

Ad Verbum

Revista De La
Corte Superior
De Justicia
Del Callao

AÑO XIII – N° 12 – AGOSTO 2017



SUMARIO

Sumario

3 EDITORIAL

6 TEORIA DEL DERECHO

7 El Fraude a la Ley: Contradicción del Derecho*

11 DERECHO CONSTITUCIONAL

12 Análisis del Derecho de acceso a la información pública y transparencia en el ámbito de los gobiernos locales y regionales

20 DERECHO LABORAL

21 Trabajo Forzoso

23 El fuero sindical en la ley de relaciones colectivas de trabajo

38 DERECHO CIVIL

39 Algunos apuntes sobre la naturaleza jurídica de la posesión precaria y el título justificativo de la posesión, en el ordenamiento jurídico peruano a la luz de los Plenos Casatorios Civiles*

51 DERECHO PENAL

52 La trayectoria balística y los índices de las heridas

60 La inequidad social. Principal causa del crecimiento y modificación del fenómeno Delictivo.

65 DERECHO PROCESAL

66 O processo judicial eletrônico no Brasil e a (possível) afronta do princípio do acesso à Justiça¹

74 DERECHO PROCESAL PENAL

75 La cadena de custodia. Efectos jurídicos de su ruptura. El acuerdo plenario n° 6-2012-pj/cj-116

85 Los cuellos de botella en las audiencias de control de acusación en casos-Complejos

90 La reserva del fallo condenatorio en el marco del proceso inmediato

96 La discusión y evaluación de la ejecución de la pena, una mirada a la incorporación de una nueva etapa en el nuevo código procesal penal y en la práctica de los órganos jurisdiccionales.

107 FILOSOFÍA Y DERECHO

108 Filosofía y Derecho: Estudio fenomenológico del crimen postmoderno (crimen del siglo XXI)

114 DERECHO DE FAMILIA

115 El interés superior del menor a propósito de la sentencia N° 04058-2012-PA/TC

118 DERECHO JUDICIAL

119 El servicio de defensa pública a cargo de la dirección distrital de defensa pública y acceso a la Justicia del Callao – Ministerio de Justicia y derechos humanos

La Corte Superior de Justicia del Callao, continuando con su actual política de gestión institucional que la compromete a mantener abierto el espacio de discusión académica inaugurado en el presente año judicial con la edición N° 11 de su revista institucional, se complace en presentar ante la comunidad jurídica chalaca la duodécima edición de su revista “Ad Verbum”, la misma que en esta oportunidad contiene ensayos académicos no solo en el área del Derecho, sino también disciplinas vinculadas a él y que coadyuvan al operador jurídico a una correcta aplicación del Ordenamiento jurídico peruano, tales como la Criminología, Medicina Legal y Sociología Jurídica.

En el presente número, y replicando la edición pasada, contamos con la participación de operadores jurídicos nacionales y extranjeros. Dentro del primer rubro, el lector podrá encontrar ensayos académicos de autoría de distintos actores del Sistema de Justicia y de la Defensoría del Pueblo.

Sin ánimo de ser extensos, los trabajos nacionales puestos a disposición del leyente versan sobre problemas vinculados con el fraude a la ley, institución perteneciente a la Teoría General del Derecho; el derecho fundamental de acceso a la información pública de disponibilidad de los Gobiernos Locales y Regionales, ensayo íntimamente relacionado con el Derecho Constitucional; el trabajo forzoso, fenómeno que en las últimas semanas ha cobrado notoriedad en la opinión pública, y que es analizado por un Juez de la más alta instancia desde una perspectiva multidisciplinaria; el fuero sindical, institución de raigambre laboral, estudiada a fondo por otro Juez de la más alta instancia nacional; así, se analiza su definición legal y su reinterpretación jurisprudencial, llevando así a confirmar que la Jurisprudencia Nacional es fuente de importantes aportes en pro de la tutela efectiva de los derechos colectivos; problemas relacionados con el Derecho Procesal Penal y Derecho de Ejecución Penal, como son los efectos jurídicos procesales del rompimiento de la cadena de custodia; esto es, se trata de responder a la siguiente pregunta: ¿Es posible conservar la autenticidad de los elementos de prueba incautados en el proceso penal en los supuestos de ruptura de un eslabón de la cadena de custodia?; asimismo, se analiza la problemática que la praxis judicial ha puesto en evidencia en el marco del proceso penal regido por las reglas del Nuevo Código Procesal Penal de 2004 y los Decretos Legislativos Nos 1194 y 11307, tales como la propuesta judicial de terminación anticipada con reserva del fallo condenatorio dentro del proceso penal inmediato, y la actividad del Juez a fin de impulsar la adopción de convenciones procesales entre acusado y Ministerio Público. Los estudios procesales se ven complementados con el detalle del servicio de asistencia pública brindado por la Dirección Distrital de Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Callao. En el ámbito del Derecho Civil contamos con el trabajo de una magistrada de nuestra Corte, a través del cual se analiza el principio del interés superior del niño a la luz de la STC N° 04058-2012-PA/TC; finalmente, y para complementar los ensayos de alta calidad académica nacionales aludidos, el suscrito comparte con nuestros lectores el artículo intitulado: “Algunos apuntes sobre la naturaleza jurídica de la

posesión precaria y el título justificativo de la posesión, en el ordenamiento jurídico peruano a la luz de los Plenos Casatorios Civiles”, escrito elaborado en su condición de ex Registrador Público del Registro de la Propiedad Inmueble y publicado en la edición N° 35 de la revista Actualidad Civil editada por el Instituto Pacífico, por medio del cual se analiza la Casación N° 1990-2014 LIMA bajo el prisma de los I, IV y IX Plenos Casatorios Civiles.

Por otro lado, en relación a los trabajos académicos de los especialistas foráneos, la presente edición de nuestra revista comparte con la comunidad jurídica el interesante ensayo del profesor Rubén Pacheco Inclán, a través del cual se resalta la naturaleza connatural del crimen en el ser humano; asimismo, se propone una nueva forma de analizar el fenómeno criminal por medio de las herramientas que nos proporciona la fenomenología. Un punto de vista diferente, lo que no significa que sea contradictorio, es el expuesto por el profesor Cipriano Sotelo Salgado, en el cual se intenta demostrar a través de un lenguaje didáctico que la tasa delictiva, por lo menos tratándose de delitos patrimoniales, está íntimamente relacionada con los índices de igualdad de oportunidades en una determinada nación.

Un aporte distinto nos presenta el trabajo del abogado venezolano Wilmer Ruiz Carrero, el cual versa sobre un estudio introductorio a la Balística. Desde mi perspectiva como Juez Superior Penal Titular de este Distrito Judicial, considero que los alcances brindados por el abogado extranjero serán de suma utilidad para el Juez Penal que deba valorar dentro de un proceso penal elementos probatorios relacionados con el delito de homicidio provocado por arma de fuego.

Terminando la presentación de los artículos académicos, se pone a conocimiento de nuestra comunidad jurídica la segunda parte del artículo jurídico de la profesora Franciane Hasse sobre el proceso judicial electrónico y sus implicancias con el derecho de acceso a la justicia; para ello, se ha conservado en su idioma original el ensayo, no obstante, consideramos que al ser los idiomas portugués y español lenguas romances con varias similitudes, no existe obstáculos mayores para su comprensión.

Para concluir, esperamos que la presente edición contribuya en la labor de nuestros operados jurídicos chalacos; esto es, que los presentes ensayos constituyan herramientas que presten utilidad en el quehacer jurídico de nuestros Jueces y servidores. Solo así, a través de una dogmática útil, el objetivo de esta revista institucional podrá hacerse realidad.

Dr. Walter Benigno Ríos Montalvo

Presidente de la Corte Superior de Justicia del Callao

Directorio Revista: AD VERBUM

DIRECTOR

Dr. Walter Benigno Rios Montalvo

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Víctor Roberto Obando blanco

Dr. Miguel Castañeda Moya

Dr. David Pajares Narva

DISEÑO, DIAGRAMACION Y APOYO

Oficina de Imagen Institucional
de la Corte Superior de justicia del Callao

IMPRESIÓN



Servicios & Inversiones E.I.R.L.
Email: ventas@inversioneszemab.com
Web: <http://www.inversioneszemab.com>

CARATULA



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

AD VERBUM
AÑO XIII – N° 12 – AGOSTO 2017
Depósito Legal: 2005-5863

Adverbium Es una publicación de la
corte superior de justicia del callao

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



TEORIA DEL DERECHO



El Fraude a la Ley: Contradicción del Derecho*

Cuestiones previas

En un artículo previo, titulado “La corrupción y el Estado Constitucional de Derecho: El rol del sistema de justicia”, publicado en el diario oficial “El Peruano”, sostuve que debería existir un marco legal que no permita la elusión de las empresas o grupos empresariales, el fraude a la ley¹. En la misma línea de ese pensamiento, esta vez desarrollaré la importancia de este tema.

El derecho es un modelo de reglas y de principios. Es donde el maestro Manuel Atienza sostiene que es necesario articular el tema teórico de la argumentación jurídica y ordenar el aspecto de la práctica (tarea pendiente).

Los ilícitos atípicos (abuso de derecho, fraude a la ley, desviación de poder), obra de coautoría de los profesores de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero², pueden ser caracterizados como problemas de suprainclusión de las prescripciones normativas. El abuso del derecho no implica una antinomia entre reglas del sistema jurídico (“La ley no ampara el abuso de derecho”). **Lo propio de la figura del fraude de ley, frente a la del abuso del derecho, se encuentra en que la primera involucra el uso de una regla que**

Autor: Roberto Obando Blanco*

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



confiere poder.

Dentro de la **problemática de las lagunas** se identifican las siguientes posibilidades:

- Que el caso no resulte subsumible en ninguna regla del sistema. Es donde el Juez tiene el deber de decidir, y goza de discrecionalidad para hacerlo. Construyéndose una regla para la solución del caso.
- Que el caso resulte subsumible en dos reglas incompatibles entre sí (antinomia), y se deberá ponderar el peso específico de los principios que soportan a cada una de las reglas.

Como vemos, existe una cierta analogía entre el abuso del derecho y el fraude a la ley, en la medida que ambas situaciones se originan en actos que en apariencia son conformes a la ley. Sin embargo, en el fraude a la ley se trata de obtener, de

*Publicado en el Suplemento Jurídica – Diario El Peruano, 23 de mayo de 2017, pp. 6 y 7.

¹ Suplemento Jurídica, 21 de marzo de 2017, pp. 2 y 3.

² Madrid, Editorial Trota, 2006, Segunda edición, 133 p.

³ Spota, Alberto G., Tratado de derecho civil. Parte general, Bs. As., Depalma, 1947; citado por Carlos Fernández Sessarego. Abuso del derecho. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 177 y 178.

⁴ Carlos Fernández Sessarego. Abuso del derecho. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 178 y 179.

modo indirecto, lo que la ley prohíbe hacer directamente. Spota, citado por Fernández Sessarego, sostiene que en “el fraude a la ley se respeta la letra de la ley, pero se elude su espíritu, recurriendo a actos aparentemente lícitos, pero en sí, o en su combinación, persiguen el resultado prohibido”³.

Lo propio de la figura del fraude de ley, frente a la del abuso del derecho, se encuentra en que la primera involucra el uso de una regla que confiere poder.

El maestro Carlos Fernández Sessarego, señala lo siguiente:

“El fraude a la ley resulta así un principio general del derecho que informa todo el ordenamiento jurídico y que se encuentra estrechamente vinculado con otros principios generales como la buena fe, las buenas costumbres, el orden público. Se trata, en consecuencia, y al igual que el abuso de derecho, de un deber jurídico a cargo del sujeto de derecho y que consiste en no violar el espíritu de la norma, su sentido jurídico, el propósito para el que fue promulgada más allá de su literalidad. Las normas jurídicas se integran dinámicamente con los valores, en tanto los recogen y plasman al efecto de regular conductas intersubjetivas. El sentido valioso de la norma prima sobre su mera expresión escrita (...)”⁴.

Por otra parte, los **principios generales del derecho** son normas que expresan valores superiores del ordenamiento jurídico. La norma redactada en términos particularmente vagos, vale decir, no se puede establecer por anticipado a la inmensa mayoría de casos a los que la norma sería aplicable (ponderación). **Se trataría de conceptos jurídicos indeterminados.**

Por ello, se puede comprender mejor que, los principios son razones de primer orden, y las reglas son razones de segundo orden. Siendo así, dentro de los criterios de la clasificación de los principios jurídicos, se ubican los **principios explícitos**, que son formulados expresamente en el ordenamiento (vg., la Constitución reconoce el derecho al debido proceso); y los **principios implí-**



bitos, extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento (vg., principio pro operario), los cuales forman parte de nuestro ordenamiento jurídico por vía jurisprudencial. Entonces es necesario demostrar la coherencia entre el principio implícito y el ordenamiento -plus de argumentación.

Principios generales del Derecho

Los principios generales del derecho son un conjunto de ideas fundamentales que informan y orientan un ordenamiento jurídico. El primer instrumento con que debe contar el órgano jurisdiccional para enfrentar el defecto, o vacío en la ley, es la interpretación o integración analógica. Siendo la analogía el primer auxilio metodológico con que cuenta el órgano jurisdiccional.

Con motivo de la sustentación de mi tesis de Magíster en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (setiembre 2011), preparé un esquema de las **definiciones teóricas de los principios generales del derecho**, previo a la exposición de las **fuentes e interpretación del derecho procesal** (ley, principios generales del derecho procesal, jurisprudencia y doctrina; artículo III segundo párrafo del Código Procesal Civil). Frente a ello, originario de doctrina extranjera, contamos con los aportes de los juristas Luis Prieto Sanchís y Eduardo García de Enterría, que a continuación paso a exponer.

³ Luis Prieto Sanchís. *Sobre principios y normas. Problema del razonamiento jurídico*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 136 y 137.

⁶ Eduardo García de Enterría. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid, Civitas, 1984, pp. 78 y 79.

⁷ Eduardo García de Enterría. *Ob. Cit.*, pp. 81 y 82.

⁸ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Ilícitos atípicos*. Madrid, Editorial Trotá, 2006, Segunda edición, pp. 70 y 71).

⁹ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Ob. Cit.*, p. 67.

¹⁰ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Ob. Cit.*, pp. 74 y 75.

¹¹ *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*. Lima, Grijley, 2002, Primera edición, *Ob. Cit.*, p. 347.

Los principios generales del Derecho han de concebirse fuera de la ley y de la costumbre, se presentan como principios implícitos o deducidos del conjunto del ordenamiento, de manera que una disposición normativa que resulte contradictoria con el principio general tiende a presentarse como una excepción al mismo, o, como dice Jori, esa norma se configura como el principio en sí misma. Los principios suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento y que, de no existir, tendrían –entonces sí– que ser creados por los órganos de aplicación del Derecho. Podemos discernir que los principios operan como guías de la decisión y límites de la discrecionalidad⁵.

La expresión “principios generales del Derecho” se trata de verdaderos principios en sentido ontológico, que informan la institución en que se manifiestan; y, son a la vez, generales, es decir, procedentes de una estimativa objetiva y social⁶. Razonar en derecho, interpretar las normas o los actos jurídicos, o aplicar el derecho, no es más que operar con esos principios, alrededor de los cuales se ordena todo el particularismo de las reglas y de los actos concretos. Un pensamiento por principios, así entendidos, fue justamente el gran descubrimiento de los juristas romanos; es esta, en efecto, la ejemplaridad del Derecho Romano y no el supuesto acierto de sus soluciones concretas⁷.

El fraude a la ley

La figura del fraude a la ley, en términos generales, significa la utilización de una norma jurídica para lograr fines contrarios a los previstos por el ordenamiento jurídico. Los dos tipos de normas jurídicas (reglas y principios), pertenecen a la categoría más amplia de las normas regulativas, siendo estas las normas que regulan la conducta, estableciendo que en ciertas circunstancias es obligatorio, prohibido o está permitido realizar determinadas acciones.

A la categoría de las normas regulativas se contraponen la de las normas constitutivas, que son las normas o reglas que confieren poder, y son el principal tipo de normas constitutivas. La clave de la distinción de las figuras de abuso de derecho y

el fraude de ley se encuentra en la noción de norma constitutiva. Al no tener carácter deóntico (no hay conductas calificadas como prohibidas o permitidas), una norma que confiere poder, como tal, no puede infringirse; simplemente, puede usarse bien o mal: si se usa bien, se obtiene el resultado; si no (si se incumple algún requisito) no se obtiene, o no se obtiene del todo, esto es, el resultado no existe o no existe del todo (no es reconocido por el Derecho o no es reconocido del todo) como tal⁸.

El fraude a la ley es un mecanismo para combatir el formalismo jurídico (para asegurar la coherencia valorativa de las decisiones jurídicas). “Fraude” o “fraude a la ley” es una expresión que designa una propiedad valorativa; los supuestos de “fraude a la ley” son supuestos de “laguna axiológica” en el nivel de las reglas; y el análisis adecuado de la figura exige partir de que la dimensión regulativa del Derecho está compuesta por dos niveles, el de las reglas y el de los principios: los actos en fraude de ley, están permitidos prima facie por una regla pero resultan, consideradas todas las circunstancias, prohibidos como consecuencia de la acción de los principios que delimitan el alcance justificado de la regla en cuestión⁹.

Los jueces deben estar por encima de las leyes, que vaya más allá de la interpretación meramente “literal”. Se exige conocimiento de la teoría de las fuentes del derecho y de la teoría de la interpretación jurídica, a fin de que realicen una interpretación de las normas que tenga en cuenta las finalidades y los valores que subyacen a las mismas. Los actos realizados en fraude a la ley “no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir” (artículo 6.4 del Código Civil español; el efecto del fraude de ley).

Los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, al desarrollar la estructura del fraude a la ley, señalan lo siguiente:

“El fraude a la ley suele presentarse como un supuesto de infracción indirecta de la ley (...). La estructura del fraude consistiría, así, en una conducta que aparentemente es conforme a una norma (a la llamada ‘norma de cobertura’), pero que produce un resultado contrario a otra u otras normas o al ordenamiento jurídico en su conjunto

(“norma defraudada”). (...) La norma de cobertura es una regla regulativa que permite el uso de una norma que confiere poder. La norma defraudada, por su parte, es una norma regulativa de mandato (una norma ‘imperativa’ o ‘prohibitiva’; obviamente, los permisos no pueden ser incumplidos)”¹⁰.

En conclusión, podemos comprender que el fraude a la ley es relativo a acciones que suponen casos de uso de un poder normativo (de una regla que confiere poder), el mismo que da lugar a un estado de cosas situado más allá del alcance justificado de ese poder normativo, calificadas como abusivas (afectando intereses ajenos de forma injustificable) y como fraudulentas (afectación negativa).

El negocio jurídico en fraude a la ley dentro del Código Civil peruano

El profesor Lizardo Taboada Córdova, explica: “La figura del fraude estará siempre presente, con

mayor o menor medida, y con mayor o menor fuerza, como práctica anormal dentro del ámbito de la celebración de los negocios jurídicos, y fundamentalmente como fenómeno social. Frente a esta realidad social y jurídica corresponde al legislador y, por ende, al sistema jurídico en su conjunto establecer una clara posición y calificación jurídica sobre el negocio fraudulento, a fin de determinar la eficacia jurídica del mismo y su legitimidad (...). Debe advertirse que esta figura (fraude a la ley) fue incorporada dentro del proyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil actual en la parte relativa a la doctrina general del contrato, siendo posteriormente eliminada del texto final del actual Código Civil de 1984, presumimos por el criterio de la Comisión Revisora. Con esta omisión lamentable, el actual Código Civil no hace referencia al tema del negocio celebrado en fraude a la ley, sino únicamente al tema del negocio celebrado en fraude a los acreedores, que es un tópico totalmente distinto y vinculado fundamentalmente con el derecho de obligaciones, no con el tema de



DERECHO CONSTITUCIONAL

Análisis del Derecho de Acceso a la Información Pública y Transparencia en el Ámbito de los Gobiernos Locales y Regionales



Por Omar Sar Suárez

Adjunto en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo

I. INTRODUCCIÓN:

Garantizar el derecho de acceso a la información pública es para la Defensoría del Pueblo un tema prioritario, pues considera que la transparencia no solo promueve una participación activa del ciudadano en los asuntos públicos de los diferentes niveles de gobierno (local, regional y central), sino que también hace posible el ejercicio de otros derechos fundamentales como el debido procedimiento, el derecho al trabajo, a un medio ambiente sano y equilibrado o el derecho a la pensión, entre otros.

Por eso, en su calidad de órgano supervisor del cumplimiento de los deberes de la administración pública, ha llevado a cabo una serie de actividades para identificar los principales problemas que enfrentan estos organismos a fin de coadyuvar a una adecuada gestión de los recursos públicos y brindar una mejor calidad en los servicios en favor de la población.

En tal sentido, presentamos a continuación algunos avances sobre la materia así como las deficiencias advertidas en relación al ejercicio del derecho de acceso a la información pública y los portales de transparencia en el ámbito de los gobiernos municipales y regionales, a la luz del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806 (en adelante Ley de Transparencia) y el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM (en adelante el Reglamento).

El presente trabajo desarrolla la ponencia presentada en el Seminario Internacional "Miradas y Aportes para el pleno ejercicio del Derecho de Acceso a la Información Pública. Perspectiva Iberoamericana" que se llevara a cabo en la Casa Rosada, Buenos Aires, República Argentina el día 9 de mayo de 2017.

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

II. PANORAMA ACTUAL SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. Una aproximación al problema a partir del informe anual de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM)

El artículo 22° del Reglamento de la Ley de Transparencia establece que la PCM remitirá un informe anual al Congreso de la República dando cuenta sobre las solicitudes de pedidos de información atendidos y no atendidos en todas las entidades de la administración pública.

Así, el Informe Anual 2015 – Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública – da cuenta que 1,637 solicitudes no fueron atendidas (1,98%) de un total de 82,535 a nivel de Ministerios. Por otro lado, en el ámbito de los Gobiernos Regionales, se registraron 1,548 solicitudes que no fueron atendidas (7,80%) de un total de 19,906; mientras que en el caso de Municipalidades Provinciales el número de solicitudes no atendidas ascendió a 2,461 (13,40%) de un total de 18,449. A nivel de las Municipalidades Distritales, se han registrado 5,542 (11,00%) solicitudes no atendidas de un universo global de 45,118 requerimientos.

CUADRO N° 1

	Solicitudes atendidas	Solicitudes no atendidas	Total	% No atendidas
Ministerios	80,898	1,637	82,535	1,98%
Gobiernos Regionales	18,358	1,548	19,906	7,80%
Municipalidades Provinciales	15,988	2,461	18,449	13,40%
Municipalidades Distritales	45,118	5,542	50,660	11,00%

Fuente: Informe Anual PCM 2015

Estos datos, que pueden parecer alentadores, resultan incompletos si no se toma en cuenta que solo un poco más de la mitad de los órganos cumplieron con remitir la información a la PCM y que solicitudes atendidas no implica que se haya brindado la información al solicitante sino que se le dio una respuesta (que en buena parte de los casos es negativa).

En efecto, de las 2,027 entidades públicas obligadas a remitir el reporte de atención de solicitudes de acceso a la información pública a la PCM, únicamente 1,084 cumplieron, es decir solo el 54% total de instituciones públicas a nivel nacional. Aunque, ciertamente se trata de un número mayor de entidades en comparación al año 2014.

CUADRO N° 2

	Cumplieron	No cumplieron
Universidades	59	18
Municipalidades Distritales	782	864
Municipalidades Provinciales	136	59
Gobiernos Regionales	24	2
Poder Judicial y Academia de la Magistratura	2	0
Poder Legislativo	1	0
FONAFE	34	0
Organismos Constitucionalmente Autónomos	10	0
Organismos Públicos adscritos a la PCM	17	0
Ministerios	19	0

Fuente: Informe Anual PCM 2015

Por tanto, las cifras indicadas en el Cuadro N° 1 no se ajustan al verdadero índice de cumplimiento de solicitudes de acceso – específicamente en el ámbito de los gobiernos locales y regionales –, por cuanto representa un resultado parcial trabajado en base a los reportes que sí

¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 1797-2002-HD/TC, del 29 de enero de 2003, fundamento 15.

² Dicho documento se encuentra disponible en <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/documentos/Manual-de-acceso-a-la-informacion-de-funcionarios.pdf>

³ Dicho documento puede ser descargado desde <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/documentos/Manual-excepciones-al-acceso-info-publica-2016.pdf>

⁴ Mediante Oficio N° 1359-2012-DP, del 09 de noviembre de 2012.

fueron entregados por las entidades precisadas en el Cuadro N° 2.

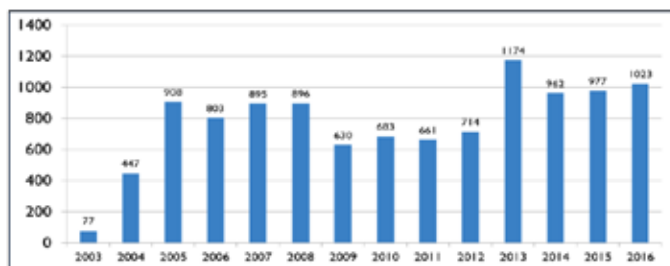
CUADRO N° 3

2. Un breve diagnóstico desde la experiencia de la Defensoría del Pueblo

Las quejas que ha recibido la Defensoría del Pueblo sobre esta materia pueden constituir un indicador interesante en relación con el nivel de respeto por el derecho de acceso a la información pública que se registra en la realidad.

En el período que media entre el año 2003 y el año 2016 la Defensoría del Pueblo ha recibido un total de 10,850 quejas, conforme se detalla a continuación:

GRÁFICO N° 1



Fuente: Adjuntía para los Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo

Del gráfico anterior conviene puntualizar que solo en los últimos cuatro años se registraron 4,136 quejas. Periodo que evidencia los picos más elevados en lo que respecta a la afectación del derecho de acceso a la información pública.

Como podrá apreciarse la evolución de las quejas no presenta una tendencia favorable sino que se mantiene estable en el orden de las 2,83 quejas relacionadas con falta de transparencia por día.

Asimismo, encontramos múltiples hechos vulneratorios que dieron origen al mencionado número de quejas, pudiendo establecer un ranking de acuerdo al siguiente clasificador institucional:

Hechos Vulneratorios	Cantidad	Porcentaje
Incumplimiento del plazo para entregar información	2785	67.3%
Entrega de información incompleta, no solicitada, no comprensible y/o en formato no requerido	247	6.0%
Cobros ilegales o arbitrarios	217	5.2%
Negativa a dar información por inadecuada interpretación de las excepciones	181	4.4%
Negativa a dar información por excepciones no contempladas en la normativa vigente	179	4.3%
Falta de designación del funcionario responsable de entregar la información	174	4.2%
Portales que no contienen la información exigida por la ley o que contienen información incompleta, desactualizada y/o incomprensible	115	2.8%
Exigencia de requisitos ilegales, arbitrarios o de justificación para acceder a la información	111	2.7%
No incorporación del procedimiento de acceso a la información ni del costo de reproducción en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la entidad	49	1.2%
Inexistencia de portales de transparencia y acceso a la información, distinta a los que puedan afectar a las personas con discapacidad visual	40	1.0%
Destrucción o pérdida de información	33	0.8%
Incumplimiento del deber de clasificación de la información	5	0.1%
TOTAL	4,136	100%

Fuente: Adjuntía para los Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo

Como podrá apreciarse, las quejas más frecuentes de la ciudadanía (67.3%) se debe a que los funcionarios encargados de entregar la información solicitada no cumplen con proporcionarla dentro del plazo de siete (07) días ni bajo la prórroga excepcional de cinco (05) días, establecido en la Ley de Transparencia.

Además, existe un gran número de quejas formuladas (6.0%) por la remisión de información incompleta, no solicitada o incomprensible. Lo que contraviene el contenido constitucionalmente protegido del derecho que garantiza la entrega de información cierta, actual, precisa y completa¹.

En ese orden, también son recurrentes las quejas por el cobro ilegal o arbitrario que realizan las entidades públicas para la entrega de la información (5.2%). Rubro que comprende los costos de reproducción así como las tasas desproporcionadas, condicionamientos de pago, cobros ilegales por copias certificadas, entre otros.

En cuanto al tipo de entidades, debemos poner en relieve que en el año 2013 se recibieron 636

⁵ El anteproyecto de ley fue remitido nuevamente mediante Oficio N° 0667-2013-DP, del 08 de mayo de 2013, y Oficio N° 0369-2014-DP, del 18 de agosto de 2014.

⁶ El texto de dicho proyecto puede consultarse en <https://twitter.com/i/moments/809437618576367616>. Disponible al 29 de mayo de 2017.

quejas contra Gobiernos Locales, 172 contra Gobiernos Regionales y 128 contra los Ministerios. Para el año 2014, fueron 267 a nivel de Gobiernos Locales, 85 en los Gobiernos Regionales y 114 ante Ministerios.

En el año 2015, se registraron 508 quejas contra Gobiernos Locales, 268 contra los Gobiernos Regionales y 161 referidas a los Ministerios. Finalmente, en el año 2016, se mantuvo un número similar, pues los Gobiernos Locales recibieron 531 quejas, mientras que los Gobiernos Regionales 268 y los Ministerios, 140.

Estas cifras nos permiten concluir que respecto a tales grupos de entidades se alcanzó un total de 3,233 quejas, en donde los Gobiernos Locales son las instituciones más quejadas por la ciudadanía (60.1%), seguido por los Gobiernos Regionales (23.1%) y los Ministerios (16.8%).

Ahora bien, cuando la insatisfacción del ciudadano lo impulsa a acudir al fuero jurisdiccional, el proceso que tiene que seguir para obtener un pronunciamiento firme sobre sus pretensiones puede convertirse en un auténtico suplicio. Solo a nivel de juzgados (primera instancia), los procesos de habeas data tienen una duración aproximada de seis (06) a doce (12) meses, mientras que en las salas superiores (segunda instancia) se adiciona un promedio de doce (12) a dieciocho (18) meses más.

Incluso, si el caso se conduce hasta el Tribunal Constitucional la espera puede prolongarse, habida cuenta que este órgano jurisdiccional demora en resolver los procesos constitucionales de habeas data aproximadamente entre doce (12) a treinta y seis (36) meses, y en algunos casos un poco más.

2.1. El Reporte de supervisión del reglamento de la ley de transparencia y acceso a la información pública

Luego del Informe Defensorial N° 165 titulado “Balance a diez años de vigencia de la Ley de

Transparencia y Acceso a la Información Pública 2003-2013” publicado en diciembre de 2013, la Defensoría del Pueblo decidió supervisar el proceso de implementación de los cambios incorporados al reglamento, con la finalidad de elaborar un diagnóstico que permita determinar el nivel de cumplimiento de las nuevas obligaciones por parte de los sujetos obligados a brindar información.

Para estos efectos, a diferencia del precitado informe, la institución supervisó a los 19 ministerios, 17 gobiernos regionales, 36 Municipalidades Distritales de Lima Metropolitana (en adelante MD-Lima) y 15 municipalidades provinciales, a través de entrevistas con los funcionarios responsables de acceso a la información pública (en adelante FRAI) y cuyo resultado fue publicado en octubre del año 2015 mediante el Reporte de Supervisión del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

En esta oportunidad, por ejemplo, se pudo conocer que la mayoría de las instituciones supervisadas (el 26% de los ministerios, el 47% de los gobiernos regionales, el 73% de las municipalidades provinciales capitales de departamento y el 61% de las MD-Lima) no dotan a sus FRAI de los recursos humanos, tecnológicos y presupuestales necesarios para ejercer su función.



⁷ Según la Segunda Disposición Complementaria Final, el referido Decreto Legislativo entrará en vigencia al día siguiente de la publicación del Decreto Supremo que aprueba su Reglamento y la modificación del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

CUADRO N° 4

	Baja (%)	Regular (%)	Suficiente (%)	Óptima (%)
Ministerios	11	25	74	0
Gobiernos Regionales	18	29	47	6
Municipalidades Provinciales	13	60	27	0
Municipalidades Distritales de Lima Metropolitana	28	33	31	8

Fuente: Adjuntía para los Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo

El 82% de los FRAI de los gobiernos regionales, el 67% de las municipalidades provinciales y el 64% de las municipalidades distritales de Lima señalaron no haber recibido capacitación en la materia. Situación distinta a los FRAI de los ministerios, pues el 89% de ellos afirmó haber recibido inducción.

CUADRO N° 5

	Recibió (%)	No recibió (%)
Ministerios	89	11
Gobiernos Regionales	18	82
Municipalidades Provinciales	33	67
Municipalidades Distritales de Lima Metropolitana	36	64

Fuente: Adjuntía para los Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo

De igual manera, algunas entidades continúan exigiendo requisitos ilegales para recibir y atender las solicitudes. En esa línea, el 50% de las municipalidades provinciales exigía sustentar las razones por las que se requiere la información y el 21%, asegurar su buen uso.

CUADRO N° 6

	Uso de formulario (%)	Copla del DNI (%)	Acreditación de persona jurídica (%)	Explicar para qué se solicita información (%)	Asegurar buen uso de información (%)
Ministerios	0	0	0	0	0
Gobiernos Regionales	12	12	18	6	0
Municipalidades Provinciales	14	7	21	50	21
Municipalidades Distritales de Lima Metropolitana	14	33	44	8	3

Fuente: Adjuntía para los Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo

Antes de este momento, se han realizado actividades de capacitación hacia funcionarios y servidores públicos de los ministerios, gobiernos regionales, locales y a la sociedad civil, así como también se publicó el “Manual de acceso a la información para funcionarios públicos” (Diciembre de 2015)² y el “Manual para funcionarios sobre excepciones al derecho de acceso a la información pública” (Junio de 2016)³, con la finalidad de contribuir en el conocimiento del actual marco normativo del derecho fundamental de acceso a la información pública y, a la vez, facilitar su efectivo cumplimiento por parte de los funcionarios públicos.

2.2. La creación de la Autoridad Nacional de Transparencia

Hacia noviembre de 2012, la Defensoría presentó al Poder Ejecutivo un anteproyecto de ley⁴ orientado a crear una autoridad dotada de autonomía que tenga competencia para garantizar la transparencia y el acceso a la información pública. En dicho documento⁵ se estableció que la entidad debía contar mínimamente con las siguientes funciones:

- Resolver casos en sede administrativa con autonomía funcional
- Fiscalizar y sancionar los incumplimientos de la ley
- Fijar criterios vinculantes de interpretación y aplicación de las normas
- Promover y difundir el derecho de acceso a la información a la población
- Capacitar periódicamente a los funcionarios públicos
- Asesorar técnicamente a las instituciones obligadas
- Elaborar herramientas que faciliten el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio del derecho de acceso a la información.

Además, la Defensoría participó en otras iniciativas para crear a la referida autoridad. A finales del 2013, participó de la sub comisión creada por la Comisión Multisectorial para implementación del Plan de Acción de Gobierno Abierto. Entre el 2015 y el 2016, participó en la elaboración de un anteproyecto de ley, junto con la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción.

El 13 de setiembre de 2016, mediante la Resolución Ministerial N° 0268-2016-JUS, se constituyó el «Grupo de Trabajo encargado de elaborar un informe técnico que contenga la propuesta normativa para la creación de una Autoridad Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, crear un sistema de sanciones y otras funciones». Este grupo de trabajo desarrolló su trabajo a partir de la propuesta de la Defensoría del Pueblo y recogiendo todos los aspectos centrales de la misma ⁶.

Posteriormente, a consecuencia de la Ley autoritativa N° 30506, el 07 de enero de 2017 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” el Decreto Legislativo N° 1353, mediante el cual se creó la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante la Autoridad)⁷.

Sin embargo, aun cuando dicha norma constituye un paso para el fortalecimiento del derecho de acceso a la información pública, encontramos serias deficiencias que impiden garantizar plenamente su ejercicio. Entre ellas, cabe mencionar las siguientes:

- La Autoridad no tiene autonomía (técnica, administrativa, normativa, económica ni financiera) para cumplir con sus funciones, por cuanto será asumida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través de la Dirección Nacional de Transparencia y Acceso a Información Pública.
- La Autoridad no accederá a la información clasificada ni podrá verificar la legalidad o ilegalidad de la clasificación de información realizada por la entidad de la Administración Pública, ya que el artículo 5° del referido decreto establece que solo participará en la elaboración de los lineamientos para la clasificación y desclasificación de la información que se considere confidencial y ello implica que carece de la autoridad para decidirlo.
- El Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública no sanciona directamente los incumplimientos de las normas de transparencia, pues únicamente revisará las sanciones impuestas previamente por la entidad en el procedimiento administrativo sancionador. No obstante, si el funcionario incumple la ley pero no se le inicia un procedimiento administrativo sancionador, o si



luego de ser iniciado no se le impone sanción, entonces el Tribunal no podrá conocer el caso y con ello continuaría la impunidad.

- Se ha ampliado el plazo para otorgar la información pública a diez (10) días. Sin embargo, ello no soluciona el problema de la falta de celeridad que se da al tratamiento de las solicitudes de acceso en la administración pública. Para atender el problema hace falta verdaderas acciones de supervisión a cargo de los órganos de control y, posteriormente, la adopción de medidas orientadas a superar los reales problemas que ocasionan la demora en la entrega de la información.
- El nuevo decreto omite establecer un plazo máximo para la prórroga en la atención de las solicitudes de acceso a la información pública. En la práctica, eso podría significar una afectación al derecho de acceder a la información de forma oportuna.

Las señales que ha dado el Poder Ejecutivo han sido poco halagüeñas por cuanto se crea una autoridad que carece de autonomía y presupuesto, sin mencionar que hasta la fecha de elaboración de este trabajo⁸ su existencia es meramente teórica por cuanto el Decreto Legislativo N° 1353 no ha entrado aún en vigencia.

III. SUPERVISIÓN A LOS PORTALES DE TRANSPARENCIA ESTÁNDAR (PTE):

Los PTE son una herramienta virtual a través de la cual todas las entidades de la administración pública están obligadas a difundir información sobre la gestión pública. En ese sentido, contribuyen a prevenir la comisión de actos de corrupción, así como a promover la vigilancia ciudadana.

La Defensoría del Pueblo supervisa semestralmente los PTE de los 3 niveles de gobierno, con el fin de verificar el nivel de cumplimiento en la difusión de la información mínima exigida por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su reglamento, materializada en los si-

guientes rubros:

- **Datos generales y normas emitidas:** Incluye el directorio, marco legal, normas emitidas (ordenanzas, acuerdos de consejo, decretos, resoluciones; así como las agendas y actas de las sesiones de Consejo.
- **Planeamiento y organización:** Relativa a Instrumentos de Gestión: el Organigrama de la entidad, el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), Cuadro de Asignación de Personal (CAP), Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), etc. En este rubro encontramos, además, los planes y políticas, como por ejemplo el Plan de Desarrollo Regional Concertado (PDRC), el Plan Estratégico Institucional (PEI) y el Plan Operativo Institucional (POI).
- **Información presupuestal:** Contiene presupuesto asignado a la entidad, especificando Ingresos, Gastos, Financiamiento y Resultados Operativos, de conformidad con los clasificadores presupuestales vigentes. La Defensoría del Pueblo supervisa en este rubro la difusión del Presupuesto Institucional de Apertura (PIA), Presupuesto Institucional Modificado (PIM) y Presupuesto Institucional Ejecutado (PIE), precisando el monto del presupuesto asignado trimestralmente y su nivel de ejecución en porcentajes.
- **Proyectos de inversión pública:** Difunde información sobre los avances en la ejecución de los proyectos de inversión pública.
- **Participación ciudadana:** Contiene información sobre el proceso de presupuesto participativo, las audiencias públicas de rendición de cuentas y la conformación de los Consejos de Coordinación Regional.
- **Información de personal:** Incluye datos como el nombre del personal activo y pasivo, número de funcionarios, directivos, profesionales, técnicos y auxiliares, sean estos nombrados o contratados por un período mayor a tres (03) meses en el plazo de un año, el rango salarial por categoría o el total de gasto de remuneraciones.
- **Información de contrataciones:** Contiene la información contenida en el Registro de Procesos de Selección de Contrataciones y Adquisiciones, especificando los valores referenciales; los nombres de los contratistas; los montos de los contratos; las

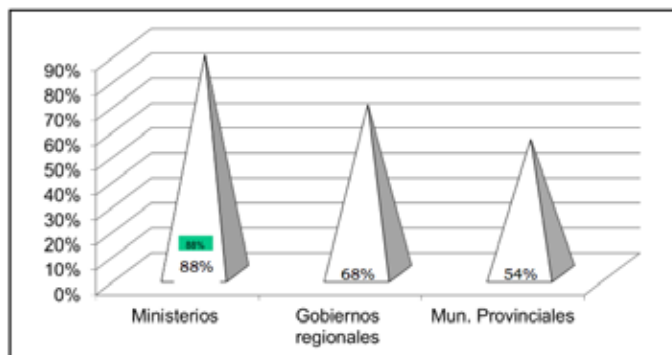
penalidades y sanciones; y el costo final de las obras, bienes o servicios adquiridos.

- **Actividades oficiales:** Incluye la difusión de la agenda del titular de la entidad.
- **Registro de información de obras públicas del Estado (INFOBRAS):** Enlace que permite verificar que las obras públicas se encuentren debidamente registradas en el Sistema de Información de Obras Públicas de la Contraloría General de la República.
- **Registro de visitas a funcionarios públicos:** Incluye información sobre las visitas recibidas por la entidad, indicando la hora de ingreso del visitante, los datos del visitante, el motivo de la visita, el nombre del empleado público visitado y la hora de salida del visitante.
- **Información adicional:** Comunicados y/o notas de prensa, formato de Solicitud de Acceso a la Información Pública.

Así, realizando un balance anual del año 2016 en función a la supervisión de los ministerios, los gobiernos regionales y las municipalidades provinciales ubicadas en las capitales de departamento, incluida la Municipalidad Provincial del Callao, arribamos al siguiente promedio de cumplimiento en la exhibición de los rubros informativos precedentemente descritos:

GRÁFICO N° 02

En el año 2016, los rubros de información con



Fuente: Adjuntía para los Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo

mayor difusión por parte de los ministerios del Poder Ejecutivo y por la PCM, fueron los referidos a Información Presupuestal, Proyectos de Inversión Pública y Registro de INFOBRAS, con 100% de promedio anual, seguidos de los rubros de Datos Generales y Normas Emitidas e Información Adicional, con 99%.

Contrariamente, el rubro menos difundido en

el 2016, fue el correspondiente a Planeamiento y Organización, con 85% de promedio anual, seguido de Información de Contrataciones, con 89%.

A nivel regional y provincial, en el promedio anual 2016, los rubros de información más difundidos fueron los referidos a Información Presupuestal, Proyectos de Inversión Pública y Registro de INFOBRAS. También se verificó buen nivel de difusión en el rubro de Datos Generales y Normas Emitidas.

En tanto, se registró el menor nivel de cumplimiento en el rubro de Registro de Visitas a Funcionarios, con 38% y 16%, respectivamente. También registraron baja difusión en el rubro de Participación Ciudadana con 28% tanto a nivel regional como provincial.

CUADRO N° 7

	Visitas a funcionarios (%)	Participación ciudadana (%)	Actividades oficiales (%)	Contrataciones (%)
Gobiernos Regionales	38	28	68	57
Municipalidades Provinciales	16	28	28	37

Fuente: Adjuntía para los Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo

En suma, la información extraída del año 2016 permite apreciar que los ministerios del Poder Ejecutivo alcanzaron un mayor promedio anual de nivel de cumplimiento en la difusión de información mediante sus PTE (92%), en comparación al obtenido por los gobiernos regionales (72%) y por las municipalidades provinciales ubicadas en capitales de departamento (57%).

IV. CONCLUSIONES

1. De acuerdo con el Sistema de Información Defensorial, todavía las municipalidades locales y regionales son los órganos de gobierno más quejados por la ciudadanía en materia de acceso a la información pública. A diferencia de los ministerios, cuyo índice de quejas es mucho menor.
2. El mecanismo judicial para la protección de este derecho es el proceso constitucional de hábeas data. Sin embargo, su excesiva duración, es un inconveniente que merma su eficacia.
3. La Defensoría del Pueblo ha incrementado las actividades de capacitación hacia funcionarios, así como publicado diversos manuales de orientación respecto al ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información pública, a fin de fortalecer su conocimiento en la aplicación del marco normativo.
4. La creación de la Autoridad de Transparencia y Acceso a la Información Pública en el Perú supone un esfuerzo para fortalecer el principio de transparencia y el derecho de las personas de acceder a la información pública. Empero, consideramos que es una entidad que cuando entre en funciones carecerá de las competencias necesarias para garantizar de forma efectiva tal derecho y combatir la cultura del secretismo que subsiste en las corporaciones locales y regionales.
5. El nivel de cumplimiento de publicación de información en los Portales de Transparencia Estándar (PTE) es relativamente elevado pero resta seguir trabajando para que la información resulte de fácil acceso y se presente en formato amigable y uniforme para que puedan realizarse comparaciones.



DERECHO LABORAL

Trabajo Forzoso



Autor: RAMIRO DE VALDIVIA CANO-
Juez Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República

Dos jóvenes obreros, atrapados en un incendio en su centro de trabajo, hallan una muerte espantosa. El centro de trabajo, en el antiguo edificio Nicolini, era un contenedor en el que eran encerrados con candado. Este horror indecible debe llamar a la reflexión sobre las particularidades del trabajo forzado en el Perú. Sobre la dependencia de un ser humano de otro ser humano que se aprovecha de esa situación del primero. La dependencia se hace obvia en las

jornadas exhaustivas, en las condiciones degradantes, en las restricciones de la libertad; en la violación intensa y persistente del derecho al trabajo digno y decente. El trabajo forzado. No está vinculado al pago de una remuneración; no se trata tampoco de esclavitud¹. Es una forma más perversa, moderna y brutal del dominio sobre una persona. Se trata de seres humanos explotados por su empleador, sometidos a tratos que afectan su dignidad. El trabajador se halla impedido de abandonar su puesto de trabajo por diferentes razones, por lo general, económicas. En todo caso, la voluntad del trabajador sometido a esta ordalía, es irrelevante. Aunque, en teoría, nada hay que impida al postmoderno esclavo dejar su trabajo.

En el Derecho Penal, ya se ha tipificado el delito de trabajo forzado². Pero en el campo del De-

¹ Código Penal. "Artículo 153-C.- Esclavitud y otras formas de explotación

El que obliga a una persona a trabajar en condiciones de esclavitud o servidumbre, o la reduce o mantiene en dichas condiciones, con excepción de los supuestos del delito de explotación sexual, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

Si el agente comete el delito mediante engaño, manipulación u otro condicionamiento, se aplicará la misma pena del primer párrafo."

² Código Penal. "Artículo 168-B.- Trabajo forzado

El que somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años.

recho Laboral, el trabajador no debe ser desamparado, máxime si la responsabilidad civil de su empleador, derivada del trabajo forzoso, es efecto de la violación de derechos constitucionales. El Estado, por su parte, está obligado a adoptar “las medidas de protección más eficaces para responder a las necesidades de todas las víctimas por lo que se refiere tanto a la asistencia inmediata como a su recuperación y readaptación a largo plazo...”³ El caso Nicolini enfatiza la necesidad de la tutela de la dignidad humana y de la potestad del Juez Laboral⁴ acerca de la aplicación de los principios procesales de congruencia y el de elasticidad, desechando el control estático, en la dilucidación de controversias que reclaman la tutela urgente de derechos fundamentales⁵. En el caso de percibirse la existencia de trabajo forzado el Juez debe responder, bajo la premisa de la aplicación del enunciado constitucional de la tutela urgente, a las pretensiones sobre derechos fundamentales para hacer efectivas la responsabilidad civil, el pago de daños, la reparación de perjuicios en que incurren los implementadores de trabajo forzoso; aun cuando estos extremos no hayan sido expresamente demandados en los procesos judiciales laborales. El Juez Laboral no debe preocuparse sino de verificar la validez de la norma y su necesaria compatibilidad con la Carta Fundamental⁶.

El principio de elasticidad en sede laboral efectivamente constituye una herramienta procedimental con la cual los jueces pueden sostener válidamente una teoría y práctica de control dinámico de los procesos, entendida ésta como la posición preferente que asigna la Constitución y



la ley a los jueces laborales cuando de vulneraciones a los derechos fundamentales se trata.

La tipificación del delito de trabajo forzoso no exige la ausencia de remuneración como requisito. Se trata, más bien, de la dignidad de las condiciones de vida personal y laboral. La nota distintiva del trabajo forzoso es la precariedad en la que sobrevive el trabajador; precariedad que anula su capacidad para defender su dignidad ante situaciones de hecho que violan aquellas mínimas «condiciones de vida» material que son inherentes a la propia existencia del ser humano cuando se halla en el ámbito laboral.

En este punto hay que retrotraerse al concepto clásico de dignidad humana que reconoce la condición propiamente humana; los elementos constitutivos de la persona como realidad moral, física, psíquica y espiritual; y la reconoce como sujeto y no como «objeto» de los acontecimientos y de las situaciones; y que lo capacita para formar libremente su voluntad y actuar conforme a ella.

La pena será privativa de libertad no menor de doce años ni mayor de quince años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias (...)

³ OIT Recomendaciones sobre el trabajo forzoso (Medidas complementarias), 2014 (núm. 203)

⁴ Ver Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo.

https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/actividades/docs/314_17_nlpt_ley_29497.pdf

⁵ Se debe tener en cuenta los ya existentes precedentes de la aplicación del principio de elasticidad que contempla el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

⁶ Ver: <https://edwinfigueroa.wordpress.com/4-el-principio-de-elasticidad-en-sede-constitucional/>

El Fuero Sindical en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo



“ Se analiza la regulación del fuero sindical en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. ”

Por: Javier Arévalo Vela

Magíster en Derecho, Presidente de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República y Docente de la Maestría en Derecho del Trabajo de la Universidad San Martín de Porres (USMP).



El fuero sindical es una creación del derecho latinoamericano, surge originalmente como una forma de protección solo de los dirigentes sindicales contra el despido hasta evolucionar llegando a ser una forma de protección de todo trabajador contra actos antisindicales.

Esta garantía sindical encuentra fundamento constitucional en el inciso 1) del artículo 28° de la Constitución Política de 1993, formando parte del contenido del derecho a la libertad sindical.

La libertad sindical podemos definirla como la facultad autónoma que tienen los trabajadores para poder constituir organizaciones sindicales, así como para afiliarse a ellas con la finalidad de

¹ STC N° 008-2005-PI/TC de fecha 12 de agosto de 2005, fundamento 27.

² STC N° 5474-2006-AA de fecha 25 de setiembre de 2006, fundamentos 3 y 4.

³ STC N° 02318-2007-AA de fecha 28 de enero de 2009, fundamento 10.

⁴ ELIAS MANTERO, Fernando: *Derecho Laboral. Relaciones Colectivas de Trabajo*, Editorial JUS Editores, Lima 1995. p. 99.

⁵ SANDOVAL RODRIGUEZ, Isaac: *Convenio o Contrato Colectivo de Trabajo*, Santa Cruz: Editora Sirena 2000, p. 44

defender sus intereses gremiales o desafiliarse de las mismas sin que esto condicione su permanencia en el empleo.

Como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional⁶, la libertad sindical tiene dos dimensiones, una individual o *intuitu personae*, y otra plural o colectiva. La dimensión individual está referida a la constitución de un sindicato y a su afiliación; mientras que la dimensión plural o colectiva protege que los sindicatos puedan funcionar libremente sin injerencias de ningún tipo.

A nivel de instrumentos internacionales, el fuero sindical encuentra sustento también en los Convenios y Recomendaciones que a continuación se enumeran:

1.1. Convenios OIT

- **Convenio N° 87**, sobre Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación (1949) aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa N° 13281 del 15 de diciembre de 1959;
- **Convenio N° 98**, sobre Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva (1949) aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa N° 14712 del 18 de noviembre de 1963;
- **Convenio N° 151**, sobre la Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública ratificada por la Décimo Séptima Disposición Transitoria de la Constitución Política de 1979.
- **Convenio N° 135**, sobre representantes de los trabajadores, 1971, no ratificado por el Perú.
- **Convenio N° 154**, sobre la negociación colectiva, 1981, no ratificado por el Perú.

1.2. Recomendaciones OIT

- **Recomendación N° 91**, sobre contratos colectivos, 1951.
- **Recomendación N° 143**, sobre los representantes de los trabajadores, 1971.
- **Recomendación N° 159**, sobre las relaciones de trabajo de la administración pública, 1978.

2. La libertad sindical como fuente de origen del fuero sindical

Si bien la libertad sindical es un derecho fundamental cuyo origen se encuentra en los convenios internacionales y en la propia Constitución; sin embargo, para que se haga efectiva su vigencia es necesario que se dicten normas tanto sustantivas como procesales. Al primero grupo pertenece al Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 de setiembre de 2003 (en adelante TUOLRCT); mientras que en el segundo grupo, se encuentra la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497 (en adelante NLPT), publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de enero de 2010, y vigente de forma progresiva a partir del 15 de julio del mismo año



⁶ PASCO COSMÓPOLIS, Mario: *Los sindicatos en el Perú*. EN: *Los Sindicatos en Iberoamérica*, Editorial Aele, Lima 1988. p. 296.

⁷ ERMIDA URIARTE, Oscar: *La Protección contra los Actos Antisindicales*. 1ª. Reimpresión. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo – Uruguay 1995. p. 9.

⁸ ECHAÍZ MORENO, Daniel: *El fuero sindical (una técnica laboral tuitiva)*. EN: www.legalinfo-Panama.com. p. 4.

⁹ CABANELLAS, Guillermo: *Derecho Sindical y Corporativo*, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. p.751.

El fuero sindical constituye una dimensión del derecho de libertad sindical, en tal sentido el Tribunal Constitucional ha precisado lo siguiente:

«(...) la libertad sindical protege a los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos; es decir, protege a los representantes sindicales para su actuación sindical. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades tales como el derecho de reunión sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y el derecho de huelga.»

4. En efecto, esta es la protección sindical conocida como fuero sindical, que es una de las dimensiones del derecho de sindicación y de la libertad sindical que se deriva del artículo 28° de la Constitución y que tiene protección preferente a través de amparo (...)»².

Según Tribunal Constitucional el fuero sindical constituye un instrumento importante para la vigencia de la libertad sindical, al respecto sostiene:

«10. Asimismo, tal como fuera señalado en el fundamento 12 de la STC N° 0206-2005-PA, el fuero sindical reviste de especial relevancia dado que sin él no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades, tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga»³.

3. Definición de fuero sindical



No resulta fácil el establecer una definición de fuero sindical, pues, el contenido del mismo ha ido evolucionando, tanto en el ámbito subjetivo; es decir, respecto de los sujetos a quienes les resulta aplicable; como en el ámbito objetivo, es decir, en relación al contenido del mismo.

En la doctrina encontramos las definiciones de fuero sindical siguientes:

Según ELÍAS:

«El llamado “fuero sindical” es un mecanismo de protección que ha establecido la ley a favor de determinadas personas que realizan ciertos actos de actividad sindical. Su principal objetivo es recortar algunas acciones del empleador permitidas normalmente por la ley o por el ejercicio de la facultad de dirección que pudieran afectar la actividad del dirigente sindical tales como el despido arbitrario o el cambio de centro de trabajo»⁴.

SANDOVAL por su parte explica lo siguiente:

«De ahí el reconocimiento del fuero sindical que viene a ser la garantía de inamovilidad temporal conferida por la ley a favor de algunos trabajadores como protección al ejercicio de la libertad sindical, y en virtud de la cual no pueden ser despedidos, trasladados, desmejorados en su condición de trabajo, sin causa justa, previamente calificada por la autoridad competente»⁵.

¹⁰ MARTÍNEZ VIVOT, Julio: Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Astrea, Buenos Aires 1988. p.468.

¹¹ FLORES POLO, Pedro: Diccionario Jurídico Fundamental, 2ª. Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima 2002. p. 357.

¹² RUPRECH, Alfredo: Garantías de pleno y libre ejercicio de la libertad sindical. EN: Derecho colectivo laboral, Editorial de Palma, Edición 1973. p.445.

¹³ GÓMEZ VALDEZ, Francisco: Derecho del Trabajo, Editorial San Marcos, Lima 2005. pp.273-274.

¹⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo: La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación, 1ª. Edición, Edit. Plades 2010. pp.179-180

En nuestro derecho positivo encontramos que el artículo 30° del TUOLRCT define el fuero sindical en los términos siguientes:

«El fuero sindical garantiza a determinados trabajadores no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación.

No es exigible el requisito de aceptación del trabajador cuando su traslado no le impida desempeñar el cargo de dirigente sindical».

PASCO considera la definición siguiente:

«En lo sindical interesa su acepción de “conjunto de privilegios”, vale decir, las medidas legales de carácter especial destinadas a proteger a los dirigentes sindicales y a garantizarles libertad de acción en el ejercicio de sus funciones. En concreto, es la protección contra la amenaza de despido, el traslado arbitrario u otras formas de persecución o discriminación a causa de su actividad gremial»⁶.

ERMIDA nos dice que:

«(...) es actualmente definido como el conjunto de medidas de protección del dirigente y del militante sindical, que tienden a ponerlos a cubierto de los perjuicios que puedan sufrir por su actuación y a posibilitar un desarrollo normal y eficaz de la actividad sindical»⁷.

Por su parte ECHAÍZ explica lo siguiente:

«(...) el fuero sindical es aquel conglomerado de providencias destinado a brindar protección a todo trabajador que realice actividad sindical contra cualquier acto atentatorio de la libertad sindical; esta protección comprende la prevención, el control y la reparación de los actos discriminatorios antisindicales»⁸.

4. Críticas al término fuero sindical

La doctrina no es unánime en aceptar la expresión fuero sindical como adecuada para expresar



el contenido que se le atribuye, sino por el contrario existen posiciones disidentes contra dicho término.

CABANELLAS expresa la siguiente:

«(...) es sabido que la etimología latina fórum, foro o tribunal, es aceptada generalmente para la voz fuero, superada por muy pocas en acepciones jurídicas. Ninguna de éstas se refiere al concepto que hemos dado, plegándonos, empero, a utilizar una denominación que no corresponde de manera alguna, pero que el uso ha adaptado.

Se ha confundido la prerrogativa que es la inmunidad que se concede a determinados dirigentes sindicales, con el fuero como jurisdicción o potestad con el carácter de privilegiado, y que en este caso se otorgaría a cierta clase de causas o que se refieren a ciertas personas, cuyo conocimiento se substraen a los tribunales ordinarios. Y esta confusión es tanto más posible cuando se da al fuero sindical alcances insospechados en un concepto de inmunidad en ciertos proyectos, para por ellos conceder una determinada prerrogativa procesal a algunos dirigentes sindicales, que los exima de ser detenidos o presos, salvo casos dispuestos en las leyes, y procesados y juzgados sin la expresa autorización del organismo al que se atribuya la misma»⁹.

MARTÍNEZ considera que más apropiado es el término garantías sindicales y cuestiona la expresión fuero sindical en los términos siguientes:

¹⁵ CARRILLO CALLE, Martín: *Fuero Sindical*. EN: *Derecho Colectivo del Trabajo Materiales de Enseñanza*, 2ª. Edición, Edición Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1990, pp. 176-177.

¹⁶ Casación N° 953-2001 UCAYALI de fecha 24 de setiembre de 2001.

¹⁷ Casación N° 5481-2015 LIMA NORTE de fecha 04 de noviembre de 2015.

¹⁸ ELIAS MANTERO, Fernando: *Op. Cit.* p.105.

«Están constituidas por ciertos derechos que se establecen para asegurar el ejercicio de la actividad sindical, ya vinculadas a la existencia y funcionamiento del sindicato mismo, así como al ejercicio de las funciones propias y necesarias de sus dirigentes o de sus representantes. En muchos casos se las designa con el nombre de fuero sindical, pero esta expresión tiene un origen y tradición que inducen al rechazo. Este fuero, según el diccionario de la Academia de la Lengua Española, en las acepciones más vinculadas al sentido y función que quiere dársele en el derecho del trabajo, es tanto como cada uno de los privilegios que se conceden a una persona, o “competencia a la que legalmente la partes están sometidas y por derecho les corresponde”, o “aquel de que gozan ciertas personas de llevar sus causas a tribunales por privilegio del cuerpo de que son miembros»¹⁰ .

FLORES en discrepancia con las posiciones antes citadas sostiene lo siguiente:

«En nuestra opinión no es el efecto querido de quienes usan del fuero sindical, y las críticas son exageradas, porque, en realidad, no se conocen casos en que alguien haya pretendido sustentar que el concepto del fuero sindical ampare una inmunidad de sometimiento jurisdiccional para salirse de la esfera de los tribunales ordinarios. Si bien, efectivamente el concepto está mal empleado, sus límites los define la propia realidad laboral y los explica (justifica) la costumbre de los trabajadores de exigir algo en forma ilimitada o abrumadora para que se les conceda lo que normalmente corresponde»¹¹ .

5. Características del fuero sindical

La doctrina atribuye al fuero sindical diversas características, por lo que a continuación presentaremos algunas de estas caracterizaciones.

Para RUPRECH el fuero sindical presenta los caracteres siguientes:

«La garantía que otorga el denominado fuero sindical consiste, como vimos precedentemente,

en asignar a los dirigentes la posibilidad de cumplir libremente su mandato, y en cuanto a la masa trabajadora, que pueda ejercer sin cortapisas su derecho de agremiación.

Con relación a nuestras leyes, NÁPOLI estima que ostentan los siguientes caracteres, si bien limitados a los dirigentes únicamente:

- a) Es una garantía calificada o funcional, dado que se otorga para cumplir la función sindical;
- b) Es una garantía relativa, puesto que no puede ser invocada en ciertas situaciones que la ley prevé;
- c) Es una garantía condicionada, pues debe cumplirse con los requisitos legales preestablecidos;
- d) Es una garantía limitada, que únicamente por convención expresa puede ser extendida más allá de lo que la ley determina.

Como toda garantía o derecho, el instituto ha sido reglamentado, y para su ejercicio –que no puede ser absoluto– deben cumplirse determinados requisitos»¹² .

Creemos que la enumeración de características del fuero sindical más acertada es la propuesta por el profesor GÓMEZ, quien señala lo siguiente:

- Se trata de una garantía dada a ciertos trabajadores que han formado un sindicato para hacer tangible su representación;
- Es una garantía de inmovilidad del status del trabajador que ejerce una actividad sindical;
- Es una garantía para impedir la modificación sustancial del contrato de trabajo con ocasión de ejercer el derecho de sindicación;
- Se trata de una garantía temporal, pues dura en tanto se ejercite el derecho de representación sindical, y finaliza meses después de expirarse el mandato;
- Es una garantía que su vínculo a cierto ámbito: dirigentes de un sindicato, federación o confederación de trabajadores;
- Esta garantía está reservada a los dirigentes del sindicato, y es entregado a los miem-

¹⁹ STC N° 0206-2005-AA de fecha 15 de noviembre de 2007, fundamento 13.

²⁰ STC N° 5474-2005-PA/TC de fecha 25 de setiembre de 2007, fundamento 6.

²¹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5ª. Edición revisada, Ginebra 2006. p. 172.

²² Casación N° 450-2001 LIMA de fecha 03 de julio de 2001.



bros que, según los grados sindicales, ha de corresponderles conforme a ley»¹³.

6. Antecedentes históricos del fuero sindical en el Perú

En el Perú, el fuero sindical surgió como un fuero restringido solo para dirigentes.

La Resolución Suprema N° 23 del 18 de febrero de 1957, estableció la protección contra el despido para los representantes de los trabajadores durante la presentación de un pliego de reclamos, la tramitación del mismo y mientras durasen los efectos inmediatos de la ejecución de la resolución o acuerdo que le ponía término, igualmente protegía a los miembros de las juntas directivas de los sindicatos en proceso de organización y de los sindicatos reconocidos, mientras practicasen actos de representación.

La Resolución N° 27 del 20 de abril de 1957, en su artículo 6° estableció que los personeros de los sindicatos en formación no podían ser despedidos durante un mínimo de tres (03) meses, ni los miembros de la Junta Directiva de los sindicatos establecidos, cuando ejerciten actos de representación, siempre que no hubiesen incurrido en falta grave.

La Resolución Suprema del 10 de octubre de

1957 estableció que gozaban de amparo sindical en los sindicatos bases, el secretario general, secretario de defensa, secretario de organización, secretario de economía, secretario de disciplina y secretario de prensa y propaganda, mientras que en los sindicatos de grado superior gozaban de este amparo los miembros de sus juntas directivas.

La Resolución Suprema del 17 de octubre de 1957 precisó que la Resolución Suprema del 07 de octubre del mismo año no afectaba el derecho de asociación de los trabajadores; asimismo, dejó sin efecto la Resolución Suprema N° 004 del 09 de octubre del mismo año, sobre organización sindical.

7. El fuero sindical amplio y el fuero sindical restringido

En la doctrina laboralista se discute sobre si el fuero sindical debe ser considerado con un criterio amplio o con un criterio restringido.

Nos encontraremos ante un caso de fuero sindical restringido cuando la protección objetiva esté limitada contra el despido y cambio de colocación; mientras que la protección subjetiva se restringe solo a los dirigentes sindicales.

El TUOLRCT recoge el modelo de fuero sindi-

²³ MERCADER UGUINA, JESÚS R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 8ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2015. pp. 705-706.

²⁴ Casación N° 297-99 DEL SANTA de fecha 30 de mayo de 2000.

²⁵ ELIAS MANTERO, Fernando: *Op. Cit.* p.100

²⁶ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Op. Cit.* p.171.

²⁷ Casación N° 10984-2014 LIMA NORTE de fecha 06 de enero de 2016.

²⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Op. Cit.* p. 174.

cal restringido.

Por otra parte, nos encontraremos ante un supuesto de fuero sindical amplio cuando la protección objetiva se encuentre dirigida a cualquier acto antisindical del empleador, incluso del Estado o de terceros, y la protección subjetiva abarque a todo trabajador que realice actividad sindical, sea o no dirigente.

VILLAVICENCIO comentando la concepción de fuero sindical recogida por el TUOL-RCT nos dice lo siguiente:

«Como se puede ver con claridad, la regulación reseñada consagra un fuero sindical doblemente restringido, puesto que en lo subjetivo está referido solo a los dirigentes sindicales, y ni siquiera a todos ellos sino a un número reducido, y en lo objetivo solo se protege respecto de dos actos antisindicales: los despidos y los traslados sin causa justa debidamente comprobada o sin su aceptación; siendo por ello claro que el agente infractor previsto por el legislador es sólo el empleador. Bien es cierto que tanto los sujetos protegidos son los más expuestos y que las conductas proscritas son las más graves, pero también hay que concordar en que la acotación del ámbito de la protección exclusivamente a estos y estas muestra la enorme insuficiencia de la regulación legal; mas aun cuando se sabe que las dos conductas se dan mayoritariamente por el lado de los aumentos discriminatorios a los no sindicados y desafiados, la no promoción de los activistas sindicales, las sanciones disciplinarias abusivas, etc.»¹⁴.

CARRILLO por su parte formula el comentario siguiente:

«En igual sentido, el Comité de Libertad Sindical de la OIT se ha pronunciado en más de medio centenar de casos sosteniendo que la protección debe alcanzar a todos los trabajadores y que dicha protección es particularmente necesaria tratándose de dirigentes sindicales, como se desprende, además, de la interpretación literal del Artículo 1° del convenio de la OIT N° 98 se ha dicho con razón si sólo se protegiera a los demás representantes de los trabajadores y se permitiera actos discriminatorios contra los afiliados y otros trabajadores que desempeñan acciones

gremiales, el sistema de protección de la libertad sindical sería insuficiente y parcial, dado que para que se pueda practicar libre y efectivamente la actividad sindical, no sólo es necesario proteger a quienes dirigen y adoptan decisiones, sino que también es necesario cubrir a quienes las ejecutan (Ermida)»¹⁵.

En nuestro país, originalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema se adhirió a la tesis del fuero sindical restringido, tal como expresó al sostener que:

«(...) la nulidad de despido por tener la calidad de representante sindical únicamente es aplicable en aquellos casos en que éstos gozan de la protección del fuero sindical, situación de la cual no goza el demandante por ser un afiliado al Sindicato con la calidad de asesor interno, por tanto no reúne las características de un representante y menos le puede alcanzar tal protección»¹⁶.

Actualmente, el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la República ha cambiado, así tenemos que a través de una ejecutoria que constituye doctrina jurisprudencial de obligatorio cumplimiento para los jueces, se ha adherido a la tesis del fuero sindical amplio, expresando lo siguiente:

«Teniendo en cuenta las discrepancias existentes en la Doctrina y que el Derecho del Trabajo persigue la protección de los derechos de los trabajadores, más aún, considerando que la libertad sindical constituye uno de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo aprobado por la OIT en su Declaración de junio de mil novecientos noventa y ocho; esta Suprema Sala adopta como criterio de interpretación de los alcances del fuero sindical la concepción de fuero sindical amplio, por lo que los jueces deberán considerar esta institución como el conjunto de medidas destinadas a proteger no solo a los dirigentes sindicales previstos por la ley durante su gestión, sino también aquellos que hayan sido





cesados en el cargo, si el despido se ha originado por su actividad sindical pasada, así como también a proteger a todo trabajador contra el despido y cualquier acto de hostilidad motivado por su participación en la actividad sindical»¹⁷.

Consideramos un gran acierto el fallo del máximo órgano de justicia peruana, pues, el fuero sindical debe proteger tanto a los dirigentes sindicales como a todo trabajador no solo contra el despido, sino también contra cualquier acto antisindical motivado en su participación en actividades sindicales presentes o pasadas, provenga del empleador o de terceros.

8. Clasificación del fuero sindical en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

Tanto la Doctrina como el Derecho Comparado admiten diversas clasificaciones del fuero sindical; sin embargo, para efectos de este trabajo asumiremos la consignada por nuestro derecho positivo en el artículo 31° del TUOLRCT.

8.1. Fuero de los fundadores y adherentes (inciso a) del artículo 31°)

Es la protección que la ley otorga a todos aquellos trabajadores que hayan participado en la constitución de un sindicato desde su fundación hasta transcurrido un determinado tiempo previsto en la ley.

El inciso a) del artículo 31° del TUOLRCT, prevé que esta clase de amparo de fuero sindical alcanza a «Los miembros de los sindicatos en formación, desde la presentación de la solicitud de

registro y hasta tres (3) meses después».

ELÍAS comenta la norma antes mencionada en los términos siguientes:

«Se hace mención a los “miembros”, y no a los “miembros de la junta directiva”. Ello lleva a pensar que todo aquél trabajador que interviene en el proceso de formación está protegido por el amparo sindical a fin de evitar cualquier acción encaminada al entorpecimiento, como por ejemplo retirando la adhesión»¹⁸.

Por nuestra parte, consideramos que la redacción de la norma nacional es defectuosa, pues, limita la protección solo a los trabajadores que participan en la formación de un sindicato «(...) desde la presentación de la solicitud de registro (...)» dejando desamparados a todos aquellos que participan en los actos preparatorios previos a la solicitud de registro, tal sería el caso de quienes proponen la formación del sindicato, los que integran el comité organizador del mismo, los que realizan labor de difusión entre los demás trabajadores para lograr el número mínimo de miembros que permita fundar el sindicato, y en general, todos aquellos que se encargan de realizar los actos necesarios para que se pueda llevar a cabo la fundación del sindicato con anterioridad a la solicitud de registro.

En cuanto al fuero de los adherentes, este otorga protección a todos los trabajadores que se afilien a un sindicato hasta transcurrido un determinado tiempo después de la afiliación sindical.

El inciso b) del artículo 2° del Convenio N° 98 de la OIT, considera que la protección contra actos de discriminación antisindical deberá ejercerse contra todo acto que tenga por objeto: «Despedir a un trabajador o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical (...)».

Por su parte el inciso a) del artículo 5° del Convenio N° 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (no ratificado por el Perú), considera entre los motivos por los cuales no debe ser despedido un trabajador: «la afiliación a un sindicato (...)».

8.2. Fuero de los directivos (primera parte del inciso b) del artículo 31°)

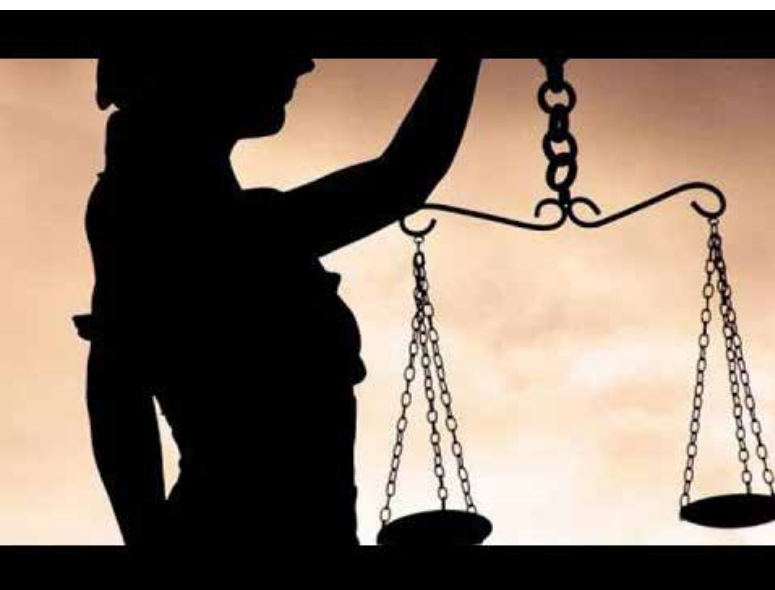
Conocido también como fuero ordinario, es el que se concede a los dirigentes sindicales duran-

te el tiempo que dure su mandato.

La Recomendación N° 143 de la OIT, sobre los representantes de los trabajadores, 1971 en su numeral 5 establece que:

«Los representantes de los trabajadores en la empresa deberían gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales representantes, (...)».

El TUOLRCT señala que el fuero sindical ampara a «Los miembros de la junta directiva de los sindicatos, federaciones y confederaciones, así como delegados de las secciones sindicales. En el marco de la negociación colectiva se po-



drá ampliar el ámbito de protección sindical. El estatuto señalará los cargos que comprende la protección» (inciso b) del artículo 31°).

El Tribunal Constitucional considera que la dimensión colectiva individual y plural de la libertad sindical comprende también:

«(...) una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado»¹⁹.

En cuanto al número de dirigentes amparados por el fuero sindical este debe ser producto del libre acuerdo de las partes mediante el pacto colectivo; sin embargo, a falta de tal acuerdo será el señalado en la ley.

Actualmente, el artículo 31° del TUOLRCT, en sus párrafos segundo y tercero establece que:

«Las partes podrán establecer en la convención colectiva el número de dirigentes amparados. A falta de acuerdo los dirigentes amparados en sindicatos de primer grado, no excederán de tres (3) dirigentes si el sindicato tiene hasta cincuenta (50) afiliados, agregándose un (1) dirigente para cada cincuenta (50) afiliados adicionales, hasta un máximo de doce (12) dirigentes.

En las federaciones de dos (2) dirigentes multiplicados por el número de sindicatos afiliados, no pudiendo sobrepasar en cualquier caso de quince (15), ni comprender más de un (1) dirigente por empresa. En la Confederación hasta dos (2) dirigentes multiplicados por el número de federaciones afiliadas, no pudiendo sobrepasar en cualquier caso de veinte (20), ni comprender más de un dirigente por empresa.

Mediante convención colectiva se podrá fijar un número mayor de dirigentes amparados por el fuero sindical».

Como podrá apreciarse, en principio el TUOLRCT deja al acuerdo de las partes la determinación de cuántos dirigentes sindicales pueden ser amparados por el fuero sindical; solo a falta de dicho acuerdo se deberá tener en cuenta el número de dirigentes previsto por los párrafos segundo y tercero de su artículo 31°, consignando expresamente la prohibición siguiente: «No podrá establecerse ni modificarse el número de dirigentes amparados por el fuero sindical por acto o por norma administrativa». Con lo que queda claro que el convenio colectivo, la ley y el laudo arbitral a falta de acuerdo de las partes, son las únicas fuentes de origen del fuero sindical.

8.3. Fuero de los reclamantes (incisos c) y e) del artículo 31°)

Es la protección que se otorga a los miembros de la comisión encargada de negociar el pliego de reclamos durante un procedimiento de negociación colectiva.

El TUOLRCT extiende la protección del fuero sindical a: «Los delegados a que se refiere el artículo 15° y los delegados a que se refiere el artículo 47° de la presente norma» (inciso c) del artículo 31°).

El artículo 15° se refiere a los delegados sindicales que representan a los trabajadores ante

el empleador en las empresas donde no exista el número mínimo de aquellos para constituir un sindicato; mientras que el artículo 47° está referido a la comisión negociadora de la convención colectiva constituida por no menos de tres (03) ni más de doce (12) miembros plenos, cuyo número podrá regularse en atención al ámbito de aplicación de la convención y en proporción al número de trabajadores comprendidos.

En los casos de negociaciones colectivas en empresas que no tienen un sindicato constituido, el fuero de los reclamantes alcanza a los dos (02) delegados sindicales a que se refiere el artículo 15° del TUOLRCT.

El TUOLRCT extiende el amparo de este fuero a los miembros de la comisión negociadora de un pliego petitorio, no necesariamente de remuneraciones o condiciones de trabajo, cuando preceptúa que el fuero sindical también alcanza a «Los miembros de la comisión negociadora de un pliego petitorio, hasta tres (03) meses después de concluido el procedimiento respectivo» (inciso e) del artículo 31°).

Somos de la opinión que el fuero de los reclamantes se extiende a aquellos dirigentes que participan de las negociaciones de un cese colectivo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, conforme a lo previsto en el artículo 48° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR del 21 de marzo de 1997 (en adelante TUOLPCL); salvo que el cese del dirigente resulte ser imposible de evitar, y siempre que se justifique tal decisión conforme al artículo 62° del Decreto Supremo N° 001-96-TR.

Nuestra opinión encuentra respaldo en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la inclusión en un cese colectivo del secretario general de un sindicato, en el cual expresa que:

«Para este colegiado es manifiesta la vulneración de la libertad sindical y del fuero sindical de don Julio Falla Juárez, toda vez que la inclusión del Secretario General del Sindicato en la relación de trabajadores comprendidos en el cese colectivo afectaba seriamente la capacidad de negociación de los dirigentes del Sindicato e impedía una adecuada representación y defensa de los intereses de los trabajadores afectados con el cese colectivo, ya que lesionaba la equiparidad mínima necesaria para entablar las negociaciones entre

la empresa y el sindicato. Por lo tanto, se constata, como ya se dijo, la vulneración a la libertad sindical y al fuero sindical de Julio Falla Suárez, quien hasta la fecha mantiene la condición de Secretario General del Sindicato»²⁰.

Respecto al despido de trabajadores que participen en la negociación del pliego de reclamos, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) considera lo siguiente:

«808. En ningún caso un dirigente sindical debería poder ser despedido por el simple hecho de presentar un pliego de peticiones; ello constituye un acto de discriminación sumamente grave»²¹.

Creemos que el TUOLRCT presenta una deficiencia en cuanto esta clase de fuero, pues, no ha considerado la protección por fuero sindical en los casos de huelga.

8.4. Fuero de los candidatos (inciso d) del artículo 31°)

Es la protección que se otorga a aquellos trabajadores que aún no tienen la condición de dirigentes por estar postulando a un cargo directivo en el sindicato o que intentaron tener tal calidad sin alcanzarla, por no haber sido elegidos en las elecciones sindicales.

El inciso a) del artículo 5° del Convenio N° 158 de la OIT, considera entre los motivos que no darán lugar a la terminación de la relación de trabajo «(...) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado con esa calidad».

El TUOLRCT ha previsto que gocen de fuero sindical «Los candidatos a dirigentes o delegados, treinta (30) días calendario antes de la rea-



lización del proceso electoral y hasta treinta (30) días calendario después de concluido éste» (inciso d) del artículo 31°).

La norma citada resulta concordante con el artículo 29° del TUOLPCL, el cual ha señalado que es nulo el despido que tenga por motivo «ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad».

Por su parte el artículo 46° del Decreto Supremo N° 001-96-TR del 26 de enero de 1996, al respecto ha regulado lo siguiente:

«La nulidad del despido procede:

- a) Tratándose de candidatos a representantes de los trabajadores debidamente inscritos dentro de los treinta (30) días anteriores a la realización del proceso electoral, hasta treinta (30) días después de concluido éste;
- b) Tratándose de representantes de los trabajadores, hasta noventa (90) días después de haber cesado en el cargo.

En ambos casos la protección alcanza sólo a quienes postulan, han sido elegidos o han cesado en cargos que gozan de fuero sindical, conforme a ley».

La Corte Suprema de Justicia de la República respecto al despido de dirigentes y candidatos a cargos sindicales ha sostenido lo siguiente:

«El despido del actor produce en circunstancias que éste se encontraba como candidato a la Junta Directiva de un sindicato, en acto irrestricto de libertad sindical. (...) Que, en este sentido, es de aplicación el artículo veintinueve de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, concordante con el artículo treinta y ocho del mismo texto legal, estando frente a un despido nulo. Siendo la norma clara y precisa en la institución del despido nulo y la protección al fuero sindical»²².

8.5. Fuero convencional

Es la protección que se otorga a través de pacto colectivo a trabajadores distintos a los que la ley expresamente señala como beneficiarios del fuero sindical.

El TUOLRCT señala que: «Las partes podrán establecer en la convención colectiva el número de dirigentes amparados. (...)» (primera parte del segundo párrafo del artículo 31°).

La existencia de esta clase de fuero es consecuencia del pleno ejercicio de la libertad sindical, la que permite que por acuerdo de partes se

incrementa el número de dirigentes que gozarán del fuero sindical, pudiendo incluso extenderse el fuero sindical a trabajadores que no tengan la condición de dirigentes.

9. Comunicación a la Autoridad Administrativa de Trabajo

La organización sindical está obligada a poner en conocimiento del empleador y de la Autoridad Administrativa de Trabajo los nombres y cargos de los dirigentes que gozan de fuero sindical (artículo 18° del Decreto Supremo N° 011-92-TR).

Según el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (www.mintra.gob.pe) el trámite del registro de trabajadores que gozan de fuero sindical es el siguiente:

Presentar una solicitud a la Subdirección de



Registros Generales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo suscrita por la representación sindical vigente de la organización sindical, registrada por la Autoridad Administrativa de Trabajo adjuntando:

- Relación de dirigentes sindicales amparados por el fuero sindical, indicando sus nombres y los cargos que deben estar previstos en las normas estatutarias, debiendo tener en cuenta el número de trabajadores u organismos sindicales afiliados, de acuerdo a la naturaleza de la organización sindical.
- Copia de comunicación dirigida al empleador, debidamente recepcionada cuando corresponda.

El trámite es gratuito, iniciándose ante la Oficina de Administración Documentaria, Archivo y Biblioteca.

Debe tenerse presente que al igual como sucede con el registro del sindicato, el comunicar a la Autoridad Administrativa de Trabajo el nombre y los cargos de los dirigentes sindicales no es un acto constitutivo del derecho al fuero sindical.

10. Extinción del fuero sindical

El TUOLRCT no contempla expresamente las formas de extinción del fuero sindical; sin embargo, de una interpretación integral del ordenamiento jurídico nacional podemos obtener las causas de extinción del fuero sindical, las que describiremos a continuación.

10.1. La disolución y liquidación del centro de trabajo, y la quiebra

Una empresa puede disolverse y liquidarse de acuerdo a su naturaleza jurídica por cualquiera de las causales que prevé la ley que le sea aplicable, o ser declarada en quiebra con el consiguiente cese de actividades.

En estos supuestos no solo el centro de trabajo desaparece de la vida jurídica para todos sus efectos, sino también que los contratos de trabajo vigentes, incluidos los de trabajadores amparados por el fuero sindical, también se extinguen, y con ellos la protección que gozaban.

El inciso c) del artículo 46° del TUOLPCL establece que constituye una causa objetiva de extinción de la relación de trabajo «La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra».

Por lo general, la disolución y liquidación de una empresa, cualesquiera sea el motivo incluida la quiebra, no es un procedimiento automático sino que atraviesa por determinadas etapas que, en algunas oportunidades obligan a que el personal vaya siendo despedido poco a poco; en estos casos somos de la opinión que el cese de los trabajadores que gozan de fuero sindical debe ser el más remoto, salvo que por motivos inherentes al proceso de liquidación ello no fuera posible, por lo tanto, creemos que resultará antisindical el cese de un trabajador protegido si con posterioridad a



su despido, continuaran laborando otros trabajadores, aunque fuera en actividades residuales.

10.2. El cese por caso fortuito y la fuerza mayor, así como los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos

Los incisos a) y b) del artículo 46° del TUOLPCL, señalan como causas objetivas de la extinción de la relación de trabajo «el caso fortuito y la fuerza mayor» así como «los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos».

En el caso de ceses colectivos, los dirigentes afectados gozan de la garantía de permanencia.

Esta garantía establece la preferencia que deben gozar los dirigentes sindicales respecto de los demás trabajadores de la empresa, en el caso que se produzca una terminación colectiva de los contratos de trabajo que tenga como causa el caso fortuito o la fuerza mayor, así como motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos.

La finalidad que persigue la garantía de permanencia según MERCADER es la siguiente:

«(...) La finalidad de esta garantía busca impedir que las decisiones empresariales, aun estando plenamente justificadas, puedan redundar en una perturbación innecesaria y evitable de la función representativa al separar al representante de los representados. La misma opera en los supuestos de suspensión o extinción del contrato por regulación del empleo, en los despidos objetivos por amortización de puesto de trabajo y en los supuestos de movilidad geográfica. Lo anterior no significa que no puedan ser trasladados, sino que ante la opción de trasladar a un trabajador representante y a uno que no lo es, el empresario deberá aplicar la preferencia de permanencia al primero sobre el segundo. Se considera que la prioridad de permanencia prevalece sobre las preferencias pactadas en convenio colectivo. En

caso de concurrencia de varios representantes, la aplicación de la regla de prioridad toma como criterios de solución el orden de presentación en la lista electoral y el ámbito de afectación de la representación electa»²³.

En el Perú, el literal b) del artículo 63° del Decreto Supremo N° 001-96-TR publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 26 de enero de 1996, regula la garantía de permanencia de los dirigentes que gozan de fuero sindical en los casos de cese colectivo por causas objetivas en los términos siguientes:

«Artículo 63.- Para efectos de la aplicación de los incisos a) y b) del Artículo 80 de la Ley, el empleador al dar cuenta a la Autoridad Administrativa de Trabajo, para la iniciación del expediente, adjuntará la siguiente información:

b) La justificación específica, en caso de incluirse en el cese a trabajadores protegidos por el fuero sindical (...).

Consideramos que la regulación legislativa peruana posee dos defectos que debilitan la protección de los representantes de los trabajadores, estas deficiencias son:

- Se limita a los trabajadores que gocen de "fuero sindical" dejando desprotegidos a los dirigentes y demás representantes que no tengan este beneficio, en cuyo caso el empleador podría incluirlos en un cese colectivo sin mayor inconveniente y deshacerse de ellos, lesionando así el derecho de libertad sindical.

- No se considera el agotar la posibilidad que el trabajador protegido por la garantía de permanencia ante un cese colectivo por causas objetivas pueda continuar laborando para la empresa en otro puesto de trabajo para el cual cumple los requisitos, pues, de esta manera podría continuar ejerciendo su actividad sindical.

La Autoridad Administrativa de Trabajo al dar su conformidad para el cese de un trabajador protegido por fuero sindical, extingue la protección que gozaba dicho trabajador.

10.3. El despido por causa justa

La protección que el fuero sindical otorga a ciertos trabajadores no constituye una garantía de inmunidad frente al despido, por lo que resulta perfectamente posible que un trabajador amparado por fuero sindical pueda ser despedido si se presenta una causa justa para ello, y siempre que la misma sea debidamente demostrada.

En consecuencia, debe quedar claro que, de surgir una de las causas justas de despido del trabajador previstas en el artículo 22° del TUOLP-CL, sea relacionada con su capacidad o con su conducta, la extinción del contrato de trabajo es procedente, aún cuando el trabajador goce de fuero sindical.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver sobre el despido por falta grave de un dirigente que gozaba de fuero sindical ha sostenido lo siguiente:

«(...) según fluye del propio artículo treinta del Decreto Ley veinticinco mil quinientos noventa y tres, la protección del fuero sindical, en la legislación laboral, no comprende aquellos actos considerados como falta grave, (...) razón por la cual la decisión de la empleadora de despedir al demandante por este hecho no ha afectado el derecho al fuero sindical»²⁴.

En la práctica el despido de dirigentes sindicales se produce mayoritariamente atribuyéndole la comisión de una falta grave.

Sobre esta causal de despido de dirigentes sindicales, ELIAS comenta lo siguiente:

«El dirigente sindical puede ser despedido por comisión de falta grave, pues, el fuero sindical no constituye una protección especial y privilegiada frente a la misma. Cuando el despido se ejecuta por falta grave, el empleador siguiendo las reglas establecidas de la carga de la prueba está obligado a probar los fundamentos del despido. En la práctica esta prueba resulta muy importante pues, algunos jueces consideran que por el solo hecho que un trabajador ocupe un cargo sindical, se debe considerar que su despido puede haberse originado en esta circunstancia»²⁵.

Respecto del despido por causa justa de trabajadores protegidos por el fuero sindical el Co-

mité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT considera lo siguiente:

«801. El principio según el cual un trabajador o un dirigente sindical no debe sufrir perjuicio por sus actividades sindicales, no implica necesariamente que el hecho de tener un mandato sindical confiera a su titular una inmunidad contra un eventual despido cualquiera sea la causa»²⁶.

Es de resaltar que el ejercicio del derecho de libertad sindical por los dirigentes de ninguna manera justifica la falta de respeto a su empleador, así lo ha sostenido la Corte Suprema al señalar lo siguiente:

«Décimo Octavo.- Este Supremo Tribunal considera que una conducta deberá considerarse como faltamiento causal de despido toda aquella expresión insultante, difamatoria o calumniosa por parte del trabajador que puede materializarse en forma verbal o escrita; así como las expresiones, sonidos, gestos, entre otros, que produzcan la falta de consideración y respeto al empleador, a sus representantes, al personal jerárquico, y a otros trabajadores.

En conclusión queda claramente establecido que el ejercicio de la libertad de expresión por los dirigentes sindicales de ningún manera puede efectivizarse afectando el honor o reputación de su empleador u otros trabajadores»²⁷.

Tratándose de despido la materialización del mismo extingue el fuero sindical.

11. La protección del fuero sindical

El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT respecto a la protección procesal de los dirigentes sindicales ha señalado lo siguiente:

«818. Las normas de fondo existentes en la legislación nacional que prohíben actos de discriminación antisindical no son suficientes si las mismas no van acompañadas de procedimientos que aseguren una protección eficaz contra tales actos»²⁸.

El artículo 55° de la NLPT contempla en su inciso a) la medida excepcional de reposición



provisional para proteger a los trabajadores que gozan de fuero de los directivos al establecer lo siguiente: Haber sido al momento del despido dirigente sindical, (...)» y en su inciso b) extiende esta protección a quienes gozan de fuero de los fundadores «estar gestionando la conformación de una organización sindical».

En ambos casos mediante una medida cautelar se podrá obtener la readmisión en el empleo de los trabajadores comprendidos en los fueros antes mencionados.

Opinamos que los dirigentes sindicales no considerados en el fuero de los directivos ni en el fuero de los fundadores, también pueden lograr su reposición provisional por la vía del proceso cautelar solicitando una medida cautelar innovativa de suspensión del despido al amparo del artículo 682° del Código Procesal Civil.

12. Conclusiones

De lo expuesto anteriormente podemos llegar a las conclusiones siguientes:

Primero.- El fuero sindical es un mecanismo protector de la libertad sindical que permite el ejercicio de la misma por parte de los trabajadores que gozan de dicho fuero, protegiéndolos contra el despido y otros actos antisindicales.

Segundo.- El fuero sindical y la libertad sindical son instituciones que se interrelacionan y que se requieren de modo recíproco. Podemos afirmar que la primera es el derecho protector y la segunda es el derecho protegido.

Tercero.- El TUOLRCT se adhiere a la concepción restringida de fuero sindical, limitando su

ámbito subjetivo sólo a ciertos dirigentes y trabajadores, mientras que en su ámbito objetivo la protección se circunscribe solamente contra despidos y traslados injustificados o sin aceptación.

Cuarto.- La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República se adhiere a una concepción de fuero sindical amplio, según la cual los jueces deberán considerar esta institución como el conjunto de medidas destinadas a proteger no solo a los dirigentes sindicales previstos por la ley durante su gestión, sino también aquellos que hayan sido cesados en el cargo, si el despido se ha originado por su actividad sindi-

cal pasada, así como también a proteger a todo trabajador contra el despido y cualquier acto de hostilidad motivado por su participación en la actividad sindical, provengan del empleador o de terceros.

Quinto.- La NLPT ha contemplado un mecanismo de tutela rápida y eficaz de la libertad sindical, y por ende del fuero sindical, como es el proceso abreviado previsto en el inciso 3) de su artículo 2°; y las medidas cautelares para proteger a quienes gozan del fuero de los directivos y el fuero de los fundadores, contempladas en su artículo 55°.

13. Bibliografía

CABANELLAS, Guillermo: Derecho Sindical y Corporativo, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires.

CARRILLO CALLE, Martín: Fuero Sindical. EN: Derecho Colectivo del Trabajo Materiales de Enseñanza, 2ª. Edición, Edición Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1990.

ECHAÍZ MORENO, Daniel: El fuero sindical (una técnica laboral tuitiva). EN: www.legalinfo-Panama.com.

ELIAS MANTERO, Fernando: Derecho Laboral. Relaciones Colectivas de Trabajo, Editorial JUS Editores, Lima 1995.

ERMIDA URIARTE, Oscar: La Protección contra los Actos Antisindicales. 1ª. Reimpresión. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo – Uruguay 1995.

FLORES POLO, Pedro: Diccionario Jurídico Fundamental, 2ª. Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima 2002.

GÓMEZ VALDEZ, Francisco: Derecho del Trabajo, Editorial San Marcos, Lima 2005.

MARTÍNEZ VIVOT, Julio: Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Astrea, Buenos Aires 1988.

MERCADER UGUINA, JESÚS R.: Lecciones de Derecho del Trabajo, 8ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5ª. Edición revisada, Ginebra 2006.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario: Los sindicatos en el Perú. EN: Los Sindicatos en Iberoamérica, Editorial Aeel, Lima 1988.

RUPRECH, Alfredo: Garantías de pleno y libre ejercicio de la libertad sindical. EN: Derecho colectivo laboral, Editorial de Palma, Edición 1973.

SANDOVAL RODRIGUEZ, Isaac: Convenio o Contrato Colectivo de Trabajo, Santa Cruz: Editora Sirena 2000.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo: La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación, 1ª. Edición, Edit. Plades 2010.



DERECHO CIVIL

Algunos Apuntes Sobre la Naturaleza Jurídica de la Posesión Precaria y el Título Justificativo de la Posesión, en el Ordenamiento Jurídico Peruano a la Luz de los Plenos Casatorios Civiles*



como la posesión ilegítima y la posesión precaria, no siguiendo los alcances del Cuarto Pleno Casatorio Civil. En efecto, una lectura pormenorizada de la parte considerativa de esta jurisprudencia vinculante nos lleva a la necesaria conclusión de que en su espíritu primó la exposición hecha por uno de los *amicus curiae*¹, la misma que declaraba en forma indubitable la autonomía conceptual de la posesión precaria en relación a la posesión ilegítima. El tema no es carente de trascendencia práctica. En las siguientes páginas demostraremos porqué no resulta idóneo identificar ambas categorías.

Igualmente, en el presente comentario se abordará a su vez la omisión en la aplicación de las normas pertenecientes al Código Civil de 1936, las cuales son el antecedente de algunos dispositivos normativos vigentes en el Código Civil de 1984, lo cual generó una decisión judicial alejada de los parámetros jurisprudenciales establecidos en el Cuarto Pleno Casatorio Civil y de la corriente jurisprudencial que a inicios del decenio 2000-2009 estableció como un supuesto de posesión precaria aquella que se fundamenta en un título manifiestamente nulo⁹.

Este tipo de decisiones probablemente respondan al deseo de subsanar omisiones incurridas por los operadores jurídicos ajenos al Sistema de Justicia, en el loable deseo de adoptar una decisión justa para el caso particular.

Sin perjuicio de ello, líneas abajo propondremos una idea distinta en función a la cual el caso materia de estas breves notas, debió haberse resuelto en armonía con las reglas jurisprudenciales vinculantes emitidas hasta la fecha.

II. EL CASO

Los demandantes, una sociedad conyugal, interponen demanda de desalojo por la causal de

Por **Walter Benigno Ríos Montalvo**

Presidente de la Corte Superior de
Justicia del Callao



El Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación N° 2195-2011-Ucayali) tuvo como propósito terminar la ardua discusión que a nivel de doctrina nacional se había desatado con ocasión de la debida interpretación de los alcances del artículo 911° del Código Civil de 1984; no obstante, parece ser que todavía queda un rezago de aquel debate, el mismo que, aparentemente, motivó que se haya vuelto a “desenterrar” una temática que creíamos descansaba, como diría Ihering, en una especie de “cementerio jurídico” donde llegan a parar las discusiones que en determinado estado del discurso jurídico pierden vigencia por volverse caducas.

En la sentencia casatoria objeto de comentario, el Máximo Tribunal identifica categorías jurídicas



ocupación precaria contra el Ministerio de Educación. Los fundamentos fácticos y jurídicos en los que la sociedad conyugal ampara su pretensión procesal son los siguientes: i) la adquisición del derecho de propiedad sobre el bien inmueble objeto de la pretensión de desalojo, mediante un contrato de transferencia de titularidades en el año 2010; y, ii) la ausencia, por parte del demandado, de un título que justifique la posesión².

La parte demandada, el Ministerio de Educación, por el contrario, sustentó los siguientes argumentos: i) adquirió el derecho de propiedad sobre el predio materia de litigio en mérito al contrato de donación que fuera celebrado junto con la Municipalidad Distrital de Breña; ii) las edificaciones con las que cuenta el predio no fueron construidas por la parte demandante; así, la fábrica de tres (3) pisos fue levantada por el demandado³.

La sentencia de primer grado declaró improcedente la demanda de desalojo por ocupación precaria alegando, en sustancia, que previamente

a una decisión sobre el particular, las partes procesales deben resolver su conflicto de intereses respecto a las edificaciones existentes en el bien materia de litigio⁴.

Por su parte, la sentencia de segunda instancia declaró fundada la pretensión en base a los siguientes considerandos: i) la parte demandante acreditó ser la titular sobre el inmueble; ii) el Ministerio de Educación no ha acreditado con documento idóneo la donación que alega; y, iii) en lo relativo al extremo concerniente a la edificación efectuada por el demandado, este hecho no constituye óbice para un pronunciamiento de fondo, pues el Cuarto Pleno Casatorio Civil estableció en su parte resolutive una regla que en principio exige al órgano jurisdiccional a no emitir sentencias inhibitorias.

Entre los argumentos del recurso extraordinario de casación que nos interesa a efectos de abordar nuestro comentario, la parte demandada menciona que ha venido poseyendo durante más de cuarenta (40) años el terreno objeto de desalojo en virtud del contrato de donación celebrado con la Municipalidad Distrital de Breña, por lo que son poseedores legítimos y no precarios. Además, el presunto apartamiento inmotivado del precedente judicial contenido en el punto 2) de la parte resolutive del Cuarto Pleno Casatorio, establece que cuando se hace alusión a la carencia de título o fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que autorice a la parte demandada a ejercer la posesión

*Publicado en la Revista Actualidad Civil, N° 35, Lima, mayo 2017

¹ Nos referimos a la exposición hecha por Martín Mejorada Chauca, cuyo punto de vista se encuentra detallado en el artículo "La amplitud del precario". En Revista Gaceta Civil & Procesal Civil, Gaceta Jurídica, N° 03, Lima, 2013, p 13 y ss.

² La síntesis de los argumentos expuestos en la demanda, contenidos en la sentencia casatoria objeto de comentario, es como sigue: "Por escrito de fojas treinta (...) interponen demanda de desalojo por ocupación precaria (...), a efecto de que la parte demandada desocupe el inmueble ubicado en el jirón Chavín N° 195 Breña, que cuenta con un área de 496.55 m² sobre el que existe una edificación de tres pisos de material noble (...). Funda su pretensión en lo siguiente: 1) Que mediante Escritura Pública de fecha veintinueve de julio de dos mil diez adquirieron de su anterior propietario (...) el inmueble (...); 2) (...) que el inmueble sub litis consta de una edificación de tres pisos de material noble; y, 3) Que [la parte demandada] no cuenta con título que justifique su posesión".

³ El resumen de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la casación es como sigue: "Mediante escrito doscientos trece, el Procurador Público del Estado a cargo de los Asuntos judiciales del Ministerio de Educación, contesta la demanda, sosteniendo lo siguiente: 1) Que el Colegio materia de desalojo viene prestando los servicios de educación sobre el terreno donado por la Municipalidad de Breña como se evidencia de la foto a fojas ciento diecisiete; que el hecho de donar implica que, el terreno donde actualmente funciona el Colegio Primario Chavín 1019, ha sido de propiedad del Municipio de Breña el que no podría haber donado el terreno sin título que lo faculte; 2) Que, por otro lado, tampoco el inmueble ha sido construido por los supuestos vendedores, por cuanto del testimonio de compraventa no se observa que se detalle el inmueble materia de la transferencia; y, 3) Que aun existiendo controversia sobre la propiedad del terreno no existe controversia respecto de la edificación fabricada por el Ministerio de Educación (...)"

⁴ Hay que observar que conforme se advierte de la sentencia casatoria, la sentencia de primer grado fue emitida el 02 de mayo de 2013, esto es, meses antes de la expedición de la sentencia contenida en el Cuarto Pleno Casatorio Civil cuyo punto 5.5) de su parte resolutive dispone que cuando el demandado afirma haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo -sea de buena o mala fe-, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser dilucidados dichos derechos en otro proceso.

Por lo demás, la Corte Suprema viene aplicando analógicamente la jurisprudencia vinculante emitida con ocasión del IV Pleno Casatorio. Así, en un proceso de reivindicación, el Ad quem declaró improcedente la demanda en tanto la parte accionante si bien es cierto acredita ser propietaria sobre el

del bien, dado que el pronunciamiento no es sobre propiedad, sino sobre el derecho a poseer.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema señala en el sexto considerando de su sentencia casatoria, siguiendo a una reconocida doctrina nacional⁵, que el poseedor precario es el poseedor ilegítimo de mala fe⁸ que ocupa un bien sin título que justifique su posesión o con uno fenecido. A su vez, en el séptimo considerando se arriba a la conclusión según la cual la parte demandada no califica como poseedor precario en tanto el título que justifica la posesión que ejerce sobre el inmueble materia de controversia, está constituido por el acto de donación de la Municipalidad Distrital de Breña; este hecho (en opinión de la máxima instancia jurisprudencial) se ve acreditado con las actas de sesión ordinaria de fechas 17 de junio y 30 de septiembre de 1969⁶.

Tras haber hecho una síntesis de los principales actos procesales del proceso judicial, a continuación elaboraremos nuestro análisis que tratará de responder las siguientes cuestiones: ¿Es correcto afirmar a la luz del Cuarto Pleno Casatorio Civil que la posesión precaria se identifica con la posesión ilegítima de mala fe? ¿Cuáles serían las consecuencias que generaría conceptualizar al poseedor precario como poseedor ilegítimo de mala fe dentro del proceso sumarísimo de desalojo? ¿Resulta válido afirmar que el título que justifica la posesión sobre un bien inmueble transferido gratuitamente en virtud de un contrato de donación esté constituido por actas de sesiones ordinarias? En el supuesto que la tercera pregunta sea res-

pondida de manera negativa: ¿Qué otras instituciones jurídicas hubiesen sido de aplicación para la correcta resolución del conflicto de intereses?

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA CASATORIA

III.1 LA POSESIÓN PRECARIA LUEGO DE LA EMISIÓN DEL CUARTO PLENO CASATORIO

III.1.1 ANTECEDENTES. MARCO DEL DEBATE DOCTRINARIO

Antes de la emisión de la sentencia contenida en el Cuarto Pleno Casatorio Civil, el estado de la doctrina nacional era incierto. Así, ya desde la entrada en vigencia del Código Civil de 1984, el profesor Jorge Avendaño Valdez⁷ conceptualizó a la posesión precaria en una relación de identidad con la posesión ilegítima. Algunos años más tarde, una segunda corriente de opinión entendió a la posesión precaria como una subcategoría de la



predio, no obstante, no prueba ser titular sobre lo edificado, ni tampoco pretendió la adjudicación de la fábrica acumulando a su pretensión principal una pretensión subordinada de accesión. En este plano de ideas, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema determinó la existencia de un vicio in procedendo; específicamente de un vicio por defecto de motivación, por cuanto el fallo inhibitorio contravenía el derecho al debido proceso en tanto se omitió seguir la idea expuesta en el Cuarto Pleno Casatorio Civil, el cual señala que la edificación sobre el predio no constituye impedimento para emitir una sentencia sobre el fondo de la controversia (Cas. N° 2529-2015 LIMA NORTE).

⁵ RAMÍREZ CRUZ, EUGENIO MARÍA. *Tratado de Derechos Reales*. 2° edición, Tomo I, Editorial Rodhas, Lima, 2004, p. 531.

⁶ El séptimo considerando de la sentencia casatoria comentada contiene lo siguiente: "Que, en el caso de autos, la parte demandada señala que viene prestando servicio de educación sobre el terreno donado por la Municipalidad de Breña. Al respecto se advierte que el título que justifica la posesión que ejerce sobre el bien, materia de controversia, lo constituye el acto de donación que parte de dicha Municipalidad; que éste hecho se ve acreditado con las actas de la sección [sic] ordinaria de fecha diecisiete de junio de mil novecientos sesenta y nueve y treinta de septiembre del mismo año de fojas ciento cuarenta y cinco y ciento cuarenta y tres respectivamente, en las cuales se indica: "Realizada la votación el Concejo acordó aprobar que previos los trámites legales que corresponda sobre el terreno Municipal de Chavín N° 195, se afectará el mismo al Ministerio de Educación, para los locales escolares (...)" asimismo señala: "Referente a la Escuela de Chavín se informó que hace unos días se ha efectuado la entrega de un terreno de 480 m2, donde los padres de familia proyectan la construcción de 3 escuelas (...)", que, siendo ello así, en consonancia con el Cuarto Pleno Casatorio Civil, expediente N° 2195-2011 Ucayali, que establece que: "Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer", se concluye que no se ha configurado la ocupación precaria, materia de la pretensión, pues la figura del precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título alguno, esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer, por lo que no corresponde desestimar la presente demanda".

⁷ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "Posesión ilegítima o precaria". En *Themis, Revista de Derecho*, Segunda Época, N° 04, Lima, 1986, pp. 59 – 63.

⁸ RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María, *Ob. Cit.*, p. 371.

⁹ LAMA MORE, Héctor. *La posesión y la posesión precaria en el Derecho civil peruano. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regula-*

posesión ilegítima, específicamente, de mala fe . Esta doctrina fue compartida años más tarde, con el complemento de que la posesión precaria también se configuraría en el supuesto de detentar el poder de hecho sobre un bien en virtud a un título manifiestamente nulo . En nuestro medio, el primer intento sistemático de entender la posesión precaria desde un tamiz distinto a la posesión ilegítima, configuró a aquella en dos aspectos: el primero (precario por falta de título), aludiría a cualquier sujeto que recibe un bien por gracia o benevolencia del poseedor mediato en virtud a un título social¹⁰; el segundo (precario por título fenecido), se presentaría cuando el poseedor inmediato en virtud a un título obligacional nulo se mantiene la cosa bajo su poder de hecho, no obstante, ésta (esto es, la relación de hecho) genera la obligación de restitución al poseedor mediato¹¹ . Finalmente, un sector de la doctrina nacional, apartándose de las posiciones precedentemente resumidas, entiende al precario como una categoría procesal que no debe ser identificada con el instituto jurídico de la posesión ilegítima; en efecto, esta línea de análisis comprende que el poseedor precario puede ser tanto legítimo como ilegítimo y viceversa, lo resalante en este tipo de casos es que a través de un proceso sumario se evalúe si verosímelmente el demandado cuenta o no con un título que justifique su posesión, si no pasa por este cauce, será catalogado como precario y, en consecuencia, deberá procederse al lanzamiento^{12 13} .

III.1.2 LA CORTE SUPREMA Y EL CUARTO PLENO CASATORIO SOBRE DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA: LA IMPLÍCITA PRIMACIA DE UNA DE LAS POSICIONES EXPUESTAS POR LOS AMICUS CURIAE

De la íntegra lectura del Cuarto Pleno Casatorio Civil, se desprende la prevalencia de la tesis del profesor Martín Mejorada. Recordemos que para este autor el concepto de posesión precaria guarda autonomía conceptual con aquel otro de la posesión ilegítima. Pues bien, no existe mejor ejemplo para el entendimiento de esta idea que el punto 5.6) de la parte resolutive del Cuarto Pleno Casatorio Civil señala textualmente lo siguiente:



ción en el Derecho civil peruano. 1° edición, Grijley, Lima, 2006, p. 138.

¹⁰ GONZALES BARRÓN, Gunther. *La posesión precaria. 1° edición, Jurista Editores, Lima, 2011, p. 169.*

¹¹ *Ídem.*

¹² MEJORADA CHAUCA, Martín, *Ob.Cit.*, p. 19.

¹³ Existe una última posición que entiende al poseedor precario en términos de tenencia o detentación, esto es, de aquel sujeto que se halla en una relación de hecho con la cosa sin que constituya una relación posesoria tutelada con los interdictos y sin posibilidad alguna de adquirir el derecho de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio (MORALES HERVIAS, Rómulo. "El precario: ¿es poseedor o tenedor (detentador)? A propósito del Cuarto Pleno Casatorio Civil". En *Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica*, N° 180, Lima, septiembre 2013, pp. 24 y ss.). No obstante, consideramos que entender al poseedor precario en términos de mero detentador no resulta ser una posición plausible dentro de nuestro sistema jurídico. En efecto, si entendemos al proceso como aquel instrumento del cual se vale el órgano jurisdiccional a efectos de solucionar, entre otros, un conflicto de intereses con relevancia jurídica toda vez que la autotutela como mecanismo autocompositivo de solución de conflictos, se encuentra en principio proscriba, comprenderemos una de las razones de ser del artículo 586° del Código Procesal Civil que señala como legitimado pasivo de la pretensión de desalojo al poseedor precario: ¿Cómo entender al precario como tenedor o detentador en sentido estricto si el ordenamiento jurídico (implícitamente) elimina la posibilidad de autotutela cuando mi pretensión de restitución del bien sea dirigida contra el ocupante precario de un predio? Siguiendo la línea de pensamiento del profesor Morales, entender al poseedor precario como un mero detentador implicaría poder despojar a un sujeto cuyo interés no ha sido calificado como digno de tutela por el ordenamiento jurídico a través de los mecanismos de tutela procesal ni tampoco por los mecanismos de tutela material que se prevé a favor del poseedor en sentido técnico y del servidor de la posesión. Sobre este último punto, la doctrina alemana es pacífica en aceptar que el remedio material de autotutela posesoria también puede ser ejercitado por el servidor de la posesión: WOLFF, Martín. "Derechos Reales". En ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil, traducción de la 10° edición alemana de Blas Pérez González y José Alguer, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1971, Tomo III-1°, p. 47.*

¹⁴ "En sentido propio, la excepción es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa en general que le corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos" (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso. 3° edición. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2002, p. 236*). "La excepción contradice y ataca la pretensión del demandante y persigue su desestimación por el juez; la reconvención,

5.6 *La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble. (negrita y subrayado nuestros)*

De lo anteriormente descrito se desprende que si en un eventual proceso sumarísimo de desalojo el poseedor demandado alega como fundamento de defensa su calidad de propietario del inmueble a causa de una adquisición originaria de su situación jurídica, y no obstante la sentencia recaída en aquel proceso se pronuncia por la fundadibilidad de la pretensión procesal discutida, aquél (esto es, el demandado) tiene expedita la vía pertinente para la tutela de su situación jurídica material a

través del proceso abreviado de prescripción adquisitiva de dominio, pudiéndose eventualmente declarar en este nuevo proceso la fundadibilidad de la pretensión procesal discutida; esto es, si un poseedor es calificado como precario dentro del tamiz de un proceso sumarísimo, esto en nada afectaría su situación jurídica subjetiva de propietario en tanto puede ser declarado como tal en un proceso abreviado, lo cual significa en última instancia que un poseedor puede ser catalogado como precario pese a ser un poseedor legítimo.

La regla enunciada en el punto 5.6) del IV Pleno Casatorio Civil se encuentra igualmente vinculada a la institución jurídica de las excepciones sustanciales¹⁴. En efecto, tal como se resalta en el Fundamento N° 43 del IX Pleno Casatorio Civil¹⁵, el hecho de que dentro de un proceso sumarísimo no se pueda reconvenir, no significa que la parte demandada no pueda hacer valer su derecho vía excepción. En el supuesto mencionado en aquella jurisprudencia vinculante, la parte demandada bien puede alegar como fundamento de defensa dentro de un proceso sumarísimo de desalojo, su posición de titular sobre el bien, no obstante, esta alegación debe ser causalizada como excepción sustancial y no como acción (reconvención). En este supuesto, la excepción material se sustentaría en la causal de hechos extintivos, en tanto el efecto jurídico en virtud al cual el accionante pretende recuperar la posesión sobre el bien, ha sido extinguido en atención al efecto adquisitivo-origi-

en cambio, consiste en la petición para que se reconozca una pretensión propia autónoma del demandado, lo que plantea un nuevo litigio por resolver y se formula mediante demanda separada del demandado contra su demandante, que se tramite en el mismo proceso. Si Pedro, al contestar la demanda alega que el derecho pretendido por el actor está prescrito, o que ha habido pago, o que debe desestimarse por radicar en un contrato nulo, estará formulando excepciones; pero si por su parte pide al juez que se declare que su demandante le debe una suma de dinero, por razón de otro contrato celebrado entre ellos, estará reconvinando. De ahí que en ese caso se hable de demanda de reconversión” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Ob. Cit., p. 240-241).

¹⁵ El Fundamento Jurídico N° 43 del IX Pleno Casatorio Civil señala lo siguiente:

“Este Supremo Tribunal considera que es necesario uniformizar los criterios jurisprudenciales en el sentido de que dentro de un proceso sumarísimo sí es posible que el Juez declare la nulidad del contrato del que se pretende extraer algún efecto siempre que aquélla resulta manifiesta toda vez que el artículo 220 del Código Civil no establece ninguna proscripción que nos lleve a sostener lo contrario y tampoco encontramos alguna a nivel de legislación procesal. En efecto, como se ha visto, el proceso sumarísimo es un proceso plenario (rápido), es decir, un proceso en el que no hay restricciones en torno a las alegaciones que podrían formular las partes y a los medios probatorios que podrían aportar sin perjuicio de las restricciones impuestas por el artículo 559 del Código Procesal Civil. En el proceso sumarísimo, a menos que se trate de un proceso especial, no existe limitación en la aportación de medios probatorios relativos al tema de fondo, la restricción al aporte de medios probatorios de actuación inmediata es para resolver las cuestiones probatorias (artículo 553 del Código Procesal Civil). Ciertamente que en el proceso sumarísimo no procede la reconversión (artículo 559 del Código Procesal Civil), no obstante, la nulidad de un negocio jurídico no solo puede hacerse valer vía acción (reconversión), sino también vía excepción (material) que merecerá pronunciamiento al resolver el fondo de la controversia (...).”

¹⁶ El Fundamento Jurídico N° 19 del IX Pleno Casatorio Civil señala el siguiente tenor:

“En consecuencia, son distintos los procesos plenarios y los procesos sumarios, y, específicamente, son distintos los procesos plenarios rápidos y los procesos sumarios: “Los plenarios rápidos son aquellos procesos en los cuales se ha simplificado las formas, reduciendo los plazos pero sin que exista una restricción de la cognición, y lo que es más importante, lo resuelto en estos procesos generan cosa juzgada. En tanto que el proceso sumario o sumariado –en oposición al de cognición plena o plenario– es aquel que se tramita en forma rápida y simple, cuya cognición se encuentra limitado legalmente, tanto en la posibilidad de alegación como de prueba, y cuya resolución definitiva –necesariamente– no tiene los efectos de cosa juzgada”. Pues bien, el hecho de que un proceso sumarísimo como el de otorgamiento de escritura pública, presente plazos más cortos y una menor cantidad de

nario de la prescripción adquisitiva de dominio. Sobre este particular, no está demás advertir que el eventual fallo jurisdiccional no se pronunciaría sobre la configuración del derecho de propiedad en cabeza del usucapiente, pues esto significaría una vulneración al principio de congruencia procesal por contener un pronunciamiento extra petita dentro de un proceso sumarísimo que no admite reconvencción. De esta manera, el pronunciamiento solo desestimaría la pretensión procesal del accionante al interior del proceso sumarísimo de desalojo, más no declarararía el derecho de propiedad.

III.1.3 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA IDENTIFICACIÓN DE LA POSESIÓN PRECARIA CON LA POSESIÓN ILEGÍTIMA

Para poder desarrollar esta idea, consideramos adecuado traer a colación el Fundamento N° 19 del IX Pleno Casatorio Civil. En él, la Corte Suprema distingue a los procesos jurisdiccionales en atención al grado de cognición del Juez. Dentro de esta idea, el proceso se clasifica en plenario y sumario. El proceso plenario se caracteriza por englobar una controversia considerada en todos sus aspectos. El proceso sumario, por el contrario, solo se limita a un determinado extremo de la controversia. Como corolario del grado de cognición, la sentencia emitida al interior de un proceso plenario puede generar cosa juzgada material; mientras que la sentencia expedida dentro de un proceso sumario no ocasiona cosa juzgada material. En el proceso plenario no existe limitación de medios probatorios; en el proceso sumario, precisamente por el hecho de que la controversia no es plena, existe límites a la aportación y actua-

ción de medios de prueba. No debe confundirse al proceso sumarísimo regulado en el Título III de nuestro Código Procesal Civil, con el proceso sumario. Aquél es un proceso plenario rápido; éste, un proceso sumario en sentido técnico-jurídico¹⁶.

En este estado del discurso, es menester precisar que aquel fundamento jurídico no guarda naturaleza de obiter dicta, sino de ratio decidendi¹⁷. A saber, el punto 1) de la segunda parte de la parte resolutive el IX Pleno Casatorio Civil, señala que el proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública es un proceso plenario rápido en tanto no presenta limitaciones en torno a las alegaciones que podrían formular las partes o a los medios probatorios que podrían aportar en relación al fondo de la controversia; la característica del proceso plenario ha sido delineada en el Fundamento Jurídico N° 19, además, se la contraponen al proceso sumario; en otras palabras, la base necesaria para adoptar aquel precedente vinculante lo constituye la caracterización del proceso plenario y su diferenciación con el proceso sumario, puntos recogidos en la parte motivacional de la sentencia casatoria y que constituye la ratio decidendi de la decisión que calificó al proceso de otorgamiento de escritura pública como proceso plenario rápido.

Pues bien, identificar al poseedor precario



actos procesales, no hace que devenga, necesariamente, en un proceso sumario. Proceso sumarísimo no es sinónimo de proceso sumario. Y nuestro proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública no tiene legalmente impuestas limitaciones en torno a las alegaciones que podrían formular las partes o a los medios probatorios que podrían aportar en relación al fondo de la controversia, por lo que no es un proceso sumario, sino un proceso "plenario rápido", sin perjuicio de las restricciones impuestas por el artículo 559 del Código Procesal Civil para todos los procesos sumarísimos".

¹⁷ "No todo el texto de una sentencia constituye precedente. Como la Corte Constitucional señaló en la Sentencia SU-1300 de 2001, en toda sentencia es preciso distinguir entre el decusum, la ratio decidendi y los obiter dicta. El decusum es el fallo o "la resolución concreta del caso". Esta parte de la sentencia despliega sus efectos erga omnes o inter partes, según el tipo de proceso. De ella no se predica el carácter de precedente. Este carácter sólo se predica de la ratio decidendi, que se define como "la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica". La ratio decidendi es la concreción normativa del alcance de las disposiciones jurídicas. Ella explicita qué es aquello que el derecho prohíbe, permite, ordena o habilita para cierto tipo de casos. La ratio decidendi se diferencia además de los obiter dicta. La Corte los define como una parte de la sentencia que "no tiene poder vinculante, sino una "fuerza persuasiva" que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituye criterio auxiliar de interpretación". Los obiter dicta son afirmaciones casi siempre teóricas, de carácter muy general y abstracto, que sólo cumplen un papel secundario en la fundamentación de la forma de resolver el caso. De ningún modo constituyen precedente" (BERNAL PULIDO, Carlos.

como poseedor ilegítimo eliminaría toda posibilidad de que el demandado en un proceso de desalojo incoe inmediatamente después de concluido el indicado proceso, la pretensión de prescripción adquisitiva de dominio, valga la redundancia, vía pretensión¹⁸. Ello por cuanto el fallo emitido dentro de un proceso de desalojo que termine catalogando al demandado indistintamente como poseedor precario o poseedor ilegítimo generaría (en teoría) estado de cosa juzgada material. No olvidemos que el proceso sumarísimo es una subclase de proceso plenario caracterizado por la emisión de resoluciones que causan estado de cosa juzgada material.

Nos explicamos: El poder de hecho de un poseedor usucapiente implica que en un principio su posesión carecería de un poder jurídico que le facultara a disfrutar y servirse del bien. No obstante, tras haber cumplido con los requisitos de la prescripción adquisitiva de dominio regulados en el artículo 950° del Código Civil, el poseedor ilegítimo convirtió su posesión en legítima, toda vez que la adquisición originaria del derecho de propiedad lo faculta a disfrutar o servirse del bien¹⁹. Pues bien, ¿cómo podría el poseedor prescribiente demandado y desalojado al interior de un proceso de desahucio por ocupación precaria, incoar una pretensión de usucapición que se limite a declarar su condición de propietario (y con ello, implícitamente, su condición de poseedor legítimo) si previamente se lo consideró como poseedor ilegítimo al interior de un proceso plenario rápido que, indefectiblemente, genera estado de cosa juzgada?

No obstante la equívoca idea que podría llevarnos identificar las categorías de posesión ilegítima y posesión precaria, la jurisprudencia vinculante contenida en el punto 5.6) del IV Pleno Casatorio Civil señala que sin perjuicio de lo decidido en el

proceso sumarísimo de desalojo, el precario podría actuar como actor en un proceso de prescripción adquisitiva de dominio a efectos de dilucidar la configuración de su derecho dentro del proceso abreviado. Esta idea encontraría su explicación en torno a que dentro del proceso de desalojo no se ha ventilado el estado de legitimidad o ilegitimidad del poseedor del predio, sino solo su calidad de precario, por cuanto lo contrario implicaría denegar prima facie su pretensión de adquisición originaria del dominio en tanto en mérito a la sentencia emitida al interior de un proceso anterior de desalojo, se descartaría desde un primer momento toda posibilidad de catalogarlo como propietario (poseedor legítimo) en tanto su condición de poseedor ilegítimo ya fue determinada con la calidad de cosa juzgada material dentro de un anterior proceso sumarísimo.

III.2. ¿EL ACTO DE ENTRONIZACIÓN POR PARTE DEL ANTERIOR POSEEDOR SIN HABER ATENDIDO AL ÚNICO MECANISMO DE CAUSALIZACIÓN PARA LA ADQUISICIÓN LEGÍTIMA DEL PODER DE HECHO SOBRE UN BIEN, CONSTITUYE UN ACTO QUE JUSTIFICA LA POSESIÓN?

A fin de una adecuada comprensión de la segunda parte de nuestro comentario, a continuación abordaremos el análisis del caso resuelto por la Corte Suprema de una manera abstracta en relación a los sujetos procesales que intervienen en el proceso sumarísimo de desalojo y del destino del bien inmueble materia de litigio; esto es, omitiendo apreciar la condición de persona jurídica de Derecho Público de la parte demandada; y, no valorando que el bien inmueble era destinado a la

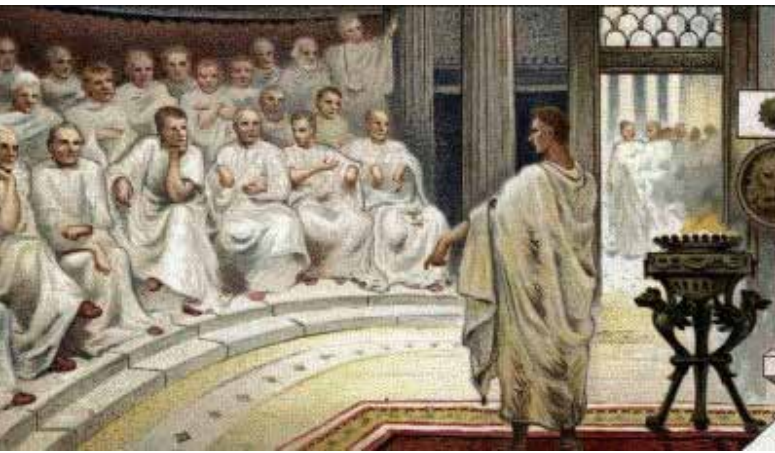
El precedente en Colombia. En: Revista de Derecho del Estado, N° 21, diciembre, 2008, pp. 90-91).

¹⁸ Utilizamos esta expresión en contraposición de la figura jurídica de la excepción material.

¹⁹ "La sentencia de prescripción adquisitiva de dominio tiene naturaleza "declarativa", pues se limita a reconocer un hecho jurídico mediante su comprobación judicial. Nada más. Por tanto, estas sentencias no son objeto de "ejecución", pues tratándose de una mera declaración, no produce actos destinados a modificar la realidad material. La inscripción registral (art. 952 CC) no pasa de ser el simple reflejo publicitario de la sentencia, que anuncia de modo general la declaración jurídica, pero no modifica el mundo de los hechos, por lo cual, en el mejor de los casos, se trata de un "acto ejecutivo impropio" (GONZALES BARRÓN, Gunther. *La usucapición. Fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*. 3° edición. Jurista Editores, Lima, 2015, pp. 439-440).

²⁰ El artículo 4° de la Ley General de Educación señala que: "La educación es un servicio público; cuando lo provee el Estado es gratuita en todos sus niveles y modalidades, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y en la presente ley. En la Educación Inicial y Primaria se complementa obligatoriamente con programas de alimentación, salud y entrega de materiales educativos.

²¹ Es más, la sentencia de segunda instancia declaró fundada la demanda en tanto la parte demandada no acreditó su condición de propietaria del bien en virtud del supuesto contrato de donación.



prestación de un servicio público como la educación²⁰.

Rememoremos. El demandado refiere que su condición jurídica no es la de un poseedor precario en tanto el título que justifica su posesión estaría constituido por un contrato de donación celebrado en 1969. De la lectura íntegra de la síntesis del proceso detallado en la sentencia casatoria, no se advierte en ningún extremo que la parte pasiva del proceso haya probado su condición de propietario del inmueble en mérito al instrumento idóneo que permite causalizar la transferencia gratuita de la propiedad sobre predios: la escritura pública del contrato de donación²¹. La Corte Suprema, teniendo en cuenta que el demandado no acreditó su condición de propietario del inmueble en mérito del contrato de donación elevado a escritura pública, consideró que la parte demandada no deviene en poseedor precario en tanto el título que justifica su posesión es el “acto de donación” realizado por la Municipalidad Distrital de Breña. Este “acto de donación” se acreditaría con las sendas actas de sesión ordinaria del año 1969. Para complementar este razonamiento, la sentencia casatoria se avala del punto 2) de la

parte resolutive del Cuarto Pleno Casatorio Civil que señala que cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice al demandado a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.

Ahora bien, a la luz del Cuarto Pleno Casatorio Civil, ¿este argumento es correcto?, ¿el denominado “acto de donación” constituye un título que justifique el señorío de hecho sobre un bien?, ¿resulta válido considerar que por más que no se haya acreditado el derecho de propiedad sobre el inmueble objeto de desalojo, los documentos donde constan el “acto de donación” practicado por la Municipalidad Distrital de Breña constituyen títulos que descartarían la condición de ocupante precario del demandado atendiendo a que lo que está en discusión no es el derecho de propiedad, sino el “derecho a poseer”?

Para responder las preguntas formuladas, es necesario advertir que el sistema de transferencia gratuita de la propiedad inmueble por acto inter vivos, establece la observancia de una determinada formalidad bajo sanción de nulidad. En efecto, el artículo 1625° del Código Civil establece que la donación de bienes inmuebles debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario; en otras palabras, este dispositivo normativo sanciona que la transferencia gratuita de la propiedad inmueble se hace formalizando el acuerdo de declaraciones de voluntades, a través de escritura pública. En tal sentido, el contrato de donación

²² MORALES HERVIAS, Rómulo. “Inexistencia e invalidez del contrato en el Código Civil peruano de 1984”. En *Revista Jurídica del Perú*, Número 100, Junio, 2009, *Gaceta Jurídica*, Lima, p. 92.

²³ “La sanción por prescindencia de la forma impuesta, es que el negocio sea inválido, no produciendo, por ende, efecto alguno”: LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso del Acto Jurídico. Con referencia al proyecto del C.C. peruano, s/e*, Lima, 1983, p. 61.

²⁴ MORALES HERVIAS, Rómulo. *Patologías y remedios del contrato*. 1° edición, *Jurista Editores*, Lima, 2011, p. 50. En similar sentido, pero ubicando a la posesión como hecho jurídico voluntario que requiere de capacidad de entender y de querer: GONZALES BARRÓN, Gunther. *La posesión precaria*. 1° edición, *Jurista Editores*, Lima, 2011, p. 38.

²⁵ “En un primer nivel, el ordenamiento atribuye los bienes en forma provisional, y esta es la misión que cumple la posesión considerada en sí misma, pues, ella mantiene el orden de atribución tal como se encuentran en un momento dado. Esto se consigue con la protección del poseedor, pero desde un plano provisional, y mientras no sea vencido por el titular de un derecho. En un segundo nivel, el ordenamiento atribuye los bienes de manera definitiva, mediante la adquisición de la propiedad y demás derechos reales. En este nivel, el solo poseedor siempre será vencido por el titular”: GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de Derechos Reales*. 3° edición, Tomo I. *Jurista Editores*, Lima, 2013, p. 389.

²⁶ “Pero existe una gran diferencia entre la propiedad y la posesión. La primera constituye un poder jurídico definitivo; la posesión, un poder de hecho provisional; provisional en el sentido de que puede caer frente a la acción que se deriva de la propiedad. De ahí que la doctrina actual predique (en forma bastante unánime) que la posesión es un derecho real provisional”: VALENCIA ZEA, Arturo. *La posesión*. 3a edición, *Editorial Temis*, Bogotá, 1983, p. 186. En nuestro medio se ha sostenido en similar sentido lo siguiente: “Nace [la posesión] como un hecho, pero de inmediato se torna un derecho, ello

contenido en cualquier instrumento (público o privado) ajeno a la escritura pública, será un acto jurídico nulo por contravenir la norma de orden público contenida en el numeral 6) del artículo 219° del Código Civil. El acto jurídico nulo por inobservancia de la forma solemne no producirá efectos jurídicos. “[L]a nulidad implica la improductividad automática y general de los efectos”²².

El sistema normativo de transferencia gratuita de la propiedad inmueble previsto en el Código Civil de 1984, también se institucionalizó en el Código Civil de 1936. El tercer párrafo del artículo 1474° del Código Civil de 1936 prescribía que el contrato de donación era un acto jurídico solemne cuando su objeto era un bien inmueble. Si bien es cierto, este dispositivo normativo no se pronunciaba sobre la sanción del acto jurídico en caso de omisión de la formalidad prescrita, el numeral 3) del artículo 1123° preveía como causal de nulidad absoluta el supuesto en que el negocio jurídico no revista la formalidad prescrita por la ley. La doctrina de la época interpretaba de idéntica manera el ordenamiento jurídico civil de 1936²³.

Entonces, si el contrato de donación que no reviste la forma solemne prevista en el artículo 1625° del Código Civil, constituye un acto jurídico nulo, la entrega del bien efectuada en mérito a aquel acto de autonomía privada viciado por invalidez absoluta, genera la adquisición de una posesión ilegítima sobre el bien inmueble, por cuanto el poder de hecho no se encuentra avalado por el único efecto jurídico que facultaría al goce y disfrute del bien: el derecho subjetivo de propiedad.

Estas ideas son de utilidad a efectos de responder las cuestiones planteadas líneas arriba. Así, el acto de entronización que implica la pérdida de la posesión por parte del anterior poseedor,



ya la adquisición gratuita y sin pretensión de entrega a favor del nuevo poseedor, sin el revestimiento de la formalidad solemne prevista en el artículo 1625° del Código Civil, no justifica por sí mismo el poder de hecho que se ejerce sobre el bien, pues solamente la elevación a escritura pública de la cesión gratuita sin pretensión de entrega transfiere el derecho de propiedad, entendido como la herramienta que posibilita el ejercicio legítimo de la posesión. En efecto, no olvidemos que la posesión no constituye un derecho (lo cual justificaría su ejercicio por sí mismo), sino un acto jurídico en sentido estricto que genera efectos jurídicos²⁴. La sola relación de dominación fáctica sobre la cosa no constituye un título que justifique la posesión. La posesión se ubica en el plano de dominación transitoria de bienes que necesariamente tiene que ceder ante las relaciones del hombre con las cosas en un plano definitivo²⁵. Esta idea es compartida incluso por quienes consideran a la posesión como un derecho real²⁶.

Bajo este ángulo, no tener por acreditado el derecho real de propiedad y, no obstante, catalogar al señorío de hecho del demandado como justificado a causa de sendas actas de sesión ordinaria

por la defensa posesoria; no interesa que esta protección sea provisional y transitoria (frente a la propiedad que es derecho definitivo), pues no todos los derechos tienen la misma duración”: RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María, Ob. Cit. p. 298.

²⁸ La reseña de esta “historia jurisprudencial” puede consultarse en LAMA MORE, Héctor, Ob. Cit., p. 139-144.

²⁹ El numeral a) del artículo 2.2° del Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales define a los bienes de dominio público de la siguiente manera: “Bienes de dominio público: Aquellos bienes estatales, destinados al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado. Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos, el Estado ejerce potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley”.

³⁰ GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de Derechos Reales*. 3° edición, Tomo I. Jurista Editores, Lima, 2013, p. 279; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. Ob. Cit. pp. 191-194. “La Constitución peruana de 1993 declara como principio que rige los bienes de dominio público a la inalienabilidad, que supone a imposibilidad de efectuar actos de disposición o de gravamente sobre ellos, situación que constituye una negación del derecho de propiedad”. “Asimismo, la Norma Suprema declara como principio la imprescriptibilidad. Al estar excluidos del comercio o tráfico privado, en tanto conserven ese carácter, se deriva la imposibilidad de que sean adquiridos por personas privadas como consecuencia de usurpaciones que podrían imponerse por el transcurso del tiempo. En consecuencia, ningún particular podrá adquirir por vía de prescripción ningún derecho sobre el dominio público: ni derecho

que acreditarían el “acto de donación” de un tercero a favor de aquél, toda vez que en el proceso sumarísimo de desalojo no está en discusión el derecho real de propiedad, sino el derecho a poseer, no resiste un análisis riguroso que parta por considerar que el mero acto de entronización en la posesión por parte del anterior poseedor del bien no constituya un título que justifique la posesión. En efecto, y teniendo presente que la posesión no pertenece a la categoría de los derechos reales, ¿cómo catalogar como justificada la posesión que ostenta el demandado si no acredita su situación jurídica subjetiva con el único instrumento que avalaría el argumento central de su defensa?

Teniendo en cuenta las ideas anteriormente expuestas; esto es, que la mera posesión no constituye un derecho real o, en todo caso, que es un derecho real provisional que se ubica en el plano de relaciones transitorias de hecho (i); y, la inidoneidad de cualquier formalidad ajena a la escritura pública del contrato de donación para transferir gratuitamente el derecho de propiedad sobre un bien inmueble (ii), consideramos, respetuosamente, que en el presente caso objeto de comentario las sendas actas de sesión no constituyen el título que justifica la posesión del sujeto que alega haber adquirido su titularidad en virtud a una transferencia gratuita.

El caso resuelto por la Corte Suprema guar-

da similitud con aquel otro donde el poseedor demandado alega poseer el bien en virtud de un aparente derecho real de anticresis nacido de manera convencional no obstante su no formalización en escritura pública. En un principio, la máxima instancia jurisprudencial sostuvo que en este tipo de supuestos el demandado no constituiría un poseedor precario por cuanto en el proceso sumarísimo de desalojo no está en discusión la validez del acto jurídico. Posteriormente, la Corte Suprema cambia de criterio por uno totalmente opuesto, y aplicando de oficio el artículo 220° del Código Civil considera al demandado como poseedor precario en tanto el título que justificaría su posesión es uno manifiestamente nulo ²⁷. La idea subyacente en este supuesto es que el acto de entronización efectuado al aparente acreedor anticrético no justificaría su posesión en tanto el contrato del que deriva su derecho no haya sido elevado a escritura pública. ¿Por qué no aplicar la misma idea a un supuesto donde no se haya logrado acreditar el derecho subyacente a la relación de hecho entre el inmueble y el demandado del caso objeto de análisis?

III.2.2 POSIBLE ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO

Creemos que en la decisión de la Corte Suprema tal vez prevaleció la idea de no querer desalojar a una entidad estatal cuya función consiste en brindar el servicio público de educación a nivel escolar. Sin perjuicio de ello, no compartimos el razonamiento utilizado a efectos de la resolución del conflicto de intereses.

¿Cuáles son las instituciones jurídicas que nos permitirían solucionar el conflicto de intereses? Consideramos que a efectos de llegar a un resultado similar se pudo haber aplicado el artículo 220° del Código Civil en relación al contrato de transferencia de propiedad mediante el cual la parte actora pretende acreditar su titularidad sobre el



de propiedad ni servidumbre, ni, de manera general, ningún derecho real". (KRESALJA ROSELLO, Baldo y OCHOA CARDICH, César. *Derecho Constitucional Económico*. 1° edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, pp. 404 – 405).

³¹ STC Exp. N° 00915-2012-PA/TC.

³² Artículo 73° de la Constitución Política del Perú de 1993.-

Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

³³ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. 1° edición, Librería Studium Editores, Lima, 1986, p. 391. En similar sentido, se ha sostenido que: "La tipología de los intereses protegidos por el remedio de la nulidad explica que la nulidad solo podrá ser hecha valer por todo aquel que sea titular de un interés: legitimidad de obrar absoluta y puede ser valorado de oficio por el juez o el tribunal arbitral" (MORALES HERVIAS, Rómulo. "Inexistencia e invalidez del contrato (...), Ob. Cit. p. 105).

inmueble, toda vez que el bien objeto de contrato es uno de dominio público. A saber, el numeral a) del artículo 2.2° del Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales prevé que son bienes de dominio público, entre otros, aquellos bienes que sirven como soporte para la prestación de un servicio público como es el caso de las escuelas o colegios ²⁸.

Tanto la doctrina ²⁹ como la jurisprudencia³⁰ y el derecho positivo nacional ³¹ destacan que los bienes de dominio público guardan como características la inalienabilidad e imprescriptibilidad; por ello, cualquier contrato de transferencia de propiedad que tenga por objeto un bien de dominio público constituye un acto manifiestamente nulo por imposibilidad jurídica de su objeto.

Esta idea se pudo tomar en cuenta por los operadores jurídicos vinculados directamente en el caso objeto de comentario, efectuándose un análisis de validez del negocio jurídico que habilitó en el caso objeto de comentario, interponer la demanda de desalojo al actor. Creemos que su aplicación no hubiese considerado que el mero acto de entronización en la posesión por parte del anterior poseedor, constituye un título que justifique el señorío de hecho sobre el bien. Ello por cuanto el acto jurídico en virtud del cual la parte accionante acreditaría su condición de propietaria del bien, estaría viciado por la imposibilidad jurídica de su objeto y, por ende, la situación transitoria en que consiste la sola posesión no tendría por qué verse modificada en el proceso sumario.

Probablemente se piense que esta propuesta de resolución del conflicto de intereses no resultaba idónea a la luz del Primer Pleno Casatorio Civil (Casación N° 1465-2007-Cajamarca), por cuanto esta jurisprudencia establecía en su Fundamento Jurídico N° 39 la imposibilidad de evaluarse en sede casatoria la aplicabilidad de oficio de la nulidad manifiesta del negocio jurídico. No obstante, esta idea debe descartarse por cuanto las normas sobre invalidez absoluta de los negocios jurídicos, son normas de orden público que necesariamente deben ser observadas inclusive si las partes procesales omiten pronunciarse al respecto. Así pues, “el dispositivo legal que establezca la nulidad, es una norma de orden público contra la que no se debe pactar” ³².

Ahora, tras la reciente publicación del IX Pleno Casatorio Civil, ha quedado establecido que la Corte de Casación podrá advertir la nulidad mani-

fiesta que no haya sido advertida por los inferiores jerárquicos ni alegadas por las partes procesales, ello por cuanto, precisamente, las normas sobre invalidez absoluta son normas de orden público que deben ser aplicadas inclusive en el supuesto en que las partes en litigio no la planteen dentro de la controversia. Así pues, es ésta la principal idea que llevó a la Corte Suprema a utilizar la técnica del *overruling* a efectos de modificar el Fundamento Jurídico N° 39 que fungió como *ratio decidendi* en el Primer Pleno Casatorio Civil.

Sin perjuicio de lo indicado *ut supra*, es oportuno señalar que a raíz de la emisión del IX Pleno Casatorio Civil, la Corte de Casación está impedida de declarar de oficio la nulidad manifiesta del negocio jurídico en caso ésta no haya sido advertida por las instancias de mérito. En este supuesto, la Corte de Casación solamente está facultada para declarar la nulidad de la sentencia de vista e insubsistente la apelada, debiendo el órgano de primera instancia pronunciarse sobre la posible nulidad absoluta advertida por la Corte de Casación.

IV. CONCLUSIONES

1. De acuerdo al contenido del Cuarto Pleno Casatorio Civil, poseedor precario es aquel que no justifica dentro del proceso sumarísimo de desalojo su dominio de hecho sobre el bien, no obstante, el hecho de ser considerado como precario no significa que no pueda obtener la tutela de una eventual situación jurídica material a través de los medios jurídicos previstos en el ordenamiento jurídico. De este modo, con posterioridad al desalojo, puede ser declarado como propietario en un eventual proceso de prescripción adquisitiva de dominio, y recuperar la posesión del bien.
2. La posesión precaria es distinta a la posesión ilegítima. Ambas son categorías jurídicas autónomas con finalidades distintas. La posesión precaria es un concepto que adquiere funcionalidad en un proceso sumarísimo de desalojo. Dentro de un proceso de desahucio puede ser precario tanto el poseedor ilegítimo como el poseedor legítimo. El hecho de ser considerado poseedor precario al interior de un proceso sumarísimo de desalojo no enerva que el desalojado

pueda interponer una pretensión declarativa de prescripción adquisitiva de dominio en donde solicite se le reconozca como propietario del bien (y, por ende, como poseedor legítimo).

3. El mero acto de entronización en el señorío de hecho sobre el bien a cargo del anterior poseedor, no justifica per se la relación material del actual poseedor del bien a efectos de descartar la condición de ocupante precario.
4. No basta en el proceso sumarísimo de desalojo que el poseedor demandado intente

descartar su condición de ocupante precario con el mero acto de entronización en la posesión cuando el ordenamiento jurídico prevea determinados mecanismos jurídicos para una adquisición legítima de la posesión.

5. Los bienes de dominio público tienen la característica de ser inalienables e imprescriptibles. Todo negocio jurídico que tenga por objeto un bien dominio público del Estado, debe ser declarado nulo de oficio por imposibilidad jurídica de su objeto en estricta aplicación del artículo 220° del Código Civil al tratarse de una nulidad absoluta manifiesta.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "Posesión ilegítima o precaria". En Themis, Revista de Derecho, Segunda Época, N° 04, Lima, 1986.
- BERNAL PULIDO, Carlos. "El precedente en Colombia". En: Revista de Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia, N° 21, Bogotá, diciembre, 2008.
- DAVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso, 3° edición, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 2002.
- GONZALES BARRÓN, Gunther. La usucapión. Fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio. 3° edición. Jurista Editores, Lima, 2015.
- GONZALES BARRÓN, Gunther. Tratado de Derechos Reales, 3° edición, Tomo I, Jurista Editores, Lima, 2013.
- GONZALES BARRÓN, Gunther. La posesión precaria, 1° edición, Jurista Editores, Lima, 2011.
- KRESALJA ROSSELLO, Baldo y OCHOA CARDICH, César. Derecho Constitucional Económico. 1° edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- LAMA MORE, Héctor. La posesión y la posesión precaria en el Derecho civil peruano. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el Derecho civil peruano. 1° edición, Grijley, Lima 2006.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. Curso del Acto Jurídico. Con referencia al proyecto del C.C. peruano, s/e, Lima, 1983.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El negocio jurídico, 1° edición, Librería Studium Editores, Lima, 1986.
- MEJORADA CHAUCA, Martín. "La amplitud del precario". En Revista Gaceta Civil & Procesal Civil, Gaceta Jurídica, N° 03, Lima, 2013.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. Patologías y remedios del contrato, 1° edición, Jurista Editores, Lima, 2011.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. "El precario: ¿es poseedor o tenedor (detentador)? A propósito del Cuarto Pleno Casatorio Civil". En Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, N° 180, Lima, septiembre 2013.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. "Inexistencia e invalidez del contrato en el Código Civil peruano de 1984". En Revista Jurídica del Perú, Número 100, Junio, 2009, Gaceta Jurídica, Lima.
- RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. Tratado de Derechos Reales, 2° edición, Tomo I. Editorial Rodhas, Lima, 2003.
- VALENCIA ZEA, Arturo. La posesión. 3° edición, Editorial Temis, Bogotá, 1983.
- WOLFF, Martín. Derecho de cosas. En ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor, y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Tomo III-1°, Traducción de la 10° edición alemana de Blas Pérez González y José Alguer, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1971.



DERECHO PENAL

La Trayectoria Balística y los Índices de las Heridas



WILMER RUIZ CARRERO
Abogado Criminalista de Venezuela



RESUMEN

El experto en Balística, en su labor de buscar la verdad, considera grandes interrogantes acerca de lo que sucedió en un determinado sitio del suceso o hecho delictivo, donde se encuentran involucradas armas de fuego; de tal manera, en su conocimiento experto, habilidoso e idóneo, necesita de todas las actuaciones, documentos y experticias practicadas durante la investigación, para así elaborar un informe de trayectoria balística adecuado y ajustado lo más posible a la realidad objetiva. En este sentido, algunos casos de investigación están relacionados con una víctima fallecida a consecuencias de heridas producidas por proyectil disparado por arma de fuego; y uno de los instrumentos fundamentales para el desarrollo de un informe balístico, lo es el estudio de esas heridas que presenta la víctima, que

conjuntamente con otras diligencias y experticias relacionadas a la Balística Forense, van fundamentando la investigación. En el presente trabajo se hace un desarrollo teórico de la balística, los aspectos indicadores de las heridas, y la relación existente con la trayectoria balística, que son de gran importancia para el experto en balística.

Palabras claves: Balística, armas de fuego, heridas, disparo, trayectoria, proyectil, orificio de entrada, orificio de salida.

LA BALÍSTICA Y SU CLASIFICACIÓN

La Balística, es la ciencia que estudia el movimiento de los proyectiles disparados por armas de fuego o por cualquier agente propulsor, el avance, la trayectoria y los efectos que produce; así como se encarga del estudio del disparo y todos los elementos de interés balístico. La Balística, se clasifica en Balística Interna, Balística Externa y Balística de Efectos.

En tal sentido, la Balística Interna, se ocupa fundamentalmente del estudio de las armas de fuego, de su estructura, mecanismo y funciona-



miento, al igual de los diversos fenómenos que se producen en el interior del arma de fuego, que van desde el momento que se acciona el disparador, la aguja percutora, la ignición del fulminante, la combustión de la pólvora, el desarrollo de los gases, el desprendimiento del proyectil de la concha, el retroceso de la concha, el grabado del proyectil en el rayado del arma, velocidad del proyectil en el interior del tubo, giro del proyectil alrededor de su eje impuesto por el rayado, resistencia de las partes constitutivas del arma, desgaste del tubo por efecto de rozamiento del proyectil, el retroceso y la vibración del arma, hasta que el proyectil abandona el diámetro distal del cañón.

Por su parte la Balística Externa, tiene por objeto el estudio de los fenómenos que ocurren al proyectil, desde que abandona el ánima del cañón del arma de fuego hasta que incide en el punto de impacto, evaluando la distancia y dirección; su estudio concierne a los movimientos de traslación, rotación, giroscopio y parabólico del proyectil. En su trayecto por la atmósfera, inciden las denominadas fuerzas deflectoras, las cuales se van a oponer a su desplazamiento, entre las mismas se puede mencionar, la fuerza de gravedad, la resistencia del aire al paso del proyectil, la velocidad inicial y su disminución. Igualmente, va a incidir en el trayecto, la forma, el calibre y el peso del proyectil, también la longitud del cañón.

Mientras que la Balística de Efecto, es la parte

de la Balística general, que estudia los diferentes elementos característicos desde que el proyectil entra en contacto con una determinada superficie hasta que se detiene, se toma en consideración el ángulo de incidencia, la cohesión molecular y el ángulo de tiro. Efectivamente, a esta fase, le concierne la penetración, el rebote y la deformación del proyectil, asimismo, el poder de detención, incendiario, entre otros.

Entretanto, cuando el proyectil impacta en el cuerpo humano, el estudio le corresponde a la Balística de las heridas, a fin de establecer el respectivo orificio de entrada, orificio de salida, trayectoria intraorgánica, diámetro, bisel, cantidad, forma, y dimensión de las heridas, tatuaje, quemadura, a fin de determinar posición de la víctima y victimario, la posible distancia en que se efectuó el disparo, establecer regiones anatómicas comprometidas y ubicación de los proyectiles, etc. De modo que, esta área de la balística, forma parte de la balística de efecto, la cual trata sobre el estudio objetivo de los resultados que los proyectiles disparados por armas de fuego, producen en el cuerpo humano. Todos estos estudios sirven de gran aporte a la investigación criminalística; ya que tanto, la Criminalística, la Balística Forense, así como la Medicina Legal, se encargan de coadyuvar en la inspección y levantamiento del cadáver, el reconocimiento médico legal, la identificación del cadáver y la autopsia de ley; por cuanto, estos elementos de interés criminalísticos y médicos legales, permiten un análisis científico del hecho que se investiga.

En efecto, debe existir un trabajo armónico, entre el experto balístico y el médico legal, ya que estos estudios deben sustentarse en la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia en la realización de una labor objetiva y veraz, para dar respuestas a muchas interrogantes que surgen en una investigación, donde se encuentran involucradas armas de fuego, a fin de determinar si las heridas causadas en la muerte de una persona, fueron ocasionadas por proyectiles disparados por armas de fuego, establecer la distancia, el ángulo de inclinación, la trayectoria, la posición de la víctima y el tirador, entre otros

aspectos, o si por el contrario fueron producidas por otros objetos. Es trascendental, tener este conocimiento ya que a través de los estudios balísticos, se puede determinar y descartar un homicidio, un suicidio o una muerte accidental, ya que en oportunidades los aparentes suicidios, son productos de homicidios intencionales, en los casos de accidentes, la mayoría ocurren por inobservancia a las normas en el porte y manipulación del arma de fuego.

ZONA DEL CUERPO SEGÚN LA HERIDA

Precisamente, las heridas producidas por proyectiles disparadas por armas de fuego, se caracterizan por las lesiones que ocasiona a su paso a través de las diferentes capas de la piel y los diferentes tejidos del organismo humano. Estas lesiones varían según la zona del cuerpo donde penetra el proyectil, entre estas se tienen las zonas blandas y las zonas duras.

Zona blanda: Son las heridas producidas en la zona blanda del cuerpo, donde el proyectil penetra la piel no encontrando elementos óseos inmediatos; entre las zonas blandas como por ejemplo se encuentran el muslo, brazo y el abdomen entre otros.

Zona dura: Las heridas sobre zonas duras, son donde la piel tiene inmediatamente por debajo un plano óseo, por ejemplo la región del cráneo y la región torácica.

ORIFICIO DE ENTRADA

El orificio de entrada, es la herida originaria ocasionada por la penetración del proyectil disparado por arma de fuego, venciendo la superficie impactada; de gran utilidad para determinar distancia e incidencia del impacto, entre otras características identificativas.

En este sentido, de acuerdo a la características del orificio de entrada del proyectil disparado por arma de fuego, como también la zona que rodea el mencionado orificio, son de gran utilidad a los fines de determinar la existencia de indicios o signos que permitan en este caso, establecer la incidencia del disparo, a fin de ayudar a la comprobación en la posición de la víctima y del tira-

dor. En efecto, en cuanto al orificio de entrada, se va a estudiar a los fines identificativos, entre otras características las siguientes:

- La región anatómica comprometida o impactada.
- Cantidad de heridas.
- Forma de la herida, donde se hace referencia si es circular, ovoidal, estrellada.
- Dimensión de la herida, que refiere a la medida del orificio de entrada.
- Tipo de bordes, a fin de señalar si son irregulares, evertidos e invertidos.
- Indicar, si hay zona de Fisch, tatuaje, quemadura, zona de ahumamiento.

Es importante acotar, que en oportunidades el orificio aparente de entrada no puede existir, debido a que el proyectil disparado por arma de fuego, penetró por una cavidad natural como boca, nariz, vagina, el ano u el oído; en torno a esto, Bonett señala en su obra de Medicina Legal, que se entiende por entrada natural, aquella que forma parte de la estructura anatomo morfológica del individuo humano, representa la puerta de penetración del proyectil en el organismo. Al respecto, señala una clasificación médico forense de los orificios de entrada naturales producidos por armas de fuego, dividiéndolo en dos grupos topográficos:

Grupo craneales: Que comprende auriculares, oculares, nasales y bucales.



Grupo troncales: Anales, vaginales y uretrales.

Igualmente, en los orificios de entrada hay que tener presente el orificio único producido por varios proyectiles, así como también, los orificios múltiples producidos por un proyectil único; en estos casos, en un solo disparo pueden existir diversos orificios de entrada, por cuanto el proyectil se fragmenta antes de ingresar al cuerpo, atravesando diversos planos, pudiéndose fragmentar al impactar en plano óseo.

INDICADORES DE DISTANCIA DEL DISPARO

En las heridas causadas por proyectiles únicos, disparados por armas de fuego, se establecen tres áreas de disparos, las cuales pueden ser indicadores de proximidad del disparo, a saber son, el contacto directo entre 0 y 2 centímetros, el próximo contacto entre 2 y 60 centímetros y el disparo a distancia que se efectúa a más de 60 centímetros.

Contacto directo

Se engloban a las heridas causadas por proyectiles disparados por armas de fuego, entre una distancia entre cero y dos centímetros, existe una ausencia del cono de dispersión por el contacto existente entre el arma de fuego y la superficie comprometida, no presenta zona de Fisch, la inexistencia externa de elementos constantes como las quemaduras por efecto de la llamarada, el ahumamiento (falso tatuaje) y el verdadero tatuaje; en este tipo de heridas se van a considerar varios signos médicos, los cuales son señalados por el médico González Carrero y otros especialistas en medicina legal.

Signo de Puppe-Werkgartner: Conocido este signo por Puppe y posteriormente por Werkgartner. En los disparos de contacto, además de producirse el orificio de entrada, se origina una lesión erosiva y excoriativa que se apergamina, produciendo una quemadura formada por el dibujo del diámetro distal del cañón; conocida comúnmente como “marca de ganado”. Por su parte, Dalla Volta, la denominó signo punzonatural. Este signo representa por su forma y tamaño, sin duda alguna el contacto directo entre el arma de

fuego y la superficie impactada.

Signo de Hofmann: Al producirse el disparo, los gases de la deflagración de la pólvora, abomban la piel, produciendo bordes evertidos, se observan bordes estrellados en el plano óseo y en las zonas musculares bordes irregulares. Este signo se le conoce como “golpe de mina” y fue dado a conocer en 1891 por el médico Hofmann, quien señaló “que la formación de colgajos y desgarros se debe probablemente, a los gases de explosión, inmediatamente después de la perforación de la piel por el proyectil, se esparcen, a causa de la resistencia menor, entre la piel y la base sólida en que ésta descansa, levantándola y haciéndola estallar desde el agujero producido por la bala”.

Signo de Benassi: Signo dado a conocer por el médico Benassi. En los disparos de contacto directo, se depositan partículas de pólvora no deflagrada y humo, alrededor del orificio de entrada, en la zona ósea (costillas, omóplato, tibia, cráneo, entre otros huesos), originándose un anillo o halo ennegrecido. En efecto, las heridas presentan alojados granos de pólvora, ya que por la poca distancia no se queman al tener contacto con la humedad de los líquidos orgánicos de la herida. Este signo médico es de gran importancia, ya que resiste la acción de la putrefacción.

Signo de Krönlein: Este signo médico, se produce cuando los gases que penetran por el orificio de entrada en el cráneo, arrastran y expulsan a través del orificio de salida, tejido cerebral destruido en su trayecto.

Signo de Hofmann-Haberda: Está representado por un depósito de ahumamiento, en las paredes del conducto labrado por el proyectil en el diploe del hueso plano; principalmente se observa en la zona del cráneo.

Signo de Fraenckel: Este signo médico, se produce por el proyectil disparado por arma de fuego, está representado por un anillo de ahumamiento en la tabla interna de los huesos del cráneo, alrededor del orificio interno.

Heridas próximo contacto

En este reglón se engloba a las heridas pro-

ducidas por proyectiles disparados por armas de fuego y se encuentran entre dos y sesenta centímetros, existe el tatuaje, la zona de ahumamiento y la zona de Fisch que comprende los anillos de enjugamiento o limpieza y el contuso erosivo, los cuales se describen a continuación:

Tatuaje

El tatuaje esta constituido alrededor del orificio de entrada, por depósito de negro humo, por el incrustamiento en la epidermis y hasta en la dermis de granos de pólvora semi y no combustiónados, por elementos circunstanciales como residuos metálicos, sucio, grasa y otros vestigios que se encuentran en el cañón, debido al cono de dispersión; igualmente, por signos de quemadura en el plano cutáneo. Los mismos



no desaparecerán por el lavado de la superficie, ya que por la fuerza de los gases con elevadas temperaturas, estos elementos se transforman en pequeños proyectiles que se van alojar dentro del tejido humano y no superficialmente. Por otra parte, el lavado de la zona ayudará a visualizar el tatuaje evidenciando su permanencia luego de la remoción del humo, de sangre coagulada, o de cualquier otro elemento.

En tal sentido, la formación del tatuaje aparece más compacta a medida en que la distancia entre el arma y la región anatómica lesionada, en el momento del disparo sea más corta; mientras, que en la disposición de que el arma de fuego sea disparada más lejos, la zona de tatuaje será más amplia y menos intensa, esto es debido al cono de dispersión o haz de fuego. Por otro lado, es importante tomar en cuenta, cuanto mayor can-

tidad de residuos resulten de la combustión de la pólvora, mayor será el tatuaje ocasionado.

Cabe destacar, que esta zona de tatuaje, es un indicador fehaciente del próximo contacto, va a determinar distancia hasta 60 centímetros, entre el arma de fuego y la zona del cuerpo impactada, dependiendo del calibre del arma, el largo del cañón, el tipo y cantidad de pólvora que contenga la bala; por otra parte, cuando son utilizadas armas largas del tipo estriada, se va a localizar el tatuaje aproximadamente a un metro de distancia.

También, dentro de la zona de tatuaje, se presenta la quemadura, que es propia de la deflagración de la pólvora, conocida como llamarada; ciertamente, la quemadura es producto de la reacción química exotérmica ocasionada por la deflagración de la pólvora, la cual puede ocasionar chamuscamiento de cabello, vellos o prendas de vestir. Es un indicador evidente del índice de proximidad, de que la distancia entre el diámetro distal del cañón y la zona impactada es menor de 30 centímetros.

Igualmente, es importante tomar en cuenta, si el disparo se realiza a una distancia alrededor de un centímetro, los granos de pólvora, que salen por el diámetro distal del cañón, es decir por la boca de fuego del arma, salen con el proyectil y entran por la cavidad u orificio producido por el proyectil, y no se observan tatuaje alrededor del mismo, pero si en el respectivo trayecto. En oportunidades el tatuaje puede faltar en la piel, por haber sido detenido por prendas de vestir gruesa, por lo que es importante analizar las mismas.

Zona de ahumamiento

Esta zona conocida como falso tatuaje, está constituida por depósitos superficiales de humos procedentes de la deflagración de la pólvora. En efecto, en las heridas producidas por armas de fuego, alrededor del orificio de entrada, se va a localizar humo, el cual se puede quitar desapareciendo con el lavado.

En este sentido, estos humos expulsados por el diámetro distal del cañón, seguidos del proyectil, tienen escasa masa, por lo que poseen poca

energía cinética, alcanzan una distancia corta y es difícil que superen los treinta centímetros.

Zona de Fisch

Efectivamente, la zona de Fisch, se forma siempre en el orificio de entrada en disparos de próximo contacto y a distancia, se manifiesta por dos anillos o halos, completos o incompletos, los cuales son el anillo contuso erosivo y el anillo de enjugamiento o limpieza.

Anillo o halo contuso erosivo: Esto sucede debido a que el proyectil perfora la epidermis, que es la capa externa sin que ofrezca resistencia alguna, ocasionando una herida contusa, ya que la piel trata de volver a su estado original y los bordes tratan de cerrarse. Esto sirve de gran ayuda para determinar el orificio de entrada.

Anillo de enjugamiento: Es denominado igualmente anillo de limpieza, de aspecto ennegrecido y se va a encontrar en la dermis, ya que esta capa formada por fibras elásticas ofrecen resistencia al paso del proyectil que lleva un movimiento helicoidal de empuje y rotación, logrando limpiarlo de residuos y vestigios hasta que consigue romperla, produciendo la ruptura de pequeños vasos sanguíneos.

En efecto, queda entonces un anillo de limpieza del proyectil, denominado anillo de enjugamiento y más afuera una zona contusa erosiva, el cual se apergamina en el cadáver, pues ciertamente al faltar la epidermis, la piel ya no está protegida de la desecación.

Según Gisbert Calabuig, en la Zona de Fisch, intervienen diversos mecanismos, los cuales se mencionan a continuación:

1. Contusión de la piel por el proyectil en el choque.
2. Erosión por distensión de la piel originada antes de perforarse que produce verdaderas roturas en las fibras cutáneas.
3. Frotación del proyectil sobre la piel deprimida en dedo de guante.

4. Limpieza del proyectil, a su paso por el orificio, de la suciedad que pueda llevar.

En definitiva, estos disparos de próximo contacto, se producen a distancia de zona de más o menos 60 centímetros, aquí se incluyen los disparos conocidos por algunos criminalistas como a quemarropa, cuando estos son realizados a una distancia no superior al alcance de la llama, la cual no es mayor de 30 centímetros. Se caracterizan por orificio de entrada, zona de Fisch, tatuaje, efectos de quemadura sobre la piel, pelos y prendas de vestir. Asimismo, en los disparos de próximo contacto, hay que distinguir cuando son en zona blanda o en zona dura.

Al respecto, en zonas blandas, el orificio puede ser más pequeño o igual que el calibre del proyectil, presencia de la zona de Fisch y tatuaje verdadero, en los casos sobre zona dura, el orificio de entrada suele ser grande e irregular, mayor que el calibre del proyectil, presencia de zona de Fisch y tatuaje.

Signos en las prendas de vestir

Ciertamente, en los disparos a corta distancia, existen algunos signos característicos que pueden ser observados en las prendas de vestir, de acuerdo a los efectos del proyectil, de la llamada, de los gases, de los granos de pólvora no deflagrada y los productos de la deflagración de la misma con granos de carbón y humo. Entre estos signos se pueden observar los siguientes:

1. Quemadura de las ropas, con pólvora negra hasta la distancia de 10 centímetros, menor distancia con pólvora piroxilada o sin humo.
2. Chamuscamiento, hasta 15 centímetros de distancia.
3. Restos de pólvora, reconocido por reacciones químicas.
4. Signo de escarapela de Simonin, esto se da en los disparos a no más de 15 centímetros, de distancia en arma corta; esto ocurre ya que en la cara interna de la vestimenta, alrededor del orificio de entrada del cuerpo, el humo proveniente del disparo se distribu-

ye en forma de cucarda, dispuesta desde el centro hacia fuera, produciéndose una sucesión de tres anillos o circulaos concéntricos de ahumamiento en forma de escarpela.

5. Signo de deshilachamiento crucial, dado a conocer por Rojas, esto ocurre en disparo de corta distancia, se da en disparo a contacto y a próximo contacto, no mayor de 15 centímetros de distancia. El orificio de la ropa se muestra desgarrada en cruz, en los bordes hay rastros de quemadura, granos de pólvora y ahumamiento.
6. Signo de calcado, de Cueli y Bonet. Disparo a no más de dos centímetros de distancia, se produce cuando debajo de la ropa, existe otra prenda de vestir de color blanco. Al efecto, el humo al depositarse sobre el plano más claro produce un calcado de la tela precedente.

Heridas distantes

Son las heridas que se ubican a más de sesenta centímetros entre la superficie impactada y el tirador, no se va a observar tatuaje, ni quemadura, ni zona de ahumamiento, solamente en el cuerpo se aprecia la zona de Fisch, que comprende el anillo de enjugamiento y el anillo contuso erosivo. En los orificios de entrada se va a observar el bisel anatómico, que nos va a indicar el ángulo de incidencia del proyectil que impactó en el cuerpo. De igual manera, el orificio de entrada generalmente presenta el diámetro del proyectil.

Orificio de salida: Generalmente el orificio de salida es mayor en su dimensión que el orificio de entrada, su forma es irregular, no presenta zona de Fisch, ni tatuaje, ni quemadura y menos los residuos de humo a consecuencia de la deflagración de la pólvora.

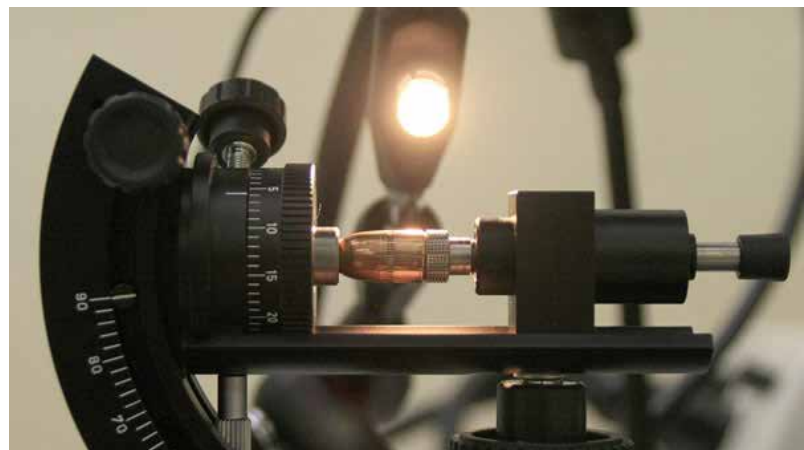
HERIDAS DE PROYECTILES MÚLTIPLES

Además, de las heridas por proyectiles únicos, disparados por armas de fuego, existen heridas por proyectiles múltiples, que son los disparados por las armas de fuego de ánima lisa, entre las cuales se encuentran las escopetas, chopos

o armas de fabricación rudimentaria. Estos proyectiles se denominan perdigones y postas; los perdigones son de menor tamaño y miden igual o menos de 4,5 milímetros y las postas miden más de 4,5 milímetros. Entre los indicadores de proximidad en heridas ocasionadas por proyectiles esféricos múltiples, se tienen las siguientes:

Heridas a contacto

Se pueden englobar estas lesiones puntiformes entre cero y un metro aproximadamente; es cuando se presentan los bordes anfractuosos, las heridas desgarradas, fractura del plano óseo, debido a la cercanía entre la víctima y el tirador, ocasionado por la llamarada, los proyectiles que no lograron dispersarse motivado al cono de dispersión cerrado y por el taco, que es un elemento que conforma el cartucho.



Al respecto, se debe tener en cuenta que cuando el disparo hace orificio único la distancia es habitualmente tan cercana que no sólo introduce la columna o carga de proyectiles, sino también los tacos o productos del cartucho. Si el arma de fuego está abocada, en efecto, produce enormes destrozos, por la cantidad de gases que libera el cartucho al ser disparado y por el conjunto de proyectiles que son disparados.

Próximo contacto

Se pueden abarcar las heridas puntiformes entre un metro y dos metros cincuenta centímetros, entre el diámetro distal del cañón y el cuerpo de la víctima; en el plano óseo presenta bordes irregulares y desgarrados; en la zona muscular presenta bordes irregulares y desgarrados en menos intensidad que en los planos óseos, en ambas zonas presentan tatuaje y quemadura. De esta

forma, a medida que la distancia del disparo aumenta, es menor la fuerza de penetración de los tacos, y sólo hieren al blanco el conjunto de proyectiles múltiples disparados.

Heridas distantes

Son las heridas puntiformes que se observan sin tatuaje ni quemadura, existiendo un cono de dispersión abierto, ubicándose el tirador a más de tres metros; debido que a medida que el arma de fuego se aleja más, se presenta un deflecado en los bordes de la herida. Por lo que hay que tomar en cuenta, que la mayor divergencia de las municiones a medida que cubren la trayectoria del disparo, permite que alcancen mayor superficie en el blanco.

En este sentido, a medida que la distancia del disparo aumenta, es menor la fuerza de penetración de los tacos y sólo hiere al organismo, el conjunto de proyectiles esféricos disparados; por lo que en efecto a medida que se aleja más el arma, se presenta un desflecado en los bordes de la herida, producido en efecto por las municiones periféricas que se abre en el cono de dispersión del disparo y que produce la rosa de dispersión de la herida, sucede que la mayor divergencia de los proyectiles a medida que cubren el trayecto, va a permitir alcanzar mayor superficie en el cuerpo humano.

Por otra parte, es oportuno acotar, lo mencionado por el médico venezolano González Carrero y otros, que la escopeta es un arma de fuego de fuerte retroceso; en los movimientos que realiza el suicida, se produce al disparar un rebote (si apoya el arma en la pared o en el piso)

d e
m o d o
q u e
s i e l

arma está tocando la piel en el momento del disparo, la contusionará intensamente. Si sólo un cañón ha disparado, y el arma posee dos, al lado del orificio de entrada se observará un anillo de excoriación y equimosis, producido por el cañón que no disparo: Signo de Puppe y Wekgartner.

Orificios de salida

No son frecuentes los orificios de salida, en las heridas causadas por proyectiles esféricos disparados por escopetas; en algunos casos se presentan estos orificios, debido al inmediato contacto existente entre la víctima y el tirador, los cuales son irregulares y desgarrados, no presentan tatuaje, ni zona de ahumamiento, ni quemadura.

Adicionalmente, con respecto a la trayectoria intraorgánica en los disparos a contacto o próximo contacto, sin duda son destructores e irregulares; y el orificio de salida, tendrá significaciones de igual o mayor tamaño que la originada en el orificio de entrada; en efecto, cuando se trata de indicadores de distancia, los proyectiles disparados tendrán trayectos intraorgánicos en la misma dirección, pero en diferente sentido de acuerdo al haz o cono de dispersión del disparo y la rosa de dispersión de la herida.

BIBLIOGRAFÍA

BONNET, Emilio, Medicina Legal. Editorial El Ateneo. Buenos Aires, 1982.

DEL GIUDICE, Mario. La Prueba Balística en el Juicio Oral. Editorial Vadell hermanos. Caracas, 2008.

GISBERT CALABUIG, Juan. Tratado de Medicina Legal. Tomo I. Editorial Saber. Valencia, 1979.

GONZÁLEZ CARRERO, Alfredo; GONZÁLEZ, Ernesto y DOMINICIS, Antonieta. Revista Policía Científica. Edición número 7, Caracas, 1993.

RUIZ CARRERO, Wilmer. Balística Forense. Ediciones Marwil. Barquisimeto, 2010.

La Inequidad Social. Principal Causa del Crecimiento y Modificación del Fenomeno Delictivo.



Por: Cipriano Sotelo Salgado¹.

Rector de la Universidad de Ciencias Jurídicas de Morelos, México

Nos parece que el aumento y transformación del índice criminal de una sociedad, depende en gran medida de los estándares de equidad o inequidad que prevalecen entre sus habitantes.

Así, visualizamos que en los países donde existe mayor equidad, también existe menos injusticia y por ende, menos índice criminal, por el hecho que el ser humano no ambiciona de otro,

lo que ese otro no tiene, o por el contrario, no pretendería obtener, lo que no necesita. Con tal afirmación no nos estamos refiriendo únicamente a las necesidades físicas o materiales, sino a todas aquellas que dependen en gran medida del estatus de inclusión a la comunidad a la que se pertenece.

Por ello, es lógico deducir que, en las sociedades donde existe mayor diferencia de clases, habrá también mayor distancia de oportunidades en la obtención de las satisfacciones económicas, profesionales, familiares, etcétera.

Esto tiene una respuesta na-

tural; a nadie le agrada el que se le aminore en sociedad, que no se le reconozcan sus esfuerzos o que no se le dé trato digno; ya que todo ello constituye un aglomerado de necesidades cuya satisfacción, por lo menos, debe abarcar tres aspectos; bio-psico-social.

Esa gran brecha que existe entre los que más y los que menos tienen, que, ante la indolencia de sus gobernantes, constantemente se acrecienta en muchos países, es el origen de infinidad de inconformidades que se convierten en comisión de conductas antisociales, alcanzando en muchas ocasiones, el rango de crímenes.

En efecto, el ser humano por instinto busca satisfacer sus propias necesidades; si tiene frío, se cubre con un abrigo; si tiene calor, suele desbotonar sus ropas o cambiarlas por telas ligeras; si tiene hambre, suele comer para saciarla; si tiene sueño busca dormirse para recuperar su energía; aunque claro está, en ocasiones, para lograrlo, se ve obligado a utilizar sus habilidades o hacer uso de la violencia con tal de conseguirlo.

El instinto de supervivencia humana, lo orilla a buscar alternativas para satisfacer sus necesidades primarias, lo cual haría sin lastimar a nadie, solo si, su entorno social le da las facilidades para ello; lo que no ocurre cuando se percibe un ambiente de desigualdad social abrupta, es decir, con tintes totalmente evidentes, en la que algunos tienen facilidad de oportunidades en demasía y otros apenas acceden a lo indispensable.

Como veremos a continuación, algunas naciones han logrado contener sus índices criminales intactos a través de la implementación de políticas públicas dirigidas a la construcción de proyectos de igualdad de oportunidades y trato equitativo entre sus ciudadanos.

En los estados Unidos de América, por ejemplo, prevalece como sistema de gobierno, el capitalismo. Bajo esos lineamientos, es latente la oportunidad para que una persona con escasa instrucción escolar incluso, pueda encontrar espacios laborales que le permitan lograr las satisfacciones mínimas indispensables de subsistencia,

como son alimentos, techo, vestido y salud. Bajo ese mismo esquema, una persona con instrucción regular, con visión empresarial y trabajadora, pueda ascender a un nivel de vida que le permite fácilmente conciliar esas necesidades de forma decorosa; en tanto que un hombre con instrucción profesional o incluso menor, pero con proyecto

da o desbocada los bienes patrimoniales de su vecino.

Por el contrario, en ese país de norte América, prevalece como modo de comportamiento genérico la discriminación por racismo, lo que da lugar a la comisión de delitos de sangre, como homicidios y abusos sexuales; pero, como se dijo,



exitoso en sus actividades laborales, puede tener acceso a un enriquecimiento económico que podría hacerle acreedor a una vida personal y familiar desahogada en todos los sentidos².

Si hacemos un análisis de las estadísticas respecto del tipo de delitos que los habitantes de Estados Unidos cometen, nos daremos cuenta que tales conductas no son de carácter patrimonial, sino de otra índole, porque sus necesidades son distintas, ya que su sistema político de gobierno les permite a todos, en mayor o menor grado, obtener sus propios medios de subsistencia, sin necesidad de ambicionar de forma desmedi-

no provienen de la ausencia de oportunidades para saciar necesidades patrimoniales.

En efecto, a través del racismo se abusa de los demás, sobre todo en contra de aquéllos a quien se considera invasores de sus tierras, como los de raza negra o de origen latino, que a menudo son agredidos con armas de fuego y armas blancas, dada la facilidad para conseguir en territorio estadounidense cualquier armería que oferta dichos objetos bélicos³.

El problema social de los estadounidenses es su falta de identidad, se conciben como seres supremos y pregonan su superioridad racial y económica sobre cualquier otra nación,

a grado tal de aniquilar a quien suele rechazar sus imposiciones, y no solo con seres humanos radicados dentro de su territorio, sino incluso fuera de él.

Estados Unidos es quien más invasiones de naciones distintas ha tenido a lo largo de la historia, incluso, haciendo uso de sus fuerzas armadas, pretendiendo siempre satisfacer las necesidades propias de su alter ego, que en este caso se traducen a dejar evidencia de su superioridad sobre cualquier otro país.

Por el contrario, en Cuba, donde prevalece un régimen comunista de gobierno, sus habitantes obtienen los mismos beneficios para satisfacer sus necesidades primarias, lo que permite que al obtener todos lo mismo, se impida con ello, el abuso de uno en perjuicio de otro.

Desde luego que en Cuba también existen índices criminales, empero, tampoco prevalece a la cabeza los delitos patrimoniales, sino que prevalecen aquellas conductas que atentan contra la integridad corporal por diferencias, desavenencias o falta de coincidencias, que suelen culminar en pleitos verbales o riñas de sus participantes cuando mucho.

Incluso, habría que destacar que para garantizar la igualdad entre los cubanos, fue implementado por el régimen de gobierno castrista, dos tipos de moneda de consumo interno; los CUPS para los ciudadanos cubanos y los CUCS para los extranjeros que en su calidad de turistas visitan la isla.

Los cubanos que reciben su dotación mensual de aproximadamente 2400 cups. (Cuarenta dólares americanos) cuentan con bodegas especiales donde pueden surtir la canasta básica con productos que satisfacen a medias sus necesidades primarias, en tanto que para los extranjeros existen otro tipo de comercios, en los que se adquieren sus productos solo con cucs.

El cuc tiene el mismo valor que un dólar americano, en tanto que 60 cups, apenas hacen un dólar. Esto deja claro que uno de los factores que permite la fortaleza económica de los cubanos, lo es la gran diferencia de valor de la moneda extranjera, que al ser gastada en territorio cubano, su poder adquisitivo se neutraliza acorde al precio de los productos. Esto es, que mientras que para un cubano, un producto x, se adquiere con 10 CUPS, equivalente a seis centavos de un CUC. Ese mismo producto, en comercios para extranjeros, cuesta hasta 10 dólares o CUCS⁴.

No menos importante es mencionar que, por cuanto al régimen de Justicia, en Cuba no existen como tales los Jurados Populares, -como si los han en estados Unidos- empero, el Tribunal de Justicia penal se integra de cinco miembros, de los cuales tres Jueces Abogados, empleados del Poder Judicial y los otros dos restantes son integrantes de la sociedad, buscando siempre que las decisiones de condena o absolución del enjuiciado, sean por unanimidad o por mayoría de votos; aspecto este que también influye en



la sociabilización de la Justicia, que permite acrecentar la confianza de la gente.

Como dato adicional, vale la pena mencionar que tanto en los Estados Unidos de América, como en Cuba, subsiste en sus leyes penales la pena de muerte para algunos delitos, aunque en la isla, desde hace 10 años, dicha sanción suele ser sustituida por cadena perpetua. La pena de muerte no ha sido factor significativo en ambas naciones como inhibidor de conductas delictivas. Lo que deja entrever su ineficacia ejemplificativa.

En otros países de latino América, como México, por ejemplo, los índices delictivos son encabezados por delitos patrimoniales, como robo, fraude y abuso de confianza, cuyo origen proviene de la falta de oportunidades para todos en igualdad de circunstancias.

En la República Mexicana, es demasiado evidente la brecha que divide las clases sociales, por un lado los que tiene todo, y por el otro, los que apenas tienen lo indispensable para sobrevivir. Estos últimos, buscan a diario distintos modos de acceder a la satisfacción de sus necesidades, lo que a menudo

logran solo participando en la comisión de conductas delictivas. La clase que menos tiene suele atentar en contra de sus iguales o de quienes integran la clase alta o que más tienen. Aquí lo que importa es lograr obtener algún ingreso que les permita adquirir economía para satisfacer sus necesidades primarias sin distinción de víctima, sino más bien en provecho de las circunstancias que se presente al momento.

La transformación de las conductas delictivas en México es digna de estudio profundo. Por su geografía, el territorio mexicano es paso obligado de drogas y estupefacientes, cuyo destino final son los Estados Unidos de América. Los norteamericanos suelen apoyar a la autoridad gubernamental mexicana con recursos económicos a través de programas medibles anualmente, los cuales suelen ser condicionados a cambio de recibir apoyo táctico para frenar a los carteles que dominan el trasiego de droga con rumbo a su frontera norte. Tal labor impide que mucha mercancía llegue a las ciudades norteamericanas, empero, los dueños de la droga no aceptan devoluciones, lo que genera que esas drogas se queden en tierras mexicanas y ahí se consume a precios por debajo del mercado internacional.

La merma económica que tal

situación provoca, obliga a los carteles a modificar las conductas delictivas a efecto de recuperar sus millonarias ganancias, dando vida así a las modalidades de secuestro y extorsión en perjuicio de los integrantes de la sociedad mexicana, quienes al final son los paganos.

En tales consideraciones, en un país donde las clases sociales son abruptas, provocando falta de oportunidades y violencia desmedida para los que menos tienen, en contraposición de los que tienen en demasía, el fenómeno delictivo suele incrementarse de forma alarmante. Hoy México, es considerado uno de los países más peligrosos del mundo.

Para nadie es secreto que en México suelen coexistir, aunque con diferencias abismales, los hombres más ricos del mundo, como Carlos Slim, por citar alguno, y los hombres más pobres de la tierra, como los habitantes de la sierra de Oaxaca, cuya dieta diaria se integra de raíces de arboles.

La desigualdad social, por supuesto, no es pretexto para delinquir, incluso, de hecho, no todos los que se encuentran en extrema necesidad delinquen; no obstante, si suele ser un factor que facilita la participación delictiva; por ello, en la medida

que las políticas públicas vayan dirigidas a disminuir la brecha de la desigualdad entre los habitantes de una nación, menores delitos, por lo menos, de carácter patrimonial, también habrán de cometerse⁵.

Para muestra, un voto, en países como Noruega, la comisión de delitos en general ha ido decreciendo significativamente, pero ahí las políticas públicas socio económicas implementadas por su gobierno, han sido dirigidas no solo a que el poder adquisitivo de sus ciudadanos sea óptimo para todos, sino que se complementan con políticas públicas educacionales, que permitan que sus habitantes adquieran cultura y civilidad a través del respeto a las leyes, lo que evita que la desigualdad de clases prácticamente sea nula. Es cierto que la economía de este país nórdico depende en un 83% de su petróleo, por tanto se encuentran sujetos a los vaivenes del precio internacional del crudo, no obstante ello, los ahorros del gobierno en gastos superfluos, hacen sostenibles los ingresos de la clase trabajadora, que aunque en todas sus ramas suelen regirse bajo esquemas del sindicalismo para la defensa de sus derechos laborales, su nivel cultural les permite construir de forma conjunta, a sindicatos y patrones, proyectos de mejoras tanto para

1

¹ Abogado. Maestro en Derecho penal y Doctor en Ciencias Políticas y Sociales. Rector de la Universidad de Ciencias Jurídicas de Morelos, México. Abogado postulante y conferencista en tópicos de la ciencia del Derecho. Es autor de nueve textos de contenido jurídico.

² José Luis Estrada Bello. *La estabilidad económica en los Estados Unidos de América. Esencia del Artículo publicado en la Revista quehaceres políticos y económicos.* México 2016.

³ Reportaje televisivo. Canal 22 de México. *Análisis del sentimiento de los Norteamericanos.* 28 noviembre del 2016

⁴ Estudios académicos. *Pasantía internacional desarrollada por alumnos de la Universidad de Ciencias Jurídicas de Morelos, México, en la Habana, Cuba.*

⁵ Carlos René Cortés Robles. *Reflexión sobre el origen del delito en México.* Ponencia dictada el 17 de abril del 2016 en la Universidad Autónoma de Morelos.

www.sinembargo.mx/opinion.

⁶ Lezcano Miranda Martha Eugenia. *Justicia para Todos.* Flores editores. México 2017. P.97

la fuente de trabajo, como para los trabajadores, y así en ambos casos se logran beneficios mutuos.

Otro país que vale la pena mencionar por cuanto a la mínima existencia del fenómeno delictivo, es Finlandia. Este frío país del norte de Europa, reporta un homicidio al año por cada cien mil habitantes, lo que lo hace merecedor al reconocimiento internacional, como la nación más segura del todo el globo terráqueo.

En comparativa con este país, por ese mismo número de habitantes, en un año, se reportan 6 homicidios en los Estados Unidos de América, 19 en Brasil, 3 en Dinamarca y 4 en Reino Unido, esto es, cifras muy superiores a las de Finlandia.

El secreto de Finlandia radica en la promoción constante de la igualdad entre sus habitantes, a grado tal que existe una sola clase social. Todos por igual utilizan el mismo tipo y clase de transporte público; incluso los hijos de políticos, empresarios y trabajadores, suelen ocurrir a los mismos colegios. Los contenidos de los planes educativos incluyen ópticas de civilidad masiva, generando con ello, prácticas de convivencia social cotidiana.

Las policías de Finlandia no portan armas de fuego, salvo un grupo especial denominado vikingos, cuya participación se da en casos muy especiales en los que se justifica el uso de la fuerza pública y se hace indispensable repeler agresiones bélicas. La cultura de la denuncia es pilar fundamental en el

control criminal, toda vez que la autoridad actúa de inmediato y sin corrupción de ningún tipo, lo que permite que la sociedad intente a toda costa vivir en armonía, respetando los derechos de los demás, impactando con ello la tasa delictiva, que hoy en día es de las más bajas de todo el mundo.

No por el hecho que Finlandia goce de buena reputación en materia de igualdad social y haya logrado bajos índices criminales, eso mismo ocurra en todo Europa; por el contrario,



algunos países como Italia, sufren los embates de un alto índice de criminalidad, el cual principalmente es propiciado por extranjeros, que al gozar de los beneficios de la unión europea, pueden libremente ingresar y salir de sus fronteras con gran facilidad⁶.

Efectivamente, el 75% de los delitos que se cometen en Italia, participan como autores materiales, intelectuales o mediatos, algún extranjero, provenientes principalmente de Rumania. Como consecuencia de tal fenómeno, aun y cuando por regla general, los europeos pue-

den transitar libremente por los países integrantes, los rumanos únicamente pueden pasar como máximo tres meses en territorio italiano, quedando obligados a tramitar un permiso ante las instancias italianas si es que pretenden rebasar su estadía de esa temporalidad.

El estudio y causas del fenómeno delictivo es complejo, sobre todo que su origen tiene múltiples aristas, no obstante, nosotros sostenemos que la equidad social es un factor de suma importancia que permitiría en mucho su reducción. De ahí que sea importante que los gobiernos de las distintas naciones incluyan en sus políticas públicas programas tendientes a desaparecer la diversidad de clases sociales, promoviendo con mayor ahínco y fuerza que todos por igual tengan las mismas oportunidades.

No se soslaya que en la mayoría de los países del mundo, bajo un esquema impulsado por la Organización de las Naciones Unidas, ONU, ya se trabaja en aspectos de la cultura de la paz social a través de la implementación de los Medios Alternativos de solución de controversias, por sus siglas MASC⁷. cuya pretensión primordial es la solución de controversias de manera pacífica entre dos o más personas involucradas en un conflicto; empero, nosotros sostenemos que no podemos arribar a la construcción del tejido social apostándole únicamente a estos mecanismos, si los gobiernos no hacen un esfuerzo mayúsculo para impulsar de forma decidida la igualdad y la equidad entre sus gobernados.



DERECHO PROCESAL

O processo Judicial Eletrônico no Brasil e a (Possível) Afronta do Princípio do Acesso à Justiça¹



Franciane Hasse²

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

RESUMO

O uso da Internet e de novas tecnologias transformaram o comportamento humano nas últimas décadas, e, evidentemente, o direito não foge desta cepa, fazendo surgir um novo mundo de pesquisas que entrelaça o direito e as redes virtuais. Neste contexto está inserido o Pro-

cesso Judicial eletrônico, tema desta pesquisa. O Processo Judicial eletrônico – PJe, que aos poucos ganha espaço nos tribunais brasileiros, trata-se de uma inovação que busca facilitar as transações processuais do cotidiano forense. No entanto, ao observar esse novo fenômeno, por meio do espectro do princípio constitucional do acesso à Justiça, verificam-se alguns elementos que podem obstaculizar a efetivação de tal princípio. Assim, a presente pesquisa propõe-se em investigar o seguinte problema: O Processo Judicial eletrônico inibe a concretização

do princípio do acesso à Justiça? A hipótese sugerida supõe que parece que o Processo Judicial eletrônico pode implicar obstáculo ao acesso à Justiça. O método a ser usado será o dedutivo e a modalidade de pesquisa a exploratória, por meio de levantamento bibliográfico.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Processo Judicial Eletrônico; Princípio.

RESUMEN

El uso de Internet y de nuevas tecnologías ha transformado el comportamiento humano

¹ El contenido de este artículo es parte integrante de la Disertación de Maestría de labores de la autora de este texto. La Disertación fue titulada: "Proceso Judicial electrónico en Brasil: implicaciones y perspectivas del proceso en la sociedad y en la democracia digital". Tradução: O conteúdo deste artigo é parte integrante da Dissertação de Mestrado de lavra da autora deste texto. A Dissertação foi intitulada: "Processo Judicial eletrônico no Brasil: implicações e perspectivas do processo na sociedade e na democracia digital".

² Mestre em Direito (Faculdade Meridional – IMED). Especialista em Direito Processual Civil (ICPG) e Especialista em Direito Empresarial e dos Negócios (UNIVALI). Graduada em Direito e em Sistemas de Informação (UNIDAVI). Professora do curso de Direito e do curso de Sistemas de Informação, da UNIDAVI. Coordenadora da Escola Superior de Advocacia (ESA) - Subseção de Rio do Sul, da OAB, Seção de Santa Catarina. Conselheira Suplente da Subseção de Rio do Sul, da OAB, Seção de Santa Catarina. Advogada OAB/SC.

³ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 303.

en las últimas décadas, y, evidentemente, el derecho no huye de esta cepa, haciendo surgir un nuevo mundo de investigaciones que entrelaza el derecho y las redes virtuales. En este contexto se inserta el Proceso Judicial electrónico, tema de esta investigación. El Proceso Judicial electrónico - PJe, que poco a poco gana espacio en los tribunales brasileños, se trata de una innovación que busca facilitar las transacciones procesales del cotidiano forense. Sin embargo, al observar este nuevo fenómeno, por medio del espectro del principio constitucional del acceso a la justicia, se verifican algunos elementos que pueden obstaculizar la efectividad de tal principio. Así, la presente investigación se propone investigar el siguiente problema: ¿El Proceso Judicial electrónico inhibe la concreción del principio del acceso a la justicia? La hipótesis sugerida supone que parece que el proceso judicial electrónico puede implicar un obstáculo al acceso a la justicia. El método a ser utilizado será el deductivo y la modalidad de investigación a exploratoria, por medio de levantamiento bibliográfico.

Palabras clave: Acceso a la justicia; Proceso Judicial Electrónico; Principio.

1. INTRODUÇÃO

Esse texto tem por objetivo elucidar duas questões. A primeira é situar o sentido do princípio do acesso à Justiça, apontando sua relação constitucional e processual, e o segundo é discutir suas implicações no âmbito do Processo Judicial eletrônico – PJe, apontando, possíveis entraves à efetivação. De início, é necessário apontar que não se pretende esgotar as discussões, sequer oferecer soluções estruturais, mas fundamentalmente apresentar uma leitura crítica e reflexiva sobre a realidade que se apresenta em relação a esse novo fenômeno frente à jurisdição.

O estudo da temática justifica-se em função da relevância

do princípio do acesso à Justiça que, além de constar no rol de direitos humanos, também se refere a um princípio que fundamenta o Estado Democrático de Direito, na medida em que objetiva oferecer condições de possibilidade de acesso de um sujeito ao Poder Judiciário, a fim de dirimir algum conflito ou proteger algum direito.

Diante deste contexto, este trabalho propõe investigar o seguinte problema de pesquisa: O Processo Judicial eletrônico inibe a concretização do princípio do acesso à Justiça? A hipótese sugerida supõe que parece que o Processo Judicial eletrônico pode implicar obstáculo ao acesso à Justiça.

Com o objetivo de perseguir a proposta da pergun-



⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.157.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.160.

⁶ DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141.

⁷ *Ibidem*. p. 36.

⁸ *Ibidem*. p. 42.

⁹ DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

¹⁰ *Ibidem*. p. 43.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina: 1995, p. 171-173.

¹² [...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (artigo 5º, XXXV, Constituição Federal).

¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 9.

ta guia, o artigo está dividido em dois momentos. O primeiro intitulado “A importância dos princípios constitucionais para o sistema jurídico e o acesso à Justiça”. Neste momento da pesquisa, identificar-se-á a importância dos princípios constitucionais para o sistema jurídico, bem como o sentido dos princípios, privilegiando-se o princípio do acesso à Justiça. Na segunda etapa da pesquisa, cujo título é “O Processo Judicial eletrônico e as implicações do acesso à Justiça” será apresentado o Processo Judicial eletrônico, como um instrumento hábil da jurisdição constitucional para dar concretude aos princípios constitucionais em uma nova era, a era digital.

Para tanto, será apresentado como é possível que o Processo Judicial eletrônico viabilize ou comprometa a concretização do princípio do acesso à Justiça, pelo jurisdicionado.

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

2. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PARA O SISTEMA JURÍDICO E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

A partir do segundo pós-guerra, as Constituições passaram a incorporar valores e princípios que se radicam nos direitos fundamentais. Então, uma das preocupações da teoria do direito na contemporaneidade é, justamente, procurar formas de articular os princípios constitucionais como fonte interpretativa e de direcionamento político-jurídico



da sociedade. Isto ocorreu em função de que as inúmeras regras jurídicas não são capazes de abarcar a multiplicidade de fatos e ocorrências que devem ser enfrentados pelos juristas no cotidiano. Eis aí a indeterminação do direito, que desafia operadores do direito, tanto no momento de elaboração normativa, como no momento de aplicação da lei, especialmente pelos tribunais.

Considerando esta perspectiva, surgem os princípios para

oferecer amparo a essa indeterminação e auxiliar a resolução de problemas jurídicos. Jorge Miranda menciona que “[...] os princípios, admitem ou postulam desenvolvimentos, concretizações, densificações, realizações variáveis. Nem por isso o operador jurídico pode deixar de os ter em conta, de os tomar como pontos firmes de referência, de os interpretar segundo os critérios próprios da hermenêutica e de, em consequência, lhes dar o devido cumprimento”³.

Os princípios, então, assumiram lugar fundamental no campo do Direito, de modo que diversos juristas ocuparam-se ao longo dos anos em oferecer conceitos capazes de compreender esse complexo campo de valores que objetiva orientar o sistema político-jurídico da sociedade. Dentre estes juristas, está Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, para quem os princípios constitucionais são a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica, que consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica⁴.

Assim, é possível dizer, então, que os princípios constitucionais estão inscritos tácita ou explicitamente na Constituição da República Federativa do Brasil. Estes são premissas básicas, como guias que objetivam indicar o ponto de partida e os

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 115.

¹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 33-34.

¹⁶ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. LAMY, Eduardo de Avelar. *Acesso à Justiça: a função social do Estado contemporâneo e seus reflexos no direito processual*. In: _____. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 104.

¹⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Acesso à Justiça e tutelas de urgência: o pleno acesso à ordem jurídica justa e a efetividade do processo*. In: *Jurisprudência Catarinense*, nº 7. Florianópolis, 1994, p. 30

¹⁸ BRASIL. OAB aponta os cinco maiores problemas do Processo Judicial Eletrônico. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25217/oab-afonta-os-cinco-maiores-problemas-do-processo-judicial-eletronico>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

caminhos a serem percorridos pelo sistema político-jurídico de uma sociedade. Os princípios oferecem embasamento nas decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressam valores superiores que inspiram a criação ou (re) organização de um Estado, dão unidade ao sistema normativo. Isto é, são responsáveis pela integração e harmonização das normas constitucionais. Além disto, os princípios condicionam a atuação dos poderes na medida em que pautam interpretação e aplicação de todas as normas vigentes ⁵.

Assim, se os princípios orientam um sistema político-jurídico, logo, sua procedência emana da Constituição, pois esta é a norma suprema da qual decorrem todas as orientações gerais sobre a atuação dos poderes políticos, bem como a salvaguarda dos direitos fundamentais. O artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, pode ser um bom exemplo para ilustrar como muitos princípios, ainda que nem sempre apareçam explicitamente no texto, desvelam-se diante de um caso concreto.

Outra definição de princípio que assumiu importância no cenário jurídico brasileiro, é aquele defendido por Ronald Dworkin, ao propor que princípios são proposições que des-

crevem direitos ⁶. São padrões que devem ser observados, não porque promoverão ou assegurarão uma situação econômica, política ou social desejada considerável, mas porque é uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade ⁷.

Para endossar a importância dos princípios e alertar para a indeterminabilidade do Direito, Dworkin aponta a distinção entre regras e princípios. Assim, as regras de um sistema jurídico são determinadas pela sua forma de aplicação, isto é, do tudo ou nada, enquanto que os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância. Então, para Dworkin, os princípios distinguem-se das regras por uma questão lógica, enquanto que as regras funcionam na sistemática tudo ou nada, devendo apresentar o máximo possível de especificações ou exceções, oferecendo completude de sentido. Por outro lado, os princípios operam em outra dimensão. Ou seja, os princípios são razões que suportam um argumento e direcionam estes para uma determinada direção ⁸.

A direção argumentativa de um princípio depende da força relativa que este adquire, decorrente da tradição institucional, e que se reflete de forma distinta em cada caso. Isso quer dizer que, geralmente, as regras não

apresentam dificuldade no momento de aplicação, são ou não são aplicáveis.

De outro modo, podem ser ou não aplicáveis em um determinado caso, na medida em que podem ser conflitantes. Quando os princípios inter cruzam-se, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um ⁹, força esta que aparece somente diante do caso concreto. Neste sentido, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso tem ou quão importante é ¹⁰.

De acordo com Canotilho, podem ser considerados como princípios jurídicos fundamentais, os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Neste sentido, designam-se por princípios politicamente conformadores, os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Existem, ainda, outros princípios que visam instituir direta e imediatamente uma garantia aos cidadãos, sendo-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa ¹¹.

Assim, de um modo ge-

¹⁹ MARTINES, Fernando. Falhas do PJe violam prerrogativas da defesa e prejudicam cidadão, diz advogado. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-10/advogado-nao-adaptado-pje-afirma-especialista-area?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em 15 nov. 2016.

²⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. LAMY, Eduardo de Avelar. *Acesso à Justiça: a função social do Estado contemporâneo e seus reflexos no direito processual*. In: _____. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 106.

²¹ *Ibidem*. p. 114.

²² *Ibidem*. p. 114.

ral, pode-se concluir que os princípios são valores que garantem a proteção de direitos fundamentais. A Constituição da República Federativa do Brasil traz em seu texto uma série de princípios que garantem a proteção de um indivíduo ou de um grupo de pessoas em face do Estado. E, se servem para proteção, é evidente que esses princípios também se consubstanciam no âmbito do processo, instrumento por meio do qual se discute a viabilidade de aplicação de direitos.

Os princípios mais evidentes que interferem diretamente no modo como o processo judicial deve ser elaborado, são especialmente, a título ilustrativo, o princípio do devido processo legal, ampla defesa e do acesso à Justiça, que invariavelmente estão inter-relacionados. Para fins da presente pesquisa, privilegia-se o princípio do acesso à Justiça.

O acesso à Justiça vincula-se à ideia de acesso ao Poder Judiciário, e está disposto no artigo 5º, inciso XXXV¹², da Constituição da República Federativa do Brasil. Trata-se de um princípio de ordem processual bastante abrangente, na medida em que seu conteúdo oferece condições de possibilidades para todos os cidadãos, vias de acesso ao Poder Judiciário, a fim de proteger ou evitar lesão de direitos. O princípio do acesso à Justiça é também chamado de direito de ação ou inafastabilidade do controle judicial, logo, referido princípio protege os interesses do povo, bem como assegura a intervenção

do Estado na busca da tutela jurisdicional.

Cappelletti e Bryant, apontam que o conceito do princípio do acesso à Justiça sofreu alteração de sentido ao longo dos anos, consubstanciando-se como uma importante transformação. Essa mutação implicou no modo como estudou-se e projetou-se o estudo e o ensino do processo civil. Conforme estes juristas, as transformações decorrem da mudança de paradigma de estrutura do Estado. Isto é, nos Estados liberais “bur-



gueses” dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente¹³.

Merece destaque ainda os argumentos de Ada Pellegrini Grinover, ao mencionar que a ideia de acesso à Justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto justiça estatal, e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa¹⁴. Para Cintra, Dinamarco e Grinover, a ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o valor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados

harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa¹⁵.

Para Rodrigues e Lamy, “o acesso à Justiça não se esgota no acesso ao Judiciário. É necessário, portanto, ter o cuidado de não reduzi-lo à criação de mecanismos processuais, e seus problemas, aos existentes nesse âmbito. O acesso à Justiça representa mais do que o ingresso no processo e o acesso aos meios que ele oferece”¹⁶.

Logo, conclui-se que para que seja possível a realização de uma ordem jurídica justa, é necessário que o acesso à Justiça marche ao lado de outros princípios constitucionais. A exemplo: o princípio da igualdade, do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal que amparam as condições de efetivação. Em se tratando da efetividade do processo, Joel Dias Figueira Júnior aduz que é necessária a existência de mecanismos geradores da efetividade cuja realização verifica-se por meio de instrumentos que possibilitem a consecução dos objetivos pelo autor, com rapidez. Ou seja, dentro de um período de tempo razoável e compatível com a complexidade do litígio, proporcionando ao beneficiário da medida a concreta satisfação do escopo perseguido¹⁷.

Diante deste contexto, necessário fazer o cruzamento entre o Processo Judicial eletrônico e o princípio ora proposto. Se o Estado, por meio da jurisdição, deve apresentar condições de acesso de um indivíduo ao Poder Judiciário, implicando sua

máxima extensão, então é imprescindível que as novas formas de instrumentalidade. Ou pode-se arriscar em dizer, uma instrumentalidade virtual, que ofereça condições de possibilidade de acesso à Justiça, e não o contrário. Então, cumpre refletir se o Processo Judicial eletrônico seria uma espécie de entrave para o acesso à Justiça, questões que serão discutidas no tópico a seguir.

3. O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E AS IMPLICAÇÕES DO ACESSO À JUSTIÇA

A noção do Estado Democrático de Direito, implica que qualquer discussão a respeito do processo judicial deve levar em conta necessariamente o filtro da Constituição da República Federativa do Brasil. Esta pois, é a norma suprema. A Carta política que estabelece os parâmetros do pacto social que o povo, em tese, democraticamente, a elegeu.

Partindo deste pressuposto, as implicações da jurisdição e do processo, devem necessariamente levar em conta o texto constitucional, especialmente seu rico rol de princípios e garantias fundamentais consagradas. No que diz respeito ao processo, visualizado, como produto da ordem jurídica, por meio do qual se desenvolve a atividade jurisdicional, não é diferente. Assim, o sistema jurídico, no âmbito processual deve acolher os princípios constitucionalmente consagrados. Afinal é justamente este um dos meios pelos quais a Constituição pode realizar-se, assumindo legitimidade jurídico-constitucional.

Com efeito, se no mundo pós-moderno as matrizes tradicionais do conhecimento são questionadas, fazendo exsurgir novas formas de conceber a vida, do mesmo modo todas as áreas da produção do conhecimento não são capazes de tangenciar estas transformações. E, claro, o direito não foge à regra.

Isto também acontece com o Direito e, como será visto, com o Processo Judicial que, tradicionalmente elaborado fisicamente, por meio de papeis, tornou-se um instrumento eletrônico, formando o Processo Judicial eletrônico. Sem dúvidas, esta é uma das inovações provenientes da era digital, pois invariavelmente vive-se em um mundo em que as relações tornaram-se virtuais, facilitando a comunicação e a movimentação das

ações humanas.

É possível também dizer que a inovação do Processo Judicial eletrônico, implica a questão da preocupação ambiental, que pressiona para que os mais variados seguimentos da sociedade, inclusive os poderes públicos, assumam a sua cota de responsabilidade e modifiquem seus hábitos, demandando o remanejamento das velhas práticas. Assim, diante destes dois elementos, a facilitação das comunicações e a economia de papéis, o Poder Judiciário começou a lançar mão dos processos eletrônicos que, até então, foram tradicionalmente registrados fisicamente (papelizado).

Todavia, em que pese os avanços, existem algumas barreiras a serem enfrentadas. Um estudo realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB apontou que entre os maiores obstácu-



los à implantação do Processo Judicial eletrônico, tem-se: “[...] a infraestrutura deficiente de Internet; dificuldades de acessibilidade; problemas nos sistemas de processo eletrônico; necessidade de melhorias na utilização do sistema; e a falta de unificação dos sistemas de processo eletrônico”¹⁸.

Outro grande problema é certa resistência na recepção do sistema por parte dos servidores do Poder Judiciário, que reclamam da falta de estrutura, apontando a incapacidade de suportar a transmissão de dados virtuais, fazendo com que, não raras vezes, o trabalho nas repartições seja ainda mais lento. Some-se ainda a falta de estabilidade do próprio sistema, no sentido de que praticamente todos os meses os programas são modificados, causando confusão entre os usuários¹⁹.

Rodrigues e Lamy, relatam os principais entraves que se colocam ao efetivo acesso à Justiça,

sendo que, dividem em dois grupos, sendo os primeiros os entraves não jurídicos e os segundos os entraves jurídicos. Em se tratando dos entraves não jurídicos, citam a pobreza, a ausência de informação, fatores simbólicos (medo, insegurança, ...). Já no que se refere aos entraves jurídicos, citam as custas e despesas processuais, necessidade de advogado e insuficiência de Defensoria Pública, ausência de assistência jurídica preventiva e extrajudicial, estrutura e funcionamento do Poder Judiciário, entre outros ²⁰.

No que se refere à estrutura e funcionamento do Poder Judiciário, Rodrigues e Lamy aduzem que “o Poder Judiciário possui alguns problemas estruturais históricos que interferem diretamente na questão do acesso à Justiça. Entre eles se podem destacar: [...] a carência de recursos materiais e humanos; [...]”²¹. Acerca da carência de recursos materiais, os autores relatam que a ausência de informatização adequada seria uma das formas de deficiência dos referidos recursos.²²

Logo, é possível dizer que os entraves que poderiam implicar em eventual obstáculo à concretização do acesso à Justiça seriam de ordem estrutural, e em função da falta de uma organização planejada que abarque todas as esferas da jurisdição, oferecendo condições efetivas de acesso pelo jurisdicionado ao Poder Judiciário.

Assim, ainda que a ideia de implementação do Processo Judicial eletrônico seja uma invenção promissora, há uma estrutura arcaica e antiquada que é incapaz de recepcionar esta nova forma de atuação da Justiça. Portanto, demanda-se o remanejamento estrutural, por meio da reestruturação de tal poder. Espera-se que tão logo possível o Poder Judiciário delibere acerca deste impasse estrutural, criando políticas públicas capazes de minimizar a carência de recursos materiais e humanos, a fim de proporcionar integralmente ao jurisdicionado a busca pela satisfação dos seus direitos.

4. CONCLUSÃO

A problemática proposta nos termos desta pesquisa, objetivou a observação do modo como ocorre a implementação do Processo Judicial eletrônico e a sua relação com o direito de acesso à Justiça, situação que é imprescindível para fins de

realização do Estado, na sua faceta constitucional e democrática.

Neste sentido, para garantir-se a ampla participação dos cidadãos na sociedade, de forma igualitária, é imprescindível que o exercício da ação não seja obstaculizado, em função de que é justamente por meio do exercício da jurisdição que direitos podem ser tutelados, claro que não de forma exclusiva.

O princípio do acesso à Justiça foi constitucionalmente consagrado para assegurar efetividade dos direitos do cidadão. Por meio do Poder Judiciário, deve garantir-se a igualdade de acesso ao sistema do judiciário da forma mais ampla possível, especialmente na contemporaneidade, quando o processo passa a ser acessado por meio de uma plataforma digital.

Assim, diante do problema proposto, confirma-se a hipótese sugerida, isto é, apesar de o Processo Judicial eletrônico ser uma inovação, com a promessa trazer ventos promissores àquelas que buscam a satisfação do seu direito e facilitar as comunicações entre os envolvidos, o acesso à Justiça encontra entraves estruturais que afetam os jurisdicionados, impedindo sua plena concretização.

Esta situação cria um paradoxo, pois se quer viabilizar e promover facilidade de acesso ao processo, mas a velha estrutura compromete sua plena efetivação. Portanto, necessário repensar como oferecer possibilidades para que esta situação seja ajustada, com a criação de políticas públicas para evitar prejuízos àquele que bate às portas do Poder Judiciário a fim de dirimir o conflito de interesses.



5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei nº 11.419/2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. OAB aponta os cinco maiores problemas do Processo Judicial Eletrônico. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25217/oab-aponta-os-cinco-maiores-problemas-do-processo-judicial-eletronico>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina: 1995.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. Teoria geral do processo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Acesso à Justiça e tutelas de urgência: o pleno acesso à ordem jurídica justa e a efetividade do processo. In: Jurisprudência Catarinense, nº 7. Florianópolis, 1994.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à Justiça no Estado Contemporâneo: concepção e principais entraves. In: SALES, Lília Maia de Moraes; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. (Org.). Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento - Estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 237-276.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. LAMY, Eduardo de Avelar. Acesso à Justiça: a função social do Estado contemporâneo e seus reflexos no direito processual. In: _____. Teoria Geral do Processo. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Altas, 2016.

SILVA, de Plácido. Vocabulário jurídico. 28. ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



DERECHO PROCESAL PENAL

La Cadena de Custodia. Efectos Jurídicos de su Ruptura. El Acuerdo Plenario n° 6-2012-pj/cj-116



Autor: VÍCTOR JIMMY ARBULÚ MARTÍNEZ
Docente de la Facultad de Derecho Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente Academia de la Magistratura. Magister en Derecho UNMSM. Doctorando UNMSM. Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima.

1. La Cadena de Custodia

La Fiscalía de la Nación según el CPP del 2004 debe aprobar el Reglamento correspondiente a fin de normar el diseño y control de la cadena de custodia, así como el procedimiento de seguridad y conservación de los bienes incautados. Esto ha sido cumplido con el Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados aprobado por Resolución N° 729-2006-MP-FN del 15 de junio del 2006.

Como referencia de cadena de custodia en el derecho comparado, tenemos al Código Procesal Penal de Colombia que regula esta materia con bastante precisión señalando las finalidades así:

“Artículo 254. Aplicación. Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.

La cadena de custodia se iniciará en el lugar



donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, y finaliza por orden de autoridad competente.”

La razón principal de la cadena es garantizar la autenticidad de la prueba material, pues una contaminación de esta por factores externos, o negligencia puede arruinar una investigación; de allí que la persona que interviene en este sistema se convierte en garante de su preservación, guarda, y seguridad:

“Artículo 255. Responsabilidad. La aplicación de la cadena de custodia es responsabilidad de los servidores públicos que entren en contacto con los elementos materiales probatorios y evidencia física.

Los particulares que por razón de su trabajo o por el cumplimiento de las funciones propias de su cargo, en especial el personal de los servicios de salud que entren en contacto con elementos materiales probatorios y evidencia física, son responsables por su recolección, preservación y entrega a la autoridad correspondiente.”

¹ Ver considerando sexto

² Ver considerando séptimo

³ CORIA MONTER, Paulo Roberto. *Introducción a la Criminalística de Campo y de Laboratorio. Ciencia Forense.cl Revista On-Line de Criminalística* <http://www.cienciaforense.cl/cs.i> 2008, p. 1. [Fecha de consulta: 3 de julio del 2013]

⁴ *Ibidem*, p. 3.

El Código Procesal Penal de Argentina, en las medidas de secuestros de las cosas relacionadas con el delito, las sujetas a decomiso o aquellas que puedan servir como medios de prueba, resultado de un allanamiento o de una requisa personal o inspección, dispone que se dejará constancia de ello en el acta respectiva y dando cuenta inmediata del procedimiento realizado al juez o al fiscal intervinientes. (Ver Art. 231)

El secuestro generará una cadena de custodia, pues los efectos secuestrados serán inventariados y puestos, bajo segura custodia, a disposición del tribunal. En caso necesario podrá disponerse su depósito. **El juez podrá** ordenar la obtención de copias o reproducciones de las cosas secuestradas cuando éstas puedan desaparecer, alterarse, sean de difícil custodia o convenga así a la instrucción. Las cosas secuestradas serán aseguradas con el sello del tribunal y con la firma del juez y secretario, debiéndose firmar los documentos en cada una de sus hojas.

La normativa argentina establece que si fuere necesario remover los sellos, se verificará previamente su identidad e integridad. Concluido el acto, aquéllos serán repuestos y de todo se dejará constancia. (Art. 233) Un sistema bastante rudimentario; pero como la mayoría de sistemas procesales, que se han manejado con sus códigos antiguos, incluyendo el peruano de 1940.

El Código Procesal Penal de Chile dice al respecto de los bienes u cosas incautadas:

“Artículo 188.- Conservación de las especies. Las especies recogidas durante la investigación serán conservadas bajo la custodia del ministerio público, quien deberá tomar las medidas necesarias para evitar que se alteren de cualquier forma.

Podrá reclamarse ante el juez de garantía por la inobservancia de las disposiciones antes señaladas, a fin que adopte las medidas necesarias para la debida preservación e integridad de las especies recogidas.

Los intervinientes tendrán acceso a esas especies, con el fin de reconocerlas o realizar alguna pericia, siempre que fueren autorizados por el ministerio público o, en su caso, por el juez de garantía. El ministerio público llevará un registro especial en el que conste la identificación de las personas que fueren autorizadas para reconocerlas o manipularlas, dejándose copia, en su caso, de

la correspondiente autorización.”

El Código Procesal Penal de México al generar la cadena de custodia establece que el juez, el ministerio público y la policía podrán disponer que sean resguardados los objetos relacionados con el hecho delictuoso y aquellos que puedan servir como medios de prueba y cuando sea necesario, ordenarán su aseguramiento. (Art. 258)

El aseguramiento de bienes le corresponde al Ministerio Público que ordenará que los instrumentos, objetos o producto del hecho delictuoso, así como de aquéllos que puedan ser útiles para garantizar la reparación del daño sean preservados. Y para efectos de asegurar los bienes el Ministerio Público dictara las medidas conducentes e inmediatas para evitar que se destruyan, alteren o desaparezcan.

Si los bienes asegurados pueden servir como medios de prueba, se observarán las reglas para su resguardo y en materia de cadena de custodia. Si son bienes vinculados a la violencia de género, el Ministerio Público ordenará de inmediato, de oficio, el aseguramiento de bienes suficientes para garantizar la reparación del daño. (Art. 259)

2. Ministerio Público y Reglamento de Cadena de Custodia

El Ministerio Público tiene un Reglamento de Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados aprobado por Resolución N° 729-2006-MP-FN del 15 de junio del 2006, siendo necesario observar los aspectos más relevantes de esta normativa.

El Reglamento regula el procedimiento de la cadena de custodia de los elementos materiales y evidencias incorporadas a la investigación de un hecho punible; y los procedimientos de seguridad y conservación de los bienes incautados, según su naturaleza. (Art. 1)

La Cadena de Custodia se define como el procedimiento destinado a garantizar la individualiza-





ción, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso. Las actas, formularios y embalajes forman parte de la cadena de custodia. (Art. 7)

La finalidad es unificar procedimientos básicos y responsabilidades de los representantes del Ministerio Público y funcionarios, a efecto de garantizar la autenticidad y conservación de los elementos materiales y evidencias incorporados en toda investigación de un hecho punible, auxiliados por las ciencias forenses, la Criminalística, entre otras disciplinas y técnicas que sirvan a la investigación criminal. Además, unificar los lineamientos generales de seguridad y conservación de los bienes incautados. (Art. 2)

Las cosas sobre las que se realiza la cadena de custodia está compuesto por: Elementos materiales y evidencias que son objetos que permiten conocer la comisión de un hecho punible y atribuirlos a un presunto responsable en una investigación y proceso penal. (Art. 5); y los Bienes incautados que son estimados como los efectos y ganancias provenientes de delito, así como los instrumentos que sirvieron para perpetrarlo, objeto de una medida judicial o excepcionalmente fiscal, durante la investigación.

2.1. Principios rectores de la Cadena de Custodia

El procedimiento para preservar la autenticidad, integridad, e inalterabilidad de bienes incautados se rigen por los siguientes principios

- a) El control de todas las etapas desde la recolección o incorporación de los elementos

materiales, evidencias y bienes incautados hasta su destino final. Así como del actuar de los responsables de la custodia de aquellos.

- b) La preservación de los elementos materiales y evidencias, así como de los bienes incautados, para garantizar su inalterabilidad, evitar confusiones o daño de su estado original, así como un indebido tratamiento o incorrecto almacenamiento.
- c) La seguridad de los elementos materiales y evidencias, así como de los bienes incautados con el empleo de medios y técnicas adecuadas de custodia y almacenamiento en ambientes idóneos, de acuerdo a su naturaleza.
- d) La mínima intervención de funcionarios o personas responsables en cada uno de los procedimientos, registrando siempre su identificación.
- e) La descripción detallada de las características de los elementos materiales y evidencias además de los bienes incautados o incorporados en la investigación de un hecho punible; del medio en el que se hallaron, de las técnicas utilizadas, de las pericias, de las modificaciones o alteraciones que se generen. (Art. 4)

3. La Cadena de Custodia en el Acuerdo Plenario 6-2012-PJ/CJ-116

La Corte Suprema establece como aspectos generales ¹ que el artículo 68 del CPP reconoce a la Policía Nacional, en su función de investigación del delito 1): 1. La vigilancia y protección del lugar de los hechos, a fin de que no serán borrados los vestigios y huellas del delito (literal "b"). 2. La recogida y conservación de los objetos' e instrumentos relacionados con el delito; así como todo elemento material que pueda servir a la investigación (literal "d"). 3. El aseguramiento de los documentos privados, libros, comprobantes y documentos contables administrativos útiles para la investigación (literal 1.).

De todas las diligencias que realice la Policía, debe sentar actas detalladas que entregará al Fiscal (apartado 2).

Los Jueces Supremos dicen que la incautación instrumental prevista por el artículo 218 del CPP incide sobre bienes que constituyen el cuerpo del

delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados². Los Jueces Supremos señalan que conforme con el artículo 220, apartado 2, del CPP, referido a la incautación de bienes: 1. Los bienes objeto de incautación se registrarán con exactitud y debidamente individualizados; a la par que corresponde establecer los mecanismos de seguridad para evitar confusiones o alteración de su estado original. 2. Se identificará al funcionario o persona que asume la responsabilidad o custodia del material incautado, diligencia de ejecución que, a su vez, será materia de un acta firmada por los participantes en ese acto. 3. El Fiscal determinará las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de lo incautado, así como de los cambios hechos en ellos por cada custodio.

La incautación se documenta en un acta que es un requisito formal de toda medida instrumental restrictiva de derechos. Esta línea de obligatoriedad de la elaboración de actas son enumeradas por el Acuerdo Plenario en varios actos de investigación del Ministerio Público como: 1. La intervención corporal (artículo 211, apartado 4, CPP). 2. Las pesquisas, destinadas a los rastros, efectos materiales y elementos materiales útiles para la investigación, que serán objeto de recogida y conservación (artículo 208, apartado 2, CPP); además del acta se levantarán planos de señales, descriptivos y fotográficos, y toda otra operación técnica, adecuada y necesaria al efecto (artículo 208, apartado 4, CPP). 3. El allanamiento con ulterior incautación de bienes delictivos sujetos a ulterior decomiso o que se relacionen con el delito para servir de prueba del mismo (artículo 217 del CPP). La incautación de documentos no privados. 4. La interceptación e incautación postal (artículo 227, apartado 3, CPP). 5. La intervención de comunicaciones —que importa, además del acta, la conservación de los originales de la grabación (artículo 231, apartados 1 y 2, CPP). 6. La incautación de documentos privados (artículo 233, apartado 3, CPP). 7. El aseguramiento de documentos privados y documentos contables y administrativos (artículos 232 y 234 CPP).

3.1. Reglas Jurídicas

La Corte Suprema establece un marco con-



ceptual de los bienes que estando relacionados al delito, y son materia de incautación; de la forma como se ha establecido una nomenclatura propia, a diferencia del enfoque en el derecho anglosajón.

“8° El CPP no utiliza la expresión, de origen anglosajón, de “evidencia física”, que es definida como todo elemento tangible que permite objetivar una observación. Se ha centrado en utilizar los términos propios del derecho euro continental y de nuestro acervo de cultura del Derecho Procesal Penal que le es tributario. Es así que recurre a vocablos de hondo significado en nuestra dogmática procesal, tales como: 1. Cuerpo del delito. 2. Vestigios y huellas del delito; rastros, efectos y elementos materiales. 3. Objetos e instrumentos del delito. 4. Cosas o bienes relacionados con el delito. 5. Documentos privados y no privados, libros, comprobantes y documentos contables administrativos.

Desde las indicadas referencias normativas se entiende, primero, que el CPP toma como criterio de clasificación de la fuente de investigación o fuente de prueba —se acepte o no— la persona o cosa —o, “bien”, en este último caso—, de donde se deriva el medio de investigación o de prueba, según el caso, para llegar a la distinción entre medios de investigación o de prueba personales, y medios de investigación o de prueba materiales o reales [FLORIÁN, I, 1976: 184]. Segundo, que la noción “cuerpo del delito”, por su concepción amplia respecto de la totalidad de diligencias de investigación, tendentes a la comprobación del delito y averiguación del delincuente, comprende “[...] el conjunto de materialidades relativamente



permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito; así como también cualquier otra cosa o bien que sea efecto inmediato del mismo o que se refiera a él, de tal modo que pueda ser utilizado para su prueba” [MANZINI, III, 1952: 500]. Con ello se intenta distinguir entre (i) la persona o cosa objeto del delito (como, por ejemplo, sería el cadáver en un delito de homicidio, la caja fuerte forzada en el hurto), (ii) los medios o instrumentos a través de los cuales se cometió el delito (ejemplo, el revólver utilizado), (iii) los efectos relacionados con el delito, que serían las cosas obtenidas como consecuencia de su ejecución (ejemplo, los objetos robados), y (iv) las piezas de convicción, que serían las huellas, rastros o vestigios —elementos materiales, en suma— dejados por el autor en la comisión del hecho y susceptibles de ser recogidos, y que permiten acreditar la perpetración del delito y, en ocasiones, la identificación de su autor (ejemplo, el trozo de cristal en el que se asentaron las huellas dactilares del imputado, las ropas manchadas de sangre) [PÉREZ-CRUZ MARTIN y otros, 2009: 232]. La Sentencia del Tribunal Supremo español, del seis de febrero de mil novecientos ochenta y dos, efectúa una clasificación moderna de “cuerpo del delito”. Así: 1. Cuerpo material del delito, sobre el que recae este. 2. Cuerpo accidental del delito, que se incorpora a los autos como piezas de convicción. 3. Cuerpo del delito por situación, que

tiene relación con el delito, por el lugar, por estar en el mismo sitio del delito, en las inmediaciones, en poder del reo o de terceros.

Lo expuesto revela la naturaleza heterogénea del cuerpo del delito, en cuanto es, al mismo tiempo, medio y objeto de investigación. Medio de investigación porque a través de él es posible averiguar importantes extremos relativos al

hecho delictivo (e, incluso, indirectamente, relativos al delincuente). Objeto de investigación, en el sentido de que las materialidades que lo componen pueden ser, a su vez, objeto de diligencias de investigación de esta índole [ARAGONESES MARTINEZ y otros, 2002: 329].”

3.2. La cadena de custodia

La cadena de custodia es un procedimiento que busca asegurar la autenticidad de los bienes incautados. De allí que su manipulación debe responder a reglas de cuidado de tal forma que se evite alterar el contenido de los objetos que serán examinados en los actos de investigación o en los actos de prueba. La Corte Suprema fundamenta la cadena de custodia en el Art. 220.5 del CPP y el Reglamento que aprueba el Ministerio Público.

“9° Una norma de clausura del procedimiento de incautación y, especialmente, de aseguramiento del material incautado —el cuerpo del delito— para su debida autenticidad, es la prevista en el artículo 220, apartado 5, del CPP, que instituye la denominada “cadena de custodia”, a la que la dicha norma delega su desarrollo, a través de un Reglamento específico, a la Fiscalía de la Nación; en tanto se trata de actos de investigación o actos de prueba materiales, con entidad para esclarecer la comisión del delito e identificar y descubrir a su autor. El CPP, sin embargo, delimita esa atribución

reglamentaria, domiciliada en la Fiscalía de la Nación, a normar el diseño y control de la misma, así como el procedimiento de seguridad, conservación y custodia de lo incautado (artículos 220, apartado 5, y 221, apartado 1 del CPP). Además, como ya se ha precisado, en otras disposiciones el CPP impone la necesidad de protección del lugar de los hechos, recogida del cuerpo del delito y levantamiento de las actas respectivas. La Fiscalía de la Nación, mediante la Resolución N° 729-2006-MP-FN, del quince de junio de dos mil seis, expidió el “Reglamento de la cadena de custodia de elementos materiales, evidencias [sic] y administración de bienes incautados”, cuya finalidad es la de establecer y unificar procedimientos básicos y responsabilidades de los fiscales y funcionarios del Ministerio Público, para garantizar la autenticidad y conservación del cuerpo del delito (artículo 2). La cadena de custodia está desarrollada en el Capítulo II del citado Reglamento (artículos 7 al 15).”

En el Acuerdo Plenario se le da énfasis a la exigencia del requisito de autenticidad, pues de esto dependerá lo que se realice en la investigación preparatoria o en juicio oral. La alteración de la prueba material no permitirá que esta tenga el mérito suficiente, no solo para establecer responsabilidad sino si desde la perspectiva de la defensa es decisivo para contrarrestar los cargos formulados por la Fiscalía.

“10° Debe quedar claro, desde el principio de libertad probatoria, que la autenticidad del cuerpo del delito, de necesaria demostración, exige que el elemento de investigación utilizado para justificar la acusación es el mismo objeto encontrado en el lugar de los hechos y el mismo sobre el cual - si correspondiere - se realizaron los análisis forenses o periciales, y se establecieron los vínculos o inferencias respectivas (entre otras: relacionar al imputado con la víctima o con la escena del delito, establecer las personas asociadas o partícipes del delito, corroborar el testimonio de la víctima, definir el modo de operación del agresor y relacionar casos entre sí o exonerar a un inocente), y el mismo que se exhibe en el juicio oral. Ha de garantizarse que desde que se

recoge el cuerpo del delito hasta que llega a concretarse como prueba en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del órgano jurisdiccional, es lo mismo.

El aludido requisito de autenticidad, que responde al principio o elemento de mismidad, propio de las ciencias forenses y de la investigación criminal, puede acreditarse de una de las cinco formas de autenticación siguiente: 1. Auto autenticación. 2. Marcación. 3. Testimonio. 4. Pericia. 5. Cadena de custodia.

La primera forma está en relación con bienes, cosas u objetos que tienen características notorias y bien conocidas, que hacen que ellas no necesiten autenticación porque se autentican a sí mismas (verbigracia, ejemplar de un periódico, imagen de un personaje relevante). La segunda es el acto de señalar el cuerpo del delito con un signo distintivo, propio y exclusivo, de quien intervino en las diligencias de levantamiento, recolección o incautación, o del perito que lo manipula dentro del laboratorio (ejemplo, grabar las iniciales del policía o fiscal que intervino en el mango de un cuchillo hallado en el lugar de los hechos). La tercera es el testimonio, en cuya virtud el testigo reconoce el cuerpo del delito como auténtico (ejemplo, las fotografías).

La cuarta es la pericia en la que el perito precisa que lo analizado es auténtico, que es el mismo bien, cosa u objeto que recibió (al anterior y a este se les puede deno-



minar, según el caso, “testigos” o “peritos de acreditación”). La última es la cadena de custodia [MORA IZQUIERDO y otra, 2007: 195-198].

Cabe acotar, sin embargo, que respecto a la autenticación el CPP establece la necesidad del levantamiento de actas que mencionen objetivamente el bien recogido o incautado —recogida del bien, cosa u objeto, y práctica documentada de la diligencia referida al cuerpo del delito—. Su elaboración —a cargo mayormente de la Policía—, la búsqueda y recogida del cuerpo del delito, forman prioritariamente parte del acervo de conocimientos y experiencias de la policía (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo español, del dieciocho de mayo de dos mil uno, fundamento jurídico cuarto) —y, residualmente, de la Fiscalía, en cuanto órganos de investigación del delito—, si cumplen los requisitos pertinentes —fijados mayormente por norma reglamentaria, aunque con una base legal con la que se ha detallado en el párrafo séptimo—, evita un procedimiento ulterior de autenticación de dicha diligencia de aseguramiento de fuentes de investigación —ubicación, recogida e incautación—, a través de auto autenticación, marcación, testimonio o pericia.”

Los jueces supremos confirman que la cadena de custodia es un procedimiento de registro y control, que debe garantizar la integridad, conservación o inalterabilidad.

“11° La cadena de custodia, como quinta forma de autenticación, referida al cuerpo del delito, “[...] se puede definir como aquel procedimiento de registro y control que tiene por finalidad garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de los elementos materiales de prueba [en pureza, del hecho delictivo y de su autor], tales como documentos, armas blancas y de fuego, muestras orgánicas e inorgánicas, proyectiles, vainas, huellas dactilares, etcétera, desde el momento de su hallazgo en la escena del crimen, considerando su derivación a los laboratorios criminalísticos forenses donde serán analizados por parte de los expertos, técnicos o científicos, y hasta que son

acompañados y valorados como elementos de convicción [en rigor, actos de prueba] en la audiencia de juicio oral” [READI SILVA y otra, 2003: 23].

L a cadena de custodia es, propiamente, un sistema de control que permite registrar, de manera cierta y detallada, cada paso que sigue el cuerpo del delito encontrado en el lugar de los hechos (recolección, incorporación —utilización de embalajes adecuados—, rotulación, etiquetamiento —con identificación del funcionario responsable y referencias sobre el acto de hallazgo, ocupación e incautación—, traslado, almacenamiento, conservación, administración y destino final), de suerte que proporciona un conocimiento efectivo del flujograma que ha seguido el bien, cosa u objeto, a través de los diferentes sistemas (policial, fiscal, laboratorio criminalístico, Instituto de Medicina Legal, u otros entes públicos o privados), hasta llegar a las instancias judiciales [la obligatoriedad de su presentación se advierte de lo dispuesto por el artículo 282.1 CPP].

Por último, la cadena de custodia, como señaló el Tribunal Supremo español, en su sentencia del tres de diciembre de dos mil nueve, fundamento jurídico tercero: “[...] la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad, a la que tiñe de valor jurídico con el fin de, en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge del lugar del delito hasta el momento final que se estudia y, en su caso, se destruye” [MARCA MATUTE, II, 2010: 36]. Además, como recuerda la Corte Suprema de Costa Rica, “[...] la cadena de custodia no protege la cantidad ni la calidad de la prueba material sino la identidad de ella, pues la incautada debe ser la misma que llega al perito y al debate” [Sala Tercera, Sentencia del veintiuno de diciembre de dos mil siete].”

Uno de los problemas cuando no se respeta la cadena de custodia es la contaminación de la evidencia. Cuando un fiscal o un policía en

la escena de un homicidio recogen la evidencia, como el arma cortante sin la debida diligencia o precauciones, y aparecen impregnadas sus huellas digitales en el mismo al realizarse una pericia dactiloscópica se van a encontrar las huellas del presunto autor más las de los que cogieron sin la debida protección. Lo que han hecho es contaminar estas fuentes que podrían haber sido útiles para los fines de la investigación. Las técnicas para el recojo de evidencia nos las da la criminalística que se la define como la disciplina auxiliar del Derecho Penal que aplica los conocimientos, métodos y técnicas de investigación de las ciencias naturales en el examen del material sensible significativo relacionado con un presunto hecho delictivo, con el fin de determinar su existencia, o bien reconstruirlo, para señalar y precisar la intervención de uno o varios sujetos, llegando así a la verdad histórica del hecho ³.

En la averiguación de la verdad, la criminalística realiza inferencia lógica en base a los indicios o evidencias obtenidas en la escena del delito, y se sustenta en los siguientes principios:

Principio de intercambio o de transferencia.

En 1910 el criminólogo francés Edmund Locard observó que todo criminal deja una parte de sí en la escena del delito y se lleva algo consigo, deliberada o inadvertidamente. También descubrió que dichos indicios pueden conducir la identidad del autor. El razonamiento lógico de Locard se considera como la piedra angular de la investigación científica de los crímenes.

Principio de correspondencia. Establece la relación de los indicios con el autor del hecho delictuoso. Por ejemplo: si dos huellas dactilares corresponden a la misma persona, si dos proyectiles fueron disparados por la misma arma, etc.

Principio de reconstrucción de hechos. Permite inferir a partir de los indicios localizados en el lugar de los hechos, en qué forma ocurrieron estos.

Principio de probabilidad. Para establecer la posibilidad o imposibilidad de un fenómeno con base en el número de características verificadas durante un cotejo ⁴.

Cuando se participa en la investigación con conducción Fiscal se debe cuidar que se apliquen las técnicas y métodos de la disciplina criminalística, lo que implica que todos los que participan deben saber cómo comportarse en el recojo de evidencias porque puede darse el caso que se

alteren o modifiquen aquellas de tal forma que se garantice su autenticidad Art. 220.5 CPP. Se puede reconocer cuatro modalidades de modificación o alteración de la evidencia:

Intencionales. Cometida por los probables responsables o familiares de las víctimas con intereses varios. Aquí ya estamos ante la comisión del delito de encubrimiento real (Art. 405 del Código Penal).

No intencionales. Suele ser cometida por personal de Seguridad Pública, Policías Auxiliares, Servicios de Emergencias, bomberos, familiares, periodistas y curiosos.

Por causas naturales (lluvia, polvaredas, fuegos, inundaciones)

Por desconocimiento, impericia o inexperiencia del propio investigador.

3.2.1. Documentación

El recojo de los bienes incautados, se tienen que documentar en actas de tal forma que estas en su momento puedan ser introducidas mediante la oralidad en el juicio. De allí que debe haber un especial cuidado cuando la policía realiza la descripción del hallazgo.

“12° El mecanismo que expresa la cadena de custodia se concreta materialmente a través de formularios de registro de información o, como precisa el Reglamento antes citado, en “formatos de la cadena de custodia”, que acompañan en todo momento al cuerpo del delito y son objeto de supervisión por el fiscal o un funcionario delegado. Cada eslabón en la cadena de custodia está debidamente registrado, y de modo ininterrumpido, lo cual demuestra la totalidad del camino recorrido por el cuerpo del delito. La presentación de estos formatos evita



la necesidad de hacer concurrir a quien o quienes han tenido que lidiar con el cuerpo del delito. Esta prueba documentada —el formato y documentos anexos— es suficiente y más operativa que el testimonio. La jurisprudencia estadounidense, liderada por el caso USA vs. Howard-Arias, decidida en 1982 por la Corte Federal de Apelaciones del Cuarto Circuito, señaló que la cadena de custodia es una variación del principio de autenticación (o, con mayor precisión y según se expuso, una de sus formas de autenticación) [MUÑOZ NEIRA, 2008: 361-362].”

Las actas pueden estar pre establecidas en formularios estandarizados de tal manera que permita que sea más detallada y prolija la descripción de la evidencia material.

3.3. Ruptura de la cadena de custodia

Este fue el problema central del Acuerdo Plenario que tiene incidencia en la autenticidad de la evidencia.

“13° La ruptura de la cadena de custodia — la presencia de irregularidades en su decurso— se presenta cuando en alguno de los eslabones de la cadena o de los tramos por el que transita el cuerpo del delito, se pierde la garantía de identidad entre lo incautado y lo entregado al fiscal, perito —organismos técnicos periciales, laboratorios forenses, universidades, instituciones públicas o privadas, institutos de investigación (artículo 173, apartado 2, CPP) o juez. Aquí, en principio, se está ante una irregularidad o un acto procesal defectuoso, que no determina su nulidad, inadmisibilidad o inutilización.”

Esta ruptura puede darse por causas de negligencia de los responsables de la cadena como policías, fiscales, pero no necesariamente acarrea la nulidad de todo el acto procesal, como también se enfatiza en el siguiente considerando o que el cuerpo del delito pierda el requisito de autenticidad.

“14° De la ruptura de la cadena de custodia o de su omisión no sigue necesaria o au-

tomáticamente que el cuerpo del delito es inauténtico y, por consiguiente, que carece de eficacia probatoria. Recuérdese, de esta forma, que la cadena de custodia es una de las modalidades para acreditar la mismidad de un bien, objeto o cosa incautado, y que solo busca facilitar la demostración de su autenticidad a través de un conjunto de formatos y procedimientos estandarizados y protocolizados; y, en otro sentido, que en materia de prueba rige el principio de libertad probatoria (artículo 157, apartado 1, CPP); de suerte que las partes pueden acreditar la autenticidad de la prueba material presentada por los diversos medios de prueba reconocidos por la ley.”

Para conservar la autenticidad de la evidencia material frente a la ruptura de la cadena de custodia la Corte Suprema propone las siguientes soluciones:

“15° Por lo tanto, se puede precisar lo siguiente:

- a) El cuerpo del delito y el conjunto de diligencias —mayormente periciales—, realizadas a partir de él, no pierden eficacia probatoria por el simple hecho de la ausencia de la cadena de custodia o su ruptura. No obstante ello, será necesario que la parte —no solo la acusadora, que por ley debe seguir el procedimiento en cuestión, para garantizar la mismidad de la prueba— que incorpore esos elementos materiales pueda acreditar la autenticidad del cuerpo del delito en sus ámbitos esenciales por otros medios de prueba, más allá de la prueba documentada que dimana del acta de incautación y de los formatos respectivos de cadena custodia —perjudicados por la ruptura de la conexión—. Por lo demás, errores formales o de poca entidad en la propia elaboración de las actas y formatos, en modo alguno hacen perder eficacia probatoria a la cadena de custodia. La decisión acerca de la autenticidad de un elemento material es parte del juicio de valor que el juez debe realizar sobre el grado de credibilidad de la prueba aportada o practicada en el juicio; el error del juez, al formular el juicio sobre la autenti-



cidad de la prueba material importa un error de derecho por falso juicio de convicción [REYES ALVARADO, 2011: 625].

- b) La ruptura de la cadena de custodia no es un problema de ilegitimidad de la prueba determinante de su inutilización —sanción procesal asociada a la prueba prohibida—, porque no vulnera el contenido constitucionalmente garantizado de derecho fundamental o constitucional alguno (artículo VIII, del Título Preliminar, y artículo 159 del CPP). Tampoco un bien, cosa u objeto relacionado con el delito, que se ofrezca como prueba material con ausencia de una cadena de custodia, o cuando se produce un supuesto de ruptura de la misma puede ser considerado como un medio de prueba impertinente o prohibido por la Ley (artículo 155, apartado 2, CPP).
- c) Como existe libertad probatoria y sólo se presenta un vicio en un mecanismo tendente a acreditar la autenticidad de la prueba material, la vulneración de las reglas de cadena de custodia no da lugar a la exclusión probatoria. La pérdida de eficacia procesal dimanante del vicio en cuestión puede ser salvada con una actividad probatoria alternativa, por lo que se está ante un aspecto propio de la valoración de la prueba, de la credibilidad del cuerpo de la prueba que presentó la parte concernida, que el órgano jurisdiccional decidirá de acuerdo con las restantes circunstancias del caso [MUÑOZ NEIRA, *ibídem*: 362].
- d) Tratándose de la cadena de custodia, la alegación de la simple posibilidad de su rompimiento, manipulación o contaminación, no es aceptable. Debe acreditarse acabadamente tal alegación. En todo caso, la actividad probatoria establecerá, si es del caso otorgar o no, mérito a esa evidencia y valorada o no.

- e) La vulneración del contenido constitucionalmente garantizado de un derecho fundamental, a propósito de irregularidades en la cadena de custodia, solo se presentaría cuando se admite y se da el valor de prueba cuando el supuesto cuerpo del delito se obtuvo sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y, especialmente, la garantía de defensa procesal.
- f) Cabe insistir —y así lo ha precisado el Tribunal Supremo español en las sentencias del cuatro de junio de dos mil diez y veinticuatro de abril de dos mil doce— que las formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega de lo incautado a la entidad correspondiente, que es el proceso al que se denomina genéricamente “cadena de custodia”, no tiene sino un carácter meramente instrumental; es decir, que tan solo sirve para garantizar que lo analizado es la misma e íntegra cosa, bien u objeto ocupado, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que el bien, cosa u objeto analizado no fuera aquel bien, cosa u objeto originario, ni para negar el valor probatorio de los exámenes periciales y sus posteriores resultados, debidamente documentados.”

4. Conclusiones

- a) La cadena de custodia es un procedimiento que tiene como finalidad garantizar la autenticidad de la evidencia material.
- b) La ruptura de la cadena de custodia no necesariamente determina que la evidencia pierda su autenticidad e integridad.
- c) Para resolver la ruptura de cadena de custodia, las partes pueden proponer evidencia que pueda garantizar la autenticidad del bien objeto vinculado al delito.

Los Cuellos de Botella en las Audiencias de Control de Acusación en Casos Complejos

CERAPIO A. ROQUE HUAMANCONDOR

Juez titular del Primer Juzgado de la Investigación Preparatoria del Callao a cargo de los asuntos de Corrupción



INTRODUCCION

Nuestro Código Procesal Penal del 2004, luego de su implementación y entrada en vigencia por primera vez en el Distrito Judicial de Huaura el 01 de julio del 2006 (más de 11 años), consideramos que es en su etapa intermedia que no ha logrado superar sus problemas en cuanto a su tramitación.

La referida norma procesal fue diseñada pensando en casos simples, no para casos complejos (por la pluralidad de delitos, pluralidad de imputados, multiplicidad de medios probatorios, etc.), como los que representan los de Criminalidad Organizada, Corrupción de Funcionarios, entre otros, y que mayor ejemplo de ello es que esta norma procesal en el desarrollo de su implementación ha venido sufriendo modificaciones para adecuarla a tal realidad con las modificaciones legales de la ley 30076, 3077 (delitos de criminalidad organizada) así como los recientes Decretos Legislativos 1301 (para dotar de eficacia al proceso de colaboración eficaz), 1307 (para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada).

Sin embargo, consideramos que con las citadas modificacio-



nes legales no se ha logrado superar todos los problemas, algunos de los cuales se expondrán en el presente.

ETAPAS DEL PROCESO PENAL COMUN

Para ubicarnos, cabe hacerse recordar que las etapas del proceso común que contempla nuestro Código Procesal Penal, son la Investigación Preparatoria, la Etapa Intermedia y la de Juzgamiento.

Al respecto el profesor Jose Antonio Neyra Flores¹ ha señalado que el Código Procesal Penal ha diseñado una estructura de procedimiento penal en consonancia con las garantías y principios que exige un Estado de derecho, indicando mas adelante que con el se logra un equilibrio armónico entre la mentada eficacia y la garantía.

LA INVESTIGACION PREPARATORIA.

Es la primera etapa del proceso penal y se encuentra a cargo del Fiscal siendo quien la dirige, dividiéndose en dos sub etapas: la de diligencias preliminares y la de la investigación preparatoria propiamente dicha (la formalizada), correspondiendo a la primera las diligencias urgentes e inaplazables, las mismas que son irrepetibles, mientras que la segunda, de conformidad a lo previsto en el artículo 321 persigue reunir los elementos de convicción de cargo y de descargo que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación, y en su caso al imputado preparar su defensa.

En resumen, esta etapa persigue dos finalidades principales: preparar el juicio oral y/o evitar juicios innecesarios, a través de una actividad investigativa, esto es, indagando para tratar de llegar al cabal conocimiento de los hechos y de las personas que en ellos participaron, consignando todas las circunstancias tan-



to adversas como favorables al imputado en virtud del principio de objetividad fiscal.

La investigación preparatoria formalizada sustituye a la instrucción, siendo con esta etapa que se inicia formalmente el proceso penal y a decir del profesor Benji Espinoza Ramos² “se materializa la función del Ministerio Público en la plena persecución de la acción delictiva, limitando al órgano jurisdiccional el control de los actos de investigación y decisión de responsabilidad de los investigados”.

LA ETAPA INTERMEDIA.

Es la segunda etapa del proceso común y viene a constituir en el conjunto de actuaciones orientadas a verificar si la investigación es completa y suficiente y se dan los presupuestos necesarios para pasar a la fase del juicio oral o en su defecto archivar la investigación sobreseyéndola. Sanea el proceso en su aspecto formal, probatorio y sustancial. En otras palabras tiene como función primordial determinar si concurren o no los presupuestos del juicio oral, si se ha acreditado suficientemente a lo largo de la investigación, la existencia de un hecho punible y si se ha determinado su presunto autor. Es una fase esencialmente de saneamiento del proceso

Según el profesor Del Rio La-barthe³, la etapa intermedia es la fase o el periodo en el que ocurren un conjunto de actuaciones procesales y que se ubica entre la conclusión de la investigación preparatoria y la apertura del juicio oral indicando que quizá por

ello se explique el nombre de “intermedia” al ser el nexo entre ambas etapas del proceso.

LA ETAPA DE JUICIO ORAL.

Es la tercera y última etapa del proceso común, es la parte central de dicho proceso, siendo su fase más importante en donde se actúa la prueba. Eugenio Florian citado por el profesor Jose Neyra Flores⁴, dice que el juicio oral es el momento culminante del proceso penal y es aquí donde las partes toman contacto directo y es donde se presentan y ejecutan las pruebas y el contenido del proceso se manifiesta en toda su amplitud. Es en esa etapa donde el proceso halla su definición y donde se alcanza sus fines inmediatos del mismo, para la absolución, condena o medida de seguridad.

PROBLEMAS DE TRÁMITE EN LA ETAPA INTERMEDIA

Uno de los problemas que reflejaba el Código Procesal Penal en esta etapa procesal es que no había definido a la audiencia de control de acusación como una de carácter inaplazable a efectos de aplicarle lo previsto en el artículo 85 primer párrafo del Código Procesal Penal⁵, siendo muchos jueces del criterio que era aplazable al no tener que debatirse sobre aspectos vinculados a la libertad individual del procesado, como si ocurre cuando estamos ante una prisión preventiva, aplicando por lo tanto lo previsto en el segundo inciso del citado artículo 85 que establece el trámite a seguir cuando estamos ante una audiencia aplazable, es decir el requerimiento a que el imputado designe defensor particular en un plazo de veinticuatro horas, bajo apercibimiento de nombrarse uno de oficio; en otras

palabras llegado el día y hora de la audiencia de control de acusación, al no encontrarse presente el abogado (cuya concurrencia es obligatoria al igual que la del fiscal para instalarse la audiencia⁶), esta no se instalaba y el problema era más notorio y dramático para el proceso cuando se trataba de procesos complejos con multiplicidad de imputados, por lo tanto multiplicidad de abogados defensores, viéndose agudizado el problema cuando uno de los abogados justificaba o injustificadamente decidía faltar en cada sesión programada; si bien se pretendió solucionar el problema con la ley 30076⁷ que modificaba el artículo 85 del Código Procesal Penal reduciendo a una inasistencia del abogado y no dos como lo exigía el derogado, no solucionaba el problema realmente ya que igual o de todas maneras la audiencia no se instalaba por falta de abogado.

El criterio de considerar aplazable la audiencia de control de acusación, era un criterio mayoritario de los Jueces de Investigación Preparatoria de la República; sin embargo, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria del Callao desde el año 2013 decidió considerar inaplazable la anotada audiencia⁸ y con mucha anterioridad (2012) ya aplicaba multas a los abogados que injustificadamente incurrían a la audiencias de control de acusación y la frustraban, llegando a imponer 8 sanciones de multa a igual número de abogados en un mismo proceso⁹, aplicando supletoriamente el artículo 109 inciso 5 del Código Procesal Civil¹⁰, concordado con el artículo 52 inciso 3)¹¹ y artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹² ya que todavía no se tenía la ley 30076 que modificaba el artículo 85 del Código Procesal Penal contemplando expresamente sanciones a los abogados que

injustificadamente no concurran a las audiencias consideradas inaplazables.

Dicho problema de incertidumbre sobre la naturaleza de la audiencia de control de acusación para muchos jueces que aplican el Código Procesal Penal, ha sido solucionado con la reciente modificación del artículo 351 del Código Procesal Penal por el Decreto Legislativo 1307 (publicado el 30 de diciembre del 2016), vigente desde el 01 de abril del año en curso, que considera a la audiencia de control de acusación como inaplazable. Consideramos que dicha modificación legal tiene su razón de ser en solucionar un problema patente, el evitar que una audiencia de saneamiento procesal tan importante de la etapa intermedia, como es la de control de acusación, se frustre.

Sin embargo consideramos que todavía persiste otro problema que conlleva a que las audiencias de control de acusación se demoren en su tramitación. Como ya se ha referido el control de acusación tiene fases de desarrollo y así también lo ha establecido la Corte Suprema de la República en su Acuerdo Plenario N°06-2009 / CJ-116, cuando señala que primero se llevará el control formal, luego el control sustancial.

Los medios probatorios ofrecidos pasan por dos controles, un control formal y luego un control sustancial.

El primero tiene que ver con el hecho que si se ha cumplido con discriminarlos o individualizarlos por cada hecho (cuando son varios) como por cada imputado (sin son varios) según su grado de intervención o participación en los mismos que permitan ejercer el control probatorio de la contraparte y al mismo juez, como ha ocurrido por ejemplo cuando existiendo varios hechos constitutivos de delitos con

varios acusados (propio en la mayoría de los delitos contra la administración pública), se han ofrecido por escrito un listado de numerosos medios probatorios tanto por la parte acusadora (en algunos casos cerca de 400 medios) como por la defensa al momento de ofrecer sus medios probatorios, originando que por tal generalidad o ambigüedad del escrito que lo contiene, tenga que devolverse, aún cuando las partes no lo hayan observado ya que el juez no es un ente estático que deja pasar todo si es que las partes por desconocimiento no hace las observaciones correspondientes.

Cierto es que el NCPP no contempla la individualización o discriminación de los medios probatorios y ello se explica porque la norma se ubica en el supuesto de un hecho, un solo imputado; sin embargo tratándose de varios hechos, varios imputados, distintos grados de participación, etc, resulta razonable y garantizadora del derecho de contradicción de la contraparte, la exigencia que los medios probatorios que se ofrezcan estén claramente definidos.

De la misma manera el control también va por el lado de verificar si los medios probatorios ofrecidos coinciden con los presentados físicamente, concretamente las documentales, ya que se ha verificado que en su ofrecimiento señalan que son originales cuando realmente anexan fotocopias simples y tratándose de los medios probatorios personales, no cumplen con lo previsto en el artículo 349 y 350 del Código Procesal Penal, respecto al domicilio profesión de los testigos y peritos.

En cuanto al segundo, debe tenerse presente que si bien el artículo 349 inciso 1 h) del Código Procesal Penal señala que los medios probatorios que ofrece el fiscal para su actuación en

la audiencia se cumple con la presentación de la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio y de los demás puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones, “ haciéndose una reseña de los demás medios que ofrezca”, dando a entender este último extremo que no es necesario que se indique la pertinencia, utilidad y conducencia de los documentos ofrecidos ya que solo basta una reseña, también es cierto que no puede hacerse una interpretación solo literal de la citada norma, sino sistemática con los



demás artículos que contempla el Código Procesal Penal donde manifiestan que los medios probatorios ofrecidos deben cumplir los parámetros de licitud, pertinencia, conducencia y utilidad (Art. VIII, Art. 352, 5.b), Art. 155.2), Art.157), es decir todos los medios probatorios ofrecidos merecen un debate de admisibilidad bajo tales parámetros normativos.

Este control de admisibilidad o saneamiento probatorio exige una exhaustividad en su debate y de no existir objeción alguna por la contraparte, corresponde al juez hacer una evaluación de oficio de licitud, de pertinencia, utilidad y conducencia en relación a la teoría del caso expuesto por la parte que la propone y de ser el caso proceder a rechazar los que considera no superan tales filtros y en ese sentido también lo ha referido el profesor Mendoza Ayma 13.

Precisamente este debate



en el control probatorio es fácil si estamos hablando de casos sencillos que también contienen medios probatorios sencillos en su número y contenido, sin embargo se complica si estamos hablando de procesos complejos como los de corrupción (colusión, negociación incompatible, peculado, entre otros.) que no solamente contienen multiplicidad de acusados, sino también de hechos o delitos, así como multiplicidad de medios probatorios (mayormente indiciarios, por lo tanto mas debatibles), y el control tiene que realizarse por cada uno de los hechos que lo componen como por cada imputado según el grado de intervención o participación haya tenido en los hechos imputados , interviniendo cada uno de los abogados en el debate con el fiscal respecto a sus medios probatorios ofrecidos y viceversa del fiscal en cuanto a los de los acusados, lo que obviamente hace que las audiencias de ese tipo y complejidad demoren meses.

Todo ello conlleva que no se concluya un control de acusación en pocas sesiones sino luego de sucesivas audiencias agotadoras ya que se han dado casos que se han ofrecido un aproximado de 400 medios probatorios y todos ellos tuvieron que pasar el debate de ad-

misibilidad por cada uno de los abogados de los imputados y el fiscal como del actor civil, no pudiendo el despacho limitar las intervenciones al respecto, excepto cuando no hayan formulado su objeción por escrito en el plazo de diez días de corrido traslado de la acusación, conforme claramente lo determinó la Corte Suprema en la Casación 57- 2010-Piura.

Las modificaciones legales, concretamente el Decreto Legislativo 1307 que modifica el artículo 351 del Código Procesal Penal establece un plazo de la etapa intermedia de 40 días así como de 90 días para casos complejos y de criminalidad organizada, es decir desde que se genera el cuaderno de etapa intermedia como consecuencia del requerimiento acusatorio hasta el dictado del auto de enjuiciamiento, lo que consideramos plausible porque coloca plazo a esta etapa, que al igual que el juicio oral , no lo tenía a diferencia de investigación preparatoria que si lo tiene, sin embargo consideramos que podría haber dificultades en su cumplimiento en los casos complejos citados con multiplicidad de medios probatorios, de imputados como de delitos como los señalados, mas aún si dicho plazo para procesos simples como procesos complejos no es para el desarrollo de la audiencia preliminar de control de acusación, sino para toda la etapa que comprende el traslado de acusación (por 10 días hábiles), absolución de la acusación, señalamiento de audiencia que conforme al artículo 351 inciso 1 del Código Procesal Penal será dentro de un plazo no menor de 5 ni mayor de 20 días (según la carga procesal y agenda del juzgado).

Naturalmente la preocupación anteriormente expuesta está vinculada a la búsqueda

de un control de acusación serio, un correcto filtro o un verdadero saneamiento procesal, lo contrario significaría adoptar las malas prácticas que denuncia el autor Hans Berly Rios Mostajo¹⁴ respecto a que la audiencia de control de acusación en el Distrito Judicial referenciado se ha convertido en una audiencia de “mero trámite”, lo que no solo afecta el principio de inmediación, el principio contradictorio, así como el propio sistema acusatorio.

Por ello es muy importante que se genere un debido debate entre las partes, en su aspecto formal, probatorio y sustancial de la acusación fiscal, como de los medios probatorios ofrecidos por el actor civil, así como de los acusados, luego del cual el juez de Investigación Preparatoria tenga mayores elementos para resolver, lo contrario impediría al juez, incluso, a promover las convenciones probatorias, lo que solo se conseguirá después de haberse escuchado a las partes confrontadas.

Una de las propuestas para superar el problema planteado es promoviendo el uso y las bondades de las convenciones probatorias, ya que en la praxis ni el fiscal ni los abogados de los acusados se animan a plantearla, institución procesal que de aplicarse correctamente por los obligados a hacerlo, reduciría enormemente el tiempo de debate de los medios probatorios ofrecidos, luego del cual queda evidenciado que fácil pudo haber prosperado dicha institución procesal.

Como sabemos las convenciones probatorias, denominada también por profesor Pablo Talavera Elguera¹⁵ como estipulaciones probatorias son acuerdos celebrados entre el fiscal y la defensa para tener por probados alguno o algunos hechos o sus circunstancias, así como sobre

los medios de pruebas que deban ser utilizados para probar determinados hechos.

El profesor Fernando Ugaz Zegarra ¹⁶ cuando habla de las convenciones probatorias refiere que evitan: 1).- Que, la actuación probatoria se deriven en hechos indiscutibles por las partes; 2).- Evita pérdida de tiempo y desgaste en el trabajo de juzgamiento; 3).- De entrada limita que el hecho discutido se pueda variar.

Por ello consideramos que hasta la fecha existe cierta resistencia de los llamados a hacerlo en usar este mecanismo procesal siguiendo igual desde hace aproximadamente dos años atrás cuando también escribí un artículo al respecto y seguiré insistiendo como lo hago en las audiencias de control de acusación que dirijo hasta lograr su acogimiento ya que evitaría distraer tiempo en aspectos probatorios que no son controvertidos; sin embargo esa resistencia también ocurre en los demás delitos (incluso mas simples) y así lo hace saber el doctor Juan R. Hurtado Poma ¹⁷ cuando refiere que en el Distrito Judicial de Huaura (primer lugar donde se implementó el NCPP) las convenciones probatorias son usadas muy poco y pretende explicarlo en el hecho que firmar una convención probatoria aparentemente perjudica-



ría a la defensa del imputado y favorecería a la fiscalía y motivados por una “ cultura confrontacional” .

La actual legislación limita al juez solo a aprobar el acuerdo que las partes arriben, sino lo hacen el juez no puede hacer nada, no puede involucrarse en ello, por ello considero que legalmente debe permitirse al juez una mayor participación en el tema, como ocurre en lo civil y obviamente una gran voluntad de los operadores facultados a hacerlo.

¹ NEYRA FLORES, Jose Antonio; “Manual del Nuevo Código Procesal Penal & Litigación Oral”; p.258

² ESPINOZA RAMOS, Benji; “LITIGACION PENAL-Manual de aplicación práctica del proceso penal común”; p. 175.

³ DEL RIO LABARTHE, Gonzalo; “La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio”; p.55

⁴ NEYRA FLORES, José; Ob. Cit.p.318.

⁵ Art. 85 inciso 1). “Si el abogado defensor no concurre a la diligencia para la que es citado, y esta es de carácter inaplazable será reemplazado por otro que, en ese acto, designe el procesado o por uno de oficio, llevándose adelante la diligencia.”

⁶ Art.351.1 del NCPP. Audiencia Preliminar de control de acusación. “...Para la instalación de la audiencia es obligatoria la presencia del Fiscal y el defensor del acusado.”

⁷ Publicado el 19 de agosto del 2013.

⁸ “Si bien en anteriores oportunidades el suscrito ha venido permitiendo el aplazamiento de las audiencias de control de acusación ante la incomparecencia – mayormente- del abogado defensor particular (sea por causas justificadas o injustificadas), citándose para un próxima fecha e imponiendo la medida disciplinaria del caso contra el abogado que frustró injustificadamente la referida audiencia o remisión de copias al superior del fiscal inasistente, también es cierto que luego de un mejor análisis de la citada normatividad, los fines de la audiencia de control de acusación y la conducta demostrada en la praxis judicial por los actores procesales obligados, nos lleva a entender que la efectivización de la referida audiencia de control de acusación sin dilación alguna (sin admitirse postergaciones o aplazamientos), garantiza no solo el paso inmediato al juicio oral respectivo (de superar la pretensión fiscal el filtro del control) sino también el archivo correspondiente (amparada una excepción perentoria o sobreseimiento de oficio o a pedido de parte), dando lugar - por lo tanto- que la incertidumbre jurídica del sometido al proceso penal sea resuelto prontamente y de esa manera respetado su derecho fundamental al plazo razonable como componente del debido proceso; 3.3).- El interés de pronta resolución de un caso judicial no solo es de interés del involucrado en un proceso judicial, sino también de la colectividad en general que espera solución sin demora de los asuntos que le afectan, tanto más si estamos hablando de temas tan sensibles como de corrupción, que involucra también derechos humanos , como los que se tramitan por ante este Juzgado de Investigación Preparatoria, casos que últimamente se han venido retrasando- como ya se precisó anteriormente- por inasistencias de los obligados a concurrir a la audiencia de control de acusación, agravándose cuando se trata de una pluralidad de acusados por lo tanto pluralidad de abogados;...”

⁹ Exp.1781-2012-83 (Caso de Debenedetti Vargas Machuca)

¹⁰ Artículo 109 del CPC. “Deberes de las partes, abogados y apoderados...5): Concurrir ante el juez cuando este los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales”

¹¹ Facultades disciplinarias del juez...3) aplicar las sanciones disciplinarias que este código y otras normas establezcan”

¹² “Todos los que intervienen en un proceso judicial tienen el deber de comportarse con lealtad, probidad, veracidad y buena fe”

¹³ MENDOZA AYMA, Francisco Celis; “La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo; p.187

¹⁴ RIOS MOSTAJO, Hans Berly; “Malas prácticas en el CPP de 2004: señor fiscal, se ratifica en los términos de su acusación” en Gaceta Penal; Tomo 66; p.268,269.

¹⁵ Op. Cit. p.59

¹⁶ UGAZ ZEGARRA, Fernando; “LA PRUEBA EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL”; p.9. <http://abaroliperu.com/wp-content/uploads/2013/05/lapueba>.

¹⁷ HURTADO POMA, Juan; “ ¿QUE SE DISCUTE EN LA AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACION?” p. 30. Revista: Instituto de Ciencia Procesal

La Reserva del Fallo Condenatorio en el Marco del Proceso Inmediato



Por: Mg. **WILLIAMS ABEL ZAVALA MATA**

Juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria y de Procesos de Tránsito y Seguridad Vial del Callao



Al entrar en vigencia en el territorio nacional del Decreto Legislativo N° 1194, con fecha 29 de Noviembre del 2015; el Ministerio Público quedó obligado a formular requerimiento de proceso inmediato en los supuestos que establece el artículo 446° del Código Procesal Penal; norma emitida en el marco de la lucha con la inseguridad ciudadana como parte de la política criminal del Estado; emitida como respuesta a la práctica cada vez más frecuente de la justificación de propia mano que se venía presentando en diferentes puntos del país; el Decreto Legislativo antes citado estableció el procedimiento a observar en el desarrollo de las audiencias en el artículo 447 de la citada norma procesal; esto es concretamente el orden de los debates; debiendo resolverse en el siguiente orden: Medida Coercitiva; Principio de Oportunidad, Acuerdo Reparatorio y Terminación Anticipada y último la solicitud de Incoación; mientras que en el Protocolo de aplicación de la citada Norma se establecía que el orden de debate debería ser: Incoación de Proceso

Inmediato; Criterio de Oportunidad, Terminación Anticipada y Medida Coercitiva; instrumentos jurídicos con las que se estuvo trabajando hasta que con fecha 30 de Diciembre del 2016 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano”, el Decreto Legislativo N° 1307, vigente desde el 30 de Marzo del año en curso; en el que establece en el artículo 4° que en el desarrollo del proceso inmediato se debe observar el siguiente procedimiento: 1) Procedencia del Proceso Inmediato, 2) Procedencia del Principio de Oportunidad, Acuerdo Reparatorio, Terminación Anticipada del Proceso; y 3) Procedencia de la Medida Coercitiva; con el que quedó zanjado y concluido el procedimiento a observarse en las audiencias de incoación de los requerimientos de Procesos Inmediatos; de acuerdo a la información estadística elaborada y difundida por el Equipo Técnico Institucional de Implementación del Código Procesal Penal (Eti-Penal)¹, en un año y medio de aplicación del Decreto Legislativo N° 1194, se aprecia que en las 33 Cortes Superiores del país, un total de 73,656 personas fueron procesadas bajo la modalidad de flagrancia; apreciándose de esta información que el delito de mayor incidencia bajo esta modalidad es el de la omisión a la asistencia familiar, con un total de 38,624 (54.44%) procesados; mientras que por la comisión del delito de conducción en estado de ebriedad (peligro común) fueron procesados 17,983 personas (24.42%), en tanto que por hurto y robo fueron procesados 6,429 y 2,967,

¹ <http://legis.pe/mas-70-mil-personas-procesadas-casos-flagrancia/>

² EJECUTORIA DE LA PRIMERA SALA PENAL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA del 10 de Marzo de 1997, Exp. N° 1824-96, PRADO SALDARRIAGA, Victor. DERECHO PENAL, JUECES Y JURISPRUDENCIA, LIMA, PALESTRA, 1999, p. 385.

respectivamente; estos dos últimos en conjunto suman 9,396 imputados (12.76%); resultando más beneficioso a la administración de justicia en términos económicos, por el tiempo que se invierten en la duración y conclusión de los procesos; al respecto se debe tener en cuenta que la gran mayoría de los procesos inmediatos han concluido vía aplicación de Salidas Alternativas: Principio de Oportunidad, Acuerdo Reparatorio

cuenta establecido en los artículos 468 al 471 del Código Procesal Penal del 2004; y a efectos de su aplicación práctica por los operadores de justicia la Corte Suprema de Justicia de la República, estableció en el Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116 de fecha 13 de noviembre del 2009, que el juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional; al tener a la vista el acuerdo arribado éste tiene el carácter de inmutables y vinculante



y Terminación Anticipada; precisamente en la etapa de la audiencia de incoación del proceso inmediato se ha apreciado que las partes legitimadas para llevar a cabo una diligencia de esta naturaleza; optan en algunos casos como fórmula de consenso la imposición de pena privativa de libertad y como parte del acuerdo proponen que la sentencia a emitirse tenga el carácter de pena efectiva, pena condicional y en algunos casos que se le reserve el fallo condenatorio; lo que ha motivado formular la siguiente interrogante: ¿ **Resulta válido proponer la imposición de una Sentencia de Terminación Anticipada con el carácter de Reserva de Fallo Condenatorio ?**

A efectos de dilucidar el interrogante planteada; se debe tener presente que **la Terminación Anticipada** es un Proceso Especial que se en-

para el Órgano Jurisdiccional, lo que implica que al emitir sentencia anticipada se debe respetar los límites del acuerdo; con dicho propósito el Órgano jurisdiccional, debe llevar a cabo los siguientes controles: control de legalidad, expresado en tres planos diferentes:

- a) El ámbito de la tipicidad o calificación jurídico penal, en relación a los hechos objeto de la causa y a las circunstancias que rodean al hecho punible.
- b) El ámbito de la legalidad de la pena y, en su caso, a su correspondencia con los parámetros, mínimo y máximo, que fluyen del tipo legal aplicado y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad – esto es lo que se denomina “pena básica”-. También el juicio de legalidad alcanza al respec-

³ PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal/Estudio Programático de la Parte General*, 3era ed. Lima, 1999, p. 652

⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl. *Derecho penal peruano. Parte general: Teoría de la pena y las consecuencias accesorias del delito. Segunda parte*. Lima, Rhodas, p. 424

to de los ámbitos legalmente definidos de la reparación civil –siendo del caso resaltar que en este extremo prima por completo la disposición sobre el objeto civil- y de las consecuencias accesorias.

- c) La exigencia de una suficiente actividad inculpativa. Ello implica que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente –probabilidad delictiva- (i) de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado, y (ii) que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la



perseguidibilidad; y una vez satisfecho éstos presupuestos debe de realizar un:

Control de razonabilidad de la pena que está centrado en el examen del quantum de la pena y de la reparación civil objeto del acuerdo. El Juez ha de realizar una valoración que evite que se vulnere, por exceso o por defecto, el principio de proporcionalidad, se lesione la finalidad de la pena o se afecte indebidamente los derechos e intereses legítimos de la víctima.

En caso de quedar satisfecho estos requisitos recién queda autorizado el Órgano Jurisdiccional aprobar el acuerdo arribado y hacer efectivo el derecho premial contenido en el artículo 471° del Código Procesal Penal; en caso contrario deberá desaprobado el acuerdo.

Mientras que la Reserva del Fallo Condenatorio, viene hacer una institución jurídica perteneciente al Derecho Penal concretamente lo ubicamos en el Capítulo V del Título III del Código Penal denominado “De las Penas”; si bien con ambas instituciones se resuelven la situación jurídica de las personas comprendidas en un proceso penal; también ambas instituciones tienen un tratamiento distinto en nuestra legislación y su aplicación obedece a diferentes presupuestos, en el caso

concreto de la Reserva del Fallo Condenatorio la ubicamos en el artículo 62° del Código Penal, modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013, que textualmente señala:

“El juez puede disponer la reserva del fallo condenatorio siempre que de las circunstancias individuales, verificables al momento de la expedición de la sentencia, pueda colegir que el agente no cometerá nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del sentenciado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

La reserva es dispuesta en los siguientes casos:

1. Cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa;
2. Cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres;
3. Cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación.

El plazo de reserva del fallo condenatorio es de uno a tres años, contado desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada.”

A mayor abundamiento sobre esta institución se tiene lo sostenido en el considerando quinto de la Jurisprudencia Vinculante, contenida en el Recurso de Nulidad N° 3332-2004-Junín, de fecha 27 de Mayo del 2005, emitido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la que se sostuvo: “Que, con relación a la aplicación de la reserva del fallo condenatorio regulada en los artículos sesentidós a sesentisiete del Código Penal, es importante precisar: a) Que ésta es una medida alternativa a la pena privativa de libertad de uso facultativo para el Juez, que se caracteriza fundamentalmente por reservar la imposición de la condena y el señalamiento de la pena concreta para el sentenciado culpable; b) Que en consecuencia, tal medida consiste en declarar en la sentencia la culpabilidad del procesado, pero sin emitir la consiguiente condena y pena. Estos últimos extremos se reservan y se condiciona su extinción o pronunciamiento a la culminación exitosa o no de

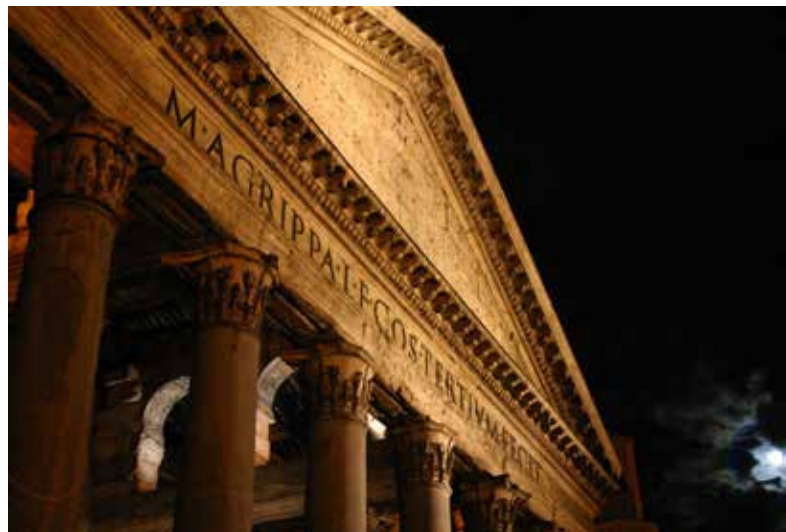
un período de prueba, dentro del cual el sentenciado deberá abstenerse de cometer nuevo delito y cumplir las reglas de conducta que le señale el Juez; c) Que la reserva del fallo condenatorio procede cuando concurren estos presupuestos; i) Que el delito esté sancionado con pena conminada no superior a tres años de pena privativa de libertad o con multa; o con prestación de servicio a la comunidad o limitación de días libres que no excedan noventa jornadas semanales; o con inhabilitación no superior a dos años; ii) Que el Juez, en atención a las circunstancias del hecho y a la personalidad del agente, emita un pronóstico favorable sobre la conducta futura del imputado; iii) Es de señalar que la reserva del fallo condenatorio también es aplicable en caso de penas conjuntas o alternativas, siempre que tales sanciones se adecuen a los marcos cualitativos y cuantitativos antes mencionados”

En lo que respecta al plazo de reserva del fallo condenatorio la norma antes señalada establece que se extiende de uno a tres años, contado desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada; al respecto se debe tener presente lo establecido jurisprudencialmente: “No es adecuado a ley fijar un plazo de prueba de seis meses en un régimen de reserva del fallo condenatorio, ya que el artículo 62° in fine del Código Penal establece que el extremo mínimo de duración de dicho plazo es de un año”²; la doctrina sobre la aplicación de la reserva del fallo condenatorio, sostiene que al optar por ella, no se fija una pena, sino sólo un periodo de prueba la misma que debe imponerse de acuerdo a la parte in fine del artículo 62° del Código Penal entre uno a tres años.

Ahora bien, teniendo en cuenta los tipos penales establecidos como supuestos de incoación de Proceso Inmediato en el artículo 446° del Código Procesal Penal, modificado por Decreto Legislativo N° 1194, me refiero a los delitos de Omisión de Asistencia Familiar y Conducción en Estado de Ebriedad y Drogadicción; se verifica en ambos supuestos si la pena concreta final propuesta luego de seguir el procedimiento de la determinación judicial de la pena establecida en el Código Penal; en el caso del tipo penal previsto en el primer párrafo del artículo 149° del Código Penal, el quantum de pena a imponerse no debe superar los tres años de pena privativa de libertad, en el supuesto de no concurrir la reincidencia o habitualidad; por consiguiente, el primer tercio

se ubicaría desde dos días a doce meses, lo que implicaría que si la pena se ubica en el extremo máximo del tercio inferior, el sexto de la pena al acogerse a la Terminación Anticipada sería de 10 meses; pena principal que se ubica por debajo de un año que establece como plazo de reserva de fallo condenatorio el último párrafo del artículo 62° del Código Penal, en igual sentido sucede en lo que respecta al otro tipo penal previsto en el artículo 274° del Código Penal, en el que se tiene como quantum de pena no menor de 06 meses ni mayor de 02 años, por lo que siguiendo el procedimiento de la determinación judicial de la pena, en este caso existe un espacio de 18 meses, la que fraccionado en tercios corresponde al tercio inferior de 06 meses un día a los 12 meses; al procederse a la rebaja del sexto de la pena por acogerse a la Terminación Anticipada resultaría como pena a imponerse 10 meses de pena privativa de libertad, por consiguiente en caso de optar por la aplicación de la reserva del fallo condenatorio, la pena principal resultaría inferior al plazo de reserva de fallo condenatorio previsto en el último párrafo del artículo 62° del Código Penal, si bien por un lado se observa el principio de legalidad para determinar la pena principal, por otro lado no se estaría observando el principio de legalidad en cuanto a la observancia del plazo de la reserva del fallo condenatoria; por lo que nos encontramos ante una primera dificultad de interpretación de carácter legal a efectos de optar si vía terminación anticipada se puede consensuar la Reserva del Fallo Condenatorio.

De otro lado se tener presente, que el Decreto Legislativo N° 1194, su protocolo de aplicación, así como el Decreto Legislativo N° 1307 que la modifica, en lo que respecta a las Salidas Alternativas, establece que estas son: Principio de





Recurso de Nulidad N° 3332-2004-Junín, de fecha 27 de Mayo del 2005; en el que textualmente se señala: “Que ésta es una medida alternativa a la pena privativa de libertad de uso facultativo para el Juez, que se caracteriza fundamentalmente por reservar la imposición de la condena y el señalamiento de la pena concreta para el sentenciado culpable”; es más preciso al respecto el jurista PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, cuando sostiene: “...la aplicación de la reserva del fallo condenatorio se sujeta a las facultades discrecionales del juzgador, quien valorará el caso concreto, analizando si éste se adecua a las condiciones y requisitos expuestos en el párrafo anterior, concordantes con el artículo 63° del Código Penal, que faculta al juez a abstenerse de dictar la parte resolutive de la sentencia. En este sentido, el juez se abstiene de pronunciar la pena, a pesar de haber encontrado judicialmente culpable al imputado, quien en virtud de determinadas características merece, según la ley, un tratamiento punitivo diferenciado –de acuerdo al contenido del injusto y al grado de reproche personal-“⁴; de la información que antecede se desprende que es facultad discrecional del magistrado de fallo optar por esta institución, no resultaría desde mi punto de vista acertado que las partes en una terminación anticipada propongan como parte del acuerdo la imposición de la Reserva del Fallo Condenatorio; lo que no obsta que en la segunda etapa del proceso inmediato llevada a cabo por la naturaleza de los delitos involucrados como supuestos de incoación el Juzgado Unipersonal en la estación correspondiente emita sentencia en uso de su facultad discrecional, decida imponer sentencia con reserva de fallo condenatorio.

Oportunidad, Acuerdo Reparatorio y Terminación Anticipada; en ningún extremo se hace alusión al carácter de la pena que se debe imponer ante un acuerdo consensuado de pena privativa de libertad, por lo que se sobreentiende que ante una propuesta consensuada por el representante del Ministerio Público, la defensa técnica y el imputado; el Organo Jurisdiccional para resolver debe observar los lineamientos establecidos en el Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116; y las normas contenidas en el Código Penal, para la determinación e imposición de la pena concreta final; es en este escenario que trato de responder a la interrogante formulada; para el que recurro a lo sostenido por: Peña Cabrera Raúl ³; en la que sostiene “El análisis de estas normas nos lleva a precisar que es facultad del Juez de disponer la reserva del fallo condenatorio. Esta facultad significa la abstención del juzgador en fijar y declarar la pena por el delito instruido al responsable penal. ...”; punto de vista que a su vez guarda relación con lo sostenido por Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en el literal a) del quinto considerando del

CONCLUSIONES:

- El Decreto Legislativo N° 1194, su protocolo de aplicación, así como el Decreto Legislativo N° 1307 que la modifica, en lo que respecta a las Salidas Alternativas, establece que estas son: Principio de Oportunidad, Acuerdo Reparatorio y Terminación Anticipada; en ningún extremo se hace alusión al carácter de la pena que se debe imponer ante un acuerdo consensuado de pena privativa de libertad.
- El juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional; al tener a la vista el acuerdo arribado de salida alternativa de Terminación Anticipada debe tener presente que la propuesta formulada tiene el carácter de inmutable y vinculante para el Organo Jurisdiccional, lo que implica que al emitir sentencia anticipada se debe respetar los límites del acuerdo; con dicho propósito el Órgano jurisdiccional, debe llevar a cabo los siguientes controles: control de legalidad y control de razonabilidad de la pena.

- Al haber establecido la doctrina y la jurisprudencia que la imposición de la reserva del fallo condenatorio es facultad discrecional del Juez Penal; no resulta viable proponer su aplicación judicial vía consenso de terminación anticipada.
- En los dos tipos penales considerados como supuestos de incoación del Proceso Inmediato no resulta viable proponer la salida alternativa de la Terminación Anticipada con reserva del fallo condenatorio; por lo que debería optarse por la aplicación de las penas alternativas.
- En la segunda etapa del proceso inmediato al no prosperar ninguna de las salidas alternativas, el Juez Unipersonal al emitir sentencia como juez de fallo, en observancia de su competencia material y funcional prevista en el Artículo 28 del Código Procesal Penal; ésta facultado de imponer Sentencia con el carácter de reserva del fallo condenatorio; por cuanto son de su conocimiento no solo los procesos por estos dos ilícitos que son supuestos de incoación de proceso inmediato, sino por cualquier otro delito incoados por supuestos de flagrancia, confesión u acumulación de actos de investigación.

MATERIAL DE CONSULTA:

- Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116 de fecha 13 de noviembre del 2009
- <http://legis.pe/mas-70-mil-personas-procesadas-casos-flagrancia/>
- PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal/Estudio Programático de la Parte General, 3era Ed.1999, Lima
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl. Derecho Penal Peruano. Parte General: Teoría de la pena y las consecuencias accesorias del delito. Segunda parte .Lima, Rhodas
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia, Lima, PALESTRA, 1999
- Recurso de Nulidad N° 3332-2004-Junín, de fecha 27 de Mayo del 2005, Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

La Eiscusion y Evaluación de la Ejecución de la Pena, una Mirada a la Incorporación de una Nueva Etapa en el Nuevo Código Procesal Penal y en la Práctica de los Organos Jurisdiccionales.

Jacob Abraham Lozano Amaru

Secigrista del Séptimo Juzgado Penal del Callao- Estudiante de derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.



Es de analizar que durante el proceso penal se observa que las etapas que la comprenden tiene determinadas funciones y finalidades, siendo por ello que durante las etapas de investigación preliminar y preparatoria tienen como propósito recabar pruebas para determinar la imputación y fundamento para emitir la acusación fiscal, asimismo que en la etapa intermedia constituye una secuela procesal preclusiva de saneamiento en el cual se depurarán todas las taras que estén presentes en la postulación fiscal a efectos de que solo se lleve a Juicio los casos sobre los que concurra causa probable y finalmente se tiene la etapa de juzgamiento constituye la etapa procesal de mayor importancia, fundamentalmente por la actividad probatoria que se desarrolla, bajo la observancia y respeto a los principios que lo rigen. Es así que se tiene que durante el proceso penal las etapas están determinadas unas a la recabación de pruebas y otra a la actuación de la misma cuya finalidad sirve para encontrar responsabilidad penal, lo cual se observa a simple vista que no hay una etapa donde se centre en la discusión sobre la modalidad de la ejecución de la pena o consecuencia accesorias, es decir una etapa exclusiva en donde se ventile a través de los principios de oralidad, contradicción e inmediación la manera en cómo se va a ejecutar la pena a imponer y las penas accesorias correspondiente, toda vez que se tiene que el ordenamiento jurídico brinda al Juez la potestad en escoger a su libre criterio-discrecionalidad, la suspendida, la privativa de libertad efectiva, asimismo puede utilizar la reserva del fallo condenatorio, la pena limitativas de derecho, vigilancia electrónica, exención de la pena, asimismo como pena accesoria se tiene la pena de los días multa y otros, es así que dado a la magnitud que dicha decisión ocasiona en los derechos del imputado, siendo por tal motivo no dejarlo al libre criterio del Juez al momento de determinar la ejecución de la pena y como la imposición de las consecuencias accesorias. Asimismo el presente artículo pretende facilitar algunas reflexiones y propuestas para la solución del conflicto.

I. INTRODUCCION.

En manera de introducción es menester analizar que cuando se habla de proporcionalidad o razonabilidad de la pena se habla fundamentalmente de evitar la actuación arbitraria del poder, en particular, cuando se refiere de su actuación respecto de los derechos constitucionales o fun-

damentales, circunstancias que motivan que todo acto discrecional de los poderes públicos estén limitados o regulados bajo el principio de la contradicción en la discusión de una audiencia o etapa. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos. En este orden de ideas el principio de

proporcionalidad opera tanto en el momento de creación del Derecho por los legisladores, como en el de su aplicación por los jueces o tribunales, **e incluso en el momento de determinar la ejecución de la pena o la imposición medidas alternativas que rebasan sobre la sanción al acusado, o consecuencia accesorias. Por ello el principio de contradicción implica que la previsión, la determinación, la imposición y la ejecución de la medida se lleven a cabo en audiencia**¹. Además se tiene que principio de proporcionalidad exige que un medio sea, en el caso concreto, idóneo y necesario para conseguir el fin deseado. Siendo por ello la importancia de una etapa en que se desarrolle a través de los principios de contradicción, oralidad e inmediación la imposición de la pena y la ejecución de la misma, toda vez que se tiene que el ordenamiento jurídico brinda al Juez la potestad de imponer en ejecución de la pena, la suspendida, la privativa de libertad efectiva, asimismo puede utilizar la reserva del fallo condenatorio, la pena limitativas de derecho, vigilancia electrónica, exención de la pena, por otro lado como pena accesoria se tiene la pena de los días multa. Es así que se tiene que el Juez tiene una potestad discrecional para la aplicación de tales instrumentos-penas- a un determinado caso.

II. Análisis de las etapas del proceso penal desde el punto de vista sistemático en el Nuevo Código Procesal Penal.

Desde una perspectiva sistémica-funcional, entonces, la finalidad del proceso penal es la de dar solución a una controversia jurídica sometida al poder de decisión de los Jueces y nacido de un conflicto social de relevancia criminal. Esta finalidad sistémica se conduce vía la declaración (en sentido afirmativo o negativo), de la responsabilidad penal de una persona sometida a proceso, que primero ha sido imputada y acusada de un cargo penal en etapa de investigación preparatoria y –en su caso- en el respectivo enjuiciamiento oral (juicio oral). Esto es, una vez ocurrido el



hecho punible, se desencadena un conjunto de consecuencias jurídicas inmediatas a tal hecho punible. Las de orden procesal, vinculadas a la propia labor de investigación preliminar, preparatoria formal y posterior enjuiciamiento; y –en orden al Derecho Penal material- a las consecuencias jurídicas que como consecuencia del Proceso Penal, habrán de imponerse –o no- al sujeto a proceso (penas, medidas de seguridad –directas-, responsabilidad civil, consecuencias accesorias –indirectas).

Ahora bien, esta labor de legitimación en cuanto a la imposición –o no de las consecuencias jurídicas materiales del delito, tienen que ver, necesariamente, con la proyección del modelo constitucional en el que el proceso penal se asienta. En el caso peruano, ese modelo constitucional –de Estado constitucional-, es el que está descrito en el artículo 43^a de la Constitución Política del Estado, en concordancia, respecto del propio modelo constitucional de proceso penal, con el artículo 139 –in extenso- y el artículo 159.4 de la Constitución, e integrado a este marco constitucional, el íntegro del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal. Todo lo cual nos adscribe e inserta de un lado al modelo constitucional definido en clave diseño democrático – de división de poderes y de primacía de la Constitución y la Ley- y del otro, pone de manifiesto la necesidad que se tiene de contar con decisiones (en el ámbito de la administración de justicia –y con extensión al ámbito de la Investigación Fiscal-), libres de cualquier condicionamientos extra proceso y ajenos al marco de la legalidad preestablecida.

En esta medida, entonces, esta necesidad de legitimidad y apego fundamental al marco de la legalidad constitucional y ordinaria, marca para el proceso penal un modelo el cual debe adscribirse

¹ Pensamiento del suscrito que revalida la tesis de una etapa en donde se discuta la modalidad y ejecución de la pena, respetando los principios de oralidad, inmediación y contradicción.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL PERMANENTE CAS. N° 144-2012 ANCASH SENTENCIA DE CASACION Lima, once de julio de dos mil trece, segundo considerando.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS ACUERDO PLENARIO N° 6-2009/CJ-116

necesariamente a este ámbito de función; legitimadora de las decisiones fiscales y jurisdiccionales con miras al establecimiento de las responsabilidades penales derivadas de la comisión de un hecho punible. **Esta asignación de responsabilidad penal, por tanto, debe estar revestida de todas las garantías constitucionales relativas al proceso penal y acentuarse en un modelo de procesamiento penal funcional a tal objetivo.** Este modelo de justicia penal, es el que ha definido nuestro Código Procesal Penal como un “modelo acusatorio formal”.

Así, este modelo de enjuiciamiento criminal, de procesamiento penal cuenta con tres etapas: la de la investigación preparatoria (preliminar y formalizada), la de la etapa intermedia y la del Juicio Oral; todas ellas vinculadas a un ámbito de función político criminal bien definido a partir de su adscripción a lo que se pretende con el propio modelo de justicia criminal de base constitucional. Como son:

A). La investigación preliminar² .- Que, conforme a lo previsto por el artículo trescientos treinta del Código Procesal Penal, las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad; asegurar los elementos materiales de su comisión, e individualizar a las personas involucradas y a los agraviados. Como ya se ha indicado, la finalidad mediata de las Diligencias Preliminares es determinar si el Fiscal debe formalizar la Investigación Preparatoria. Como resulta evidente el Fiscal debe llegar a esta decisión mediante un proceso racional, lógico y formal, mediante el cual al analizar los diversos indicios y datos obtenidos concluye en que los hechos denunciados ameritan **realizar una investigación más profunda.**

B). La investigación preparatoria.- Persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa,

las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado. Es decir vinculada a un ámbito de función aportativa de hechos (elementos de prueba y actos de investigación), definidos en su pertinencia y conducencia a lo que será materia de prueba en el Juicio Oral (de ahí su carácter preparatorio).

C). La Etapa Intermedia³ .- La etapa intermedia en el NCPP se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El Juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal⁴ , esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal –ese, y no otro, es su ámbito funcional-. El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el Juez de la Investigación Preparatoria frente a la acusación fiscal, según los artículos 350°/352° NCPP, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes –nunca antes- (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El Juez decide luego de escuchar a las todas las partes procesales, nunca antes. El artículo 350°.1 NCPP autoriza a las partes proponer motivadamente ocho cuestiones o mociones específicas. Ahora bien, el control formal de la acusación fiscal, que incluso puede promoverse de oficio por el Juez de la Investigación Preparatoria –la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal trascendente y la validez de la serie procesal constituye una facultad judicial inherente a la potestad jurisdiccional,



⁴ La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional. Debe expresar la legitimación activa del fiscal como tal y la legitimación pasiva del acusado, quien debe estar comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria. Por otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica, fundamentación jurídica, y el petitum o petición de una concreta sanción penal. Es un acto fiscal procesal postulatorio mediante se inserta la pretensión penal consistente en que se inserta la pretensión penal consistente en que el Juez

enraizada en garantía misma de tutela jurisdiccional efectiva-, está contemplado en el literal a) del citado apartado 1) del artículo 350° NCPP. Éste comprende los supuestos descritos en el párrafo 9° en relación con el artículo 349° NCPP.

Los defectos denunciados, en caso que se acojan, requerirán, conforme al artículo 352°.2 NCPP, una decisión inmediata de devolución de las actuaciones al Fiscal, con la necesaria suspensión de la audiencia, siempre que se requiera de “un nuevo análisis del Ministerio Público”

Por la propia naturaleza de ambos controles: **formal y sustancial**, no es posible ejercerlos conjuntamente, sino sucesivamente. **El control formal** es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que el artículo 352°.2 NCPP precisa que si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349°.1 NCPP –en una discusión que debe preceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar- lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse. La decisión de formular observaciones a la acusación es una causal de suspensión de la audiencia, que será del caso instar sólo cuando el defecto detectado requiera de un nuevo análisis del Ministerio Público. **El control sustancial** tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Ésta comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, **elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes (artículo 344°.1 NCPP).**

Siendo de lo antes desglosado se tiene que dicha etapa constituye una secuela procesal preclusiva de saneamiento en el cual se depurará todas las taras que estén presentes en la acusación fiscal-cuestiones formales y sustanciales de la misma- a efectos de que solo se lleve a Juicio los casos sobre los que concurra causa probable, es decir en el sentido estricto, **Revisa e integra**

el material probatorio, Controlar la conclusión de la Investigación Fiscal, Implica un juicio de probabilidad de cara a la correcta sustanciación del Juicio Oral, Controla los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa, lo cual se observa que en esta etapa no hay una discusión sobre la ejecución de la pena ni la imposición de otra clase de medida más conveniente y efectiva para que cumpla con la finalidad de la pena tanto mas si se tiene que en dicha etapa se realiza una audiencia para el control de la acusación fiscal en donde el fiscal solicita una pena y la ejecución de la misma, lo cual esta etapa está impedido para la discusión de la pretensión fiscal-pena y ejecución- ya que si se hiciera se desnaturalizaría dicha etapa procesal.



D) Etapa de Juzgamiento.- El inicio del Juicio Oral o Juzgamiento, está marcado conforme el artículo 353ª del NCPP, por el auto de citación a Juicio. Siendo así, finaliza con la dictación de la Sentencia definitiva emitida por el órgano Jurisdiccional respectivo, una vez cerrado del debate plenario; conforme el artículo 392ª del NCPP. La nota de superlativa importancia que se tiene del Juicio Oral o Juzgamiento se define a partir no sólo de una consideración legal (conforme el artículo 356ª del NCPP), sino que también por el hecho que en ella es donde se resolverá de modo definitivo el conflicto penal que nace con la comisión de hecho punible. A ello deberá concurrir, como es sabido, el de la actuación de pruebas como correlato plenario de la verificación en términos de inmediación, contradicción, oralidad y

aplique una pena u otra consecuencia jurídica del delito al acusado por el hecho imputado. Asimismo en el artículo 349 inciso 1 NCPP, detalla que la acusación debe contener: a) Los datos que identifican al Imputado, b) Hecho Imputado, c) Los elementos de convicción que fundamenten la acusación, d) La participación del imputado, e) La relación de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, f) la calificación jurídica de los hechos, g) El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados, h) Los medios de prueba que ofrece para que se actúen en el juicio oral, g) la pena.



cho delictivo, siendo de esta manera que se manifiesta que la etapa de juzgamiento tiene como límite la responsabilidad penal mas no la discusión de la ejecución de la pena ni la imposición de otra clase de medida más conveniente y efectiva para que cumpla con la finalidad de la pena.

III. EL SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.

publicidad de los elementos de prueba aportados por quien detenta la carga de la prueba en el proceso penal (el Ministerio Público), y si acaso, de la parte procesal imputada en el mismo. En este sentido, como es de recibo reiterarlo, y conforme lo señalado en el artículo 356^a NCPP, al constituirse como la etapa principal del proceso, debe revestir un conjunto de garantías en su materialización. Garantías que guardan relación como se ha dicho a la función que tiene el proceso penal en cuanto a la imposición de las consecuencias jurídicas del delito y que tienen directa conexión con el propio modelo constitucional de Estado de derecho y de modelo procesal en que se asienta. Y de otro, de cara a una correcta verificación de los hechos y elementos de convicción aportados por las partes procesales en la etapa aportativa del proceso cual es el de la Investigación Preparatoria; esto es, los principios de ORALIDAD, CONTRADICCIÓN, INMEDIACIÓN Y PUBLICIDAD. Siendo de esta manera que es la etapa del Proceso Penal más importante, **dado que en esta etapa del proceso se practican verdaderamente los actos de prueba que de modo directo o indirecto determinaran en el Juzgador la convicción –o duda- respecto de la realización o no del delito y su vinculación para con el sujeto procesado en términos de responsabilidad penal.**

Siendo de lo antes desglosado se tiene que dicha etapa solo rebasa en la actuación de las pruebas cuya importancia es la de determinar la responsabilidad penal, es decir en el sentido estricto, dicha etapa nos expresa que el acusado es autor, coautor o cómplice de un determinado he-

Las sanciones penales tienen una razón de ser, esto es, han sido creadas para cumplir ciertos fines, los mismos que muchas veces son dejados de lado a la hora de tipificar, sancionar las conductas delictivas y **la de imponer la ejecución de la misma.** La función de la pena más allá de su conceptualización, cumple función de prevención general, pues tiene que ver con regular la convivencia en la sociedad, el funcionamiento social, la norma que lo permite. Nuestro Código Penal señala que la pena tiene función **preventiva, protectora y re socializadora** [artículo IX del Título Preliminar]. De la norma acotada se desprende que para el sistema jurídico penal peruano la pena cumple básicamente las siguientes funciones: prevención general y prevención especial. El Código penal peruano en su Artículo 28 clasifica las penas de la siguiente manera: **a. Penas privativas de libertad;** La pena privativa de libertad impone al condenado la obligación de permanecer encerrado en un establecimiento. El penado pierde su libertad ambulatoria por un tiempo de duración variable que va de la mínima de dos días hasta la cadena perpetua (Art. 29 del C. P.) **b. Penas restrictivas de libertad;** Se encuentran reguladas por el artículo 30° del Código Penal. Son penas que restringen los derechos de libre tránsito y permanencia en el territorio nacional de los condenados. La ley distingue dos modalidades: **La pena de expatriación que es aplicable a los nacionales y la pena de expulsión del país** que recae únicamente en los extranjeros. Ambas penas se ejecutan luego de que el condenado haya cumplido la pena privativa de libertad que también le fue impuesta en la senten-

⁵ Como fin de la pena persigue el principio de la resocialización. Para los precursores y promotores de esta teoría, como los anteriormente referenciados, son meritorios los resultados teóricos y prácticos al darse cumplimiento a los postulados del Derecho Penal en cuanto obliga a la protección tanto del individuo como también de la sociedad, ayudando al autor, no marginándolo socialmente, sino integrándolo a través de mecanismos y procedimientos pedagógicos e inclusive terapéuticos profilácticos y, por supuesto, resocializadores.

⁶ La pena en sí consiste en la realización por el penado de trabajos manuales, intelectuales o artísticos, los cuales debe cumplir gratuitamente y en sectores o servicios de apoyo social o comunitario como centros de salud, obras comunales o parroquiales, orfanatos, etc. En todo caso, el trabajo

cia. Se trata, por tanto, de penas conjuntas y de cumplimiento diferido. **C). Penas limitativas de derechos;** Están consideradas normativamente entre los artículos 31° a 40° del Código Penal. Estas sanciones punitivas limitan el ejercicio de determinados derechos económicos, políticos y civiles, así como el disfrute total del tiempo libre. Son de tres clases: Prestación de servicios⁶ a la comunidad, limitación de días libres⁷ e inhabilitación⁸, D). Penas de Multa⁹.

Asimismo es pertinente expresar que estas clases de penas antes mencionadas tienen supuestos de aplicación, lo cual se estipulan en el artículo 32 del C.P. en donde se detallan que el Juez puede aplicar cualquiera de estas siempre y cuando la sanción a imponer no sobre pase los 04 años, es decir que **según a su criterio el juez puede escoger por aplicar cualquiera de estas clases de pena a un caso concreto.**

Además es de expresar que el código penal estipula aparte de las clases de penas antes mencionadas, otros mecanismos como son: la **suspensión de la pena**, que consiste en la suspensión del cumplimiento de la condena durante un cierto período en el que se establece determinadas condiciones que si son cumplidas permiten declarar extinguida la responsabilidad criminal. Responde a criterios del derecho humanitario que propicia darle al infractor una oportunidad de actuar en el futuro con respeto al orden jurídico¹⁰. **B) Reserva del fallo condenatorio**, Contiene una declaración de culpabilidad por el injusto perpetrado por el autor lesionando la norma jurídica por lo que el **juez decide abstenerse de dictar la parte resolutoria de la sentencia condenatoria**, sin perjuicio desde luego de las responsabilidades civiles del caso (Art.62 del C.P.). Se trata de una alternativa a la pena privativa de libertad de corta duración, a las de multa y a la pena limitativa de derechos. Son requisitos para la aplicación de este instituto: 1.-Que el delito este conminado con una pena privativa de libertad no mayor de **tres años** o multa; 2.-Cuando la pena pronóstico no supere las noventa jornadas de servicios a la comunidad o de limitación de



días libres; 3.-Cuando la pena pronóstico no supere los dos años de inhabilitación. **C) Exención de pena**, que según el artículo 68 del C.P. detalla que el juez puede eximir de sanción en el caso que el delito este previsto en la ley con una pena privativa de la libertad **no mayor de dos años** o con pena limitativa de derechos o con multa, si la responsabilidad del agente fuera mínima. **D) La Pena de Vigilancia Electrónica Personal;** Ley 29499 detalla que esta pena consiste en el monitoreo electrónico (supervisión y control) sobre el tránsito y los desplazamientos del condenado, dentro de un radio geográfico de acción que debe definirse en la sentencia y que toma como referencia del sentenciado. Supone la colocación de brazaletes o grillete electrónicos en la persona del condenado y que generalmente permanece ocultos a terceros. Sólo pueden acceder los delincuentes primarios y que acrediten con un informe técnico aspectos de su vida familiar, laboral y social. Se cumplen en el domicilio del condenado o el lugar que éste designe. Asimismo La vigilancia electrónica personal procede: **a) Para el caso de los procesados, cuando la imputación se refiera a la presunta comisión de delitos sancionados con una pena no mayor a seis (6) años, b) Para el caso de los condenados que tengan impuesta una sentencia condenatoria de pena privativa de la libertad efectiva no mayor a seis (6) años.** Aunado a lo vertido anteriormente es menester detallar que el **“Artículo 52°.- Conversión de la pena privativa de libertad-**, expresa que el juez podrá, de oficio o a petición de parte, convertir la pena privativa de libertad en pena de vigilancia electrónica per-

debe ser adecuado a la capacidad personal y aptitud física del condenado

⁷ Consiste en la obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de diez horas semanales a disposición de una institución pública para participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales. - También puede ejecutarse en instituciones privadas con fines asistenciales o sociales. - Se extiende de diez a ciento cincuentiséis jornadas de limitación semanales, salvo disposición legal. Durante ese tiempo el condenado recibe orientación y realiza actividades para su rehabilitación.

⁸ La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacidad de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civi-

sonal, a razón de un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal, en concordancia con el inciso 3 del artículo 29°-A del presente Código”.

Siendo de esta manera que se observa de lo desglosado anteriormente con respecto a las clases de pena como las formas en su ejecución de la misma en un caso concreto, se tiene que todos estos mecanismos coinciden en su mayoría en la discrecionalidad del juez para imponerlo en un caso concreto observando determinados requisitos expresados por ley- **que para el suscrito son casi parecidos para todos, lo cual hace que exista una gama de formas de escoger la mejor entre todas, llevando al juez en una búsqueda infructuosa al veces-**.

IV. LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ AL MOMENTO DE LA IMPOSICION DE LA PENA.

La exigencia de la motivación como una forma de control está fuertemente vinculada con la legitimidad del poder, puesto que, “el criterio de legitimidad no es a aquí de carácter carismático, ni tradicional, ni sólo formal-procedimental, sino que, en una amplia medida, exige recurrir a consideraciones materiales, substantivas”. Esto es, a los valores y principios contenidos en nuestra



Constitución. De allí que, podemos advertir, **que así como se ha dotado de grandes facultades a los jueces en el marco del Estado constitucional, también se les ha impuesto una gran carga argumentativa, puesto que, ya no**

bastará con la invocación a la ley o a la competencia para decidir, sino que a ellos ha de unirse las razones objetivas ofrecidas como justificación de la decisión. Es así que esta justificación se presenta como una poderosa herramienta de auto legitimación para el poder judicial. Justificando cada una de sus decisiones, el juez ordinario logran conectar su potestad judicial con la democracia misma y sus valores expresados en la Constitución. Justamente, la necesidad de legitimar la función judicial a través de la justificación de las decisiones puede ser concretada a través del principio de interdicción de la arbitrariedad.

La Constitución peruana de 1993 no ha recogido de manera textual el principio de interdicción de la arbitrariedad, como si lo hace la Constitución española de 1978. Sin embargo, el TC a través de la STC núm. 0090-2004-AA “caso Juan Carlos Callegari Herazo”, ha materializado dicha noción en contraposición al concepto de arbitrariedad. Así ha dicho el intérprete de la constitución que:

“El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, según lo expone Fernando Sainz Moreno (vide supra), “una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica”.

Empero, la discrecionalidad no se ejerce al margen de la Constitución o de la ley, puesto que la discrecionalidad ha de basarse en los grados de autorización otorgados por ellas. Asimismo, la discrecionalidad **“requiere mayor fuerza en argumentos”**. Es decir, existe una mayor carga argumentativa. Y es que como ha subrayado el TC¹¹, **“la proscripción de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en ra-**

les del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir. según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma aunque puede ser aplica conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa.

⁹ Su base legal se encuentra entre los artículos 41° a 44° del Código Penal. Es la pena pecuniaria y afecta al patrimonio económico del condenado. La multa implica el pago de una cantidad de dinero que el condenado debe realizar a favor del Estado, por haber sido autor o partícipe de un hecho



zones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte”.

Es así que se tiene que lo vertido anteriormente y aplicando al caso materia de discusión se tiene que tales parámetros de argumentación-motivación- por el cual está sujeto el Juez al momento de emitir cualquier resolución en donde afecte derechos fundamentales de cualquier persona, siendo de esta manera que dichos parámetros abonan en reforzar nuestra tesis en que la discusión y evaluación de la ejecución de la pena, asimismo como la imposición de las clases de pena y las modalidades de la misma, se merecen en una audiencia o etapa que a través de los principios de oralidad, intermediación, contradicción- en donde se podrá aportar pruebas que avalen su pretensión- se llegue a una decisión más garantista y respetuosa a la dignidad de la persona, es por ello que se tiene que dichos parámetros avalarían una posición más dinámica, humana, respetuosa de los derechos fundamentales y acorde a nuestro modelo constitucionalista- penal.

Asimismo en forma de abonar lo antes vertido se tiene que los jueces al momento de escoger la clase de pena a imponer al imputado, se basa en parámetros legales y como se dijo anteriormente en su discrecionalidad, hecho que genera al veces una vulneración de sus derechos al no ser dicha pena la más adecuada y por último no buscar la finalidad de su imposición- como es que sea la más **idónea, eficaz y que busque la finalidad resocializadora, reeducadora y reincorporadora**. Situación antes expresa tiene mayor sus-

tento al evaluar un caso concreto recaído en el **Recurso de Nulidad N 607-2015-Lima Norte¹² -TENTATIVA DE ROBO AGRAVADO:**

“En el caso concreto, se aprecia que el encausado Bazza Soria, debidamente informado por el Tribunal de Instancia y con el asesoramiento de su defensa técnica, se sometió a los alcances de la conclusión anticipada del debate oral -ver sesión de audiencia de fojas doscientos sesenta y nueve, del tres de febrero de dos mil quince-, de conformidad con lo previsto en la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, por lo que la Sala Superior Penal rebajó la sanción punitiva solicitada por el representante del Ministerio Público y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad efectiva”

Cuando se imponen penas **de corta de duración**, como la que tenemos en el presente caso, el ordenamiento jurídico penal vigente establece como **sanciones alternativas a la pena privativa de libertad, la aplicación de penas limitativas de derechos, las mismas que contribuirán a la resocialización del imputado y, sobre todo, permitirán la prestación de servicios a favor del Estado como retribución por el daño causado con la comisión del delito**. En ese sentido, este Supremo Tribunal considera viable la conversión de la pena efectiva impuesta por prestación de servicios a la comunidad; ello en virtud a que la sanción es de corta duración y el delito quedó en grado de tentativa; por ende, no hubo mayor afectación al bien jurídico protegido, las condiciones personales del agente; y, principalmente, porque este tipo de **penas tienen mayor utilidad resocializadora que una pena efectiva**. Consiguientemente, la aplicación de esta nueva sanción se hará efectiva conforme con lo señalado en los siguientes párrafos.

V. HAY BASE LEGAL PARA LA DISCUSIÓN SOBRE LA IMPOSICIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA O SALIDAS ALTERNATIVAS DE LA MISMA.

Como se dijo anteriormente se tiene al desarrollar la primera fase del artículo se estableció

punible. Es importante distinguir que la multa es una pena de condición patrimonial y no una indemnización para la víctima del delito como lo es la reparación civil.

¹⁰ El Art. 57 del Código Penal, el mismo que ahora indica: El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad de mayor de cuatro años

2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no vol-

que durante las etapas del nuevo código procesal penal, no hay una etapa delimitada para la discusión, evaluación de la imposición y ejecución de la pena o sobre las salidas alternativas, siendo por ello que en primera instancia no hay manera de ventilar sobre tal extremo. Asimismo es pertinente detallar que dicha discusión si se puede ventilar en segunda instancia, como es de la utilización del recurso de apelación¹³, el cual permite al sentenciado contradecir los fundamentos de hecho y derecho de la sentencia delimitando los agravios de manera puntual que recae sobre dicha resolución. Siendo de esta manera la posibilidad de aportar pruebas que favorezcan a su pretensión, es por ello que somos de la idea que en este estadio se da las garantías constitucionales para que se pueda discutir la ejecución de la pena y las salidas alternativas que se pueden aplicar a un caso concreto, toda vez que se tiene que en segunda instancia hay una audiencia donde priman los principios de contradicción, oralidad, contradicción y aportación de pruebas, hecho que revalidaría la base legal para la discusión de la misma, dándose las condiciones necesarias.

Asimismo es pertinente detallar que lo vertido anteriormente se ve reforzado mediante el recurso de apelación toda vez que se tiene que en virtud del principio de congruencia lo regular es que la instancia superior sólo pueda pronunciarse sobre lo solicitado por el recurrente; nada impide que se pueda declarar la nulidad de la resolución cuestionada si se advierte que posee aspectos que sean posibles de considerar como parte de nulidades sustanciales o absolutas siempre que

hayan significado la indefensión de alguna de las partes. **La apelación atribuye a la Sala Penal de Apelaciones -dentro de los límites de la pretensión impugnatoria-, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho con el propósito de que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente.** Asimismo el artículo 425 del NCPP detalla que La Sala Penal Superior sólo **valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación**, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. No puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

VI. PROPUESTA PARA LA IMPLEMENTACION DE UNA ETAPA O PARA LA PRÁCTICA DE LA MISMA POR EL ORGANO JURISDICCIONAL.

Sobre tal extremo somos de la idea que después de que el Juez se pronuncie sobre la responsabilidad penal del acusado producto de las actuación de los medios de prueba en el juicio oral, es así que después de tal suceso el juez conceda en la misma audiencia la oportunidad de la discusión sobre la imposición de las clases de pena o la ejecución de la pena o de las salidas alternativas de la misma, siendo de esta manera que se le da la oportunidad al abogado e imputado para que expresa a su criterio la clase de pena o la ejecución de la misma, hecho que se discutirán en otra audiencia o en la misma donde se pronuncie- dejando al libre criterio del juez- situación que es de evaluar en cada caso, asimismo también es de evaluar la oportunidad que deja a la defensa para que acopia su material probatorio con respecto a este extremo.

Por otro lado que se haga el mismo procedimiento para la audiencia de la prisión preventiva, como es de verse que en tal audiencia se discute



verá a cometer nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formula la autoridad judicial requiere de debida motivación;

3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP N ° 03864 2014-PA/TC LIMA TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. Representado(a) por MARIO

⁵ presupuesto o etapas que se debe cumplir en la solicitud del Ministerio Público así como su discusión en plena audiencia como son: la prognosis de la pena, que existan fundados y graves elementos de convicción, peligro de fuga u obstrucción de la investigación, la duración de la pena y la proporcionalidad. Esto se aplicaría en la etapa de juzgamiento- juicio oral- en donde se limitaría dos sub-etapas los cuales son: primero de ventilaría la responsabilidad penal- es decir por medio de la actuación probatorias, segundo que después de ello el juez abra paso la siguientes etapa la cual es la discusión de la pena a imponer- es decir de la ejecución de la pena, o salidas alternativas o modalidades de pena y por último de la penas accesorias si las hubiera, siendo de esta manera que dicha etapa encontraría mérito dado a las garantías que expresa, otorga al contradictorio y por último a la oportunidad de la defensa de cuestionar la pena solicita en el extremo de la ejecución o modalidad de la pena.

Hechos antes detallados expresan la modalidad y metodología que debería realizar el juez, al momento del pronunciamiento de la imposición y discusión sobre la ejecución de la pena o modalidad de la misma, escogiendo dentro de todos los mecanismos que concede el código penal, la más adecuada. Asimismo esta discusión nos ubica frente a la problemática del fundamento real o causa de la medida de la pena que estriba en los antecedentes de hecho, un fundamento final o causa finalis que se concreta en el fin perseguido con la pena, y un fundamento lógico o ratio cognoscendi, que conecta los presupuestos de la individualización.

Siendo de esta manera que en dicha audiencia o etapa se discutirá cinco puntos los cuales son:

- a) Ajuste a los fines de la pena- buscar que la clase de pena sea la mas adecuada para los fines de la pena.
- b) Averiguación de los factores de hecho relevantes para la individualización de la pena, sobre este extremo se ventilara las pruebas que la parte adjunte en la audiencia con la

finalidad de buscar la clase de pena más idónea y eficaz.

- c) Determinación de la dirección valorativa de los factores reales, sobre este extremo entra a entrañar la evaluación del juez.
- d) Ponderación de las circunstancias de la individualización de la pena, sobre este extremo se va a realizar un test de ponderación sobre la clase de pena a imponer.
- e) Clasificación de la clase de pena del marco penal, es decir es la etapa final en donde el juez escoge la medida a imponer- clase de pena y ejecución de la misma.

VII. EN MANERA DE EJEMPLO SE DISLUMBRA UN CASO PRACTICO.

Se tiene que en un caso concreto al imputado se le abre proceso por el delito lesiones leves, asimismo que después de realizarse el juicio oral se establece responsabilidad penal. Agregando que es una persona que no tiene antecedentes penales, policiales ni judiciales, tiene carga familiar y ha reparado en parte el daño causado.

Es así que en el presente caso antes detallado se tiene que el juez tiene siete posibles formas de imponer la clase de pena o ejecución de la misma, como son: a) la reserva del fallo condenatorio, b) la exención de la pena, c) limitativa de derecho- prestación de servicio a la comunidad, limitación de días libre-, d) pena de multa, e) suspensión de la pena, f) vigilancia electrónica h) la privativa de la libertad efectiva. Siendo que en el presente caso puede aplicar cualquiera de lo antes mencionado toda vez que se tiene que las características del hecho-derecho y de la personalidad del sentenciado se puede subsumir en cualquiera de estos.

Por lo tanto se observa que existe una gama de propuesta que se le deja al libre criterio del juez, lo cual hace más creíble la idea que exista una etapa en donde se discuta dicha decisión, dado a la magnitud que conlleva ya que la decisión puede contravenir a los principios y finalidades de la pena como asimismo a la dignidad de la persona relacionado a sus derechos fundamentales.

LUIS REGG I A RDO SAAVEDRA, fundamento 32 y ss.

¹¹ El ámbito del medio impugnatorio se delimita al quantum -cuatro años de pena privativa de libertad efectiva- de la sanción impuesta al encausado Bazza Soria, por lo que es necesario verificar si los integrantes de la Sala Penal de Vacaciones de Lima Norte tomaron en cuenta los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídicos, así como las circunstancias específicas concurrentes del delito, las causales de disminución o incremento de punibilidad (eximentes imperfectas, tentativa o la complicidad secundaria) y las reglas de reducción punitiva por bonificación procesal (confesión sincera, colaboración eficaz o conclusión anticipada del proceso) y las demás circunstancias alegadas por el recurrente en su recurso impugnatorio

CONCLUSIONES.

- A) Que con el presente artículo se deslumbra que no hay una etapa en donde se discuta la clase de pena ni la ejecución de la misma, asimismo que dicha decisión se deja al libre criterio del juez que en cada caso concreto puede escoger de la gama de alternativas que concede el código penal la más adecuada.
- B) Asimismo que se propone la evaluación y discusión de una etapa o la realización de una audiencia en donde se ventila la clase de pena o la alternativa más adecuada, primando para tal caso los principios de oralidad, intermediación y contradicción.
- C) Asimismo que en dicha etapa o audiencia se va a pronunciar sobre la finalidad de la pena, ponderación de la circunstancias de la individualización de la pena y Determinación de la dirección valorativa de los factores reales.
- D) Asimismo que dicha decisión este revestido de una motivación suficiente que haga prevalecer los motivos por el cual sea escogido una determinada clase de pena o la ejecución de la misma, excluyendo de esta manera la interdicción a la arbitrariedad por parte del Juez.
- E) siendo de esta manera que dichos parámetros abonan en reforzar nuestra tesis en que la discusión y evaluación de la ejecución de la pena, asimismo como la imposición de las clases de pena y las modalidades de la misma, se meriten en una audiencia o etapa que a través de los principios de oralidad, intermediación, contradicción- en donde se podrá aportar pruebas que avalen su pretensión- se llegue a una decisión más garantista y respetuosa a la dignidad de la persona, es por ello que se tiene que dichos parámetros avalarían una posición más dinámica, humana, respetuosa de los derechos fundamentales y acorde a nuestro modelo constitucionalista- penal-.

BIBLIOGRAFIA.

1. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel: Manual de Derecho Penal. Parte General. Edit. Santa Rosa. Perú, 2000.
2. Hurtado pozo, José. (1997) Manual de Derecho Penal. Parte General. 2da Ed. Eddili. Lima.
3. Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal, en APECC Revista de Derecho. Año I, Nº 1. Autor: Víctor Cubas Villanueva. Lima – Perú. 2004
4. PRADO, Víctor (1995). “Sistema de Penas”, en Derecho Penal Parte General, Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales, UNMSM

JURISPRUDENCIA.

1. Acuerdo Plenario 03-2012.
2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP N ° 03864 2014-PA/TC LIMA TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. Representado(a) por MARIO LUIS REGG I A RDO SAAVEDRA
3. Recurso de Nulidad N 607-2015-Lima Norte
4. STC núm. 0090-2004-AA “caso Juan Carlos Callegari Herazo”.

BIBLIOGRAFIA VIRTUAL.

1. http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2483_03_recursos_impugnatorios.pdf.
2. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/03864-2014-AA.pdf>.
3. <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/BOLET%3%8DN-ACAD%3%89MI-CO-43---EOG.pdf>.



FILOSOFÍA Y DERECHO

Filosofía y Derecho: Estudio Fenomenológico del Crimen Postmoderno (Crimen del Siglo



La exclusión que ha producido el derecho a la filosofía en su campo práctico de acción ha planteado un distanciamiento entre la actividad jurídica y los esquemas filosófico-especulativos. Sin embargo, el siglo XXI ha traído una reconciliación y convergencia entre las prácticas del derecho y el pensamiento de profundidad filosófica, al día de hoy, incluso, las universidades enseñan filosofía del derecho, tratando de acercar el pensamiento profundo de los primeros principios a las necesidades de las corrientes prácticas jurídico-sociales. Por eso, las corrientes naturalistas, formalistas, funcionalistas o finalistas tienen una gran carga de estudios ontológicos que tratan de describir elementos de primeros principios y causas últimas en el quehacer jurídico; no podemos olvidar los esfuerzos realizados por excelsos juristas como David Hume, Jeremy Bentham, Adolphus Hart, Ronald Dworkin, pero principalmente, Georg Wilhelm Friedrich Hegel quien desarrolló grandes teorías y abrió la puerta al conocimiento filosófico en los problemas jurídico-sociales. A partir de él la filosofía ha penetrado con mayor

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



fuerza en el campo del derecho. Es por esto que, en este esfuerzo proponer la corriente fenomenológica de Husserl como herramienta de entendimiento del crimen, resulta prudente y conveniente para reentender e interpretar las causas del crimen postmoderno¹.

Durante la historia, se ha denostado mucho a la filosofía; ha sido común la crítica que la desestima, descalificaciones que aseguran que se centra en elucubraciones metafísicas, completamente ajenas a las realidades sociales; de hecho, en mi práctica docente me he topado con un sinnúmero de

oposiciones por parte de gente dogmática y simplista que sienten a la actividad filosófica un vano intento de tener un quehacer para quien

¹ El "crimen postmoderno" es un término que ha sido acuñado por este ensayista, en la tesis doctoral "El mal como origen del crimen en el siglo XXI (Crimen postmoderno)", surge de unir los criterios de postmodernidad, definidas por autores como Gianni Vattimo, Gilles Lipovetsky, Sigmund Bauman, Jacques Derrida, refiriéndose a la etapa histórica del pensamiento iniciada en 1973 y hasta la fecha y que a vista del autor contiene todos los elementos sociales, éticos y dogmáticos de la forma criminal de hoy, con sus características y vertientes particulares que lo hacen distinto al evento criminal de épocas pasadas.

nada tiene que hacer; la banalidad de perder el tiempo en meditaciones sin sentido y sin fin. Lo anterior, no es una objeción moderna ni única, es obvio, que durante el paso del tiempo esta ha sido la principal diatriba a la práctica filosófica. Es por ello que, de un tiempo al día de hoy, muchas personas quienes amamos la filosofía hemos querido, desde nuestra trinchera, impulsar esta disciplina en lo concreto, no más consideraciones estériles o vacías sino una filosofía de la realidad o por decirlo coloquialmente sacarla a la calle.

Acercar a la filosofía a los problemas sociales, convertirla en herramienta de inquisición racional que pueda resolver o adosar planteamientos de solución a problemas comunes que afectan y dañan al individuo en su actividad social; constituyendo un compromiso con lo concreto, esclareciendo en el fondo la realidad propia de la actividad, personal y profesional, acercar la filosofía dogmática, propia de escuelas y universidades, a la dolorosa realidad y complejidad de los esquemas cuestionantes de las verdades conocidas. Conservar como parámetro de estudio a la metafísica escolástica lo mismo que la equidad entre belleza y bondad divina, la existencia o no del alma y su etapa posterior a la muerte, no son ya el camino más proclive al esquema de entendimiento jurídico. Ahora, el proyecto personal será identificar en la realidad cotidiana la posibilidad de aplicar métodos filosóficos que nos conduzcan al valor de la verdad, pero no como absoluto e intocable dogmatismo sino como una posibilidad de solución a los problemas reales que aquejan al hombre y al derecho como entidad guardiana del ser.

Es aquí donde la fenomenología toma relevancia como innovadora del racionalismo jurídico que da vida a una lógica pura, como lo señaló Husserl en su obra investigaciones lógicas. Quien intitula en el primer capítulo "Idea de una lógica pura", se identifica el planteamiento de llegar a un método de investigación filosófico que se adentre al campo del entendimiento profundo de las cosas, más allá del psicologismo como proceso de desarrollo en la mente del individuo. Psicologismo que se basa en un positivismo de hechos que trata de explicar racionalmente los fenómenos patológicos de la mente, formando desde hace más de 100 años la rama de estudio del

crimen: la psicología criminal, que toma como objeto de análisis al individuo del acto criminoso que atenta contra la dignidad y la vida humana, alejado de los primeros principios del actuar criminal humano, Husserl, fundador de la fenomenología trascendental, trata de renovar a la filosofía dándole un entorno de ciencia estricta y formal que tiene los elementos necesarios para adentrarnos al estudio del llamado flagelo de la humanidad "EL CRIMEN".



El crimen ha golpeado a la humanidad durante diferentes etapas históricas del desarrollo social, se identifica con lo malo, lo corrupto, el desorden y contrario al bien, representa las afecciones del mundo, el sufrimiento y lo negativo del ser humano. Se le define como todo aquel acto, acción o actividad que agrede a la humanidad a través de acciones individuales en contravención de la ley, se le asocia con aquellos actos dañinos que se cometen contra otro humano como matar, violar, secuestrar o lesionar, lo que provoca consecuencias graves a quien lo sufre.

Su identificación y, posterior, legislación ha pretendido alejar al crimen de las sociedades civilizadas y racionales, criticándolo, desacreditándolo socialmente para convertirlo en algo que debe permanecer ajeno al ser humano; pero, todos los intentos han sido en vano, penas corporales, laceraciones, mutilaciones, lapidaciones, exilio, cárceles, en la historia no han sido suficientes, por más crueles e inhumanas que hayan sido estas, no han logrado abatir, erradicar o al menos disminuir la incidencia criminal en la colectividad; aun las



culto, genio, hábil y astuto a la manera de Hannibal Lecter, nada más irreal que esto. El asesino, violador, o secuestrador rompía con todos estos parámetros de inmediato, su imagen física era tan común, tan humana y sencilla que me llevaba a pensar en que los parámetros planteados hasta hoy eran ajenos a la realidad fáctica del crimen, lo que me lleva a pensar en acercar a la filosofía del crimen a este fenómeno brutal y, en particular, a la fenomenología como herramienta novedosa para abordar tan particular tema.

sociedades más ilustradas han sufrido en forma grave este problema. Es entonces, momento de preguntarse si estos esfuerzos han sido suficientes o los más adecuados para entender y combatir este fenómeno social. La respuesta, indudablemente, está en que en tanto no entendamos al crimen como un fenómeno más allá de los procesos psicologistas de la mente, con características particulares, que aún no han sido identificadas y por ende hacen imposible su entendimiento y más aún su combate adecuado.

Por lo cual, el estudio fenomenológico del crimen adecua el pensamiento jurídico a un contexto común, el abastecido por la criminología y la psicología criminal, donde los parámetros son tan rígidos y tajantes que no permiten las variantes en las posibilidades de propuestas de solución a este flagelo; tan es así que, imaginamos al criminal como un monstruo adosado con cola y cuernos, un carnicero... nada más alejado a la realidad, el criminal es tan humano y común que se puede confundir en cualquier sociedad y aparecer brutalmente violento en el esquema social cuando menos se espera. Al colaborar con la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) en el área de atención a detenidos, el que escribe era la primera persona que tenía contacto a través de una entrevista directa con el indiciado. Obtener la información que proporcionara el detenido en las celdas de seguridad, era material fundamental de estudio, antes del primer contacto aparecía en mi mente la imagen hollywoodense del asesino serial deforme, gigantesco, brutal, desafiante, o como un loco

Para ejemplo de lo anterior, sirva citar el caso del multi-homicida Luis Alfredo Garavito de nacionalidad colombiana acusado y condenado por 182 violaciones y homicidios, de igual número de víctimas infantiles, apodado la bestia, se considera el más grande asesino en serie¹ de infantes de la historia,

este hombre ha confesado 180 homicidios. Cómo entender este comportamiento brutal en un ser humano que a la vista no estaba “dotado de una capacidad especial para el mal²”, del crimen será el método planteado por Edmund Gustav Husserl, denominado método fenomenológico. Cuya propuesta es desprender de todo evento criminal es una pregunta aun sin respuesta; por lo que el primer paso a la identificación los elementos accidentales que constituyan una revisión psicologista más que como fenómeno social.

Hannah Arendt abrió la posibilidad del análisis criminal a través de la fenomenología al sentenciar: que la banalidad del mal³ es un fenómeno de la mente difícil de entender, pero, que debe ser estudiado desde la filosofía, y no de la criminología, como centro de estudio para su conocimiento profundo. En este contexto, se puede identificar el quehacer fenomenológico para el estudio del crimen como resultado del acto dañino. Han sido muchos filósofos quienes han atendido al mal desde la antigüedad como algo intrínseco en la naturaleza humana, pero, pocos o ninguno han analizado al crimen como reflejo tangible del mal como efecto casuístico. Hoy en día, Paul Ri-

1 También conocidos como asesinos múltiples y que la criminología ha considerado que se le denomina así por asesinar a tres o más personas en un lapso de treinta días con periodos intermedios de enfriamiento, distintos a los asesinos en masa o asesinos relámpago. El término serial killer fue acuñado por el Agente especial del FBI, Robert Ressler, en la década de los setentas, aunque se encontró otro termino similar utilizado en Alemania en 1930 y se comenzó a utilizar popularmente cuando se identificaron los asesinatos de Ted Bundy y el hijo de Sam.

coeur, Safranski o Mauricio Beuchot han intentado acercarse a estudios fenomenológicos del mal sin atender al crimen, contrario a Adolf Reinach; quien ha profundizado en los terrenos de la actividad criminosa desde la óptica jurídico-fenomenológica.

Cuando el Maestro Edmund Husserl impartió lecciones de fenomenología en Alemania, en la Universidad de Gotinga, propuso acercarse a la fenomenología a diferentes campos de estudio, convirtiéndola en una ciencia al señalar: “la fenomenología es un nexo de disciplinas científicas... un método y una actitud intelectual”⁴. Considerando que el fenomenólogo se debe interesar

por los fenómenos del conocimiento, comparar y esclarecer sin deducir, partiendo de la descripción de las entidades presentes en la intuición intelectual,

captando la esencia pura de dichas entidades trascendentes a la misma conciencia, entre ellas el fenómeno delictivo.

El profesor César Herreros, ha trabajado en la fenomenología criminal, la ha ajustado para convertirla en una ciencia que junto con la Criminología, ofrezcan sistematizaciones para el conocimiento sobre la actividad criminal, sobre sus modos o formas de ejecución por parte de los sujetos activos del delito, así como ofrecer una descripción del perfil criminológico de éstos derivado de la deducción de los elementos precedentes, proporcionando a la vez en lo posible oportuna referencia de las víctimas para conocer de primera mano las condiciones coincidente y fundamentales de esta actividad antijurídica y con éstos trabajar en la creación de modernas herramientas de combate a este flagelo⁵.

Atendiendo a los elementos centrales del crimen mediante el estudio fenomenológico, el objetivo de Husserl es encontrar y describir el Noema y la Noesis en el acto criminal; el primero, significa

“pensamiento”, se plantea como la actividad del pensamiento que se desarrolla a partir de los datos de los sentidos, por lo tanto, es lo pensado o contenido objetivo del pensamiento; el segundo, se relaciona a la parte de la experiencia, es decir el conjunto de actos de comprensión que se enfoca sobre la percepción, imaginación o recuerdo. Los dos elementos de la fenomenología nos llevarán a enlazar los conceptos teóricos con los prácticos de la actividad criminal, identificando en razón a los elementos internos y externos el origen de las distintas modalidades delictivas que han ido surgiendo, tanto de la criminalidad convencional o tradicional a la no convencional; tomando en cuenta que el crimen es un fenómeno que existe desde la más remota antigüedad y que desde sus inicios tiene contenido interno y contenido de experiencia, desde ahí, el primer paso para entender el daño criminal en la sociedad consiste en separar el contenido del Noema y su relación con



la Noesis. Hoy en día, podríamos analizar

5 HERRERO, César. *Fenomenología Criminal y Criminología comparada*. Madrid. Ed. Dykinsonf. 2011 P. 27

las variantes que contextualizan el fenómeno social como puede ser el asesino serial, acogiéndonos a la fenomenología para llegar, incluso, al análisis del ciber-crimen, que ha surgido con el avance tecnológico y la sobreexposición a la ciber tecnología, utilizando la fenomenología descripti-

²La expresión banalidad del mal fue acuñada por la Filósofa Alemana

³Hanna Arendt en su libro *Adolf Eichmann en Jerusaem*, cuyo subtítulo es “Un informe sobre la banalidad del mal” nos habla un nuevo tipo de criminal que actúa bajo circunstancias que le hacen casi imposible saber que está obrando mal. Al hablar de la banalidad del mal, ella se refiere a la irreflexión de quien comete crímenes actuando bajo órdenes, lo cual no lo libera de culpa pero sí lo hace sujeto de una nueva forma de juicio. Hanna. *Eichmann en Jerusalem*, De bolsillo. 2006. pp. 109-110

⁴HUSSERL, Edmund. *La idea de la Fenomenología*. Madrid. Fondo de Cultura Económica. 1982. P 57

⁵ HERRERO, César. *Fenomenología Criminal y Criminología comparada*. Madrid. Ed. Dykinsonf. 2011 P. 27



va, trascendental y hasta la fenomenología constitutiva que sigue desarrollos múltiples y cuyas diferencias distinguen el tipo de acto y su efecto social por sus variantes internas y externas; fraccionando y parcializando la acción delictiva en atención a la dirección que tomen estos elementos.

El crimen ha sido visto en la historia como el daño, la afectación que se padece mediante una lesión a los bienes de las personas como su vida, su integridad, su libertad o su dignidad, sin que para esto haya una justificación a la agresión causada, quebrantando así una norma o una ley. El Crimen rompe los esquemas de la convivencia sana, ordenada y respetuosa con el otro, transgrede los derechos del individuo, violentando lo que constituye el derecho natural a la seguridad; por ejemplo, cuando el ilícito de privar a otro de su libertad, desde la óptica fenomenológica no debe ser tomado en cuenta si existe una justificación para tal privación, aún y cuando una ley dispusiera posibilidades para ello. El ejemplo, podría ser el caso de un padre que prohíbe a su hija salir por un tiempo determinado de su domicilio con objeto de evitar que tenga contacto con otras personas, no podría justificarse el actuar paterno por el hecho de poner por encima del derecho a la libertad intereses que agredan una condición superior natural en el ser humano como es la libertad, derecho que es reconocido y protegido por las leyes nacionales y los tratados internacionales, pero aún y cuando no existieran éstos se debe entender el derecho a la libertad como algo natural en el hombre por lo que cualquier privación a ésta, viniese de donde viniese no se justificaría; la fenomenología no puede analizar condiciones particulares del crimen, analiza el crimen en sí mismo y nos arroja elementos de congruencia en

el actuar criminal que deberán ser previstos para modificar a la luz del derecho las particularidades tales como, causas de justificación, elementos de exclusión o atenuantes del mismo. Es por esto, que la fenomenología desnudará al acto criminal en sus elementos ontológicos más allá del estudio social que posteriormente pueda estudiar el derecho.

Es innegable que, el ser humano, como lo señaló Aristóteles, es un ser social, requiere de la comunidad para vivir, no puede desarrollarse en la individualidad o en el total aislamiento. Sin embargo, existe en él, en forma latente, la posibilidad del mal natural que se regula o trata de regularse a través de esquemas de control de la conducta como son: la moral, la ética, la religión, los medios de comunicación o la familia, pero principalmente, el derecho; que visto como objeto de estudio pretende acotar el comportamiento natural humano mediante reglas que sujeten su actuar al orden común. Safranski⁶ ha señalado que el mal, según el Génesis bíblico, es original, es la intención del hombre de equipararse a Dios, provocado por el respeto a su libre albedrío y que, a su vez, lo lleva a desafiar los designios divinos, tal concepción se aprecia en Génesis 6:5⁷ en donde se acentúa la maldad natural humana, dos traducciones que a continuación ilustran esta afirmación:

Génesis 6:5 Y el Señor vio que era mucha la maldad de los hombres en la tierra, y que toda intención de los pensamientos de su corazón era sólo hacer siempre el mal. (Traducción Biblia de la Américas)

Génesis 6:5 Y vio Jehová que la malicia de los hombres era mucha en la tierra y que todo designio del pensamiento del corazón de ellos era de continuo solamente el mal. (Traducción Biblia Reina Valera 1990)

Esta concepción de la maldad natural en el ser humano es, sin duda, evidente. La Ley y el derecho en su conjunto desafían la naturaleza humana, pretenden ir, mediante la racionalidad, adecuando el actuar natural violento y agresivo del ser humano. Contrarrestar el actuar intrínseco en el

⁶ SAFRANSKI, Rüdiger. *El mal o el drama de la libertad*. Paidós. 2010. Barcelona, España. P. 12 y 14

⁷ www.catolicos.com

⁸ http://www.academia.edu/3673850/Leviatan._Thomas_Hobbes._An%C3%A1lisis_y_Propuesta



individuo, es el objetivo de la Ley, considerando criminales acciones o conductas que afecten la dignidad de otros sin legítimo derecho o aún con el consentimiento de quien lo recibe; el crimen debe ser entendido como el acto natural resultado

del egoísmo y la maldad reflejada en el ser humano, que transgrede lo racional, a lo que se ha denominado lo correcto y lo legal. Tal ha sido la imposibilidad de controlar la verdadera naturaleza del ser humano que a través de la misma racionalidad se han creado castigos para poder controlar al homini natura, se ha tenido que aprender a convivir con el dolor, con la tragedia, con el rencor, con la brutalidad, para aceptarla como un elemento social, que no podemos desprender y que resulta utópico poder erradicar de la faz de la tierra.

Thomas Hobbes resumió en una frase del Leviatán⁸ el hecho de que no se puede controlar a la bestia humana sino someténdola a través de la fuerza, sentenciando que en cuanto pueda desafiar los requisitos sociales volverá a su naturaleza primera, agrediendo y lesionando al propio hombre como objeto de su actividad natural a la que hemos denominado acción criminal, lo que nos lleva a pensar que no podrá existir una sociedad sin crimen porque el crimen existe naturalmente en el hombre y es la sociedad la que a través de la Ley la condena. La libertad de la que habla Safranski es la misma libertad que hoy se otorga mediante la racionalidad humana, pero desafía y contradice lo natural en el ser que es la maldad.

De tal suerte, que sí la maldad humana es un

elemento social indisoluble de la dignidad humana lo más recomendable es entender ese desafío que constituye la criminalidad. Por eso, entender al crimen no es sólo un trabajo de los sociólogos, criminólogos o juristas sino que hoy el fenomenólogo tiene la tarea de entender el fenómeno criminal como un anomalía intrínseco a la sociedad misma, desafiante y brutal, su responsabilidad es desmembrar en cada una de sus partes a este flagelo para presentarnos en su cruda realidad los elementos contingentes en el crimen, no sus particularidades, ni su normatividad legal, que constituiría campo del derecho legislativo y el derecho penal. Sin embargo, la fenomenología debe convertirse en una herramienta para combatir al crimen, que nos descubra en su esencia al delito y nos señale nuevos caminos a su interpretación, prevención y combate con herramientas derivadas de los primeros principios de este acto, entendido como un fenómeno social que hasta

hoy ha rebasado el interés de la humanidad para acabarlo, logrando como utopía un estado ordenado donde quede ausente el daño entre seres humanos.

Bibliografía

- <http://www.esacademic.com/dic.nsf/eswiki/113123ARENDT>,
- Hanna. Eichmann en Jerusalem, De bolsillo. 2006. pp. 109-110
- HUSSERL, Edmund. La idea de la Fenomenología. Madrid. Fondo de Cultura Económica. 1982. P 57
- SAFRANSKI, Rüdiger. El mal o el drama de la libertad. Paidós. 2010. Barcelona, España. P. 286
- www.catolicos.com
- http://www.academia.edu/3673850/Leviatán._Thomas_Hobbes._An%C3%A1lisis_y_Propuesta



DERECHO DE FAMILIA

El Interés Superior del Menor

A propósito de la sentencia N° 04058-2012-PA/TC

LIDIA FARFÁN ESPINOZA

Ex Jueza Supernumeraria del Juzgado de Paz Letrado Permanente – Comisaría Alipio Ponce - Callao



1.1. INTRODUCCION:

El interés Superior del Menor, ya abordado en sendos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en tanto se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, a pesar de ser reconocido en la legislación Nacional como internacional como tema prioritario, muchas veces ni siquiera es tomado en cuenta al momento de emitir un pronunciamiento judicial bajo excusa de que este principio debe adecuarse a lo previsto en la norma al caso en concreto y no al revés, es decir la norma a lo que inspira este principio, y es que

Muchos operadores judiciales sin ni siquiera advertirlo pasan por alto este principio no sólo al momento de emitir el fallo jurisdiccional sino también en todo el devenir del proceso judicial y esto va no solo para los fiscales o jueces de familia sino también para todos los trámites en los que se involucren menores de edad, y es que lo que pretendo con el presente artículo es poner de manifiesto que a la luz del interés superior del menor ya reconocido por el Tribunal Constitucional peruano como parte de nuestra normativa interna de cumplimiento obligatorio, los operadores jurisdiccionales vuelquen su mirada no sólo en el fallo judicial sino en todo el itinerario judicial desde que se toma en contacto con un menor de edad a fin de que su participación goce de atención prioritaria.

1.2 DESARROLLO DEL TEMA

El principio del interés superior del niño o niña, también conocido como el interés superior del menor, debe ser entendido como el conjunto de

acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños.

Así este principio constituye una garantía de que las niñas y los niños tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

El interés superior del niño es concepto de triple acepción: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento, así será un derecho en tanto así lo reconoce nuestra legislación y en cuanto que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta; por otro lado será principio por cuanto que, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, y será norma de procedimiento, en tanto que cuando se deba tomar una decisión que afecte a niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las niñas y niños interesados.

Así conforme a lo acogido por nuestra legislación y “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de

los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos. Las normas del Código Civil, Código Penal, Código Procesal Civil y Código Procesal Penal se aplicarán cuando corresponda en forma supletoria al presente Código. Cuando se trate de niños o adolescentes pertenecientes a grupos étnicos o comunidades nativas o indígenas, se observará, además de este Código y la legislación vigente sus costumbres, siempre y cuando no sean contrarias a las normas de orden público (1)".

Y al respecto ya el Tribunal Constitucional (2) ha precisado que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente "constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4° de la Norma Fundamental, en cuanto establece que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)" tal contenido de fundamentación es reconocido a su vez por la "Convención sobre los Derechos del Niño" de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278, del 3 de Agosto de 1990".

En este orden de ideas la sentencia del Tribunal Constitucional 4058-2012-PA/TC, lo que hace es recordar a los operadores de justicia que el principio del interés superior del niño comprende, entre otras cosas, una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable que permita dar la solución a la controversia reclamada, siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata de niños y adolescentes, cuyos intereses tienen especial cuidado y prelación frente al Estado.

Así, ya no hay excusa para que frente a un caso que involucre a un menor de edad se aplique a rajatabla la normatividad dada para cualquier materia judicial, así por citar algunos ejemplos la reiterativa citación de un menor de edad a rendir



su manifestación vulnera el interés superior del menor además de ser una conducta revictimizadora a este, la conducta del Ministerio Público de no ofrecer la testimonial del menor como prueba anticipada también podría acarrear la vulneración de este principio en tanto no se garantice su única

- a) Artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, referido al interés superior del niño y del adolescente.
- b) STC02132-2008-PA/TC. Intervención del menor en el proceso, la citación compulsiva del menor a rendir su manifestación también podría afectar este principio tan igual que exigir la continuación de la investigación preparatoria en un caso de incumplimiento de obligación alimentaria cuando se reúnen los requisitos para ser considerado como proceso inmediato y saltar la tediosa etapa de la investigación preparatoria, o hasta no atender con la entrega pronta de los depósitos judiciales por pagos alimentarios podría afectar este principio, así definitivamente tendremos una lista interminable de actos judiciales en los que se podría afectar el interés superior del menor, sólo queda a fin de garantizar este principio lejos de tratar de realizar una relación por demás innecesario verificar cuando se involucre a un menor de edad en un proceso sea cual sea la condición en la que intervenga, que se cumplan no sólo al estricto los plazos y normativa dada sino mas bien y por mandato ya sentado por el Tribunal Constitucional La adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, y es que hacer ello de ningún modo hará incurrir al magistrado en prevaricato sino todo lo contrario realizará una verdadera administración de justicia.

CONCLUSIONES

El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales, corresponde a todos los operadores de justicia iniciar el cambio en el modo de administrar justicia garantizando no solo el cumplimiento normativo in estricto sino más bien flexibilizando una aplicación a interés mucho mayores que un texto normativo, sin posibilidad a que dicha conducta sea cuestionada de vulneradora de la norma en tanto que su finalidad sea amparar bienes jurídicos de mayor trascendencia. Así el accionar de un operador judicial más allá de un rol mecánico aplicador de la norma será el de ser con criterio racional el portavoz de una recta administración de justicia.

BIBLIOGRAFIA

- Jurisprudencia Penal Vinculante, Jurista Editores, Setiembre 2012 Lima-Perú.
- Los Precedentes Constitucionales del Tribunal Constitucional, APECC, Febrero 2012, Lima – Perú.
- Código de los niños y Adolescentes.



DERECHO JUDICIAL

El Servicio de Defensa Pública a Cargo de la Dirección Distrital de Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Callao – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

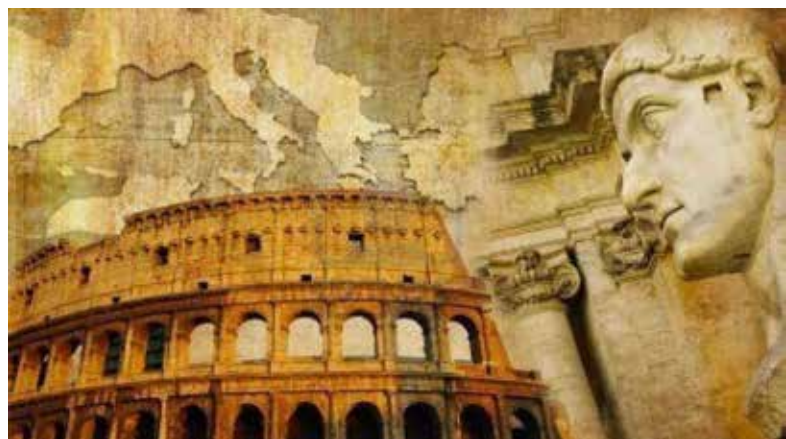
Dr. Vladimir Nicolay Farfán Kehuarucho
Director Distrital de Defensa Pública y
Acceso a la Justicia del Callao



El Servicio de Defensa Pública tiene la finalidad de asegurar el derecho de defensa proporcionando asistencia y asesoría técnico legal gratuita, en las materias expresamente establecidas, a las personas que no cuenten con recursos económicos y en los demás casos en que la ley expresamente así lo establezca, viabilizando el derecho fundamental al acceso a la justicia, conforme prevé la Ley N° 29360 de fecha 14 de mayo del 2009, Ley del Servicio de Defensa Pública y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2009-JUS de fecha 22 de setiembre del 2009; en efecto, el servicio está a cargo de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia (DGDP), dependiente del Viceministerio de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos;

A su vez y nivel nacional la DGDP tiene órganos desconcentrados siendo las Direcciones Distritales de Defensa Pública y Acceso a la Justicia, implementados en cada uno de los Distritos Judiciales 33 Direcciones Distritales en el territorio nacional, son las que se encargan de viabilizar el servicio a favor del ciudadano como sucede en el Distrito Judicial del Callao conformado por los Distritos de Bellavista, Callao Cercado, Carmen de la Legua Reynoso, La Perla y La Punta.

El Defensor Público es un profesional abogado calificado en materia penal, civil familia y defensa de víctimas proporcionado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y brinda asistencia y patrocinio legal a favor del usuario y la ciuda-



danía en general, siendo el operador directo del servicio de Defensa Pública.

La Dirección Distrital de Defensa Pública y Acceso a la Justicia (DDPAJ) como órgano desconcentrado de la DGDP, tiene una organización administrativa y funcional; la conducción de la Defensa Pública está a cargo del Director Distrital cuya competencia territorial es la misma que se establece para el Distrito Judicial; igualmente cuenta con un Administrador Distrital responsable del cumplimiento de las directivas para la gestión administrativa y de recursos humanos que el Ministerio de Justicia dictan para la correcta administración de recursos humanos y logísticos de cada Dirección Distrital. Mientras tanto, la organización funcional está conformado por los Defensores Públicos, quienes brindan el servicio el tres área tales como: Penal, Asistencia Legal – Familia y Defensa de Víctimas; como órgano de apoyo técnico del Defensor Público se tiene al Equipo Multidisciplinario Distrital conformado por Médico Forense, Psicólogo Forense, Criminalista y Trabajador Social, cuyos aportes técnicos científicos sirven para consolidar la estrategia de defensa plasmado por el Defensor Público en el patrocinio de un caso.

En dicha línea de organización, la Dirección Distrital de Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Callao (DDPAJCALLAO) a la fecha cuenta

con 13 Defensores Públicos del Área Penal, seis Defensores Públicos de Área de Asistencia Legal – Civil Familia y cuatro Defensores Públicos de Defensa de Víctimas, quienes, además, hacen efectivo el mandato constitucional previsto en la Constitución de 1993, artículo 139 numeral 14: “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente, y por escrito, de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”. Igualmente, cuenta con un Equipo Multidisciplinario.v

Es preciso, resaltar que la DDDPAJCALLAO tiene una demanda considerable de requerimientos de parte de usuarios, público en general y órganos que conforman el Sistema de Administración de Justicia, tal es así que en forma diaria se brinda el servicio aproximadamente a más de doscientos ciudadanos, de los cual el mayor porcentaje constituye requerimientos dirigidos al Área de Asistencia Legal – Civil Familia, seguida de casos concerniente al Área Penal y de Defensa de Víctimas. Las materias de competencia de la Defensa Pública, son las siguientes:

- I) Área de Asistencia Legal – Civil Familia:
 - a) Demanda de pensión de alimentos.
 - b) Aumento o prorrateo de alimentos.
 - c) Separación convencional y divorcio ulterior.
 - d) Solicitud de rectificación de partidas
 - e) Sucesión intestada
 - f) Inscripción de defunción
 - g) Filiación extramatrimonial a favor de menor
 - h) Tenencia y custodia
 - i) Régimen de visitas
 - j) Consejo de Familia.
 - k) Interdicción.
 - l) Violencia Familiar, patrocinando sólo a la parte agraviada.
 - m) Declaración Judicial de unión de hecho.

Contestar las siguientes acciones en materia de derecho civil y familia:

- a) Demanda de reducción, exoneración y extinción de pensión alimenticia.
- b) Demanda de desalojo cuando el predio en controversia está destinado a casa habitación.
- c) Demanda de tenencia y régimen de visitas cuando el criterio de defensa favorezca al niño, niña o adolescente.

II) Área Penal: Se brinda el servicio a favor de personas que tiene la condición de investigados, procesados y sentenciados por delitos y faltas.

III) Área de Defensa de Víctimas:

a) Denunciar y ejercer la defensa legal donde resulten agraviados ancianos, ancianas, niños, niñas, y adolescentes en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Tratándose de delitos contra la Libertad Personal sólo se actuará en casos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes; y, en los delitos contra la Familia sólo para atentados contra la patria potestad, abandono de mujer en estado de gestación y omisión a la asistencia familiar.

b) Denunciar y ejercer la defensa técnica a favor de los agraviados por actos discriminatorios contra las empleadas del hogar.

La Defensa Pública también brinda el servicio de Conciliación Extrajudicial Gratuito mediante los centros CCG, en el Callao está ubicado en el primer piso del local del Palacio de Justicia sito en la Avenida 2 de Mayo S/N Cuadra 5. La Conciliación Extrajudicial es una manera rápida y económica de resolver los conflictos con la colaboración de un tercero llamado conciliador. A través del diálogo, el conciliador facilita la comunicación entre las partes, lo que permite superar las diferencias y arribar a acuerdos que satisfacen a todos. Luego, se suscribe un Acta de Conciliación. Las materias conciliables son:

- Desalojos
- Pago de deudas
- Indemnización
- Pago de arrendamiento
- Otorgamiento de escritura
- Obligación de dar, hacer y no hacer
- División y Partición de bienes
- Incumplimiento de contrato
- Ofrecimiento de pago
- Modificación de contratos
- Problemas Vecinales
- Pensión de Alimentos
- Régimen de visitas
- Tenencia de hijos
- Otros derechos que se puedan negociar o dispone.

La finalidad es crear una cultura de paz y descongestionar al Poder Judicial para disminuir la carga procesal con la que cuentan, y que también existan otros medios idóneos y eficaces para resolver los problemas que puedan suscitarse entre la comunidad chalaca.





PODER JUDICIAL
DEL PERÚ



cortesuperiordejusticiadelcallao



@cortedelcallao



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CALLAO

www.cortesuperiordejusticiadelcallao.com.pe