirigidas a Magistrados especializados en VF; lo cual permitió indagar acerca de las variables de estudio, obtener resultados, demostrar la hipótesis y, constatar la incidencia del consumo de alcohol en los casos de VF en el 13° JFCH.

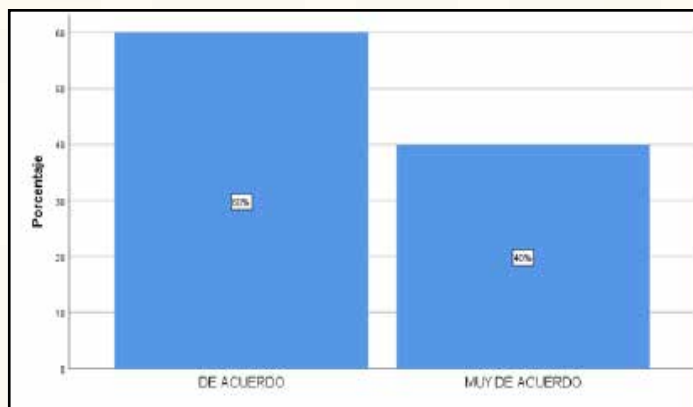
La encuesta constó de 09 preguntas, relacionadas entre sí y separadas en cuatro parámetros (Frecuencia, consecuencias, peligrosidad y vulnerabilidad), cada una de las cuales tenía tres (03) criterios: MUY DE ACUERDO, DE ACUERDO Y EN DESACUERDO, las personas encuestadas marcaron donde creyeron conveniente de acuerdo a la pregunta realizada. Finalmente, la información fue procesada en el programa SPSS.

III. RESULTADOS

Respecto a la Encuesta aplicada a Magistrados:

Figura 1:

¿Cree Ud. que el consumo de alcohol genera mayor incidencia de incumplimiento de MP?



Nota: El 60% está de acuerdo en que el consumo de alcohol genera mayor incidencia de incumplimiento de medidas de protección, mientras que el 40% está muy de acuerdo.

Figura 2:

¿Considera Ud. que se debería modificar el Art. 33 del TULO de la Ley 30364 e incluirse al consumo de alcohol como un criterio para dictar medidas de protección?



Nota: El 100% de encuestados se encuentra muy de acuerdo al considerar que se debe modificar el Art. 33 de la Ley 30364 e incluirse al consumo de alcohol como un criterio para dictar medidas de protección.



Figura 3:

¿Considera Ud. que la ingesta de alcohol es un factor de riesgo desencadenante de actos de VF en cualquiera de sus formas?

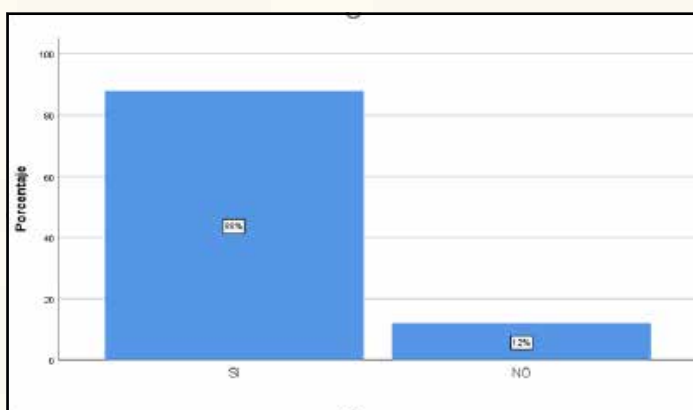


Nota: El 100% de Magistrados encuestados se encuentra muy de acuerdo al considerar que el consumo de alcohol es un factor de riesgo desencadenante de actos de VF en cualquiera de sus formas.

Respecto al Análisis Documental de Expedientes Judiciales:

Figura 4:

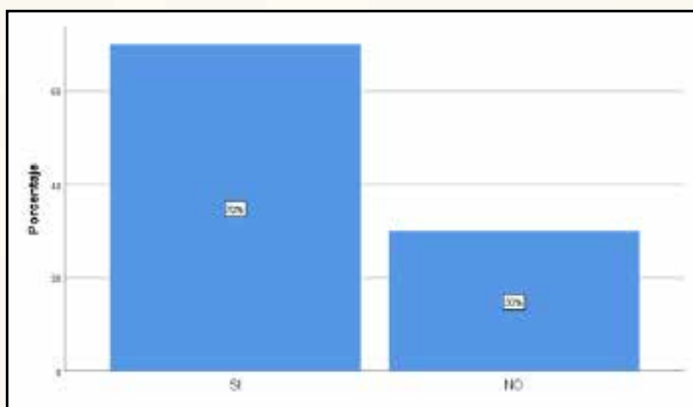
La víctima denuncia que su agresor consume bebidas alcohólicas frecuentemente.



Nota: El 88% de casos la parte agraviada ha manifestado en su declaración policial que su agresor consume bebidas alcohólicas frecuentemente.

Figura 5:

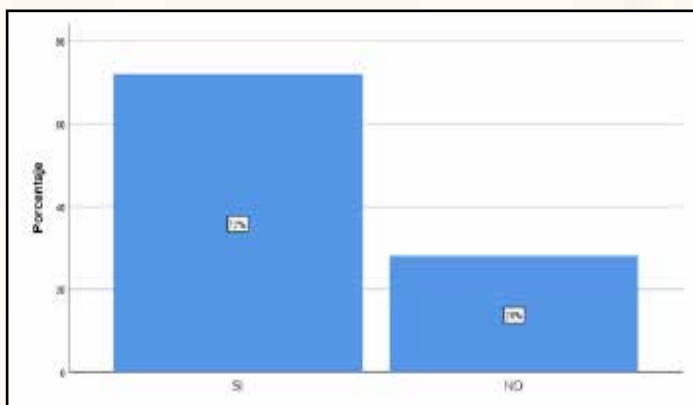
La víctima denuncia que su agresor estuvo bajo los efectos del alcohol durante la agresión.



Nota: En el 70% de casos la parte agraviada ha manifestado en su declaración policial que su agresor estuvo bajo los efectos del alcohol durante la agresión.

Figura 6:

La parte agraviada incluye a niños (as) y a otros integrantes del grupo familiar

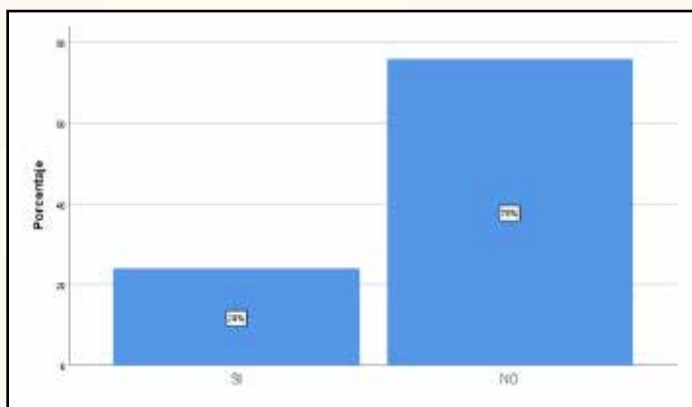


Nota: En el 72% de casos la parte agraviada ha declarado que las víctimas también son niños (as) y a otros integrantes del grupo familiar.



Figura 7:

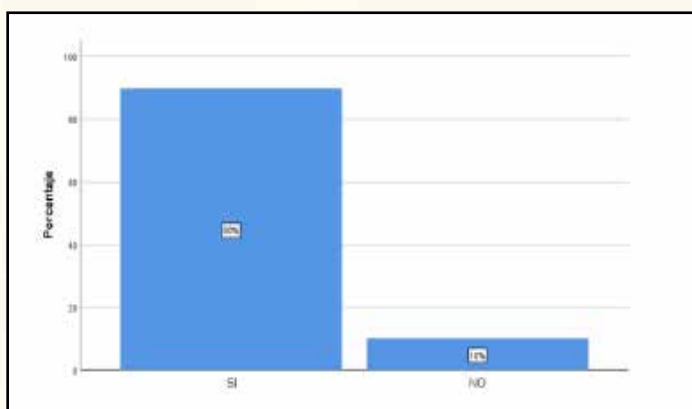
¿Se dictaron Medidas de Protección?



Nota: En el 76% de casos de VF denunciados en los que el agresor consume alcohol, no se han dictado medidas de protección a favor de la parte agraviada.

Figura 8:

¿Ha sido agredida con posterioridad a su denuncia?



Nota: En el 90% de casos se evidencia que la víctima ha sido agredida con posterioridad a su denuncia primigenia configurándose el incumplimiento de las MP.

IV. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

En principio queda demostrado que la Ley 30364 como toda norma presenta deficiencias que surgen a raíz de su aplicación en la sociedad, por ejemplo, la desprotección que genera el no considerar al consumo de alcohol como factor de riesgo determinante para otorgar de MP a favor de los agraviados.

Asimismo, la Ley 30364 aun con la intención de proteger a las víctimas las deja en indefensión, pues al continuar conviviendo con su agresor – consumidor de bebidas alcohólicas sin tratamiento – siguen expuestas a repetir escenas de violencia, como sucede en la mayoría de casos denunciados, en los que se reporta incumplimiento de estas MP por parte de los agresores.

Resulta idóneo, entonces, el objetivo de esta investigación al proponer la modificación del art. 33 de la norma, e incorporar el consumo de alcohol como criterio para dictar MP a favor de víctimas de VF.

Por otro lado, al mencionar víctimas, no sólo se hace alusión a las mujeres, sino también a otro grupo de personas con una vulnerabilidad aún más acrecentada que son los niños, niñas y personas mayores o con discapacidad, a los cuales se intenta proteger con la norma en cuestión, pero que la realidad discrepa de ello, tal como lo corroboran los resultados obtenidos en esta investigación en la que en más del 70% de casos analizados incluye también a víctimas indirectas.

Con las respuestas plasmadas en esta investigación, se fundamenta por qué debe modificarse el TUO de la Ley 30634 a fin de considerar al consumo de alcohol como criterio para dictar medidas de protección a favor de las víctimas de violencia familiar.

V. PROPUESTA LEGISLATIVA

Propuesta Legislativa de modificación del TUO de la Ley 30364 a fin de considerar al consumo de alcohol como criterio para dictar medidas de protección a favor de las víctimas de violencia familiar:



Ley N° 30364

Artículo 32.- Objeto y tipos de medidas de protección

(...)

12. Derivación de la persona denunciada consumidora de alcohol a programas de atención primaria especializada o cualquier otra medida de protección requerida para la protección de la integridad y la vida de la víctima o sus familiares.

Artículo 33.- Criterios para dictar medidas de protección

a. (...)

h. El consumo de alcohol por parte de la persona denunciada al momento de la agresión y otros aspectos que denoten el estado de vulnerabilidad de la víctima o peligrosidad de la persona denunciada.

Es decir, si la parte agresora realizó el acto violento en estado de ebriedad, obligatoriamente se le debe dictar medidas de protección a la parte agraviada, y además, a la persona agresora, por ser considerado merecedor de un tratamiento no solo reeducativo o terapéutico – a fin de brindar apoyo psicológico como actualmente se hace, sino además, proceder a su derivación a los diversos programas preventivos, de atención primaria y especializada.

VI. CONCLUSIONES

Prevalencia del Alcohol como Factor de Riesgo: El consumo de alcohol ha demostrado ser un factor de riesgo significativo y desencadenante en los casos de violencia familiar en Chiclayo durante el año 2019.

Incidencia en el 13° Juzgado de Familia: En el 13° Juzgado de Familia de Chiclayo, el alcohol fue identificado como factor de riesgo en el 88% de los casos de violencia familiar durante el mismo periodo.

Necesidad de Actualización Normativa: La normativa vigente, en particular los artículos 32° y 33° del TUO de la Ley N° 30364, no contempla el consumo de alcohol como criterio para dictar medidas de protección. Esto sugiere la necesidad urgente de reformar la ley para incluir el consumo de alcohol como un criterio relevante en la protección de las víctimas.

Impacto Positivo de la Propuesta Normativa: La implementación de la propuesta normativa para considerar el consumo de alcohol en la dictación de medidas de protección tendría un impacto positivo significativo en la protección de las víctimas de violencia familiar afectadas por el consumo de alcohol.

VII. REFERENCIAS

Instituto Nacional de Salud del Perú. (2012).

MIMP y La Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas – DEVIDA. (2016). El consumo de alcohol como factor de riesgo para la violencia contra la mujer y la familia. Lima: MINP.

Observatorio Nacional de la Violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. (2015). Obtenido de <https://observatorioviolencia.pe/violencia-de-genero/>

Organización Mundial de la Salud. (s.f.). Obtenido de https://www.who.int/topics/risk_factors/es/

Organización Mundial de la Salud. (29 de Noviembre de 2017). Violencia contra la mujer. Obtenido de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>

Quigley, B. M., & Leonard, K. E. (2005). Alcohol Use and Violence Among Young. 191.





Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - noviembre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

CRIMINAL LAW AND CRIMINAL PROCEDURE





Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - noviembre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

LA INMEDIACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL PENAL PERUANO: ¿UNA HERRAMIENTA DE ANÁLISIS PROBATORIO SOBREALORADA?

IMMEDIACY IN PERUVIAN CRIMINAL PROCEDURAL LAW:
AN OVERRATED EVIDENTIARY ANALYSIS TOOL?

Daniel Mayta Reátegui



LA INMEDIACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL PENAL PERUANO: ¿UNA HERRAMIENTA DE ANÁLISIS PROBATORIO SOBREALORADA?

Daniel Mayta Reátegui

SÍNTESIS:

La Corte Suprema da a la intermediación un rol protagónico en la dinámica de la valoración probatoria y ha llegado a establecer que las conclusiones generadas por su influjo son inmodificables. Nadie, ninguna instancia superior, puede reformar la "fijación de hechos" adoptada por el empleo de la intermediación. Lo llamativo de esta posición es que la Corte Suprema echa mano de la teoría racionalista de la prueba y de las reflexiones del profesor Jordi Ferrer, para respaldar esa dosis de poder atribuido a la intermediación. Sin embargo, ni el profesor Ferrer Beltrán, ni el discurso teórico de la postura racionalista de la prueba parecen encumbrar tanto a la intermediación (Ferrer, 2019:292). Otras dos cuestiones muy discutibles del criterio jurisprudencial en referencia son: i. la ausencia del desarrollo argumentativo, por lo menos elemental, del sustento de la prominente posición de dicho principio, con el consiguiente riesgo de su uso arbitrario y ii. la legitimación de zonas de valoración probatoria liberadas de control intersubjetivo-un aspecto capital de la tesis racionalista de la prueba-, como las correspondientes a la aplicación de la intermediación, pues, recuérdese, lo producido por ella es irrevisable.

En el presente trabajo se efectuarán comentarios críticos al valor que la Corte Suprema del Perú concede a la intermediación, análisis basado, fundamentalmente, en los postulados esenciales de la tesis racionalista de la prueba y en los hallazgos científicos relativos al testimonio y la memoria humana.

1. INTRODUCCIÓN

Un insumo vital en la construcción de las decisiones judiciales es la información atribuida¹ a los medios de prueba. En el Perú, como en la mayoría de países de otras latitudes, el sistema procesal implanta un régimen normativo destinado a guiar la valoración probatoria judicial. Y ya la práctica de los tribunales, en especial la de la máxima instancia, produce el contenido complementario de las directrices de evaluación probatoria dadas legislativamente.

¹ Este verbo ha sido exprofesamente empleado, porque en el proceso del conocimiento humano la realidad externa no es captada, almacenada y posteriormente retransmitida de manera fidedigna, fotográfica (como lo concibe el objetivismo o realismo ingenuo), sino que cada sujeto aprehende en función de sus particularidades sensoriales y cognitivas. Se prefiere, aquí, el uso del verbo "atribuir", que el "extraer", porque esta acción correspondería, a lo sumo, a una fase inicial de la dinámica del conocimiento-lo que, limitadamente, se puede percibir del objeto-. La información que, entendemos, brinda el objeto-como un medio de prueba- ya pertenece a la interpretación de un hecho y esta operación está marcada por la interacción de lo sensorialmente asimilado con la plataforma de conocimientos que posee cada individuo. Vid. Gonzales, 2018: 26-32. Pérez, 2022: 114. Para Nieva Fenoll la valoración de la prueba abarca la observación y la extracción de conclusiones sobre lo observado, mediante un juicio racional. Es una fase de la actividad probatoria en la que presenciamos el complejo racional usado por el juez para simultáneamente comprender y evaluar críticamente lo que ha comprendido, mientras lo va comprendiendo. Nieva, 2010:34.

En la reglamentación procesal penal peruana, la inmediación es posicionada como un principio fundamental en el desarrollo del juicio oral (art. 356, inc. 1 del Código Procesal Penal, en adelante C.P.P) y de cuya aplicación se espera una portentosa utilidad cognoscitiva: las conclusiones probatorias a las que arribe el juez que presenció los relatos implementando la inmediación son, prima facie, irrevisables (art. 425, inc. 2 del C.P.P.)

El concepto, las manifestaciones y los fundamentos de las bondades analíticas de la inmediación no las proporciona el legislador; la doctrina procesalista y, parcialmente, la jurisprudencia, se han encargado de ello a través de un desarrollo temático ostensiblemente concordante. La inmediación es definida como el contacto directo, personal que debe existir entre quien juzga-fundamentalmente-, los demás sujetos procesales y el medio de prueba cuya actuación tiene lugar en el juicio oral².

Este principio implica, en primer lugar, que el Tribunal debe observar el desarrollo de la prueba por sí mismo, sin intermediarios. De esta interrelación surge una consecuencia: sólo quien presenció la actividad probatoria en juicio oral puede emitir sentencia.

Respecto de la utilidad epistémica de la inmediación, los foros académicos y jurisprudenciales coinciden en afirmar que ella permite al juez establecer la fiabilidad de la información de los medios de prueba. Las impresiones que el juzgador experimente al momento de desarrollarse la prueba, en especial la personal-testigos o declaraciones de acusados-, son determinantes para adjudicar el valor acreditativo correspondiente. El comportamiento de quien relata, el tono de su voz, sus dubitaciones o serenidad, la gestualidad en general, son proyecciones incontenibles de la sinceridad o la mendacidad de una versión^{3,4}.

El producto de dicha valoración probatoria es, en principio, inmodificable. La razón es sencilla: como la inmediación acontece por única vez ante el Tribunal de primera instancia, no hay otra "oportunidad" procesal para que un Tribunal implemente los mecanismos sensoriales sobre las pruebas y, por ende, también se elimina la chance de obtener nuevas y-se supone- mejores conclusiones apoyadas en la percepción visual o auditiva directas⁵.

² Recurso de nulidad N° 1837-2019-Junín; casación N° 586-2017-Áncash; casación N° 87-2012-Puno.

³ Casación N° 09-2007-Huaura.

⁴ Mixán, 2003, Talavera 2017, San Martín, 2020.

⁵ Todos estos lineamientos de valoración probatoria son representativos de la concepción persuasiva de la prueba que asume, a su vez, una visión fuerte de la inmediación. Ferrer, 2007: 65.



Esta reducción de poderes de enmienda probatoria del órgano revisor es, en palabras de Ferrer Beltrán, propia del diseño institucional nutrido por la concepción persuasiva de la prueba, que propende el logro de la convicción judicial como meta de la actividad probatoria, con el consabido encogimiento del deber de justificación jurídica: al juez le bastará explicar las causas de sus creencias, no dar razones objetivas de su determinación⁶.

El tratamiento que se sigue dando a la intermediación en lo concerniente a su rentabilidad epistémica justifica serios cuestionamientos. Una rama científica como la psicología del testimonio, con base en numerosos estudios, comunica que un testimonio puede ser sincero, pero falso. La persona que depone puede estar segura de transmitir información cierta, pero la memoria y la comunicación humana son tan complejas, que no necesariamente hay identidad entre la honestidad y la veracidad del relato⁷.

La misma psicología del testimonio descubrió, además, que no existen gestos típicos en las personas que mienten⁸.

En pocas palabras, las evidencias científicas no respaldan plenamente el sitial epistémico que la doctrina y jurisprudencia peruanas otorgan a la intermediación.

Por otro lado, cerrar la revisión al análisis probatorio hecho por el Tribunal de primera instancia-promoviendo una especie de cosa juzgada- no se condice con la exigencia de control intersubjetivo de las decisiones sobre fijación de hechos, que propugna la tesis o concepción racionalista de la prueba⁹.

Repensar el papel que tradicionalmente se da la intermediación en la actividad probatoria por parte de la doctrina y jurisprudencia; encontrar puntos de apoyo o coincidencias entre esa visión de la intermediación y los aportes de la psicología del testimonio y los postulados de la concepción racionalista de la prueba: ese es el propósito del presente trabajo.

⁶ Ferrer, 2020:292

⁷ Mazzoni, 2010; Masip, Garrido y Herrero, 2002; Loftus y Ketcham, 2010.

⁸ Herrero, 2021: 379.

⁹ Ferrer, 2020:292.

2. La intermediación en la doctrina jurisprudencial peruana. Rol en la actividad probatoria

2.1. Intermediación y valoración de la prueba personal

La Corte Suprema tiene una imperturbable línea jurisprudencial acerca de los ámbitos de supervisión de la apreciación de la prueba personal¹⁰.

En dicha concepción judicial puede descubrirse muy fácilmente el poderío epistemológico que se asigna a la intermediación: las inferencias del juez sobre la base de su observación a quien declara, son, prima facie, inimpugnables.

La importancia concedida a la intermediación es expuesta por la Corte Suprema al disciplinar qué aspectos del análisis probatorio pueden ser objeto de revisión. La doctrina jurisprudencial teoriza lo siguiente:

- a. No se puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.
- b. Hay zonas "opacas" y "abiertas" al control probatorio.
- c. Las zonas "opacas" están estrechamente vinculadas a la intermediación en aspectos como: lenguaje, capacidad narrativa, expresividad en la manifestación, precisiones en discurso y otros. Las conclusiones del juez de primera instancia respecto de esos tópicos son invariables.
- d. Las zonas "abiertas" hacen referencia a la estructura racional del propio contenido de la prueba. Es posible enmendar la evaluación probatoria siempre que ella no haya respetado las leyes de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos. A la fiscalización aplicable se denomina "control indirecto de los hechos".

Son numerosas las sentencias de la Corte Suprema que exhiben el sumo aprecio epistémico profesado a la intermediación. Por ejemplo, en la casación N° 884-2014-Santa, se dice que, si el Tribunal determinó que el imputado fue el autor del disparo a partir del principio de intermediación, ello no puede ser cuestionado.

¹⁰ Casación N° 233-2018-Arequipa, casación N° 1059-2017-Tacna, casación N° 541-2015-Lambayeque, casación, N° 1773-2018-Lambayeque.



El resultado probatorio de la observación directa del imputado y lo expuesto por los testigos no puede ser reemplazado en la vía impugnatoria.

En la parte considerativa de la casación N° 54-2010-Huaura, el Máximo Tribunal Penal expresa que a través de la inmediación el juez conoce directamente la personalidad, actitudes, reacciones del acusado y demás intervinientes en el juicio; por ello se hace imprescindible ese trato sin intermediarios, para otorgar el verdadero valor a la prueba actuada. Como en el juicio oral tiene lugar la inmediación, es el juez de esa etapa el facultado para otorgarle el peso acreditativo a las pruebas actuadas. El órgano revisor, al no tener ante sí al testigo, está imposibilitado de tasar de distinta forma su exposición.

La casación N° 09-2007-Huaura registra, también, enunciados muy significativos de la supuesta valía de la inmediación. El contacto directo del juez con las partes, permite que éste realice un correcto juicio de credibilidad, es una de esas proposiciones. La observación del declarante es condición o mecanismo más importante para establecer la confiabilidad de la información recibida en el juicio oral, es otra afirmación.

Como queda evidenciado, la inmediación suministra el caudal de conocimientos insustituibles para determinar el grado de confiabilidad de la prueba personal. Ante los ojos de la Corte Suprema, claro.

Con lo dicho hasta aquí, el discurso de la doctrina jurisprudencial sobre la inmediación propicia algunas consideraciones críticas referidas a dificultades para su comprensión y eventual plasmación práctica:

Inicialmente podría entenderse que la regla es el carácter irrevisable de la valoración probatoria basada en la inmediación. A línea seguida se introduce un supuesto que exceptúa la eficacia de la regla conforme al cual, la inmediación no produce conclusiones invencibles cuando se las controvierta con prueba desarrollada en la segunda instancia. Posteriormente se señala que sólo es posible rectificar la evaluación probatoria si se detectan fallas en la "estructura racional del contenido de la prueba", que, huyendo del oscurantismo lingüístico judicial, no es sino, la composición del relato (lo que dijo el testigo o el acusado). Las apreciaciones del juez sobre el lenguaje, capacidad narrativa o expresividad en la manifestación serían inalterables.

Entonces, si lo que proyecta la inmediación al incidir sobre cuestiones como lenguaje, capacidad narrativa, expresividad en la manifestación, está escrito sobre piedra:

¿La prueba en segunda instancia sólo podría dirigirse a refutar un segmento de la valoración probatoria, el concerniente a la “estructura racional de la prueba”, ya que, como advierte la Corte Suprema, la “zona opaca”-área de conclusiones bajo el señorío de la inmediación- es intangible al control que permite la impugnación?

Y, si la respuesta es positiva ¿La inmediación experimentada por el Tribunal de apelación-sede en la que, también, eventualmente se despliega actividad probatoria- no tiene el mismo poderío epistémico que la aplicada por su inferior jerárquico?

¿Cuáles son las razones por las que la inmediación recibe el tratamiento jurisprudencial que hemos anotado?

Un caso hipotético intenta dotar de alguna pertinencia a las interrogantes planteadas: El testigo A declara en juicio oral, en primera instancia, que el acusado robó. El relato está caracterizado por el número considerable de detalles sobre la escena del crimen y el nerviosismo del deponente quien demoró en dar sus repuestas y rehuyó a cruzar miradas con los jueces. El comportamiento del declarante justifica, a decir del Tribunal, descartar su credibilidad. En la etapa impugnatoria, el mismo testigo, citado por impulso del acusador, ratifica su dicho sin la exhaustividad de su primera exposición, pero calmado y con mucho aplomo. Las alternativas del proceso de evaluación probatoria del órgano revisor respecto de esta prueba personal no son claras.

Si se hace depender la confiabilidad de un testimonio del lenguaje corporal o paraverbal, la declaración en la audiencia de apelación es la creíble. Pero si la atención debe dirigirse, preponderantemente, a la minuciosidad narrativa, bien podría ser que el Tribunal de alzada ratifique la valoración probatoria de primera instancia, aunque por motivos distintos y contradictorios. Tal parece que el sentido de un fallo judicial en lo concerniente a la tasación probatoria está supeditado al ánimo de quienes son interrogados y a la peculiar posición de quien juzga respecto de los réditos de la inmediación, de forma que un mismo testigo puede brindar un relato catalogado paralelamente como veraz y no fiable.

La búsqueda de respuesta a las tres interrogantes nos revela un forado explicativo que podría fomentar desorientación en la práctica judicial. Los tribunales de apelación, luego de superar el dilema de su competencia revisora, deberán pronunciarse o corrigiendo o



no inmiscuyéndose en el análisis probatorio amparado en la intermediación. Y a falta de una pauta jurisprudencial unificadora, los justiciables estarán a expensas de criterios de examinación probatoria aleatorios.

Asimismo, la Corte Suprema predica de la intermediación determinados atributos muy influyentes en la valoración probatoria, pero no dice nada del fundamento por el cual prodiga esa alta estimación. No se sabe si el pedestal epistémico ocupado por ese contacto personal del juez con la prueba está validado por una tradición doctrinal o representa la adhesión a conocimientos científicos serios y ampliamente aceptados. Se fijan reglas de cotejo probatorio, pero no se exterioriza el sustento de la normativa jurisprudencial. Este extremo del régimen de la valoración de la prueba personal configurado por la Corte Suprema se asemeja en mucho a un mero acto de voluntad.

3. La intermediación en la doctrina procesal penal peruana

3.1. El concepto de intermediación

“La intermediación, tanto en la relación interpersonal de la vía común como en la actividad cognoscitiva, consiste en la exclusión absoluta de intermediario entre los sujetos que se comunican o entre el sujeto cognoscente y el objeto de su conocimiento”¹¹. Así definía el profesor Florencio Mixán Más a la intermediación. Este autor fue una de las voces más importantes de la doctrina procesal penal peruana del siglo pasado.

Mixán consideraba, además, que el conocimiento humano se construye a través de una conexión entre los niveles sensorial y lógico del aprendizaje y es allí en donde la intermediación asumía su calidad de aporte directo a la teoría del conocimiento.

El extinto catedrático peruano resaltaba, entre otras, las siguientes cualidades de la intermediación:

- a. Permite adquirir un conocimiento original de algo. La autenticidad no implica, necesariamente, la veracidad de lo que se asume conocido.
- b. Facilita que quien debe evaluar la prueba desenvuelva, lícitamente, su proactividad para obtener la información y la procese empleando el razonamiento adecuado para “alcanzar el conocimiento integral del caso”¹².

¹¹ Mixán, 2003: 201-202.

¹² Mixán, 2003: 202-203.

Talavera Elguera estima, por su parte, que la inmediación reclama el contacto directo entre los medios y fuentes de prueba y el juez y las partes. Esta conexión, apunta Talavera, hará que “pueda alcanzarse una real coincidencia entre el hecho percibido y el hecho objeto de prueba”¹³.

César San Martín Castro, magistrado de la Corte Suprema y destacado doctrinario peruano, ha hecho precisiones conceptuales sobre la inmediación de ostensible repercusión en la jurisprudencia. Quizá, una de las más ilustrativas, sea esta:

“El principio de inmediación afianza una formación correcta, adecuada y plena de la prueba, especialmente si esta es personal. El Tribunal observa las reacciones de los órganos de prueba, que a su vez le permite decidir con mayor fundamento de causa”¹⁴.”

Adicionalmente, el citado exegeta peruano ha expuesto como ideas capitales:

- a. La inmediación tiene una estrecha relación con el análisis de la prueba personal.
- b. Observar las reacciones de quien declara-órgano de prueba tiene un peso ostensible en la valoración de la prueba¹⁵.

Revisar las reflexiones que sobre la valoración de la prueba en segunda instancia realiza el juez San Martín Castro, nos puede dar un panorama más amplio de su influyente pensamiento. Por ejemplo, para el citado procesalista, el contacto directo con el material probatorio potencia que el juez de primera instancia realice una “más objetiva valoración de los hechos enjuiciados”. Dado que convergen los principios de imparcialidad e inmediación en la actividad judicial-dictamina San Martín Castro-, surge una “especie de presunción de acierto” en el trabajo de valoración probatoria; por lo tanto, “han de reputarse acertadas las conclusiones fácticas a las que llegue...”. Sólo es posible inaplicar la presunción de corrección analítica si se localizan yerros, incongruencias, contradicciones o deficiencias similares, pero que sean muy evidentes (manifiestos)¹⁶.

¹³ Talavera, 2017: 34.

¹⁴ San Martín, 2020:576.

¹⁵ Órgano de prueba es, dice San Martín Castro, la persona que posee un elemento de prueba y lo da a conocer en el proceso, incorporando determinada información que, potencialmente, podría “fundar el convencimiento del juez”. San Martín,2020 :773.

¹⁶ Se sobreentiende que, para San Martín, los desperfectos no palmarios en el razonamiento no resquebrajan la presunción de validez o corrección de la decisión judicial. Pero es labor pendiente de la jurisprudencia abastecer de elementos de juicio para calibrar las imperfecciones de un raciocinio probatorio.



Si bien San Martín Castro reconoce un acentuado empoderamiento a la intermediación-empoderamiento que, aclara, lo determina el código procesal penal peruano-, también acepta que la psicología del testimonio recomienda centrarse en el contenido de una declaración, no en el declarante, “para lo que la intermediación dice poco”.

San Martín Castro avala las restricciones de supervisión a las conclusiones probatorias del juez de primera instancia establecidas en el artículo 425, inciso 3 del código procesal penal y ejercita la siguiente justificación- asumida igualmente por la doctrina jurisprudencial-:

- a. La prueba personal, su valoración, tiene dos ámbitos: “zonas opacas” y “zonas francas”.
- b. Las “zonas opacas” que son de difícil fiscalización por el Tribunal Superior y abarcan información íntimamente ligada a la intermediación como el lenguaje gestual del declarante; expresividad en sus manifestaciones, nerviosismo o azoramiento en sus declaraciones; titubeo o contundencia en las respuestas; rectificaciones o linealidad en su exposición; tono de voz y tiempo de silencio; capacidad narrativa, etc.
- c. Las “zonas francas” comportan aspectos de la prueba personal que pueden y deben ser auscultadas, por ser extrañas a la observación directa del juez de primera instancia y pertenecer, por el contrario, a la “estructura racional del propio contenido de la prueba”. El órgano revisor deberá emplear la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos (que discrepan sobre la importancia de la gestualidad)¹⁷.

Para este encumbrado jurista las impresiones visuales o auditivas que tenga el juez de primera instancia al presenciar el desarrollo de la prueba personal, le proporcionan elementos de juicio consistentes para ponderar la fiabilidad del relato y llegar a conclusiones casi inescrutables, es decir, exentas de control intersubjetivo.

Una mirada muy afín a la de César San Martín parece tener el profesor Pablo Sánchez Velarde, otrora Fiscal de la Nación en Perú, quien concibe a la intermediación como un principio rector del juicio oral que demanda un acercamiento entre los medios de prueba personal y el juez, el cual, mediante el interrogatorio, podrá descubrir la personalidad del examinado y sus reacciones frente a otras pruebas.

¹⁷ San Martín, 2020: 993.

Para Sánchez Velarde la interactuación con los declarantes hace que el juez conozca algo más de lo que se ha dicho en el juicio.^{18 19}

A su turno, Sánchez Córdova señala que la inmediación resguarda el necesario contacto directo entre el juez y los medios de prueba. De este principio se derivaría la prohibición de intermediarios en la etapa de recepción de la prueba: exclusivamente el juzgador debe presenciar y observar la actuación probatoria²⁰.

3.1. Inmediación y oralidad

El nexo entre los principios de inmediación y oralidad es innegable. La palabra hablada tiene una función estelar en el desenvolvimiento de la actividad procesal en el juicio oral. El vehículo para transmitir la información que pueden dar los distintos medios de prueba es la voz. Así, los testigos y acusados, por ejemplo, rinden su versión hablando ante el Tribunal; cuando se actúa la prueba documental, quien la ofreció debe leer, para los demás sujetos procesales, su contenido.

Florencio Mixán pensaba que la oralidad vigorizaba a la inmediación y el entrelazamiento de esos principios daba como resultado una percepción vivencial intensa e interactiva²¹.

Otro autor que aprecia utilidad cognoscitiva en el principio de oralidad es César San Martín. De acuerdo a este procesalista el hecho que la fase probatoria del juicio se despliegue, básicamente, de forma oral, tanto respecto de la prueba personal, como en lo concerniente a la extracción de la información de la prueba documental y que, finalmente, los alegatos de cierre también sean hablados, posibilita en el juez la apreciación más directa y reciente de los elementos que integran la sentencia²².

Por su lado, Talavera Elguera ve en el principio de oralidad un instrumento irremplazable para una idónea valoración de la prueba. El que los medios de prueba sean actuados a viva voz-indica este doctrinario- cautela el control de su fiabilidad y da vida a los principios de inmediación y concentración²³.

¹⁸ Sánchez, 2006: 124.

¹⁹ Bastante cuestionable la racionalidad de este enunciado, pues admite la posibilidad que el juez conozca y funde su decisión en "eso" que no se dijo en juicio.

²⁰ Sánchez Córdova, 2023: 479.

²¹ Mixán, 2003: 60.

²² San Martín, 2020: 87

²³ Talavera, 2017:129-130.



Más allá de la íntima vinculación entre oralidad e intermediación que la doctrina percibe, lo que queda claro es el núcleo de la valía epistémica dispensada a ambos principios: lo captable sensorialmente, el modo, la forma en que se exterioriza el relato, no su contenido.

El pensamiento sobre los lazos entre oralidad e intermediación y los frutos epistémicos de esa unión, no son privativos de la doctrina procesalista peruana. Autores alemanes de histórico renombre se han pronunciado en idéntico sentido. Walter, por ejemplo, aseveraba que la convergencia de oralidad e intermediación era imprescindible para garantizar un mejor conocimiento de los hechos y, afiliándose a lo propuesto por Schmidt, acotaba: "El debate <oral> y la recepción de la prueba tienen que tener lugar <directamente> ante el tribunal juzgador, porque <la impresión fresca, personal del juzgador, es la que suministra la base más segura para una decisión sobre los hechos"²⁴.

La importancia epistémica conferida al ensamble de intermediación y oralidad procede de resaltar lo decisivo de las impresiones de quien juzga. Y es que Walter asumía que mirar el rostro de quien declara, oírle, es uno de los instrumentos más importantes poseídos por el juez para descubrir la verdad²⁵.

El profesor muniqués, Claus Roxin, al comentar la ligazón entre intermediación y oralidad, expresa que cuando el Tribunal observa de modo directo la actividad probatoria se forma un concepto sobre el acusado, los testigos y los demás medios de prueba. Anota el maestro alemán que las impresiones de quien juzga, lo ponen en mejores condiciones para dilucidar sobre el hecho objeto del proceso²⁶. Nuevamente lo sensorial y sus productos, las impresiones, son ubicados en el listado fundamental de los aparejos en manos del juez para realizar una válida valoración probatoria.

4. La concepción racionalista de la prueba. La intermediación y el control intersubjetivo de las decisiones sobre aspectos probatorios

Para la concepción racionalista de la prueba el objetivo fundamental del proceso judicial es indagar la verdad. Y la verdad es entendida como correspondencia entre lo que se piensa o dice de algo y lo que ese objeto, en efecto, tiene o es²⁷.

²⁴ Walter, 1985: 369.

²⁵ Walter, 1985: 366.

²⁶ Roxin, 2000: 394.

²⁷ Para Tuzet, la interpretación correspondentista de la verdad es más compatible con el contexto del proceso judicial. Este autor define a la correspondencia como una relación entre lenguaje y mundo, entre enunciados, por una parte (entidades lingüísticas), y hechos, por la otra (entidades extralingüísticas). La verdad se presenta si el enunciado se corresponde con el hecho sobre el que versa. Tuzet, 2021:78.

Sin embargo, esta posición teórica también admite que el conocimiento de los hechos a los que puede aspirarse en una contienda procesal es relativo o contextual, no absoluto: la verdad que se alcanza proviene de analizar racionalmente la -limitada-información introducida al proceso según un determinado régimen de admisión de medios de prueba^{28 29}.

Lo que se da por verdadero depende de los elementos de juicio disponibles; por ello, la certeza es probabilística. Para el profesor González Lagier, cuando en el Derecho se asevera que un enunciado sobre un hecho es verdadero, significa que la reconstrucción del hecho se aproxima muy considerablemente a la realidad³⁰. Al respecto, Marina Gascón advierte: "Por eso la principal tarea a la que se enfrenta una valoración racional es la de medir la probabilidad. Y por eso el objetivo de los modelos de valoración ha de ser proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis, o su aceptabilidad"³¹. El nivel de acreditación exigible a una hipótesis para conferirle veracidad se establece mediante un estándar probatorio. Este esquema de medición de la aceptabilidad, presupone, según Gascón Abellán, en primer lugar, fijar el grado de confirmación que una hipótesis debe satisfacer para ser concebida como probada y, en segundo término, el estándar se construye solo con criterios objetivos de validación de la hipótesis. La objetividad de los instrumentos de ponderación probatoria es consustancial al estándar, lo cual significa que las pautas de valoración deben ser intersubjetivamente controlables³².

Y es que tal como lo ha dicho Giovanni Tuzet, la justificación de un conocimiento precisa del empleo de criterios intersubjetivamente validados (métodos, fuentes y otros instrumentos de testeo colectivamente aceptados) producto de determinada práctica social, en donde la opinión personal no influye³³. Para estimar verdadero un enunciado dentro de un proceso judicial se deben utilizar cánones epistémicos comunes, o sea, aquellos por los cuales cualquiera esté dispuesto a convenir en lo acertado de determinada conclusión³⁴.

²⁸ Taruffo reconocía, que, si bien la idea de una verdad absoluta debe mantenerse como ideal que guía la conducta de los sujetos intervinientes en el proceso, lo cierto es que la decisión del juez se ancla en una verdad relativa, la cual debe acercarse todo lo posible a ese ideal. Y esa aproximación estará conectada con la cantidad y calidad de la información que dan soporte al conocimiento de los hechos. Taruffo, 2023:19.

²⁹ González Lagier acepta que, si bien lo que se aspira en el proceso judicial a través de la actividad probatoria es indagar la verdad de los enunciados sobre los hechos, no es posible hallar una verdad absoluta, sino una verdad con un nivel razonable de probabilidad. Y la valoración de la prueba aconseja este autor- debe orientarse por esa misma finalidad. González, 2018:77

³⁰ González, 2018:99.

³¹ Gascón, 2023: 32-33

³² Gascón, 2003: 33.

³³ Tuzet, explica que para la filosofía contemporánea el conocimiento es creencia (componente subjetivo) verdadera (aspecto objetivo) y justificada (requisito intersubjetivo). Tuzet, 2021: 80.

³⁴ Ubertis, 2017:23.



Respecto de la inmediación, Jordi Ferrer sostiene que, si bien no debe dejársela de lado al momento de evaluar la prueba, hay que adoptar una versión debilitada de aquélla, o sea, las conclusiones apoyadas en la inmediación no deberían constituir zonas liberadas de control³⁵. En el planteamiento de Ferrer, el tratamiento dado a la inmediación es un apartado caracterizador y diferenciador de los sistemas de valoración probatoria: la concepción persuasiva de la prueba acoge una visión fuerte de la inmediación, mientras la tesis racionalista no puede sino propugnar una versión limitada o restringida de dicho principio. Se fortalece a la inmediación cuando el modelo institucional-las reglas del proceso judicial- veta o dificulta ostensiblemente la revisión, vía impugnación, de las determinaciones sobre los hechos expedidas en primera instancia. En la concepción racionalista de la prueba es imprescindible implantar mecanismos recursivos para controlar la validez de las decisiones basadas en la inmediación³⁶.

La valoración de la prueba en una concepción racionalista convoca la discrecionalidad judicial, no la arbitrariedad. La faena valorativa del juez- en especial su resultado- es válida si se desenvuelve libremente en el marco fijado por las reglas de la racionalidad, cuyo cumplimiento debe ser intersubjetivamente controlado³⁷. Para que el saldo analítico del juez pueda ser fiscalizado por terceros, es indispensable que las decisiones sobre los hechos en el proceso estén precedidas de la debida motivación, es decir, que exprese razones suficientes y atendibles por las cuales se da o no por probada cierta circunstancia³⁸.

5. Crítica al tratamiento de la inmediación en la jurisprudencia penal peruana

El código procesal peruano podría orientar la dilucidación del sistema de valoración probatoria en materia penal adoptado por el legislador. Asimismo, en los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema-el llamado derecho vivo- tendríamos que encontrar la mirada de evaluación probatoria que mantiene el más Alto Tribunal.

En lo concerniente al sistema de valoración probatoria parecen resultar claves las normas sobre admisión y ponderación probatoria que recoge el estatuto procesal. Así, en su artículo 157° proclama la libertad de prueba: los hechos objeto de prueba-ese es el lenguaje legal- pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley.

³⁵ Ferrer Beltrán, 2007: 65.

³⁶ Ferrer, 2007: 64-65.

³⁷ Taruffo, 2015: 195.

³⁸ García Amado enseña que: "... cuando en lo que la comunicación intersubjetiva se ha de dirimir es la verdad o falsedad de una afirmación sobre el mundo, lo que más cuenta son las razones con las que lo afirmado se respalda, razones que han de ser objetivas y demostrativas." García, 2017: 208.

Si los instrumentos informativos con los cuales se puede demostrar la veracidad de las afirmaciones que hagan las partes son indeterminados, no es posible diseñar-como de hecho no lo concibe el legislador- tablas de asignación de peso acreditativo, dado, justamente, el carácter abierto y, por ende, incierto, del conjunto de elementos a valorizar, con lo que está descartada-en principio- la implantación de un sistema prueba tasada.

Ya en el artículo 158 del código procesal penal se reviste de características distintivas a la valoración de la prueba, incrustando como componentes de la misma la observancia de las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, así como la obligación de explicitar los resultados obtenidos y los criterios adoptados.

El mandato legal dirigido al juez es exteriorizar la conclusión probatoria y el razonamiento que le precedió. El estudio de la prueba y el producto del mismo no quedan en el fuero interno del juzgador, así que la vigencia del sistema de íntima convicción es descartada³⁹.

El artículo 393° de la ley adjetiva penal, relativo a las normas para la deliberación y votación de la sentencia, estipula no sólo la mecánica analítica, sino los capiteles epistémicos del razonamiento probatorio sobre los cuales el juzgador desplegará su valoración.

En la parte procedimental, el código procesal penal ordena que para la apreciación de las pruebas el juzgador procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás.

El enunciado con mayor implicancia epistémica lo hallamos en el inciso 2 del artículo 393 del estatuto procesal penal, pues le indica al juez que la valoración probatoria deberá adecuarse a las reglas de la sana crítica, especialmente en concordancia con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

Por lo menos desde la literalidad, en este segmento del régimen de la valoración probatoria el legislador peruano se decanta por el sistema de la sana crítica racional. Para el profesor González Lagier, este sistema demanda la aplicación a la prueba judicial de los criterios que en la filosofía de la ciencia se reconocen como idóneos para determinar en qué medida una hipótesis es respaldada por la prueba disponible⁴⁰.

³⁹ En el sistema de valoración de la íntima convicción, la evaluación probatoria queda a expensas del real saber y entender del juez. Este sistema conlleva a que el fallo se asiente en la convicción subjetiva, sin reglas objetivables: no está basado en la racionalidad. Di Giulio, 2021: 267.

⁴⁰ González, 2022: 26.



En ese sentido, son extremadamente ilustrativas las palabras del profesor Dei Vecchi: “De modo que, si el ordenamiento jurídico-procesal prevé que el sistema de valoración es de libre valoración o SCR, lo que sigue es que las razones adecuadas para determinar qué elementos son valiosos y en qué medida, así como para decidir si aceptar o no una premisa cierta fáctica, deberán ser exactamente de la misma índole que aquellos para determinar en las ciencias o en la vida ordinaria si un enunciado fáctico es o no verdadero”⁴¹.

Para reencaminar las reflexiones hacia el objetivo central de este trabajo, es necesario un viraje analítico hacia el tratamiento jurisprudencial del principio de inmediación. La Corte Suprema, a la usanza de la doctrina tradicional, sostiene que la inmediación constituye un poderoso instrumento epistémico. Esa extraordinaria valía se proyecta en dos cuestiones importantísimas dentro del régimen de valoración probatoria:

- a. Riqueza informativa. La inmediación revela al juez, manifestaciones incontrovertibles acerca de la fiabilidad de las declaraciones de testigos o acusados (prueba personal). La faz gestual, el desenvolvimiento fonético y el lenguaje corporal que circundan a un relato, exteriorizan la sinceridad o mendacidad de su emisor.
- b. Calidad informativa. Lo descubierto por el juez mediante la inmediación (la transparencia o lo falaz del declarante) es incontrolable, irrefutable, no puede ser revisado en un procedimiento impugnatorio.

Como se señaló, el legislador peruano proclama haber elegido el sistema de sana crítica racional para que gobierne la valoración probatoria, en consecuencia, correspondería que la labor judicial sea tributaria de la concepción racionalista de la prueba⁴², sin embargo, el dudoso soporte científico de las virtudes epistémicas reconocidas por la Corte Suprema a la inmediación, así como la conformidad al veto de control intersubjetivo de las conclusiones probatorias ancladas en dicho principio, ponen en tela de juicio la real afiliación del régimen probatorio y su práctica al sistema de sana crítica racional y a la visión racionalista de la prueba.

⁴¹ Dei Vecchi, 2020: 128.

⁴² La Corte Suprema en la casación N° 1897-2019-La Libertad, declara que la legitimidad de una condena está condicionada a la superación del estándar probatorio y a la no refutación de la tesis fiscal con el material probatorio ingresado a juicio. Esta esta operación analítica, adocina el Máximo Tribunal Penal, debe hacer según las pautas de la concepción racionalista de la prueba (fundamento jurídico 14). Asimismo, en el Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116 se proclama al sistema de sana crítica o valoración racional como el acoplado a la legislación procesal penal. En el recurso de apelación N° 05-2017-Huánuco, la Corte Suprema indicó que el código procesal penal peruano se adscribe al sistema de libre valoración.

Pocos conceptos están tan estrechamente vinculados a lo racional, como lo está la ciencia, cuyas “leyes”, por mandato legal, deben comandar la ponderación probatoria judicial. Cuando se coteja el consuetudinario rédito informativo dado a la inmediación por parte de la jurisprudencia, con las indagaciones científicas referidas a los lazos entre relato, sinceridad, aspectos verbales, paraverbales y lenguaje corporal, es extremadamente tenue, casi inexistente, el aval científico a lo sostenido por la Corte Suprema.

La jurisprudencia parte de asumir que la voz, los gestos y el comportamiento del ser humano transparentan o la hipocresía o la franqueza de su manifestación oral. Los nervios, las oscilaciones de la voz, la forma de mirar, la soltura al responder, etc., son indicativos incontenibles y certeros de la mentira o la fiabilidad del relato. Aquellas premisas no concilian con los resultados de las investigaciones científicas, que, por el contrario, aconsejan abandonar esas inveteradas y difundidas ideas sobre la valoración de un testimonio⁴³.

Veamos, en primer lugar, qué sabe la ciencia respecto de la memoria humana. Entender que la captación de la información, su almacenamiento y posterior transmisión exterior dan origen a una réplica fidedigna de lo inicialmente ingresado a la memoria, es, sin duda alguna, totalmente errado.

Y lo sinuoso del proceso de acopio de información en la memoria tiene lugar desde el inicio del recojo del hecho observado, porque hay factores orgánicos (capacidad visual, auditiva, etc.) y contextuales (luminosidad del lugar, coyuntura adversa o sosegada que atraviesa el sujeto, por ejemplo) que influyen en la recepción de las imágenes o escena y sus componentes. Una vez bajo dominio de la memoria, esas impresiones se fragmentan y entremezclan con el resto de la información previa o posterior que el individuo posee. Inexorablemente entre lo acontecido, lo observado, lo registrado y lo finalmente expuesto a terceros hay una mutación progresiva.

Loftus y Ketcham, basadas en su larga experiencia científica, concluyen: “Por muy buenos observadores que seamos y por bien que sepamos captar una imagen razonablemente de algún objeto o experiencia, esa imagen no queda intacta en la memoria; existen otros factores que corroen el recuerdo original. Con el paso del tiempo con la motivación conveniente o con la introducción de hechos equívocos o contradictorios, el recuerdo se adapta a los cambios o se transforma sin que seamos apenas conscientes de ello.

⁴³ Jaume, Garrido y Herrero, 2002.



El caso es que podemos llegar a creer en recuerdos de acontecimientos que nunca sucedieron⁴⁴.

La honestidad puede convivir con recuerdos falsos. El convencimiento de estar diciendo la verdad y la tranquilidad y demás “señales” de la buena fe del deponente sólo comunicarían la actitud frente a lo que se cree cierto. Las cuestiones verbales, paraverbales y corporales en absoluto permiten inferir la veracidad de lo albergado en la memoria, compuesta, normalmente, por recuerdos reales y escenas ficticias. Y es que, descubierta la mecánica de la memoria, tenemos que aceptar: “Somos víctimas inocentes de las manipulaciones de nuestra mente⁴⁵”.

Mazzoni⁴⁶, en uno de sus estudios sobre la credibilidad de los testigos, afirma que el contenido del testimonio depende de la correlación entre el acontecimiento y el acopio de su recuerdo. Las investigaciones demostraron que la exactitud y veracidad del relato son cualidades teóricamente posibles, pero de escasa frecuencia. Menos extraordinarias son las ocasiones en las que la persona recuerda poco o nada y expone poco. Más habitual es el supuesto en el que el testigo posee bastante información del suceso, pero decide intencionalmente callar o alterar el contenido de lo recordado.

Estos son los casos de quienes mienten dolosamente. Y el caso más fascinante para la ciencia es en el cual la persona declara segura de decir la verdad y, sin embargo, narra algo falaz. En conclusión, está demostrada la existencia de testigos que mienten, ignorando que lo hacen.

La fuerza esclarecedora de lo gestual, verbal y para verbal en el análisis de una declaración, tiene cimientos racionales muy precarios, de acuerdo a los hallazgos científicos experimentalmente consolidados. Manzanero, Silva y Contreras exponen que el ser humano suele dar mensajes equívocos a través del lenguaje no verbal. Este fenómeno ocurre por factores como el pensar en algo distinto mientras se habla, por ello es posible que la expresión del rostro no armonice con lo narrado.

Estos autores puntualizan que: “En otras ocasiones, los mensajes son confusos debido a que se pueden estar transmitiendo varias emociones a la vez, como rabia, miedo, ansiedad, que a veces permanecen unidas.

⁴⁴ Loftus y Ketcham, 2010: 45.

⁴⁵ Loftus y Ketcham, 2010: 49

⁴⁶ Mazzoni, 2010: 16-17.

Por lo tanto, debemos estar muy atentos tanto a los mensajes que enviamos con nuestro propio cuerpo y con nuestra propia predisposición, así como los mensajes de comunicación no verbal que nos envía la persona a la que estamos entrevistando⁴⁷.”

Carmen Herrero demuestra que numerosas investigaciones dan a conocer la falta de validación científica de muchas creencias usadas por los jueces como sólidos conocimientos en temas como la memoria, el nivel de precisión de un relato o la localización de las mentiras. Forman parte de las ideas erradas sobre la capacidad para evaluar un testimonio, el dar por supuesto que cualquiera detecta cuándo los testigos no son confiables o asumir que la consistencia es credencial de la fiabilidad del deponente y que la concordancia de versiones es signo de veracidad⁴⁸.

La profesora Herrero tilda de propuesta inadmisibles las pautas de valoración del testimonio que inciden en:

- a. La seguridad mostrada por el examinado en su declaración.
- b. La minuciosidad de los detalles ofrecidos.
- c. La claridad y seriedad expositiva.
- d. La presencia del «lenguaje gestual» de convicción.
- e. Coherencia interna de la versión.
- f. Inexistencia de vacíos y estructura continuada de la manifestación.

La citada experta llega a aseverar: “Mucho de su contenido, en lo que a contenidos psicológicos se refiere, está en contra de la evidencia empírica más consolidada sobre evaluación de credibilidad y detección de la mentira (Denault y Dunbar, 2019; Denault et al., 2019; Garrido, Masip y Herrero, 2006; Kassin et al., 2001, 2018; Masip, 2017; Masip y Herrero, 2015, 2015b, c; Masip, Herrero, Garrido y Barba, 2011; Manzanero y Muñoz, 2011; Sporer, 2007; Vrij, 2018, Vrij, Hartwig y Granhag, 2019)⁴⁹.”

Masip, Garrido y Herrero, unen sus autorizadas voces para advertir lo falaz de esa virtud humana de desvelar la falsedad de un testimonio con la mera observación a su emisor. En la investigación colectiva se dice categóricamente: “La capacidad humana para detectar la mentira “a simple vista” deja mucho que desear.

⁴⁷ Silva, Manzanero y Contreras, 2018: 60.

⁴⁸ Herrero, 2021: 379.

⁴⁹ Herrero, 2021: 388.



Los diversos meta-análisis y revisiones teóricas coinciden en mostrar que la precisión al clasificar las declaraciones como verdaderas o falsas normalmente está por encima del nivel de azar, pero sólo ligeramente⁵⁰. La incapacidad para localizar la mentira-entendida como acto deliberado de no decir la verdad- incluso mediante la intervención de máquinas, como el polígrafo, ha sido explicada por Manzanero: ni manifestaciones fisiológicas, ni factores conductuales proveen información idónea sobre la falsación de un relato. La causa de la sudoración, de los nervios, la dilatación pupilar, las variaciones del tono de voz y toda otra vicisitud facial, no es necesariamente el tener conciencia de estar mintiendo^{51 52}.

Mazzoni alerta de la poca fiabilidad de las técnicas para reconocer las mentiras, las cuales arrojan frecuentemente falsos positivos por la incorrecta interpretación de reacciones físicas y fisiológicas, como la sudoración o el incremento del ritmo cardíaco, lo que bien puede experimentar una persona inocente ante preguntas sobre su hipotética culpabilidad. Mazzoni, 2019:40. Y para un juez que sopesa la credibilidad de una versión, acceder a ese conocimiento, resulta casi imposible.

- ¿Pero qué puede ayudarnos a comprender la fe profesada a la intermediación? Me parece innegable el influjo que el azoramiento, tartamudeo, sudoración o la torpeza en el habla, tiene o ha tenido en nuestra cultura, para deducir de ellos la detección de una mentira. Nosotros mismos, las veces que hemos faltado a la verdad, debemos haber enrojecido y luchado por no temblar o interrumpir el discurso. O tal vez conozcamos a quienes mienten sin alteración corporal o gestual alguna, así como tengamos familiares o amigos presas fáciles del miedo y sus turbaciones verbales cuando hablen en público o en ambientes que les son extraños. La vida ordinaria parece proveernos de indicadores comunes cuando alguien miente y forjamos así, ciertas máximas de experiencia o generalizaciones epistémicamente fundadas-en función de las personas que conocemos, de sus reacciones-, pero construidas por las vivencias en un ámbito doméstico, amical, que, equivocadamente, trasladamos al juicio oral como baremos de credibilidad de la narración de personas que no conocemos e ignorando lo intrincado del funcionamiento de la memoria humana.

⁵⁰ Masip, Garrido y Herrero, 2002: 40.

⁵¹ Mazzoni alerta de la poca fiabilidad de las técnicas para reconocer las mentiras, las cuales arrojan frecuentemente falsos positivos por la incorrecta interpretación de reacciones físicas y fisiológicas, como la sudoración o el incremento del ritmo cardíaco, lo que bien puede experimentar una persona inocente ante preguntas sobre su hipotética culpabilidad. Mazzoni, 2019:40.

⁵² Manzanero, 2010: 88-91.

Esa, quizá, es la explicación a la arraigada confianza que inspira el lenguaje corporal, verbal y paraverbal a la doctrina procesalista tradicional y a la jurisprudencia peruana actual.

- La personalidad cuenta; el contexto cuenta; la memoria cuenta. Discernir racionalmente acerca de la transparencia de un relato requiere, imperiosamente, de algo más que la atención al desenvolvimiento verbal o conductual de su emisor. Cuando se elaboran conclusiones tan enfáticas y decisivas fijando el análisis en las impresiones visuales y auditivas, no sólo se realiza un estudio parcial, sino con escaso fundamento epistémico, de un acto humano complejo, como es el testimonio dentro de un proceso judicial.

Excepto el juez que recibe una declaración esté en reales capacidades para comprender correctamente qué emoción trasluce la gestualidad o la performance fonética del deponente, la interpretación del verdadero mensaje anexado a esas características del testimonio no es más que un ejercicio de adivinación. El listado de emociones emparentadas -se supone- a determinadas conductas o movimientos faciales de un testigo que la Corte Suprema comunica como instructivo para la valoración probatoria, no goza, en definitiva, de garantía científica.

Pérez Bermejo da cuenta de otros inconvenientes de esa postura sobre la inmediación, a la que denomina perceptualista o tradicional. Este autor expone que considerar al juez como un sujeto capaz de absorber la realidad con solo mirar y oír, no es sino incurrir en un realismo ingenuo. Se ignora, así, el real procesamiento de la información en una causa judicial, el cual exige, ineludiblemente, efectuar inferencias. Adicionalmente, esa mirada tradicional de la inmediación es compatible con el sistema de valoración probatoria de la íntima convicción, si reparamos en que las máximas de experiencia aplicadas a lo gestual, verbal o paraverbal y su resultado, "forman parte de una esfera indescriptible, inefable, y el juez no tiene por qué dar cuenta de ellos en su sentencia⁵³."

Lo irrevisable de las conclusiones probatorias forjadas por la inmediación es otro segmento del sistema procesal penal peruano de difícilísimo encaje en las pautas básicas de la tesis racionalista de la prueba. Como se dejó constancia en líneas previas, el profesor Ferrer Beltrán considera que una concepción débil de la inmediación y el establecimiento de normas procesales que allanen la impugnación de decisiones sobre los hechos del proceso,

⁵³ Pérez, 2022: 114-115.



son 02 de las 05 características de una visión racionalista de la prueba⁵⁴. Sustraer del control la valoración probatoria judicial asentada en la intermediación controvierte dos directrices esenciales del racionalismo probatorio.

El profesor Diego Dei Vecchi ha acuñado el término “tesis de la tergiversación” dentro del debate y las reflexiones sobre sistemas de valoración de prueba y estándares probatorios. Para el catedrático argentino, cuando la suficiencia probatoria empleada en la práctica para validar una hipótesis proviene de la aplicación de parámetros naturalmente ajenos al sistema que se declara en vigencia, estamos frente a una tergiversación del sistema de valoración de pruebas⁵⁵.

En el Perú, la legislación procesal penal y la Corte Suprema proclaman que la ciencia y la lógica deben imperar en el desarrollo de la valoración probatoria. Ambas ramas del saber humano serían las matrices de las herramientas para la examinación judicial de la prueba. Esas son las premisas en el ámbito teórico, que, ya en el campo de la resolución de casos y por especificidades de la regulación legal, no tienen efectiva influencia. La inapelable fijación de hechos surgida de las imaginarias propiedades de la intermediación es ontológicamente incompatible con la tesis racionalista de la prueba, debido a su abierta contrariedad a los conocimientos científicos.

Los cuestionamientos al carácter inimpugnable de los resultados probatorios apoyados en la intermediación, tienen múltiples cimientos. Desde el prisma de la ciencia, los dividendos epistémicos que la jurisprudencia reivindica al contacto personal del juez con la prueba personal soslayan las abundantes evidencias obtenidas por los estudios a la memoria y la psicología del testimonio. Erigir como infalibles apreciaciones probatorias guiadas por criterios analíticos reñidos con la ciencia es inaceptable, por irracional.

Pero eliminar el escrutinio a la ponderación probatoria inspirada en la intermediación afecta también, y encubiertamente, un derecho constitucional: el derecho a la doble instancia. Recuérdese que la legislación, con la entusiasta aprobación de la Corte Suprema, instituye como inimpugnables las determinaciones probatorias ancladas en la intermediación. La jurisprudencia es la exégeta de la norma prohibitiva y no exhibe ningún argumento sobre la racionalidad de la restricción del derecho a la doble instancia implicada en la disposición legal bajo estudio. Apenas hay una explicación soterrada que aparece naturalmente del

⁵⁴ Ferrer, 2007: 45.

⁵⁵ Dei Vecchi, 2020: 134.

procedimiento de aprehensión infalible: sólo el que la ve y oye, presencia las revelaciones de una declaración-verba, para verbal-. Como en segunda instancia ello no ocurre necesariamente, lo percibido por el juez de la sede inferior es incontrovertible, a no ser que una eventual nueva inmediación-se practica siempre que el Tribunal revisor lo crea conveniente- rectifique la fijación de hechos nutrida por las impresiones del primer juzgador.

El escenario descrito es bastante adverso para el ejercicio del derecho a la doble instancia, sin embargo, no ha motivado en la Corte Suprema el esfuerzo justificativo que todo debilitamiento de un derecho fundamental demanda.

La valía de la inmediación como herramienta epistémica en el proceso penal no está en cuestión, pero hay que dimensionar prudente y objetivamente sus beneficios. La intervención colectiva de los sujetos procesales al momento de actuarse la prueba constituye una garantía para el recojo idóneo de la información, pues permite:

- a. Controlar lo genuino de la fuente de prueba (identidad correcta de quien expone y fue admitido para hacerlo).
- b. Verificar lo estrictamente aportado por el declarante (o el contenido real de la prueba documental).
- c. Extraer los datos que los sujetos procesales requieran en concordancia con su posición dentro del juicio oral. En el caso del juez, la ley le faculta a realizar preguntas aclaratorias a los declarantes para la construcción de una mejor idea de lo realmente acontecido.

En los tres acápites previos, la interactuación y las relaciones directas entre los medios de prueba y el juez-así como de los demás sujetos procesales- inciden en la conformación de los elementos de juicio que posteriormente deberán analizarse para examinar el nivel de acreditación de las hipótesis presentadas en juicio. Sin la inmediación, el patrimonio informativo para la tarea de averiguación de la verdad no es fiable, ya sea por ausencia de controles de su origen o aprovisionamiento o por la defectuosa mecánica de su composición cuantitativa y cualitativa.



Las reglas procesales y la postura jurisprudencial relativas a las bondades epistémicas de la intermediación no deben mantenerse. Es imperiosa la derogación de la norma que estatuye como inimpugnables las conclusiones probatorias impulsadas por las impresiones del juez luego de observar la prueba personal. La doctrina de la Corte Suprema, según la cual la fiabilidad del testimonio puede deducirse por el lenguaje corporal, gestual, verbal o para verbal del deponente, no debe ser seguida por los jueces de instancias inferiores dada su palmaria irracionalidad.

CONCLUSIONES

Por lo desarrollado hasta aquí me permito formular algunas ideas y afirmaciones sobre la intermediación y su tratamiento en la jurisprudencia procesal penal peruana:

La Corte Suprema del Perú, mantiene una concepción tradicional de la intermediación, definiéndola como el contacto directo entre el juez, los demás sujetos procesales y los medios de prueba, atribuyéndole una gran valía epistémica.

En relación a la prueba personal, la Corte Suprema sostiene que la intermediación es una herramienta irremplazable para descubrir la falsedad o veracidad de un relato y establecer así, con certidumbre, la fiabilidad o no de una declaración.

El Máximo Tribunal penal puntualiza que el lenguaje gestual del declarante; expresividad en sus manifestaciones, nerviosismo o azoramiento en sus declaraciones; titubeo o contundencia en las respuestas; rectificaciones o linealidad en su exposición; tono de voz y tiempo de silencio o capacidad narrativa, son aspectos de una deposición desde los cuales se extrae su sinceridad.

Es doctrina jurisprudencial, justificativa del artículo 425, inciso 2 del código procesal penal, que las conclusiones probatorias del juez de primera instancia asentadas en la intermediación no pueden ser enmendadas por el Tribunal revisor. Excepcionalmente se puede reevaluar la fijación de hechos, siempre que el órgano de segunda instancia considere necesario actuar prueba personal.

La postura de la Corte Suprema sobre la inmediación no es compatible con una tesis racionalista de la prueba porque: i. los criterios de análisis de la prueba personal asumidos por la jurisprudencia son desestimados abrumadoramente por las investigaciones científicas sobre la memoria y la psicología del testimonio (Mazzoni, Manzanero, Masip, Herrero, por ejemplo) y ii. la eliminación del control intersubjetivo de las decisiones probatorias basadas en la inmediación no posee justificación plausible alguna, en tanto la premisa de ese veto es la adjudicación de virtudes epistémicas inexistentes.

Aun cuando la legislación procesal y la propia Corte Suprema declaren que las leyes de la ciencia gobiernan la valoración probatoria y que el análisis judicial de los medios de prueba se hace según la sana crítica racional, el empoderamiento dado a la inmediación, que no tiene base científica alguna, refleja lo que el profesor Dei Vecchi denomina un supuesto de tergiversación del sistema: los criterios empleados para definir la validez de una hipótesis son irreconciliables con el sistema de valoración probatoria que se proclama está vigente. La situación descrita lleva a una propuesta de lege ferenda: derogar la norma procesal que impide la impugnación de los resultados probatorios expuestos por el juez de primera instancia al amparo de la inmediación.

La inmediación sí rinde importantísimos beneficios epistémicos en el proceso penal. Este principio es insustituible para facilitar una apropiada conformación de los elementos de juicio que deben nutrir las decisiones probatorias. La participación conjunta de los sujetos procesales durante la actuación probatoria puede constituirse en salvaguarda de la autenticidad de las fuentes de prueba, asegurar el registro del contenido real y completo de los datos aportados por las pruebas y potenciar el mayor aprovechamiento de la información contenida en los medios de prueba.

BIBLIOGRAFÍA

Dei Vecchi, Diego (2020), "Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio", Lima, Zela.

Di Giulio, Gabriel Hernán (2021), "Valoración judicial de la prueba", Hammurabi-José Luis de Palma Editor, Buenos Aires.

Ferrer Beltrán, Jordi (2007), "La valoración racional de la prueba", Madrid, Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, Jordi (2020), "Prueba y racionalidad de las decisiones judiciales": Editorial CEJI.



García Amado, Juan Antonio (2017), "Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones Introdutorias", Lima, ZELA.

Gascón Abellán, Marina (2023), "Sobre la posibilidad de fijar estándares de prueba objetivos", en "Proceso, prueba y estándar", Derecho Global, Michel Taruffo, Marina Gascón Abellán, Jordi Ferrer Beltrán, Josep Aguiló Regla y Pablo Raúl Bonorino, México, pgs.31-46.
Gonzales Lagier, Daniel (2018), "Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción", Volumen II, Lima, Palestra/TEMIS.

Herrero, Carmen (2021), "Los conocimientos de la psicología más allá de la prueba pericial", Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, N. 2, Madrid, p. 363-408.

Jauchen, Eduardo (2012), "Tratado de Derecho Procesal Penal"-Tomo III, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires.

López Barja de Quiroga, Jacobo (2019), "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo IV, Thomson Reuters Aranzandi, séptima edición, Pamplona.

Loftus, Elizabeth y Ketcham, Katherine (2010), "Juicio a la memoria. Testigos presenciales y falsos culpables", ALBA, Barcelona.

Jaume Masip Eugenio Garrido Carmen Herrero (2002), "La detección del engaño sobre la base de sus correlatos conductuales: la precisión de los juicios", Anuario de Psicología Jurídica, Volumen 12, año 2002, Salamanca, Págs. 37-55.

Manzanero, Antonio L. (2010) "Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical", Pirámide, Madrid.

Mazzoni, Giuliana (2010), "¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria", Editorial Trotta, Madrid.

Mazzoni, Giuliana (2019), "Psicología del testimonio", Editorial Trotta, Madrid.

Mixán Más, Florencio (2003), "Derecho Procesal Penal. El juicio oral", Ediciones BLG, Trujillo.

Nieva Fenoll, Jordi (2010), "La valoración de la prueba", Marcial Pons, Madrid.

Nieva Fenoll, Jordi (2017), "Derecho procesal penal III. Proceso Penal", Marcial Pons, Madrid.

Pérez Bermejo, Juan Manuel (2022), "Holismo e inferencia en el razonamiento probatorio", ARA Editores, Argentina.

Gerhard Walter (1985), "Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial", Editorial TEMIS, Bogotá.

Roxin, Claus (2000), "Derecho procesal penal", Editores del Puerto, Buenos Aires.

Sánchez Córdova, Juan (2023), "Derecho Procesal Penal alemán y peruano", Klaus Volk/

Kai Ambos/Juan Sánchez Córdova, Asociación de Göttingen, UBI LEX y EDPAL, Lima.

San Marfín Castro, César (2020), "Derecho procesal penal. Lecciones", INPECCP/CENALES, Lima.

Sánchez Velarde, Pablo (2016), "Introducción al Nuevo Proceso Penal", IDEMSA, Lima.

Silva, Eva, Manzanero, Antonio y Contreras José María (2018), "CAPALIST. Valoración de las capacidades para declarar", Dykinson S.L, Madrid.

Talavera Elguera, Pablo (2017), "La prueba penal", Instituto Pacífico, Lima.

Taruffo, Michele (2015), "Teoría de la Prueba", ARA EDITORES, Lima.

Taruffo, Michele (2023), "Proceso, prueba y estándar", Derecho Global, México-Perú.

Tuzet, Giovanni (2021), "Filosofía de la prueba jurídica", Marcial Pons, Madrid.

Ubertis, Giulio (2017), "Elementos de epistemología del proceso judicial", Editorial Trotta, Madrid.





Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - noviembre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

LA DOBLE NATURALEZA DEL CONSUMO DE ALCOHOL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO: INIMPUTABILIDAD Y AGRAVANTES EN DELITOS SEXUALES: CONTRAPOSICIÓN DE LOS ARTÍCULOS 20 INCISO 1 Y 170 INCISO 13 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

THE DOUBLE NATURE OF ALCOHOL CONSUMPTION IN THE PERUVIAN PENAL CODE: NON-IMPUTABILITY AND AGGRAVATING FACTORS IN SEXUAL CRIMES: CONTRAST OF ARTICLES 20 SECTION 1 AND 170 SECTION 13 OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODEAN OVERRATED EVIDENTIARY ANALYSIS TOOL?

Tulio Eduardo Villacorta Calderón
Carmen Lourdes Guadalupe Ramos Aguilar



LA DOBLE NATURALEZA DEL CONSUMO DE ALCOHOL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO: INIMPUTABILIDAD Y AGRAVANTES EN DELITOS SEXUALES: CONTRAPOSICIÓN DE LOS ARTÍCULOS 20 INCISO 1 Y 170 INCISO 13 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Tulio Eduardo Villacorta Calderón
Carmen Lourdes Guadalupe Ramos Aguilar

RESUMEN:

El texto aborda la ambigüedad en la aplicación del artículo 20°, inciso 1 y el artículo 170°, inciso 13 del Código Penal Peruano, que regula la inimputabilidad y las agravantes en delitos sexuales cometidos bajo efectos del alcohol. Se señala que el consumo puede tener un impacto bifacético: en algunos casos, puede disminuir la capacidad de comprender los actos delictivos, generando inimputabilidad, mientras que en otros contextos, aumenta la peligrosidad de la acción, justificando un agravante. Esta contradicción ha generado serios desafíos interpretativos en la práctica judicial peruana, comprometiendo el principio de proporcionalidad y creando incertidumbre en la aplicación de la justicia. En ese sentido, este estudio tiene como objetivo clarificar las condiciones bajo las cuales el consumo de alcohol puede ser considerado un hecho eximente de responsabilidad penal, o, por el contrario, constituir una agravante en delitos de violación sexual, con el fin de asegurar una interpretación coherente y justa de la normativa penal.

PALABRAS CLAVE:

Inimputabilidad; grave alteración de la conciencia; responsabilidad penal; violencia sexual; proporcionalidad.

I. INTRODUCCIÓN

En el derecho penal peruano, la capacidad de comprender y autodeterminarse constituye uno de los pilares fundamentales para establecer la responsabilidad penal de un individuo. El Código Procesal Penal, en su artículo 20°, inciso 1, “contempla la inimputabilidad como eximente de responsabilidad cuando una persona, debido a una grave alteración de la conciencia, no puede comprender el carácter delictivo de su conducta” (Presidencia de la República del Perú, 1991, Artículo 20). Paralelamente, el artículo 170°, inciso 13 agrava las penas en delitos de violación sexual “cuando el agente actúa bajo los efectos de sustancias alcohólicas, que también suponen una alteración en la conciencia de los sujetos que cometen un acto ilícito” (Presidencia de la República del Perú, 1991, Artículo 170).



La jurisprudencia y la doctrina penal han señalado que el consumo del alcohol puede tener un efecto dual: en determinados casos, podría disminuir las capacidades cognitivas de tal manera que el individuo se encuentre en un estado de inimputabilidad que le impida tener consciencia sobre los actos que realiza; sin embargo, en otros contextos, el consumo voluntario de estas sustancias se ha interpretado como una circunstancia que incrementa la peligrosidad de la acción, justificando así una agravante.

Este enfoque, evidentemente contradictorio ha generado dificultades interpretativas en la práctica judicial, lo que plantea la necesidad de abordar de manera integral la aplicación de estos preceptos en casos de delitos contra la libertad sexual. Según Zaffaroni, E. (2010), el principio de culpabilidad exige que la imputabilidad de una persona depende de su capacidad de comprender la ilicitud del acto y de determinarse conforme a dicha comprensión. Esto es congruente con la teoría general de la imputabilidad, que subraya la importancia del discernimiento en la ejecución de un acto delictivo. Sin embargo, el tratamiento que el Código Penal Peruano le otorga al consumo de alcohol, (considerando la ebriedad como causa tanto de inimputabilidad como de agravante) requiere una interpretación rigurosa que delimite las circunstancias bajo las cuales el consumo de alcohol eximiría de responsabilidad o, por el contrario, agravaría el delito. El problema radica en la falta de claridad sobre cuándo, en específico, el consumo de alcohol puede considerarse como una circunstancia de inimputabilidad, exonerando al agente de responsabilidad penal, y cuándo debe entenderse como un factor agravante en delitos sexuales. Esta ambigüedad en la interpretación normativa no solo afecta el principio de proporcionalidad, sino que también genera incertidumbre jurídica en el tratamiento de estos casos por parte de los tribunales peruanos.

II. EL IMPACTO DEL ESTADO DE EMBRIAGUEZ EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA

La jurisprudencia peruana ha abordado en varias ocasiones la influencia del estado de embriaguez del autor en la comisión de delitos sexuales, presentando diferentes enfoques respecto a su tratamiento como atenuante o eximente de responsabilidad. A continuación, se analizarán dos de las resoluciones más relevantes emitidas por la Corte Suprema de Justicia del Perú sobre ese tema.

• **Recurso de Nulidad N.º 2867-2017/Apurímac (2018)**

En esta resolución, se determinó que el delito de violación sexual se configuraba conforme al artículo 173 inciso 2 del Código Penal. No obstante, aunque la pena mínima establecida para dicho delito es de treinta años de prisión, el tribunal decidió reducir prudencialmente la sanción debido al estado relativo de embriaguez del imputado. La Corte consideró que la reducción de la pena se ajustaba a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, dadas las características específicas del caso y la gravedad de los hechos cometidos. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2018, p. 6).

• **Recurso de Nulidad N.º 1949-2012/Lima Norte (2012)**

En este recurso de nulidad, la Corte Suprema de la República se enfrentó a un caso en el cual el imputado alegó haber estado parcialmente ebrio durante la comisión del delito de violación sexual. La defensa presentó la alteración de la conciencia del acusado como un factor que habría afectado su capacidad para comprender plenamente la ilicitud de sus actos. Aunque no se realizó una pericia específica que determinara con precisión el nivel de embriaguez del imputado, su propia confesión sobre el consumo de alcohol durante los eventos fue tomada en consideración por la Corte. La jurisprudencia en Perú, y en este caso particular, reconoce que el estado de embriaguez puede tener implicancias en la percepción de la realidad del autor de un delito. La jueces supremos destacaron que, aunque no se presentaron pruebas científicas concluyentes sobre el grado de intoxicación, las declaraciones del acusado y la evidencia indirecta sugirieron que el consumo de alcohol influyó en su comportamiento, aunque no de manera absoluta.

La evaluación del Tribunal Supremo incluyó la consideración de si el estado de embriaguez había sido lo suficientemente severo como para justificar la aplicación de la eximente de responsabilidad penal prevista en el artículo 20 del Código Penal. Sin embargo, al no acreditarse un nivel de embriaguez que alcanzara la "grave alteración de la conciencia", de esta manera, se optó por aplicar la figura de la atenuante, regulada en el artículo 21 del mismo código. Este artículo permite reducir la pena cuando la responsabilidad no puede ser eliminada completamente, pero se demuestra una restricción significativa en la capacidad del individuo para discernir o actuar conforme a la ley. La atenuante por embriaguez parcial en este caso se basó en la apreciación de que, aunque el imputado no estaba completamente incapaz de comprender sus acciones, su juicio estaba afectado de manera relevante por el consumo de alcohol. Esto justifica una reducción en la pena, pues los juzgadores superiores reconocieron que su capacidad de autodeterminación fue limitada, aunque no anulada por completo.



En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia del Perú impuso una pena por debajo del mínimo legal estipulado para el delito de violación sexual. Este tipo de decisiones reflejan un enfoque flexible en el sistema de justicia penal peruano, donde el tribunal no aplica rígidamente las penas, sino que considera las circunstancias atenuantes cuando el estado de embriaguez influye de manera importante en la conducta delictiva del imputado, sin llegar a eliminar su responsabilidad penal.

Este fallo también pone de relieve la importancia de evaluar el contexto personal del acusado y su estado mental al momento del delito, más allá de las pruebas científicas, como pruebas toxicológicas, que puedan estar disponibles. Se decidió que, en ausencia de pruebas concluyentes, el testimonio del acusado y otros elementos contextuales pueden ser suficientes para aplicar una reducción de pena, respetando así los principios de proporcionalidad y justicia. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2012, p. 8)

III. ANÁLISIS NORMATIVO DEL ARTÍCULO 20 Y ARTÍCULO 170

3.1 El artículo 20 inciso 1 del Código Procesal Penal: Inimputabilidad por alteración de la conciencia, evolución histórica de la ley:

El concepto de inimputabilidad no es nuevo en la legislación penal peruana, y ha sido influenciado por diversas corrientes doctrinales y reformas legislativas a lo largo de la historia. El Código Penal de 1924 introdujo las primeras disposiciones sobre la inimputabilidad en el Perú, esta norma, influenciada por el positivismo criminológico, reconocía que ciertas condiciones psiquiátricas o de salud mental podían eximir de responsabilidad penal a los individuos que cometieran un delito sin plena capacidad de entender o controlar su comportamiento. Sin embargo, la regulación presentaba un enfoque menos desarrollado, centrado principalmente en anomalías mentales permanentes o enfermedades mentales manifiestas. Con la promulgación del Nuevo Código Penal en 1991, se modernizó la regulación de la inimputabilidad, reflejando un enfoque integral de las condiciones que pueden afectar la capacidad del individuo para ser considerado responsable penalmente. El artículo 20 del Código Penal de 1991 introdujo la "grave alteración de la conciencia" como una de las causas de inimputabilidad, además de las anomalías psíquicas o enfermedades mentales. Esta reforma incluyó un enfoque pormenorizado, reconociendo que no solo las enfermedades mentales permanentes, sino también las condiciones temporales que afecten gravemente la conciencia, que podían eximir al individuo de responsabilidad penal. La Ley N° 30838, promulgada en 2018, reformó tanto el Código Penal como el Código de

Ejecución Penal, principalmente en lo relacionado con los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aunque esta reforma no modificó el artículo 20 inciso 1 directamente, incidió en cómo se interpreta el consumo de alcohol y drogas en delitos sexuales, creando una interacción importante entre la eximente de inimputabilidad y la agravante por consumo de alcohol que se estableció en el artículo 170 inciso 13.

En este contexto, la grave alteración de la conciencia ha sido un punto de debate significativo. Si bien en sus orígenes este concepto estaba vinculado principalmente a las anomalías mentales, la evolución de la jurisprudencia y la interpretación normativa ha permitido que este concepto se amplíe para incluir condiciones como la intoxicación por alcohol y drogas, siempre que afecten profundamente la capacidad del individuo para comprender o controlar sus actos. En la actualidad, el artículo 20 inciso 1 establece que está exento de responsabilidad penal “el que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.”

Este precepto recoge tres causas principales de inimputabilidad:

- Anomalía psíquica: Se refiere a enfermedades mentales permanentes, como la esquizofrenia, el trastorno bipolar o la psicosis, que afectan gravemente la capacidad de la persona para comprender sus actos.
- Grave alteración de la conciencia: Incluye situaciones transitorias, como el consumo excesivo de alcohol o drogas, que pueden afectar temporalmente la capacidad del individuo para comprender la naturaleza de sus acciones o para autodeterminarse.
- Alteraciones en la percepción: Se refiere a fenómenos como alucinaciones o delirios que impiden al individuo tener una correcta percepción de la realidad.

3.2 El artículo 170 inciso 13 del Código Procesal Penal: Agravantes en delitos sexuales por consumo de alcohol y drogas:

El artículo 170 del Código Penal peruano tipifica el delito de violación sexual como uno de los atentados más graves contra la libertad y la integridad personal, dada su naturaleza violenta y destructiva. Esta norma establece que la violación sexual se configura cuando, mediante el uso de violencia física, psicológica, grave amenaza o aprovechándose de



una situación de coacción, el agresor obliga a la víctima a tener acceso carnal o actos análogos sin su libre consentimiento. El inciso 13 de este artículo introduce una agravante específica que incrementa las penas cuando el agresor comete el delito bajo los efectos del alcohol o drogas, reconociendo que estas sustancias pueden potenciar la peligrosidad y el carácter violento del acto. Esta disposición refleja la intención del legislador de sancionar más severamente los delitos sexuales cometidos en estados de intoxicación, aumentando tanto la pena mínima como la máxima en comparación con los casos donde el agresor no se encuentra bajo la influencia de dichas sustancias. La incorporación de agravantes relacionadas con el consumo de alcohol o drogas en el delito de violación sexual es relativamente reciente en la legislación penal peruana, y responde a la evolución de la percepción de la peligrosidad que estas sustancias pueden agregar al comportamiento criminal. En el Código Penal de 1924, no existía una mención específica que considerara el consumo de alcohol o drogas como un agravante en delitos sexuales. En ese momento, la normativa penal estaba enfocada en la descripción del acto de violación en sí mismo, sin considerar las condiciones personales del agresor, como su estado de intoxicación o factores que agravaran el delito.

En este contexto, el agresor era castigado por la violación, pero las circunstancias particulares de embriaguez o consumo de drogas no tenían un impacto específico en la pena, por otro lado, el Nuevo Código Penal de 1991 trajo consigo una serie de reformas significativas, entre ellas, la inclusión de agravantes que tomaban en cuenta factores como la vulnerabilidad de la víctima (menores de edad, personas con discapacidad) y el uso de medios que aumentaran el riesgo o la gravedad del delito. Sin embargo, no fue hasta años después que se incluyó de manera explícita el consumo de alcohol y drogas como factores agravantes en delitos de violación sexual. Finalmente, la reforma más significativa en relación con los agravantes por consumo de alcohol o drogas se produjo con la Ley N° 30838, promulgada en 2018, que introdujo varias modificaciones en el Código Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos sexuales. Esta ley modificó el artículo 170, incorporando el inciso 13, que establece una agravante específica en los casos de violación sexual cometida por personas en estado de embriaguez o bajo los efectos de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas que alteren la conciencia del agente. La motivación de esta reforma fue la creciente preocupación por el aumento de los delitos sexuales cometidos en situaciones de consumo de alcohol o drogas, tanto por parte del agresor como de la víctima. El legislador reconoció que el consumo de estas sustancias incrementa la peligrosidad del comportamiento delictivo, pues el agresor pierde

parte del autocontrol y se incrementa la probabilidad de actos violentos.

El legislador considera que el estado de intoxicación no puede ser utilizado como una justificación para eludir la responsabilidad penal. Al contrario, cuando un individuo ingiere alcohol o drogas y, bajo su efecto, comete un delito, la ley entiende que ha actuado de manera imprudente o temeraria. Este comportamiento es considerado más peligroso porque el agresor puede ser más violento, menos capaz de controlar sus impulsos y más propenso a cometer actos delictivos de gravedad.

El consumo de alcohol y drogas no solo afecta la capacidad del agresor para tomar decisiones racionales, sino que también puede hacer que la agresión sea más brutal y traumática para la víctima. Por esta razón, el legislador impone penas más severas para estos casos, reconociendo que el estado de embriaguez o drogadicción del agresor aumenta el riesgo para la víctima.

III. PROPUESTA DE MEJORA RESPECTO DE LOS ESTÁNDARES JURÍDICOS EN LA PONDERACIÓN DE AGRAVANTES Y ATENUANTES EN EL PERÚ RESPECTO DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL

Una solución efectiva frente a la contradicción y falta de claridad en la aplicación de agravantes y atenuantes en casos de violación sexual bajo el estado de ebriedad sería llevar a cabo una reforma legislativa integral que unifique y clarifique los criterios de responsabilidad penal. Esta reforma debe establecer un marco normativo coherente que elimine las ambigüedades actuales, garantizando una aplicación justa y proporcional de la ley en este tipo de delitos. Para lograrlo, es necesario que la reforma aborde los siguientes puntos clave:

A) La regulación explícita del “actio libera in causa”: en el Código Penal peruano resulta indispensable para solucionar una de las mayores incoherencias en la aplicación de la normativa penal en casos de delitos cometidos bajo los efectos del alcohol o drogas, como la violación sexual. El “actio libera in causa” es una figura doctrinal que permite sancionar a quienes, de manera premeditada, se colocan en un estado de embriaguez o intoxicación para cometer un delito, evitando así que el estado de alteración de la conciencia sea utilizado como una justificación para disminuir la responsabilidad penal.

Actualmente, el Código Penal peruano no incluye una regulación clara de esta figura, lo que ha dado lugar a una interpretación ambigua y desigual en los tribunales. Si bien el artículo 20 del Código establece que la grave alteración de la conciencia puede ser una



eximente de responsabilidad penal, este artículo no distingue entre la embriaguez voluntaria y premeditada de la no intencional. Este vacío legal permite que algunos delincuentes argumenten que no eran conscientes de sus actos debido a su estado de embriaguez, lo que puede llevar a una reducción de la pena o incluso a la exoneración de responsabilidad penal.

Incorporar de manera explícita el “actio libera in causa” en el Código Penal permitiría a los jueces diferenciar entre dos situaciones clave:

- Embriaguez premeditada: Cuando el agresor, de manera consciente, decide intoxicarse para eliminar sus inhibiciones o para facilitar la comisión del delito, como en el caso de una violación sexual. En estos casos, el estado de ebriedad no debe ser considerado como una circunstancia atenuante o eximente, sino como una conducta agravante, ya que el agresor ha utilizado intencionalmente su embriaguez como un medio para cometer el delito o para evitar asumir su responsabilidad.
- Embriaguez no premeditada o incidental: Cuando el estado de ebriedad es producto de una acción no deliberada para cometer el delito, y aunque puede haber alterado la capacidad de discernimiento del agresor, no fue provocada intencionalmente para facilitar la comisión del delito. En estos casos, se podría aplicar una reducción de la pena, pero de manera proporcionada, dependiendo del grado de embriaguez y la capacidad residual del agresor para comprender sus actos.

La inclusión del “actio libera in causa” también aseguraría que las personas no puedan planear sus delitos con la intención de aprovecharse de su estado de intoxicación como una excusa legal. Esta figura ha sido reconocida en diversas legislaciones y en el derecho comparado, donde su aplicación ha demostrado ser efectiva para sancionar de manera proporcional a los agresores que deliberadamente usan su estado de ebriedad como un pretexto para disminuir su culpabilidad.

B) La correcta distribución de la carga probatoria en el proceso penal es esencial para asegurar un juzgamiento respetuoso de las garantías procesales, más aún en casos de violación sexual donde el estado de embriaguez del agresor podría ser utilizado como un argumento exculpativo o atenuante. En este sentido, se propone que la carga probatoria recaiga plenamente sobre el órgano acusador, es decir, los fiscales, para demostrar no

solo la comisión del delito de violación sexual, sino también que el agresor ingirió alcohol de manera premeditada o consciente con la intención de facilitar o potenciar su capacidad para cometer el delito. Este enfoque no solo respeta el principio de presunción de inocencia que rige el proceso penal, sino que también evita que el consumo voluntario de alcohol se convierta en una excusa para eludir la responsabilidad penal o disminuir la gravedad de los hechos. La fiscalía tendría la obligación de presentar pruebas claras y contundentes que acrediten que el estado de embriaguez no fue fortuito ni incidental, sino que formaba parte de una estrategia premeditada del agresor para desinhibirse, anular sus propios frenos morales o disminuir la resistencia de la víctima.

Este criterio probatorio implica que los fiscales deben recabar evidencia sólida que demuestre la intención del agresor de colocarse en ese estado de embriaguez como una herramienta para facilitar el delito. Esto puede incluir testimonios, antecedentes de comportamiento, patrones de conducta, consumo previo de alcohol, ponderación de la cantidad de alcohol en sangre respecto de la valoración del método de Widmark, entre otros elementos que sustenten la premeditación del consumo de sustancias para la comisión del delito.

El establecimiento de esta carga probatoria adicional también tiene una función disuasoria, ya que envía un mensaje claro de que la planificación y la manipulación del propio estado de conciencia para cometer un delito será severamente sancionada. Al mismo tiempo, garantiza que se preserve el principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas, al no permitir que el estado de intoxicación se convierta en un pretexto para una reducción injustificada de la responsabilidad penal.

CONCLUSIONES

Ambigüedad normativa: El análisis del artículo demuestra que existe una ambigüedad significativa en el tratamiento legal del consumo de alcohol en los delitos sexuales en el Perú. Por un lado, el artículo 20 inciso 1 del Código Penal contempla la embriaguez como una eximente de responsabilidad penal bajo ciertas condiciones. Por otro, el artículo 170 inciso 13 establece una agravante específica para los delitos sexuales cometidos bajo los efectos del alcohol. Esta contradicción genera problemas de interpretación en la jurisprudencia y crea incertidumbre jurídica en la aplicación de las normas.



Inconsistencia en la jurisprudencia: La revisión de casos judiciales muestra que los tribunales peruanos han tenido dificultades para aplicar de manera coherente las disposiciones legales relacionadas con la embriaguez en delitos sexuales. Algunos tribunales han aplicado la atenuante de embriaguez parcial en ciertos casos, mientras que en otros han agravado las penas, dependiendo de la interpretación de los hechos y las pruebas presentadas. Esta falta de consistencia refuerza la necesidad de una reforma legal que establezca criterios más claros.

Necesidad de una reforma legislativa: El artículo propone una reforma legislativa integral que clarifique los criterios para la aplicación de atenuantes y agravantes en los delitos sexuales cometidos bajo el estado de embriaguez. Una de las soluciones más destacadas es la incorporación explícita de la figura del actio libera in causa en el Código Penal, que permitiría sancionar de manera más severa a aquellos que se intoxican de manera premeditada para cometer delitos sexuales.

Importancia del principio de proporcionalidad: El artículo subraya que cualquier reforma legislativa debe estar alineada con el principio de proporcionalidad, garantizando que la gravedad del delito y las circunstancias específicas, como el grado de embriaguez, sean adecuadamente valoradas en la imposición de penas. La reforma debe equilibrar tanto los derechos del acusado como la protección de la integridad de las víctimas, asegurando un sistema penal justo y coherente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Civitas.Salinas, R. (2019). Derecho Penal. Parte Especial (Vol. 2).

IUSTITIA.Fuentes LegalesCódigo del Sistema Penal de Bolivia. (2017).

Presidencia de la República del Perú. (1991). Decreto Legislativo 635 de 1991.Código Penal. Diario Oficial el Peruano del 8 de abril de 1991. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682692>

Recurso de Nulidad N.º 1949-2012/ Lima Norte (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú 7 de Setiembre de 2012).

Recurso de Nulidad N.º 478-2018/ Lima Este (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del Perú 25 de Junio de 2018).

Reynaldi, R. (2008). La doctrina de la actio libera in causa y su aplicación en el derecho penal peruano. perso.unifr.ch. Obtenido de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_91.pdf

Roxín, C. (1997). Derecho Penal. Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito.

Zaffaroni, E. (2010). Derecho penal y protesta social. Es legítima la criminalización de la protesta social, 1-15.





Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - noviembre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

LA INVESTIGACIÓN FISCAL EN EL DELITO DE LESIONES CON PRESENCIA DE MEDIOS QUE LE APORTAN GRAVEDAD Y SU IMPACTO EN LA PREDICTIBILIDAD JURÍDICA

THE FISCAL INVESTIGATION IN THE CRIME OF INJURIES WITH THE PRESENCE OF MEANS THAT CONTINUE SEVERITY AND ITS IMPACT ON LEGAL PREDICTABILITY

Cynthia Lizbeth Labrín Pimentel
Miguel Alfredo Flores Salazar



LA INVESTIGACIÓN FISCAL EN EL DELITO DE LESIONES CON PRESENCIA DE MEDIOS QUE LE APORTAN GRAVEDAD Y SU IMPACTO EN LA PREDICTIBILIDAD JURÍDICA

Cynthia Lizbeth Labrín Pimentel¹
Jueza del Tercer Juzgado Unipersonal Penal de Piura

Miguel Alfredo Flores Salazar²
Docente universitario en la Universidad Tecnológica del Perú

I. INTRODUCCIÓN

Es innegable que la administración de justicia aún no ha logrado consolidarse en el Perú y esto pone en riesgo la confianza de los ciudadanos respecto a las entidades que imparten justicia. Para contextualizar el nivel de percepción respecto a la injusticia se ha tomado como información la que proporciona el Latinobarómetro en el estudio realizado en el año 2020 en 17 países de América Latina.

De lo anterior se puede observar que el Perú obtuvo cifras que no son alentadoras, tan es así que, señala que las peores desigualdades con más de 40% radican en la justicia y que “Costa Rica, Uruguay y Nicaragua son los únicos países donde se percibe menores grados de injusticia (...)”. (Latinobarómetro, 2021, p. 46)

Por su parte, el Latinobarómetro en un estudio que realizó también en el año 2020 sobre diferentes aspectos del Perú reportó que el 55.4% de los entrevistados peruanos consideraron que el país está estancado y el 30.3% consideró que el país está en retroceso. Asimismo, el 42.1% consideró que el acceso a la justicia es muy injusto y el 46.9% considera que es injusto. Respecto al nivel de confianza en instituciones relacionadas con el sector justicia, entre ellas el Poder Judicial, los entrevistados consideraron que es ninguna en un 48.4% y poca en un 32.8%. (Latinobarómetro, 2020)

Ante dicha realidad, y sin restar razón de la información que brindan los ciudadanos y que bien se ha recogido en el Latinobarómetro, este trabajo aborda las deficiencias que comete el Ministerio Público tanto en la motivación de sus decisiones como en la calificación de los hechos de lesiones que son sometidos a su conocimiento y que de manera liminar

¹ Jueza del Tercer Juzgado Unipersonal Penal de Piura
clabrinp@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-5743-4155>

² Docente universitario en la Universidad Tecnológica del Perú

mafsalazar5@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-8100-3403>



archivan. Sumado a otras deficiencias no hace más que finalmente formar parte de las razones de la percepción negativa del ciudadano hacia esta institución y hacia el acceso a la justicia en general.

Del Anuario Estadístico del Ministerio Público del 2021 se desprende que de los delitos cometidos fueron contra la vida, el cuerpo y la salud, en especial, sobre el delito de lesiones se debe destacar que en el año 2018 fueron cometidas 267 935 lesiones, en el año 2019 387 953, en el año 2020 271 742 y en el año 2021 380 460 (Ministerio Público, 2022).

Por tanto, es notorio que la carga procesal que deben gestionar los diferentes despachos fiscales a nivel nacional ha aumentado; no obstante, no es justificación para no motivar y calificar jurídicamente los hechos como corresponde.

II. DESARROLLO

1. La importancia de la motivación de las decisiones fiscales

Todos los días, no hay reserva de sabiduría y moralidad que la ley pueda respaldar con seguridad. El derecho crea sus propias normas, sus propios planes, y la vida se los apropia de formas que pueden sorprender a un abogado o legislador, pero que, suelen ser percibidas con mayor precisión por quienes se dedican a describir a la sociedad y a contar historias personales para mostrar que el Derecho es parte de la sociedad. Esta realidad se torna incomprensible desde un discurso puramente jurídico.

En dicha consonancia, los cursos que introducen a los estudiantes a las realidades sociales, políticas, económicas y culturales a las que se deben aplicar las leyes en América Latina representan un número muy bajo y se trata de asignaturas distantes entre sí y con poco peso en el plan de estudios. Por ello, la mayoría de los estudiantes de derecho sólo se enfrentan a la realidad de su profesión cuando es necesario. Este momento suele ser complejo por la realidad antes mencionada (países con altos niveles de conflictividad social y desigualdad). (Iturralde, 2019, p. 218)

La formación del abogado expuesta guarda conexión con la labor que realizarán algunos de ellos como fiscales. Se tiene pues, que para que haya una labor diligente y un debido proceso se requiere que la actividad fiscal esté absolutamente garantizada, lo que se refleja en la imparcialidad y autonomía institucional dentro del ámbito de un estado de

derecho respecto de su relación con el Poder Judicial y a otros poderes del Estado. (Bazán, 2019, pp. 77-78) Entonces, el objetivo es lograr la justicia social. El dominio de las normas jurídicas permite reconocer la rapidez procesal, las mejores prácticas, la honestidad y transparencia percibidas. (Flores, et. al., 2019, p. 44)

En principio, toda decisión judicial debe estar motivada, con base en los hechos, valoración de la prueba y factores de carácter penal, sean objetivos o no. Este principio incluye no sólo a los jueces, sino también a los fiscales y todos los funcionarios encargados de tomar decisiones. Ellos toman decisiones, por lo que se les pide que expliquen específicamente las razones de cada una. (Orihuela, 2020) Si bien se reconoce que se debe medir la calidad de las decisiones judiciales, dado que la corrección del razonamiento judicial es esencial para la confianza pública, el respeto de los litigantes y la legitimidad de los tribunales, hay varios factores que lo dificultan. (Fonseca, 2022, p. 156)

Como todos saben, en Perú y otros países en desarrollo, el poder no sigue sus propias leyes. La ley es una referencia, una de tantas otras posibilidades. En los países en desarrollo, a menudo no se respeta el texto escrito de las constituciones, leyes y reglamentos. Además de la justicia estatal, que se despacha en juzgados y tribunales, existe la ley del fuerte, donde los actores poderosos usan sus dominios para corromper y subyugar a los ciudadanos y manipular el sistema en su beneficio. En el marco democrático de una república, tales lagunas en la ley pueden afectar la legitimidad de las instituciones políticas, haciendo que los valores de libertad e igualdad sean débiles o inexistentes. (Dargent, 2019)

El tipo en Derecho Penal tiene una triple función: (a) la función de selector de la conducta humana relacionada con el delito; (b) una función de garantía en la medida en que sólo se sancionan los actos que pueden ser clasificados bajo ella; (c) función de estímulo general, porque el legislador, al describir actividades en la categoría de delitos, indica a los ciudadanos qué actividades están prohibidas y espera que los ciudadanos, utilizando la prohibición penal incluida en la categoría, no realicen las actividades prohibidas. (Almanza, 2022)



2. La investigación fiscal en el delito de lesiones con presencia de medios que le aportan gravedad

Partiendo de la idea que la seguridad jurídica no es sólo la previsibilidad del resultado de una decisión judicial, sino también la correcta identificación de las consecuencias jurídicas de un caso específico (Pino, 2023, p. 262) se exige a los fiscales que subsuman correctamente los hechos delictivos que investigan para que puedan prever la consecuencia de su labor.

El artículo 441 del Código Penal taxativamente señala las circunstancias que aportan gravedad al hecho, pero omite indicar cuáles son aquellos medios que lo agravan, propiciando que sean los operadores del Derecho que al tener conocimiento de hechos de esa naturaleza puedan valorar tales situaciones y realicen la calificación jurídica como corresponde; sin embargo, ello no sucede así sino que se emiten disposiciones fiscales de archivo por hechos denunciados en los que el certificado médico legal de la atención practicada al agraviado le otorgó menos de diez días de descanso médico, pero que concurrieron medios que agravaron la conducta del denunciado.

De la lectura del artículo 441 del Código Penal peruano se resalta que no existe problema en su redacción, sino que el operador jurídico ha olvidado la importancia del tipo, es decir, no tiene presente que este desempeña funciones de garantía procesal y penal. El procedimiento garantiza que sólo se pronunciará un veredicto de culpabilidad si los requisitos previos de hecho corresponden a la descripción, es decir, si hay indicios suficientes de un delito penal. (Almanza, 2022)

La actuación del ciudadano al momento de interponer una denuncia no necesita ser justificada, ya que su derecho de actuar está garantizado bajo este mecanismo a través del cual puede intervenir ante las autoridades judiciales. Dado que las denuncias no contienen elementos del material técnico del ámbito jurídico, pueden crear una realidad distorsionada percibida por los ciudadanos en forma de referencias legales, lo que puede conducir a un desarrollo negativo de las acciones fiscales al momento de evaluar las denuncias. Las denuncias presentadas, en caso de ser archivadas, no están sujetas a condiciones que garanticen su efectividad de acuerdo con las expectativas de los ciudadanos, por lo que se ha observado que la mayoría de los recursos presentados a estas denuncias no son apoyadas por fiscales superiores. (Bazán, 2019, pp. 108-109)

De la revisión de los argumentos jurídicos contenidos en las disposiciones de archivo fiscal del distrito fiscal de Sullana durante el periodo comprendido del 2017 al 2023 se pudo advertir que se empleaba como regla señalar que los días de descanso médico no eran los suficientes para ser conocidos bajo la modalidad de lesiones leves. Es decir, se centran únicamente en el resultado (como elemento de la acción), entendido éste como las consecuencias externas de la acción, que la ley penal tiene la potestad de suprimir, y el ordenamiento jurídico suele sancionar. (Almanza, 2022, p. 105)

Por lo tanto, se advierte también que no valoran como corresponde los elementos de convicción recabados (certificado médico legal, denuncia verbal del denunciante, declaración del denunciante y declaración de testigos), sino que, por el contrario, archivan la investigación, dejando a salvo el derecho del denunciante de interponer la queja de derecho y de no realizarlo, consentir la disposición fiscal de archivo y derivar la denuncia al juzgado de Paz Letrado para que conozca los hechos denunciados por faltas contra la persona.

Como se puede apreciar, si bien los ciudadanos tienen el derecho de recurrir las disposiciones de archivo con las cuales no se encuentren conformes, también es cierto que el Estado exige estándares de calidad en los pronunciamientos de los funcionarios públicos, en este caso, de los representantes del Ministerio Público, quienes a través de sus decisiones debidamente motivadas deben resolver.

El derecho es una práctica social en el que sus miembros aportan razones para sustentar o fundamentar sus afirmaciones. En el caso "simple", la seguridad jurídica es la única base para la decisión. Por otro lado, los casos "difíciles", donde hay más de una solución posible, plantean el problema de la justificación de la elección de la decisión. La pretensión de reducir la incertidumbre que genera en el derecho la existencia de los casos difíciles ha hecho que la teoría del razonamiento jurídico intente absolver, o, por lo menos, esclarecer, entre otros, las siguientes interrogantes: ¿es posible distinguir entre razones o argumentos correctos e incorrectos? ¿es posible determinar qué razones o argumentos son mejores que otros en una situación concreta? ¿es posible fundamentar racionalmente los juicios de valor que realiza el juez o administrador al elegir una decisión? (Arango, 2016, p. 136)

Ante tal realidad, con casos recurrentes en los que se desprende el mismo razonamiento fiscal deficiente, se ha logrado determinar que con base al respeto que merece toda persona de ser sometida a un debido proceso en el que se garantice la correcta aplicación de las normas en el



proceso penal, se debe interponer quejas de derecho debidamente fundamentadas doctrinal y jurisprudencialmente frente a la disconformidad de los agraviados con las disposiciones de archivo de la investigación y buscar los pronunciamientos del superior jerárquico de tal manera que le permita al agraviado recibir un trato digno y respetuoso.

Como lo establece el artículo 95 del Código Procesal Penal peruano, se debe respetar la observancia del debido proceso recogido en el artículo 139, numeral 3, de la Constitución Política del Perú, así como se genere predictibilidad en las sucesivas investigaciones fiscales de tal manera que estas sean céleres, eficaces y de calidad, en beneficio del sistema penal. Y evitar, de alguna manera, solamente cumplir con las metas estadísticas que se plantean en sus instituciones.

Como parte de la administración de justicia, el daño a las víctimas de malas prácticas, ha aumentado debido a las demoras causadas por servicios de justicia ineficientes que no se enfocan en los derechos fundamentales: protección de la integridad humana. La aplicabilidad de los principios procesales constitucionales se ve obstaculizada cuando las leyes sustantivas y procesales crean confusión al abordar el "daño" en los delitos de responsabilidad civil porque crea una victimización secundaria o estructural que amplía el margen del daño negativo. Y este tema que se ha abordado también es uno que genera revictimización en el agraviado quien tendrá que recurrir al Juzgado de Paz Letrado para pedir ser atendido por una denuncia que debió conocer el fiscal penal.

En todo tipo de procesos penales, la protección de los derechos debe estar vinculada a dos parámetros de evaluación: a) el grado de atención que se presta al sistema judicial a lo largo del tiempo, para que este servicio sea oportuno, óptimo, eficiente y eficaz. b) La posibilidad de mejorar las condiciones de evaluación económica para que las víctimas tengan una mejor protección o protección de derechos en caso de un delito. (Ramos, 2019, pp. 126-127)

III. CONCLUSIONES

La angustia de quien es parte de un proceso penal en el que ha sido afectado por su victimario y que en más de una oportunidad también se ve afectada por decisiones no motivadas por parte de los operadores de justicia exige una mayor sensibilidad para todo operador jurídico que tenga en sus manos resolver su situación.



Mayor razón en aquellas personas agraviadas que cada día son notificadas con una disposición de archivo de hechos que denunciaron por lesiones para los que se empleó medios que le aportan gravedad a los hechos, que no acuden en búsqueda de patrocinio legal por no contar con los recursos económicos y por desconocer que a nivel nacional las Direcciones Distritales de Acceso a la Justicia y Defensa Pública también brindan patrocinio a víctimas o en aquellas personas agraviadas que teniendo patrocinio legal particular lejos de interponer el recurso impugnatorio pertinente dejan consentir el archivo y por ende al agraviado se le vulnera su derecho de defensa eficaz.

Los fiscales que tienen a su cargo investigaciones en materias no tan graves como lo son las lesiones, no motivan sus disposiciones de archivo dentro de los parámetros que ya ha establecido el Tribunal Constitucional peruano, sino que, por el contrario, en su mayoría de veces es un resumen de los elementos de convicción que se han recabado con apoyo del personal policial o que la misma víctima ha ofrecido y con la transcripción sesgada de algunos artículos de la norma sustantiva disponen el archivo destinando dentro de su disposición un apartado ínfimo sobre el caso concreto.

Ello genera preocupación por cuanto se considera que el nivel de razonamiento para archivar una investigación debería ser mayor y, que a pesar de que la consecuencia punitiva no sea muy alta en los casos de lesiones leves, ello no implica que no se le preste la importancia que amerita ya que todos los casos independientemente de su grado de dificultad o facilidad, tienen en sus manos la credibilidad de la institución a la que representan.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Almanza, F. (2022). Manual de teoría del delito. Lima: San Bernardo Libros jurídicos E.I.R.L.

Arango, R. (2016). ¿Hay respuestas correctas en el derecho? Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Bazán, R. (2019). El deber de motivación de las decisiones fiscales y la determinación de la 'expresión de agravios' en el trámite procesal a cargo del Ministerio Público. Tesis de maestría, Universidad Privada Antenor Orrego. Obtenido de <https://hdl.handle.net/20.500.12759/5696>



Flores, J., Bermejo, D., & Valverde, B. (2019). Motivación en las resoluciones jurisdiccionales, celeridad procesal, trato y honestidad en los fiscales y jueces en el periodo 2013 y 2015. *Revista Ciencia y Tecnología para el Desarrollo - UJCM*, 44-52. Obtenido de <https://doi.org/10.37260/rctd.v5i10.155>

Fonseca, R. C. (2022). Calidad de las sentencias en el sistema penal acusatorio en la Ciudad de México. *Estudios Socio-Jurídico*, 24(2), 1-32. Obtenido de <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.11333>

Iturralde, M. (2019). *La justicia en la pantalla. Un reflejo de jueces y tribunales en cine y TV*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Latinobarómetro. (2020) Estudio N° Lat-2020 (2020), vol. 1. Obtenido de: <https://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>

Latinobarómetro. (2021). Informe 2021. Adiós a Macondo. Obtenido de <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>

Ministerio Público. (2022). *Anuario Estadístico del Ministerio Público año 2021*. Lima.

Orihuela, P. (2020). Motivación fiscal y determinación de la reparación civil en delitos contra los derechos humanos y terrorismo de los años 2014 al 2018. Tesis de doctorado, Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima. Obtenido de <https://hdl.handle.net/20.500.13084/4037>

Pino, G. (2023). Seguridad jurídica. *EUNOMÍA. Revista En Cultura de la legalidad*(25), 262-284. Obtenido de <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8000>

Ramos, Y. (2019). La evaluación de las "lesiones" en el desarrollo de un proceso penal por faltas y su incidencia en el ámbito del diseño de una política jurisdiccional eficiente. Tesis de maestría, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque. Obtenido de <https://hdl.handle.net/20.500.12893/7466>





Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - noviembre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

EXTINCIÓN DE DOMINIO SOBRE LOS MEDIOS E INSTRUMENTOS DEL DELITO: FUNDAMENTOS, OBJETO, ALCANCES Y LIMITACIONES

FORFEITURE OF DOMAIN OVER THE MEANS AND INSTRUMENTS OF CRIME: BASIS, PURPOSE, SCOPE AND LIMITATIONS

Gilmar Giovanny Santander Abril



EXTINCIÓN DE DOMINIO SOBRE LOS MEDIOS E INSTRUMENTOS DEL DELITO: FUNDAMENTOS, OBJETO, ALCANCES Y LIMITACIONES

Gilmar Giovanni Santander Abril ¹

1. INTRODUCCIÓN

La implementación de la extinción de dominio como modelo de decomiso sin condena prevalente en once países de Latinoamérica, ha representado un profundo cambio del paradigma de persecución de la infraestructura logística y las ganancias que produce la criminalidad, pues propone una nueva juridicidad a través de la cual pretende alcanzar los mismos fines del comiso penal, pero con las ventajas de no depender de la existencia de un proceso penal ni estar condicionado a una declaratoria previa de responsabilidad en contra del titular del bien. Sin embargo, esta figura jurídica aún está en proceso de formación y ya presenta algunas vertientes o expresiones, dependiendo de la prevalencia de su carácter de acción o instituto, o de la implementación o desarrollo de algunas características secundarias, relacionadas especialmente con su independencia o autonomía, o con su ámbito temporal de aplicación. No obstante, sus desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales aun son muy incipientes, existiendo múltiples aspectos problemáticos pendientes de lograr un consenso que permita reducir el espacio a indebidas interpretaciones que terminen traduciéndose en decisiones arbitrarias o injustas que incrementen el riesgo de confiscación.

Y es precisamente en el ámbito de las causales de destinación ilícita, sobre medios e instrumentos del delito, las que quizás vienen presentado el mayor riesgo de distorsión frente a la adecuada interpretación de sus disposiciones, en especial, en aquellas jurisdicciones que han prescindido de reconocimiento del componente subjetivo dentro de la estructura de la pretensión extintiva, donde escudándose en el carácter *in rem* del proceso, que permite dirigir la acción sobre el bien con independencia de quien sea su titular, se tiende a interpretar dichas causales de manera formal o literal, desconociendo los fundamentos mismos de la extinción de dominio, situación que viene afectando a distintos empresarios, comerciantes y demás terceros pertenecientes a sectores lícitos de la economía y cuyos patrimonios deberían estar en clave de protección constitucional, pero que, por criterios de "eficientismo" judicial, terminan siendo afectados por las deficiencias del sistema de justicia, lo cual constituye un enorme retroceso para el instituto, pues devuelve la extinción de dominio a las etapas más primitivas de la persecución de bienes, donde el solo uso ilícito de un bien, habilitaba su afectación².

¹ Abogado- consultor, especialista y magister en Derecho Penal, corredactor del Código de Extinción de Dominio de Colombia y de la Ley Modelo de Extinción de Dominio UNODC; exfiscal de extinción de dominio y docente de la materia.

² Sobre el particular, Maurach recuerda la historia del destierro de la campana eclesial de Uglitsch, cuyo repique en el año 1591 fue la señal para un fallido intento de ataque al palacio, además de los distintos procesos y penas contra animales que habían lesionado a personas, entre otros casos donde se procedía sobre bienes, atendiendo solo a criterios objetivos por su mal uso o destinación. (Maurach, 1994, pág. 236)

La anterior problemática obliga a revisar los fundamentos dogmáticos de la extinción de dominio, por lo cual, el presente estudio pretende recoger aquellas ideas centrales que permitan cerrar los espacios de vaguedad en la interpretación de las disposiciones de la legislación extintiva, revisando aquellos insumos mínimos que el intérprete debe tener presente al momento de abordar el estudio de las causales de destinación ilícita, para lo cual se realizará una aproximación conceptual a la extinción de dominio, vista desde su perspectiva de instituto de derecho sustancial, y se revisarán los principales aspectos técnicos que definen los contenidos, alcances y límites de las causales mencionadas, a partir de tres aspectos en particular: la naturaleza jurídica del instituto, su objeto y sus fundamentos de legitimación.

Finalmente, se abordará el estudio técnico de las respectivas causales que recaen sobre los medios e instrumentos del delito, precisando sus presupuestos y elementos estructurales, con especial énfasis en el análisis de la importancia que tiene la acreditación de los elementos subjetivos para el correspondiente reconocimiento de la pretensión extintiva.

2. Precisiones frente al instituto de la extinción de dominio

Para comprender la problemática de la extinción de dominio sobre los bienes que son utilizados o destinados como medios o instrumentos del delito³, se hace necesario realizar algunas precisiones técnicas que permitan abordar el análisis de esta figura jurídica desde su propio contexto, es decir, a partir de la comprensión de por lo menos tres aspectos en particular: su naturaleza jurídica, su objeto y sus fundamentos de legitimación, lo que permitirá establecer con claridad sus diferencias sustanciales frente al instituto que le es más semejante, el comiso penal tradicional.

³ A pesar de que la legislación de extinción hace relación a la expresión "actividades ilícitas" y no habla de "delitos", lo cual se justifica en la necesidad de utilizar un lenguaje neutro que permita evitar cualquier confusión o integración de esta figura con las garantías y principios del derecho penal, el presente estudio preferirá emplear el término "delito" por considerarlo más apropiado, con el propósito de evitar peligrosas interpretaciones que amplíen el ámbito de aplicación del instituto a ilícitos administrativos y, como quiera, que la definición normativa consagrada en el numeral segundo del artículo 1° del Código de Extinción de Dominio, restringe el alcance de dicho concepto solo a aquella actividad "tipificada como delictiva" o las que determine el legislador, sin que exista en la actualidad en el ordenamiento jurídico colombiano circunstancia alguna de extinción de dominio que no tenga relación con un delito penal.



Para ello, resulta necesario profundizar un poco sobre estos tres aspectos, ya que a partir de ellos se desarrollan las ideas centrales que sustentan la juridicidad sobre la cual se construye el actual⁴ instituto de extinción de dominio y se determinan las características propias de la acción especial a través de la cual este se hace efectivo.

2.1 Aproximación al instituto de extinción de dominio

Para poder determinar los alcances y límites de la extinción de dominio, se debe tener presente que esta figura no debe ser vista como una simple acción o proceso, como desafortunadamente se reconoce en algunas legislaciones⁵. sino que debe apreciarse desde su dimensión de instituto jurídico de comiso sin condena o NBC (Non-Conviction Based)⁶. conocido también como decomiso civil, o comiso in rem, al cual se le ha dotado de un procedimiento especial, autónomo e independiente, gobernado por principios acordes con su naturaleza jurídica, mediante el cual se busca clarificar el derecho de propiedad, en el sentido de reafirmar o desestimar la titularidad de derechos patrimoniales en virtud de la licitud de su origen o del ejercicio del derecho de propiedad, lo cual se logra mediante una sentencia de carácter declarativo y no a través de una condena, como quiera que la extinción de dominio no tiene una naturaleza punitiva, pues conlleva una consecuencia patrimonial que no se enfoca en el delito sino en la licitud en la adquisición o ejercicio del derecho de propiedad y demás derechos patrimoniales.

Es por ello que para realizar una aproximación conceptual a la extinción de dominio, se requiere contar con cierta disposición por parte del observador, a quien se sugiere abandonar cualquier preconcepto de orden penal, para que no centre su atención en el delito

⁴ Dentro del proceso evolutivo de la extinción de dominio, se pueden reconocer tres estados: I. como instituto procesal que establecía una forma especial de comiso para los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social (entiéndase narcotráfico) consagrado en el art. 340 del Código de Procedimiento Penal de 1991 (Decreto 2700); II. como un proceso o acción constitucional, que fue la idea predominante en las leyes 333 de 1996 y 793 de 2002; y III. como un instituto de derecho sustancial que se reconoce a través de un proceso especial, que fue el modelo propuesto por la Ley Modelo de Extinción de Dominio (LMED), acogido en el actual Código de Extinción de Dominio, Ley 1708 de 2014.

⁵ A pesar de que la LMED recomendó como buena práctica distinguir las reglas de la acción de las del instituto, las legislaciones de Perú, México y Argentina acogieron el modelo anterior que concibe la extinción de dominio como una acción o proceso y no como un instituto de derecho sustancial que se desarrolla a través de un proceso especial.

⁶ Sobre los institutos de decomiso sin condena ver: Blanco Cordero, I. (2023) Hacia un modelo de Decomiso sin condena en la Unión Europea, en *Of Sword and Shields: Due process and crime control in times of globalization*. Países Bajos, Ed. Eleven International Publishing; Urbina, Emilio (2023) Los modelos del decomiso sin condena y la extinción de dominio en el derecho comparado latinoamericano. *Estudios de Deusto Revista de Derecho Público* Vol. 71 N° 2; Greenbeg, Samuel, Grant y Gray (2009). *Recuperación de activos robados. Guía práctica para la recuperación de activos sin condena*. Washington D.C.: Banco Mundial; Jorge, Guillermo (2008) *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.

ni en la acción típica, y se enfoque en los efectos patrimoniales que de allí se derivan, los cuales deben ser valorados desde una perspectiva constitucional o civil, frente a la legitimidad y validez del derecho de propiedad, sin necesidad de penetrar en los debates propios del reproche de una conducta penal.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la extinción de dominio, a diferencia del comiso penal, no parte de un reconocimiento tácito del derecho de propiedad, visto a partir de sus atributos (uso, goce y disposición), pues su propósito principal es el de establecer si dichos derechos patrimoniales pueden gozar o no de reconocimiento o protección constitucional, para lo cual, se aborda su valoración desde la perspectiva de los principios y valores ético-sociales previstos en la Constitución y la Ley, para determinar el nacimiento o existencia de dichos derechos o verificar los condicionamientos que tiene el ordenamiento jurídico frente al ejercicio legítimo de los mismos, respetando las obligaciones inherentes a la función social que le es propia de acuerdo con el propósito que debe cumplir la propiedad privada en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Por lo anterior, la extinción de dominio suele ser definida como una consecuencia patrimonial no punitiva de las actividades ilícitas, que conlleva la pérdida o desestimación de los derechos de contenido patrimonial que existen sobre un bien y los constituye a favor del Estado, cuando se comprueba que el derecho patrimonial no nació a la vida jurídica, debido a la ausencia de un justo título, o cuando el uso o destinación de un bien conlleva un abuso inadmisibles en el ejercicio del derecho de propiedad por incumplimiento de las obligaciones inherentes a su función social y ecológica.

2.2 Naturaleza jurídica

La mayoría de las legislaciones de extinción de dominio no se ocupan de precisar la naturaleza jurídica del instituto, pues este se suele definir a partir de sus consecuencias jurídicas (pérdida de dominio) y no hacen alusión a su ratio essendi, toda vez que no determinan con claridad cuál es la calificación o ubicación que ocupa dentro del ordenamiento jurídico, pues escasamente se suele aludir de manera inapropiada a la "naturaleza de la acción"⁷, sin que ello sea suficiente para agotar la discusión al respecto.

⁷ Frente a este punto, coincidimos con las apreciaciones realizadas por Betancur Echeverry al resaltar que resulta antitécnico hablar de "acción de extinción de dominio", como quiera que esta denominación no corresponde con "una sana teoría general del proceso", lo que también nos lleva a oponernos a la idea de que la naturaleza del instituto se determine a partir de la acción que se ejerce para su reconocimiento. (Betancur Echeverri, 2004, pág. 67).



Sin embargo, no se puede desconocer que la extinción de dominio contiene reglas de diversa naturaleza o, en palabras de Gracia Martín, presentan distintos criterios valorativos fundamentales⁸, algunas de ellas, con ciertos matices que se inclinan hacia la estructura de las normas de carácter sancionatorio (causales de destinación), que se derivan de mandatos de orden constitucional o civil -nunca penal-, pero otras que son totalmente ajenas a tal naturaleza (causales de origen), las cuales son las que en la práctica se han reconocido como prevalentes y terminan imprimiendo la identidad a todo el instituto, pues son las que sustentan las características especiales de la acción (real, autónoma, independiente, directa, etc.).

En otras palabras, si bien las causales de destinación o uso ilícito de bienes se sustentan en normas subjetivas de determinación relacionadas con el correcto ejercicio del derecho de propiedad, pues se describen a través de típicos verbos de acción (usar o destinar), lo que le imprime cierto aire de sanción patrimonial, este aspecto resulta insuficiente para explicar la naturaleza de todo el instituto, en particular, las causales de origen ilícito, que se sustentan en normas objetivas de valoración (justo título/nulidad ab initio)⁹, las cuales no están orientadas al correcto ejercicio del derecho de propiedad, sino a la existencia y validez misma de dicho derecho, es decir, al reconocimiento de si el derecho cuestionado nace o no a la vida jurídica.

Es por ello que la extinción de dominio se reconoce como un mecanismo de corrección patrimonial¹⁰ que responde más a un sistema normativo de derecho componedor, que a

⁸ Para llegar a la definición de la naturaleza jurídica de la extinción de dominio se requiere comprender sus fundamentos de legitimación o criterios de valoración fundamental, los cuales difieren según el interés jurídico que subyace en la descripción normativa, ya sea frente a al cuestionamiento de los bienes por su origen o su destinación. Para ello, resulta de utilidad la precisión que frente a esta distinción realiza el profesor Gracia Martín al indicar que ... el ordenamiento jurídico consta de regulaciones jurídicas de diversa naturaleza y con distintas finalidades. Para ello, basta confrontar por ejemplo las normas que regulan la colación de la herencia y fijan sus consecuencias con las que regulan la conducta delictiva y le atribuyen asimismo consecuencias. Cada una de dichas regulaciones, según lo expuesto arriba, tiene un objeto diferenciado y se rige asimismo por sus propios criterios valorativos fundamentales, que resultan ya de la misma naturaleza del objeto. (Gracia Martín, Fundamentos de dogmática penal. Una introducción de la concepción finalista de la responsabilidad penal, 2006, págs. 83-84).

⁹ Si bien la jurisprudencia constitucional colombiana (sentencias C-374, C-409 y C-539/1997; C-1007/2002, C-740/2003, C-958/2014, C-327/2020, C-406/2021, entre otras) sustenta la extinción de dominio en la contrariedad que tienen los bienes ilícitos con los principios y valores constitucionales consagrados en la Carta Política, debido a la ausencia de un justo título que sea objeto de protección constitucional conforme al artículo 58 de la Carta Política, se debe tener presente que los presupuestos de existencia y validez de ese "justo título", se encuentran descritos en el Código Civil (art. 1502 y ss.), siendo la valoración objetiva de la ilicitud en la causa u objeto del acto jurídico, la que en la práctica va a determinar si resulta procedente o no la extinción de dominio en las causales de origen.

¹⁰ Cfr. Urbina, E. (2024) La propiedad y los límites de corrección patrimonial del Estado. Ed. Jurídica venezolana. Panamá, Pg. 160 ss.

un derecho de carácter sancionatorio; por ello, al analizar los exámenes de constitucionalidad de este instituto en las jurisdicciones donde este ha sido adoptado¹¹, se puede apreciar la insistencia del legislador de marcar distancia del derecho penal o sancionatorio, como quiera que la extinción de dominio no aborda la problemática criminal con el propósito de sancionar o castigar al titular real o aparente de derechos patrimoniales, sino que parte de la problemática del conflicto que se deriva de los efectos patrimoniales que genera el delito, el cual se concreta en un quebrantamiento del orden jurídico que debe ser reparado por el Estado para garantizar la vigencia de un orden social justo, lo que permite reconocer a la extinción de dominio como un instituto que responde más a los postulados de un derecho componedor o “compositivo” que busca restablecer el orden constitucional quebrantado a través de la ilícita adquisición o destinación de los bienes, preservando así el valor justicia, o componiendo, de alguna forma, el daño social generado a través de la obtención o utilización ilícita de los bienes.

2.3 El objeto de debate de la pretensión extintiva

Una de las precisiones técnicas más importantes a tener en cuenta antes de abordar el estudio de las causales de destinación ilícita, es el de comprender cuál es el objeto sobre el que recae la pretensión extintiva, pues a diferencia del comiso penal, donde la relación entre el bien con el delito y el compromiso de responsabilidad penal de quien utiliza o instrumentaliza el bien suelen ser determinantes para su reconocimiento, en materia de extinción de dominio estos son aspectos que pasan a un segundo orden, pues dada la naturaleza jurídica del instituto y sus fundamentos de legitimación, lo que constituye el objeto central de debate es la legitimidad y validez del derecho de propiedad.

¹¹ Se destaca que esta visión no punitiva ni sancionatoria se reconoció desde los primeros exámenes de constitucionalidad del instituto en Colombia, donde la Corte Constitucional en sentencia C-374 de 1997, negó tajantemente la posibilidad de concebir una naturaleza sancionatoria a la extinción de dominio, al señalar que: No se trata de una sanción penal, pues el ámbito de la extinción del dominio es mucho más amplio que el de la represión y castigo del delito. Su objeto no estriba simplemente en la imposición de la pena al delincuente sino en la privación del reconocimiento jurídico a la propiedad lograda en contravía de los postulados básicos proclamados por la organización social, no solamente mediante el delito sino a través del aprovechamiento indebido del patrimonio público o a partir de conductas que la moral social proscribe, aunque el respectivo comportamiento no haya sido contemplado como delictivo ni se le haya señalado una pena privativa de la libertad o de otra índole.



De ahí que constituye una mala práctica valorar o interpretar las causales extintivas con los mismos criterios y fundamentos con que se estructura la pretensión de comiso, pues ellas presentan un objeto y unos fundamentos de legitimación, completamente diferentes al del proceso penal. Por esta razón, la extinción de dominio parte de un concepto normativo de “bien” que está ligado a los derechos patrimoniales que recaen sobre el mismo, el cual se construye a partir de la idea de su “susceptibilidad de valoración económica”¹² donde se hace énfasis en la capacidad que tiene el bien para ser objeto de derechos patrimoniales, como bien se resalta en las definiciones convencionales contempladas en los instrumentos de Naciones Unidas¹³ con lo cual se busca cerrar el paso a cualquier consideración de carácter descriptivo o utilitarista¹⁴ del mismo, excluyendo además, del alcance de la pretensión extintiva otros elementos que cumplen otros fines legales, como las evidencias o los bienes inherentemente delictivos sobre los cuales no se puede reconocer derecho de propiedad y por tanto deben ser objeto de destrucción.

De ahí que la extinción de dominio no se centra en las simples vinculaciones del bien con el delito, pues su debate va mucho más allá, ya que busca penetrar en la verificación misma de la legitimidad y validez del derecho de propiedad y los demás derechos de contenido patrimonial que pueden existir sobre un bien, pues como menciona Merino Menjívar, técnicamente los bienes no se extinguen, pues estos no pierden su existencia corpórea, toda vez que lo que es susceptible de extinción, son los derechos patrimoniales sobre dichos bienes (Merino Mejívar, 2022); hay que precisar además, que si bien el término “extinción” también resulta inapropiado¹⁵.

¹² De acuerdo con el numeral 3° del artículo 1° del Código de Extinción de Dominio de Colombia, se entienden por bienes: (f)odos los que sean susceptibles de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o intangible, o aquellos sobre los cuales pueda recaer un derecho de contenido patrimonial.

¹³ Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional los define de la siguiente manera: d) Por “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorpóreos, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos. En similar sentido se acoge esta definición en la Ley Modelo de Extinción de Dominio, donde el binomio, bien y derecho, constituyen el objeto central de la pretensión extintiva.

¹⁴ Particular situación se presenta con la definición de bienes en la legislación peruana (Decreto Legislativo 1373 de 2018) el cual se aparta de las recomendaciones de buenas prácticas de la Ley Modelo de Extinción de Dominio y desarrolla un concepto utilitarista de “bienes patrimoniales”, entendiendo como tales: ...todos aquellos que pueden generar utilidad, rentabilidad u otra ventaja que represente un interés económico relevante para el Estado, según los criterios que establezca el reglamento.

¹⁵ Se debe reconocer la imprecisión técnica de la denominación jurídica de este instituto en América Latina, pues los nombres que ha recibido (pérdida, privación o extinción de dominio), solo aplican a las causales de destinación ilícita, donde, se presume la existencia de un derecho que pueda ser pasible de extinción, no sucediendo lo mismo con relación a las causales de origen ilícito, pues estas se centran en discutir la validez del derecho mismo, verificando si el acto jurídico del cual se deriva el derecho, constituye o no un justo título; o, si por el contrario, dicho derecho jamás nació a la vida jurídica, por ilicitud en la causal u objeto, o como bien lo resalta Jorge Pardo, constituye un “enmascaramiento” de derecho (Pardo Ardila, 2013), el cual no puede ser objeto de reconocimiento ni protección constitucional.

Se debe comprender que en materia de extinción de dominio, el cuestionamiento de ilicitud, ya sea por origen o por destinación ilícita, no se va a enfocar sobre un bien, entendido este en su sentido ontológico, es decir, como un elemento derivado o relacionado con el delito, sino que se va a centrar en la validez y eficacia del derecho de propiedad o de un derecho de contenido patrimonial¹⁶, vistos desde el prisma de los valores éticos sociales¹⁷, siendo dichos derechos los que en la práctica serían susceptibles de una declaración extintiva.

Esta precisión técnica es de suma importancia para poder comprender el alcance de las causales de destinación ilícita, pues el rigor que demanda la interpretación de la legislación extintiva pretende evitar que cada quien dilucide a su manera sobre el contenido de dicho concepto, es decir, que llamen bien a cualquier cosa, abordando el debate de manera coloquial o descriptiva, y por ello obliga al intérprete a centrarse en los derechos patrimoniales sobre dicho bien, que pueden verse comprometidos en una circunstancia de ilicitud patrimonial descrita en una causal de extinción de dominio, ya sea porque su origen espurio impide la consolidación de un derecho que deba ser reconocido constitucionalmente; o, porque su destinación ilícita obliga al Estado a retirar su protección constitucional para restablecer el orden social justo, de acuerdo con los fundamentos de legitimación propios de la extinción de dominio.

Por ello, cuando la causal quinta de extinción de dominio hace alusión a los bienes que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas, a pesar de que la norma utiliza un lenguaje que parece coloquial y sencillo, al acudir al verbo "utilizar", ello no quiere decir que el uso ilícito de un bien por cualquier ciudadano pueda dar lugar al reconocimiento de dicha causal, pues si se tiene claro sobre qué recae la pretensión extintiva, es decir, la discusión sobre el correcto ejercicio del derecho de propiedad dentro del marco de los límites inmanentes que impone su función social y ecológica, se puede comprender que el "uso" al cual se hace referencia, es solo aquel

¹⁶ Al respecto, Santiago Vásquez resalta que (e)l objeto sobre el cual recae la extinción de dominio son los derechos subjetivos patrimoniales, esto es, todos aquellos susceptibles de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o intangible.

¹⁷ Sobre el particular el profesor Wilson Martínez señala que (l)la Constitución Política de 1991 introdujo dos importantes cambios en el contenido y alcance del derecho a la propiedad en Colombia: en primer lugar, atribuyó a la propiedad privada una relación estrecha con los valores y principios ético-sociales que fundamentan el Estado, y en segundo lugar, asignó a este derecho una función social que lo enmarca. Ambas modificaciones son esenciales para entender la naturaleza y el alcance de la extinción de dominio en Colombia, así como de la acción de extinción de dominio frente a los ciudadanos. (Martínez Sánchez, 2015. Pg. 7)



que se deriva del ejercicio del *ius utendi* o del *ius abutendi* por parte de su propietario, pues dado dicho objeto y sus fundamentos de legitimación, solo al titular del derecho patrimonial, le es exigible cumplir con las obligaciones que emanan de la función social y ecológica de la propiedad y, por tanto, no cualquier tenedor o usuario de un bien puede comprometerlo por su mal uso o instrumentalización, a menos que se compruebe mala fe, por permisividad, imprudencia, negligencia o falta de debida diligencia por parte del titular del derecho patrimonial.

Esta precisión técnica también permite marcar una sustancial diferencia con el concepto de “bienes” que es empleado usualmente en materia penal, pues allí su alcance es mucho más amplio y descriptivo, y el bien se puede vincular con distintas pretensiones diversas al comiso, según los demás fines que pueda cumplir el bien dentro del proceso penal: reparación, restablecimiento del derecho, destrucción, prueba, etc. (Feria Bello, 2021, pág. 3), mientras que, en extinción de dominio, el concepto de “bienes” se encuentra determinado por el ingrediente normativo de ser susceptibles de valoración económica a través del cual, se descarta que cualquier cosa que se emplee o provenga del delito sea pasible de la pretensión extintiva¹⁸, pues esta se restringe solo a aquellos bienes que están en el comercio y sobre los cuales se puede constituir un derecho de contenido patrimonial.

De ahí que en las causales de destinación ilícita la demostración de los aspectos subjetivos relacionados con la titularidad de derechos sea un asunto de suma importancia, pues al centrar la pretensión en la verificación de la forma de cómo se ejerce el derecho de propiedad, resulta absolutamente necesario penetrar en la comprobación de diversos aspectos subjetivos como la capacidad y titularidad del derecho, además de demostrar algún factor de atribución (dolo, culpa, mala fe, creación del riesgo) que permita reconocer la existencia de un nexo de relación que conecte al titular de derechos con la destinación o uso ilícito del bien, como expresamente lo demanda el numeral 4° del art. 118 del C.E.D.

¹⁸ Se debe resaltar que la extinción de dominio demanda que el bien tenga “valor económico” y no simplemente valor o precio, toda vez que en los mercados existen muchas cosas tienen un precio, como, por ejemplo, las drogas ilícitas, pero no tienen “valor económico” y por ello la ley ordena que sean destruidas, pues son elementos que resultan incompatibles con los valores ético sociales consagrados en la Constitución y, por tanto, no pueden ser aceptados ni reconocidos como bienes por el conglomerado social.

2.4 Fundamentos de legitimación de las causales de destinación ilícita

Se debe recordar que la extinción de dominio surge a la vida jurídica por la necesidad de superar todas las deficiencias y limitaciones de efectividad que presentaba el comiso penal tradicional ¹⁹, pues se necesitaba contar con un nuevo instituto jurídico que permitiera alcanzar los mismos fines del comiso penal (pérdida de dominio y declaración de titularidad a favor del Estado), en aquellos eventos en los que no resultase posible llegar a una condena, debido a la imposibilidad de demostrar la culpabilidad del titular del bien, o a que la acción penal no pudiese adelantarse o proseguirse. En otras palabras, se necesitaba que el comiso no estuviese condicionado a la existencia de un proceso penal, ni dependiera del previo reconocimiento de la responsabilidad penal del titular del bien.

Como se mencionó en los apartes anteriores, una de las principales distinciones entre la extinción de dominio con el comiso penal, es que no se sustenta en los mismos fundamentos de legitimación ²⁰, razón por la cual, el vínculo del bien con la afectación a un bien jurídico o la responsabilidad penal de quien utiliza o instrumentaliza el bien, son aspectos que resultan poco relevantes para el reconocimiento de esta consecuencia jurídica, toda vez que, para efectos de la pretensión extintiva no es suficiente con demostrar que un bien fue utilizado o instrumentalizado en la comisión de un delito, es decir, invocar que existe un peligro objetivo del bien para lesionar o poner en riesgo un bien jurídico, porque el uso o la instrumentalización puede ser realizado por cualquier persona que no guarde una relación jurídica o de titularidad de derechos patrimoniales respecto del bien (tenedor,

¹⁹ La extinción de dominio surgió como respuesta a la necesidad de superar las deficiencias del comiso penal tradicional, el cual resultaba completamente ineficaz cuando se presentaba la extinción de la acción penal por muerte del investigado o prescripción del proceso; se absolvía al procesado por duda o insuficiencia probatoria; o los bienes se colocaban en cabeza de terceros ajenos al delito, personas jurídicas, o menores inimputables que estaban por fuera del alcance del derecho penal; o la acción penal no podía adelantarse por la condición de fugitivo del investigado; o por operar algún fuero o inmunidad procesal; o por existir una terminación anticipada del proceso, o el reconocimiento de un criterio de oportunidad con inmunidad que impidiese adelantar la investigación patrimonial dentro del proceso penal, entre otros múltiples factores.

²⁰ Con relación a los fundamentos de legitimación del comiso penal existe un meridiano consenso en reconocer que en las circunstancias de destinación ilícita de bienes para la comisión de delitos, la sanción de comiso procede por el peligro objetivo que representa el bien para afectar o poner en peligro los bienes jurídicos; por su parte, el comiso del producto o las ganancias del delito va a proceder como un acto de corrección patrimonial en rechazo a un enriquecimiento injusto, aspectos que Choclán Montalvo explica de la siguiente manera: El comiso de productos e instrumentos del delito se fundamenta, bien en la peligrosidad del objeto sobre el que recae, cuando los objetos pongan en peligro a la colectividad (ejemplo, material inflamable, tóxico, armas y munición...) o cuando exista el peligro de que ellos puedan servir a la comisión de hechos antijurídicos (ejemplo, armas, moneda y documentos falsificados, útiles para el robo...), o bien se dirige a sancionar el destino de bienes lícitos, aunque no sean peligrosos, al cumplimiento de un fin contrario a Derecho. Por el contrario, la pérdida de la ganancia responde a la finalidad político criminal de corregir situaciones patrimoniales ilícitas. En el primer caso el origen del bien decomisado puede tener una fuente lícita, mientras que la ilicitud de origen es predicable siempre de la ganancia derivada del delito. Por ello, en relación con la ganancia, como hemos dicho, se ha podido sostener que, en realidad, se fundamenta una acción de enriquecimiento ilícito y que, incluso, no se trata de una medida restrictiva de derechos, en cuanto no es posible invocar un derecho a enriquecerse ilícitamente. (Choclán Montalvo, 2000, págs. 345-346)



cliente, usuario, empleado, pasajero, etc.); tampoco basta con acreditar que quien utiliza o instrumentaliza el bien tiene un compromiso de responsabilidad penal, pues no es la acción típica, antijurídica y culpable la que va a determinar si procede o no de la extinción de dominio.

Dada su naturaleza jurídica y su fundamento de legitimación, lo que realmente resulta relevante en las causales de utilización o destinación ilícita de un bien, es establecer si el titular del derecho de propiedad, es decir, si quien ejerce el *ius utendi* o el *ius abutendi*, incumplió con las expectativas constitucionales y legales respecto al correcto ejercicio de dichos derechos, al destinar su bien en función de una actividad ilícita o permitir su uso delictivo por parte de un tercero, hecho que resulta jurídicamente relevante para establecer un proceder en contravía del interés público o social, incumpliendo con ello las obligaciones inherentes a la función social²¹ y ecológica que por mandato constitucional debe cumplir el derecho de propiedad, lo que constituye un abuso inadmisibles e injusto de su derecho, y por tanto, dicho acto no puede tener protección constitucional²², pues constituye un quebrantamiento injusto del orden jurídico que solo puede ser restablecido a través de una sentencia declarativa de extinción de dominio.

En otras palabras, para la extinción de dominio de bienes de destinación ilícita (medios, instrumentos, mezcla u ocultación), la verificación de los aspectos subjetivos resulta supremamente relevante²³.

²¹ La extinción de dominio se construye a partir del modelo de propiedad privada al cual se adscribe la Constitución Política en su art. 58, el cual acoge el paradigma de la propiedad como función social, concepto que se adoptó a partir del legado de León Duguit, quien influenciado por el pensamiento de Émile Durkheim y Augusto Comte, cuestionó la propiedad individual y absoluta del derecho civil napoleónico, propia del paradigma liberal, señalando que una propiedad sin limitaciones permitiría un ejercicio abusivo de dicho derecho, formulando en contraposición, en 1912, su propuesta de una propiedad como función social, no como un derecho subjetivo sino objetivo, donde se afecta la propiedad al cumplimiento de ciertos fines individuales y colectivos de bienestar general. (Duguit, 1920, pág. 152)

²² La extinción de dominio se sustenta en la concepción filosófica del derecho de propiedad que reconoce y garantiza la Constitución Política en su art. 58, que establecen como límites inmanentes del derecho de propiedad el cumplimiento de una función social y ecológica.

²³ Sobre la importancia del aspecto subjetivo, la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior de Bogotá lo destaca como uno de los principales presupuestos de las causales de destinación ilícita, al señalar lo siguiente: Asimismo, a efectos de atender el problema jurídico propuesto, la Sala considera necesario recordar, que tratándose de la causal 5ª de extinción de dominio prevista en el artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, son dos los presupuestos que deben acreditarse: uno de carácter objetivo y otro subjetivo.

El primero implica que, con base en los medios suasorios allegados y practicados en legal forma en el decurso procesal, debe establecerse inequívocamente que el acontecer fáctico que da origen a la investigación encuentra correspondencia con la aludida prescripción legal, esto es, que el patrimonio comprometido hubiere tenido un uso o aprovechamiento contrario al orden jurídico, es decir, en detrimento de los fines sociales y ecológicos que debe cumplir la propiedad en un Estado Social y Democrático de Derecho y que se hallan consagrados en el artículo 58 constitucional.

El segundo por su parte, exige demostrar de manera probatoriamente fundada, que el supuesto fáctico de la causal sea atribuible a quienes detentan la titularidad del dominio o cualquier otro derecho real respecto de los bienes afectados. En otros términos, requiere la constatación de que aquellos hubieren consentido, permi-

Como quiera que no es la relación del bien con el delito, ni el compromiso de responsabilidad del titular lo que permite el reconocimiento de la declaración extintiva, sino el ejercicio ilícito del derecho de propiedad en contravía de las obligaciones inherentes a su función social y ecológica, en aquellos eventos donde el titular de los derechos patrimoniales ejerce o dispone de su derecho de propiedad para que su bien se ponga en función de la ejecución de un delito, o actúa de manera imprudente o negligente permitiendo que un tercero lo haga.

3. Causal quinta: bienes utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas

De antemano, resulta oportuno precisar que, a diferencia del comiso penal, donde las distintas circunstancias de ilicitud de los bienes se suelen describir a través de términos que se tienden a asumir como sinónimos (efectos, productos, ganancias, derivados, medios o instrumentos, etc.), la extinción de dominio, a partir de la Ley Modelo (UNODC, 2011), ha procurado por acoger cada forma de comiso²⁴ con un enfoque técnico de manera independiente²⁵, distinguiendo las circunstancias determinadas por el origen ilícito del bien, de aquellas relacionadas con su ilícito uso o destinación, precisando su objeto y límites a través de presupuestos normativos o causales extintivas.

Sin duda, la anterior clasificación facilita una descripción más técnica de las causales, las cuales consagran elementos normativos que permiten diferenciar una causal de otra y definir técnicamente sus requisitos o elementos esenciales.

tido, tolerado o de manera directa realizado actividades ilícitas, quebrantando de ese modo las obligaciones de vigilancia, custodia, control y proyección del patrimonio a los fines previstos en la Constitución y la ley. Sentencia de segunda instancia del 14 de agosto de 2024, radicado 500013120001201900002 01, Magistrado Ponente: Pedro Oriol Avella Franco.

²⁴ Como se ha mencionado en anteriores oportunidades, resulta importante tener presente que la extinción de dominio solo constituye una instancia evolutiva del comiso penal tradicional, instituto del cual se desprende, preservando sus principales circunstancias o formas de comiso las cuales se adoptan a través de descripciones normativas o causales, que no son otra cosa distinta que las principales circunstancias de comiso, apreciadas desde la perspectiva de una acción in rem, y valorables desde una óptica constitucional o civil (Santander Abril, 2021).

²⁵ La LMED propone, entre sus recomendaciones de buenas prácticas, la clasificación técnica de las causales, distinguiendo las causales de origen de las de destinación ilícita. A pesar de ello, las legislaciones de Honduras, El Salvador y Perú mantienen bajo un mismo presupuesto los instrumentos del delito junto con las ganancias y los bienes objeto del delito, mientras que la legislación argentina no contempla los instrumentos como bienes pasibles de extinción de dominio, al igual que la legislación mexicana que los retiró de su legislación especial, a través de un fallo de constitucionalidad por vicios de forma.



Esta delimitación técnica reviste una vital importancia al momento de estructurar técnicamente la pretensión extintiva sobre un bien en particular, pues no es lo mismo acreditar una causal de origen ilícito que demostrar los elementos de una causal de ilícito uso o destinación, pues, como se mencionó en los acápites anteriores, cada una de ellas cuenta con criterios normativos y fundamentos de legitimación diferentes a aquellos que rigen el comiso penal.

Por esta razón la extinción de dominio procura abarcar las distintas formas de destinación ilícita de bienes a través de causales independientes²⁶, empezando por una de las circunstancias de mayor reconocimiento en materia penal, recomendada en los principales instrumentos internacionales²⁷, los instrumentum sceleris, es decir, aquellos bienes que son utilizados o destinados como medio o instrumento del delito, los cuales son reconocidos por la doctrina también con los nombres de "comiso de seguridad"²⁸, de "efectos instrumentos", de "destinación ilícita", de "aseguramiento" o "de bienes de peligro", entre otras denominaciones, que aluden a aquellos bienes que se destinan o emplean para la ejecución del delito.

Esta causal se caracteriza por demandar una estrecha relación funcional (no causal), de utilidad o de medio a fin entre el bien con el delito, ya sea porque el bien utilizado o destinado ilícitamente contribuye efectivamente en la realización de la acción típica, como la videograbadora en la pornografía infantil, o se emplea en alguna de sus circunstancias de mayor o menor punibilidad, como la moto que usa el extorsionista para realizar los actos de constreñimiento, amenaza o violencia en la extorsión agravada.

²⁶ Dentro de la taxonomía que propone el CED en su artículo 16, las causales sobre bienes de uso o destinación ilícita se concentran a partir de la causal quinta, así: 5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas; 6. Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas; 8. Los de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia; y 9. Los de procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia.

²⁷ La persecución de los instrumentos del delito y de los bienes destinados a su ejecución se contempla dentro de las recomendaciones contenidas en los principales instrumentos internacionales de Naciones Unidas así: artículo 5° de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, (Viena de 1988), el artículo 12 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo de 2000) y 31 de la Convención contra la Corrupción (Mérida de 2003), al señalar como bienes sujetos a decomiso: ...los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención.

²⁸ Una de las ideas que más predomina en materia de comiso penal es la de seguridad, pues atendiendo al fundamento de legitimación que predomina para esta forma de comiso, es decir, el peligro objetivo que representa el bien en manos del delincuente para atentar o poner en riesgo los bienes jurídicos, su principal función es la de prevención especial de riesgos futuros de mal uso o instrumentalización.

Generalmente, esta relación funcional de utilidad, o de medio a fin se deriva de las mismas conductas típicas, pues habitualmente las descripciones de los tipos penales hacen alusión a verbos rectores o circunstancias que por su propia naturaleza demandan el empleo de bienes o recursos logísticos, como “fabricar” en los delitos tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 del C.P.), del uso ilícito de patentes (art. 307 del C.P.), la utilización ilegal de uniformes o insignias (art. 346 del C.P.); o “transportar” en el favorecimiento al contrabando (art. 320 del C.P.), en el lavado de activos (art. 323 del C.P.), el tráfico de materiales radioactivos o nucleares (art. 363 del C.P.); o “almacenar” en la violación de los derechos patrimoniales de autor (art. 271 del C.P.); fabricación, tráfico y porte de armas (art. 365 y 366 del C.P.), en la destinación ilícita de inmuebles (art. 377 del C.P.), entre otros.

La relación funcional que rige esta causal permite reconocer que goza de ciertas bondades en materia probatoria pues, por lo general, los hechos jurídicamente relevantes de la actividad ilícita determinante, terminan también definiendo el marco fáctico dentro del cual se concreta la ilicitud patrimonial que compromete el bien, pues aquí la relación del bien con la actividad delictiva es directa, ya que la causal se enfoca en la utilidad que brinda el bien para la producción de un resultado típico.

Es oportuno resaltar que en las causales de destinación ilícita, el cuestionamiento sobre el origen del bien es un asunto que pasa a un segundo orden, no solo porque la extinción de dominio parte de una presunción de licitud sobre el origen o destino de los bienes²⁹, sino también, porque poco o nada va a incidir la discusión sobre el nacimiento o no del derecho, pues lo que realmente resulta relevante es el incumplimiento de las expectativas razonables de comportamiento del titular de derechos patrimoniales sobre un bien frente al correcto ejercicio de su derecho, de acuerdo con las facultades y límites que consagra la Constitución Política y la ley, especialmente, con relación al derecho a la propiedad en virtud de su función social y ecológica.

Con lo anterior, no se quiere decir que sobre un mismo bien no puedan concurrir tanto causales de origen como de destinación ilícita, pues en efecto, este tipo de casos suelen ser comunes, como por ejemplo la aeronave utilizada para el tráfico ilícito de estupefacientes que, a su vez, también fue adquirida con recursos provenientes de dicha actividad delictiva.

²⁹ Esta presunción de licitud se deriva de la presunción de buena fe prevista en el artículo 7° del Código de Extinción de Dominio que establece: Se presume la buena fe en todo acto o negocio jurídico relacionado con la adquisición o destinación de los bienes, siempre y cuando el titular del derecho proceda de manera diligente y prudente, exenta de toda culpa.



Simplemente, se quiere precisar que, por economía procesal, basta con acreditar el ilícito uso o destinación del bien por parte de su titular de derechos, para que proceda la extinción de dominio, sin necesidad de discutir su procedencia, pues la comprobación del origen, como de su destinación, prevén la misma consecuencia jurídica.

3.2 Bienes pasibles de extinción de dominio por la causal quinta

De antemano, se debe reiterar que esta causal solo puede recaer sobre bienes que son susceptibles de valoración económica, es decir, aquellos respecto de los cuales se puede constituir derecho de propiedad, por lo cual se excluyen del ámbito de la extinción de dominio aquellos elementos que, a pesar de que pueden ser empleados como medios o instrumentos del delito, dada su naturaleza se consideran como inherentemente delictivos, es decir, aquellos que constituyen en sí mismos un riesgo a la seguridad pública, económica, personal, etc., como es el caso de las armas o explosivos ilegales, los semisumergibles del narcotráfico, las maquinas de tortura, los venenos o sustancias peligrosas, etc., respecto de los cuales la ley generalmente prevé su destrucción.

De otro lado, el Código de Extinción de Dominio, acogiendo la literatura especializada y con el propósito de abarcar el mayor número de posibilidades en que un bien o derecho puede estar en función para la preparación, ejecución y agotamiento del delito, ha optado por centrar el alcance de esta causal en dos tipos de bienes en particular: los que se instrumentalizan para cometer el delito y los que sirven de medio para su ejecución.

3.2.1 Instrumentos del delito.

Los bienes "instrumentos"³⁰ del delito, son aquellos que tienen una relación de utilidad para contribuir en la ejecución del delito y son empleados para alcanzar el fin ilícito propuesto. Históricamente han estado asociados a muebles o aquellos elementos o enseres de menor entidad que se pueden manipular o "instrumentalizar". Son ejemplos de instrumentos: los equipos de laboratorio utilizados para la elaboración de sustancias psicotrópicas o prohibidas, las máquinas de impresión utilizadas en la elaboración de documentos falsos, el arma empleada en el homicidio, la maquinaria usada para la extracción de materiales en la minería ilegal, las cámaras empleadas en la pornografía infantil, los equipos tecnológicos utilizados la intervención ilícita de comunicaciones, etc.

³⁰ Sobre el particular, Patricia Vargas resalta ... que los instrumentos son los objetos materiales e inmateriales de los que se sirve el autor para preparar o ejecutar la infracción (Vargas Gonzalez , 2012, pág. 104).

3.2.2 Medios del delito.

En segundo lugar, la causal comprende aquellos bienes que son empleados como el “medio” para cometer el delito, es decir, aquellos bienes que tienen una relación de medio a fin y resultan indispensables para la realización de la actividad delictiva. Si bien los términos medios e instrumentos se suelen tomar como sinónimos³¹, para efectos de definir los alcances y límites de esta causal su distinción tiene efectos prácticos, pues los medios empleados para cometer el delito tienen un alcance mayor al de los instrumentos³², pues permiten extender la pretensión extintiva a bienes de mayor entidad o complejidad, que generalmente no suelen ser afectados a través de las formas de comiso tradicional, como los medios de producción (sociedades y empresas), los medios de transporte (vehículos, naves, aeronaves), los medios de encubrimiento u ocultamiento (inmuebles, vehículos, negocios o empresas) los medios de comercialización o distribución (establecimientos de comercio y sociedades), entre otros.

Son ejemplo de medios: las sociedades o establecimientos de comercio empleados para dar apariencia de legalidad a recursos ilícitos en el lavado de activos, las naves o aeronaves en el narcotráfico, la fábrica en la falsificación de marcas, los inmuebles en el enriquecimiento ilícito, etc.

4. Causal sexta: bienes destinados a actividades ilícitas

El Código de Extinción de Dominio acoge en la causal sexta la recomendación de los instrumentos internacionales de perseguir, no solo los bienes que han sido utilizados en actividades delictivas, sino también aquellos que se encuentran destinados a su ejecución, para lo cual acude al criterio de razonabilidad al condicionar su reconocimiento sobre aquellos bienes “... que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas”.

³¹ Cabe advertir que, en materia de comiso penal, se tiende a asimilar los medios del delito con los instrumentos, como si fuesen términos sinónimos. Al respecto, Gracia Martín, describe que son ...instrumentos (instrumenta scaeleris) los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, hayan servido para su ejecución o para su preparación¹⁰⁰, como por ejemplo las armas con que se hayan ejecutado la muerte o las lesiones corporales, los útiles que se hayan empleado para la comisión del robo o los medios de que se haya servido el falsificador. (Gracia Martín, Alastuey Dobón, & Boldova Pasamar, 2004, pág. 502)

³² Sobre la distinción entre medios e instrumentos, Muñoz Cuesta señala lo siguiente: ... el término instrumentos ya supone todo material, enseres o cosas en general que al responsable le posibilitan su acción delictiva, quizás el instrumento pueda tener una acepción más limitada a cosa singular, técnica o no, pero siempre mueble y en cambio la consideración de medios o bienes supone todo tipo de cosas, incluidas las inmuebles, que sean las adecuadas para cometer la infracción criminal, en cualquier caso la intención del legislador es clara, que todo aquello que es utilizado para cometer el delito o la falta lo pierda el autor o cómplice... (Muñoz Cuestas, 2004, pág. 294).



Se puede decir que técnicamente esta no es una causal diferente, sino una modalidad casuística de la anterior que va a recaer sobre bienes que, sin haberse comprobado un uso ilícito, dada su naturaleza o las circunstancias del caso, permitan inferir razonablemente que están siendo destinados en función de ser utilizados como medios o instrumentos para la ejecución de actividades delictivas. De ahí que el ámbito de aplicación de la extinción de dominio se extiende también a los actos preparatorios de los delitos, pues al igual que ciertas formas modernas de comiso, a través de esta causal la extinción de dominio también cumple una función preventiva³³, es decir, abarca también aquellos bienes que son empleados en instancias de preparación de una actividad delictiva.

Se debe advertir que las exigencias probatorias de esta causal son más altas que en la anterior, pues sin duda, cualquier bien puesto en manos inadecuadas, puede ser utilizado o puesto en relación de medio a fin para cometer un delito; por ello, la potencial destinación ilícita a la que hace relación la norma, no se determina en razón de la peligrosidad del titular o el usuario, sino que ese potencial de uso ilícito se debe deducir de las características propias del bien y las circunstancias del caso³⁴.

³³ Frente a esta tendencia en materia del comiso penal, explica Nicolás García que ... este último ámbito, hoy el de los bienes, medios e instrumentos que hayan servido para la preparación de los hechos delictivos fue una novedad que se introdujo en la reforma del Código Penal de 2003. Y parece que tiene sentido y coherencia con la finalidad a la que se quiere que sirva el decomiso en la actualidad, que tiene que conciliar los fines retributivos con los preventivos, y es en este último en el que la pérdida del dominio de elementos patrimoniales que sirven para preparar la comisión de hechos delictivos facilita la reiteración de la actividad criminal. Lo que es más discutido es si estos actos preparatorios tienen que ser o no objeto de reproche penal para que se pueda acordar con relación a ellos el decomiso. (Rodríguez García, 2017, pág. 153).

En similar sentido se ha pronunciado la doctrina uruguaya, que sobre el particular ha puntualizado que: Ahora bien, el fundamento del decomiso, puede ser ubicado en la peligrosidad objetiva de determinados bienes, con la finalidad de impedir que tales objetos se empleen en la comisión de futuros delitos —eso se puede apreciar claramente en el caso de los instrumentos—, o bien responder a la imposibilidad de consentir la adquisición y conservación de un enriquecimiento patrimonial conseguido a través de la comisión de un delito, tal el caso del decomiso del producto en sentido amplio y más específicamente el de ganancias. (Pérez Blanco, 2011, pág. 5)

³⁴ La causal sexta parte de las reglas de la experiencia que permiten conocer que los bienes muebles o inmuebles se adquieren o construyen con el fin de favorecer o beneficiar a su propietario, ya sea para como vivienda de habitación, lugar de trabajo o medio de transporte, siempre prevén un uso lícito dentro del marco del cumplimiento de las obligaciones inherentes a la función social y ecológica de la propiedad; sin embargo, es frecuente encontrar que este tipo de bienes tienden a ser modificados con fines ilícitos, a través alteraciones o acondicionamientos extraños a su propia naturaleza, como por ejemplo, la casa de habitación que es adquirida y controlada por los integrantes de una organización criminal, en el cual se acondiciona un sótano con aislamiento de sonido, celdas y una máquina de tortura. Dada la naturaleza de los elementos extraños a la naturaleza propia del inmueble y dadas las circunstancias del caso, no se requiere esperar que alguien retenido en ese lugar o torturado o descuartizado para corroborar que dicho inmueble esta en función de un delito, pues de acuerdo con las reglas de la experiencia se conoce que los inmuebles o casas de habitación, no cuentan con celdas aisladas ni salas de tortura.

Por ello, no cualquier riesgo de instrumentalización ilícita resulta suficiente para que esta causal pueda ser reconocida, pues la norma exige la demostración de ciertas “circunstancias” en que los bienes se encuentren o que presenten ciertas “características particulares” que permitan inferir, de manera razonable, sobre una alta probabilidad de que el bien esté destinando o pueda ser puesto en función de la ejecución de un delito. Es el caso por ejemplo, de los vehículos o embarcaciones modificados con caletas o compartimentos secretos para el ocultamiento de elementos ilícitos; las aeronaves de pasajeros cuyos elementos de identificación o sus sistemas de suministro de combustible o de autonomía de vuelo son modificados solo para carga con el propósito de facilitar algún tráfico ilícito, o el inmueble acondicionado con celdas para retener secuestrados, o el predio que se adecua con campamentos y campos de polígonos para el entrenamiento de una organización ilegal, etc.

Por todo lo anterior, y a diferencia de la causal quinta, el presente presupuesto demandará un esfuerzo adicional de parte del operador judicial, quien para su reconocimiento deberá realizar un ejercicio de inferencia razonable de probabilidad, para determinar sí, de acuerdo con las características o circunstancias en las que el bien es hallado, es altamente probable que se esté utilizando o pueda ser utilizado en el futuro para la materialización de alguna actividad en particular.

5. Idoneidad del nexo de ilicitud

Uno de los aspectos más relevantes de las causales de destinación ilícita es el relacionado con la idoneidad que debe tener el nexo de ilicitud que permite conectar el bien con la actividad delictiva, el cual demanda la comprobación de una relación de coherencia lógica entre el delito determinante con la destinación o uso ilícito del bien, pues no basta con acreditar una relación formal entre el bien con el delito, pues se debe verificar que exista un vínculo que sustancialmente permita considerar que la actividad ilícita realmente tiene una aptitud jurídica para comprometer el bien con una causal de extinción de dominio, pues no todo uso o aprovechamiento de un bien constituye un ejercicio ilícito del derecho de propiedad que conlleve una relación funcional efectiva de medio a fin para cometer un delito, razón por la cual, esta condición de idoneidad debe verificarse caso por caso.



Por ejemplo, en el delito de concierto para delinquir, no basta con que en un inmueble los integrantes de una organización criminal realicen un acuerdo criminal para cometer uno o varios delitos, pues el art. 340 del C.P. no demanda de por sí, la necesidad del uso de un inmueble para la tipificación de dicha conducta. Situación distinta se presenta si el bien se encuentra acondicionado con campamentos, polígonos, hangares, armerías y demás infraestructura necesaria para mantener o entrenar a los integrantes de una organización criminal; o que una embarcación sea utilizada por los integrantes del un cártel del narcotráfico para navegar hasta aguas seguras donde queden a salvo de cualquier seguimiento o interceptación, para garantizar así la clandestinidad de sus negociaciones ilícitas, eventos en los cuales, dichas objetividades si permiten inferir la idoneidad suficiente para acreditar que el bien sí guarda una relación funcional para que se desarrolle del delito de concierto para delinquir, dada su relación de coherencia entre la utilidad del bien para que se concrete una de sus circunstancias de mayor punibilidad.

6. Relevancia de los aspectos subjetivos en las causales de destinación ilícita

Una de las propuestas más importantes que se hicieron en la Ley Modelo de Extinción de Dominio está contenida en su artículo 21³⁵ que consagra una serie de recomendaciones técnicas de buenas prácticas para definir cuáles son los elementos estructurales de la pretensión extintiva, tanto objetivos como subjetivos, fijando así las pautas que permiten delimitar y definir el conflicto que es objeto de debate durante el juicio de extinción de dominio. Además, propone las reglas de distinción entre afectados con los terceros de buena fe; consagra la base para trabajar los factores o criterios de atribución (nexo de relación entre el titular y la causal); y resalta la importancia de la buena fe exenta de culpa como principal elemento subjetivo y límite de la pretensión extintiva, entre otros aspectos.

Se puede decir que el tránsito que tuvo Colombia para pasar, de una ley especial (Ley 793 de 2002) a un Código de Extinción de Dominio respondió, en gran parte, a la necesidad de adaptar la legislación nacional a la nueva jurisdicción propuesta a través de las recomendaciones de buenas prácticas de la LMED, razón por la cual, dicho artículo 21 fue acogido

³⁵ Esta norma es, a nuestro juicio, una de las más importantes que pueda tener una legislación que adopte este modelo de decomiso sin condena, la cual ha sido acogida por la mayoría de las legislaciones posteriores a la LMED, siendo incorporada en los artículos 118 del Código de Extinción de Dominio de Colombia, 27 de la Ley Especial de Extinción de Dominio de El Salvador, 33 de la Ley de Extinción de Dominio de República Dominicana, 20 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de Venezuela y parcialmente en el artículo 14 del Decreto Legislativo sobre Extinción de Dominio de Perú. Adicionalmente se viene observando que legislaciones anteriores a la LMED, como la hondureña, las ha acogido como recomendaciones de mejores prácticas a través del Manual de Privación Definitiva de Dominio de Bienes de Origen Ilícito del Ministerio Público.

y desarrollado íntegramente en el artículo 118 del estatuto extintivo³⁶, el cual constituye un mandato directo para el fiscal, pues se señalan cuáles son los elementos³⁷ y hechos de relevancia jurídica que deben ser acreditados para estructurar la pretensión extintiva y, a su vez, constituyen el referente que precisa los hechos que debe constatar el juez de extinción de dominio para desestimar o declarar la extinción de dominio, razón por la cual, también define el marco fáctico y jurídico del debate que permite orientar los actos de contradicción, oposición y defensa de los afectados y terceros.

Como se mencionó anteriormente, la naturaleza de las reglas que conforman las causales de uso o destinación ilícita, siguen la estructura de las norma subjetivas de determinación, ya que estas emplean términos que implican la existencia de una acción consciente y voluntaria dirigida a un fin, como lo son “usar” o “destinar”, las cuales, como se ha venido insistiendo, no pueden ser apreciadas ni valoradas en su sentido descriptivo, coloquial o literal, sino desde su perspectiva normativa, atendiendo a sus fundamentos de legitimación, pues dado el objeto sobre el cual se centra el debate (la licitud del derecho de propiedad), se debe comprobar que dicho uso o destinación se deriven del ejercicio ilícito o abusivo del ius utendi o el ius abutendi, los cuales se verifican a partir de la constatación de la utilización o destinación ilícita, como un acto consciente y voluntario que se deriva de la capacidad de ejercicio de los derechos de uso, goce y disposición, ya sea porque el titular, pudiendo autodeterminarse, ejerció voluntaria y conscientemente su derecho en función de la preparación o ejecución de un delito; o, porque ante el riesgo de uso o destinación ilícita por parte de un tercero, actuó de manera imprudente o negligente, o incumplió sus deberes de debida diligencia, siendo permisivo frente a su mal uso.

³⁶ Artículo 118. CED: Propósito. La fase inicial tendrá como propósito el cumplimiento de los siguientes fines:

1. Identificar, localizar y ubicar los bienes que se encuentren en causal de extinción de dominio.
2. Buscar y recolectar las pruebas que permitan acreditar los presupuestos de la causal o causales de extinción de dominio que se invoquen.
3. Identificar a los posibles titulares de derechos sobre los bienes que se encuentren en una causal de extinción de dominio y establecer el lugar donde podrán ser notificados, cuando los haya.
4. Acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y las causales de extinción de dominio.
5. Buscar y recolectar las pruebas que permitan inferir razonablemente la ausencia de buena fe exenta de culpa.

³⁷ Si bien este artículo hace relación a los propósitos o fines que se deben cumplir durante la fase inicial o etapa de investigación patrimonial, esta norma bien pudo haber sido denominada como carga de la prueba del Estado, pues claramente define los principales hechos que deben ser demostrados para que proceda la declaración de extinción de dominio en un caso concreto, razón por la cual consideramos inadmisibles las críticas dirigidas contra el instituto cuando se señala que en la extinción de dominio se invierte la carga de la prueba, como quiera que el mandato para la fiscalía es bastante claro, y, por tanto, dichas críticas solo tendrían razón cuando el ente de investigación incumple con sus expresas cargas probatorias, incurriendo en una deficiente o mediocre investigación patrimonial, lo cual constituye una mala práctica que no puede ser considerado como un defecto del instituto.



6.1 Del nexo de relación entre el titular de derecho con la causal de extinción de dominio

La relevancia de los aspectos subjetivos exigidos por el artículo 118 del CED, presentan una mayor importancia en las causales de destinación ilícita, pues su reconocimiento permite acreditar los factores de atribución (no imputación) de la consecuencia jurídica de la extinción de dominio a un titular de derechos en un caso concreto, en especial, aquellos que exigen la acreditación de un nexo de relación o factor subjetivo de atribución³⁸ que permita conectar al titular de derechos sobre el bien cuestionado con la causal extintiva, los cuales se sustentan en los mandatos contenidos en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 118 del CED, que constituyen, quizás, las reglas más importantes de todo el procedimiento, pues son las que permiten definir el objeto central del debate en el trámite extintivo.

Estas disposiciones obligan, en primer lugar, a la fiscalía a recolectar pruebas durante la fase inicial, que no solo se limiten a la identificación de bienes comprometidos en una causal de extinción de dominio, en este caso, usados o destinados ilícitamente, sino que además, le impone el deber de identificar los posibles titulares de derechos de contenido patrimonial sobre los mismos (no solo el dominio)³⁹, en segundo lugar, una vez identificados los titulares de derechos patrimoniales sobre los bienes cuestionados, se debe demostrar la existencia de un nexo de relación que permita su vinculación con la causal extintiva⁴⁰, es decir, se debe acreditar algún criterio o factor de atribución (dolo, culpa, mala fe, creación del riesgo) que permita conectar esa utilización o destinación ilícita, con un acto consiente y voluntario del titular por su incumplimiento de las expectativas razonables de

³⁸ En extinción de dominio, los criterios o factores de atribución constituyen ese elemento axiológico o valorativo a través del cual el ordenamiento jurídico logra atribuir la consecuencia del ilícito patrimonial (causal) a un titular de derecho en un caso concreto, pues para que proceda la pretensión extintiva, no basta con acreditar un nexo de ilicitud entre el bien con el delito, pues ello solo queda en el plano objetivo de las causales (nexo de ilicitud del bien con la actividad ilícita), sino que además, se requiere establecer un nexo de relación entre el titular de derechos con la causal invocada de extinción de dominio (num. 4 art. 118 CDE), para lo cual, se suele acudir a diversos factores de atribución (dolo, culpa - in eligiendo, in vigilando, in contrahendo o in custodiando -, mala fe, creación del riesgo, etc.) que permitan adjudicar la consecuencia jurídica de la extinción de dominio a un titular de derechos patrimoniales sobre el bien cuestionado.

³⁹ Esta carga se impone en el numeral 3° del art. 118 del CED que obliga a la fiscalía a ... (i)dentificar a los posibles titulares de derechos sobre los bienes que se encuentren en una causal de extinción de dominio ..., los cuales, para efectos de poder realizar el correspondiente juicio de atribución de la consecuencia jurídica, deben haber obrado con capacidad de goce y ejercicio.

⁴⁰ A nuestro juicio, esta es la regla más importante de todo el proceso de extinción de dominio, contenida en el numeral 4° del art. 118 del CED pues no solo permite distinguir los afectados de los terceros, sino que además, es la que impide que la extinción de dominio sea utilizada como herramienta confiscatoria, pues a través de ella se exige la valoración de los aspectos subjetivos, al obligar a la fiscalía a ... (a)creditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y las causales de extinción de dominio ... lo cual demanda la acreditación de algún factor objetivo o subjetivo de atribución.

comportamiento frente al correcto ejercicio del derecho de propiedad dentro del marco de acatamiento de las obligaciones inherentes a la función social que debe cumplir el derecho de propiedad, que es lo que en esencia legitima la declaratoria de extinción de dominio en las causales de destinación ilícita; y, en tercer lugar, la norma impone la obligación de que estos aspectos sean valorados teniendo como principal parámetro subjetivo la buena fe, la cual siempre deberá ser examinada desde su perspectiva objetiva o verificable de la buena fe⁴¹ exenta de culpa.

En conclusión, no cualquier instrumentalización o uso ilícito de un bien pueden dar lugar al reconocimiento de la extinción de dominio, sino solo aquellos que impliquen el ilícito ejercicio de derecho por parte de su titular, en contravía de la función social y ecológica que debe cumplir el bien, razón por la cual, los usos ilícitos de terceros que no ostenten ningún derecho de contenido patrimonial sobre el bien, como tenedores, usuarios, clientes, empleados, pasajeros, etc., no conllevan de por sí la consecuencia jurídica de la extinción de dominio, a menos que se compruebe un proceder imprudente, permisivo o negligente contrario a los postulados de la buena fe exenta de culpa por parte del titular. Y es que pretender extender la consecuencia jurídica por el ilícito uso de un bien realizado por un tercero que no ostenta ningún derecho patrimonial sobre el mismo, sin que se demuestren los aspectos subjetivos relacionados con el ejercicio o disposición del derecho por parte del titular, es decir, sin atender a los criterios de atribución subjetiva, constituye un acto arbitrario e injusto que se ubica en el campo de la confiscación proscrita en el art. 34 de la Constitución Política.

6.2 Condiciones personales de atribución

La relevancia de los aspectos subjetivos en las causales de destinación, no solo se quedan en el plano de vinculación o atribución, pues dada sus particularidades⁴², también demandan la acreditación de ciertas condiciones personales, siendo relevantes para las

⁴¹ El art. 118 del CED exige a la fiscalía desvirtuar la presunción de buena fe (art. 7° CED), la cual se adopta como uno de sus principales límites, reconociéndola como el principal parámetro al cual el operado debe acudir para verificar si concurre o no un factor subjetivo de atribución para que proceda la extinción de dominio, al imponer en su numeral 5°, el deber de ... (b)uscar y recolectar las pruebas que permitan inferir razonablemente la ausencia de buena fe exenta de culpa.

⁴² Como quiera que uno de los puntos centrales de debate en las causales de destinación es el de establecer la forma de cómo se ejercen los derechos patrimoniales, el numera 3° del art. 118 del CED impone el deber a la fiscalía de (i)dentificar a los posibles titulares de derechos sobre los bienes que se encuentren en una causal de extinción de dominio y establecer el lugar donde podrán ser notificados. Lo anterior demanda que el caso tenga claridad sobre el objeto sobre el cual se debe presentar el debate, estableciendo que derechos patrimoniales están en discusión y quienes sus titulares, pues sobre ellos se debe centrar las cargas de acreditar los factores de atribución de la consecuencia jurídica.



causales de destinación ilícita, dos en particular: en primer lugar, la titularidad de derechos, pues se requiere establecer cuáles existen sobre el bien, es decir, qué derechos se encuentran en discusión, identificando quiénes son sus titulares; y, en segundo lugar, determinar cuál es la capacidad jurídica con que dichos titulares actúan (capacidad de goce y ejercicio), pues frente a ellos se va a reconocer su legitimación procesal y de ahí que la norma exija identificar el lugar donde puedan ser notificados para poder integrar debidamente el contradictorio y garantizar sus derechos de oposición y defensa. Por ello, para poder lograr una mayor comprensión del alcance de las causales 5 y 6, se requiere tener claridad sobre dichos aspectos.

Titularidad de derechos

La extinción de dominio parte del reconocimiento de que sobre un mismo bien pueden existir diferentes derechos patrimoniales, los cuales pueden estar en cabeza de una misma persona o de titulares diferentes y, por tanto, la pretensión extintiva puede dirigirse sobre todos los derechos de contenido patrimonial que existen sobre un bien o tan solo respecto a una parte de ellos, siempre y cuando se logre acreditar el nexo de relación entre el titular de derechos con la causal extintiva exigido en el mencionado numeral 4 del artículo 118 del CED. Es el caso, por ejemplo, de la finca adquirida por tres hermanos a través de una herencia, en la cual, además de los derechos de dominio que ostenta cada uno de los copropietarios, puede existir un derecho de uso y habitación constituido a favor de alguno de los ancestros de la familia; un derecho de hipoteca garantizando un crédito a favor de una entidad financiera; un derecho de usufructo sobre una porción del predio explotado por un tercero que desarrolla allí un cultivo agrícola; un derecho de anticresis sobre otra porción de terreno a favor de un acreedor anticrético, entre otros.

Es claro que en el evento en que alguno de los copropietarios abuse o ejerza mal su derecho, destinando una parte del inmueble para una actividad delictiva, escondiendo, por ejemplo, armas ilegales, ello no quiere decir que todos los demás derechos patrimoniales de los otros titulares, que no guardan ninguna relación con la causal extintiva, deban también verse comprometidos por dicho acto, pues como se ha venido insistiendo, lo que se cuestiona en las causales de destinación ilícita, no es el uso ilícito del bien como tal, sino el mal ejercicio del derecho de propiedad.

Por tanto, la afectación de la totalidad de un bien, sin tener en cuenta los derechos en juego, podría atentar contra el principio de proporcionalidad, pues las relaciones jurídicas que puede tener una persona respecto a un bien suelen ser muy diversas y por ello, para el trámite extintivo resulta de vital importancia poder distinguir los conceptos de propietario⁴³, poseedor y tenedor, ya que cada derecho o vínculo jurídico entre una persona con un bien, otorga capacidades diferentes según el tipo de relación que ostenta, para lo cual se debe tener en cuenta que nadie puede disponer de más derechos de los que realmente tiene y por ello, ni los poseedores, tenedores, arrendatarios, usuarios, pasajeros, empleados o clientes que utilicen ilícitamente un bien o negocio, pueden comprometerlo en una causal de extinción de dominio, pues ellos no ejercen el *ius utendi* o el *ius abutendi*, a menos que el titular, conocedor de la ilícita situación, actué con dolo o mala fe, o de forma imprudente, negligente o incumpliendo los deberes de debida diligencia que le sean exigibles.

La capacidad de goce y ejercicio

Como se precisó al inicio de este estudio, técnicamente la extinción de dominio no extingue bienes, sino derechos de contenido patrimonial, razón por la cual, el objeto de cuestionamiento que se realiza a través de la pretensión extintiva no recae sobre el bien en su sentido físico u ontológico, sino sobre el derecho o los derechos patrimoniales que fueron ejercidos ilícitamente, incumpliendo las obligaciones inherentes a la función social del derecho de propiedad. De ahí la importancia que se exige en el numeral tercero del artículo 118 del CED la identificación de todos los posibles titulares de derechos sobre los bienes investigados, labor que no se debe hacer de manera formal, sino sustancial, es decir, verificando que cada titular hubiese obrado con capacidad de goce y ejercicio de tales derechos⁴⁴, es decir, corroborando que el propietario cuenta con la aptitud legal para ser reconocido jurídicamente como tal y constatando que efectivamente se encuentra facultado para ejercer⁴⁵ o disponer de manera libre, consciente y voluntaria de los derechos que ostenta.

⁴³ La valoración de la situación jurídica de un titular de derechos respecto a un bien no puede realizarse sin tener presente los atributos inherentes al derecho de propiedad: el *ius utendi*, o derecho de uso y disfrute del bien, que le permite exigir al titular la exclusión de su uso a terceros; el *ius fruendi*, o derecho de goce, usufructo o aprovechamiento económico del bien y; el *ius abutendi* o derecho de disposición, pues a partir de ellos se va a definir el objeto y los límites de las causales extintivas, además de reconocer las garantías de protección de los derechos de terceros que se puedan ver afectados con la pretensión correspondiente.

⁴⁴ De acuerdo con lo dispuesto en el inciso último del artículo 1502 del Código Civil, (l) a capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra. Esta idea se complementa con el artículo 1503 *ibídem*, que dispone que (t)oda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces. Se reconoce así la capacidad, como esa aptitud jurídica que tiene una persona para adquirir y ejercer derechos, lo cual permite reconocer dos clases diferentes: una capacidad adquisitiva, conocida también como capacidad de goce, mediante la cual se le reconoce a la persona la capacidad de adquirir o ser titulares de derechos; y la capacidad de ejercicio o de obrar, que le permite a la persona ejercer y hacer valer su derecho.

⁴⁵ Para efectos de las causales de destinación es importante tener siempre presente que el tema central de discusión es el ilícito ejercicio del derecho en contravía de la función social y ecológica de la propiedad, pero no siempre quien tiene la capacidad de goce, tiene la capacidad de ejercicio, como sucede en el caso de los incapaces descritos en el artículo 1504 del Código Civil, como los impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, previendo también capacidades limitadas a menores adultos e



Lo anterior, como quiera que la extinción de dominio parte de la idea de que el propietario de un bien es un ser consciente que cuenta con total capacidad para ser titular de derechos y poder disponer de ellos y, salvo los casos de incapacidad jurídica (o inimputabilidad) o los eventos de afectación de su ejercicio por un consentimiento viciado (coacción o error), cualquier ciudadano que esté razonablemente integrado en la sociedad debe estar en capacidad de comprender lo bueno y lo malo con relación a las formas de cómo adquiere o ejerce su derecho de propiedad. Esta presunción de capacidad jurídica tiene una especial incidencia para establecer el vínculo o nexo de relación entre el titular con la causal o presupuesto de extinción de dominio exigido por el numeral 4° de mencionado art. 118, pues para lograr acreditar algún factor de atribución, se requiere constatar que el titular del bien hubiese actuado con capacidad de goce y ejercicio.

Por lo anterior, no basta con que una persona utilice un bien para la preparación o ejecución de un delito, sino que, además, demanda que dicho acto sea realizado por alguien que ostente la capacidad de uso o disposición sobre el mismo; es decir, quien pueda disponer jurídicamente del bien o, en otras palabras, sobre quien recae el deber constitucional de cumplir con las obligaciones constitucionales que emanan de la función social de la propiedad. De ahí que no es jurídicamente correcto trasladar las obligaciones constitucionales que emanan de la función social y ecológica de la propiedad, a quienes ostentan relaciones jurídicas precarias sobre el bien, como por ejemplo poseedores o tenedores, usuarios, empleados, pasajeros, clientes etc., como quiera que dichos deberes constitucionales solo le son exigibles a los propietarios o titulares de derechos.

Proporcionalidad

Otro de los aspectos relevantes que se determinan a partir de los aspectos subjetivos de la extinción de dominio, es el relacionado con el criterio de proporcionalidad que impera en este instituto, ya sea con relación a la pretensión extintiva o la pretensión cautelar, pues como se mencionó anteriormente, la obligación que impone el numeral 3 del artículo 118 del CDE de establecer los posibles derechos patrimoniales que existen sobre un bien y establecer quiénes son sus titulares, resulta de suma importancia para poder comprender la forma de cómo opera el principio de proporcionalidad en materia extintiva, toda vez que, dada su naturaleza jurídica y los fundamentos de legitimación que la sustentan, aquí no se pueden aplicar los criterios de proporcionalidad que se manejan en el derecho penal,

interdictos, razón por la cual, este elemento deberá constatar de forma precisa, atendiendo siempre a las circunstancias particulares del caso.

pues allí las consecuencias jurídicas del delito van a estar determinadas por la gravedad del hecho o el grado de culpabilidad del acusado, lo que permite manejar la “pena” en un rango de mínimos y máximos e incidir en estimaciones de ponderación de la pretensión del comiso penal frente al valor, proporción o extensión del bien a través de la denominada cláusula de rigor⁴⁶.

En cambio, en materia de extinción de dominio no es posible trabajar con esos extremos valorativos (mínimos y máximos / leves y graves), como quiera que la pretensión extintiva no se centra en la conducta delictiva, ni mucho menos repara en la gravedad de la lesión o daño ocasionado con el delito, sino que se concentra en el debate jurisdiccional frente a la legitimidad o validez del derecho patrimonial, en cuanto a la verificación de si el derecho nace o no a la vida jurídica (licitud de su origen) o si el derecho patrimonial se ejerce o no lícitamente (licitud de la destinación), sin que exista la posibilidad de que la consecuencia jurídica pueda ser segmentada, medida o determinada a través de mínimos o máximos, pues independiente de la intensidad del daño, el grado de lesividad de la conducta, o el nivel de compromiso de culpabilidad del titular del bien, la consecuencia jurídica siempre va a ser una sola: la extinción de dominio, la cual no se puede segmentar entre extremos mínimos o máximos.

Es el caso, por ejemplo, del vendedor de sustancias estupefacientes que distribuye drogas ilícitas en los sectores exclusivos de la ciudad, utilizando un vehículo de alta gama, de un valor superior a los 300.000 dólares, pero que, al momento de ser intervenido por la policía, solo le son incautadas algunas pocas dosis de droga dispuestas para la venta y una suma de dinero que en total no sobrepasa los mil dólares. Es claro que, desde el punto de vista de la proporcionalidad penal, el valor estimado de la droga y el dinero incautado no es tan relevante y puede verse desproporcionado con relación al valor del vehículo incautado, evento en el cual muy probablemente un juez penal aplicaría la cláusula de rigor y considere desproporcionado el decomiso del vehículo utilizado en dicha actividad.

⁴⁶ Esta cláusula, de amplio desarrollo en la doctrina española, ha sido descrita por Choclán Montalvo de la siguiente manera: ...también para el comiso el legislador ha establecido un correctivo derivado del principio de proporcionalidad. Nos referimos a la cláusula de rigor contenida en el art. 128, C.P, a cuyo tenor, “cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el juez o tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente. Se trata, pues, de una moderación de la consecuencia derivada de la responsabilidad por el hecho.

En este punto nuestro Código se ha inspirado en la regulación alemana contenida en el § 74, que prohíbe el comiso cuando, a pesar de ser admisible por concurrir sus presupuestos, sin embargo, resulte una medida desproporcionada en atención a la significación del hecho cometido y el reproche que afecta al autor o al adquirente del objeto. (Choclán Montalvo, 2000, pág. 341)



Sin embargo, frente a la extinción de dominio, la gravedad del delito y el valor del bien utilizado, son asuntos de segundo orden, pues para efectos de las causales de extinción lo relevante es verificar la licitud en el ejercicio del derecho de propiedad, por lo cual, parodiando la canción de nuestra compatriota Shakira, para la extinción de dominio resulta igual el uso de un Ferrari que un Twingo, porque aquí lo determinante no es la gravedad del delito, ni el compromiso de responsabilidad, ni mucho menos factores objetivos como el valor de bien, el tamaño o extensión, pues lo que define el conflicto que debe ser dirimido por el juez, es el debate sobre la licitud en torno a la adquisición o ejercicio del derecho de propiedad, es decir, si el titular ejerció correctamente su derecho dentro de los parámetros constitucionales y legales determinados por la función social de la propiedad, o si por el contrario lo ejerció ilícitamente para atentar contra la sociedad misma.

De ahí que en materia de extinción de dominio el criterio que permiten realizar el juicio de proporcionalidad es de la ponderación de los derechos patrimoniales que se encuentran en juego, y para ello se debe estar muy atentos a la diversidad de derechos que pueden confluir sobre un mismo bien. Por ello, retomando el ejemplo de la finca expuesto anteriormente, se debe reconocer que sobre dicho inmueble existen distintos derechos de contenido patrimonial (propiedad, uso y habitación, hipoteca, usufructo, anticresis), pero no todos están comprometidos en una causal de extinción de dominio. Solo respecto de un titular se puede establecer un nexo de relación con la causal extintiva, como lo exige el mencionado numeral 4° del art. 118 del CDE y, en virtud de ello, tanto la pretensión cautelar como la extintiva se considerará proporcional si solo se restringe al derecho cuestionable; a contrario sensu, se deberá considerar desproporcionada, si la acción afecta a los demás titulares de derechos existentes que no guardan ninguna relación con la causal extintiva.

CONCLUSIONES

Para aplicar correctamente las causales de destinación ilícita se debe tener claridad sobre la distinción que existe entre un bien y los derechos de contenido patrimonial sobre los cuales realmente recae la pretensión extintiva, toda vez que el eje central del debate extintivo gira en torno a la licitud en la adquisición o ejercicio del derecho de propiedad y no en la simple relación del bien con el delito.

Constituye una mala práctica valorar o interpretar las causales extintivas de destinación ilícita con los mismos criterios y fundamentos con que se estructura la pretensión de comiso, pues la extinción de dominio presenta una naturaleza y unos fundamentos de legitimación completamente diferentes a los del proceso penal.

Para las causales de distinción ilícita de bienes no resulta relevante cuestionar el bien por su simple relación funcional con un delito, pues de dicha relación también se ocupa también el comiso penal. Lo que realmente resulta relevante, es el cuestionamiento que se hace de un derecho de contenido patrimonial en virtud del conflicto que se deriva del quebrantamiento del orden jurídico, cuando dicho derecho se ejerce en contravía de las obligaciones que emanan de la función social y ecológica que debe cumplir el derecho de propiedad.

Se debe tener presente que en la descripción de la causal quinta el verbo “utilizar” no debe ser tomado en su sentido formal o coloquial, pues dado el objeto sobre el cual recae la pretensión extintiva, su naturaleza y los fundamentos de legitimación que la sustentan, el “uso” al cual se hace referencia, es solo aquel que se deriva del ejercicio del ius utendi o del ius abutendi por parte de su propietario.

Solo a quien es titular de derechos patrimoniales, le es exigible cumplir con las obligaciones que emanan de la función social y ecológica de la propiedad y, por tanto, no cualquier tenedor, usuario, empleado, pasajero, cliente, etc., puede comprometer el bien por su mal uso o instrumentalización, a menos que se compruebe mala fe, por permisividad, imprudencia, negligencia o falta de debida diligencia por parte del propietario.

BIBLIOGRAFÍA

Betancur Echeverri, J. H. (2004). Aspectos sustanciales de la extinción de dominio de bienes. Bogotá D.C.: Leyer.

Blanco Cordero, I. (2023). Hacia un modelo de decomiso sin condena en la Unión Europea.

En *Of Sword and Shields: Due process and crime control in times of globalization*. Liber Amicorum prof. Dr. J.A.E. Vervaele (págs. 297-304). Países Bajos: Eleven International Publishing.



Choclán Montalvo, J. A. (2000). El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas. *Estudios de derecho Judicial # 28* (Ejemplar dedicado a: Prevención y represión del blanqueo de capitales), 329-370.

Duguit, L. (1920). *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Madrid: Librería española y extranjera.

Feria Bello, P. J. (2021). *La afectación de bienes en el proceso penal colombiano*. (F. G. Nación, Ed.) Bogotá D.C.: Legis.

Gracia Martín, L. (2006). *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción de la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier.

Gracia Martín, L., Alastuey Dobón, M., & Boldova Pasamar, M. Á. (2004). *Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo blanch.

Greenberg, T., Samuel, L., Grant, W., & Gray, L. (2009). *Recuperación de activos robados. Guía práctica para la recuperación de activos sin condena*. Washington D.C.: Banco Mundial.

Jorge, G. (2008). *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Martínez Sánchez, W. A. (2015). La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia. En W. A. Martínez Sánchez, G. G. Santander Abril, J. I. Acosta Aristizabal, F. Cañón, N. A. Novoa Velasquez, F. Ternera Barrios, . . . A. Ormaza, *La Extinción de Dominio en Colombia* (págs. 7-34). Bogotá D.C.: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Maurach, R. (1994). *Derecho Penal Parte General* (Traducción de la 7a edición alemana ed., Vol. 1). (J. Bofill Genzsch, & E. Aimone Gibson, Trads.) Buenos Aires: Astrea.

Merino Mejívar, M. A. (2022). *La Extinción de Dominio en El Salvador - Teoría y Práctica*. San Salvador: Editorial Cuscatleca.

Muñoz Cuestas, J. (2004). El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. En *Repertorio de Jurisprudencia*. Navarra: aranzadi.



Pardo Ardila, J. E. (2013). Tesis. La extinción de dominio, partes y tercería. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Comlombia - Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas.

Pérez Blanco, R. (Septiembre de 2011). Determinación de la Naturaleza Jurídica del Decomiso. Recuperado el 22 de marzo de 2014, de OEA: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Naturaleza%20Juridica%20del%20Decomiso.pdf

Rodríguez García, N. (2017). El decomiso de activos ilícitos. Pamplona: Aranzandi.

Santander Abril , G. G. (2021). Fundamentos de legitimación, objeto y límites de las causales de extinción de dominio de bienes ilícitos. En J. H. Pozo (Ed.), Extinción de dominio y lucha contra la criminalidad organizada y económica (págs. 193-264). Lima: Pacífico Editores S.A.C.

UNODC. (2011). Ley Modelo de Extinción de Dominio. Bogotá: Programa de Asistencia Legal para America Latina y el Caribe.

Urbina Mendoza, E. (julio-diciembre de 2023). Los modelos del decomiso sin condena y la extinción de dominio en el derecho comparado latinoamericano. Estudios de Deusto: revista de Derecho Público, 71(2), 259-299.

Urbina Mendoza, E. J. (2024). La propiedad y los límites de corrección patrimonial del Estado. Panamá: Editorial Jurídica venezolana.

Vargas Gonzalez , P. (2012). El comiso del patrimonio criminal. Universidad de Salamanca: Tesis doctoral.

Vasquez Betancur, S. (2020). De la extinción de dominio en materia criminal. Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica.





Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - noviembre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

CRÍTICAS Y REFLEXIONES SOBRE EL ACUERDO PLENARIO 1-2023-112: SOBRE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

CRITICISM AND REFLECTIONS ON PLENARY AGREEMENT
1-2023-112: ON THE JUDICIAL DETERMINATION OF THE
PENALTY

Melina Timana Alvarez



CRÍTICAS Y REFLEXIONES SOBRE EL ACUERDO PLENARIO 1-2023-112: SOBRE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Melina Timana Alvarez ¹

1. INTRODUCCIÓN

El Acuerdo Plenario N.º 1-2023 ha marcado un hito en la jurisprudencia peruana al establecer directrices para la determinación judicial de la pena, específicamente con la implementación de un sistema escalonado en lugar del tradicional sistema de tercios. Este cambio tiene implicaciones profundas para el sistema judicial, tanto en términos de claridad y coherencia en la aplicación de penas como en la introducción de nuevas complejidades e inconsistencias.

Este ensayo se propone examinar críticamente varios aspectos de este acuerdo, sin dejar de reconocer su valor como herramienta jurisprudencial. No obstante, es necesario reflexionar sobre las complejidades y las potenciales inconsistencias que su aplicación puede generar.

En primer lugar, se discutirá la legitimidad del sistema escalonado introducido por el acuerdo, considerando que un sistema anterior, el de tercios, fue creado mediante ley. Esto lleva a cuestionar si un acuerdo plenario tiene la autoridad para crear un nuevo sistema de dosificación de penas, especialmente cuando el procedimiento adoptado para su creación podría no ser el adecuado.

Además, se explorarán las problemáticas inherentes a las penas establecidas en el Código Penal, cuya rigurosidad científica ha sido cuestionada. Un ejemplo de ello es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 00413-2021-PHC/TC, donde se declaró que la pena por el delito de robo agravado no es razonable ni proporcional. Se analizará si el acuerdo plenario realmente contribuye a resolver estas deficiencias o si, por el contrario, introduce más complicaciones.

Finalmente, se considerará el impacto que este acuerdo podría tener en la aplicación de penas en casos concretos, especialmente cuando se trata de la tentativa y la responsabilidad restringida. La falta de justificación clara para las reducciones establecidas en el acuerdo plantea dudas sobre la coherencia y la equidad de las sanciones resultantes.

La emisión del acuerdo plenario 1-2023 como aporte jurisprudencial ha establecido pautas para la determinación judicial de la pena, introduciendo un cambio significativo en la operativización del sistema judicial, especialmente en la implementación del esquema de tercios para la determinación de la pena.

¹ Juez Penal de Juzgado Colegiado Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia de Piura. Contacto: mtimana@pj.gob.pe <https://orcid.org/0000-0002-3618-9031>.



ANÁLISIS

A través de los acuerdos plenarios, los jueces Supremos (de la Sala Penal Especial, y Juez de investigación Preparatoria de la Corte Suprema), en el marco del artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece directrices que, sirven para unificar o establecer criterios jurisprudenciales de la especialidad.

La determinación de un marco penal abstracto (que se establece en nuestro Código Penal), por parte del legislador, no opera arbitrariamente, sino que debe estar orientada por el conjunto de principios informadores que limitan el ejercicio del *ius puniendi*.

El profesor Prado (2009) señala que la expresión “determinación judicial de la pena”, es la actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo y cuantitativo, la sanción a imponer al caso sub iudice, esto es donde se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulte aplicable (p. 229).

El juez es quien efectúa dicha labor de establecer la sanción penal, esto es quien realiza esa función individualizadora; y abarcando un poco más allá, dicho acuerdo plenario 01-2023, tiene clara incidencia no solo en las sentencias condenatorias, sino también sobre la prisión preventiva, atendiendo que, en los criterios para establecer una medida coercitiva, corresponde analizar sobre la “prognosis de la pena”. Pero la labor de determinación judicial de la pena, no está a libre discreción del juez, pues como sostiene el doctor García Caveró (2008) “este proceso (de determinación de la pena) no está desprovisto de ciertas líneas de orientación legalmente previstas, de manera que no pueda considerarse una cuestión propia de la discrecionalidad judicial.” (p. 709 -710).

Mediante el Acuerdo Plenario 01-2023 /CIJ-112, del 28 de noviembre de 2023, la Corte Suprema estableció criterios interesantes para la dosimetría de la pena; al respecto se ha establecido dos tipos de esquemas en la dosificación de la pena, el sistema de tercios y el sistema escalonado; así en el fundamento 25° del citado acuerdo plenario señala:

(.....)

En consecuencia, pues, queda establecido como disposición jurisprudencial de eficacia vinculante la aplicación del esquema operativo de tercios en el caso de los delitos donde sólo se pueden utilizar circunstancias genéricas como el delito de homicidio simple del artículo 106 del Código Penal. Y aplicar el esquema operativo escalonado para los supuestos

de delitos que poseen circunstancias agravantes específicas como el feminicidio (artículo 108-B, segundo párrafo) secuestro (artículo 152, segundo párrafo) o robo (artículo 189).
(...)

En torno al sistema de tercios, su creación se encuentra regulado en el artículo 45 -A (tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior), el cual fue establecido mediante la Ley 30076, publicado el 19 de agosto de 2013. Así también el Código Penal (a través del decreto legislativo 635), regula el artículo 45 (el cual define los presupuestos de fundamentación y determinación de la pena), el 46 (circunstancias de atenuación y agravación de la pena) de la norma sustantiva. El código procesal penal (creado a través del decreto legislativo 957), regula sobre la determinación de la pena, a través de tres artículos, conforme el inciso 4) del artículo 392, donde se establece la aplicación "del término medio", ante la discordia de los jueces sobre la extensión de la pena; o lo regulado en el literal e), inciso 3) del artículo 393 de la norma adjetiva, referido a la elaboración del fallo de condena, sobre "la individualización de la pena aplicable y, de ser el caso, de la medida de seguridad que la sustituya o concurra con ella"; en ese mismo sentido, se tiene el inciso 3) del artículo 397 de la norma procesal donde se prohíbe al juez "aplicar la pena más grave que la requerida por el fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación". Sin embargo, el sistema escalonado, ha sido creado mediante el acuerdo plenario 01-2023, para los delitos que tienen agravantes específicas, como el feminicidio, robo agravado, secuestro; y otros. Entonces una pregunta que surge es: ¿puede un acuerdo plenario crear un sistema de dosificación de la pena? La respuesta es no, pues es a través de la ley que se determina la regulación de un sistema de determinación de la pena. Así la Constitución Política, señala en el artículo 107, que es el Presidente de la República, los congresistas, cuando se le confieren potestades a los poderes del Estado, instituciones públicas autónomas y colegios profesionales; y, también los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley, son quienes tiene iniciativa en la formación de las leyes. Consecuentemente, un acuerdo plenario no tiene las facultades para establecer la creación de un sistema de dosificación de la pena.

Si bien, es claro que la intención de la Corte Suprema ha buscado zanjar controversias que surgen en torno a la aplicación del sistema operativo de tercios, indicando que sólo puede utilizarse para circunstancias genéricas como delitos que no tengan agravantes específicas (ejemplo: homicidio simple); sin embargo, el procedimiento de cómo se busca solucionar ello, conlleva a establecer que no ha sido el correcto, pues con ello un acuerdo plenario, puede crear una clase de sistema de penas.



La creación del sistema de penas escalonado, enfrenta desafíos como la incoherencia y sobreposición de diferentes modelos de determinación de la pena que han sido introducidos en el marco legal peruano. Desde la adopción del Código Penal de 1991 y sus subsecuentes modificaciones, se han incorporado múltiples sistemas y reglas que, en algunos casos, resultan incompatibles entre sí. Esta situación ha generado prácticas judiciales inconsistentes y, a menudo, confusas, lo que afecta la predictibilidad y uniformidad en la imposición de penas.

Otro reto considerable es la aplicación práctica del sistema escalonado en casos complejos, especialmente cuando concurren diversas circunstancias atenuantes o agravantes. La falta de claridad en cómo estas circunstancias deben ser ponderadas dentro del marco escalonado ha llevado a interpretaciones divergentes entre jueces, lo que contribuye a la percepción de desigualdad en la administración de justicia. Esta inconsistencia no solo afecta la equidad de las sentencias, sino que también mina la confianza pública en el sistema judicial.

El Acuerdo Plenario surge en un contexto donde el sistema judicial peruano enfrenta críticas por la falta de coherencia y predictibilidad en las decisiones judiciales. La emisión de acuerdos plenarios busca mitigar estas deficiencias, ofreciendo un marco interpretativo común que debería facilitar la labor judicial y fortalecer la seguridad jurídica. Sin embargo, la necesidad de tales acuerdos también revela una debilidad estructural en el sistema judicial; así un segundo punto a dilucidar es que se busca construir sobre un sistema de penas (incoherente con el bien jurídico que se busca proteger), así por ejemplo la pena en el delito de homicidio simple (que protege la vida humana) se establece en “no menor de seis años ni mayor de veinte años” (artículo 106 del Código Penal); mientras que el de robo agravado (que protege el patrimonio), la sanción penal va “no menor doce ni mayor de veinte años” (artículo 189 del Código Penal); consecuentemente se sanciona penalmente más por robar un reloj que por matar a una persona.

Esta misma falta de rigurosidad se desprende cuando en el sistema escalonado (creado a través del acuerdo plenario materia de análisis), se le da el mismo reproche a cada una de las agravantes que establece los delitos con agravantes específicas. Ejemplifico ello a través del delito de robo agravado, el cual tiene como agravantes específicas: Durante la noche o en lugar desolado (inciso 2); y, A mano armada (inciso 3); siendo que si analizamos dichas agravantes, nos preguntamos ¿tiene el mismo reproche penal que el agente utilice un arma de guerra con el sujeto que realiza el ilícito a las 21:00 horas, con el fin de no ser

identificado?; pues considero que no, ya que el desvalor jurídico es distinto, dado la peligrosidad que acarrea el primer comportamiento, frente al segundo; sin embargo con la aplicación del sistema escalonado, ante la comisión de dichas agravantes, se tiene el mismo reproche en su dosificación.

En esa línea de análisis, el acuerdo plenario establece en el considerando 37, sobre la circunstancia de disminución de la pena, como es la tentativa:

(.....)

“Ahora bien, el nuevo esquema aplicable está compuesto de dos operaciones que deberá realizar el órgano jurisdiccional. Primero, el juez aplicará una disminución simultánea en el límite mínimo y en el máximo de la penalidad conminada que fija la ley para el delito con las circunstancias agravantes específicas y que será equivalente a una mitad (1/2) para aquellos dos límites (...) Por ejemplo, aplicando este procedimiento a un caso de tentativa de un delito de robo con circunstancias agravantes específicas de primer grado o nivel el nuevo espacio de punibilidad disminuido será no menor de (06) seis ni mayor de (10) diez años de pena privativa de libertad (...)”.

Así también, en el considerando 32, desarrolla sobre la responsabilidad restringida, regulado en el artículo 22 de la norma sustantiva, lo siguiente:

(.....)

No obstante, es pertinente precisar que el artículo 22 del Código Penal no regula un umbral tasado para la eficacia de la causal de disminución de punibilidad por imputabilidad restringida en razón a la edad del agente o participe del delito. En efecto, tal disposición legal únicamente dispone que “el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”. Debido a ello y para establecer un umbral de disminución punitiva uniforme y estandarizado, aplicable siempre en tales casos penales, se dispone jurisprudencialmente y con efectividad vinculante que la disminución sea siempre en el equivalente a un tercio (1/3) por debajo del mínimo y del máximo legal del nuevo espacio de punibilidad (...)

En ese sentido, surge la interrogante ¿en qué medida establecer un sistema donde de manera tasada, la Suprema señala la cuantificación de reducción por circunstancias de atenuación de la pena, favorece en el sistema de determinación de la pena?. Con el de-



sarrollo del acuerdo, la Suprema ha señalado que se reduce la 1/ 2 del extremo mínimo y máximo legal cuando el hecho ilícito quedó tentado; y 1/3, en el mismo sentido cuando el sujeto que cometió el ilícito, se encuentre bajo los alcances de la responsabilidad restringida. Sin embargo, de la nota de pie 22 del acuerdo plenario, se indica como justificación de reducción, el derecho penal histórico, la legislación comparada (Colombia, Bolivia, Ecuador, Brasil), el sub principio lógico derivado del principio de razón suficiente; sin embargo, no se explica en qué medida dichos argumentos contribuyen con la actual tasa delictiva en nuestro país o para el grupo etario en mención; y por qué se establece dicha reducción de porcentaje respectivamente, y no 1/4, 1/5, 1/6 del extremo mínimo y máximo legal. Considero que debería existir una justificación clara que determine dicha disminución; así como la fijación de un número conlleva a parámetros tasados que invalida la libre convicción del que propone una solicitud de pena y de quien impone la sanción penal.

Asimismo, otro criterio a analizar, es la aplicación del acuerdo plenario en los procesos penales del quehacer diario, lo que puede conllevar a fijar penas que resulten ser insignificantes, así se tiene el siguiente ejemplo:

A, es un joven de 19 años, quien en horas de la noche (21:00 horas), mediante violencia (cachetada en el rostro) se apodera ilegítimamente de un reloj (valorizado en ochocientos soles) que llevaba B; y, cuando el sujeto A está huyendo, es perseguido por el personal policial quien lo interviene, encontrándole en su registro personal el reloj de B. Del reconocimiento médico legal correspondiente a B, se señala como calificación médico legal de 1 día de atención facultativa y 3 días de incapacidad médico legal. Fiscalía señala que ha solicitado como reparación civil, la suma de quinientos y 00/100 soles (S/ 500.00), la cual ha sido cancelada al día siguiente de su comisión, en su totalidad, por el procesado A, mediante depósito judicial.

Siguiendo los lineamientos señalados en el acuerdo plenario 01-2023, se determina que tenemos dos circunstancias de disminución de la sanción penal, como es la tentativa y responsabilidad restringida, por ello se de determina que el hecho se subsume en el tipo penal previsto en el primer párrafo del artículo 189 de la norma sustantiva, cuya sanción penal es "no menor de doce ni mayor de veinte años". Al quedar el hecho tentado, se reduce ½ en cada extremo (mínimo y máximo), existiendo una nueva pena parcial, que sería "no menor de seis ni mayor de diez años". Continuando con el análisis, ante la existencia de responsabilidad restringida, se reduce 1/3, por lo que de ese marco de pena parcial, se realiza dicha reducción, correspondiendo ser "no menor de cuatro ni mayor de seis años



- ocho meses". Cabe señalar que, del ejemplo señalado, se debe tener en consideración sobre la gravosidad del daño (violencia) que se ejerció, el cual conforme a la calificación médico legal es de 1 día de atención facultativa y 3 días de incapacidad médico legal, lo cual se deberá tener en consideración ante los alcances del inciso 1) del artículo 208-A de la norma sustantiva: "(...) 1. Si el valor del bien no sobrepasa el cinco por ciento de una unidad impositiva tributaria (UIT), o la violencia o amenaza infringida por el agente resultan mínimas o insignificantes, o para la ejecución del delito se emplea armas simuladas o inservibles, se disminuye a la pena concreta, por única vez, un sexto de la pena mínima establecida para el delito. (...)". El subrayado es nuestro.

Con ello, se continúa disminuyendo de la pena mínima antes señalada, $1/6$, el cual partiendo de cuatro años (que resulta ser 48 meses), se establece de dicha reducción, 8 meses; y, teniendo como resultado 40 meses. Así también, se deberá tener en consideración, los alcances del inciso 2) del artículo 208-A de la norma sustantiva: "(...) 2. Si el autor o partícipe hubiere reparado espontáneamente el daño ocasionado o haya devuelto el bien, en igual estado de conservación, al agraviado, se disminuye a la pena concreta, por única vez, un séptimo de la pena mínima establecida para el delito. (...)". El subrayado es nuestro. Con ello, la disminución continuará en $1/7$ de la pena mínima antes señalada, el cual partirá de 40 meses, por lo que con dicha reducción será de 5 meses ($40/7$), por lo que se da como resultado final, 35 meses, que es el equivalente de dos años y 11 meses. Es decir ante los parámetros antes fijados, por el acuerdo plenario y modificatoria del código penal, conforme al DL 1585, publicado el 22 de noviembre de 2023, se llega en un caso de robo agravado, la sanción de dos años y once meses, lo cual tiene un fundamento legal, pero con sanciones penales que podrían resultar insignificantes.

En resumen, si bien el sistema escalonado en la determinación de penas en el Perú representa un avance teórico hacia una justicia más equitativa, su aplicación enfrenta serios desafíos. Estos van desde la incoherencia normativa y la falta de claridad en la ponderación de circunstancias, hasta problemas más amplios de corrupción y deficiencias estructurales en el sistema judicial. Para superar estos obstáculos, es necesario un enfoque integral que no solo refine las normas existentes, sino que también aborde los problemas fundamentales que aquejan al sistema judicial peruano.



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

El Acuerdo Plenario N.º 1-2023 ha introducido un nuevo sistema de dosificación de penas mediante la implementación de un sistema escalonado, lo que ha generado una importante discusión sobre la legitimidad y competencia de la Corte Suprema para establecer un nuevo esquema punitivo sin una base legislativa explícita.

La aplicación del sistema escalonado creado a través del Acuerdo Plenario 01-2023 no sería procedente, ya que su inserción no fue establecida mediante una ley aprobada conforme al procedimiento constitucional. Esto contraviene el principio de reserva de ley, lo que podría generar un vicio de inconstitucionalidad en la aplicación de dicho acuerdo. Por lo tanto, cualquier regulación que impacte derechos fundamentales o procedimientos esenciales debería ser implementada a través de una ley formal, cumpliendo con los requisitos establecidos en la Constitución Política del Perú.

Aunque el sistema escalonado busca resolver problemas inherentes al sistema de tercios, su implementación plantea dudas sobre la coherencia y equidad en la aplicación de sanciones, especialmente en delitos con agravantes específicas, donde la falta de diferenciación en el reproche penal puede llevar a resultados poco justos.

El acuerdo no resuelve la incoherencia en la proporcionalidad de las penas en el Código Penal, por ejemplo, al sancionar más severamente un robo agravado que un homicidio simple, lo cual es cuestionable desde una perspectiva de justicia penal.

Las reducciones de pena por circunstancias atenuantes como la tentativa y la responsabilidad restringida no están suficientemente justificadas en el acuerdo, lo que limita la capacidad de los jueces para adaptar las penas a las circunstancias específicas de cada caso.

La aplicación rigurosa del sistema escalonado puede llevar, en algunos casos, a la imposición de sanciones penales que resultan ser insignificantes, lo cual podría socavar el objetivo de disuasión y la percepción de justicia en el sistema penal.

A partir de este acuerdo plenario, se puede concluir que, en el marco de la independencia judicial y con el fin de garantizar una justicia más equitativa y proporcional, los jueces están en una posición privilegiada para identificar las limitaciones y desafíos que enfrenta el sistema penal actual. En este sentido, resulta pertinente que los jueces, a través de sus asociaciones o como colectivo, propongan al legislador la creación de un sistema escalonado de penas, alineándose con los estándares internacionales de derechos humanos y garantizando un sistema penal más justo y eficiente.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo Plenario N° 01-2023/CIJ-112 sobre "Determinación judicial de la penal. Problemas contemporáneos y alternativas inmediatas".

García Cavero (2008). Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Editorial GRJLEY. Lima.

Prado Saldarriaga, V. R. (2009). La Reforma Penal en el Perú y la determinación Judicial de la Pena. *Derecho & Sociedad*, (32), 228-242. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17428>

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2023). Política criminal y derecho penal en el Perú: balance a tres décadas del Código Penal de 1991. En *Estudios Político, Criminales, Jurídico-Penales y Criminológicos*. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés. Tirant lo Blanch. Valencia, pp.359-363





Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo I, N° 12 - noviembre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

AFINES AL DERECHO RELATED TO LAW





Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - noviembre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

ESTADOS INTERSEXUALES

INTERSEXUAL STATES

Jacqueline Rosario Espinoza Ortiz



ESTADOS INTERSEXUALES

Jacqueline Rosario Espinoza Ortiz*

RESUMEN

Resulta necesario que las tradicionales concepciones sobre el género y sexo se vayan adaptando a las nuevas identidades de género, de esta forma se reconozca, desde los distintos ámbitos, que existen personas que nacen con características sexuales variadas, ello con el fin de evitar imponer a las personas intersexuales una de las categorías de sexo tradicionales: varón/mujer, y se les permita se identifiquen como ellos prefieran, atendiendo que todas las personas, independientemente de su género, tienen derecho a elegir su orientación sexual, al desarrollo de su personalidad, el derecho a su dignidad.

PALABRAS CLAVES

Sexo binario – características sexuales – identidad sexual - Intersexualidad – consentimiento – asignación de sexo.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia la sociedad viene asumiendo que el sexo es binario (varón/mujer), y por ello no resulta engorroso, bajo este argumento, que el sexo se determine a través de un análisis de factores biológicos.

Sin embargo, existen muchos factores que intervienen en el establecimiento del sexo de una persona, como son: cromosomas, gónadas, morfología externa e interna, patrones hormonales, fenotipo, sexo asignado, y aquel que una persona se asigna a sí misma¹.

Esto resulta fundamental cuando tenemos que tratar con personas intersexuales, definida como aquellas personas que nacen con ambos sexos, es decir, con pene y vagina, o también denominado a través de la figura mitológica como hermafrodita.

El problema se inicia, cuando a través de operaciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales, se intenta imponer el sexo binario, en aquellas personas que nacen con este tipo de características sexuales, y que son descubiertas por lo general desde el nacimiento, a veces en la etapa de la adolescencia y en la etapa de la adultez, sin tener en cuenta su consentimiento informado.

* Jacqueline Rosario Espinoza Ortiz / Corte Superior de Justicia de Piura
Jespinozao@pj.gob.pe

¹ Extraído de la lectura Lugones, María.2008. "Colonialidad y Género".

DISCUSIÓN Y ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

En la Corte Constitucional de Colombia uno de los casos que llegó por revisión, fue la acción de tutela promovida por la señora Natalia, en representación de su hijo Pablo, contra la EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A., con el fin de que se ampare los derechos fundamentales de su hijo, relacionados a la dignidad humana, identidad sexual, personalidad jurídica, salud, vida digna y seguridad social, y se ordene a la entidad emplazada brindar toda la atención integral a su hijo, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo y los demás exámenes de procedimiento que se necesiten.

Los argumentos que se resaltan de la demanda que presentó la señora Natalia, son: i) Su hijo de 11 años de edad, padece, según diagnóstico, de ambigüedad sexual, hermafroditismo masculino, como se evidencia en la historia clínica aportada por la medicina SURA EPS; ii) Su hijo fue inicialmente inscrito en el registro civil con sexo femenino, pero debido a que evidenciaron que tenía una inclinación sexual masculina, se tramitó un cambio en su registro civil de 6 años de edad, pero en la tarjeta de identidad del niño, aún aparece con sexo femenino; iii) Se entrevistó al niño por la Comisaria de Familia del Carmen de Vibora – Antioquia, donde manifestó “yo he asistido a la EPS Sura porque estamos tramitando una operación porque tengo órganos sexuales femeninos y masculinos, pero yo quiero quedar con órganos masculinos porque yo me siento hombre y me siento atraído por las mujeres”.

La EPS y medicina prepagada niegan realizar cirugía de reasignación de sexo al niño, y la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-622/14 resuelve proteger el derecho a la intimidad de Pablo y Natalia, y ordena la absoluta reserva del expediente, asimismo, revoca el fallo de fecha 11 de febrero del 2014 emitida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de El Carmen de Viboral, el cual denegó la acción de tutela, y en su lugar concede el amparo a los derechos fundamentales a la identidad sexual, a la vida digna y a la salud, concretamente el derecho fundamental al diagnóstico de Pablo. Asimismo, ordena a la EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A. continuar de forma prioritaria con las evaluaciones de los especialistas que requiere el niño, como urología pediátrica y prestar el apoyo y acompañamiento psicológico necesario con profesionales de la salud especialistas en el área de los trastornos de desarrollo genital. Igualmente, la EPS deberá integrar un equipo interdisciplinario conformado por médicos, psicólogos y trabajadores sociales, con el fin de que fijen un diagnóstico, asistan, orienten y asesoren a Pablo y a sus padres, sin perjuicio de los resultados. También se ordena a la EPS y Medicina Prepagada Suramericana-



na S.A. que una vez se haya prestado la asesoría y Pablo y sus padres estén suficientemente informados de las consecuencias de llevar a cabo la cirugía y los tratamientos de asignación de sexo, se consulte formalmente al niño y a sus padres acerca de la decisión final adoptada, incluyendo el diagnóstico integral, por intermedio del equipo interdisciplinario. Y si es afirmativa y coincida con el concepto emitido por el equipo interdisciplinario, se realice la cirugía en el término de los 30 días siguientes a dicha manifestación de voluntad, asimismo, se realice los tratamientos hormonales requeridos y cualquier otro tratamiento post operatorio que sea indispensable, También se ordena que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) realice un acompañamiento permanente del presente caso con miras a que se respeten los derechos fundamentales de Pablo y su familia. Finalmente se ordena a la Registraduría Nacional del Estado Civil que adelante todos los procedimientos requeridos para que el accionante modifique todos los documentos que conciernen a su identificación.

Entre sus argumentos de fondo la Corte Constitucional de Colombia, consiste en que si el paciente es menor de cinco años de edad se debe proceder con base en la regla general del consentimiento sustituto (otorgado por sus progenitores), después de esa edad, se procede solo con el consentimiento informado del paciente, salvo excepciones, se requerirá de un consentimiento asistido.

También señaló que no es suficiente el consentimiento para la procedencia de la asignación de sexo, puesto que debe adecuarse a las recomendaciones médicas, porque se considera que son los médicos los que conocen los riesgos y alternativas más adecuadas para la salud reproductiva del paciente y con ello se logrará un consentimiento informado y calificado suficiente del paciente para decidir sobre su cuerpo. Asimismo, se señala que si el consentimiento lo otorga el mismo paciente debe ir con el acompañamiento de los padres y seguimiento constante y profesional de un equipo interdisciplinario que brinde apoyo psicoterapéutico, de profesionales de la salud y trabajadores sociales.

Si bien, en nuestro país, no se ha visibilizado aún, casos donde se haya solicitado a través de las garantías constitucionales, la autorización por parte de los progenitores de los niños/niñas/adolescentes intersex para someterlos a una intervención quirúrgica a fin de que se les asigne uno de los sexos tradicionalmente construidos (cirugías de normalización genital), sin embargo, en otros países, ya se han venido discutiendo a través de los tribunales, este tipo de pedido, como es el caso de nuestro país vecino Colombia, y que sería rele

vante y necesario analizar, con el fin de garantizar adecuadamente los derechos que se encuentran en conflicto, cuyo goce y ejercicio corresponde sólo a cada persona intersex, teniendo siempre presente que ellos son los únicos que pueden tomar decisiones sobre su cuerpo. Sin embargo, se puede apreciar que pese a que existe un consentimiento expresado por Pablo (11 años), la Sala indicó que su consentimiento no cumple con los criterios para validarlo por no existir un diagnóstico preciso para que se defina las alternativas médicas. Además, se evidencia que la Corte le preocupa, que si se realiza la cirugía de asignación sexual masculina, como es el deseo de Pablo, sus órganos reproductivos no cumplan sus “fines de reproducción”.

En ese sentido, considero que el hecho de patologizar a las personas intersexuales al considerarlas como una anomalía, puesto que desde el ámbito de la medicina se cree que son personas con desorden o disforia en su identidad de género, constituye un grave problema, porque se cree que los bebés intersexuales deben ser “corregidos” a través de las cirugías, y que ello solucionaría esta supuesta “anormalidad”, sin tener en cuenta, que someterlos a este tipo de cirugías resulta ser una tortura física y psicológica para ellos¹; por lo que debe considerarse que toda persona a medida que va creciendo van adquiriendo cierta madurez y van experimentando deseos, que pueden ir variando, por ello imponer una determinada categoría sexual, no resulta lo más beneficioso para ellos².

También se evidencia que los argumentos de la Corte relacionados al consentimiento son muy invasivos, puesto que al final, sea o no el paciente mayor de cinco años de edad, siempre se requerirá de la opinión de los especialistas para determinar si la decisión de lxs niñxs es la más adecuada, lo que implica que al final esta decisión este orientado acorde a lo que el especialista recomiende y ello evidencia una vulneración de la autonomía del niñx para decidir sobre su cuerpo, sin que se interfiera en tan importante decisión.

Otro punto cuestionable es el hecho que se pretenda justificar la realización de la cirugía para evitar el rechazo de la sociedad que sufriría lxs niñxs y sus progenitores³, imponiendo la adaptación al modelo tradicional del sexo, y no realizar una mirada más inclusiva que implique más bien un cambio de las reglas sociales, un cambio del sistema tradicional,

¹ Estas personas reportan que una de las consecuencias inmodificables de las cirugías es la supresión de la capacidad para sentir placer sexual”. Extraído de la lectura de Saldívar: “Subordinaciones invertidas. Cap. 1: “El rol de la medicina y del derecho en la construcción binaria del sexo – género.

² Es aquí donde se debería interpretar y aplicar adecuadamente el principio del interés superior del niño.

³ “(..) intervenir los cuerpos de lxs hijxs intersexuales evita el dolor de sus padres.” Extraído de la lectura de Zelada, Carlos J.; Quesada, Diego. L.: “Lxs otrxs invisibles: Hacia una narrativa jurídica para la prohibición de las cirugías de normalización genital”.



evidenciándose más bien que se pretende preservar el sistema binario, excluyendo de esta forma a las personas que se encuentran fuera de este sistema, con lo cual se estaría discriminando y vulnerando su derecho a la dignidad.

CONCLUSIONES

Las personas intersexuales pueden identificarse como ellos prefieran, elegir la orientación sexual con la que se sientan más a gusto, como cualquier otra persona que no son intersex⁴.

Asimismo, también resulta fundamental, y probablemente ello se logre progresivamente, que se transforme las concepciones tradicionales sobre el género y el sexo, y se reconozca la existencia de personas de género con características sexuales variadas, no sólo desde el ámbito social sino también desde el ámbito del derecho y de la medicina.

Finalmente, el hecho de imponer a las personas intersexuales, sobre todo si se trata de menores de edad, una de las determinadas categorías de sexo tradicionales, sin tener en cuenta su opinión, su voluntad, su consentimiento, sus etapas de evolución en el desarrollo de su personalidad, se estarían vulnerando sus derechos y no solo se configuraría violencia médica, sino también violencia psicológica (tortura), cuyos agresores no sólo serían los médicos sino también los progenitores de lxs niñx/adolescentes.

LECTURAS BIBLIOGRÁFICAS

Lugones, María. 2008. "Colonialidad y Género". Tabula Rasa. Bogotá - Colombia, No.9: 84-86.

Saldívia. "Subordinaciones invertidas. Cap. 1: "El rol de la medicina y del derecho en la construcción binaria del sexo - género". Pág. 40.

Zelada, Carlos J.; Quesada, Diego. L. "Lxs otrxs invisibles: Hacia una narrativa jurídica para la prohibición de las cirugías de normalización genital". Revista IUS VERITAS N° 59. Noviembre del 2019. Pág. 11

⁴ "Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "la condición de intersexual no tiene que ver con la orientación sexual o la identidad de género: las personas intersexuales experimentan la misma gama de orientaciones sexuales e identidades de género que las personas que no lo son". Extraído de la Opinión consultiva OC-24/17 - Corte Interamericana de Derechos Humanos. Identidad de Género e Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos – Comisión de Asuntos Jurídicos Políticos. CP/CAJP/INF. 166/12. 2012. “Orientación Sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes”.

Opinión consultiva OC-24/17– Corte Interamericana de Derechos Humanos. Identidad de Género e Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Noviembre del 2017. pág. 16.

Sentencia T-622/14 emitida por la Corte Constitucional de Colombia.





Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo I, N° 12 - noviembre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

DE BUEN ABOGADO A BUEN PROFESOR ATTORNEY AT LAW TO GOOD TEACHER

ANDRÉS AGUINAGA



DE BUEN ABOGADO A BUEN PROFESOR

«Y tuve muchos maestros de que aprender solo conocían su ciencia y el deber nadie se animó a decir una verdad siempre el miedo fue tonto».
SUI GENERIS

«Dime y lo olvido, enséñame y lo recuerdo involúcrame y lo aprendo»
BENJAMÍN FRANKLIN

INTRODUCCIÓN

El presente artículo constituye una reseña, del libro que publique en junio de 2007, al que denomine "Enseñar a Pensar", publicación que me trajo muchas satisfacciones, sirva este recordaris, para que mis colegas abogados, que anhelan enseñar, lo hagan de la mejor manera, la tarea que emprenderán, afronta una realidad problemática, especialistas en el tema, sentencian categóricamente, que la educación peruana está en crisis, estas expresiones no son de ahora, tienen más de cinco décadas, situación que no le es ajena, a la enseñanza del derecho y en el lapso referido, se han intentado varias soluciones y reformas, surgidos a partir de diferentes puntos de vista, tocando diversos aspectos, pero a ojos vista, sin buenos resultados.

Para empezar, dejemos en claro el fin principal, que queremos alcanzar, porque ningún camino es bueno, sino se tiene definido, cuál es la meta, comencemos: la enseñanza, como toda actividad humana, cumple una serie de funciones, opinamos que la principal es la de guiar a las personas, en el proceso enseñanza aprendizaje, en dos palabras: ENSEÑAR a PENSAR, no está demás decir, que hay que hacerlo BIEN, todo lo demás no es tan importante y de no lograr este objetivo, las otras tareas, metas, propósitos y fines, no tendrían sentido, debemos involucrar al estudiante en su aprendizaje, que sea un participante activo en la forja de su enseñanza.

El camino trazado en estas líneas, quiere mejorar la enseñanza, porque en la medida que el profesor pueda ser reemplazado, por un vídeo o una cinta magnetofónica, y que para aprobar las materias sólo se necesite memorizar y luego repetir en los exámenes, el contenido de las fotocopias, de lo dictado por el profesor, no habrá salida posible al problema, y la enseñanza no cumplirá con su función principal, es decir, la de guiar a las personas en el proceso enseñanza-aprendizaje, de manera exitosa, en resumen en hacerlos pensar, reflexionar, deliberar, debatir.

Sirva, esta introducción para centrar el tema que desarrollaremos a continuación, mostrando palmariamente, que se debe hacer, para luego, marcar una ruta clara y definida a seguir, por los futuros profesores de derecho, basándonos en un correcto entendimiento del



problema, que nos permita realizar, su pertinente descripción, que delimite claramente el corazón del problema, para en base a esta labor de certero análisis, elaboremos las adecuadas y pertinentes maneras, de Enseñar Bien, una puntualización necesaria es, que si no mejora la enseñanza impartida por los profesores, menos mejorara la enseñanza en el Perú y su nivel seguirá paupérrimo.

Basados en una experiencia de décadas en la enseñanza, nos permite afirmar, que nuestra enseñanza es deficiente, por el uso mayoritario del Método Pasivo de Enseñanza, en la realización de la mayoría de clases, nuestro aporte en esta líneas, busca describir sus principales características, explicar sus efectos, alertando al futuro profesor, para que evite en la medida de lo posible, estas prácticas nocivas, en el desarrollo de su clase, buscando clases exitosas, dejando atrás el método, que hoy campea, buscando hacer pensar al alumno, motivándolo a participar activamente en clase, es una suerte de pequeño manual, que guía y previene los pasos que el profesor debe seguir y cuales evitar, así tenemos.

MÉTODO PASIVO (VIGENTE)

I. Características de Forma o Aplicación

Reciben este nombre porque son las características, que usa en la actualidad el Método Pasivo, para mantenerse, aplicarse, y desarrollarse en la realidad, tienen un carácter operativo, son las características que constituyen, su carta de presentación, con las que se muestra y se concretiza en la realidad, se podría decir que son el envase, si aparecen de manera constante y ocupan un gran porcentaje del desarrollo de una clase, debemos estar seguros, que se está usando el Método Pasivo de Enseñanza, por tanto debemos procurar, utilizarlas la menor cantidad de tiempo posible, en el desarrollo de las clases.

Primera: El Dictado

Quien ha estado en una clase como alumno, ha experimentado que la gran mayoría de ellas, están se basan mayoritariamente en la exposición del profesor –el dictado- es decir que, si en el desarrollo de las clases, el dictado ocupa un promedio, no menor a 80%, en la realización de la misma, estamos ante una clase que no enseña, concretamente no hace Pensar al alumno, sino lo lleva a memorizar, porque que todo lo estudiado, se realiza a partir de lo que el profesor dicta en clase y el alumno solo copia, tratando de transcribirlo o repetirlo fielmente, en el examen, no promueve la reflexión, el debate de ideas, la mejora de los aprendizajes.

Consecuencias Negativas

a. No se piensa se memoriza, no se entiende se copia, no se aprende se repite, no se analiza se paporreteca; no hay mejora ni ampliación de los conocimientos, se reciclan, valen las plantillas; no hay análisis o críticas, se impone el “Magister Dix”.

b. Las posibilidades de ampliar la información se restringen, ya que el alumno sabe cuáles son los puntos que le interesan al profesor, preferencia que determinara a la larga, cuáles serán los temas evaluados en los exámenes.

c. No importan otros puntos de vista, otras opiniones, ya que no solo aumentarían en cantidad los temas a memorizar (ley del menor esfuerzo) por otro lado, sería desventajoso para ellos comentar y aprender temas a los dictados por el profesor, ya que, a la hora del examen, el profesor tomara en cuenta, solo los puntos que dicto.

d. Memorizar gran parte del dictado, deja expeditos a los alumnos, para que aprueben, mediante un examen, que solo mide su memoria y en el que no aprende nada, se memoriza, se transcribe en el examen y con pasar del tiempo se olvida.

d. Como no es necesario preguntar, es obvio que el profesor solo evaluará lo que consideró importante. Por lo tanto, sólo prestará atención a los temas dictados por él.

e. De lo dicho en el punto anterior, resulta importantísimo, la confección de un cuaderno (apuntes) que plasme de la manera, más exacta y clara, las “opiniones del profesor”, las que serán después, sin lugar a duda, objeto de evaluación, siendo, por este motivo, de interés vital para el alumno, hacer o conseguir, apuntes rigurosos, al pie de la letra.

f. Se deja de lado el enriquecimiento teórico, y lo que es más dañino, corta la posibilidad de ampliar, crear o reformular el conocimiento, para mejorarlo a la luz de nuevas experiencias, con el esfuerzo de nuevas mentalidades.

Se corta la posibilidad de ampliar, criticar, mejorar, lo dictado por el profesor, es decir: se obtiene como producto un conocimiento que no se afina, ni mejora o cambia, sólo se recicla y luego se vuelve a dictar.



Segunda: Uso Exclusivo del Monólogo

La característica anterior y sus consecuencias, se traducen y traen aparejada esta segunda proceso que podríamos calificar de círculo vicioso, es decir, la clase, al ser casi exclusivamente dictada, se convierte en un monólogo interminable, la única acción dentro de la clase, por parte del alumno, es principalmente la de copiar, de principio a fin, no pensar, no reflexionar. De este modo, la participación como Actor casi único, es de parte del profesor, que, de manera casi exclusiva, se expresa a través del dictado, dejando de lado, la participación del alumno, y deviene en lo que Calamandrei sintetiza en la excelente frase: «El monólogo torturador del alumno».

Cuando se usa el Método Pasivo, el profesor asume un rol protagónico en clase, hace gala de su memoria, incluso formula y responde sus propias preguntas, ante este monólogo, dos reacciones, de parte de los alumnos, que la primera «El silencio otorgante» y «El murmullo lacerante», que por estar sometidos obligatoriamente a ese espectáculo, asumen una postura cómoda, porque es más trabajoso pensar o leer, resumir o investigar y evitando la fatiga, solo se dedican a copiar, lo peor de ambas características comentadas, es que no propician ni permiten, la participación del alumno en clase, menos el diálogo, elementos a nuestro parecer, esenciales para una fructífera labor educativa y lograr el objetivo de una buena clase.

Ante el Monólogo Torturador, incorporaremos a nuestro acervo, dos figuras, devenidas de su uso:

- El Silencio Otorgante

Nos ha pasado en decenas de clases, en las que hemos participado como alumnos, que el profesor interrumpe su monólogo y pregunta: ¿entendieron? o la clásica «¿alguna duda? o ¿preguntas?». En ese momento, se produce un silencio sepulcral, nadie necesita aclarar algo, no hay dudas. En realidad, lo que sucede es que el alumno, desmotivado por este método abúlico, que lo trata como un débil mental, sabe que de nada sirve preguntar, es más, ni lo necesita, ya que, por último, lo tiene grabado, o, «en su defecto», fotocopia el apunte de otro compañero que sí se molestó en copiar, generalmente el alumno más aplicado del salón.

El profesor, como Vallejo: «... ahí muriendo», continúa su clase. Esta interacción siempre me ha llamado la atención, ya que son muchas las preguntas que me vienen a la mente, en el sentido de ¿con qué ánimo continúa el profesor su clase? todas sus clases, tal vez, en el entendido de haber sido tan claro y preciso, que, por ende, ningún alumno necesita mayor explicación, o lo toma deportivamente y se dice a sí mismo: «Estoy cumpliendo con mi trabajo, allá ellos si no les interesa» ambas situaciones son penosas e inconducentes, destierran el pensar, dialogar o debatir.

Un consejo futuro profesor, cuando el auditorio no pregunta: usted, señor ¡pregunte! Y sobre el contenido de su clase, encontrará con grandes sorpresas y, muy posiblemente, con inmensas lagunas. Motive al alumno, para que ¡pregunte!, porque todos saben que nada está claro, ni siquiera la razón por la que se realiza ese tipo de clase ni para qué sirve lo dictado, o qué relación tienen con su proyecto de vida, con ser profesional y obtener una realización personal. Siendo sinceros, no tiene relación con nada que le sirva al alumno, salvo aprobar un examen que solo califica, su buena o mala memoria.

- El murmullo lacerante

Esta conducta es un poco más agresiva que la anterior. Hay alumnos que a lo largo de la clase no paran de hablar, o están sumidos en otras actividades, por malcriados dirían muchos, pero este, a nuestro entender, es una visión superficial, ya que la conducta de ellos, refleja el hecho de que lo dicho, no les interesa, ya sea porque no entienden, no les gusta, o, por último, fotocopian o graban lo Dictado por el profesor, para luego repetirlo a la hora del examen y punto.

Es así que, para el alumno, esta "representación" a la que asisten, de manera obligatoria y que le es completamente innecesaria, salvo a la hora del examen. Lo importante del análisis de esta conducta, es demostrar que la gran mayoría, de alumnos, no lo hacen para burlarse del profesor, sino que evidencian el problema, de cómo se desarrollan las clases en el método Pasivo, conocido el problema, podemos plantear su solución: Elaborar clases, que no puedan ser grabadas o fotocopiadas, en las que el alumno sea actor y autor y no un simple testigo obligado, es decir que este motivado.

¿Cómo podría hacerse clases no fotocopiables? Fácil: la reflexión, el análisis, la síntesis no se graban o fotocopian, se practican, se entrenan, luego se aprenden y por último se desarrollan, dentro de un proceso de enseñanza. Es aquí donde se encuentra el meollo del problema, ya que, si las clases propiciaran el diálogo y no el monólogo,



reemplazándolo por la discusión respetuosa de ideas, damos una sugerencia, generar un debate sobre un mismo tema o problema y que arriben a conclusiones diferentes, o podría nacer una teoría totalizadora, que hasta ese momento no fue apreciada por el profesor o los alumnos de los cursos pasados, es decir Actividad, Participación y sobre todo, alumnos Pensando.

Esto evitaría un problema mayor, que lo constituye el hecho de que el profesor al no cambiar el monólogo lacerante, tampoco lo hacen las copias; por eso, sin ningún problema, se pueden utilizar las copias del curso pasado. Ojo que no voy a ocuparme de los alumnos que sin ir a clase aprueban los cursos, que, gracias al subterfugio de conseguir las copias del curso pasado, no necesitan acudir a clase alguna, prueba total de lo innecesario de la asistencia obligatoria y de lo caduco del Método Pasivo de enseñanza.

Las situaciones descritas, traen como consecuencia que se deje de lado el diálogo y, más aún, la discusión, la relación entre profesor y alumno en el mejor de los casos queda supeditado a un ¿entendieron? o ¿no hay preguntas? en tono de advertencia, frases dichas por compromiso, carentes de una estructura que incentive, promueva y encauce el diálogo, haciéndolo fructífero, que le permita desarrollar de manera orgánica el diálogo, que debe hacer usted ante esta situación, fácil todo lo contrario, generar los caminos para que haya diálogo entre profesor y alumno, que queda revertir esta realidad.

Ahora bien, no se debe descartar el hecho de que se pueda suscitar un diálogo y podrían surgir preguntas, pero están puestas al azar por la influencia negativa de las características descritas ut supra, que, al protegerse y desarrollarse unas a otras, hacen que la mayoría de preguntas e intervenciones se orienten a tratar de transcribir, con la mayor fidelidad posible, lo dicho por el profesor. Además, ni siquiera están dirigidas a aclarar ideas, sino a copiar at literae lo que se dictó, tratando de obtener la mayor fidelidad y exactitud, para luego ser repetidas a la hora del examen, presentándose un efecto de «reflejo o fotocopiado».

• Tercera: Fin Principal el Resumen

Quizás se pueda invalidar esta característica, por irrelevante o poco científica, también porque, sea cual fuere el estudio, siempre se usa el resumen, pero somos de la opinión, que lo que sería un elemento de ayuda, deriva en fundamental, en el Método

Pasivo, debido a que de la habilidad para confeccionarlo —aunque con la fotocopia ni habilidad se necesita— y de la exactitud con la que se haya transcrito, lo dictado por el profesor y de lo bien que se le memorice, dependerá el grado de éxito que se obtenga en notas y promedios; anotaremos, que este resumen puede ser utilizado, en un sinnúmero de evaluaciones y semestres, porque al no variar el profesor tampoco lo hace su material bibliográfico como es notorio.

Además, el resumen obtenido a través del Método Pasivo, difiere sustancialmente del logrado a través del Método Activo, el cual, después del análisis de ciertos temas, termina en una síntesis. Esta posibilidad se descarta en el método pasivo, porque para que pudiera existir, el alumno debería haber ido a las fuentes, recolectando lo más importante, para el, que en clase sus pareceres se discutan y en base a esa discusión, se arribe a conclusiones más o menos consensuadas, pero, como ya hemos visto, al caracterizar el Dictado, esto no ocurre. Las habilidades que el alumno debe desarrollar, con este método son las que le permitan vislumbrar las ideas, que el profesor considere las más importantes, captándolas y copiándolas con la mayor fidelidad, para luego transcribirlas o repetirlas en los exámenes.

Por todo lo expresado, el resumen no representa un elemento auxiliar, para el estudio, ni tampoco es el resultado de una de las fases del aprendizaje, sino todo lo contrario, se constituye en un fin en sí mismo, el factor decisivo del triunfo, ya que un buen resumen, ordenado, claro y, sobre todo, bien memorizado, nos hace parecer brillantes alumnos, a la luz de este desviado método pasivo de enseñanza, aunque nuestra única habilidad desarrollada, sea la de repetir como loros y transcribirlo como autómatas en el examen, quedando descartado el pensar reflexionar y menos criticar, ni que decir de mejorar lo transmitido, se busca el mayor grado de fidelidad, de lo dictado.

Está tan desacreditado, ante los ojos de los alumnos, el contraproducente proceso, por el cual los profesores, utilizan el Dictado en más del 80%, de todo el desarrollo de su clase, repitiendo lo que consignaron en sus copias, cuando ellos mismos eran alumnos y, a su vez, recibieron el mismo tratamiento, el Dictado, que prepararon sus profesores de turno, para ellos, que los alumnos lo denominan socarronamente, al subproducto final de ese dictado desestructurado, anacrónico, acrítico, como el «Chisme del Profesor», que alcanza, por todo lo dicho, primerísimo orden en este método pasivo, convirtiéndose en el producto final más importante y refinado del mismo.



II. CARACTERÍSTICAS DE FONDO O RELATIVAS AL PENSAMIENTO

INTRODUCCIÓN. -

Las tres características tratadas, desarrollan la forma en que el Método Pasivo, se aplica en clase, es decir le dan vigencia en la realidad, su uso en el desarrollo de una clase, nos alerta a simple vista, que nos encontramos ante el uso del Método Pasivo, donde una característica genera a la otra y así sucesivamente, determinando un círculo vicioso, si una clase lo emplea en el 80%, de su desarrollo, adelantamos que no habrá posibilidad que el alumno aprenda, piense o reflexione, solo Memorizará.

Como el futuro profesor, enseñe al alumno, definirá si el alumno aprende o no, alejándonos lo mas posible de las características desarrolladas, que sumadas a las Características de Fondo, que explicaremos, no permiten pensar al alumno, a lo largo de sus años de estudio, por eso decimos que son las de fondo, las que cualitativamente encarnan al Método Pasivo, expresan su ideología, encierran su núcleo duro y son muy dañinas, lo que se debe buscar es guiar al alumno para que piense, reflexione, debata ideas, desarrolle su esquema mental y no solo repita y paporree, liberando a nuestra enseñanza, de su bajo nivel académico.

Es necesario dejar en claro, que si bien es cierto, nuestra opinión es que al Método Pasivo es caduco, ineficiente y causa atraso, no queremos decir que no funciona o no tiene vigencia, todo lo contrario, somos conscientes de lo peligroso de este método, para con la educación peruana, porque al desarrollar un esquema de pensamiento que no permite la crítica, contrastar con la realidad, el mejoramiento de las ideas, o su cambio, demuestra que nos encontramos ante un método de enseñanza, que aleja al alumno de un trabajo científico y de avance, por lo dicho hasta aquí el futuro profesor debe alejarse de estas prácticas, a continuación pasaremos a desarrollar sus principales características:

Cuarta: Irreflexivo y No-Analítico

La suma de las características monologal y dictado ya explicadas, con sus respectivas consecuencias y efectos o, mejor dicho, defectos, dan como resultado, hacen que se genere esta cuarta característica. Pero no es que le den a luz, sino que, en un abrazo negativo, eliminan la posibilidad de que el alumno piense, reflexione o analice, son los ladrillos de un muro que cercan su intelecto y su potencial, constriñéndolo, encorsetándolo, evitando las actividades que acabamos de mencionar.

Así tenemos una clase en calma, sin apuros ni sorpresas, solo el eterno dictado; el alumno, al medir su avance, evalúa su habilidad como escribiente y repetidor, no como un ser que piensa o reflexiona sobre lo dictado. En el extremo de esta conducta y de manera patética, se obtiene un alumno que copia lo dicho textualmente, convirtiéndose en un(a) eficiente secretario(a) carente de toda capacidad de reflexión o análisis. Además, en coherencia al despropósito descrito, y en concordancia con la finalidad del Método Pasivo, estas capacidades devienen en innecesarias, no hay necesidad de emplearlas.

La conjunción de las características monologal y dictado impiden la realización del proceso cognoscitivo básico, de tesis, antítesis, síntesis, que se genere un debate, que surjan ideas nuevas, ya que solo se copia y memoriza la síntesis del profesor, personalísima, debido a que las tesis que podrían ser aportadas por el alumno o por el profesor indistintamente, aunque en este caso, solo lo podría hacer este último y a ella le opondría la antítesis. Muy a nuestro pesar, este hecho educativo de estudio y aprendizaje, no sucede.

El acto educativo consiste solamente en lo dictado por el profesor mediante su monólogo interminable e indigerible, que debe ser copiado por el alumno, implantándose un modelo mecánico, comparándolo con los llamados hábitos motores, a tal punto que después de quince minutos los alumnos presentarán diversas situaciones:

- a. Otros no recordarán nada de lo dicho, pero habrán realizado un texto.
- b. Quienes no recuerdan nada de lo dicho, pero habrán realizado un texto.
- c. Quienes tienen mayor memoria o están más interesados en el tema, podrán citar partes textuales, siendo muy pocos los que podrán hablar de las ideas centrales expuestas, menos aún dar una opinión.

Estos hechos se presentan porque no existe la intención, los mecanismos, ni las técnicas que permitan, faciliten o promuevan que se piense sobre lo dictado y menos aún se «analice». Solo se quiere que sea transcrito, resultando, esta característica, un vicio y una consecuencia que surge de sumar las dos primeras características comentadas anteriormente.

Quinta: No-crítico

Esta característica, no nace o crece por sí sola, está íntimamente ligada al método pasivo de enseñanza, y con sus características ya explicadas, se van sumando y provocan la aparición de la característica, No-crítico, permiten su vigencia, el proceso empieza por no se



reflexiona sobre el tema, menos aún se analizan los conceptos o ideas dictadas por el profesor, el alumno se limita a transcribir, lo que hace imposible criticar los temas dictados, y, lo que es más relevante, lo vuelve innecesario, causando un efecto que podríamos calificar de fatal. Debido a que no se pueda reflexionar, analizar, dan como consecuencia, a esta característica, es decir, es el producto de las dos anteriores, que sumadas alejan la posibilidad de crítica alguna.

Por esta razón el método pasivo nos impide evaluar si el conocimiento tiene deficiencias; por tanto, este impedimento no permite mejorarlo, a tal punto que muchos profesores usan las mismas copias de hace quince años, siendo lo peor que estas copias provienen del dictado de cuando ellos eran alumnos y sus profesores consagraron el ritual descrito, utilizando con seguridad las copias que confeccionaron cuando eran estudiantes. Lo que más grave nos parece es que sus alumnos también lo repetirán cuando se dediquen a enseñar, cerrando de manera perfecta el círculo vicioso —estamos hablando de copias con más de 50 años de antigüedad por lo menos—.

Sin reflexión, análisis y crítica, no hay posibilidad de evaluar los errores de nuestras tesis, por tanto, cortamos la posibilidad de mejorarlas, recrearlas y, por último, rebatir lo que fue expuesto; afinando y modificando a cada momento los conocimientos, la ausencia de estas actividades determina que no haya un mínimo proceso de aprendizaje, que no se llegue a un conocimiento de calidad y que no se haga ciencia.

Sexta: Visión Particularizante, Inconexa y Estática de los Conocimientos

1. Particularizante

Todas las características mencionadas, monologal, dictado, irreflexivo, no-analítico, no-crítico, generan un escenario para el estudio absolutamente parcial, irreal, desconectado de la realidad y, por lo tanto sin movimiento, lo que no posibilita el cambio, dándonos una visión que individualiza al conocimiento, creando una suerte de «conocimiento puro», con tal grado de abstracción, que resulta un concepto supremo, totalmente particular, aprisionándolo en una probeta, obligándolo a buscar el desarrollo en sí mismo, reduciendo sus posibilidades de intercambio, incremento o mejora intelectual a un número muy limitado de elementos, cerrando la opción a otros puntos de vista, esta situación debe ser evitada.

Podríamos poner, a manera de ejemplo de lo explicado, que nuestro propósito de estudio es analizar un bosque, pero, en nuestro afán de ser exactos y rigurosos, empezamos a circunscribir nuestro campo de estudio a solamente un árbol del bosque, perdiendo la perspectiva. Y en ese mismo desvelo, buscando ser más precisos aún, sólo analizamos el tronco del árbol escogido. De ahí, para ser más específicos, pasamos a una rama del tronco. Finalmente, nuestra exigente delimitación del tema se circunscribe a una hoja del árbol, nuestro noble profesor debe evitar este camino, que hoy se recorre hasta el cansancio cuando se enseña con el Método Pasivo.

El método pasivo de enseñanza, toma al conocimiento de manera aislada. Bajo esta tendencia, las teorías son estudiadas sin sus antecedentes, sin tomar en cuenta, las relaciones con otras partes del conocimiento al que pertenecen, implicancias prácticas, es decir, para qué sirven, la descripción que detallamos como ejemplo nos hace decir que ve al conocimiento de una manera tan particularizante, que no aprecia el gran bosque en el que se encuentra inmerso, siendo este último el que le da una referencia vital, necesaria, para entenderlo ojo: no decimos memorizarlo— dentro de su verdadero sentido y dirección, ubicándolo en su contexto correcto.

De tal manera que, en este orden de ideas descritas, obtenemos, en el camino de querer profundizar e individualizar el conocimiento, momentos de tal abstracción que se pierde la perspectiva y, con ello, el propósito del estudio. En este punto, se hace preciso señalar que el denominado «concepto puro» es el conocimiento más alejado de ser un conocimiento científico y lo que pretende es no poner en evidencia sus falencias y la abierta inconexión con su realidad, El conocimiento tiene que ser fruto de un proceso cognoscitivo en el que intervengan individuos, exponiendo sus ideas, desarrollándolas y afinándolas con los debates y la confrontación con la realidad.

2. Inconexo

La manera de desarrollo de las clases y el surgimiento de la visión particularizante se apoya en la conjunción de las seis características ya desarrolladas, que les brinda el método de enseñanza pasivo y que, por la acción conjunta de ellas, consigue dejar al conocimiento recibido desconectado del mundo, fabricándole muros, aislándolo, dejándolo inconexo, dentro de las principales faltas de conexión tenemos:



2.a. Con otras ciencias o materias

Al contar con un conocimiento puro que se desarrolla en sí mismo, el estudiante no toma contacto con otras ciencias, no lo necesita, su labor académica, su estudio, permanece inconexo de ellas y desligado del mundo que lo rodea, haciéndolo parecer estático. El único desarrollo se realiza dentro de los elementos que subyacen en el propio conocimiento y el avance se da por el lado de un mejor orden, caracterización y sistematización de sus contenidos, o por mejorar su metodología; en resumen, lo hace de una manera endógena, no es influenciado ni influye a otras ciencias, permanece inconexo de otras ciencias o materias.

Podríamos continuar con el ejemplo ya utilizado, sobre análisis del bosque, que en el proceso de especificarlo para estudiarlo mejor, nos circunscribimos a la hoja a la cual le provocamos tal inconexión con el bosque, su contexto más general, el árbol su contexto particular, y con su punto más inmediato de contacto, con la realidad, su rama, y, finalmente, al estar desconectada, de la savia vital de la realidad, cae de ésta, se seca y pudre.

2.b. Con la realidad

Este método evita confrontar a la realidad, su campo de estudio se reduce al Dictado del profesor, solo el importa, no mide la validez de las ideas o teorías, y su correlato en la toma de apuntes. Este hecho ocurre no por dejadez, la verdad es que no lo necesita, como lo hemos señalado a lo largo del ensayo y, sobre todo, en la característica de visión particularizante, que, sumadas con las ya descritas, sirven para construir las murallas que mantienen inconexo, a este método, porque no está diseñado para que el alumno piense, solo le interesa que copie, memorice y transcriba, lo dictado en el examen.

2.c. Con su tema

Así como lo estudiado no se conecta con otras ciencias o materias ni con la realidad, llega al extremo de perder conexión entre los temas comprendidos en el sílabo, de manera particular, (la hoja de la rama), y entre los cursos contenidos del currículo, de manera general; es decir, se estudia por estudiar cada curso sin relación con el otro y cada tema dentro de éste sin relación con los otros temas, circunstancia que no le permite contar con un sustento teórico básico, también le corta la posibilidad de ser parte de un todo, con una dirección, organicidad y finalidad.

Este hecho produce un fenómeno negativo que repercute en el proceso de aprendizaje, porque produce en el alumno, una sensación de vacío y de incongruencia, en la actividad que realiza; en pocas palabras, no sabe ni entiende para qué estudia, ya que muchas veces estudia temas como listados sin organicidad y cursos que no se conectan entre ellos, sin ilación con los demás, como compartimentos estancos, desconectados, y, por lo tanto, los va olvidando luego del examen, siendo que los conocimientos deberían estar entrelazados, integrados, dentro de un sistema, con una coherencia interna, en las que todos se formulan, se explican y se justifican unos a otros, formando un todo.

Poniendo un ejemplo la realización es como una buena sinfonía que necesita de la participación de todos sus componentes sin embargo el Método Pasivo, por la falta de conexión desarrollada, en los ítems anteriores, hace que cada profesor interprete, (dicte) un Solo en su clase, situación que usted futuro profesor, debe evitar a toda costa, porque coloca a los alumnos en la situación de última rueda del coche, hace que su participación no cuente, cuando debería ser todo lo contrario y recuerde el trabajo científico, exige orquestas afiatadas, con múltiples ensayos, es una condición para que progrese.

Séptima Memorístico

Al estar sometidos a la dictadura del dictado y el monólogo, primeras dos características analizadas, sumado al efecto nocivo de las cuatro restantes, ya detalladas, dan como resultado, un conocimiento anquilosado sin crítica, que no cambia, por medio de la reflexión y análisis. Estas características, nos dejan una sola herramienta, a emplear en nuestro aprendizaje, la única que resulta útil, para este método, nos referimos a la memoria, siendo esta característica la vedette del método, la llave que sirve para alcanzar el éxito, es decir, buenas calificaciones y aprobar el curso, en el tortuoso sistema, que el Método Pasivo De Enseñanza, ha creado

A más y mejor memorización, mayor el éxito en las notas, este resultado se apoya es la suma de todas las características descritas ut supra y determina, que una habilidad se constituya en la más importante para los alumnos: Tener Buena Memoria, que alcanza su epitome de desarrollo, su apogeo, en la temporada de exámenes, determina qué un alumno es brillante y cuál no, quién es promovido a otro grado y quién no; es la piedra angular del éxito, ahora bien, el grado de efectividad en su uso y aplicación dependerá de múltiples elementos condicionantes entre ellos, las capacidades del agente y si se quiere especializar en ese tema.



Octava Desmotivante

Habiendo descrito las siete características del Método Pasivo de enseñanza, que producen un cuadro patético, toca reflejar el lado humano del alumno, que explica en gran medida, que a pesar que voluntariamente el alumno va a clases y paga por asistir a ellas, este desmotivado y rebelde, considerándolos de inmaduros, pero, valgan verdades, luego de ese tratamiento, que los considera como ciudadanos de segunda, donde no se generan los espacios, para que participe en su proceso de aprendizaje, a pesar de ser el más interesado, resulta el más perjudicado por esa realidad, se le obliga a padecerla, resulta injusto y, hasta cierto punto, es comprensible, su comportamiento.

En las condiciones descritas, pretender que el alumno, este en un estado de ánimo ecuánime, para que quiera cumplir, con las indicaciones del profesor, o que colabore es imposible, menos aún leer, pensar u opinar, él se da cuenta al empezar su formación, que lo más importante en este método es copiar at literae, memorizar y transcribir a la hora de los exámenes, se da cuenta perfectamente de qué pie cojea el Método Pasivo y, para ser sinceros, es más fácil enfrentar cualquier tarea académica o cualquier estudio de esta manera, es decir, sin tener que pensar, analizar y sintetizar; es mucho más sencillo aprenderse, como si fueran actores de teatro, parlamentos y repetirlos en los exámenes, profesores evitemos esta característica.

Queda explicado el por qué, la falta de motivación del alumno en el Perú, quien, incurso dentro de un sistema caduco, que no lo respeta, maltrata y obliga a realizar tareas carentes de importancia y utilidad para él y su proyecto de vida, no encuentra o pierde la motivación que encamine sus esfuerzos, todo lo dicho le ayudara a usted profesor, a entender el comportamiento de los alumnos, principalmente en los de universidad, porque ellos, al tener mayor claridad sobre sus deseos y expectativas, se encontrarán tan desanimados y mostrarán su descontento, a las clases que asistan; esperamos con esta explicación haber puesto al descubierto, carencias y sinsentidos del método analizado, para que usted se enfrente a ellas y logre realizar una mejor clase en el desarrollo de sus clases.

CONCLUSIONES

- Las características explicadas, forman parte de un todo, siendo una estructura orgánica, que les permite generarse, la una a la otra, de manera sucesiva, del mismo modo, todas buscan sobrevivir, que las lleva a formar un Círculo Vicioso.
- El Método Pasivo de Enseñanza, entiende y comprende que el conocimiento, no necesita del pensar, reflexionar, mejorar, solo tiene un objetivo memorizar.
- Este Método Pasivo no busca el conocimiento científico, sino el paporreteo; se sustenta en la utilización de un currículo rígido, que, al no cambiar, o cambiar muy poco, le permite desarrollarse con seguridad y «libertad».
- Este método se basa y traduce la idea, que la Verdad es un hecho absoluto, que no puede ser cambiada, reformulada, criticada, ni siquiera mejorada, Únicamente Repetida.
- Niega el carácter científico de la investigación, que posibilita un mayor acercamiento al objeto de estudio, es decir, niega la importancia del análisis y del raciocinio.
- Niega el carácter científico, de contrastar los conocimientos con la realidad, a través de la práctica, para efectos de afinar, constantemente el conocimiento, actividad básica en la realización de cualquier estudio científico.
- Este método, tiene como principio rector la ley del mínimo esfuerzo, porque es mucho más sencillo repetir lo ya estructurado, que recrearlo constantemente o, en el mejor de los casos, contradecirlo, superarlo y cambiarlo por completo.

En suma, este artículo, con sus respectivos análisis, sumado a la experiencia, de haber padecido el Método Pasivo, con sus nocivas características, en todos los niveles, de nuestra enseñanza por décadas, nos llevan a asegurarles, que si es posible, desarrollar una clase exitosa, bajo esta premisa, buscamos con estas líneas, señalar con exactitud, a los actuales y futuros profesores, porque deben evitar o minimizar al máximo de lo posible, el empleo de las características, que hemos venido desarrollando y explicando, a lo largo de estas líneas, debido a los efectos nocivos, que producen si las aplican, durante el desarrollo de sus clases.



CITAS BIBLIOGRÁFICAS

BLOOM, B., (1995). Taxonomía de los objetivos de la educación: la clasificación de las metas educacionales.

CALERO PÉREZ, M. (1997). Constructivismo: un reto de innovación pedagógica. Lima, Editorial San Marcos.

CALERO PÉREZ, M. (1998). Estrategias de educación constructivista. Lima, Editorial San Marcos.

DE JUAN HERRERO, J. (1995). Introducción a la enseñanza universitaria. Didáctica para la formación del profesorado. Madrid. Dykinson S.E.

GAGNÉ, R. M. (1975). Principios básicos del aprendizaje para la instrucción. México, Edit. Diana.

GAGNÉ, R. M. (1987). Las condiciones del aprendizaje. México. Interamericana S. A. de C. V.

GOLEMAN, D. (1998). La inteligencia emocional. Buenos Aires, Grupo Zeta.

HERNÁNDEZ, F. & SANCHO J. M. (1994). Para enseñar no basta con saber la asignatura. Barcelona, Paidós.

HOLT, J. (1995). El porqué del fracaso escolar. Lima, Ediciones Los Reyes Rojos.

ONTORIA, A. y otros. (1995). Mapas conceptuales. Una técnica para aprender. Madrid, Edit. Narcea S. A.

OZEJO VALENCIA, T. (1998). Magisterio y desarrollo del pensamiento crítico. En revista Maestros. Lima, octubre.

PEÑALOZA R., W. (1996) Tecnología educativa. Lima, Editorial EEACAB.

STUCKER, K. (1998). Principios de didáctica moderna. Buenos Aires, Edit. Kapelusz.



Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - noviembre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

CRÓNICA DE UN ASESINATO ANUNCIADO

CHRONICLE OF A MURDER FORETOLD

Oswaldo Alberto Ordóñez Alcántara



CRÓNICA DE UN ASESINATO ANUNCIADO

Oswaldo Alberto Ordóñez Alcántara

En nuestro amado Perú, los 30 de agosto de cada año se celebra el día de Santa Rosa de Lima, que es una de las figuras religiosas más representativa de América, es la primera Santa de la región para la Iglesia Católica. Su inconmensurable generosidad, solidaridad, dadivosidad y compasión se veían reflejados en el respeto y amor que tenía hacia los más vulnerables, es decir, ancianos, niños, enfermos y pobres, los protegía y compartía lo que tenía sin esperar nada a cambio.

En esta fecha tan significativa, quiero comentar sobre el drama que viven un sector muy importante de nuestra población, los cesantes y jubilados del país, en especial los cesantes y jubilados del Ministerio Público y del Poder Judicial.

La Constitución Política del Perú, en su artículo 146° prescribe el Estado garantiza a los magistrados judiciales; inciso 4) Una remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía. Así mismo, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 188° reconoce una pensión digna de los magistrados cesantes y jubilados.

Que está sucediendo ahora, 30 de agosto de 2024, cuando un Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, perteneciente al régimen de la Ley 20530, se jubila por límite de edad o cesa por determinados años de servicios y es de nivel Superior, Especializado o Juez de Paz Letrado o su equivalente en el Ministerio Público, es víctima de “un asalto a mano armada” por parte del Estado, que es su empleador. Para empezar de la remuneración mensual que percibe solo se considera concepto remunerativo el 18% y sobre dicha base se calcula la pensión y la compensación por tiempo de servicios. En otras palabras, su pensión solo será de 1,800 soles y su compensación por tiempo de servicios el monto resultante de multiplicar los 1,800 soles por años de servicios prestado. Ante esta situación los magistrados se ven obligados a iniciar sendos procesos judiciales contra El Estado peruano (PJ, MEF o MP, MEF), procesos en sede contenciosa administrativa laboral, que por razones de la excesiva carga procesal duran en promedio seis a siete años, en los cuales los jueces de primera instancia, las Salas Superiores y Salas Supremas declaran fundada las demandas, debido a que desde el punto de vista legislativo (Ley de Productividad y Competitividad Laboral), administrativo (La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Resolución Administrativa N° 028-2011-SP-CS-PJ), convencional (Convenio N° 100 de la OIT, aprobado por el Perú mediante resolución legislativa número 13284 del 1 de febrero de 1960) y jurisprudencial (II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral del 8 y 9 de mayo de 2014), todos los conceptos que percibe un magistrado del Poder Judicial

y del Ministerio Público, son conceptos remunerativos y en consecuencia, base de cálculo para la pensión y compensación por tiempo de servicio. Es decir, después de transitar y deambular por los pasillos judiciales durante casi dos lustros, recién obtiene una pensión en promedio de 6,000 soles, sus devengados serán abonados en interminables cuotas mensuales, que por su avanzada edad es muy probable que no las perciba, pero ahí no acaba el drama, por el contrario ahí empieza su calvario, porque ahora, ya no es demandante, sino pasa a ser demandado, si es juez por el procurador del Poder Judicial y si es fiscal por el procurador del Ministerio Público, quienes inician sendos procesos constitucionales de amparo, contra los magistrados (jueces o fiscales) y el Poder Judicial y el Ministerio Público, respectivamente.

Qué demandan los procuradores del Estado, "acciones de amparo" en las que piden la nulidad de las sentencias favorables de los jueces y fiscales que obtuvieron el reconocimiento judicial de sus pensiones; es así que, a sus casi ochenta años, cuando ya no cuentan con la salud, la movilidad, el conocimiento de los nuevos procedimientos y normas vigentes, son sometidos durante cinco años más, a un proceso constitucional kafkiano, engorroso, inhumano, cruel e injusto, que por ser "constitucional" llega al Tribunal Constitucional, y éste, sin el más mínimo escrúpulo, recelo y remordimiento, siguiendo las directivas ilegales del Ministerio de Economía y Finanzas, declara fundada las demandas de amparo postuladas por el Estado, contra los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, ordenando y disponiendo la nulidad de las sentencias expedidas por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, lo que obliga a los jueces y fiscales cesantes y jubilados del Poder Judicial y del Ministerio Público, que a sus 85 años, sigan mendigando en los pasillos judiciales, que otrora, recorrían con altivez y orgullo, una pensión digna de su misión y jerarquía, siendo paradójico, contradictorio, ilógico y absurdo, que su propia institución, a la que sirvieron con devoción, fervor y pasión, sea la que ahora, cuando ya no tienen fuerza, los tortura sin misericordia y piedad!.

Así están los cesantes y jubilados "privilegiados" pertenecientes al régimen de la 20530. Que está sucediendo y cuál es el drama de los cesantes y jubilados pertenecientes al régimen de la Ley 19990, este sector está peor, éstos magistrados ni siquiera tienen la posibilidad de batallar judicialmente, en atención a que éste régimen pensionario establece un tope, es decir, nadie que equivale a todos los que están bajo este régimen percibe un monto no mayor a los S/.957 soles mensuales, menos 4% para Essalud. En este régimen están todos los jueces y fiscales que entraron a la carrera judicial o fiscal a fines del año 1994, ya que al 2004 fecha en la que se cerró el régimen de la Ley 20530, ya debían contar con un mínimo de diez años de servicios efectivos.



Lamento decir, sin temor a equivocarme y estoy convencido que los magistrados que pertenecen al régimen pensionario privado de las AFP, están peor que los anteriores regímenes (20530 y 19990). Verbigracia, un juez superior que aportó durante 20 años a la AFP, percibe una pensión de 356 soles mensuales, y esto debido a que las AFP calculan la pensión sobre la base de que, los pensionistas vivirán hasta los 105 años de edad.

Muchos dirán, pero de qué se quejan, si todos los pensionistas del sector público o del sector privado tienen las mismas limitaciones. La diferencia está en que los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, durante su vida productiva están impedidos de realizar toda otra actividad económica y su servicio es a dedicación exclusiva, en cambio, los profesionales de los otros sectores públicos, pueden realizar diferentes actividades económicas y actividades profesionales en el sector público o privado.

Que determina esta situación de injusticia, que los magistrados cesantes y jubilados están condenados a seguir trabajando hasta que sus fuerzas lo permitan y luego vivir de la caridad familiar hasta que la muerte los recoja.

Invocamos a Santa Rosa de Lima, Patrona de América, interceda por los hombres y mujeres que consagraron y entregaron su vida a la magistratura, a fin de que nuestras autoridades del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Ministerio Público y Tribunal Constitucional, cambien y destierren para siempre las injusticias descritas. También invocamos a nuestra Santa Patrona, sensibilice y humanice a todos los jueces de la República, para que destierren las injusticias.





Revista Virtual AEQUITAS de la Corte Superior de Justicia de Piura

Tomo II, N° 12 - noviembre 2024
Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)

CRITERIOS EPISTEMOLÓGICOS PARA DETERMINAR LA POSITIVIZACIÓN O NO DEL DERECHO AL OLVIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

EPISTEMOLOGICAL CRITERIA TO DETERMINE WHETHER OR NOT THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IS POSITIVE IN THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM

Vicky Marleny Huiman Jimenez



CRITERIOS EPISTEMOLÓGICOS PARA DETERMINAR LA POSITIVIZACIÓN O NO DEL DERECHO AL OLVIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Vicky Marleny Huiman Jimenez*

Resumen:

La autora analiza a partir de las posturas epistemológicas del iusnaturalismo racionalista y el positivismo, si el derecho al olvido debe ser positivizado como un derecho autónomo o si resulta suficiente reconocer su existencia a nivel jurisprudencial como manifestación de otros derechos, esto dentro del contexto del ordenamiento jurídico peruano en el cual rige el sistema jurídico civil law. Para comprender esta situación, el artículo hace referencia a jurisprudencia internacional, legislación europea y estadounidense que existe en este ámbito, así como la labor desarrollada por el Tribunal Constitucional peruano en ausencia de una regulación expresa del derecho a olvido.

Palabras clave:

Iusnaturalismo racionalista, positivismo, derecho al olvido, derecho a la autodeterminación informativa, justicia.

Abstract:

Based on the epistemological positions of rationalist natural law and positivism, the author analyzes whether the right to be forgotten should be positivized as an autonomous right or whether it is sufficient to recognize its existence at the jurisprudential level as a manifestation of other rights, this within the context of the legal system. Peruvian legal system in which the civil law legal system governs. To understand this situation, the article refers to international jurisprudence, European and American legislation that exists in this area, as well as the work carried out by the Peruvian Constitutional Court in the absence of an express regulation of the right to be forgotten.

Keywords:

Rationalist natural law, positivism, right to be forgotten, right to informative self-determination, justice.

Sumario: I. Introducción. II. Objetivo. III. Marco Metodológico. III. El Derecho al olvido y su reconocimiento en la legislación internacional y en la jurisprudencia peruana. IV. Justificación Epistemológica para positivizar el derecho al olvido en la legislación peruana. V. Conclusiones. VI. Referencias.

* Magister en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional de Piura, Docente en la Universidad Tecnológica del Perú - Campus Piura. Correo electrónico: c21178@utp.edu.pe /Orcid: 0000-0003-1791-555X

I. Introducción

El Derecho es un conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva (Real Academia Española, 2001). Dichos principios y normas se encuentran contenido en un ordenamiento jurídico, el cual tiene su fundamento tanto en el derecho natural como en el derecho positivo, con respecto al derecho natural este establece los principios básicos y fundamentales que sirven de sustento al derecho positivo el cual se encarga de positivizarlos en una norma escrita. En esencia, es así como debería funcionar el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, a lo largo de la historia ha habido posturas filosóficas que pretenden construir el derecho al margen del derecho natural, siendo la más destacada el Positivismo jurídico. Dentro de esta última corriente se encuentra Hans Kelsen, que desarrolló sus ideas positivistas en su obra denominada Teoría Pura del Derecho.

La Teoría Pura del Derecho es una teoría del Derecho Positivo, cuyo objeto es saber qué es y cómo es el Derecho; no le interesa cómo debe ser el Derecho ni cómo debe formarse. Esto se debe a que Kelsen intenta estudiar el Derecho «en su estado más puro», para eso quiere excluir liberar a la ciencia jurídica de «todos los elementos que le son extraños». (Kelsen, 1982, p.15). Para Valenzuela (s.f) estos elementos extraños serían la moral, el Derecho natural, la Ética, la Teología, la Sociología, la Historia, las ideologías políticas, entre otros. En consecuencia, para Kelsen el ordenamiento jurídico solamente se compone del derecho positivo. (pp. 2-3)

Debemos tener presente que esta teoría presentada por Kelsen se encuentra construida en un nivel científico y no filosófico, en tanto que su estatus epistemológico o nivel de conocimiento es el científico ya que determina que el Derecho es una norma y limita la Ciencia Jurídica al conocimiento de normas, por lo tanto, al no superar lo meramente jurídico no cabe hablar de Filosofía del Derecho.

Manuel Atienza (2003), en su libro El Sentido del Derecho, señala: “La respuesta obvia a la pregunta de cómo debe ser el Derecho consiste en afirmar que éste debe ser justo. La justicia viene a ser, pues, algo así como el valor jurídico por antonomasia”. (p.173)

Por su parte, Kojève, citado por Romano, menciona que “el derecho es la aplicación de una cierta idea de justicia a determinadas interacciones sociales”.



Agrega Romano: "se puede mostrar que no toda idea de justicia es derecho, sino que lo es exclusivamente aquella idea de justicia en cuanto lo lleva a desear (...)". (Romano, 2017, p.45).

En atención a los autores mencionados, podemos concluir que lo que da sentido al Derecho es la aspiración a la justicia y es justamente en la Filosofía del Derecho se discute, se cuestiona y se interroga sobre el estudio de la sociedad y como sus construcciones morales, políticas y jurídicas buscan el sentido de la justicia.

Coincido con Hervada cuando señala "No hay que darle más vuelta, es sencillamente imposible un sistema o teoría del derecho que no se asiente en un sistema filosófico." (citado por Escriba, 2008, p.32). Es por eso, que, en la formación de los juristas es necesario considerar a la filosofía del derecho, así como la diferencia entre lo legal (norma) y lo justo (derecho), ya que la legalidad no siempre coincide con la justicia, tal como lo postula la doctrina del derecho natural o iusnaturalismo.

Según esta doctrina el ser humano tiene unos derechos preexistentes, es decir, anteriores a la formación de cualquier comunidad política, los cuales deben ser respetados por el Estado y no pueden ser violados.

En el ámbito netamente jurídico el iusnaturalismo como escuela filosófica y el derecho natural como una forma de entender el fenómeno jurídico, sostienen conjuntamente estas dos tesis: a) Una tesis de la filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de "jurídicos" si contradicen aquellos principios morales o de justicia." Esta escuela establece que la validez de la norma se mide a través de su justicia o injusticia, es decir, acepta deliberadamente que existe una estrecha relación entre derecho y moral.

Existen tres escuelas dentro del iusnaturalismo. El iusnaturalismo teológico, el iusnaturalismo racionalista y el racionalismo historicista. El iusnaturalismo racionalista, defendido por Kant, Locke, etc.; sostiene que existen principios morales básicos y universales del hombre, y que este puede acceder a ellos por medio del cultivo de la razón y la indagación científica. Esta escuela pone el énfasis en la relación estrecha que tiene la moral, la razón y la ciencia como forma de dominar las leyes del mundo físico. (Bobbio, 1993, p.11)



En merito a las posturas epistemológicas del iusnaturalismo racionalista y el positivismo se pretende determinar en esta investigación si es necesario reconocer el derecho al olvido como un derecho autónomo positivizado, o reconocerlo como una manifestación de otro derecho fundamental que si este positivizado como es el derecho a la autodeterminación informativa. Esto frente al incertidumbre jurídica que pueda generarse por la falta de su regulación en nuestra legislación nacional.

II. Objetivo

Determinar si el derecho al olvido debe ser positivizado como un derecho autónomo o si resulta suficiente reconocer su existencia a nivel jurisprudencial como manifestación de otros derechos, esto dentro del contexto del ordenamiento jurídico peruano en el cual rige el sistema jurídico civil law.

III. Planteamiento del problema

Si bien existen intentos de legislar o introducir normas que pretender reconocer indirectamente el derecho al olvido, pero como manifestación del derecho a la autodeterminación informativa, a través de las Leyes de Protección de Datos Personales, no obstante, encontramos fallos contradictorios que en algunos casos protegieron el derecho al olvido y en otros casos rechazaron su aplicación por respetar el derecho a la información por asuntos de interés público.

IV. Marco Metodológico

El presente artículo tiene un enfoque cualitativo dado que analiza el fenómeno jurídico objeto de estudio: esclarecer si el Derecho al Olvido debe ser positivizado en el ordenamiento jurídico peruano teniendo en cuenta dos corrientes de pensamientos: el iusnaturalismo racionalista y el positivismo. El tipo de investigación es meramente analítico, ya que se ha analizado casos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de la Corte del Estado de Tennessee, de la Corte de apelaciones de Estados Unidos, Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional peruano y análisis documentario de las posturas epistemológicas.

V. El Derecho al olvido y su reconocimiento en la legislación internacional y en la jurisprudencia peruana

El derecho al olvido encuentra su origen en el derecho a la intimidad, y en el derecho a la protección de datos de carácter personal, pudiendo considerarse que el derecho al olvido deriva de estos.



Leturia (2016) nos precisa que el tratamiento jurisprudencial del derecho al olvido difiere según el sistema jurídico en el que se aborda. Al respecto señala: “el derecho al olvido presenta alcances y dinámicas muy diferentes según el país y la tradición jurídica que se observe. La comprensión de la libertad de expresión y del derecho a la privacidad en EE.UU. y en Europa, por ejemplo, difiere lo suficiente como para augurar un mayor desarrollo del derecho al olvido en los países del viejo continente, lo que dará espacio para tensiones y conflictos permanentes, como los ya observados en el caso Google” (p.93)

En Europa, por primera vez se reconoció el derecho al olvido a nivel jurisprudencial a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso Mario Costeja contra Google Spain, en el año 2014. En esta sentencia el Tribunal determinó que los ciudadanos europeos tienen derecho a solicitar la desindexación de contenidos que no sean actuales, sean inexactos o no revistan interés público por aplicación directa de la legislación sobre protección de datos personales.

A partir de este caso, el derecho al olvido fue incluido dentro del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 (RGDP)¹, positivándose de esta manera el referido derecho en la Unión Europea, ámbito del sistema romano germánico o del civil law, el cual se rige por la ley escrita, es decir que el derecho se crea en la ley.

En el caso de Estados Unidos, país donde impera la tradición jurídica del common law, sistema que prioriza a la jurisprudencia y la costumbre como fuentes predilectas, los tribunales han sido especialmente renuentes a amparar demandas destinadas a suprimir información que se encuentra en los motores de búsqueda de las grandes corporaciones que brindan el servicio de internet. Los estadounidenses tradicionalmente han optado por proteger las libertades informativas por sobre el derecho a la intimidad.

El derecho de la libertad de expresión recogida en la Primera Enmienda Constitucional tiene tal relevancia, que el derecho al olvido es visto como un peligro y un limitante para la libre información en una democracia.

La Corte Suprema de Estado Unidos ha establecido a lo largo de los años varios precedentes que menoscaban al derecho del olvido y la privacidad, para los magistrados anglosajones todos los hechos ocurridos en un lugar público son susceptibles de ser conocidos por la opinión pública, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas de origen romanista.

¹ El derecho al olvido se encuentra regulada en el artículo 17, como expresión del derecho de supresión, dentro de la sección 3 Rectificación y Supresión del capítulo III Derechos del interesado.

La postura de ese país respecto al derecho al olvido se demuestra en el caso Clark contra Viacom International Inc. y otros (2014), el cual fue resuelto curiosamente el mismo día que Europa dicta la famosa sentencia del Caso Costeja, pero obviamente con resultados totalmente opuestos.

En este caso, un participante del programa American Idol presentó una demanda contra Viacom, MTV y otros canales de televisión, porque habían publicado información relativa a su pasado, que lo desacreditaba y opacaba su paso por el programa de televisión en el que estaba concursando. Las noticias fueron publicadas en un reportaje de Internet titulado The Smoking Gun, en el que relataba que durante su juventud había sido arrestado por altercados con su hermana pequeña, y que contaba con antecedentes penales.

El demandante alegó, que además de que parte de la información del reportaje era inexacta, la perpetuidad de la red iba a provocar que esa noticia siempre iba a estar en el entorno digital impidiendo su derecho a las segundas oportunidades.

La Corte del Estado de Tennessee consideró que, si la información es verdadera, está resguardada por el interés público, con independencia de si revela o no datos que pertenecen a la privacidad de las personas o a su pasado.

Otro caso que da cuenta de esta postura respecto del derecho al olvido, es el caso Martin contra Hearst Corporation (2015). En este caso Lorraine Martin quien fue arrestada junto con sus dos hijas acusadas por un delito de tráfico de drogas. A pesar de que los cargos no prosperaron, las noticias sobre su arresto seguían apareciendo en diferentes medios de comunicación, y continuaban asociadas a su nombre cuando este se introducía en un buscador.

La corte de apelaciones del segundo circuito² fallo a favor de la libertad de expresión por sobre el derecho a la privacidad, y sentenció que la información no debía borrarse, porque cuando se publicó era verdadera, dando cuenta de que el derecho al olvido no tiene cabida en Estados Unidos.

² La Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito es una de las trece Cortes de Apelaciones de Estados Unidos. Tiene jurisdicción sobre las apelaciones de las cortes de distrito en los siguientes distritos federales: Distrito de Connecticut, Distrito del Este de Nueva York, Distrito del Norte de Nueva York, Distrito del Sur de Nueva York, Distrito del Oeste de Nueva York y Distrito de Vermont.



Como consecuencia de estos y otros pronunciamientos respecto del derecho al olvido, la Section 230 of the Communication Decency Act³ ha establecido que no se les puede imputar responsabilidad a los buscadores por los contenidos de los proveedores, radicando aquí la razón de porque en Estados Unidos no puede haber un derecho al olvido que sea compatible con el derecho a la información. (Moreno, 2022, p.187)

Por otra parte, desde la perspectiva de la comunidad latinoamericana vinculada al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), no es posible afirmar que existe un “derecho al olvido” con un contenido propio y autónomo, como sí ocurre con la libertad de expresión y de prensa.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han afirmado reiteradamente que los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad, por ejemplo, en el caso *Kimel vs. Argentina* (2008), la Corte IDH se refirió al escrutinio y crítica que deben tolerar esta clase de personas, quienes se han expuesto voluntariamente en la esfera del debate público. Este argumento se repite en casos como *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *Tristán Donoso vs Panamá*, y *Ricardo Canese vs Paraguay*. Por ello, debe existir una fuerte presunción en contra de solicitudes de desindexación y/o cancelación de información presentadas por funcionarios públicos, personas públicas, o candidatos a ejercer cargos públicos.

En ese sentido, bajo el criterio del marco jurídico interamericano, el derecho al olvido no puede conllevar restricciones a la información divulgada por los medios de comunicación, que en su amplia mayoría refiere a asuntos que involucran a funcionarios públicos, personas públicas o temas de interés público. Sin embargo, la difusión de noticias por parte de los medios, puedan eventualmente afectar los derechos a la privacidad y la reputación de una persona, como remedios jurídicos contra dicha vulneración serían las acciones civiles cuando exista dolo por parte del agresor. (Lanza, 2022)

Frente a este panorama, se presenta en América Latina la incertidumbre jurídica sobre si se debe o no positivizar el derecho al olvido tal como en Europa con su reglamentación europea, mientras tanto queda en manos de los tribunales analizar al caso concreto si corresponde aplicar el derecho al olvido como mecanismo para salvaguardar el derecho a la intimidad y la dignidad o fallar a favor de la libertad de expresión y el acceso a la información por sobre el derecho a la intimidad.

³ La Sección 230 de la Ley de Decencia en las Comunicaciones es la columna vertebral legal de Internet. La ley se creó hace casi 30 años para proteger las plataformas de Internet de la responsabilidad por muchas de las cosas que dicen o hacen terceros en ellas.

Un caso emblemático fue el caso Denegri vs Google resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2022) el cual revocó el fallo de la Cámara Civil que había reconocido a Natalia Denegri el “derecho al olvido” en su acción contra Google. Los magistrados de la Corte se manifestaron a favor de la libertad de expresión y el acceso a la información por sobre el derecho al honor.

La sentencia de la Corte argentina afirma que “desindexar ciertas direcciones respecto de un resultado implicaría una limitación que interrumpiría el proceso comunicacional (...) o, al menos, dada la preponderancia que revisten los motores de búsqueda, se lo dificultaría sobremanera”, lo que implicaría una “grave restricción a la circulación de información de interés público”.

De este modo, la sentencia emitida el 28 de junio de 2028 parece inclinarse hacia quienes sostienen que la solución europea -que permite a cualquier ciudadano solicitar a los buscadores la desindexación de información personal- genera un margen de discrecionalidad demasiado amplio y no delimitado para que personas públicas, o vinculadas a asuntos de interés público, puedan restringir o editar la circulación de información relevante para el debate público.

Con respecto a nuestra legislación nacional están reconocidos como derechos autónomos e independientes, el derecho a la intimidad en el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú y el derecho a la protección de datos en la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, expedida en julio del 2011. Con respecto al derecho al olvido, este no ha sido regulado de manera expresa en una normativa, no obstante, nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC) si reconoce su existencia y se ha ocupado del tema en dos sentencias:

1. Sentencia del Expediente N° 03041-2021-PHD/TC, en la cual declaró infundada una demanda de hábeas data interpuesta por MAR (Siglas del nombre del demandante), investigado por narcotráfico, contra varios medios de comunicación y Google, por difundir información sobre las indagaciones seguidas en su contra, invocando el derecho al olvido.

El demandante buscaba que se borre su nombre en las informaciones que difundieron los medios de comunicación y Google, donde lo señalan como narcotraficante a nivel internacional, aunque no pudo presentar documentación alguna que acredite que no existieron tales investigaciones.



En la sentencia emitida por la Sala Primera del TC (2022) se establece que la información difundida por los medios se basa en datos objetivos y contrastables, constituidos por las investigaciones realizadas por el Ministerio Público, la Policía Nacional y la DEA, las cuales incluyen reportes, testigos, fotografías, sindicaciones, entre otros.

Precisa además que toda investigación contra una persona, en cualquier nivel, sobre presuntos vínculos con narcotráfico y el terrorismo goza de la más alta relevancia e interés público, y constituye, a todas luces, un hecho noticioso que debe ser objeto de escrutinio a través del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información.

Respecto al derecho al olvido, el TC reconoce que es un derecho fundamental, que está sujeto a restricciones o limitaciones derivadas de la necesidad de armonizar su contenido con otros derechos o bienes constitucionales, por lo que es posible sostener una tensión con el derecho fundamental a la libertad de información reconocido en el artículo 2 inciso 4 de la Constitución.

En este caso, los magistrados del TC se manifestaron a favor de la libertad de información por sobre el derecho al olvido.

2. Sentencia del Expediente Nro. 02839-2021-PHD/TC, en la cual la Segunda Sala del TC (2022) declaró fundada la demanda de hábeas data interpuesta por SCAZ (Siglas del nombre del demandante) por la vulneración de su derecho a la autodeterminación informativa. Se verificó la filtración de sus datos personales contenidos en una investigación realizada en su contra por el presunto delito de tráfico de drogas (investigación que fue archivada definitivamente) por parte de la empresa Vocati Consulting

El demandante demostró que la empresa Vocati Consulting accedió a la información sobre sus datos personales contenidos en el Sidpol y la derivó a diversas entidades públicas y privadas, surgió así su derecho a la intimidad personal y al trabajo.

Cabe resaltar que el Sidpol contiene información de todas las denuncias realizadas en las comisarías de la Policía Nacional del Perú. La información contenida en el Sidpol es de carácter reservado (no accesible al público), salvo solicitud del titular, de la unidad policial encargada de la investigación y del fiscal o juez competente. En este caso en concreto, al haber archivado la denuncia de forma definitiva, no se generaron requisitos o antecedentes policiales al demandante.



En cuanto al derecho al olvido, el TC reconoce su existencia pero como manifestación del derecho a la autodeterminación informativa, y citando su Sentencia 03041-2021-PHD/TC señala que este derecho (derecho al olvido) garantiza “la eliminación, supresión, o retiro de información relacionada con datos personales que, usualmente vinculada al nombre de la persona, es posible hallarse usando motores de búsqueda o sistemas informáticos que hayan estado disponibles al público por un determinado tiempo, y que, habiendo sido ajustada a la realidad en su oportunidad, como consecuencia de nuevas condiciones fácticas y/o jurídicas relevantes, ya no lo es o no lo es plenamente, de modo tal que su difusión, ahora de contenido abiertamente inexacto, genera un perjuicio al titular de la información” (Fundamento 17).

Además, el TC estableció que, si bien dicho registro no genera antecedentes policiales ni requisitorias, en la práctica el acceso a la misma genera efectos negativos en quienes ven perjudicadas sus expectativas laborales por el solo hecho de figurar en el mismo, a razón de valoraciones o estigmatizaciones de tipo social. Al respecto, los magistrados establecieron lo siguiente: “si el registro de datos que almacena la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú no cumple con una función justificada objetivamente, el mismo debe quedar totalmente encriptado bajo expresa responsabilidad –no solo administrativa sino incluso penal- de sus administradores en caso de ser mal utilizado para fines distintos de los estrictamente policiales, todo ello sin perjuicio de ser progresivamente depurado cuando transcurrido un tiempo razonable, no exista justificación para continuar almacenando datos de tipo eminentemente personal”.

En este caso, los magistrados del TC invocaron el derecho al olvido, manifestación del derecho a la autodeterminación informativa, para proteger el derecho a la intimidad personal y al trabajo por sobre el derecho al acceso a la información.

Por lo que, podemos concluir que la privacidad, y la protección de datos personales tiene un amplio reconocimiento dentro de la normativa de América Latina y forman parte de los derechos individuales protegidos por los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. En lo que respecta al derecho al olvido, si bien existen intentos de legislar o introducir normas que avalen este derecho a través de las Leyes de Protección de Datos Personales, no obstante, encontramos fallos contradictorios que en algunos casos protegieron el derecho al olvido y en otros casos rechazaron su aplicación por respetar el derecho a la información pública de asuntos de interés público.



En este punto, nos surge los siguientes cuestionamientos ¿es necesario regular el derecho al olvido como un derecho autónomo para garantizar la sana convivencia y la libre determinación de las personas? ¿Cómo podemos lograr esto sin vulnerar el derecho a la información de la sociedad en lo relativo a temas de interés público, el desempeño de los funcionarios públicos y en el ámbito periodístico?

I. Justificación Epistemológica para positivizar el derecho al olvido en la legislación peruana
En el Perú el derecho al olvido se encuentra reconocido de manera no expresa bajo la naturaleza de números apertus de los derechos fundamentales reconocidos por el artículo 3 de la Constitución Política del Perú, que señala: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

Al respecto, podemos decir que el referido artículo 3 tiene influencia de la corriente del iusnaturalismo racional, porque no se necesita de un reconocimiento expreso para exigir su protección.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico peruano, al igual que toda América Latina, se adscribe al sistema jurídico del civil law, donde la ley es la fuente de derecho por excelencia, por lo que se puede decir que tiene su origen en la corriente del positivismo porque el juez en sus sentencias no crea derecho, sino que aplica el derecho ya creado (ley) a un caso determinado. Sin embargo, el tiempo ha demostrado que los jueces elaboran diversas interpretaciones a una misma ley. Esto produce decisiones desiguales frente a un mismo caso, por lo que, se adopta la figura del precedente, una figura influenciada por el common law, sistema jurídico que opta por la jurisprudencia y la costumbre como fuentes primigenias.

Ciertamente, los magistrados del TC han reconocido jurisprudencialmente el derecho al olvido pese a no encontrarse reconocida por la ley. Pero el problema que se presenta ante ese reconocimiento jurisprudencial es que carece de unificación de criterios, es por ello que existen fallos contradictorios, como los descritos en el presente artículo, por un lado, se reconoce el derecho al olvido como una manifestación del derecho a la protección de datos, y lo aplican para proteger los derechos a la intimidad y al honor, y por otro lado se da preferencia al derecho a la información por sobre el derecho al olvido.



Por lo que la cuestión que se plantea es que siendo el Perú un país cuyo sistema jurídico se basa en ley ¿no sería mejor que exista una regulación que establezca las pautas para determinar los alcances del derecho al olvido?

Según Robert Alexy, existen tres elementos del concepto de derecho: eficacia, corrección moral y legalidad. Quien priorice la corrección moral defenderá un concepto iusnaturalista, y quien la excluya y priorice la legalidad o la eficacia defenderá un concepto positivista de derecho. (citado por De la Rosa y Carrillo A, 2011, p. 91)

Los positivistas, representados entre otros por Kelsen, señalan que la validez del derecho se halla en otra norma, en un deber ser. La validez de una norma se deriva de su correspondencia con otra jerárquicamente superior que a su vez se fundamenta en otra norma hasta llegar a la norma última que fundamenta el resto del sistema y que sirve de fundamento a la primera obligación positiva: la Constitución. (De la Rosa y Carrillo A, 2011, p.95)

Por otro lado, los defensores del iusnaturalismo racional señalan que los derechos y obligaciones naturales de los individuos surgen de la razón. Ellos, estudian y analizan la naturaleza humana, pero no la naturaleza real o histórica, sino una naturaleza elaborada por la razón. A partir de ese análisis formulan reglas de justicia universales que sirvieran de guía a la conducta humana. Obviamente, existen matices y diferencias que dependen de la forma como se configure esa naturaleza. El iusnaturalismo racionalista subordina el derecho positivo al derecho de la razón y lo justo.

En méritos a las posturas epistemológicas descritas, consideramos como propuesta positivizar de forma autónoma el derecho al olvido en nuestra constitución peruana⁴, sin relacionarla con otros derechos fundamentales⁵, para que pueda desarrollarse una legislación específica que obligue a los buscadores de información en internet a adaptar sus políticas a fin de no perjudicar a los ciudadanos, que no son funcionarios públicos y que no tienen sentencias condenatorias⁶, con la divulgación de hechos ocurridos en su pasado y que son expuestos en el ciberespacio sin su consentimiento.

⁴ Incluirlo como derecho autónomo en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

⁵ El TC, en la sentencia del Expediente Nro. 02839-2021-PHD/TC reconoce la existencia del derecho al olvido, pero como manifestación del derecho a la autodeterminación informativa.

⁶ Considero que es importante precisar que nuestra propuesta no se enmarca en personas que ejercen cargos públicos, ni tampoco que hayan sido juzgadas con sentencias condenatorias, porque en esos casos si primaría el derecho a la información. Nuestra propuesta está dirigida a los ciudadanos que de alguna manera episodios vergonzosos de sus vidas quedaron registrados en video y han sido expuestos en internet por otra persona o incluso por un programa televisivo de entretenimiento, como es el caso de las personas mediáticas, como actores, cantantes, presentadores de programas, etc., cuyas vidas son expuestas al escrutinio público, ya sea por un episodio de infidelidad, desacato a la autoridad, mala actitud con sus fans, etc.



Este es un hecho que debe ser tomado en cuenta por el legislador peruano.

Sin embargo, no considero que su protección deba ser absoluta, es decir imponerse en todas las situaciones y por sobre el derecho a la libertad de expresión o de información, sino que lo que debe haber es una legislación que establezca criterios que permita que un organismo estatal (ya sea a nivel administrativo o judicial) analice razonadamente en el caso concreto el balance entre el derecho de información y el derecho al olvido, para permitir el normal desarrollo de la vida de los ciudadanos.

Tomas de Aquino (citado por Massini, 2019, p.27) afirma que: “algo es justo de dos maneras, o bien por la misma naturaleza de las cosas y en este caso se llama derecho natural, o bien por cierta convención entre los hombres, y entonces se denomina derecho positivo (...) Ahora bien, las leyes se escriben para la declaración de uno y otro derecho (...) pero la ley escrita contiene el derecho natural, pero no lo instituye, ya que esta toma su vigor (robur) no de la ley escrita, sino de la naturaleza. Pero el derecho positivo se contiene e instituye por la ley escrita, dándole esta su vigor (robur) y autoridad.”

En otras palabras, Tomás de Aquino reconoce y desarrolla la tesis de la doble validez del derecho. Esta doble validez, expresada en un contexto iusnaturalista, señala que la validez jurídica puede ser o bien natural (justificada por su adecuación a las exigencias racional-prácticas), o bien positiva (justificada por su fuente en una autoridad legítima)

En ese sentido, teniendo en cuenta la tesis de la doble validez del derecho, desarrollada por la tradición iusnaturalista, consideramos que la positivización del derecho al olvido se debe dar por dos motivos: primero, para que tenga legitimidad, que le dé vigor y autoridad exigir su protección; y, en segundo lugar; por las exigencias prácticas, ya que de esta manera los ciudadanos ya no tendrían que acudir a los tribunales para que les reconozcan un derecho que no está positivizado, de esta manera se trataría de evitar un incertidumbre jurídica.

Finalmente, corresponde consignar que la tesis de la “doble validez del derecho” explica con claridad entre la obligatoriedad que generan las normas por ser emitida por una autoridad competente y la que deviene de su contenido práctico y racional. De ahí la frase de San Agustín “no es ley la que no fuere justa”.



VII. Conclusiones:

En Europa, por primera vez se reconoció el derecho al olvido a nivel jurisprudencial a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso Mario Costeja contra Google Spain, en el año 2014. A partir de este caso, el derecho al olvido fue incluido dentro del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 (RGDP).

La Corte Suprema de Estados Unidos ha establecido a lo largo de los años varios precedentes que menoscaban al derecho del olvido y la privacidad, para los magistrados anglosajones todos los hechos ocurridos en un lugar público son susceptibles de ser conocidos por la opinión pública, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas de origen romanista.

En la comunidad latinoamericana vinculada al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), no es posible afirmar que existe un "derecho al olvido" con un contenido propio y autónomo, como sí ocurre con la libertad de expresión y de prensa.

En el Perú el derecho al olvido se encuentra reconocido de manera no expresa bajo la naturaleza de números apertus de los derechos fundamentales reconocidos por el artículo 3 de la Constitución Política del Perú, no obstante, nuestro Tribunal Constitucional sí reconoce su existencia.

Se presenta la cuestión, si el derecho al olvido debe ser positivizado como un derecho autónomo o si resulta suficiente reconocer su existencia a nivel jurisprudencial como manifestación de otros derechos.

Teniendo en cuenta la tesis de la doble validez del derecho, desarrollada por la tradición iusnaturalista, consideramos que la positivización del derecho al olvido se debe dar por dos motivos: primero, para que tenga legitimidad, que le dé vigor y autoridad exigir su protección; y, en segundo lugar; por las exigencias prácticas, ya que de esta manera los ciudadanos ya no tendrían que acudir a los tribunales para que les reconozcan un derecho que no está positivizado, de esta manera se trataría de evitar un incertidumbre jurídica.



VIII. Referencias

Atienza M. (2003). *El sentido del Derecho*. Ariel Derecho, Segunda edición revisada, Barcelona, p. 173.

https://www.academia.edu/7259130/MANUEL_ATIENZA_EL_SENTIDO_DEL_DERECHO

Bobbio, Norberto. *Liberalismo y Democracia*. Bogotá, FCE, 1993, p. 11. <https://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/doku.php?id=ius-naturalismo>

Corte del Estado de Tennessee (2014). *Clark contra Viacom, International, Inc. y otros*. Nro. del caso: 3:12-cv-00675. Consultado el 3 de agosto de 2023. <https://www.law360.com/cases/4ff615785b2a4219b50042c7/articles>

Corte de Apelaciones de Estado Unidos del segundo circuito (2015). *Martin contra Hearst Corporation*. Consultado el 3 de agosto de 2023.

<https://www.law360.com/cases/5229fc6d4b0a7e75a900a4f1/articles>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). *Caso Kimel vs. Argentina*. Consultado el 3 de agosto de 2023.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2022). *Caso Denegri vs Google*. Consultado el 03 de agosto de 2023.

<https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/90211-cs-jn-fallo-sobre-derecho-al-olvido-derecho-informacion-y-libertad-expresion-fallo>

De la Rosa J. y Carrillo A (2011). *La validez jurídica en el iusnaturalismo y el positivismo*. *SABER, CIENCIA Y Libertad* ISSN: 1794-7154, p. 91-95. (Archivo PDF) <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109410.pdf>

Escrive Ivars J. (2008). *Relectura de la obra científica de Javier Hervada. Pregunta, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada. Parte I*. Pamplona, España, p. 32. (Archivo PDF)

<https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/7134/3/ESCRIVA-HERVADA%20I.pdf>

Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, p.15 (Archivo PDF)



https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/7570/mod_folder/content/0/Teor%C3%A9tica%20pura%20del%20Derecho%20-%20Kelsen.pdf?forcedownload=1

Massini – Correas, C. (2019). Sobre el naturalismo y validez del derecho. *Dikaion*, Volumen 28 Número 1, Universidad de La Sabana, p. 27

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6902135>

Moreno Bobadilla, A. (2022). Avances y retrocesos del derecho al olvido digital en Estados Unidos. *Ius et Praxis* versión digital, vol.28 Nro. 1, p.187.

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122022000100180

Lanza, E. (2022). El impacto del caso *Denegri vs Google* en Argentina. la pugna entre la libertad de expresión y el derecho al olvido en América Latina. En: *Diario Constitucional*. cl <https://www.diarioconstitucional.cl/2022/11/20/el-impacto-del-caso-denegri-vs-google-en-argentina-la-pugna-entre-la-libertad-de-expresion-y-el-derecho-al-olvido-en-america-latina-por-edison-lanza/>

Leturia, F. (2016). Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales? *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 43 N° 1, p 93.

<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100005>

Real Academia Española. (2001). Derecho. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 27 de julio de 2023. <https://www.rae.es/drae2001/derecho>

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo. Relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). 27 de abril de 2016 (Archivo PDF) <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

Romano, Bruno (2007). Filosofía del Derecho. *Estudios de Derecho -Estud. Derecho-* Vol. LXIV. N° 144, diciembre, Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia, p. 45. (Archivo PDF).

<https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/2524>



Sala Primera del Tribunal Constitucional (2022). Caso Miguel Arévalo Ramírez contra la sentencia de la Sala Mixta Descentralizada de Liquidación y Apelaciones de Mariscal Cáceres-Juanjuí de la Corte Superior de Justicia de San Martín. Consultado el 03 de agosto de 2023. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/03041-2021-HD.pdf>

Sala Segunda del Tribunal Constitucional (2022). Sebastián Carlos Aguedo Zúñiga contra la sentencia de la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima. Consultado el 03 de agosto de 2023. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/02839-2021-HD.pdf>

Valenzuela Chapeton M. (s.f). El concepto de derecho a la luz de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, pp. 2-3 (Archivo PDF) <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5002035.pdf>



Revista AEQUITAS

La edición especial por el 150° Aniversario Institucional Tomo II, N° 12 de la revista virtual AEQUITAS estuvo a cargo de Juan Luis Alegría Hidalgo; y Fondo fachada, Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Piura; la diagramación, Evelyn Guliana Gómez Rivas; y la corrección de textos, Wensley Mauricio Juan Pablo Sanchez Vivas.

La *Revista Virtual AEQUITAS*, Tomo II, N° 12 de la Corte Superior de Justicia de Piura, se terminó de producir digitalmente en noviembre de 2024, en el Fondo: fachada de la CSJ PIURA.

Depósito Legal N° 2023 - 07371
ISSN: 2961 - 2799 (En línea)





CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA
DE PIURA

100



CORTE
SUPERIOR
DE JUSTICIA
DE PIURA

INFORMACION
DE INTERES
Y CONTACTO



12

REVISTA AEQUITAS
DE LA CSJ PIURA



*¡Profesionales íntegros por un servicio de
calidad para los piuranos y piuranas!*

EDICIÓN ESPECIAL POR EL 150° ANIVERSARIO INSTITUCIONAL