



REVISTA

DE ACTUALIDAD JURIDICA

LA TRIBUNA DEL ABOGADO

AÑO III – Nº 01– 2012
ENERO

AÑO III - Nº 01 - 2012

**Revista de Actualidad Jurídica
LA TRIBUNA DEL ABOGADO**

**Instituto de Capacitación y Desarrollo -
ICADE**

Av. Tacna 329 - Ofc. 1102 - Cercado de
Lima

Teléfono: (01) 4262989/ RPM: #145435

Web: www.icade.com.pe

Email: revistaicade@hotmail.com

DIRECTOR GENERAL

Dra. Lady J. Dávila Delgado

CONSEJEROS

- Dr. Máximo Tello Vargas
- Dr. Víctor M. Soto Remuzgo
- Dr. Cesar Luis Flores Inga

COMITÉ EDITORIAL

- Francisco Silva Ceron
- Milagros Ferré Arauco
- Yovanna I. Alva Poma

Todos los Derechos Reservados
Publicación Mensual

Hecho Deposito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú Nº 2010-14427
Impreso en los Talleres Gráficos:
INDUSTRIA GRAFICA CREA S.A.C.
Jr. Bolívar 879-Trujillo

GUIA

1. El Instituto de Capacitación y Desarrollo no se responsabiliza con las ideas expresadas por los autores de los presentes artículos que integran esta publicación.
2. Los Artículos y Ensayos se encuentran ordenados en orden alfabético, por el apellido de sus respectivos autores

ÍNDICE:

N° Pág.

PRESENTACION	
Dirección General _____	09

ARTICULOS

ACEVEDO SAAVEDRA, ELMER Seguridad Ciudadana _____	13
ALVIS RODRIGUEZ, LIVINA RUTH Derechos del Menor en el Perú _____	23
AREVALO CELIS, ROCIO DEL PILAR La Aplicación del Principio de Oportunidad en los Procesos Penales por El Delito de Omisión a la Asistencia Familiar _____	45
AYQUIPA CCAHUANA, WILDOR La Intervención Corporal y la Vulneración de Derecho Fundamental a la Integridad Física y/o Intimidad Personal _____	57
CASTAÑEDA HINOSTROZA, KARINA MERCEDES La Querrela en el Nuevo Código Procesal Penal _____	71
CORRALES CARPIO DE FRANCO, MITHSY ALEYDA Patrocinio Ilegal _____	83
FABIAN PALOMINO, LIZ KARINA Registro de la Propiedad en los Registros Públicos: La Buena Fe Registral _____	97
FERNANDEZ LINARES, JUAN CARLOS Las Partes Procesales en la Etapa de la Investigación Preparatoria Según el N.C.P.P. _____	109
FIGUEROA CASTRO, NORRY Una Nueva Lectura De Los Denominados «Delitos Contra La Administración Pública» _____	123
FLORES DE PALOMINO, EDDA YOLANDA El Cese de la Violencia Familiar a Través de un Análisis de su Panorámica Actual en Materia Jurídica _____	135
FLORES POZO, HUGO La Investigación Preparatoria en el Nuevo Código Procesal Penal _____	149

HUAYLLANI MATAMOROS, LIDIA Delito De Colusión	165
LEON WARTHON, RONY Los Principios y Mecanismos Legales de Defensa del Capital Social en la Sociedad Anónima del Perú	175
MATIAS ECHEVARRIA, PATRICIA ESPERANZA Salidas Alternativas al Proceso: La Terminación Anticipada	199
NORIEGA GUZMAN, GABY ADRIANA Los Nuevos Modelos de Familia y los Derechos Humanos	211
QUIROZ CORNEJO, ROSS MARY La Tutela Del Derecho En La Acción Procesal	 221
QUIROZ GALLEGOS, YVONNE MARIELLA. Divorcio Rápido en Sede Municipal	235
SANCHEZ CAMA, MARLENE DEL PILAR La Tutela en el Derecho Penal	245
SOLANO CHUMPITAZ, GUILLERMO VICENTE La Prueba de Oficio en la Ley Procesal de Trabajo 26636 y en La Nueva Ley N° 29497	257

ENSAYOS

	N° Pág.
CISNEROS IBANA, LUIS FERNAN La Problemática de la Corrupción de Funcionarios en el Perú _____	273
GONZALES ZUÑIGA RODRIGUEZ, MIRYAM GUADALUPE La Jerarquía de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Peruano _____	287
GUERRA ZELAYA, MIGUEL DAVID El Tratamiento Penal del Drogodependiente _____	299
MOLINA ESCOBEDO, EDILBERTO La Prisión Preventiva _____	317
REYNALDO PADILLA, EMILIANA ISABEL Impunidad en el Proceso de Faltas Por Ausencia de un Defensor Público _____	329
CHAVEZ ALARCON, EVER JAVIER La Propuesta de la Punibilidad de la Tentativa Inidónea en el Nuevo Código Penal _____	349
MANAVI PADILLA, ALFREDO DANTE La Inviabilidad Jurídica de la Adopción Por Parte de las Parejas Homoparentales en el Perú _____	367
MAYTA BALDEON, NATHALIE KAROL La Prescripción en el Código Penal Art. 80 y 83 y en el N.C.P.P. la Investigación Preparatoria _____	381

PRESENTACIÓN:

El Derecho es una ciencia perfectible, sujeta a las distintas necesidades y cambios que la sociedad va experimentando en su propio proceso evolutivo. Por esta razón, los estudios y opiniones que los entendidos en la materia van aportando, constituyen el enriquecedor bagaje sobre el cual se principian las propuestas de modificaciones y rectificaciones que requiere la ciencia jurídica y se va edificando el escenario del que emergen las nuevas leyes.

Aperturando este nuevo año 2012 y con el profundo deseo de éxito y prosperidad dirigido a todos nuestros lectores, nos es grato dirigirnos a la comunidad jurídica nacional para presentar esta nueva entrega de nuestra Revista de Derecho “La tribuna del Abogado” correspondiente al mes de Enero.

En este nuevo número, gracias al brillante aporte de los doctores que han participado en esta edición, se acopian una diversidad de temas de gran actualidad y connotación que tocan aspectos muy puntuales de la problemática jurídica en sus diversos matices. Desde esta perspectiva creemos firmemente que a través de estos artículos y ensayos jurídicos, que nuestros enjundiosos colaboradores nos brindan, se aportan nuevas luces respecto a estos temas de actualidad dentro del campo del Derecho y que estamos seguros, no sólo constituyen un ilustrísimo aporte a la comunidad jurídica, sino también, un importante referente para el mundo académico científico y la sociedad civil como lo señala la visión de nuestra propia Publicación.

Dirección General



ARTICULOS



SEGURIDAD CIUDADANA

**Dr. ACEVEDO SAAVEDRA,
ELMER**

Abogado



SEGURIDAD CIUDADANA

Sumario:

I. Introducción. II. Concepto de Inseguridad Ciudadana. III. Respuesta Normativa En Nuestro País Respecto A La Inseguridad Ciudadana. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de las reformas efectuadas en el Código Penal con el endurecimiento de las sanciones penales a fin de combatir el delito, seguimos apreciando una inseguridad ciudadana creciente, por causa de los constantes, reiterados y sistemáticos asaltos o sustracciones ilícitas (sin y con violencia, con arma blanca y/o armas de fuego) en todo el país lo que ha permitido que, dentro de la sociedad en general, se gestic una disconformidad, siempre direccionada hacia el sistema jurídico-penal peruano, atribuyendo como causa de la proliferación de esta delincuencia a la "benevolencia" que otorgan las leyes penales a los delincuentes; expresando que aquella protege más a los criminales que al inocente, protege al procesado más que a la propia víctima de dichos hurtos y/o robos; manifestándose en contra de los efectivos de la Policía Nacional del Perú, por ineficiente; por ello, se ha generado una justicia alternativa: los ajusticiamientos y linchamientos populares en los distritos más alejados y asentamientos humanos, los que ocasionan graves atentados contra los derechos humanos no solo de los delincuentes sino de personas inocentes, las cuales son confundidas por los pobladores

con aquellos que sí cometen actos ilícitos, afectándolos en su vida, salud e integridad física. Se puede apreciar claramente que las personas han dejado de creer y confiar en el ordenamiento jurídico-penal peruano, para comenzar a desarrollar fuentes alternativas de justicia popular.

Se trata pues, del retorno a la acción directa, expresiones de un derecho primitivo en el cual los sujetos tomaban justicia por propia mano. Pero, por otro lado, la sociedad siente un clima de indefensión contra la ola delictiva del momento. Dentro de ese contexto, la seguridad ciudadana se ha perdido. Hoy todos desconfían de todos; nadie se siente seguro, ni fuera ni dentro de su domicilio; las personas sentimos miedo unas de otras y nos proveemos de mecanismos para defendernos; vivimos casi una neurosis y una incertidumbre, enjaulando nuestras viviendas con barrotes y púas; cercos eléctricos y cerraduras sofisticadas, en suma, un clima propio de aquellos pueblos del viejo oeste norteamericano donde todo el mundo iba armado y listo para matar o morir.

II. CONCEPTO DE INSEGURIDAD CIUDADANA.



Una sociedad en paz y segura es una sociedad que se desarrolla adecuadamente. Esa sensación de paz y seguridad no sólo es responsabilidad del Derecho y de las fuerzas tutelares, sino del propio colectivo integrado con su ordenamiento jurídico y estatal.

Dentro de ese contexto, la inseguridad ciudadana se define como el temor a posibles agresiones, asaltos, secuestros, violaciones, de los cuales podemos ser víctimas. Hoy en día, es una de las principales características de todas las sociedades modernas, y es que vivimos en un mundo en el que la extensión de la violencia se ha desbordado en un clima generalizado de criminalidad. A continuación, presentamos la vertiginosa transición de la delincuencia en el país y las causas que originan esta incertidumbre en la sociedad.¹

Entre las causas de inseguridad que se detectan, está el desempleo que vive una gran cantidad de personas; las personas que atentan contra los bienes y la integridad física de los ciudadanos lo hacen, frecuentemente, por no tener un empleo estable que les garantice ingresos suficientes para mantener a su familia. También, se identificó a la pobreza como otra causa que puede generar agresividad y que causa, además, altos índices de delincuencia que, generalmente, se ubican en las zonas marginales de la ciudad.

No se le quita razón a Ferrajoli cuando señala que *"la crisis penal del Derecho Penal*

*producida por la globalización, consiste en el resquebrajamiento de sus dos funciones garantistas: la prevención de los delitos y la prevención de las penas arbitrarias"*², es decir, para el profesor italiano el fenómeno de la globalización ha transformado la naturaleza social, económica y política de la criminalidad y por otro lado, la manera cómo está reaccionando punitivamente el Estado, a los que él llama cuestión criminal y cuestión penal respectivamente.

Respecto a la cuestión criminal, indica que este tipo de delincuencia ya no opera de manera marginal, ejecutada por sujetos de manera individual, se trata de un tipo de criminalidad que amenaza el Derecho, la paz y sobre todo el futuro mismo del planeta a la que él llama criminalidad de poder o criminalidad organizada³.

No es ocioso señalar que la pobreza extrema en los países en vía de desarrollo ha contribuido en demasía a afianzar este tipo de criminalidad, lo cual es el efecto del capitalismo salvaje que existe en muchos países, donde el capitalista extranjero no es capaz de ser controlado y es él quien dicta el modelo económico de un país. Es importante señalar ello, pues si hay que ir desentrañando la génesis de esta delincuencia organizada, es irresistible no mirar el modelo económico actual, tal y conforme lo han bosquejado muchas autoridades académicas. Véase, por ejemplo, el caso de las mafias que trafican con droga, donde se instrumentaliza a las personas de bajos recursos económicos,

¹ BASOMBRÍO, Carlos, Linchamiento o soluciones en <http://blog.pucp.edu.pe/item/6096/definicion-y-causas-de-la-inseguridad-ciudadana-en-el-peru>

² FERRAJOLI, Luigi. "Criminalidad y organización". En: <http://www.cienciaspenales.net>, pp. 72-73. (Consulta: 12 de abril de 2010).

³ *Ibidem*, pp. 72-74.



quienes finalmente responden como los infieles a la norma, recibiendo todo el peso punitivo del aparato estatal, o aquellas empresas transnacionales que aniquilan el medio ambiente bajo el ya conocido pretexto de mejoras económicas a las personas aledañas.

Como no darle la razón al profesor Zaffaroni cuando esboza que “estos fenómenos acentúan la estratificación social, promueven el hundimiento de los sectores medios, polarizan la distribución de la renta, desbaratan la previsión social, reducen la inversión en programas sociales, impiden que estos lleguen a sus destinatarios y fortalecen la vigencia de ideologías políticas autoritarias y discriminadoras”⁴.

La inseguridad ciudadana, como bien señalan los profesores españoles Berdugo, Gómez Rivero y Nieto Martín, se da dentro de un contexto muy violento. Dicen en ese sentido: “en el caso de Perú los primeros enemigos del pueblo fueron los terroristas, pero como sucedía en el conocido poema de Bertol Brech, después cuando estos se acabaron, fue preciso inventar nuevos enemigos que justificasen el entramado represivo, declarando poco a poco enemigos a los delincuentes contra la propiedad, los pandilleros juveniles, los delincuentes sexuales, traficantes de drogas, etc.”⁵.

Al respecto, Eduardo Galeano⁶ señala con mesura: “Cada vez que un delincuente cae acribillado, la sociedad siente alivio ante la enfermedad que la acosa. La muerte de cada malviviente surte efectos farmacéuticos sobre los bienvivientes”.

Con esto se advierte como se pierde cualquier posibilidad de contener y reducir la irracionalidad del poder punitivo, impulsado por las fuertes pulsaciones del Estado policía, convirtiendo la razón jurídica en razón de Estado, en detrimento del progreso del Estado Constitucional de Derecho. En este contexto, la doctrina de la seguridad ciudadana no puede ocultar más su verdadero rostro, enrubándose hacia escenarios autoritarios. En este sentido aclara Guzmán Dalbora⁷ que “la doctrina de la seguridad ciudadana representa la continuación de las prácticas penales de la seguridad nacional. Son numerosos los puntos de contacto entre madre y heredera, según un común principio autoritario. La imagen de la guerra total, permanente y sin reglas, contra la insurrección política y enemiga de la nación, cede el paso también al combate sin pautas ni consideraciones contra los delincuentes, a quienes se percibe y presenta, en obstinada monserga dirigida a la opinión pública, cual enemigos de la sociedad, merced a un abanico de apelativos apropiados para designarlos,

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Globalización y crimen organizado”. En: <www.cienciaspenales.net>, p. 2

⁵ BERDUGO, Ignacio; GÓMEZ RIVERO, Carmen; NIETO MARTÍN, Adán. El sistema penal y penitenciario peruano. Reflexiones político-criminales. Universidad de Salamanca, p. 38. En: <http://liberoame.usal.es/americalatinahoy/ALHPDFTIFF/ALHvol28/ALHvol28berdugoetal.pdf>. Comillas en el original. (Consulta: 9 de abril de 2010)

⁶ GALEANO, Eduardo. Patas arriba. La escuela del mundo al revés. Ed. Catálogos S.R.L., 1ª edición, Buenos Aires, 1998, p. 81.

⁷ GÚZMAN DALBORA, José Luis. Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: La doctrina de la seguridad ciudadana. Conferencia pronunciada XIV Congreso de Derecho de Derecho Penal y Criminología, Valparaíso, Chile, 2002, pp. 7 y 8. En: <www.iuspenalismo.com.ar> (Consulta: 20 de febrero de 2008).



despersonalizarlos y cosificarlos”. El citado autor completa su idea afirmando que este proyecto de política criminal descansa en el vasto campo de grupos de amorfos como materia de descarte económico y desprecio social producido por la principal característica de la globalización, esto es, el capitalismo sin trabajo. Finalmente, para Díez Ripollés(19), el modelo penal de la seguridad ciudadana se asienta en un proyecto político de consolidación de las desigualdades sociales y de fomento de la exclusión social de ciertos colectivos ciudadanos.

III. RESPUESTA NORMATIVA EN NUESTRO PAÍS RESPECTO A LA INSEGURIDAD CIUDADANA

Han sido diversos los intentos últimos para frenar la ola de violencia que azota nuestro país. Así, por ejemplo, en julio de 2007, se publicó en el diario oficial El Peruano un paquete de Decretos Legislativos⁸ que modifican e incorporan una serie de preceptos al Código Penal, Código de Procedimientos Penales, Código Procesal Penal de 1991, Código Procesal Penal de 2004, Código de Ejecución Penal, Código de los Niños y Adolescentes entre otros.

Con esto, se evidencia que el Poder Ejecutivo, mediante la introducción de un nuevo inciso al artículo 20 del Código Penal, fue más allá de aquella potestad legislativa

conferida por el Congreso, máxime de las deficiencias de fondo con que se presentó, se sumilla como inimputabilidad a este articulado, el que dentro de sus incisos se encuentran estados de necesidad agresivos y defensivos, formas de inimputabilidad, obediencia jerárquica, cumplimiento de un deber, oficio o cargo, siendo la mayoría de ellos causas de justificación y de inimputabilidad.

En abril de 2009, la cédula parlamentaria Aprista presentó el Proyecto de Ley N° 3152-08-CR, donde se insertaba a nuestro Código Penal un nuevo bien jurídico, denominado “seguridad ciudadana”. Lo curioso es que en dicho proyecto de ley –en base a este nuevo bien jurídico protegido– se modificaba el artículo V del Título Preliminar y el artículo 20 del mismo cuerpo normativo, disminuyendo la inimputabilidad de 18 a 16 años, afectando al artículo 22 cuando señala que la capacidad de culpabilidad restringida será entre 16 a 18 años de edad, no alcanzando la misma a quienes cometan los delitos de homicidio simple, homicidio calificado (en la modalidad de asesinato), homicidio culposo, infanticidio, parricidio, robo, hurto agravado, lesiones graves, conducción en estado de ebriedad, violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria, u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de 25 años o cadena perpetua⁹.

⁸ Paquete legislativo que, de una u otra manera, nos hizo recordar aquella facultad que dio el Legislativo al Poder Ejecutivo, durante el Gobierno del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, para efecto de legislar en materia de seguridad nacional, mediante Ley 26950 del 18 de mayo de 1998. Estas concesiones legislativas, no nos resultaron, por lo tanto, ajenas en absoluto.

⁹ Otra peculiaridad de este proyecto de ley es que se deja de lado lo que siempre se ha tenido en cuenta respecto a las consecuencias jurídicas de quien comete una falta, puniéndolas ahora –para el delito de hurto simple, hurto de



El problema que advertimos, es que en base al concepto de seguridad ciudadana, incluso el nuevo Código Procesal Penal incorpora el Libro Segundo, Sección II, Título III (artículos 202-241) referido a la búsqueda de la prueba y restricción de derechos fundamentales.

Tradicionalmente, se viene entendiendo que los Derechos consagrados en la constitución –sobre todo los derechos civiles o de la libertad– no deben ser objeto de injerencias a su núcleo central, empero, hoy se ventila la posibilidad de ingresar a sus parcelas, a fin de controlar la delincuencia.

Así, el inconveniente se presenta al no entender nuestros legisladores el concepto de seguridad ciudadana, pues lo asemejan al de seguridad nacional, algo que a todas luces es erróneo.

La seguridad nacional implica situaciones que afectan gravemente la estabilidad institucional del Estado y, por ende, de la sociedad en su conjunto. Tradicionalmente, dichas situaciones de afectación están relacionadas con la amenaza de guerra con otros países, poniéndose en riesgo la independencia, soberanía e integridad territorial de la República; por su parte, la seguridad ciudadana, se refiere al orden público intrínsecamente ligado a preservar

ganado–, con pena privativa de libertad no menor de tres meses ni mayor a un año, contradiciéndose este dispositivo con su misma modificatoria al artículo 440 inciso 3, donde este mismo proyecto de ley señala que las penas aplicables para las faltas son las restrictivas de derechos y multa. Si esto parecía mucho, aún falta más, en la modificatoria en comento se varía el artículo 95 del Código de Ejecución Penal, referido a la clase de establecimientos penitenciarios. En dicha norma ahora existirán establecimientos penitenciarios para adolescentes, los cuales –de conformidad al nuevo artículo 103 “A” de este cuerpo normativo– serán para quienes tengan entre 16 a 18 años de edad.

la convivencia pacífica de las personas, de tal manera que puede definírsele como aquel orden social que permite una vigencia efectiva de los derechos fundamentales. En consecuencia, la seguridad nacional y la seguridad ciudadana tienen el objetivo común de repeler las vulneraciones o amenazas a los derechos fundamentales de las personas.

De acuerdo a lo antes expuesto, lo que legitima la existencia del Título III de la sección II del libro II del nuevo Código Procesal Penal, referido a la “restricción de derechos fundamentales”, es la seguridad ciudadana y no la seguridad nacional, aunque este concepto es relativo dependiendo del país en que se practique (la delincuencia común, aun organizada en bandas armadas carece de la motivación político-ideológica que es elemento constitutivo del delito de terrorismo que atenta contra la seguridad nacional).

Aunado al problema antes citado, tenemos el hecho de que nuestros legisladores han calificado a la seguridad ciudadana como un bien jurídico, siguiendo –en todo caso– lo estipulado por nuestro Tribunal Constitucional. A nuestro entender, el tema de la seguridad ciudadana es antes que un bien jurídico, un programa de política criminal vinculado al orden social que permite una vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Si esto es así, el tema de la seguridad ciudadana pasa por la delimitación y alcances que cada país le otorgue.

En resumen, ahora en nombre de la seguridad ciudadana se enmascara una política criminal ultra represiva,



identificable exclusivamente con la legislación penal de emergencia de la década pasada. La seguridad ciudadana solo es política penal. Esto significa, a decir de la Comisión Andina de Juristas, que la seguridad ciudadana en nuestro país “sigue siendo simplemente un agregado discursivo que intenta dar una imagen de modernidad y democracia de las instituciones en crisis”¹⁰.

Por su parte, Hinojosa Cuba refiere que “otra de las respuestas que ha brindado nuestro Estado, contra la criminalidad organizada se encuentra en el Libro VII de la nueva norma procesal, referido a la Cooperación Judicial Internacional, como una valiosa herramienta al alcance de los Estados en su tarea de combatir el delito, perseguir y sancionar a sus autores o partícipes, sobre todo cuando se trata de ilícitos penales de carácter transnacional, como el tráfico ilícito de drogas, el lavado de activos, el terrorismo, la trata de personas, la corrupción de funcionarios, entre otros, en cuya ejecución de esconder las ilícitas ganancias obtenidas y en la de evadir la acción de la justicia, las fronteras no constituyen un límite invencible¹¹, de allí que resulta imperiosa la necesidad de articular instru¹²mentos de cooperación internacional en materia penal, mediante la figura de la extradición –entre otras– “como una de las instituciones destinadas a evitar

la impunidad en caso de delitos cuya promoción, materialización y/o resultado implica a más de un Estado (Exp. N° 7624-2005/TC) Precisamente, debido a esta necesidad y como una clara expresión del fenómeno de la globalización, los Estados asumen compromisos de cooperación que se materializan en tratados multilaterales o bilaterales, mientras que en sus legislaciones internas van incluyendo normas cada vez más precisas, para hacer de la cooperación judicial internacional un mecanismo de ayuda mutua o recíproca más expeditiva”, siendo la Fiscalía de la Nación la encargada de realizar, solicitar y gestionar el trámite de extradición, regulado en el artículo 37 de la Constitución y por la Ley N° 24710.

IV. CONCLUSIONES.

- El Derecho es una rama del saber cambiante de acuerdo a la realidad y circunstancias mismas; no es posible concebir un cambio en lo ontológico sin que el Derecho ingrese a regularlo. Las formas de criminalidad, por ende, también mutan en el tiempo.
- Hoy la delincuencia ya no opera de manera aislada y desordenada o es cometida solo por quienes tienen la condición de “marginales” dentro de una sociedad; hoy advertimos otra forma de delincuencia, la misma que cuenta con ingentes capitales, es organizada y –en

¹⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte general. Grijley, 2ª reimpresión, agosto, 2007, p. 24.

¹¹ HINOJOSA CUBA, Cecilia. Alcances de la cooperación judicial internacional. Publicado por El Peruano, p. 15, Sección Derecho, edición del 23 de abril de 2008.

¹² Al respecto recomiendo ver las fundamentaciones que le da su creador. En: JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel. Derecho penal del enemigo. Thomson-Civitas, 1ª edición, Madrid, 2003.



ella– no se advierte diferencia alguna con las que operan de manera lícita.

- La seguridad ciudadana depende de un trabajo y una integración conjunta entre estado y sociedad civil. No se trata sólo de modificar códigos y dar normas cada vez más draconianas que terminan por minar el propio Estado de Derecho. Se requiere un estudio interdisciplinario de la situación y aplicar las correcciones necesarias pero realmente enfocadas en el problema.
- Creer que el factor de una política criminal poderosamente disuasiva va a contener la criminalidad es un craso error, diría casi una “autodestrucción” de nuestro propio sistema garantista. Algo así como que, para eliminar la plaga hay que destruir la propia casa.
- Por último, es necesario igualmente que el Estado incentive aquellos sectores marginales con nuevas políticas de desarrollo e inclusión social a fin de evitar el resentimiento social y la frustración de estratos sociales de donde se alimenta la violencia.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BASOMBRÍO, Carlos, Linchamiento o soluciones en <http://blog.pucp.edu.pe/item/6096/definicion-y-causas-de-la-inseguridad-ciudadana-en-el-peru>
- BERDUGO, Ignacio; GÓMEZ RIVERO, Carmen; NIETO MARTÍN, Adán. El sistema penal y penitenciario peruano. Reflexiones político-criminales. Universidad de Salamanca, p. 38. En: <<http://iberoame.usal.es/americalatinahoy/ALHPDFTIFF/ALHvol28/ALHvol28berdugoetal.pdf>>.
- ¹FERRAJOLI, Luigi. “Criminalidad y organización”. En: <<http://www.cienciaspenales.net>>.
- GALEANO, Eduardo. Patas arriba. La escuela del mundo al revés. Ed. Catálogos S.R.L., 1ª edición, Buenos Aires, 1998
- GÚZMAN DALBORA, José Luis. Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: La doctrina de la seguridad ciudadana. Conferencia pronunciada XIV Congreso de Derecho de Derecho Penal y Criminología, Valparaíso, Chile, 2002, pp. 7 y 8. En: <www.iuspenalismo.com.ar> (
- HINOJOSA CUBA, Cecilia. Alcances de la cooperación judicial internacional. Publicado por El Peruano, p. 15, Sección Derecho, edición del 23 de abril de 2008.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel. Derecho penal del enemigo. Thomson-Civitas, 1ª edición, Madrid, 2003.



- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.
Derecho Penal. Parte general.
Grijley, 2ª reimpresión, agosto,
2007
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl.
"Globalización y crimen
organizado". En:
<www.cienciaspenales.net>, p.

DERECHOS DEL MENOR EN EL PERÚ

**Dra. ALVIS RODRIGUEZ,
LIVINA RUTH**

**Fiscal Provincial en lo Civil y Familia de Nazca
Distrito Judicial de Ica**



DERECHOS DEL MENOR EN EL PERÚ

Sumario:

I. Introducción. II. Derecho de Menores en El Perú. III. La Organización del Derecho de Menores. IV. Menores En Circunstancias Especialmente Difíciles. V. Doctrinas Actuales Sobre Derecho de Menores. VI. Conceptualización del Derecho de Menores. VII. Definición del Derecho de Menores. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de Menores en el Perú, podemos afirmar, surge en forma positiva y coherente con la vigencia del derogado Código de Menores en julio de 1962.

Si bien los desajustes que sufre la minoridad peruana es altamente significativa, pretendemos que nuestro Derecho de Menores no sea resultado de la penetración de sistemas extraños, no adaptables a las genuinas características de nuestros pueblos que comparten los mismos ideales de justicia; ni al medio social en el que importadas instituciones de menores se han de aplicar, para sacar a luz las esenciales, tradicionales y permanentes de nuestro Derecho, de forma renovada, con el propósito de elaborar dogmáticamente la inimputabilidad de la minoría de edad y vigorizar así las instituciones de un auténtico Derecho Peruano. En la medida de nuestras fuerzas, debemos iniciar esa tarea con la esperanza de lograr para nuestro pueblo que a los menores de edad se les dé en justicia lo que les corresponde.

II. DERECHO DE MENORES EN EL PERÚ

2.1 Aspecto sociológico

Sostenemos que es prioritario atender a un menor en situación social irregular o como ahora se le denomina en "circunstancias especialmente difíciles", creemos sin pecar de pesimistas, que la penalización sin recursos, es convertir a más peruanos en delincuentes, porque, aunque no se llenen las cárceles por la obra de sentencias cuya ejecución se suspende, los certificados de conducta o antecedentes penales serán, para aquellos pobres menores, el título que más tarde los convertirá en los delincuentes duros, que una sociedad que no cuidó de sus menores, se merece. Ojala se reflexione, se estudie el caso, teniendo en consideración todo el Perú y no solamente la ciudad de Lima, que si bien es cierto porta el 29% de la población absoluta el 71% lo acreditan las provincias, que también merecen atención.

2.2 La minoría de edad en nuestra patria

La minoridad es un estrato psicosocial y cronológico renovado constantemente, y un grave problema para un universo en cambio generacional. La conducta de los menores es uno de los perfiles más difíciles de tratar,



ello debido a su especial edad en desarrollo y crecimiento físico como psicológico.

En el Perú, poblado por casi 30'000,000 millones de habitantes, de los que más del 49% son menores de edad, sometidos a la mutación, al conflicto y la violencia, la protección es una imprescindible obligación jurídica comunitaria de actos y se dice que la minoría de edad es la "condición jurídica de la persona que no ha alcanzado cierta edad señalada por la ley para su plena capacidad". Podemos afirmar también que menor de edad es toda persona que está bajo patria potestad o tutela hasta su mayoría de edad.

El hombre desde que es concebido adquiere capacidad para el derecho y es regulado y protegido por éste, pero no posee en forma inmediata su plena operatividad.

Todos los derechos tienen su fundamento en el derecho natural. El de goce no es más que la facultad que le es inherente al individuo, mientras que el de ejercicio, es el que le permite actuar con plena capacidad. El derecho a obrar por sí, surge en concesiones parciales hasta la plenitud, según escalas cronológicas y condiciones especiales; mientras llega ese tiempo, los padres, tutores o quienes lo tienen en su poder, suplen la incompetencia del menor. La mayoría no ha sido fijada de modo uniforme a través de los tiempos y de las naciones. En el Perú hasta la promulgación del D.L. 21994 se era menor hasta los 21 años.

La situación especial de inimputabilidad en que se encontraba el menor de edad era una presunción "*juris et de jure*" de incapacidad que perseguía sustraerle de la

represión penal. Ahora es imputable con el fin de garantizar sus derechos individuales.

III. LA ORGANIZACIÓN DEL DERECHO DE MENORES.

La potestad jurisdiccional del Estado en materia familiar, se ejerce por las Salas de Familia, los Juzgados de Familia y los Juzgados de Paz Letrado en los asuntos que la ley determina. En casación resuelve la Corte Suprema.

3.1. Juez de Familia

El Juez de Familia, en el Perú, debe reunir requisitos especiales: Ser casado (a) o viudo (a) y tener o haber tenido hijos. Asimismo, los requisitos comunes tales como: ser peruano (a) de nacimiento, ciudadano (a) en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles, tener conducta intachable, ser Abogado (a), no haber sido condenado (a) ni hallarse procesado (a) por delito doloso alguno, no haber sido declarado judicialmente pródigo o en quiebra culposa o fraudulenta, no ser ciego (a), sordo (a) o mudo (a) ni adolecer de enfermedad mental o incapacidad física permanente que le impida ejercer el cargo, no haber sido destituido (a) de la Carrera Judicial o del Ministerio Público o de la Administración Pública o de empresas estatales, por medida disciplinaria, ni de la actividad privada, por causa o falta grave laboral.¹³

El juez civil es competente para conocer de las atribuciones que señala el Código de los Niños y Adolescentes, más las consideradas

¹³ Puede descargarse en el siguiente enlace:
http://www.cnm.gob.pe/cnm/index.php?option=com_content&view=article&id=16:reglamentos&catid=13&Itemid=89



en el Libro III del Código Civil, tales como las referidas a la sociedad conyugal, de la sociedad paterno-filial y de amparo familiar (invalidez de matrimonio, del decaimiento y disolución del vínculo, separación de cuerpos, divorcio, reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, declaración judicial de paternidad, contenidas sobre el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatelas especiales, consejo en familia, entre otros - Ley N^o 26819). También conoce sobre la adopción de menores de edad referida a las excepciones. Los trámites de autorización para dispensar el requisito de la edad para el matrimonio, trabajo, tutoría y viaje de menores, estos no sujetos al ejercicio de la patria potestad por ambos cónyuges¹⁴.

3.2. El Fiscal de Familia

El Fiscal tiene por función primordial velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y del adolescente, promoviendo de oficio o a petición de parte las acciones legales, judiciales o extrajudiciales correspondientes, tal es así que puede incluso actuar como conciliador del conflicto en asuntos de familia, para propiciar acuerdos entre las partes y lograr la solución consensual al conflicto.

Dentro de las principales atribuciones, están las de poder intervenir en todo tipo procedimiento, policiales y judiciales, en resguardo de la protección de los derechos del niño y del adolescente, así como promover los procedimientos relativos a las infracciones atribuidas a los adolescentes y

solicitar la medida socioeducativa necesaria para su rehabilitación.

Su ámbito de competencia territorial, está determinado por el que corresponda a los Juzgados o Salas de Familia. Las atribuciones del mismo se encuentran establecidas en los artículos 138 y siguientes del Código de los Niños y Adolescentes, así como en los artículos 86-A y 96-A de la Ley Orgánica del Ministerio Público-Decreto legislativo Nro. 052.

3.3 Área Penal

El proceso penal, es aquél instaurado a favor del menor (niño o adolescente) que realiza algún tipo de infracción a la ley penal, en este caso se aplican las medidas de protección o socioeducativas según corresponda¹⁵.

3.4 Área Tutelar

El verdadero sentido, la razón de la existencia del Juez de Familia es para muchos tratadistas la función tutelar que debe ejercer a favor de los menores en general y en forma singular de los llamados "menores en situación social irregular".

Su objetivo es la consecuencia de la protección adecuada.

Las contravenciones a los derechos del niño y del adolescente son de competencia del Juez de Familia, instruyendo a los infractores vía proceso único, de resultar culpables, sancionándolos con multas, sin

¹⁴RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Ob. Cit., Pág. 279.

¹⁵OTERO LÓPEZ, J. M. *Delincuencia y droga: concepto, medida .v estado actual del conocimiento*. Editorial Porrúa, México D.F. 2000, p.194



perjuicio de la denuncia penal si fuese el caso.

Cualquier persona natural o jurídica puede denunciar ante el órgano administrativo, policial, fiscal o judicial, de hechos que violen las normas del CNA en perjuicio del niño o adolescente.

IV. MENORES EN CIRCUNSTANCIAS ESPECIALMENTE DIFÍCILES

En la obra “La Infancia Irregular” se define a los menores irregulares “*como aquellos que, por sus taras físicas, mentales o sociales, no se presentan en condiciones regulares de adaptación y exigen medidas particulares (terapéuticas, educativas o de colocación) para asegurar la integración correcta del individuo en la colectividad*”¹⁶. Se señala que esta definición permite englobar a toda la minoridad deficiente y en peligro moral. Indica la posibilidad y la importancia de una acción preventiva; señala el lugar de los psicólogos, de los médicos, de los educadores, de los organismos de justicia y de los servicios sociales; deja entrever la necesidad de una colaboración entre esas diferentes disciplinas de trabajo. Por último, elimina el cuadro que nos preocupa a los niños enfermos, que, en efecto, plantean problemas totalmente diferentes.

Actualmente, la nueva denominación dada por UNICEF es la de Menores en Circunstancias Especialmente Difíciles, y son:

¹⁶L. BOURRAT y otros. La infancia irregular, Edit. Kapelusz, Buenos Aires, 1984.

4.1 Menores en circunstancias especialmente difíciles (MCED)

Menores en Circunstancias Especialmente Difíciles es un concepto dinámico que establece una relación entre las condiciones de vida y el tipo de desarrollo susceptible de alcanzar en ellas.

Es un concepto que reconoce que aquello que pone a los menores en condiciones de vulnerabilidad, en condiciones que les impiden desarrollar el pleno potencial humano, son determinadas circunstancias.

Al hablar de «circunstancias» se está haciendo referencia a algo no-natural, algo no-inherente a los niños. Se está haciendo referencia a elementos del contexto socioeconómico cultural susceptibles de modificar a través de políticas adecuadas y coherentes, que deben ser tomadas por el Estado.

4.2 Circunstancias que se pueden definir como especialmente difíciles para el desarrollo de los niños

Se pueden identificar, por lo menos siete circunstancias que claramente interfieren, obstaculizan e incluso impiden el pleno desarrollo de los niños. Estas son:

- a) La pobreza crítica.
- b) La participación temprana y sin protección en actividades destinadas a generar ingresos.
- c) Vivir en un ambiente en que abunda el maltrato y/o la falta de afectos.
- d) Vivir en la calle.
- e) Vivir bajo el yugo de grupos armados que se enfrentan.
- f) Vivir en instituciones.



g) La presencia de desastres naturales o ecológicos.

Para la definición de políticas y planes de atención, es posible definir algunas categorías de menores en circunstancias especialmente difíciles.

a) Menores con Necesidades Específicas de Atención Preventiva.-

Son la totalidad de niños, niñas y adolescentes pertenecientes a familias -en muchos casos migrantes del campo a la ciudad-, caracterizadas por un acceso precario al mercado de trabajo, que viven en áreas geográficas definidas por ausencia, déficit o inadecuación de servicios de saneamiento, salud, educación y recreación.¹⁷

El alto grado de frustración al que se ve expuesta esta población es el marco propicio para la existencia de procesos de crisis familiar y cultural, lo que tiene una directa repercusión en la socialización y el desarrollo de los menores.

En este contexto, caracterizado por la carencia y el maltrato generalizado, son muy altas las probabilidades de que los menores participen precozmente y sin protección en actividades de generación de ingresos (que van desde una inserción en el mercado formal hasta actividades marginales tales como prostitución y mendicidad); deserten de la escuela, se asocien en pandillas delictivas, se inicien tempranamente en la sexualidad sin preparación adecuada (lo cual muchas

veces lleva a una maternidad precoz), y se acerquen a la droga como forma de evasión a la mala calidad de vida y como consecuencia de su vulnerabilidad a los manejos de intereses económicos.

Pertenecen a esta categoría, entre otros, los niños, niñas y adolescentes que viven en condiciones extremas de pobreza, los migrantes a las grandes ciudades que en busca de la «integración» se ven forzados a abandonar sus costumbres culturales¹⁸.

Los menores que forman parte de esta categoría necesitan una atención orientada a prevenir los riesgos señalados.

b) Menores en Estrategias de Supervivencia.

Conforman esta categoría los niños, niñas y adolescentes que realizan actividades de generación de ingresos en respuesta a situaciones socialmente impuestas. Son menores que mantienen vínculos familiares. Las actividades que realizan se ubican dentro del sector formal e informal, o pueden ser actividades marginales de generación de ingresos¹⁹.

Los menores pueden desarrollar la actividad económica dentro o fuera del grupo familiar, utilizando un tiempo parcial o total. Pueden recibir remuneración o pueden no recibirla. La remuneración puede

¹⁷MARTINEZ GARCIA, Ángel-Santiago, "La adicción a las drogas y la delincuencia: un problema sin resolver". "La Ley", Buenos Aires 1997, Pág. 73

¹⁸MARCO RIBE, J. MARTI TUSQUETS, J.L. y PONS BARTRAN, R: "Problemática psiquiátrico-legal de las drogodependencias". Colección de Psiquiatría Forense, Tomo II, Editorial Salvat, Madrid 1998, Pág. 27.

¹⁹CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido.- "La función del sistema penal en relación con la seguridad ciudadana". IV Seminario Internacional sobre Policía, Justicia y Sociedad. Sevilla 1985. Publicada también en revista Colegio de Abogados de Orense nº 5, septiembre 1986.



ser en dinero, especies o servicios y ésta puede ser para sí, para su grupo (de referencia o pertenencia) o para terceros. De acuerdo a los tipos de actividades incluidas, se pueden definir tres subcategorías:

c) Menores que trabajan en el sector formal

Está compuesta por menores, preferentemente entre 14 y 18 años, que trabajan en empresas u organizaciones del sector formal de la economía, lo que implicaría que reciben ciertos beneficios propios del sector, tales como el derecho a la seguridad social, al descanso, la protección contra peligros físicos o morales, etc.

Sin embargo, en esta subcategoría también hay posibles riesgos; por ejemplo, que no se cumpla con los beneficios estipulados, que las actividades no sean adecuadas a la edad y condiciones de los menores, que sean actividades que impliquen riesgos (uso de químicos, de maquinaria o herramientas peligrosas), etc.

d) Menores que trabajan en el sector informal

Está compuesta por los menores que en forma dependiente o independiente realizan actividades de comercio, de servicios e incluso de producción sin amparo legal; lo que hace que realicen su actividad en medio de extrema incertidumbre y siempre con el riesgo potencial del abuso y explotación²⁰.

²⁰JIMENEZ VILLAREJO.- "Droga y criminalidad". La problemática de la droga en España.- Edición conjunta de los

Son los niños que venden caramelos, los que cargan bultos en los mercados, los que trabajan a destajo en los talleres informales, los que lustran zapatos, etc.

e) Menores que realizan actividades marginales de ingreso

Está compuesta por los menores que en forma independiente o dependiente realizan actividades que no se consideran trabajo propiamente tal. Muchas de ellas están en el límite entre lo permitido y lo prohibido en la sociedad (mendicidad por ejemplo) y otras, están francamente en el sector de lo prohibido (por ejemplo, comercio de drogas, robos, prostitución, etc.)²¹.

Los menores en estrategias de sobrevivencia requieren medidas de protección, que deben ser diferenciadas de acuerdo a las subcategorías. Así para el caso de los menores que se desempeñan en el sector formal, las medidas básicas de protección serán aquellas orientadas a que los menores conozcan sus derechos, tanto aquellos que le corresponden por ser menores (Convención sobre los Derechos del Niño) como aquellos que le corresponden como trabajadores. Velar por el cumplimiento de la ley es una tarea básica.

Para el caso de menores que se desempeñan en el sector informal, son de importancia las iniciativas tendientes a favorecer que los menores afiancen sus

Institutos universitarios de criminología de las Universidades de Santiago de Compostela y Complutense de Madrid.

²¹DIAZ PALOS, F.: Teoría general de la imputabilidad, Editorial Bosch, Barcelona, 1975, pág., 72..



vínculos familiares y de vecindario, que mantengan o se reinserten en la escuela, que puedan aumentar su productividad por tanto sus ingresos (recibir educación formativa y capacitación), que participen de organizaciones infantiles o juveniles donde puedan expresarse y recrearse.²²

En relación a los menores que realizan actividades marginales de generación de ingresos es conveniente desarrollar programas tendientes a promover el trabajo, mediante talleres de capacitación laboral, o, mediante talleres productivos auto gestionarios, apoyar a los menores para que se incorporen en el sector formal; y, los programas deben orientar a estimular la escolaridad y la integración familiar.

En el caso de actividades que son dañinas para la salud física v/o mental, de los menores, se hace urgente idear estrategias que involucren a la sociedad, tendientes a acabar con aquellas prácticas.

f) Menores Víctimas de Maltrato y Abandono

Los menores víctimas de maltrato y abandono son aquellos que sufren en forma ocasional o habitual actos de violencia física, sexual o emocional, tanto por parte del grupo familiar, como por parte de terceros o por miembros de las instituciones sociales.

El acto de maltrato puede ser ejecutado por omisión, supresión o trasgresión de los derechos individuales y/o colectivos. El abandono parcial o completo constituye una forma de maltrato. El maltrato y

²²DIAZ MAROTO Y VILLAREJO, J.: El enajenado y su tratamiento jurídico penal, en ADPCP, 1988, págs. 465 y ss.

abandono puede estar presente en todas las categorías del MCED²³.

La tarea más importante frente al maltrato consiste en prevenirlo: esto es poner en debate el tema del maltrato en la mira de generar conciencia sobre el daño que implica para los niños que lo sufren y para que en la edad se desarrollen mecanismos de control social frente al maltrato. Además, se hace necesario apoyar para que tanto el personal de las comisarías, como de los centros de salud y escuelas - principalmente- estén en condiciones de reconocer daños en los niños producto de maltrato (físico, sexual y/o emocional) y para que puedan tomar medidas con los «maltratantes» y con los «maltratados»: consejo, orientación, asesoría.²⁴

g) Menores de la Calle

Son menores cuyo hábitat principal es la calle de las zonas urbanas. Los vínculos con sus familias son débiles, muy débiles o inexistentes. Para poder sobrevivir realizan actividades diversas, muchas de las cuales caen en el margen de lo ilegal.

Si bien hay menores «abandonados» que, llegan a ser menores de la calle; la mayoría sin embargo, son menores que han «dejado» el hogar como consecuencia del maltrato que reciben, en asociación a carencias de orden afectivo y material.²⁵

²³Ibidem

²⁴MUÑOZ CONDE, F.: La imputabilidad del enfermo mental, en Psicopatología, Tomo II, Editorial Tecnos, Madrid 1982, Pág. 67.

²⁵CEREZO MIR, José. "Aspectos problemáticos de la eximente de anomalía o alteración psíquica". En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 2- Época. Madrid, 2000. N° 2 extraordinario



Se trata de menores cuyo principal agente de socialización lo constituye la calle. Durante el día deambulan, realizan de sobrevivencia; cantan en los micros, «entretienen» al público en las plazas, prestan servicios, mendigan, hacen pequeños robos; por las noches, duermen en parques, portales, bajo los puentes, en hoteluchos.

Dado que la calle implica estímulos diversos y cambiantes, la vida en la calle está sujeta a las variaciones que se dan en ese ambiente; por eso, no es de extrañar que los menores de la calle se desplacen por toda la ciudad e incluso, entre ciudades.

Tampoco es de extrañar que estos menores ocasionalmente no estén en la calle: pueden estar en las comisarías, en institutos o albergues, en programas especiales para niños de la calle (ONGs), en casas que comparten con otros menores de igual condición, o incluso, en sus propios hogares con sus familias. Sin embargo, las etapas en que los menores dejan la calle suelen ser breves y transitorias; siendo altas las probabilidades de volver a ella.

La cantidad de niños de la calle es baja. Se puede decir que de todos los niños que están en la calle (trabajando en el sector informal o realizando actividades marginales de generación de ingresos) no más del 2% lo constituyen menores de la calle.

En su gran mayoría, los menores de la calle han abandonado la escuela.

Las medidas de protección para estos menores deben partir por reconocer y respetar sus rasgos distintivos; es decir, deben reconocer que se trata de niños que

han asumido una posición activa frente al maltrato y a la precariedad afectiva en que han vivido, se trata de menores que han sabido sobrevivir en un medio adverso (la calle) y que allí han desarrollado importantes conocimientos, habilidades y destrezas. Por esto, los programas de intervención deben reconocer el potencial de estos menores y encauzarlo a fin de que los menores asuman una constructiva inserción social.

h) Menores Víctimas de la Violencia Armada

Esta categoría está conformada por todos los menores que, producto de la violencia armada que vive el país:

- Han perdido (muerte o desaparición) a uno o ambos padres o familiares cercanos (estas personas hayan sido subversivos o personal de las fuerzas armadas o policiales); tienen a sus padres encarcelados sea porque realizaban actividades subversivas o porque cometieron excesos en el cumplimiento de sus funciones (FF.AA. o Policiales);
- Son parientes de víctimas de atentados y/o de operativos; La categoría también está integrada por los menores que junto a sus familias (completas o incompletas) han abandonado sus zonas de origen motivados por el temor e inseguridad; Dentro de la categoría, también se encuentran aquellos menores que azuzados por grupos subversivos (vía el soborno, la extorsión, el chantaje, la



ideologización) participan directamente en acciones armadas;

- La categoría no puede dejar de incluir a los hijos de aquellos miembros de las fuerzas del orden que producto de su participación en la lucha antiterrorista, han quedado con un trauma psicológico, lo cual los coloca en una situación inadecuada para educar constructivamente a sus propios hijos.

i) Menores Institucionalizados

Este grupo está constituido por aquellos menores que viven en instituciones debido a causas diversas:

- a) Los han abandonado.
- b) Los han internado en un centro de tutela.
- c) Están ausentes en forma permanente o temporal: cumplen condena, hospitalización prolongada
- d) Porque los menores han sido separados de sus familias para protegerlos contra el maltrato, o el abandono.
- e) Porque los menores tienen graves problemas de salud (físicos o mentales).
- f) Porque han sido recluidos como resultado de conductas infractoras.
- g) Porque viven en cárceles de mujeres con sus madres que cumplen condena.
- h) Porque, como producto de la violencia armada, han perdido a sus padres (muertos o desaparecidos) o porque éstos están encarcelados.

Sin duda es necesario contar con instituciones para niños abandonados y

para niños que han realizado acciones infractoras.

Sin embargo, en la historia de todos los países -incluido el Perú- estas instituciones se han caracterizado por aumentar la marginación de los menores que viven en ellas. Esto se produce tanto porque las instituciones al no contar con estrategias que permitan una atención personal a los niños, han tendido a tratarlos a todos como si fuesen una masa homogénea; al mismo tiempo, que bajo la loable intención de atender todas las necesidades de los niños al interior de la propia institución, han impedido que ellos se socialicen enriqueciéndose de la multitud de aspectos que ocurren más allá de las paredes de la institución.

Por estas razones, se hace impostergable la necesidad de perfilar estrategias tendientes a la puesta en marcha de procesos de apertura y humanización de estas instituciones.

j) Menores Víctimas de Desastres Naturales o Ecológicos

En esta categoría se incluyen los menores heridos, huérfanos, desplazados y en general, afectados por catástrofes naturales, tales como inundaciones, sequías, acción volcánica o terremotos. En esta categoría también se incluyen los menores víctimas de fenómenos a largo plazo, como son los desastres ecológicos.²⁶

²⁶PANTOJA y L. GURIDI. "Drogas, delincuencia y desviación social", en *Drogas, Desarrollo y Estado de Derecho*, edición a cargo de Universidad de Deusto. Bilbao, 1995, págs. 151-164.



V. DOCTRINAS ACTUALES SOBRE DERECHO DE MENORES.

Actualmente existen 2 teorías o doctrinas referentes al menor: Una es la denominada de la situación irregular y otra de la protección integral. Según mi modesto entender, ambas doctrinas tienen un objetivo común y es de la protección integral del niño para lograr su pleno desarrollo y sus más claras potencialidades para convertirse en un sujeto que permita una contribución eficiente dentro de una sociedad en democracia: libertad, justicia, igualdad. Veamos en qué consisten estas doctrinas.

5.1 Doctrina de la Situación Irregular;

Esta doctrina sustentada desde tiempo atrás con el surgimiento del llamado Derecho de Menores y avalada entre otros instrumentos internacionales por la Declaración de Ginebra 1924, la Declaración de los Derechos del Niño (1959), preconiza en primer lugar la protección no solamente del niño en situación irregular, sino también del menor que por razones de conformación, fundamentalmente, de la familia en que convive, se desvía de la regla normal impuesta por la sociedad. La doctrina de la situación irregular protege fundamentalmente al niño, para unos desde el mismo momento de la concepción (Perú), para otros desde el mismo momento del nacimiento y cuando tiene figura humana (España), por lo que mencionamos, el niño es protegido pero como quiera que el niño no es un ser totalmente independiente desde el momento en que es concebido,

también se dispensa protección a la madre en la etapa del embarazo, del parto y del post-parto, protegiéndose además el derecho del niño a ser amamantado por su progenitora. La protección o asistencia también comprende a la familia NUCLEAR formada por padres y por hijos.

Protege al niño en edad pre-escolar, en edad escolar, en el trabajo. Crea una jurisdicción especial de menores y a través del denominado Juez de Menores y Tribunal de Apelación de Menores, establece un fuero especial cuyo objetivo fundamental es el emitir las resoluciones, teniendo en consideración el interés superior del niño. Este interés superior del niño no solamente se refiere según esta doctrina, a la resolución judicial sino también a la administrativa y a la de cualquier otro orden.

En cuanto a los hechos que atentan o agreden a la sociedad, los considera actos antisociales, anímicos, es decir son circunstancias en la vida del menor que por causas que tratará el Juez de averiguar, hacen daño a la sociedad. Considera al menor de edad inimputable, es decir sin responsabilidad penal, en consecuencia el Juez tiene la obligación de imponer medidas que traten de rehabilitar, o readaptar, o proteger al menor de edad que puede estar en situaciones tales como: abandono moral y/o material, en estado peligroso (antisociales), menores deficientes sensoriales y mentales, menores impedidos físicos, menores en crisis familiar.

Esta doctrina ha sido recusada como también el término Derecho de Menores. Es explicable la posición que se adopta desde



el punto de vista teórico, porque si tomamos como premisa que esta doctrina solamente quedó escrita en el papel y en la realidad no se cumple, tiene validez dicha recusación.

Por eso es que cuando Emilio García Méndez (UNICEF) y Alias Carranza (ILANUD), en su artículo "El Derecho de Menores como Derecho mayor", nos indican "los estudios pioneros en el campo de la nueva criminología latinoamericana, nos convencieron hace mucho tiempo acerca de la importancia del análisis histórico, como uno de los caminos más adecuados para llegar a una comprensión no ideológica de los problemas vinculados a la llamada cuestión criminal y a su control social. Dicho enfoque permitió un entendimiento más preciso, tanto respecto a la relatividad de los valores recibidos como bienes jurídicos por el sistema de la justicia penal, en cuanto al carácter contingente de porciones considerables de éste último".

Señalan los autores ya mencionados, que en la década del 70, la "existencia de gobiernos autoritarios en la región tuvo la ulterior consecuencia perversa, de que muchos intelectuales subordinaran, muchas veces en forma abiertamente mecánica, la posibilidad de realizar cambios en la esfera de lo jurídico, o transformaciones radicales en lo político y más particularmente en lo económico".

Señala por ejemplo, lo que manifestó un estudioso, cuando afirmó "el estudio del Estado queda subordinado al Estado estudio". Agrega que con el advenimiento de la democracia en la década de los 80 y la existencia y persistencia de deficiencias y

malestares sociales, ponen en evidencia la complejidad y la necesidad de un cambio gradual, en cuanto se refiere a la política de los llamados niños y adolescentes.

Nos dice textualmente refiriéndose a la doctrina de la situación irregular "la infancia latinoamericana sin derechos y sin historia, y lo que es peor aún sin derecho a la historia por ser una categoría pensada ontológicamente, se constituyó en un objeto pasivo de la "protección represión". Agregando como hasta 1988 la historia de la infancia latinoamericana todavía no había llamado la atención a los historiadores profesionales, ellos se inician en ese oficio con la única certeza de que "el historiador no es aquel que sabe, sino aquel que busca". Realizaron 2 etapas: la primera abarcó 5 países latinoamericanos: Argentina, Colombia, Costa Rica, Uruguay y Venezuela. La respuesta era al interrogante relativo a la cultura y mecanismos del control socio-penal de la infancia, desde donde fuera posible obtener información. Como resultado de esta primera fase, se publicó "Infancia, adolescencia y control social en América Latina", lo que permite que ya en 1990 se confirme una hipótesis previa así como abrir una nueva perspectiva de investigación.

Reconocen de que la hipótesis confirmada, tenía vinculación o tiene vinculación al trabajo clásico y pionero de Philippe Aries²⁷, que afirma que la infancia no constituye una categoría de carácter ontológico, siendo por el contrario el resultado de un complejo proceso de construcción social

²⁷ARIES, Philippe, El niño y la vida familiar en el antiguo régimen, Taurus, Madrid, 1987.



que la descubre en la conciencia colectiva del siglo XVI.

La segunda etapa menciona, incluye a Brasil. Los autores sostienen de que “la doctrina de la situación irregular confunde (activa e intencionalmente), la doctrina, la protección de una alcurnia de sujetos débiles con la legitimación de formas irrestrictas de intervención coactiva sobre los mismos”. “Un no derecho que corresponde perfectamente a una no infancia”. Hace notar la realización de una investigación patrocinada por ILANUD²⁸ que recoge información referente a sistema de justicia de menores de 18 países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, señalando que el 75% de los casos que pesan a la jurisdicción de menores son de jóvenes de sexo masculino con más de 4 años de retraso escolar, residentes primordialmente en zonas marginales”. En este estudio nos indican de que un porcentaje significativo de los menores “que fueron sujetos de la jurisdicción de menores se ubican en los niveles de pobreza o de pobreza externa”. En cuanto al Derecho de Menores se refiere, en síntesis podríamos señalar, que afirma que si bien este derecho se refiere “a todos los habitantes del país”, en la práctica esto no se da, que la ideología “proteccionista” arrasó con cualquier vestigio de garantismo jurídico. Hacen

mención los articulistas de que es con la promulgación del Estatuto de los Niños y Adolescentes del Brasil el año 90, que realmente se va a dar una protección considerando al niño como sujeto de derecho, y consecuentemente, ya no habrá esa profunda brecha entre el discurso y la práctica. Finalizan con una frase que me voy a permitir señalar textualmente, “*el proceso de construcción y consolidación de formas plenas de vida democrática es largo, difícil y continuará por mucho tiempo enfrentando resistencias corporativas e ignorancias indiscriminadas. Todo indica, sin embargo que la historia se mueve del revés al derecho*”. Este texto es de abril de 1992.

En realidad lo que señalan Emilio García Méndez y Elías Carranza, tiene parte de cierto y una percepción negativa. “Desde el Primer Congreso Panamericano del Niño hasta el de Washington de 1984, el ideal buscado fue, es y será la protección integral del niño en base al interés superior del mismo. Sin embargo, entre el discurso contenido en Estatutos y en Códigos, y la realidad en la mayoría de los países sobre todo de América Central y del Sur, no se condice. Para mi modesta opinión el discurso es bueno, la práctica es negativa. Para quien fue Juez de Menores en Lima, para quien ha recorrido más de 220 puntos de la República a lo largo y a lo ancho, la realidad expuesta a través del discurso y la práctica tienen una brecha profunda. Las normas contenidas en el Código Penal de 1924, en el Código de Menores de 1962 fracasaron porque nublaron esos tres pilares fundamentales que vengo repitiendo a través de este libro: capacitación,

²⁸Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente



infraestructuras y presupuestos económicos. En realidad el discurso a favor del niño es magnífico, lo que ocurre es que la decisión política, la preocupación ciudadana, es indiferente. No basta un conjunto de normas codificadas, es necesario que estas normas se hagan realidad. Ahora tenemos ya ratificada la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y se ha promulgado y entrado en vigencia el 28 de junio de 1993, el Código de los Niños y Adolescentes donde se señala al niño y al adolescente como sujetos derechos, con derechos específicos, con derechos generales, con libertad. Se ha construido un discurso que de realizarse permitirá decir que nuestra patria realmente protege a sus niños y adolescentes."

5.2 La doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas

Es aquella que considera al niño conjuntamente con adultos, etc. La doctrina de la protección integral se basa fundamentalmente en el interés superior del niño, considerando a éste, reitero, como sujeto de derechos.

Los representantes más conocidos de esta doctrina son los doctores Emilio García Méndez, Alessandro Barata, Elias Carranza, Antonio Amaral Da Silva²⁹.

Por lo expuesto, es que me permito llegar a la conclusión de que, ambas doctrinas apuntan a un mismo objetivo, la protección integral en base al interés superior del niño, pero para que esto sea una realidad, no

simplemente "una historia", deben desarrollarse las políticas, los programas, las acciones, que ejecuten lo que la Convención y el Código mandan.

En el libro *Del Revés al Derecho* que trata sobre la condición jurídica de la infancia en la América Latina, bases para una reforma legislativa, que fue auspiciada por UNICEF, UNICRI³⁰ e ILANUD, hay una serie de trabajos que merecen mención, porque tratan precisamente de la forma de tratamiento al niño en diferentes países, tratamiento que no se condice con los preceptos jurídicos en casi todos los países, de una protección real, efectiva a favor de ellos.

VI. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO DE MENORES.

6.1 Principios Generales:

El Derecho del Menor, es un Derecho singular, eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del individuo, desde su concepción hasta su plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarse armónicamente en la convivencia social.

Como Principios Generales, establece que el menor de edad merece una consideración especial dentro del ordenamiento jurídico, ya que su presencia es garantía de continuidad y de futuro, pero por encontrarse en una etapa evolutiva, especial, debe ser tratado de un modo singular, que comprende una educación

²⁹DURÁN GONZÁLEZ, "El vandalismo en el fútbol", Gymnos, Madrid, 1996.

³⁰Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia



humanística, amplia, de medios y de posibilidades.

El reconocimiento de una pluralidad de derechos está acorde con los deberes que le exige el conjunto social, y que una completa formación profesional de acuerdo con su vocación y su aptitud capacite al menor para lograr su integración en el orden social. El menor tiene derecho a desenvolver su vida social dentro de normas jurídicas creadas para él en atención a su personalidad en formación, y por ello, la sociedad de nuestro tiempo demanda el cumplimiento de su status como imperativo de la justicia.

Al lado del conjunto de normas o cuerpos jurídicos que se creó para el menor, deberán estipularse las garantías precisas para la cobertura de las situaciones de indefensión que en cada momento se plantean, y cuyas soluciones deben ser dadas en función de su edad y condiciones personales. En caso de conflicto legal de intereses ha de merecer prioridad la consideración del menor ante la sociedad.

6.2 Caracteres:

Los caracteres y estructuras del nuevo Derecho del menor son los siguientes:

1. Es imprescindible comprender que, en la concepción cristiana del derecho, la Ley positiva y la Ley natural son inseparables y que la legalidad carece de significado si se le aísla de su contenido moral. Por ello el Derecho del Menor no puede ser únicamente la legalidad, sino que ha de ser, sobre todo, la expresión y la realización de la justicia.

2. Las facultades que se derivan de las normas del Derecho del menor deben ser de carácter imperativo, inderogable e imprescindible ante la voluntad individual, debiendo ser exclusivamente la Ley quien regule su contenido, eficiencia y vigencia.
3. El Derecho del Menor, debe ser construido como un todo orgánico, en el que, garantizando el bien común y la paz social, prevalezca el carácter tuitivo en todas y cada una de sus instituciones en su proyección sobre la sociedad.

6.3 Estructura:

El derecho especial del menor, se articula de la siguiente forma:

- 1) Una parte preliminar, a manera de introducción, en la que recogiendo los Principios Generales anteriormente enunciados, se defina la condición y estado jurídico de los menores de edad, determinándose con criterio uniforme a qué edad se alcanza la capacidad de obrar y por lo tanto, a partir de qué edad los actos que se realicen tienen trascendencia jurídica plena por haberse realizado voluntariamente y libremente por el sujeto.
- 2) Una primera parte, en la que se regule con sentido eminentemente protector, todas y cada una de las instituciones privadas que posibilitan el desenvolvimiento de la personalidad del menor en forma armónica, estableciendo los derechos y deberes de las mismas y un control jurisdiccional para su recto ejercicio.



La institución de la patria potestad y sus instituciones complementarias -la tutela, la adopción, etc.- han de regularse en esta primera parte, y debe prohibirse el trabajo de los menores de 14 años, siendo deseable que se amplíe este tope de edad a los 16, tan pronto como se cumplan las actuales previsiones en materia de escolaridad obligatoria, salvo que el menor de 14 años realice, lucrativamente actividades artísticas o publicitarias en las que se utilice directamente su persona, o ésta para la exhibición de su imagen³¹. En tal supuesto, la jurisdicción de Menores, habrá de conocer estos contratos, escuchando a las partes y al menor, para asegurarse del consentimiento de éste y salvaguardar la dignidad del mismo.

En todo caso de prestación de trabajo por un menor, deberán quedar garantizados los derechos económicos del mismo, mediante la constitución de un peculio jurídico afectado a su persona. Y el salario que percibe debe estar garantizado por los poderes públicos, con la fijación de un mínimo exigible. Y tal salario debe establecerse no en función de su edad, sino del trabajo que efectivamente realice. En ningún caso el contrato de aprendizaje encubrirá otras funciones que las propias de su nombre, debiéndose investigar el posible lucro de la empresa que utilice a un menor en funciones laborales ya aprendidas³².

3) Una segunda parte en la que, resalte la función reformadora y reeducativa de

la actual jurisdicción especial de menores, aplicándosele el Derecho que propugnan las normas que lo constituyen para restaurar el orden jurídico perturbado por su conducta antisocial. Con referencia a los problemas de inadaptación del menor y a su forma más grave, la antisociabilidad, que aparece agravada por los fenómenos económicos-sociales de desarrollo e industrialización, se propugna, diferenciar la edad intermedia, de la minoría penal y de la edad adulta, estructurando una delimitación y especialización de los tratamientos aplicables.

- 4) Una tercera parte referida al Derecho Procesal de Menores, estableciendo cuáles deben ser los órganos jurisdiccionales competentes que han de entender de los mismos, sin perjuicio de su “informalidad”.
- 5) Se debe tender a la supresión total del criterio del discernimiento, en el enjuiciamiento de los menores. Ha de actualizarse el conjunto de las normas y disposiciones que afectan a la infancia y a la juventud, así como la adopción de normas procesales que permitan el conocimiento de la personalidad y el tratamiento individualizado de los menores.
- 6) Una cuarta parte en la que se estructuran y regulan los establecimientos adecuados para la guarda, prevención, reforma y cumplimiento de las medidas de reeducación, readaptación y

³¹OTERO LÓPEZ, J. M. *Ob. Cit.*, p.195.

³²Mayer seguro individual o voluntario en Manual de Legislación sobre Menores. Ed. Sesator, 1977.



rehabilitación en los que, con un sentido cristiano de la persona se humanice y en los que la finalidad media educativa, oriente el cumplimiento de la misión de rehabilitación del menor.

Debe tenderse a que los principios inspiradores del Derecho Público dentro del Derecho del Menor, tienen la finalidad de preparar al menor para asumir su puesto en la comunidad nacional, y a tal efecto, parece necesario estructurar con criterio unitario la legislación sobre las funciones públicas que afecten al menor, y que deben ser aplicados por los distintos organismos existentes.

Debe orientarse la actividad coordinada de los distintos organismos públicos y privados, hacia la finalidad formativa del menor sobre su proyección a la sociedad, y que como consecuencia de dicha finalidad formativa debe fomentar la creación y aumento de asociaciones y organismos juveniles.

VII. DEFINICIÓN DEL DERECHO DE MENORES.

Rafael Sajón, ex Director del Instituto Interamericano del Niño, durante el I Congreso Latinoamericano de Jueces de Menores y VI Jornadas Iberoamericanas de Derecho de Menores, realizadas en Managua (Nicaragua) en 1978, señaló que *"definir el Derecho de Menores significa e implica adoptar una posición y un criterio claro sobre la naturaleza y el contenido de esta disciplina jurídica. Más aún, formular un juicio asertivo, integrativo o discriminatorio sobre Ciencias del Derecho y*

*Derecho Positivo, sobre sujeto y objeto del Derecho y distinguir y precisar sobre normas e institutos propios, y sobre los sustantivo, lo adjetivo instrumental operativo (procesal) y lo ejecutivo (administrativo) del Derecho de Menores"*³³

RAFAEL SAJÓN, PEDRO ACHARD Y UBALDINO CALVENTO, lo definen como *"el derecho que tiene por objeto el menor, el incapaz, con el propósito y con el interés social de que este nazca, crezca y se desarrolle normalmente y que llegue a la mayoría de edad en la plenitud de sus posibilidades físicas, mentales y espirituales. Regula su actividad moral y conflictual con la familia, la comunidad y el orden jurídico-social"*³⁴.

Antes conjuntamente con el profesor Pedro Achard, fue definida como *"la rama del Derecho que regula la protección integral de los menores, a fin de posibilitar las mejores condiciones morales y físicas más favorables, ordenando en un sólo cuerpo legal los supuestos civiles, laborales, penales, administrativos, procesales, etc. referentes al menor dentro de un encuadro histórico biosocial, económico y cultural"*³⁵.

Alyrio Cavallieri, en su obra *Direito Do Menor* lo define como *"el conjunto de normas jurídicas relativas a definir la situación irregular del menor, su tratamiento y prevención"*³⁶.

³³SAJÓN, Rafael. Introducción al Derecho de Menores, Montevideo, 1977, UN.

³⁴Ibidem

³⁵SAJÓN, Rafael y Achard, Pedro, citados por Plácido Horas en *Jóvenes desviados y delincuentes*. Ed, Humanitas, Buenos Aires, 1972, pág. 23.

³⁶CAVALLIERÍ, Alyrio, *Direito Do Menor*, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1978



Luis Mendizabal Osés³⁷ informa que *"es un derecho singular eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarse armónicamente y plenamente en la convivencia social"*³⁸.

Gloria Bluske de Ayala, por su parte lo define como *"una disciplina jurídica cuyo propósito esencial es precautelar, proteger y desarrollar vidas humanas que se inician - niños, adolescentes y jóvenes- a fin de que más tarde se integren a la sociedad, con plenitud de derechos y con capacidad suficiente para cumplir los deberes que ella les impone"*³⁹.

Eduardo E. Córdova y Carlos Lando, lo definen como *"el conjunto de la acción o actividad comunitaria programadas de obras, servicios e instituciones tendientes a prevenir, remediar y solucionar constructivamente las necesidades, precariedades de los niños mediante procesos formativos con la finalidad de obtener su crecimiento y desarrollo normal y lograr su incorporación al medio social en que ha de tocarles actuar en la plenitud de sus aptitudes físicas y espirituales, procurando su bienestar social"*⁴⁰.

Nosotros creemos que "el Derecho de Menores no sólo es el conjunto de normas

jurídicas relativas a definir la situación irregular del menor, su tratamiento y prevención, sino, además, permitir el reconocimiento del derecho del menor que el Estado está obligado a garantizar, proteger y hacer realidad", definición que coincide con la mencionada anteriormente de Eduardo E. Córdova y Carlos Lando.

De todo lo expuesto, llegamos a la conclusión ya anotada por Ubaldino Calvento: *"Esta nueva disciplina jurídica configura una coordinación sistemática de normas en relación a un dato central: la protección integral del menor a través del derecho"*.

Los que no consideran la autonomía del Derecho de Menores son:

Hugo D'Antonio, define al Derecho de Menores *"como la rama del Derecho Privado cuyas normas, de marcadas connotaciones tutelares, refiriéndose a todo lo conveniente con la persona y los intereses del menor"*⁴¹

En 1983, Raúl Horacio Viñas, en definición conflictiva como él mismo lo asegura, señala que el "Derecho Penal de Menores es el conjunto de normas y principios jurídicos que ante la comisión de un delito por un menor, prevé y regula la aplicación de distintas formas de reacciones típicas: educativas, reeducativas, terapéuticas, curativas, correccionales o punitivas, todas pedagógicamente orientadas a la reinserción del mismo"⁴².

VIII. CONCLUSIONES.

³⁷MENDIZABAL OSES. Luis. Teoría del Derecho de Menores, Madrid, España.

³⁸Ibidem

³⁹BLUSKE DE AYALA, Gloria, Derecho de Menores, La Paz, Bolivia.

⁴⁰CÓRDOVA. Eduardo y LANDO, Carlos, Modernas tendencias del derecho de familia, Montevideo, 1981. Naciones Unidas

⁴¹D'ANTONIO. Hugo, Derecho de menores.

⁴²HORACIO VIÑAS, Raúl, Derecho Penal de Menores, Buenos Aires, 1983.



El Derecho de Menores debe surgir de la realidad de la existencia humana misma que es preocupación del Derecho; que se inicia desde el mismo instante de la concepción, en nuestro país la vida del ser ya concebido se encuentra en el ámbito del Derecho, presupuesto que ha sido recogido en el Principio 4 de la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre Derechos del Niño de las Naciones Unidas al enunciar como criterio eminentemente progresivo la necesidad de otorgar una protección jurídica adecuada, tanto antes como después del nacimiento, señalando al efecto que una ayuda y una protección especiales deben serle aseguradas, así como a su madre principalmente con cuidados pre-natales y post-natales adecuadamente. En nuestra Legislación encontramos las normas jurídicas pertinentes, ya lo hemos dicho, en la Constitución del Estado, en el Código de Menores antes, y en el ahora Código de los Niños y Adolescentes, en el Código Civil, en el Código de la Salud, etc. Los dispositivos que sobre justicia penal juvenil se ha expedido en nuestra historia, en cada uno de ellos se trata de dar mayor protección al menor infractor y garantizar con mayor auge sus derechos por su especial condición de ser un sujeto de derechos en proceso de desarrollo, motivo por el cual el actual Código del Niño y Adolescente deja de lado la doctrina de situación irregular y recoge la doctrina de la protección integral. Sin embargo a pesar de las modificaciones dadas aún existen muchos defectos y vacíos que subsanar, las

cuales darán paso a nuevas modificaciones en el futuro.

Nos encontramos, pues, así ante un planteamiento de nuevo cuño que consideramos esencial para deducir de él la íntima relación que existe entre la realidad existencial de la vida humana en la fase previa a la del nacimiento y el Derecho" y agrega "necesario es, en consecuencia que ante este planteamiento hayamos de inquirir cuáles pueden ser los derechos que ostenta el menor desde el instante mismo de su concepción"⁴³.

Debemos tener presente que en toda medida concerniente al Niño y al Adolescente que adopte el Estado a través de sus Poderes, del Ministerio Público y demás instituciones se deberá considerar el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

El Estado Peruano garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes, en razón del cual los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes deberán ser tratados como problemas humanos.

IX. BIBLIOGRAFÍA.

- ARIES, Philippe, El niño y la vida familiar en el antiguo régimen, Taurus, Madrid, 1987.
- BOURRAT y otros. La infancia irregular, Edit. Kapelusz, Buenos Aires, 1984.

⁴³RIBEYRO, Juan, Derecho de Menores Infractores, Editorial San Marcos, Lima 2000, Pág. 84.



- CAVALLIERÍ, Alyrio, *Direito Do Menor*, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1978
- CEREZO MIR, José. "Aspectos problemáticos de la eximente de anomalía o alteración psíquica". En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época. Madrid, 2000. Nº 2
- CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido.- "La función del sistema penal en relación con la seguridad ciudadana". IV Seminario Internacional sobre Policía, Justicia y Sociedad. Sevilla 1985. Publicada también en revista *Colegio de Abogados de Orense* nº 5, septiembre 1986.
- CÓRDOVA. Eduardo y LANDO, Carlos, *Modernas tendencias del derecho de familia*, Montevideo, 1981
- DIAZ MAROTO Y VILLAREJO, J.: *El enajenado y su tratamiento jurídico penal*, en ADPCP, 1988
- DIAZ PALOS, F.: *Teoría general de la imputabilidad*, Editorial Bosch, Barcelona, 1975
- DURÁN GONZÁLEZ, "El vandalismo en el fútbol", Gymnos, Madrid, 1996.
- HORACIO VIÑAS, Raúl, *Derecho Penal de Menores*, Buenos Aires, 1983.
- MARCO RIBE, J. MARTI TUSQUETS, J.L. y PONS BARTRAN, R: "Problemática psiquiátrico-legal de las drogodependencias". Colección de *Psiquiatría Forense*, Tomo II, Editorial Salvat, Madrid 1998
- MARTINEZ GARCIA, Ángel-Santiago, "La adicción a las drogas y la delincuencia: un problema sin resolver". "La Ley", Buenos Aires 1997
- MAYER seguro individual o voluntario en *Manual de Legislación sobre Menores*. Ed. Sesator, 1977.
- MENDIZABAL OSES. Luis. *Teoría del Derecho de Menores*, Civitas Madrid, España.
- MUÑOZ CONDE, F.: *La imputabilidad del enfermo mental*, en *Psicopatología*, Tomo II, Editorial Tecnos, Madrid 1982
- OTERO LÓPEZ, J. M. *Delincuencia y droga: concepto, medida .v estado actual del conocimiento*. Editorial Porrúa, México D.F. 2000
- PANTOJA y L. GURIDI. "Drogas, delincuencia y desviación social", en *Drogas, Desarrollo y Estado de Derecho*, edición a cargo de Universidad de Deusto. Bilbao, 1995
- RIBEYRO, Juan, *Derecho de Menores Infractores*, Editorial San Marcos, Lima 2000
- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Comentarios al Código Penal". Civitas. Madrid, 1997
- SAJÓN, Rafael y Achard, Pedro, citados por Plácido Horas en *Jóvenes desviados y delincuentes*. Ed, Humanitas, Buenos Aires, 1972

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LOS PROCESOS PENALES POR EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

**Dra. AREVALO CELIS,
ROCIO DEL PILAR**

**Juez Provisional del Juzgado Especializado de Familia
de San Martín – Tarapoto**



LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LOS PROCESOS PENALES POR EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

Sumario:

I. Introducción. II. Marco Normativo para la Aplicación del Principio de Oportunidad. III. La Crisis de la Víctima en el Acuerdo Reparatorio. IV. Delito de Omisión de la Obligación Alimentaria. V. Aspectos Procesales del Delito de Incumplimiento de la Obligación Alimentaria. VI. Principio de Oportunidad Aplicado a los Delitos de Omisión de Asistencia Familiar. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN:

Mucho se ha hablado sobre el principio de oportunidad y su irrupción en nuestro derecho procesal. Se ha mencionado con insistencia que es la fórmula más saludable para reducir la carga procesal y aligerar así la administración de justicia. Por otro lado, se le cuestiona por ser un mecanismo que desvirtúa, según algunos, la verdadera función persecutora del delito que tiene el Estado.

En nuestro sistema actual la regla es el principio de legalidad o de obligatoriedad: corresponde al Ministerio Público instar obligatoriamente la acción de la justicia penal cuando tenga conocimiento de la perpetración de un delito y existan mínimos fundamentos racionales de su comisión⁴⁴.

Este principio, fundamentado principalmente en el principio de legalidad

sustantiva, cree posible y, por lo tanto, pone en marcha todo el aparato judicial para ese cometido: la persecución de todos los delitos de manera igualitaria. Se constituye entonces como paladín de la verdadera justicia penal cuando, en realidad, termina siendo una traba de esta. Pues estricto cumplimiento se concibe como una imposición mas no como una flexibilización de su concepto en aras del beneficio y el interés de los sujetos procesales que en él intervienen.

La persecución penal obligatoria, al no permitir distinción alguna en el tratamiento de los casos penales, satura la justicia penal y contribuye a crear un proceso de selección manifiestamente irracional. Así, se reafirma la tendencia de la justicia penal de ocuparse de los hechos menos graves orientándose de manera discriminatoria

⁴⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. "Manual de Derecho Procesal Penal". Pág. 317.



hacia determinados sectores de la población (v. gr. Los más débiles⁴⁵).

Entonces, en tanto y en cuanto se pueda reformular o en todo caso aceptar una excepcionalidad que nos permita optar por un mecanismo alternativo a este, lograremos no solo disminuir la sobrecarga procesal que existe actualmente (mecanismo de desjudicialización de los procesos penales), sino principalmente porque crearemos un clima de seguridad por parte de los sujetos procesales, y en mayor medida a la víctima, pues una aplicación irrestricta del principio de legalidad procesal que no tenga opciones mediante mecanismos optativos la deja en total desamparo ante el daño sufrido.

Ante la incapacidad del sistema de justicia penal, que mediante la aplicación del principio de legalidad procesal busca la persecución de todos los delitos, dando origen, más bien, a una cifra negra de criminalidad; surge el principio de oportunidad o también conocido y adoptado por nuestro sistema como el principio de oportunidad reglada⁴⁶. Siendo que, mediante la verificación de ciertos requerimientos prescritos por ley, el Ministerio Público, es decir el fiscal, tendrá la facultad discrecional de no ejercitar la acción penal, archivando el proceso, o sugerir el sobreseimiento de la causa si el proceso ya se ha iniciado.

⁴⁵ BOVINO - HURTADO. “Principio de oportunidad y proceso de reforma en América Latina: algunos problemas de política criminal”.

⁴⁶ Para GOMES COLOMER esta denominación sería ridícula en un sistema de enjuiciamiento continental, pues si no está regulado por ley es imposible, así sería más apropiado hablar de acuerdos procesales como se hace en Alemania.

Este principio de modelo norteamericano, pero con varias modificaciones realizadas por los europeos y asumida en ese sentido por nuestro sistema procesal penal, entra para flexibilizar y sensibilizar el llamado principio de obligatoriedad. El profesor Maier la define como: “la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de esta en presencia de la noticia de un hecho punible o inclusive de la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o indefinidamente, condicional o incondicionalmente”.

Dentro de los tratadistas peruanos encontramos la definición de Oré Guardia quien precisa que este principio es un mecanismo procesal a través del cual se faculta al fiscal sobre la pertinencia de dar inicio o no a la actividad jurisdiccional o en su caso solicitar el sobreseimiento cuando concurren los requisitos de ley⁴⁷. Por su parte, Sánchez Velarde la considera como la facultad discrecional, en el sentido amplio, que tiene el fiscal en la persecución del delito; en cuanto Cubas Villanueva, pone atención en su carácter excepcional ante el principio de obligatoriedad, refiriendo que el principio de oportunidad se encuentra reglado siendo su aplicación solo para ciertos casos.

En consecuencia, consideramos que el principio de oportunidad no se contrapone al principio de obligatoriedad más aun cuando constituye un supuesto de excepcionalidad en el entendido de que el

⁴⁷ ORÉ GUARDIA, Arsenio. “Manual de Derecho Procesal Penal”. Pág. 133.



fiscal hará suya su aplicación en ciertos casos determinados por ley.

Ahora bien, dentro de este contexto se inscriben una serie de delitos cuya naturaleza requiere fórmulas como la del principio de oportunidad para resolver y resarcir a la víctima lo más inmediato posible pues están de por medio otra clase de intereses de orden superior como el caso del derecho alimentario en el denominado delito de omisión a la asistencia familiar y que es materia de análisis en este artículo.

Entendemos así que los poderes discrecionales del Ministerio Público están limitados por ciertos criterios, no obstante esta afirmación no es tan cierta, pues creemos que la ley le ha otorgado un ilimitado poder discrecional. El fiscal, pues, se ha excedido en su participación dentro de la aplicación de este criterio de oportunidad, deformando la naturaleza procesal de este principio. Se lleva así a una naturaleza híbrida que está entre el arbitraje y la conciliación y también la negociación, más aun si se habla de la permisión por parte de la norma, de un acuerdo privado legalizado mediante notario. En la medida que entramos al ámbito de la aplicación del principio de oportunidad, y, por tanto, ya no tiene sentido hablar de sanción penal, pues se discute solo la reparación, la víctima más que el fiscal y el imputado que ya ha aceptado su responsabilidad debe ser la principal actora en este proceso.

Por ello deben precisarse mediante mecanismos más óptimos para una amplia participación de la víctima del delito en el

principio de oportunidad reglado: o mejor, en el acuerdo reparatorio.

II. MARCO NORMATIVO PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

Se encuentra regulado en el artículo 2 del Código Procesal Penal del 2004.

Artículo 2 Principio de oportunidad.-

1. *El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:*

a) *Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.*

b) *Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.*

c) *Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 21, 22 y 25 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a*



cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

2. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.

3. El Fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta. En caso de inasistencia del agraviado, el Fiscal podrá determinar el monto de la reparación civil que corresponda. Si no se llega a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el Fiscal lo fijará sin que éste exceda de nueve meses. No será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y éste consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente.

4. Realizada la diligencia prevista en el párrafo anterior y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. De existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará Disposición para la promoción de la

acción penal, la cual no será impugnabile.

5. Si el Fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conducta previstas en el artículo 64 del Código Penal, solicitará la aprobación de la abstención al Juez de la Investigación Preparatoria, el que la resolverá previa audiencia de los interesados. Son aplicables las disposiciones del numeral 4) del presente artículo.

6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A Primer Párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205, 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles. El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3).



7. Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento -con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)- hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos. Esta resolución no será impugnable, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si ésta es fijada por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas si éstas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado.

III. LA CRISIS DE LA VÍCTIMA EN EL ACUERDO REPARATORIO.

Si bien en el acuerdo reparatorio, participa la víctima en una audiencia con participación del imputado y el fiscal, este tiene facultades discrecionales para imponerse como señor del acuerdo y tomarlo como su razón lo indica, con lo cual deja a la víctima sin recurso contra tal discrecionalidad, al desarrollarse la audiencia del siguiente modo:

Si no concurren a la primera citación una o todas las partes, se le da fin y se cita por última vez, en un plazo que no debe exceder de los diez días. Si no se llega a un acuerdo reparatorio por no asistencia, el fiscal emite una resolución y seguirá el proceso penal. Si el agraviado no está de

acuerdo (en caso de que asistan) el fiscal escuchará a ambas partes y él decide si se sigue con el trámite del proceso o del principio de oportunidad.

Si se decide por continuar con el trámite, el fiscal da una resolución de pertinencia de la aplicación del principio de oportunidad, ve la forma en que se va a pagar, el monto de la reparación y los obligados. Y eleva lo actuado en consulta a la Fiscalía Superior penal de turno.

En caso de que el agraviado muestre su conformidad, entonces el fiscal deberá procurar que las partes se pongan de acuerdo. Si no estuvieran de acuerdo en un extremo de la reparación, entonces el Fiscal Provincial los fijará en ese momento.

Vemos como en los dos anteriores casos el fiscal es quien decide cómo se debe actuar, con lo cual no nos encontramos ya ante una figura autocompositiva como lo es la conciliación sino ante un arbitraje⁴⁸ pero sin las garantías de este. Además, de la ley se extrae que se acepta la autocomposición y que es un caso claro de negociación⁴⁹, claro,

⁴⁸ Es un medio alternativo de resolución de conflictos, intersubjetivos, al proceso judicial. Vidal Ramírez dice "que arbitraje significa (...) el ejercicio de la facultad que ha recibido el árbitro para resolver un conflicto de intereses, esto es, para la composición de la litis". Tiene carácter excluyente ya que de existir convenio arbitral no se puede iniciar un proceso judicial por la misma causa. El convenio arbitral es el acuerdo por el cual ambas partes deciden someter a arbitraje aquellas controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. Dentro de los distintos sistemas de composición de conflictos, el arbitraje se inserta en el heterocompositivo, porque la solución la proporciona un tercero, quien impone su decisión a las partes; no son estas, sino el tercero llamado árbitro, quien resuelve el conflicto, a cuya decisión las partes quedan obligadas jurídicamente. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "Manual de Derecho Arbitral". Pág. 21.

⁴⁹ Negociar significa trabajar para lograr no un acuerdo sino el mejor acuerdo. Es la ciencia y el arte de asegurar un acuerdo entre dos o más partes independientes entre sí, que desean



sin las necesarias garantías que se debe implementar para la protección de la víctima (y del imputado) que no tenga una posición real de superioridad (económica, social, política que pudiera imaginarse). Sin embargo, creemos que no debemos caer en extremos puesto que la negociación implica una absoluta informalidad en el modo de obtener la autocomposición y el arbitraje un exceso en las funciones del fiscal o cualquier otro que intervenga como tercero que decide el fin del conflicto, pues deja poco espacio a la víctima para poder tomar el asunto en sus manos, hacerla sentir legítima dueña del conflicto y a su vez saber las razones del delito. Creemos que de ese modo podría lograrse en el plano real un efecto de prevención general positiva, redundante en la efectiva solución del conflicto. De allí que creamos que la conciliación como método alternativo resulta el más conveniente, ya que conciliador solo propone soluciones y se ubica en un plano que garantiza la seguridad de los derechos de los interventores en el conflicto.

IV. DELITO DE OMISIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.

maximizar sus propios resultados comprendiendo que ganarán más si trabajan juntos que si se mantienen enfrentados. El objetivo está orientado a lograr un nuevo orden de relaciones donde antes no existían; y a modificar un conjunto de relaciones existentes por otras más convenientes para una de las partes o para ambas. La negociación se caracteriza porque son únicamente las partes quienes en el proceso negocial tienen el manejo directo del desarrollo y solución del conflicto. Dupuis considera a la negociación como un concepto englobante y lo divide en judicial y extrajudicial, la primera se refiere a la conciliación y en la segunda se encuentra la mediación y la transacción, esta última es muy parecida a lo que nosotros llamamos negociación. DUPUIS, Juan Carlos. “Mediación y Conciliación”. Pág. 24.

El artículo 149 del Código Penal vigente contempla el supuesto típico de incumplimiento de la obligación alimentaria, por lo que el comentario tendrá como base esta disposición.

El bien jurídico tutelado

El punto de partida del análisis típico radica en ubicar el objeto de tutela penal a efectos de observar el principio de lesividad o de protección de bienes, que contempla la norma IV del Título Preliminar (Principios Generales) del Código Penal.

Conforme al sistema legislativo empleado en la elaboración del Código Penal, en el Libro segundo se ubica la Parte Especial, los títulos son los que nominan (ya no definen) el bien jurídico protegido por el universo típico que forma los capítulos.

El Título III del Libro Segundo del Código Penal ha determinado a la familia como el bien jurídico tutelado por las figuras típicas que forman el capítulo IV, y, concretamente, por el supuesto típico de incumplimiento de la obligación alimentaria (artículo 149).

La definición del objeto jurídico familia demuestra la necesidad de recurrir a otras ramas extrapenales (Constitución del Estado y Código Civil), así como extrajurídicas (religión, sociología, etc.) para atender el significado de este bien jurídico complejo que es la familia.

La norma jurídica subyacente

Desde la época de Binding se entendió que el tipo penal, en este entonces ley penal de forma genérica, diferente de la norma



jurídica, tiene a esta última como soporte o fundamento.

La norma jurídica en sus dos perspectivas, de dispositivos legales y pauta de conducta, en caso de la familia se ubica: en la primera perspectiva, en la Constitución y en el Código Civil, y, en la segunda tratándose de una norma preceptiva, el comportamiento general esperado será el de cumplimiento de los deberes que fluyen del ámbito natural, social, jurídico, que es la familia.

El sujeto activo

El agente del delito es el sujeto de la obligación de prestar alimentos. Consecuentemente, la fijación del sujeto activo lleva a remitirse al artículo 474 del Código Civil, que indica quiénes son los sujetos de la obligación alimentaria.

El caso del artículo 326 del Código Civil presenta un singular problema, al tener que determinar si el incumplimiento del pago de la cuota de alimentos que toca a la concubina está o no dentro del ámbito típico del artículo 149 del Código Penal.

Una interpretación teleológica destinada a ubicar la ratio legis de la situación jurídica del concubinato a partir de la Constitución de 1980, de su ubicación como objeto pasivo del delito de parricidio (el artículo 107 del Código Penal contempla la figura del concubicidio) y de la criminalización del incumplimiento de la obligación alimentaria, permite concluir que la omisión de pago de la cuota de alimentos que prevé el citado artículo 326 sí constituye el delito comentado y, por ende, el concubino puede ser sujeto del mismo.

El sujeto pasivo

Recurriendo al mismo método que para la fijación del sujeto activo, el paciente del delito tiene que ser encontrado, también en el artículo 474 del Código Civil.

Igualmente, los criterios expuestos en el punto anterior permiten incorporar al concubino (o concubina, según el caso) como víctima del delito de omisión a la asistencia familiar.

La situación típica

El ámbito situacional de esta figura delictiva se da cuando se verifica la interrelación de conflicto entre dos personas (en principio) vinculadas legalmente con la obligación de asistencia familiar, de las cuales una no está en condiciones de satisfacer sus necesidades vitales, y la otra se encuentra en la posibilidad de asumir la manutención de esta.

No realización de la acción objeto del deber

Se verifica con la no prestación de alimentos en la forma, cantidad y oportunidad fijadas en la sentencia emanada del proceso civil de alimentos.

El deber de acto, que es la prestación de alimentos, inicialmente es exigido en el ámbito del Derecho Civil, respetando el carácter secundario del Derecho Penal, y al persistirse en el incumplimiento de la obligación alimentaria se recurre a la vía penal como última ratio.

La omisión punible consiste en el incumplimiento de la obligación de prestar alimentos, pese al requerimiento judicial



hecho por el juez civil, bajo apercibimiento de expedirse copias para ser remitidas al Ministerio Público, para el ejercicio de la acción penal por delito de incumplimiento de la obligación alimentaria.

V. ASPECTOS PROCESALES DEL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.

Dada la poca amplitud del trabajo, se limitará el desarrollo a cuatro aspectos procesales.

1. Agotamiento del requisito de procedibilidad

La también llamada condición objetiva de punibilidad del previo requerimiento del cumplimiento de la obligación alimentaria supone que la pretensión punitiva esté escoltada por copias de los actuados judiciales del proceso civil por alimentos.

En la práctica, se observa que dichos actuados no reflejan la realidad del proceso civil, ya que las copias que se presentan son las que fija exclusivamente el actor, que obviamente (salvo marcadas excepciones) tiene un propósito específico en la causa, que lo lleva a no tener la vocación de presentar al fiscal penal y, por ende, al juez, lo que acontece en el proceso.

Más allá de señalar que el comportamiento del actor supone una violación del deber de veracidad que rige la conducta procesal de las partes, lo grave es que el juez civil, mayoritariamente, piense que tal práctica es correcta y que está limitado por la petición del demandante, en cuanto a las

copias a expedir y el aspecto del proceso de alimentos que reflejarán.

Quien provoca la intervención del fiscal es el juez civil, el mismo que tiene el evidente deber de permitir conocer al primero los elementos de juicio que establezcan o no la necesidad de ejercitar la pretensión punitiva del Estado.

2. La no procedencia del mandato de detención

Es innegable la necesidad de brindar la máxima protección a los alimentos, creando los mecanismos que disuadan a los obligados a su cabal cumplimiento.

Igualmente, es forzoso reconocer que la detención de los procesados por el delito comentado, en la realidad, es el único medio eficaz para alcanzar el propósito antes señalado. Sin embargo, el respeto por el Derecho y la convicción que la solución de los problemas sociales no está en violarlo, sino en aplicarlo, o en todo caso modificarlo, obligan a examinar la validez de su medida.

Dos principios gobiernan el proceso penal: el de libertad y el de la seguridad; siendo ambos indispensables se trató de buscar un punto de equilibrio que consiste en determinar en qué instituciones procesales prima el principio de libertad y en cuáles el principio de seguridad. La solución se ubicó en el principio de legalidad, pues solo la ley fija la preponderancia comentada.

Tratándose de la institución procesal de la detención, el principio de legalidad, que está consagrado en el artículo 2, inciso 20, parágrafos b, de la Constitución del Estado y en el artículo 135 del Código Procesal Penal



de 1991, determina los casos de procedencia de privación de la libertad antes de la pena, fijando los requisitos de procedibilidad, necesariamente concurrentes.

Sometido el caso del delito de incumplimiento de la obligación alimentaria a los requisitos de procedibilidad de la detención, de forma inmediata se advierte la no procedencia de la detención, al faltar el requisito de la cantidad de pena.

Lo sostenido no es enervado por lo dispuesto en el artículo 2, inciso 20, párrafo c de la Carta Política, pues la norma constitucional es una disposición marco, cuyo propósito es crear las condiciones legales para que, de implementarse a través de la ley procesal penal, el ilícito comentado conlleve la detención del encausado.

VI. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD APLICADO A LOS DELITOS DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR.

Dada la naturaleza del delito de omisión de asistencia familiar, la recurrencia con que se presenta y la búsqueda de soluciones consensuadas que permita, tanto al infractor como al agraviado una salida negociada es que se plantea la aplicación del principio de oportunidad para generar una solución rápida y satisfactoria teniendo en consideración principalmente el bien jurídico alimentario.

Creo pertinente mencionar al respecto que esta fórmula me parece la más satisfactoria para evitar, por un lado un encarcelamiento excesivo dada la naturaleza de tipo penal

muy cuestionable y por otro, el reconocimiento y el pago de los montos pendientes a fin de resarcir los derechos mencionados no obstante, la imposibilidad económica muchas veces de sujeto activo de afrontar esta clase de negociaciones y en otras la poca disposición negociadora así como su intransigencia al respecto frustran esta salida transaccional generando un estancamiento para ambas partes con el agravante de privar de la libertad al imputado lo que imposibilita su improductividad económica generándose un agravamiento de la deuda y una incapacidad de pago.

Soy de la idea que en estos casos debiera aplicarse taxativamente este principio siendo negociable solo la forma y los plazos de los pagos a fin de evitar que el proceso agrave la situación más que solucionarla.

VII. CONCLUSIONES.

- El principio de oportunidad se constituye en un instrumento muy eficaz para optimizar la administración de justicia acelerar los procesos y establecer soluciones transaccionales en evidente beneficio de las víctimas de los delitos por otro lado, al reducir potencialmente los niveles de prisión efectiva aporta en la reducción de la población penal ya bastante grande lo que evidencia la incapacidad del Estado para atenderla.
- La naturaleza jurídica del delito de omisión de asistencia familiar es muy cuestionable y controversial en la medida que no se define con exactitud



si se trata de un delito de omisión propia o impropia y establece sanciones punitivas ante conductas no probadas fehacientemente (el agraviado muchas veces no explicita de manera real la situación del proceso que en lo civil dio origen a la incurrancia del imputado dentro de los alcances de este tipo penal.)

- El principio de oportunidad se convierte en un instrumento muy eficaz para dar solución a esta clase de problemas pero requiere a mi consideración de algunos afinamiento legales que permitan en el caso específico del delito analizado una mayor preeminencia a fin de ser la formula aplicable en la mayoría de los casos y no como viene sucediendo hasta ahora que solo se aplica en un porcentaje mínimo.

- SAN MARTÍN CASTRO, César. "Manual de Derecho Procesal Penal". Editorial Grijley, Lima 2003.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "Manual de Derecho Arbitral". Editorial la Gaceta Jurídica, Lima 2008

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

- BOVINO - HURTADO. "Principio de oportunidad y proceso de reforma en América Latina: algunos problemas de política criminal". Editorial ASDTREA, Buenos Aires 2001
- DUPUIS, Juan Carlos. "Mediación y Conciliación". Editado por la PUCP, Lima 2007.
- GOMES COLOMER Fundamentos del Derecho procesal Penal, Editorial Civitas, Madrid 1999.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. "Manual de Derecho Procesal Penal". Editorial FECAT, Lima 2007.

LA INTERVENCIÓN CORPORAL Y LA VULNERACIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y/O INTIMIDAD PERSONAL

**Dr. AYQUIPA CCAHUANA,
WILDOR**

Abogado

Estudiante de maestría en la especialidad de Derecho Procesal Penal de la
Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez

Asistente en Función Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal
Corporativa de Puno



LA INTERVENCIÓN CORPORAL Y LA VULNERACIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y/O INTIMIDAD PERSONAL

Sumario:

I. Introducción. II. Concepto de Intervención Corporal. III. Derechos Fundamentales Afectados. IV. Presupuestos y Requisitos en la Ordenación y Ejecución de las Intervenciones Corporales. VI. La Intervención Corporal en el N.C.P.P. VII. La Extracción de Fluidos Corporales. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo al Libro Segundo del NCPP, se regula a la llamada "Actividad Procesal" y, dentro de esta, la Sección II está reservada a "La Prueba"; instituto de evidente importancia para el Derecho Penal y que, para lo que nos concierne en esta oportunidad, en términos generales, debemos entender como "la demostración de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho"⁵⁰.

Ahora bien, dentro de la referida sección, dedicada, conforme se dijo, a la demostración de la verdad de un hecho controvertido o de la existencia de una cosa o un hecho ante la autoridad judicial competente, dentro de un procedimiento penal⁵¹, el CPP contempla con la

denominación de "búsqueda de pruebas y restricción de derechos", el título dedicado a la labor que deben realizar la Policía Nacional, el Ministerio Público y el llamado juez de la investigación preparatoria para la investigación del delito, la que en su realización, eventualmente, presenta (y presentará) actuaciones que provocan cierto grado de restricción a la "integridad" de las personas intervenidas.

Dentro de este título es donde justamente encontramos contemplada la figura de la intervención corporal, que en esta oportunidad será el objeto de nuestro estudio.

Por otro lado, los derechos fundamentales instituidos en el Art. 2 de la Constitución

doctrina se señala que: Según el *Vocabulaire juridique*, la prueba es la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, mediante las formas determinadas por la ley. Asimismo, recogiendo la opinión de Carnelutti, y con más exactitud, se dice que la prueba no consiste en evidenciar la existencia de un hecho, sino en verificar un juicio, en demostrar su verdad o falsedad. Por ello, si un juicio afirma o niega la existencia de un hecho, al evidenciar la verdad o falsedad, se demuestra necesariamente la existencia o inexistencia de aquel.

⁵⁰ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. "Manual de Derecho Procesal Penal". Idemsa. Lima, 2005. Pág. 639.

⁵¹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. cit. Pág. 640. Con mayor detenimiento, CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario enciclopédico de derecho usual". Tomo VI. 26ª edición. Editorial Heliasta. 2003. Pág. 497, donde refiriéndose a la



peruana de 1993, son susceptibles, al menos en teoría, de ser lesionados en el curso de una investigación penal. Sin embargo, los derechos especialmente implicados en la investigación que se efectúe en un proceso penal, son:

1. Los consagrados en el art. 2, inc. 1 de la Constitución -la integridad física y moral.
2. Los relacionados con la libertad de transitar por el territorio que enumera el art. 2, inc. 11 del propio texto constitucional.
3. Los mencionados en el art. 2, inc. 7 - derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
4. A la inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones (art. 2. Inc. 9); y
5. Los que reconoce el inc. 23 del Art. 2 de la Constitución derecho a la legítima defensa.

El tema de las investigaciones y registros corporales, como diligencia susceptibles de ser acordadas en un proceso penal, es tarea harto difícil, pues, de un lado, se encuentran en juego, una serie de derechos constitucionales como los ya mencionados. Para intentar comprender mejor tal materia, se dirigen las presentes líneas, en la medida en que, dentro de la escasez de doctrina jurisprudencial sobre el tema, y de trabajos científicos sobre el mismo, aunque los existentes sean muy valiosos, su construcción resulte harto ardua.

II. CONCEPTO DE INTERVENCIÓN CORPORAL

Siguiendo a **GONZALEZ-CUELLAR**⁵², podemos definir las intervenciones corporales, como todas aquellas medidas de investigación, que dentro del proceso, tienen por objeto el cuerpo de una persona, y cuya finalidad puede ser tanto la búsqueda del cuerpo del delito, como concretar aspectos relativos a la salud física o psíquica de dicha persona. El conjunto de actuaciones que entran dentro del ámbito de aquéllas es tan grande que, a veces, el único elemento común consiste en que se practican sobre el cuerpo de una persona que está viva, con lo que la diligencia de autopsia quedaría excluida. Pueden integrarse en ellas diligencias tan heterogéneas como el análisis de sangre, los cacheos policiales, el registro que se practica en unos almacenes del presunto ladrón por los encargados de la vigilancia, la espiración de aire en el test de alcoholemia, los reconocimientos médicos legistas, los registros anales, o vaginales, los exámenes radiológicos o ecográficos, la toma de huellas dactilares, etc.

a) Desde una perspectiva objetiva, la doctrina alemana ha distinguido entre investigación corporal del imputado y registro corporal. La primera, según **Roxin**⁵³, consistía en la investigación del cuerpo mismo -vgr. Estado mental del inculpado, o del contenido del alcohol en sangre-, mientras que por la segunda se trataría de encontrar objetos escondidos en la superficie o en las cavidades naturales del

⁵² **GONZÁLEZ-CUELLAR**, Antonio: "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Editorial Ediar, Buenos Aires 1990.

⁵³ Citado por **VIVES ANTON, T.S.**: "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal". Poder Judicial número especial II, Anuario de Derecho Penal, Vol VI, Año 2003.



cuerpo -boca, ano y vagina-. La distinción, sin embargo, como opina la mayoría de la doctrina alemana, no presenta ninguna eficacia práctica, pues la regulación de la competencia, los requisitos y el sistema de impugnación de las medidas es idéntica en ambos casos.

En Italia, la doctrina entre "inspezione", art. 245 del Código Procesal Penal y "perquisizioni" art. 249 del Código Penal Italiano- permite flexibilizar el requisito de judicialidad de las medidas en relación con las "perquisizione personali" -registros personales- los cuales pueden ser practicados por la policía judicial en determinados supuestos.

b) Desde un punto de vista subjetivo, las medidas de intervención corporal son aplicables sobre el imputado y sobre terceros, incluida la víctima del delito. En Alemania, se permite la práctica de intervenciones sobre terceros que pueden ser considerados testigos, aunque si no prestan su consentimiento, únicamente se toleran aquellas medidas que consistan en la búsqueda de las huellas del delito "sobre el cuerpo" o entre las ropas, y no "en el cuerpo".

c) Desde un punto de vista instrumental, han de concretarse los medios que el ordenamiento ha de otorgar a los órganos de persecución penal para asegurar la ejecución de las medidas de intervención corporal que la ley prevea. **Gimeno Sendra**⁵⁴, indica que en el derecho comparado suele ser obligatorio el

sometimiento al análisis sanguíneo y que en los Tribunales Constitucionales europeos, es común denominador el de reconocer la legitimidad de tales actos de investigación coactivos, siempre y cuando sean absolutamente respetuosos con el principio de proporcionalidad, de tal suerte que nunca puedan entrañar riesgo a la salud para su destinatario, y sea confiada su ejecución al personal sanitario. **Asencio Mellado**⁵⁵ también se refiere a la cuestión, indicando como en Alemania y Portugal cabe el empleo de las bis compulsiva. **Gonzalez Cuellar**⁵⁶ pone de relieve las mismas circunstancias del derecho comparado. En Francia y respecto a las pruebas alcoholométricas, existe un deber de sujeción, el cual, en caso de rechazo a sometimiento, a diferencia del derecho alemán, no permite el uso de la bis compulsiva, si bien da lugar a las sanciones previstas en el Code de la Route, prisión de un mes a un año, y/o multa de 500 a 1.500 francos.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS

Es necesario ahora examinar cuáles son los derechos fundamentales limitados por unas intervenciones corporales y determinar si la restricción de dichos derechos se encuentra justificada.

Las intervenciones corporales suponen graves intromisiones en la esfera más

⁵⁴ **GIMENO SENDRA, CON ALMAGRO NOSETE, MORENO CATENA Y CORTES DOMINGUEZ:** "Derecho Procesal Penal 1990". "El derecho a la prueba de alcoholemia y prueba prohibida 1988

⁵⁵ **ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA:** "La prueba de garantías constitucionales derivadas del art. 24.2 de la Constitución". Poder Judicial número 4. "Prueba prohibida y prueba preconstituida". 1989.

⁵⁶ **GONZÁLEZ-CUELLAR,** Antonio: "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Editorial Ediar, Buenos Aires 1990.



íntima del individuo, su propio cuerpo. No es, pues, extraño que su constitucionalidad haya sido examinada a la luz de los diversos preceptos de nuestro texto constitucional.

Es obvio que, en ningún caso, la regulación de las intervenciones corporales puede conducir a la degradación de la dignidad humana, pues si así fuera habría de reputarse inconstitucional, no sólo por infringir 2 e incisos Constitución Peruana, sino también el art. 2, inc 24, párrafo h de la misma Constitución, la cual prohíbe las penas o tratos inhumanos o degradantes.

Gonzalez-Cuellar⁵⁷ expone la doctrina alemana, que considera un claro ejemplo de vulneración de la dignidad humana, los "test falométricos", que tratarían de medir la reacción del pene ante un estímulo sexual mediante un "erectómetro".

El art. 2, inc. 24, párrafo h de la Constitución Peruana garantiza el derecho a la integridad física y prohíbe las penas y tratos inhumanos o degradantes. No cabe sostener, en general, que las medidas de intervención corporal vulneren los derechos que dicho art. consagra, ya que su admisibilidad debe condicionarse sólo a que las medidas afecten levemente al derecho a la integridad física, y no supongan trato inhumano o degradante. No se vulnera en las extracciones de sangre y en los exámenes ginecológicos.

En todo caso sería muy conveniente que la ley que regule las medidas de intervención corporal permitiera a personas de confianza del afectado asistir a la intervención si éste lo solicita.

⁵⁷ Ibídem

El art. 2, inc. 24 y todos sus párrafos de la Constitución garantiza el derecho del detenido a presumir su inocencia mientras no se demuestre lo contrario y solo ser detenido en caso de flagrante delito o por mandato expreso. De ello, no puede deducirse, dice **Gonzalez-Cuellar**, la imposibilidad de utilizar informaciones obtenidas de las investigaciones corporales como elementos probatorios en el proceso. Sin embargo de la misma no puede deducirse que el imputado se encuentre obligado a prestar una colaboración activa en la ejecución de la medida. Tampoco se produce con ello la vulneración del derecho a la presunción de inocencia como ha señalado **Gimeno Sendra**⁵⁸, cuando señala:

"la posibilidad ofrecida al inculpado de probar un elemento que le disculpa, no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia, puesto que, si puede parecer evidente que siendo positivo el resultado de la prueba, puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos, que este mismo examen si fuera negativo, puede excusar al imputado".

En la medida en que el cuerpo humano se considera como una esfera de la intimidad, las diligencias que se examinan, también afectan al derecho consagrado en el art. 2, inc. 1 de la Constitución Peruana.

⁵⁸ **GIMENO SENDRA, CON ALMAGRO NOSETE, MORENO CATENA Y CORTES DOMINGUEZ**: "Derecho Procesal Penal 1990". "El derecho a la prueba de alcoholemia y prueba prohibida 1988



Desde las intervenciones de menos entidad, como los cortes de pelo o las extracciones de sangre, hasta los más graves, registros anales o vaginales, resulta restringido el derecho a la intimidad, considerando que constitucionalmente, dicho ámbito protegido no es coextenso con la realidad física del cuerpo humano, sino que se centra en las zonas corporales donde reside el "recato" o el "pudor". Se trata de una línea no muy acertada, dice **Díaz Cabiale**⁵⁹, que viene negándose a admitir espacios objetivos de la intimidad y que sólo la reconoce cuando el contenido de la actividad versa sobre elementos subjetivos internos.

IV. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS EN LA ORDENACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES

De la lectura conjunta de los artículos referidos a la materia tratada en el NCPP, se aprecia que las medidas que limitan o restringen derechos fundamentales, incluido el que nos interesa, proceden cuando las dictan las autoridades judiciales a través de resoluciones que deben contener necesariamente tres elementos: motivación, convicción suficiente y respeto o aplicación del principio de proporcionalidad.

a) El cumplimiento del principio de proporcionalidad

Cuando se habla de "proporcionalidad" se habla fundamentalmente de justificar la afectación de un derecho constitucional. Se

trata de determinar si existe una relación de equilibrio o de adecuada correspondencia entre "la restricción" que llega a sufrir un derecho constitucional y "la conservación" de un bien o interés público que aparece precisamente como causa de la restricción.

El principio de proporcionalidad tiene una lógica y mecánica interna en la determinación de la existencia de esa adecuada relación entre "lo sacrificado" y "la finalidad del sacrificio" que exige someter la medida o acto cuya proporcionalidad se pretende evaluar a un triple juicio, el cual está conformado por el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad sensu estricto⁶⁰.

Como lo refiere César San Martín, se trata de un principio que busca proteger los derechos fundamentales de las personas fijando los límites de la intervención del Estado en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses generales que aquel persigue y los intereses básicos del individuo o grupo que solo excepcional, taxativa y fundadamente pueden ser lesionados. Siguiendo al autor citado, doctrinariamente este principio se divide en tres subprincipios: adecuación, necesidad y subsidiariedad. El de adecuación quiere decir que la medida debe ser apta para alcanzar el objetivo que se pretende. El de necesidad dicta que la medida debe ser la precisa y no vaya más allá de lo

⁵⁹ **DÍAZ CABIALE**, José Antonio: "La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal". 1992

⁶⁰ **CASTILLO CÓRDOVA**, Luis. "El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal". En: *Doxa. Tendencias Modernas del Derecho*. Editora Normas Legales. Trujillo, 2004. Págs. 160-161. En este interesante artículo el doctor Luis Castillo desarrolla este principio con mayor extensión y detalle.



estrictamente necesario. El de subsidiariedad indica que la medida debe ser la menos lesiva o gravosa para el interés particular.

Conforme a Castillo Córdova, quien estudia los subprincipios mencionados, el juicio de idoneidad, llamado subprincipio de adecuación, tiene una doble exigencia: en primer lugar, que la medida o acto restrictivo tenga un fin y, en segundo lugar, que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin.

Sobre el juicio de necesidad refiere que si bien el acto restrictivo pudo haber superado el juicio de idoneidad citado, debe superar también, como siguiente paso, el juicio de necesidad, el cual consiste en examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental afectado que otras medidas igualmente eficaces; de no ser así, si se tuvo al alcance la posibilidad de decretar otra medida igualmente eficaz para la consecución del fin pero menos gravosa o restringente del derecho fundamental, se puede plantear su objeción.

Finalmente, sobre el juicio de proporcionalidad sensu estricto, el citado autor refiere que si la medida que afecta el derecho fundamental supera los juicios antes citados, no significa con ello que se esté ante una medida proporcional. Esa medida debe aprobar un juicio de proporcionalidad, que exige que la medida restrictiva guarde una "relación razonable" con el fin que se pretende alcanzar, generalmente se admite esta relación cuando existe un equilibrio entre las

ventajas o beneficios y entre las desventajas o los costos de adoptar la medida.

b) La existencia de elementos de convicción suficientes para la intervención Para dictar la medida de intervención, el numeral 1 del artículo 203 del CPP exige que el operador, sea juez o fiscal, verifique la existencia de suficientes elementos de convicción como para que considere que la decisión que está tomando no es equivocada o exagerada. Con este presupuesto, se exige que la medida dispuesta se ha ordenado en el convencimiento de que es la que corresponde realizarse.

c) Motivación suficiente de la procedencia de la intervención

Si bien todos reconocemos y aceptamos que el Estado puede y debe ejercer la acción punitiva que le corresponde, se debe reconocer que tal facultad no es omnímoda, sino, por el contrario, con respeto a los derechos fundamentales. Por ello, en la Constitución Política, más exactamente en el artículo 139, se ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales de los que se derivan una serie de consecuencias en cuanto a los límites de los poderes públicos.

Así, el artículo 139 numeral 5 de nuestra Constitución establece como una garantía de orden jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones. Por ello, no resulta difícil que tal principio tenga eco y repetición en un asunto tan delicado como las intervenciones corporales, exigiéndose expresamente que la resolución que permita la intervención, así como el requerimiento del Ministerio Público que la



solicita, deben ser motivados y debidamente sustentados⁶¹.

Tener en cuenta los elementos citados es de obligatorio cumplimiento para proceder a las intervenciones corporales, tanto así que, conforme a lo establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del CPP, si no se observan, no podrían utilizarse como fuente de prueba.

Asencio Mellado entiende como exigencia de este principio:

- a) Imputación suficiente, no bastando la sospecha si no es fundada y menos la adopción de esta medida de forma indiscriminada.
- b) Indispensabilidad de la medida, y adecuación entre el hecho imputado y la gravedad de la intromisión; y
- c) Garantías debidas en la ejecución de la misma.

En Alemania las medidas más graves se someten a un rígido control de proporcionalidad. Si aquéllas son más leves -cortes de pelo o investigaciones radiológicas o las que precisan la realización de un electrocardiograma o un electroencefalograma-, los criterios de medición del interés de persecución penal, pueden ser apreciados más flexiblemente, lo cual no equivale a prescindir del examen de su proporcionalidad.

Las reglas mínimas del Proceso Penal, denominadas "Reglas de Mallorca", redactadas por una Comisión de Expertos de Derecho Penal, y para Naciones Unidas

en febrero de 1992, en su regla 23ª, respecto a la cuestión que se examina dispone:

"1ª) Toda intervención corporal estará prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado. Sin embargo, y sólo cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito, la autoridad judicial podrá acordarla, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado.

2ª) La intervención corporal deberá ser siempre practicada por un profesional de la medicina de acuerdo con la lex artis y con el máximo respeto a la dignidad e intimidad de la persona".

Como se observa, dicha regla consagra los requisitos que hemos analizado con anterioridad.

V. LA OBLIGACIÓN DE SOPORTAR INTERVENCIONES CORPORALES

Este es uno de los temas más complejos y menos pacíficos, cual es, el relativo a si las intervenciones corporales lo han de ser con carácter meramente voluntario o sí, por el contrario, se deben sancionar al modo de verdaderas obligaciones procesales, con lo que ello conlleva de consecuencias sancionadoras para el caso de negativa.

El derecho comparado, como ya apuntamos con anterioridad, al hablar de los medios que debe otorgar el ordenamiento jurídico a los órganos de investigación penal, por regla general, las consagra, a la manera de

⁶¹ SAN MARTÍN CASTRO, César. "Derecho Procesal Penal". Volumen II. Grijley. Lima, 1999. Pág. 50.



obligaciones procesales pero con regulación diferente en cada país.

En Alemania, el citado p. 81 de la St. P.O. las impone obligatoriamente y señala su realización coactiva permitiendo, por tanto, la detención y conducción del sujeto a los lugares y en los momentos que se consideren más apropiados.

En Francia, y respecto a las pruebas alcoholométricas, si bien existe un deber de sujeción, en caso de rechazo a sometimiento, a diferencia del ejemplo alemán, no permite el uso de la bis compulsiva, pero impone las sanciones previstas en el Code de la Route -Prisión de un mes a un año y/o multas de 500 a 15.000 francos-.

En Portugal, el art. 60 del Código Procesal Penal, al referirse a la posición procesal del imputado, hace mención a los deberes procesales consustanciales a tal cualidad, y sanciona -61.3 c) en el marco de estos deberes, entre otros, el de sujetarse a diligencias de prueba-.

En la doctrina, la Dra. Fany Soledad Quispe Farfán⁶² en una reciente exposición en la Sala de Conferencia de la Corte >Suprema estima que:

"no queda más remedio que considerar admisible y necesaria la coacción directa para su aplicación, pues aunque tiene derecho a no colaborar activamente en el éxito de la medida en virtud de los derechos constitucionales del Art. 2 e incisos de la Constitución, si se

encontraría obligado a soportar las intervenciones pasivamente, siempre que la forma de ejecución de la injerencia no resulte desproporcionada, atendidas las circunstancias del caso".

A igual solución llega **Asencio Mellado**⁶³ respecto a tener que soportarlas pasivamente, pues de entender otra cosa distinta se podría llegar a absurdos que harían totalmente ineficaz el proceso penal y dejarían indefenso a las víctimas del delito. Si tal obligación de soportar negativamente diligencias no se impusiera, el imputado no tendría, si no quisiera, que someterse a una simple toma de huellas dactilares, o fotografías para los archivos policiales, a formar parte de una prueba de reconocimiento, e incluso, negarse a que contra él se efectuara un registro domiciliario, una interceptación de comunicación, pues el fundamento si se atiende a los derechos a no declarar o no hacerlo contra si mismo, es idéntico en todos los casos. **Moreno Catena**⁶⁴, afirma que:

"no existiría dificultad teórica para establecer legalmente las intervenciones corporales al modo de obligaciones procesales, siempre que se respetaran las garantías y permaneciera inalterado el derecho de defensa".

⁶² Fiscal Adjunta Provincial Penal de Lima., Magíster en Ciencias Penales, Profesora Asociada de la Academia de la Magistratura.

⁶³ **ASENCIO MELLADO**, José María: "La prueba de garantías constitucionales derivadas del art. 24.2 de la Constitución". Poder Judicial número 4. "Prueba prohibida y prueba preconstituida". 1989.

⁶⁴ **MORENO CATENA**, Víctor: "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal". Poder Judicial de España, número especial II.



VI. LA INTERVENCIÓN CORPORAL EN EL N.C.P.P.

En ese sentido, el Nuevo Código Procesal Penal y la Nueva Ley de Tránsito han establecido una regulación muy sistemática respecto al procedimiento de búsqueda de pruebas y restricción de derechos, dentro de los cuales se encuentra el control de identidad policial, la video vigilancia, las pesquisas, el allanamiento, control e intervención de las comunicaciones y la intervención corporal.

El Art. 213 del NCPP ordena el examen corporal para prueba de alcoholemia y precisa que la Policía⁶⁵, en su intervención de prevención o en el curso de una de la posible comisión de un delito, mediante la conducción de vehículo, podrá realizar la comprobación de tasas de alcoholemia en aire aspirado y si el resultado de la comprobación es positiva, el intervenido será retenido y conducido al centro de control sanitario correspondiente para realizar la prueba de intoxicación en sangre.

De acuerdo a diferentes posiciones doctrinales, se ha legado a discutir la constitucionalidad del Art. 213 del NCPP en la medida que afecta al derecho a la libertad, a la integridad física, a no

declarar contra sí mismo y no confesarse culpable y además a la presunción constitucional de la presunción de inocencia, pues la persona que se encuentra con evidentes signos de haber ingerido alcohol, muchas veces se niega a someterse a los exámenes correspondientes, es por ello que el NCPP indica que previamente se deben realizar el examen corporal de prueba de alcoholemia y en caso de resultar positivo, la Policía Nacional, podrá retener y conducir al intervenido, aún contra su voluntad.

Por otro lado, de acuerdo a la Ley Nro. 27753, la tabla de alcoholemia en el segundo periodo es de 0.5 a 1.5 miligramos de alcohol en la sangre, existe verborragia y excitación, disminución y pérdida de la eficiencia en actos más o menos complejos y dificulta mantener la postura, aquí se encuentra muy aumentada la posibilidad de accidentes de tránsito por disminución de los reflejos y el campo visual, es por ello que el art. 274 del Código Penal reprime la conducción en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos - litro.

VII. LA EXTRACCIÓN DE FLUIDOS CORPORALES

Tras la comisión de un hecho delictivo, la Policía está facultada, en cumplimiento de su deber constitucional de investigación del delito, para realizar una serie de actuaciones haciendo uso, para ello, de medios idóneos y técnicos que le permitan al Ministerio Público sustentar la

⁶⁵ El objeto de este acto de investigación de carácter pericial, indica el Dr. César San Martín, estriba en establecer el grado de alcohol en la sangre y constituye una intervención corporal leve en el caso de aspiración del aire y si resulta positivo se solicitará el reconocimiento médico a través del análisis de sangre o de orina y si la intoxicación es evidente se tratará de una prueba preconstituida, es decir una prueba que debe ingresar al proceso no solo con su efectiva documentación, sino con la declaración de los agentes que participaron en ella.



imputación que llegará a conocimiento del órgano jurisdiccional competente. A estos efectos, específicamente el artículo 211 del nuevo Código Procesal Penal establece que el fiscal solicitará al juez de la investigación preparatoria que ordene la realización de un examen corporal al imputado a efectos de establecer hechos importantes para la investigación, y siempre que el delito investigado esté sancionado con una pena privativa de libertad superior a cuatro años; teniendo como único límite de su realización la probable producción de un grave daño en la salud del imputado, para lo cual, de ser el caso, se solicitará un dictamen pericial previo.

Este instrumento procesal, como se aprecia, tiene por finalidad dilucidar los hechos materia de investigación. En ese sentido, las intervenciones corporales constituyen actos de investigación que tienen por objeto el cuerpo del imputado, a efectos de adquirir la certeza sobre un hecho controvertido a través de la obtención y conservación de fuentes de prueba— y que permiten establecer su vínculo con el hecho delictivo y, eventualmente, su responsabilidad penal. Entre estos actos hallamos aquellos, “consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto (...) de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado”⁽⁴⁾, los

que deberán ser realizados por un profesional especializado (médico).

Como es de verse, esta intervención afecta ciertos derechos fundamentales del imputado como los de integridad e intimidad personales o a la no autoincriminación; por lo que deberá ser autorizada por el órgano jurisdiccional correspondiente en estricto respeto del principio de proporcionalidad.

Podemos citar el ejemplo del caso de un autor del delito de violación sexual, quien plantea la posibilidad de interponer una demanda de hábeas corpus para detener la orden judicial que lo obliga a practicarse el examen de sangre requerido para el análisis comparativo de su ADN con el hallado en la víctima, al que se ha rehusado por considerar que se lesionarían sus derechos a la integridad e intimidad personales, además de su derecho a la no autoincriminación. Si bien en principio esta intervención afecta los mencionados derechos, debe verificarse su proporcionalidad atendiendo al fin que desea alcanzarse: el interés público en la investigación del delito⁶⁶. Recordemos que no toda intervención en un derecho fundamental es necesariamente inconstitucional.

Resulta entonces pertinente evaluar la medida a la luz del test de proporcionalidad. Así, es idónea la medida en tanto permite conocer la identidad del autor del delito de violación sexual, pues a través de ella se

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional español 207/1996 de fecha 16 de diciembre de 1996, publicada en el BOE: 19970122 [“BOE” núm. 19]; Sala Primera: Jueces Rodríguez, Gimeno, Cruz, Ruiz, Jiménez de Parga y García; Número registro: 1789/1996. Recurso de amparo.



logra el fin propuesto: el éxito del proceso penal. Por otro lado, se advierte la necesidad de la medida en tanto no existe alguna otra capaz de dar los mismos u otros resultados más certeros para determinar si quien nos consulta es el responsable de la comisión del delito y que, además, genere una menor afectación en sus derechos. Por último, resulta proporcional en la medida que el grado de realización del mencionado fin constitucional es equivalente al producido a los derechos en juego.

Siendo así, en cuanto a la consulta planteada, si bien es posible interponer una demanda de hábeas corpus para detener la realización de la prueba de sangre, esta sería declarada infundada, pues la intervención en los mencionados derechos resulta válida al fundamentarse, como ya analizamos *supra*, en la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (la investigación del delito), ha cumplido con los presupuestos constitucionales y legales (ordenada a través de un mandato judicial) y se verifica la estricta necesidad de su realización.

Adicionalmente al análisis constitucional, cabe señalar que si persistiera su renuencia a practicarse la prueba de sangre, se estaría cometiendo el delito de desobediencia a la autoridad, tipificado en el artículo 368 del Código Penal.

VIII. CONCLUSIONES

1. Toda intervención corporal, cuya constitucionalidad puede admitirse, exigirá para que se acuerde:
 - a) Que se decrete por la Autoridad Judicial en virtud de imputación suficiente e indicios bastantes, sin necesidad de inculpación formal.
 - b) En resolución motivada.
 - c) Que no exista otro medio para descubrir el presunto delito.
 - d) Que el delito que se pretende investigar sea de notoria gravedad.
 - e) Que no exista peligro para la salud del afectado.
 - f) Que aquélla se practique siempre por un profesional de la medicina de acuerdo con la *lex artis* y con el máximo respeto a la dignidad e intimidad de la persona; y
 - g) Es primordial la proporcionalidad entre la gravedad del delito y las medidas ordenadas, de tal forma que de la ponderación entre los intereses individuales y sociales en conflicto, se desprenda la mayor relevancia de los segundos, y dicho interés deberá ser más alto, cuanto más graves sean las medidas decretadas.
2. La negativa a la práctica de las mismas sólo podría dar lugar a la valoración de aquélla conjuntamente con las pruebas o



indicios ya existentes en el proceso contra el presunto imputado.

3. El control de la proporcionalidad de las medidas de intervención, adoptadas por los órganos judiciales en el proceso penal, puede ejercitarse por los recursos ordinarios que proceda, según la ley Procesal contra la resolución recaída: reforma, súplica, queja, apelación y casación en su caso.
4. También cabe interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y posteriormente someter la cuestión ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- **ASENCIO MELLADO**, José María: "La prueba de garantías constitucionales derivadas del art. 24.2 de la Constitución". Poder Judicial número 4. "Prueba prohibida y prueba preconstituída". Themis, Bogotá 1989.
- **CASTILLO CÓRDOVA**, Luis. "El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal". En: *Doxa*. Tendencias Modernas del Derecho. Editora Normas Legales. Trujillo, 2004.
- **DIAZ CABIALE**, José Antonio: "La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal". 1992
- **GIMENO SENDRA, CON ALMAGRO NOSETE, MORENO CATENA Y CORTES DOMINGUEZ**: "Derecho Procesal Penal 1990". "El derecho a la prueba de alcoholemia y prueba prohibida 1988
- **GONZÁLEZ-CUELLAR**, Antonio: "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Editorial Ediar, Buenos Aires 1990.
- **MORENO CATENA**, Víctor: "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal". Poder Judicial número especial II.
- **SAN MARTÍN CASTRO**, César. "Derecho Procesal Penal". Volumen II. Grijley. Lima, 1999.
- **SÁNCHEZ VELARDE**, Pablo. "Manual de Derecho Procesal Penal". Idemsa. Lima, 2005
- **VIVES ANTON, T.S.**: "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal". Poder Judicial número especial II, Anuario de Derecho Penal, Vol VI, Año 2003.

LA QUERRELLA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

**Ms.: CASTAÑEDA HINOSTROZA,
KARINA MERCEDES.**

Abogada



LA QUERRELLA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Sumario:

I. Introducción. II. La Querrela: Antecedentes. III. El Principio de Oficialidad. IV. La Querrela en el N.C.P.P. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales objetivos político-criminales del nuevo sistema de justicia criminal, propuesto en el Nuevo Código Procesal Penal, es la promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos. Asimismo, se contempla, elevado a la categoría de principio básico del nuevo proceso, el deber de los órganos de persecución penal de dar protección a la víctima durante todas las fases del procedimiento.

A los fiscales se les impone la obligación de velar por sus intereses y a los jueces la de garantizar la vigencia de sus derechos. En fin, se otorga a la víctima el estatus de sujeto procesal, sin necesidad de constituirse en querellante, al mismo tiempo que se le reconoce "un conjunto de derechos que buscan romper su actual situación de marginación".

Estas líneas introductorias revelan el influjo que ya desde hace algunas décadas ejerce el fenómeno de la víctima y la victimología en los procesos de reforma de los sistemas

penales y de enjuiciamiento criminal⁶⁷, evidenciado particularmente en el ámbito latinoamericano. Pareciera, pues, que la víctima recupera buena parte del protagonismo perdido con el advenimiento del procedimiento inquisitivo⁶⁸ aunque, en nuestro sistema, nunca se la haya excluido totalmente como sujeto dotado de facultades procesales, lo que se refleja en la existencia de delitos de acción penal privada, del querellante particular y la posibilidad del ofendido de interponer la acción civil dentro del proceso penal⁶⁹.

En efecto, la participación del ofendido ha sido siempre relevante en el proceso penal, tal como lo demuestra el proceso penal español, antecedente directo del chileno y

⁶⁷ Sobre la vasta literatura producida en estos años, vid. HIRSCH (H.J.), "Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal", en MAIER y otros, *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 94 nota 2. También, ESER (A.), "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal", en MAIER y otros, *De los delitos y de las víctimas*, pp. 15 y ss.

⁶⁸ BUSTOS (J.), *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2a ed., Ariel, Barcelona, 1991, pp. 223 y ss.

⁶⁹ HIRSCH, señala gráficamente que la víctima ha sido nuevamente descubierta para el proceso penal después que, en el transcurso de la evolución jurídica, se la "desalojó" y luego "expulsó" de él "Acerca de la posición de la víctima...", en MAIER y otros, *De los delitos y de las víctimas*, cit., p. 94



del peruano⁷⁰, evolucionando a la par de la denominada “acción popular”.

Cuando el sistema inquisitivo se implantó en Europa, se superpuso al viejo proceso penal altomedieval, en el que la iniciativa era esencialmente privada, y la iniciación del proceso penal por querrela de un particular sobrevivió en muchos lugares hasta la consolidación definitiva de la idea de oficialidad de la persecución penal de los delitos.⁷¹

En el NCPP del 2004 no se ha establecido alguna definición de lo que debe entenderse por querrela, pero se han establecido diversas disposiciones respecto a su trámite, las cuales revisaremos a continuación.

Como antecedentes de este instituto procesal hay que señalar que los delitos contra el honor están tipificados en el Título II del CP y son: i) la injuria (artículo 130), ii) la calumnia (artículo 131), iii) la difamación

(artículo 132, párrafo primero), la difamación calumniosa (artículo 132, párrafo segundo), y iv) la difamación a través de medio de comunicación social (artículo 132, párrafo tercero).

Expresamente el artículo 138 del CP señala que a estos delitos les corresponde el ejercicio privado de la acción penal. Ello quiere decir que no se trata de delitos perseguibles de oficio por el Ministerio Público, sino que es el agraviado o directamente el ofendido el que tiene la potestad de someter a su ofensor al procedimiento penal, esto es, depende solo de él poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la comisión del hecho delictivo e iniciar proceso penal.

II. LA QUERRELA: ANTECEDENTES

Nuestro Código de Procedimientos Penales de 1940 ya regulaba en su Libro Cuarto (Procedimientos Especiales), un título específico al procedimiento especial para delitos de calumnia, difamación e injuria.⁷²

Se advierte que en este tipo de procesos que no se verifica nítidamente la concurrencia de la etapa de investigación preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento como si sucede en el caso de los procesos comunes. De esto se puede

⁷⁰ Sobre la legislación procesal penal que rigió en Chile desde la Colonia hasta marzo de 1907, fecha en que entró en vigor el Código de Procedimiento Penal de 1906, y los antecedentes históricos de este cuerpo legal, vid. FONTECILLA (R.), *Tratado de Derecho Procesal Penal I*, Editorial Jurídica de Chile, 2a ed., 1978, pp. 71 y ss.

⁷¹ Así, ROXIN señala que aun en la *Constitutio Criminalis Carolina* del Emperador Carlos V (1532), ley penal imperial a través de la cual ingresa la Inquisición a Alemania, se conservaba al acusador privado junto al juez inquisidor aunque, en verdad, fue el comienzo de su eliminación del sistema *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 69). En efecto, si bien la recepción del derecho romano-canónico en Alemania, producido a través de la Carolina, no significó la completa abolición del sistema acusatorio privado germánico, en el cual la promoción del procedimiento y el papel del acusador recaen sobre el ofendido, el principio acusatorio decae al no exigirse más, como necesidad absoluta, la existencia de una acusación para proceder penalmente en contra de una persona, pues el propio juez puede actuar de oficio y acusar. Aunque formalmente subsistente, la acción privada dejó de utilizarse en la práctica por las formalidades y riesgos que implicaba (cfr. MAIER (J.), *Derecho procesal penal argentino*, Ib, Fundamentos, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 69-73).

⁷² Que, este colegiado considera que en los delitos de calumnia, difamación, injuria y contra el honor sexual sujetos al procedimiento especial de querrela, previsto en el Libro Cuarto Título I del Código de Procedimientos Penales, en las que no interviene el Ministerio Público y cuyo impulso es a instancia de parte, no se requiere que el querellante considerado como agraviado en el proceso se constituya expresamente como parte civil, dada a la propia naturaleza del mismo (Exp. N° 287-97-Corte Superior de Justicia de Lima, del 03/07/1998).



advertir la siguiente problemática que expongo a continuación:

En la etapa de la investigación preparatoria no existe en el proceso por querrela una fase precisa de recolección de elementos de convicción, en la que se encuentre el órgano jurisdiccional fiscalizando los actos del acusador privado tal como sucede en el trámite de los procesos comunes; no obstante, en el artículo 461 del Código Procesal Penal, se preceptúa que el Juez Penal Unipersonal a solicitud del querellante podrá decretar que la Policía Nacional efectúe una investigación en los términos que fije el querellante cuando:

- Se ignore el nombre o domicilio de la persona contra quien se dirija la querrela
- Cuando se requiera describir en forma clara, precisa y circunstanciada el delito⁷³.

En la fase intermedia tampoco se visualiza con claridad en los procesos instados por acción privada, no obstante de la interpretación sistemática de los artículos 107, 108, 109, 459, 460 e inciso 1° del artículo 349 del Código Procesal Penal se deduce que se ingresa a dicha fase cuando el Juez efectúa la calificación del escrito de querrela, el cual debe contener un pedido de acusación como se advierte del artículo 107 de la norma citada, en el que el querellante particular solicita al órgano

jurisdiccional en forma conjunta la sanción penal y el pago de la reparación civil⁷⁴.

En lo que concierne a la etapa del juicio oral. Al darse inicio formal al juzgamiento, necesariamente tienen que estar presentes las partes (querellante y querelado), a efectos de que intervengan activamente en las audiencias, presentando ante el órgano jurisdiccional su teoría del caso, para interrogar a los testigos, contrainterrogarlos, todo ello teniendo en cuenta los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad. Esta etapa es similar a la de los procesos comunes, con la salvedad de que en los procesos instados por acción privada, instalada la audiencia del juicio oral,

⁷⁴ El Juez Unipersonal al efectuar la calificación del escrito de querrela, controla la concurrencia de requisitos de admisibilidad y procedencia, es decir si existe legitimidad para plantear la pretensión punitiva, si la acción no ha prescrito, si el hecho denunciado es delictivo, punible y no es perseguible por acción pública, si contiene la pretensión resarcitoria debidamente justificada, además de los requisitos establecidos en el inciso 1° del artículo 349° del Código Procesal Penal, ya que de no concurrir estos como, por ejemplo, se omita consignar datos que sirvan para identificar al imputado, no se narre los hechos en forma clara y precisa, no se precise el artículo penal que tipifique el hecho, cuantía de la pena, monto de la reparación civil, medios de pruebas, entre otros, no será posible que se admita la querrela; y que de presentarse las deficiencias y errores antes señalados, si se trata de requisitos de admisibilidad, el órgano jurisdiccional ordenará la subsanación correspondiente, para lo cual emitirá un auto de inadmisibilidad de la querrela, requiriendo se cumpla con subsanar los errores o deficiencias en el plazo de tres días, caso contrario se tendrá por no presentada la querrela, de acuerdo al artículo 460 inciso 1° de la norma acotada; y en caso de advertir la inconcurrencia de requisitos de fondo, el Juez rechazará de plano la querrela, conforme se tiene del artículo 460 inciso 3°, también puede darse el caso que el escrito reúna los requisitos de admisibilidad y procedencia, en este caso se expide el auto admisorio de la instancia corriendo traslado al querelado por cinco días a efectos de que ejerciendo su derecho de defensa pueda contestar la querrela, ofrecer las pruebas que estime pertinentes, alegar medios de defensa, y habiendo vencido el plazo para ello con o sin la contestación de la querrela se dictará el auto de citación a juicio conforme se tiene del inciso 1° y 2° del artículo 462 de la norma procesal anotada.

⁷³ Ello con conocimiento del Ministerio Público, con la finalidad de que éste de visos de legalidad a la investigación que efectúa la Policía, ya que además de ser director de la investigación, también es defensor de la legalidad.



previamente se tiene que cumplir la etapa de conciliación en sesión privada como manifiesta el inciso 3° del artículo 462.⁷⁵

III. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD.

Hay que empezar señalando que el ordenamiento jurídico procesal penal peruano siempre ha reconocido el principio de oficialidad, esto es, el de la persecución penal de los delitos a través del Estado⁷⁶. Como sabemos, históricamente este principio está vinculado al origen del Estado moderno, es decir, del Estado surgido en el proceso de centralización burocrática del poder que caracteriza el tránsito de la organización política feudal a la estatal. Su fundamento radica en el interés público a que los delitos no permanezcan impunes: el Estado no sólo tiene el monopolio para establecer las normas jurídico-penales sino también el derecho y el deber a la persecución penal para hacer efectivas dichas normas, incluso sin considerar la voluntad de la víctima.

Esto no significa que el principio de oficialidad deba ser visto como un rasgo esencialmente vinculado al modelo inquisitivo de proceso penal. El modelo acusatorio es compatible con una adhesión en grado máximo del principio de oficialidad como ocurre, por ejemplo, con el proceso penal norteamericano, en que aquél expresa la voluntad democrática, del mismo

modo en que el modelo inquisitivo puede tolerar algún grado de erosión del mismo principio.

IV. LA QUERELLA EN EL N.C.P.P

Es así que el Nuevo Código Procesal Penal, recoge la institución de la querella, estatuyéndola en el Art. 459 de dicho cuerpo legal a través de 3 incisos

- 1) En los delitos sujetos a ejercicio privado de la acción penal, el directamente ofendido por el delito formulará querella, por sí o por su representante legal, nombrado con las facultades especiales establecidas por el Código Procesal Civil, ante el Juzgado Penal Unipersonal.
- 2) El directamente ofendido por el delito se constituirá en querellante particular. La querella que formule cumplirá con los requisitos establecidos en el artículo 109°, con precisión de los datos identificatorios y del domicilio del querellado.
- 3) Al escrito de querella se acompañará copias del mismo para cada querellado y, en su caso, del poder correspondiente.

Con respecto al querellante, el NCPP establece en su Art. 107 que “En los delitos de ejercicio privado de la acción penal, conforme al numeral 2 del artículo 1°, el directamente ofendido por el delito podrá instar ante el órgano jurisdiccional, siempre

⁷⁵ La conciliación necesariamente debe ser instado por el órgano juzgador, quien debe invitar a las partes a conciliar, tanto en interés de la paz que se busca con un arreglo consensuado como para evitar la descongestión del trabajo de los tribunales

⁷⁶ INFANTES VARGAS, ALBERTO. El sistema Acusatorio y los Principios Rectores del Código Procesal Penal. 1ra. Ed. Jurista Editores E.I.R.L. Lima – Perú. 2006. p. 96. pp. 286.



conjuntamente, la sanción penal y pago de la reparación civil contra quien considere responsable del delito en su agravio".

Esta figura difiere mucho en sus alcances del "querellante" en el Código Procesal Penal Chileno, inmediata referencia de comparación, en donde no sólo es la víctima, sino puede ser su representante legal o su heredero testamentario, así como las personas que se individualizan en el artículo 111 incisos 2° y 3° de dicho cuerpo legal.

Como requisitos se establecen de acuerdo al Art. 108 del NCPP:

1. El querellante particular promoverá la acción de la justicia mediante querrela.
2. El escrito de querrela debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad:
 - a) La identificación del querellante y, en su caso, de su representante, con indicación en ambos casos de su domicilio real y procesal, y de los documentos de identidad o de registro;
 - b) El relato circunstanciado del hecho punible y exposición de las razones fácticas y jurídicas que justifican su pretensión, con indicación expresa de la persona o personas contra la que se dirige;
 - c) La precisión de la pretensión penal y civil que deduce, con la justificación correspondiente; y,
 - d) El ofrecimiento de los medios de prueba correspondientes.

Los requisitos, de índole *procesal*, son comunes a todos los casos de interposición de querrela y consiste en la capacidad de aparecer en juicio. La cuestión también de

índole *territorial*, plantea la exigencia de una vinculación estable con el quehacer de la región o la provincia (el domicilio), a fin de que este mecanismo sea utilizado debidamente y no para fines extraños al mismo. También se exige que se establezcan las precisiones de la pretensión así como los fundamentos jurídicos en los que se sustenta.

Con respecto al derecho comparado es posible distinguir tres *clases* de participación del querellante en el procedimiento penal: el querellante *conjunto adhesivo*, el querellante *conjunto autónomo*⁷⁷, cuya intervención se plantea en los delitos de acción penal pública y el querellante *privado*, en los delitos de acción penal privada. En las dos primeras, el querellante interviene en el proceso junto con el ministerio público; sus diferencias radican en el grado de autonomía que tienen respecto del acusador público. Por el contrario, el querellante privado tiene el dominio exclusivo de la persecución penal de ciertos delitos.

Por otro lado, una de las formas en que el ofendido puede participar en el procedimiento por delito de acción penal pública es como colaborador y control externo del ministerio público. La ley penal legitima su intervención en tanto coadyuvante del acusador público, privándolo de toda posibilidad de actuación autónoma del mismo. Su intervención es, en consecuencia, siempre accesoria de la persecución penal oficial. Así, si el fiscal no

⁷⁷ Según BINDER, "porque tiende a ser una atribución tan difusa que, porque todos la tienen, nadie la ejerce" (*Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 329).



acusa o no interpone recursos en contra de la sentencia, al querellante adhesivo le está vedado hacerlo. En cuanto control externo del ministerio público se encuentra autorizado para desencadenar mecanismos de control judicial o administrativo jerárquico cuando aparezca comprometida la legalidad de alguna actuación del acusador oficial⁷⁸.

En el CPP Chileno y Español, modelo para Iberoamérica, se propone, de modo principal, la solución de la querrela por adhesión.

El querellante adhesivo sólo puede adherir a la acusación del ministerio público, señalar sus vicios para que sean corregidos, objetarla porque no incluye a algún imputado u omite alguna circunstancia relevante; puede oponerse a la solicitud de sobreseimiento o clausura del procedimiento solicitando que se lo obligue a acusar y el tribunal competente del procedimiento intermedio resuelve tal solicitud. El recurso de casación contra la sentencia o contra una resolución que pone fin al procedimiento o hace imposible su prosecución interpuesto por el querellante adhesivo determina un control administrativo interno del ministerio público cuando el fiscal a cargo del caso no lo haya interpuesto por su parte o, si habiéndolo efectuado, el recurso es menos amplio que el de aquél.

Como veremos a propósito del examen del querellante conjunto autónomo, la opción por una u otra institución es una cuestión

central en la configuración del modelo de persecución penal de los delitos.

El querellante autónomo, a diferencia del querellante adhesivo, este acusador tiene atribuciones semejantes a las del ministerio público y las ejerce de modo paralelo y autónomo. La consecuencia más radical de este planteamiento es que el querellante puede acusar aunque el ministerio público no lo haga; en efecto, posee "plena autonomía no sólo formal sino material, esto es, representación y procuración plena de la pretensión punitiva (estatal), ejercida también por él, sin limitación alguna".⁷⁹

Si el Estado conserva la pena estatal y la persecución penal pública, pareciera que la querrela adhesiva es la única compatible con esta configuración del sistema penal y, también, la más adecuada para evitar una desproporción intolerable en la posición de las partes en el procedimiento, con evidente perjuicio para los derechos defensivos del imputado. La admisión de un querellante conjunto con plena autonomía respecto del acusador público, significa convertir la persecución penal pública en privada, el procedimiento oficial en uno semejante al de acción penal privada, lo que implica contravenir la previa decisión legislativa de que corresponde la persecución penal al Estado. El diseño institucional del procedimiento debe hacerse cargo de las cuestiones planteadas de un modo coherente.⁸⁰

⁷⁸ Hemos seguido la terminología empleada por BINDER (*Introducción al derecho procesal penal*, cit., pp. 327 y ss.).

⁷⁹ MAIER (J.), "La víctima y el sistema penal", cit., p. 235.

⁸⁰ Sobre las objeciones a la privatización de la persecución penal pública, vid. supra, III.E.2.1. Sostiene con fuerza la figura del querellante conjunto autónomo, BINDER (A.), *Introducción al derecho procesal penal*, cit., pp. 328-329.



Por otra parte, y mientras se mantenga la persecución penal pública, la intervención de un querellante conjunto autónomo impide superar los inconvenientes y objeciones que plantea la existencia de dos acusadores en el procedimiento penal, especialmente cuando uno de ellos no está vinculado al principio de objetividad⁸¹.

Con respecto al querellante privado, es acusador exclusivo y excluyente en los denominados delitos de acción penal privada, máxima expresión de la privatización de la persecución penal, aunque constituye una excepción de reducida extensión en las legislaciones que la contemplan. Se plantea en aquellos casos en que el componente de interés privado prevalece sobre el interés público al castigo, lo que permite que la autonomía de la voluntad y el poder de decisión del ofendido jueguen un papel preponderante en el inicio, desarrollo y desenlace del procedimiento. Es consustancial a la acción penal privada la posibilidad de renuncia o desistimiento de la querrela, la conciliación pone término al procedimiento y la inactividad del querellante, demostrativo de escaso interés en la persecución, determina generalmente el abandono de la acción y el sobreseimiento definitivo de la causa.

Las acciones penales privadas suelen estar vinculadas a delitos de escasa gravedad o en que la afección al bien jurídico es

insignificante, por lo que su persecución penal se deja entregada a la voluntad del titular del bien vulnerado.⁸² Tratándose de delitos más graves, que se refieren al ámbito íntimo de la persona (injurias, calumnia), la persecución penal pública puede agravar el perjuicio o daño ocasionado por el ilícito, por lo que se los configura ya como delitos de acción penal privada o, al menos, dependientes de instancia particular, a fin de que el ofendido manifieste expresamente su voluntad de iniciar el procedimiento. Lo mismo puede ocurrir en el ámbito de la violación de secretos, cuya ventilación pública pudiera significar un desmedro mayor para el ofendido, aunque la mayor preponderancia del interés público sobre el privado suele determinar su tratamiento conforme a las reglas de los delitos de acción pública previa instancia particular.

Este modelo está en nuestro Código Procesal Penal y así lo especifican los artículos 109 y 110 al señalar:

ARTÍCULO 109° Facultades del querellante particular.-

1. El querellante particular está facultado para participar en todas las diligencias del proceso, ofrecer prueba de cargo sobre la culpabilidad y la reparación civil, interponer recursos impugnatorios referidos al objeto penal y civil del proceso, y cuantos medios de defensa y requerimientos en salvaguarda de su derecho.

⁸¹ MAIER (J.), "La víctima y el sistema penal", cit., p. 237. Este autor propone como alternativa, y en el marco de la tendencia político-criminal que confiere protagonismo a la víctima en el sistema penal, que el ofendido pueda formar parte, accidentalmente, de la organización del ministerio público pudiendo confiársele, judicialmente o por intermedio del propio ministerio público, la persecución oficial del caso en el cual interviene. Esta opción invertiría su papel pues quedaría sujeto al control del órgano estatal (p. 248).

⁸² WEIGEND (T.), "Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren", en *Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft*, Ns 96, 1984, pp. 776 y ss.



2. El querellante particular podrá intervenir en el procedimiento a través de un apoderado designado especialmente a este efecto. Esta designación no lo exime de declarar en el proceso.

ARTÍCULO 110° Desistimiento del querellante particular.

El querellante particular podrá desistirse expresamente de la querrela en cualquier estado del proceso sin perjuicio del pago de costas. Se considerará tácito el desistimiento cuando el querellante particular no concurra sin justa causa a las audiencias correspondientes, a prestar su declaración o cuando no presente sus conclusiones al final de la audiencia. En los casos de incomparecencia, la justa causa deberá acreditarse, de ser posible, antes del inicio de la diligencia o, en caso contrario, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha fijada para aquella.

En efecto, siguiendo el modelo del CPP modelo para Iberoamérica, el Código mantiene la institución del querellante particular, introduciéndole ciertas facultades que han reforzado su posición dentro del procedimiento. Esta circunstancia viene determinada, en gran medida, por los objetivos político-criminales declarados de la reforma, uno de los cuales era conferir un mayor protagonismo a la víctima en el procedimiento penal y en la resolución del conflicto penal. Por ello, no fue excesivamente problemática la decisión de privatizar la persecución penal pública en caso de forzamiento de la acusación por parte del querellante. Asimismo, el querellante particular posee la facultad de

intervenir activamente en el procedimiento penal y, en general, adherir a la acusación del fiscal o presentar una particular⁸³, ofrecer y presentar prueba en el juicio, interponer recursos, etc.

En el ámbito de los delitos de acción penal privada, el querellante tiene la carga de la persecución penal, pues no interviene el ministerio público, y debe iniciar el procedimiento por delito de acción privada previsto en los Artículos 108, 109 y 110 del Capítulo III del Título IV del NCPP. Todo el impulso procesal recae sobre sus hombros, y su inactividad o pasividad conduce, por regla general, al sobreseimiento definitivo de la causa (arts. 344 y 345 del NCPP).

La excepción está constituida por la hipótesis contenida en el inciso 2° del artículo 7 del NCPP cuando prescribe que “La cuestión previa, y las excepciones también se pueden deducir durante la Etapa Intermedia”.

En lo que concierne al proceso en sí mismo, se puede decir que éste se formula directamente ante el Juzgado Penal Unipersonal, debiendo contener los datos identificatorios, el domicilio del querellado; asimismo, deberá adjuntarse a la misma, copia de la querrela para el querellado. La querrela debe precisar con claridad los hechos imputados, en caso contrario, el Juez Penal Unipersonal se encuentra capacitado, por el artículo 460 del Código procesal penal de 2004, a solicitar se aclare o complete la querrela con apercibimiento

⁸³ La diferencia esencial con el querellante conjunto autónomo es que la acusación particular del querellante chileno presupone la del Fiscal. La alternativa, como sabemos, es el procedimiento de forzamiento de la acusación.



de tener por no presentada la querella y de archivar la causa. En este último caso (archivamiento de la querella), la resolución que así lo dispone posee la calidad de cosa juzgada, lo que supone la imposibilidad de renovar la querella.

Excepcionalmente, cuando el querellante ignore el nombre o domicilio del responsable del delito, o cuando para describir clara, precisa y circunstanciadamente el delito fuere imprescindible llevar a cabo una investigación preliminar, éste puede solicitar al Juez (en el escrito de querella) su realización, precisando las medidas pertinentes que deben adoptarse. Si el Juez Penal considera pertinente la investigación preliminar ordenará a la Policía Nacional que la realice en el término que fije. Culminada la investigación policial, la autoridad policial presentará al Juez penal el informe respectivo con el resultado de la investigación. Este documento es puesto a conocimiento del querellante, quien se encuentra obligado a completar la querella dentro del quinto día de notificado, caso contrario caducará el derecho de ejercer la acción penal.

El Juez penal puede también rechazar de plano la querella cuando sea absolutamente evidente que el hecho no constituye delito, la acción se encuentra prescrita o su persecución sea mediante acción pública.

Demostrada la admisibilidad de la querella, el Juez emitirá auto admisorio de la instancia, que debe ser puesto en conocimiento del accionado a fin que en el término de cinco días conteste y ofrezca la prueba que corresponda. Los medios de

defensa que formule el querellado en su contestación o en el curso del juzgamiento oral se resolverán con la sentencia.

Al iniciarse la audiencia, se deberá invitar a las partes de modo privado a fin de que concilien sus diferencias y lleguen a un acuerdo. De arribar a un acuerdo, el proceso debe culminar. Si, por el contrario, la conciliación no se produce, la audiencia pública deberá continuar.

En materia cautelar, sólo es posible la imposición de la comparecencia (simple o con restricciones, esto último sólo en casos de peligro de fuga o de peligro procesal). En caso de incomparecencia inmotivada al juzgamiento oral, el querellado será declarado reo contumaz y se ordenará su conducción compulsiva.

Se prevé (artículo 464 del Código Procesal Penal) el abandono del proceso (durante tres meses), abandono de juzgamiento, el desistimiento y la transacción como causas de conclusión del proceso.

Se introduce, mediante el artículo 467 del Código Procesal Penal del 2004, la publicación o lectura de la sentencia condenatoria firme como medida aplicable en el caso de delitos contra el honor cometidos mediante la palabra oral o escrita o la imagen por medio de comunicación social.

V. CONCLUSIONES

Este nuevo modelo procesal penal implica separación estricta entre la función de acusar y la función decisoria, característica que hará eficiente la administración de justicia penal, ya que se deja de lado la figura del juez inquisidor, que investigaba y juzgaba. En este nuevo proceso es



importante que cada cual cumpla con las funciones y roles que la Constitución y la norma procesal penal ha fijado, ello con la finalidad de hacer viable la administración de justicia penal, de modo que se desaparezca esa percepción de impunidad e iniquidad e injusticia, inseguridad del antiguo modelo inquisitivo.

El proceso por delito de ejercicio de la acción privada posee características que le son muy propias y, en cierta medida, le alejan del esquema que sigue el proceso común en el N.C.P.P.

En el ámbito de los delitos de acción penal privada, el querellante tiene la carga de la persecución penal, pues no interviene el ministerio público, y debe iniciar el procedimiento por delito de acción privada previsto en los Artículos 108, 109 y 110 del Capítulo III del Título IV del NCPP. Todo el impulso procesal recae sobre sus hombros, y su inactividad o pasividad conduce, por regla general, al sobreseimiento definitivo de la causa (arts. 344 y 345 del NCPP).

La excepción está constituida por la hipótesis contenida en el inciso 1 del artículo 7 del NCPP cuando prescribe que “...a cuestión previa, cuestión prejudicial y las excepciones se plantean una vez que el Fiscal haya decidido continuar con las investigaciones preparatorias o al contestar la querrela ante el Juez y se resolverán necesariamente antes de culminar la Etapa Intermedia”.

Si bien es cierto la querrela puede ser establecida al igual que el proceso común, en tres fases, no posee ni en la fase de la investigación preparatoria ni en la etapa intermedia delimitaciones perfectamente

identificables lo que hace de este proceso especial, un instituto procesal sui generis dentro del NCPP lo que requeriría, de algún modo, el establecer criterios de distinción a fin de que no se generen confusiones en el desarrollo de la querrela.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS (J.), *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2a ed., Ariel, Barcelona, 1991
- ESER (A.), “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal”, en MAIER y otros, *De los delitos y de las víctimas*
- FONTECILLA (R.), *Tratado de Derecho Procesal Penal I*, Editorial Jurídica de Chile, 2a ed., 1978
- INFANTES VARGAS, ALBERTO. El sistema Acusatorio y los Principios Rectores del Código Procesal Penal. 1ra. Ed. Jurista Editores E.I.R.L. Lima – Perú. 2006.
- MAIER (J.), *Derecho procesal penal argentino*, Ib, Fundamentos, Hammurabi, Buenos Aires, 1989
- MAIER y otros, *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992

PATROCINIO ILEGAL

**Dra. CORRALES CARPIO DE FRANCO,
MITHSY ALEYDA**

Fiscal Provincial (P) de Nazca - DJICA, egresada del Doctorado en Ciencias
Criminalísticas de la Universidad Nacional de San Agustín.



PATROCINIO ILEGAL

Sumario:

I. Introducción. II. La Función Pública. III. El Delito Genérico de Concusión: Definición y Antecedentes. IV. El Delito de Patrocinio Ilegal. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.

En el Código penal peruano, los delitos han sido clasificados según la naturaleza del derecho lesionado. No es la calidad oficial o particular del delincuente la que va a determinar la calificación de la figura delictiva. En todo caso, el hecho de ser quien realiza el acto un funcionario público, configurará una mera circunstancia, susceptible de producir una agravación de la pena. De acuerdo a dicho criterio sistematizador del codificador peruano, se estableció el Título XVIII del Libro Segundo de dicho cuerpo normativo, dedicado a los delitos contra la Administración Pública. En este caso: *el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones de los órganos del Estado* en todas las -ramas de sus tres poderes públicos.

Vemos, pues, que la expresión Administración Pública se halla empleada en un sentido mucho más amplio que en el Derecho administrativo. De este modo, lo que se tiende a asegurar es la observancia de los deberes propios de cada función pública por parte de sus agentes, especialmente en cuanto al acatamiento debido a las prescripciones contenidas en la

Constitución y leyes, como expresión de la voluntad soberana del pueblo que ha delegado en ellos su ejercicio.

Por ello, los hechos, que si bien presuponen la extralimitación o abuso de autoridad por parte de un funcionario público, lesionando, en esta forma, el interés, la regularidad y legalidad de su acto, son la expresión de la traición a la confianza depositada en él por el pueblo o por alguno de los poderes públicos, empleando la autoridad recibida, como un instrumento para violar la Constitución o la ley, cuyo guardián celoso debiera ser.

Dentro del contexto explicado, tenemos que la Sección II, del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal, se tipifica la denominada “Concusión” en sus diferentes formas particulares. Dentro de ellas, destaca el contenido en el Art. 385 de dicho cuerpo legal, referido al delito de Patrocinio Ilegal. Textualmente, el referido artículo señala: *“El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de 2 años, o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta*



jornadas”. Se trata pues, de la tipificación del ejercicio infiel con el Estado del funcionario o servidor público quien valiéndose de su posición patrocina intereses ajenos a su función.

El problema a analizar es la aproximación genérica con otros tipos penales dentro del grupo de los denominados «delitos contra la administración pública» y las consecuencias derivadas de esa proximidad categorial y conceptual en la administración de justicia penal

II. LA FUNCIÓN PÚBLICA.

De acuerdo al Art. 39 de la Constitución, los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación es decir de la corporación políticamente organizada de peruanos. Estos trabajadores no tienen sino que servir a ese objetivo. No hay otros subalternos o alternativos y en particular no debería suceder como a menudo ocurre que los funcionarios públicos consideran estar al servicio de una determinada fuerza política que es la que los coloca en la actividad pública. Por su parte, el Art. 40 de la Carta magna establece, entre otras cosas, las diferentes clases de responsabilidad en la incurrir los funcionarios públicos por el mal ejercicio de sus actos. En lo que respecta a la responsabilidad penal, la cantidad de tipos delictivos que se pueden cometer contra la administración pública es grande y la naturaleza de las acciones muy variada. Sus numerales en el Código Penal va desde el artículo 361 hasta el 425⁸⁴.

⁸⁴ Aunque naturalmente no todos ellos pueden ser cometidos por funcionarios y trabajadores públicos algunos de los tipos considerados entre estos artículos son cometidos por los

Ahora bien, esta responsabilidad deriva a su vez, de dos vertientes que de acuerdo a Roxin y Jackobs se sitúan en dos planos. En primer lugar, de acuerdo a Roxin, se trataría de delitos de infracción al deber en cuyo centro se haya el deber especial del autor. Este deber no se orienta tanto al deber general de respetar la norma, que abarca a todos los ciudadanos de un Estado, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización: «*se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho*»⁸⁵.

Desde el enfoque de Jackobs, la diferencia entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se puede analizar desde el criterio del ámbito de competencia del autor⁸⁶. Según este punto de vista, la persona vive dentro de un mundo regido por leyes y normas donde debe satisfacer un conjunto diverso de deberes que van recreando una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal. Así el primer fundamento de la

ciudadanos contra la administración. Es un asunto que no compete dilucidar en este comentario.

⁸⁵ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y Otro. Barcelona: Marcial Pons, 2000. p. 354

⁸⁶ JAKOBS, GUNTHER *Derecho Penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación*; Editorial Marcial Pons Segunda edición Madrid, 1997, Pág. 56.



responsabilidad penal lo conforma la lesión de los deberes generales de actuación⁸⁷.

Entendido así, el bien jurídico protegido en los tipos de delitos contra la administración pública, específicamente cometidos por funcionarios públicos, no sólo reside exclusivamente en la infracción del deber de fidelidad y probidad del funcionario para con la Administración, sino en la infracción al acervo público y el servicio que los poderes públicos deben prestar a la comunidad, el cual podría verse impedido o mermado por la sustracción o distracción de los fondos destinados a aquellos fines. Un Estado se fortalece y el sistema democrático sólo puede florecer en un contexto en el que la Administración Pública es un servicio público entrenado y apolítico que cumple las funciones que le son propias dentro de la conducción política de quien ejerce el gobierno.

Los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos representan una encrucijada del ordenamiento jurídico. Técnicamente resulta muy difícil llevar a cabo una tipificación satisfactoria por las dificultades arriba expuestas. Pero desde una óptica político criminal la tarea todavía se torna más delicada, pues, en resumen, no hay una solución única que pueda estimarse "la jurídicamente correcta"⁸⁸. Así, es totalmente imprescindible prevenir y castigar las conductas de los servidores públicos que en el desempeño de las

facultades que el Derecho les otorga, las utilizan para burlarlo. Pero de otra parte, una incriminación desacertada puede someter a la constante duda, a la sospecha, la acción de la Administración. Y lo que es más grave, puede incriminar conductas que no debieran serlo so pena de criminalizar la acción de gobierno de una Administración que goza de toda la legitimidad democrática y en consecuencia debe gozar de un "plus" de confianza.

No cabe pues, fijar el objeto de protección en la Administración en sí misma, esto es, en su organización. Su protección penal misma, así como su prestigio, dignidad, integridad y funcionamiento, no son objeto de tutela penal, sino solo en cuanto sirvan a la comunidad desde los principios de objetividad, imparcialidad y sumisión a la ley.

III. EL DELITO GENÉRICO DE CONCUSIÓN: DEFINICIÓN Y ANTECEDENTES

Genéricamente, el delito de concusión se define como el hecho realizado por el funcionario público, quien *"abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar indebidamente, por sí o por tercera persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobra mayores derechos de los que le corresponden"*.⁸⁹ Así, el Art. 382 de nuestro Código, le define como el delito que se presenta cuando *"el funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien*

⁸⁷ En la terminología jakobsiana se conocen como deberes en virtud de competencia de organización —cuyo equivalente en el lenguaje de Roxin lo constituirían los delitos de dominio.

⁸⁸ VIVES ANTÓN, T., *La libertad como pretexto*. Editorial Tiran lo Blanch, Valencia 1995, Pág. 23.

⁸⁹ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo IV, editorial Omeba, Buenos Aires 1978.



o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años”.

Etimología

Es importante partir de la definición etimológica del término concusión. Para ello, recurrimos a Bernaldo de Quirós⁹⁰ A efecto de esclarecer la aplicación figurada sobre el origen etimológico de la concusión, quien de acuerdo a su criterio, “*La palabra latina (concuisionis) equivale a la palabra castellana conmoción o “sacudida”, relacionando figurativamente el efecto y la actitud de quien sufre la impresión desagradable de la exacción misma, con la “mordida” con que no se contaba*”⁹¹

De esta forma quedaba establecida la idea metafórica de la conmoción o despedida experimentada por el particular que debía de entregar algo no debido al sujeto activo del delito. Hay que aclarar que este autor mexicano utiliza el término “mordida”, como sinónimo de pago indebido.

La Concusión en el Derecho Penal Romano

En el Derecho Romano, según D’oors, no se realizó una diferencia conceptual entre el cohecho y la concusión, llamado también exacción, denominándose en forma genérica como *crimen pecuniarum repetundarum* tanto la corrupción propiamente dicha como el acto de aceptar dinero por parte del magistrado para pronunciar sentencia⁹². Según la concepción romana, no se concebía que se recibiera

recompensa alguna por cumplir con las altas obligaciones del ciudadano⁹³. Esta costumbre fue perdiendo fuerza con el paso del tiempo, hasta llegar a la época de Catón donde sólo se prohibió el enriquecimiento desmesurado de los magistrados y abogados, fijándosele a estos últimos por ley sus respectivos aranceles⁹⁴. En función de ello, existía en el Derecho Romano una prohibición general para los procuradores y administradores de recibir donaciones, regalos o dinero {*pecunias caperé*}, y en el supuesto de haber recibido alguna de estas cosas en infracción a la ley se disponía de una acción que permitía al dador exigir la devolución de lo indebidamente entregado {*pecunias repelere*}. De allí que se explique por qué los delitos de extorsión o soborno no fueran regulados en forma autónoma, ya que pesaba la prohibición general para los funcionarios de recibir bienes en el cumplimiento de sus funciones⁹⁵.

Recién a partir del siglo II d. C. el delito de extorsión {*concuisionis*} y de soborno aparecen prescriptos en forma

⁹³ En la antigua Roma se cometían delitos de carácter público crimina y de carácter privado delicta. Los primeros, por su propia naturaleza ponían en peligro a la comunidad romana y eran perseguidos de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano, siendo sancionados con penas de muerte, v. gr. ahorcamiento en el “*arbol infelix*”, decapitación, lanzamiento desde la roca Tarpeya, etc. En el segundo de los supuestos, se trataba de delitos que lesionaban la esfera jurídica de particulares básicamente y de manera excepcional, causaban daño a la sociedad. Estos eran perseguidos a petición de la parte afectada y cuya sanción, consistió en sus inicios en la imposición de multas privadas en favor del ofendido, pasando por la venganza privada, el sistema de la Ley del Talión (ojo por ojo y diente por diente), hasta llegar a la “composición voluntaria”. (SÁNCHEZ FRANCO, Alfredo, El delito de la Concusión, O.G.S: Editores, Puebla, México, 2001, Pág. 1).

⁹⁴ MOMMSEN, Teodoro, *El Derecho Penal romano*, trad. de P. Dorado, Temis, Bogotá, 1991, pág. 444.

⁹⁵ MOMMSEN, Teodoro, Ob. Cit., Pág. 445.

⁹⁰ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, Citado por SÁNCHEZ FRANCO, Alfredo, El delito de la Concusión, O.G.S: Editores, Puebla, México, 2001, Pág. 3.

⁹¹ *ibidem*

⁹² D’OORS, Álvaro, Derecho Romano Clásico, Editorial Bosch, Barcelona 1981, pág. 377.



independiente⁹⁶. Por su parte, la ley *repetundarum* prohibía a los funcionarios o magistrados exigir más impuestos que los consentidos por las leyes vigentes, prohibición que alcanzaba también a los subalternos, a quienes se les encargaba la tarea de recaudar los impuestos y los emolumentos, los cuales no debían demandar mayor cantidad que la debida. Sin embargo, la citada ley exigía que el ilícito provecho obtenido repercutiese en provecho del empleado; de lo contrario, si era realizado en beneficio del Estado, dichos actos resultaban ajenos a su aplicación⁹⁷. Así se distinguió entre la concusión propia, cometida por un sujeto con autoridad y concusión impropia, cometida por un particular, circunscribiéndose luego el nombre a calificar la acción de los funcionarios que se valen del temor a su autoridad *metus publicae potestatis*, para obtener exacciones. Hoy el término concusión impropia designa el hecho del funcionario que abusa, no ya del temor que su autoridad despierta, sino del error en que su víctima ha incurrido⁹⁸.

Se puede afirmar que la represión de esta clase de actos ilegítimos cometidos por funcionarios o magistrados transitó diversas etapas que van desde la obligación de carácter civil de devolver con creces lo entregado hasta la aplicación de una sanción penal propiamente dicha

(extrañamiento o deportación, confiscación)⁹⁹.

Para Carrara¹⁰⁰, la concusión se configura “*por el hecho del que extorsiona un lucro de otro metus publicae potestatis. Si para obtener el lucro indebido se ha amenazado con el uso de la fuerza privada, no existirá delito contra la justicia pública...*” Y luego dice que “*el uso de la fuerza pública para engendrar temor torna social el delito, ya que el medio empleado se torna prevaleciente. La concusión, entendida como el delito cometido mediante el temor infundido por la potestad pública, es derivada del Derecho romano y así aceptada en la práctica italiana*”¹⁰¹.

Antecedentes en esta materia existen en la Partida III, Título XX, ley V, y Partida VII, Título X, ley V. En la Novísima Recopilación se hallan en el Libro IV, Título XXX, ley XXIV y en el Libro V, Título • XXIII, ley I y Libro VI, Título XVII, ley VII.

Antecedentes del delito de Concusión en nuestro Derecho penal

En el Código Penal de 1924, los delitos de concusión estuvieron tipificados en el Título II de la Sección Decimocuarta del Libro Segundo. (Arts. 343 al 345), los mismos que, a través de su vigencia, experimentaron parciales modificaciones a su texto original¹⁰².

En el Código Penal de 1991, los delitos de Concusión están establecidos en la Sección

⁹⁶ MOMMSEN, Teodoro, Ob. Cit., Pág. 447.

⁹⁷ MOMMSEN, Teodoro, Ob. Cit., Pág. 455.

⁹⁸ SHUTLZ, Fritz. Apuntes de Derecho penal Romano, trad. Cuello Calón, Editorial Colmares, Granada 1982, Pág. 291.

⁹⁹ MOMMSEN, Teodoro, ibídem.

¹⁰⁰ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires, Vol. IV, Programa 2567, 1992.

¹⁰¹ ibídem

¹⁰² D. Leg. 121 del 12 de junio de 1981



II del Capítulo II dedicado a los delitos cometidos por Funcionarios Públicos y comprenden los Arts. 382 al 386, los cuales van desde el tipo clásico de la concusión a figuras mucho más sutiles en su configuración delictiva, pero que forman parte de este grupo cuya forma predominante es el de la concusión en su sentido más claro.

El delito de Colusión

En su forma más extensiva, se denomina colusión a la concertación ilegal que se establece entre el funcionario público y los terceros interesados en determinadas actividades u operaciones económicas del Estado (como pueden ser contratos de suministros, licitaciones, subastas, etc.), y en donde se evidencia un comportamiento defraudatorio de naturaleza patrimonial cometidas en el ejercicio de un cargo¹⁰³.

Esta clase de delitos se ha ido desarrollando con más intensidad conforme se ha ido perfeccionando las actividades económicas realizadas por el Estado al intervenir éste como agente económico¹⁰⁴. Esta complejidad en los actos jurídicos desarrollados por el Estado ha dado lugar, incluso, al surgimiento de una especialidad denominada Derecho de *contratación administrativa*. También influye en la proliferación del delito el incremento decisivo de la actividad empresarial del Estado, el aumento considerable de obras

públicas y la aparición de nuevas actividades económicas en las que participa el Estado.¹⁰⁵

En la colusión tiene como objetivo fundamental, reprimir al funcionario que defrauda los intereses del estado en una operación económica determinada. El modo comisivo es la *concertación con los interesados*. El asunto no se enfoca desde la perspectiva del tráfico de influencias ni en los intereses del funcionario ni en el patrocinio de particulares, delitos que también están tipificados por el delito de tráfico de influencias (art. 400) o negociación incompatible (art. 399) o patrocinio ilegal (Art. 385), respectivamente. Lo que busca la Justicia penal es la cautela y protección de la transparencia que tienen que exhibir los agentes públicos en su actuación como representantes de los intereses del Estado en *contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios subastas, u otra operación semejante*, evitando así la colusión de estos agentes con entes particulares en detrimento de los intereses públicos.

IV. EL DELITO DE PATROCINIO ILEGAL

Este delito se halla tipificado en el Art. 385 del Código Penal como ya he mencionado en la parte introductoria de este artículo. Sus referentes inmediatos en nuestra legislación penal se dan a partir del actual Código penal, específicamente en texto del Art. 385 que especifica: “*El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de la libertad*”

¹⁰³ ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier; Fraudes y Exacciones Ilegales; en Delitos Contra la Administración Pública; Editorial Civitas, Madrid 2001, Pág. 205.

¹⁰⁴ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso – GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo; Delitos contra la Administración Pública de conformidad con el Código penal de 2000; Universidad Externado de Colombia; 2 ed.; Bogotá; Pág. 307.

¹⁰⁵ ibidem



no mayor de 2 años, o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas”, no hallándose similar en el Código Penal de 1924.

En sus referentes normativos de Derecho comparado, éste delito es muy similar al del Art. 321 del CP. Brasileño, Art. 324 del CP. Italiano y art.157 del CP. Colombiano, considerándosele como una forma de colusión y, desde una perspectiva genérica, como un delito de concusión. Es decir, la concusión viene a ser el género mientras que los delitos de colusión o patrocinio ilegal, vienen a ser delitos “especie” dentro de dicha sistemática. De allí que el codificador penal los haya reunido dentro de la sección Segunda del Título XVIII.

El Bien Jurídico Protegido

El correcto desarrollo de la actividad pública no sólo requiere que terceros ajenos a ella interfieran en forma negativa en su funcionamiento, sino que también exige, principalmente, que aquellas personas que están a cargo de la función pública actúen en forma prístina e imparcial en la elaboración, conclusión y ejecución de los contratos y demás operaciones en que les corresponda intervenir y que demanda el propio ejercicio de la función pública.

Explica Maggiore¹⁰⁶, al comentar el derogado artículo 324 del Código Penal italiano, que el interés penalmente tutelado es “el interés del Estado en impedir que los funcionarios públicos, movidos por la codicia, y transformados en vulgares especuladores, hagan servir los actos de la administración pública para su provecho

personal o para fines privados cualesquiera que sean”.

La actual redacción del delito de abuso de oficio (*abuso di ufficio*) que se asemeja a grandes rasgos a la figura legal en comentario está prevista en el artículo 323 del Código Penal italiano. La redacción definitiva de este artículo fue el resultado de una sucesiva marcha y contramarcha legislativa, ya que la reforma operada en 1990 (ley 86) había derogado la versión original de este delito acunado en el Código Penal de 1930. La reforma del artículo 323 (1930) obedeció a la crítica formulada por la doctrina de su inconstitucionalidad, pese a que la Corte Constitucional, en la sentencia del 4 de febrero de 1965, había confirmado su legitimidad constitucional¹⁰⁷.

Se puede afirmar que la norma en comentario tutela la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la administración pública.

El alcance del concepto de administración pública abarca no sólo el gobierno central o federal, sino también el provincial municipal en cualquiera de sus tres ramas (Legislativo, Judicial y Ejecutivo). En este sentido, el autor italiano Pagliaro diferencia tres aspectos esenciales del presente bien jurídico tutelado:

- a) El interés a la probidad y a la corrección del funcionario público;
- b) el interés del buen funcionamiento de la administración pública, y

¹⁰⁶ Citado por DONNA EDGARDO; Ob. Cit., Pág. 324.

¹⁰⁷ PAGLIARIO, citado por DONNA; Edgardo, Ibídem.



c) el interés a la imparcialidad de esta última.

La figura penal establece un deber especial en cabeza del sujeto activo -funcionario público-, cuya sola infracción hace merecedor a éste del reproche penal.

En este sentido, la jurisprudencia tiene dicho que: “El ilícito nombrado conmina punitivamente al funcionario que asume un interés de parte, en el contrato, negociación u operación en el cual intervenga en razón de su cargo, yuxtapuesto al interés administrativo. Ese interés de parte indebido (pues afecta tanto a la administración pública como a terceros) puede darse en miras al provecho de la agente desleal, o bien apuntar al beneficio de un tercero; la negociación, contrato u operación involucrados eventualmente deben pertenecer a la competencia funcional del autor, de modo que el comitente integre los niveles decisorios o de fijación de legalidad, respecto de la actividad administrativa de que se trate”¹⁰⁸.

Si bien los autores previstos en el segundo párrafo del presente artículo no desempeñan función pública alguna, es decir, no revisten el carácter de funcionarios públicos y, por ende, la administración pública no estaría perjudicada por su ilícito accionar, lo cierto es que la ley consideró que ciertos “oficios” de naturaleza pública en relación a terceros merecían idéntica tutela punitiva, máxime cuando, como afirma Creus, “la función que cumplen está de algún modo garantizada

por las seguridades con que el Estado rodea la suya propia, ya porque las operaciones se originan en una gestión judicial previa, ya porque la designación de aquellas personas procede de una imposición de la ley”¹⁰⁹.

Esta previsión legal guarda relación con la regulación de esta especie de delitos en otros ordenamientos jurídicos, verbigracia, los artículos 432-12 y 432-13 del Código Penal francés que reprime el delito de toma ilegal de intereses, aunque la ley francesa opte en este caso por una extensa casuística no prevista por nuestra ley.

Nótese que el comportamiento aquí reglado se erige como un delito de peligro concreto, donde no se exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la administración pública, en el primer supuesto, o al titular de los bienes, en el restante caso, sino que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal en comentario.

La norma castiga la confluencia de ambos intereses, es decir, del propio del agente y de la administración, más la infracción penal resultaría completa con la presencia del interés particular en el funcionario que demuestre la ausencia de imparcialidad en el manejo de la cuestión pública, sin exigirse la concurrencia del perjuicio potencial o real.

En relación a ello la jurisprudencia expresó que: “El objeto genéricamente tutelado por el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de

¹⁰⁸ ZAFFARONI, Ricardo, Derecho penal Parte Especial, Análisis y Comentario referente a los delitos de funcionarios Públicos, Editorial La Ley, Buenos Aires 1988, Pág. 1854.

¹⁰⁹ CREUS, Carlos, Ob. Cit., Pág. 384



manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad”.

“El objeto tutelado en la figura del artículo 385 del Código Penal es el interés del Estado en el fiel y debido cumplimiento de las funciones de la administración en sentido amplio: de modo tal que la conducta de sus funcionarios no sólo esté claramente orientada en un sentido imparcial sino que se encuentre fuera de cualquier sospecha de parcialidad”

En síntesis, el bien jurídico protegido es el normal desarrollo de la Administración Pública que se ve afectado cuando el funcionario infringe los deberes de lealtad, probidad e imparcialidad que debe guardar con el estado.

La Acción Típica

La conducta punible es la de *“patrocinar” intereses particulares ante la Administración Pública*, o sea la de hacer intervenir ante ella un interés privado y particular, situarse ante ellos no sólo como funcionario, sino, conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la administración (por eso se habla de un *desdoblamiento* del agente). Patrocinar es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares de terceros.

El Interés Privado

La mayor parte de nuestra doctrina sostiene que el interés que tiene que informar la intervención de parte en el patrocinio por el funcionario debe tener un contenido económico; su pretensión tiene que ser de carácter patrimonial; pero no se trata de una opinión uniforme, porque otros, siguiendo a la doctrina italiana, sostienen que para el tipo basta la injerencia de un interés particular, cualquiera que sea su naturaleza; es suficiente con que sea una finalidad ajena a la Administración, aunque no sea estrictamente económica (Sabatini¹¹⁰). Pero es prácticamente imposible sostener la existencia de un contrato u operación que no tenga alguna trascendencia de índole económica, al menos en la esfera administrativa, por lo cual parece indispensable, típicamente, que el interés particular insertado en el patrocinio tenga, a su vez, contenido económico, cualquiera que sea la ulterior finalidad que haya perseguido el autor (que puede no ser puramente económica, como política, afectiva, etcétera).

No es indispensable que el interés particular tenga que aparecer como contrapuesto al de la Administración; es más, se dará igualmente el delito aunque el interés esté constituido por una pretensión que beneficie rotundamente a aquélla (p.ej., que el funcionario intervenga con su interés particular para otorgar, simultáneamente, ventajas a la Administración).

El interés particular patrocinado se tiene que insertar en cualquier actividad, contrato u operación en que el funcionario intervenga *por razón de su cargo*; no se

¹¹⁰ Citado por DONNA, Edgardo, Ob. Cit., Pág. 398.



trata, pues, de cualquier acto de la Administración, sino de aquellos que van a evidenciar un beneficio para el patrocinado.

Consumación y Tentativa

El delito se consuma con la acción de patrocinar, es decir, cuando se produce en cualquiera de las formas previstas por la ley, la intervención como parte privada del funcionario en el contrato u operación que se viene a sumar a su intervención funcional; o sea, cuando se produce la yuxtaposición de ambas calidades respecto del mismo accionar. No constituye tal intervención la sola manifestación del interés, sino la asunción del carácter de parte. Pero es indiferente cuál de las dos calidades preexista: tan típica es la conducta de quien, siendo funcionario y actuando en la operación, despliega después en ella la conducta de interesarse, como la de quien, siendo ya parte privada en el negocio, adquiere luego la calidad de funcionario con facultades decisorias o de complementación legal respecto de aquél, y no aparta de éste su interés particular y tampoco elude su actuación funcional en él (no se inhibe de actuar como funcionario). Pese a que la cuestión ha sido discutida, no parece que se pueda rechazar la posibilidad de tentativa.

Autor

Es el funcionario o empleado público que tiene competencia para intervenir en calidad de patrocinador ilegal.

En consecuencia, autores de este delito sólo pueden serlo los funcionarios o servidores públicos. Tendrán la calidad de partícipes o

cómplices en la realización del tipo los particulares interesados en el patrocinio.

El «*extraneus*» debe responder como partícipe del delito cometido por el funcionario.

Sujeto pasivo

Es el Estado como titular del bien jurídico vulnerado.

Tipo subjetivo

Es un delito doloso.

Consumación

Se trata de un delito de resultado. Es admisible la tentativa. Para que se perfeccione la realización del tipo se requiere que el agente realice actos destinados a patrocinar a un particular. Eje. Presentar el escrito al juzgado para Nombrarse como abogado defensor. Nos hallamos frente a un delito de participación necesaria, en el que debe intervenir dos sujetos, el funcionario y el particular a quien se va a patrocinar.

Jurisprudencia.

Exp. RN-1054-01

“Una carta de recomendación por sí misma no reúne las características del ilícito exigidas por el Artículo 385 del Código Penal., pues dicho tipo penal reclama que el sujeto activo del delito patrocine intereses de particulares ante la administración pública, entendiéndose este como el asesoramiento o defensa que se traduce en diversidad de actos, que implica una intervención directa y concreta a favor de intereses particulares que se efectúe”.

V. CONCLUSIONES

En mi opinión, similar caso al que se observa con los delitos económicos, hay



hasta ahora un “déficit de valoración” penal en cuanto a la gravedad e incidencia social de los delitos contra la administración pública. La sociedad, ha buscado hasta ahora, mediante el endurecimiento de las sanciones penales por esta clase de delitos, disuadir de su comisión por parte de quienes tienen la responsabilidad de conducir la administración del Estado. Sin embargo hasta ahora la cantidad de delitos de corrupción por parte de los funcionarios públicos sigue en ascenso lo cual indica que la política criminal al respecto está fallando. Se ha hecho común que el sancionado sea el funcionario de jerarquía menor, más aquel que ostenta importante cargo y que por tanto, la comisión del ilícito es de mayor envergadura o gravedad, por lo general elude todo el peso de la ley, como el reciente caso de León Alegría. Por otra parte, los países parecen vivir bajo la ilusión de no ser afectados mayormente por este grupo de delitos o de que el instrumental legal sería suficiente para controlarlos. Un buen ejemplo de lo primero es Alemania, remecida desde hace algunos años por escandalosos casos de corrupción, y donde, pese a la reforma de 1998, muchos de estos casos terminan o bien con la absolución o bien con una pena meramente simbólica. En el caso del Perú, aunque se es consciente del grave problema que se tiene con estos delitos y, gracias a la coyuntura política, ha habido últimamente una ardua labor judicial, la técnica penal ha sido deficiente por todos los lados: se ha pecado por “exceso” introduciendo exageradamente tipos penales que dificultan la interpretación, se han cometido fallas

técnicas que dejan vacíos de punibilidad, y subsisten posibilidades de lograr la impunidad aplicando una serie de medidas procesales y materiales previstas en la legislación vigente (p. ej. la prescripción, la inmunidad parlamentaria, las medidas alternativas a la pena, etc.).

En el caso del tipo penal que he desarrollado en este ensayo, se evidencia un claro ejemplo de dualidad en la tipicidad, pues hay otras figuras penales que les son similares y que no hacen otra cosa que generar desconcierto y confusión a la hora de aplicar la sanción por parte del juzgador. En consecuencia, se debería replantear su análisis a fin de ubicarlo adecuadamente o subsumirlo dentro de otro tipo penal similar a fin de empezar a poner orden y claridad en esta parte del Código Penal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, Citado por SÁNCHEZ FRANCO, Alfredo, El delito de la Concusión, O.G.S: Editores, Puebla, México, 2001
- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, trad, de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires, Vol. IV, Programa 2567, 1992.
- CREUS, Carlos, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Editorial EDIAR, Buenos Aires 2001.
- D’OORS, Álvaro, Derecho Romano Clásico, Editorial Bosch, Barcelona 1981



- DONNA, Edgardo, tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III Editorial Ediar, Buenos Aires, 2001
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo IV, editorial Omeba, Buenos Aires 1978.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier; Fraudes y Exacciones Ilegales; en Delitos Contra la Administración Pública; Editorial Civitas, Madrid 2001
- GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso – GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo; Delitos contra la Administración Pública de conformidad con el Código penal de 2000; Universidad Externado de Colombia; 2 ed.; Bogotá.
- JAKOBS, GUNTHER Derecho Penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación; Editorial Marcial Pons Segunda edición Madrid, 1997
- RAMOS MEJÍA, Delitos de la Administración Pública, Editorial Bosch, Barcelona 1982
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y Otro. Barcelona: Marcial Pons, 2000
- SÁNCHEZ FRANCO, Alfredo, El delito de la Concusión, O.G.S: Editores, Puebla, México, 2001
- SHUTLZ, Fritz. Apuntes de Derecho penal Romano, trad. Cuello Calón, Editorial Colmares, Granada 1982
- VIVES ANTÓN, T., La libertad como pretexto. Editorial Tiran lo Blanch, Valencia 1995
- ZAFFARONI, Ricardo, Derecho penal Parte Especial, Análisis y Comentario referente a los delitos de funcionarios Públicos, Editorial La Ley, Buenos Aires 1988.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LOS REGISTROS PÚBLICOS: LA BUENA FE REGISTRAL

**Dra. FABIAN PALOMINO,
LIZ KARINA**

Juez Supernumerario del Juzgado Mixto De Aynas San Francisco
- La Mar - Ayacucho



REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LOS REGISTROS PÚBLICOS: LA BUENA FE REGISTRAL

Sumario:

I. Introducción. II. El Principio Registral de la Fe Pública Registral. III. Noción del Principio. IV. Fundamentos del Principio de Fe Pública Registral. V. Fe Pública Registral e Inoponibilidad. VI. El Principio De La Fe Pública En El Registro De Propiedad Inmueble. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN.

El ordenamiento jurídico de nuestro país, en evidente alejamiento de su raigambre legislativa romanista, ha adoptado como sistema de transferencia de la propiedad inmueble, el de la unidad del contrato (en el cual el sólo consentimiento perfecciona la transmisión). Ello podemos verlo plasmado en el artículo 949 del Código Civil, el cual preceptúa que el solo acuerdo de las partes (que se ha dado en llamar obligación de enajenar) hace propietario del inmueble al acreedor; evidentemente prescindiendo de cualquier conducta tendiente a transmitir fácticamente el bien (este es el punto de distanciamiento central respecto a la línea jurídica romanista).

Esta situación, en principio, genera dos errores muy precisos: el primero de ellos es la creación de una "obligación de enajenar" la cual carece de antecedente legislativo y no constituye propiamente dicho una obligación, pues en ella no hay ejecución de prestación alguna, al margen de las

consideraciones doctrinales que defienden esta tesis.

El segundo error se ubica en el denominado *modus acquirendi*, de acuerdo al cual, la doctrina peruana ha asumido la teoría del título y el modo, lo que supone que la transferencia de dominio implica un título de la eventual transferencia y un modo o conducta tendiente a factibilizar dicha transferencia, y por lo tanto, con virtualidad constitutiva del derecho. En ese sentido, el artículo 949 del CC, carece de modo, pues preceptúa que el acuerdo sobre la obligación produce por sí solo el efecto traslativo, es decir, que no requiere despliegue de fuerzas para perfeccionarse. Estos dos errores constituyen el factor determinante de la inconveniencia de mantener al consenso como elemento "mater" en la transmisión de las titularidades sobre inmuebles. Pues, si bien es cierto ello trae consigo una mayor dinámica en la trasmisión de la propiedad y, por ende, de la riqueza, también trae consigo una serie de peligros jurídicos insertos en la propia naturaleza de ese



principio de consenso generando inseguridad jurídica y perjuicios económicos a sus actores. Ello sucede en los casos de adquisición de un *non domino* (un no propietario, un simple poseedor, un tenedor, un poseedor precario, un servidor de la posesión, un estafador, un aparente poseedor, o cualquier individuo que pretenda aprovecharse de quien quiere adquirir), o en el caso de que quien sí tenía facultades para transmitir lo hizo a varios sujetos generando un concurso de acreedores en el que ninguno sabe a ciencia cierta si la cosa le pertenece a él o a otro; estos supuestos de hecho suelen ser recurrentes en nuestro medio social, los sujetos estafan a otros sujetos vendiéndoles lo que no es suyo por derecho. Todas esta clase de situaciones son posibles en cuanto el consenso al constituir el contenido del contrato se mantiene dentro de él siendo solo conocido por quienes participaron como cedente y adquirente y por tanto, sólo oponible ante la contraparte contratante. En otros términos, estamos hablando de que no existe una sistematicidad y que carece de publicidad que permita hacer de conocimiento a la universalidad de terceros, posiblemente interesados todos, de la verdadera situación jurídica de la cosa a transmitir.

En segundo lugar, si bien la inscripción registral produce efectos y brinda seguridad jurídica a las transacciones, al facilitar la contratación y garantizar las inversiones de tal manera que lo publicitado por el Registro se presume exacto, no obstante al no ser esta inscripción de naturaleza obligatoria sino facultativa; no constitutiva

sino declarativa; los actos y contratos no nacen con la inscripción registral sino extra registro, abundando en ello el hecho que la no inscripción de un contrato no trae como consecuencia la nulidad del acto sino sólo la inoponibilidad.

Conforme a los descrito se tiene que la inscripción registral, al ser de naturaleza declarativa y facultativa, su no obligatoriedad genera inexactitudes registrales provocadas por no verse reflejada exactamente la realidad extra registral en el Registro, esto debido a que no todos los inmuebles están inscritos; y, en los que sí lo están, no toda la información de los mismos se adecua a la realidad. Así se tiene por un lado el favorecimiento de la informalidad en las transferencias de la propiedad; y por el otro, la exigencia del otorgamiento de escrituras públicas para el acceso de los actos y contratos al registro.

Ambas posiciones tienen sustento legal y doctrinario; sin embargo éstas han colocado a los justiciables en una situación de incertidumbre; puesto que, ante casos similares se han emitido sendos fallos judiciales, unos amparándose en la publicidad registral; y otros, desconociendo la misma y contrariamente amparándose en los contratos de transferencia de propiedad no inscritos.

Al existir fallos judiciales contradictorios se afecta la predictibilidad de las sentencias en casos similares, esta situación coloca a los justiciables en una incertidumbre al no saber el sentido de la resolución de su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica. Sin embargo, se tiene que ambas posiciones son valederas por cuanto se



tiene por el lado la existencia del SISTEMA CONSENSUALISTICO en las transferencias del derecho de propiedad y por el otro la existencia del SISTEMA DECLARATIVO y FACULTATIVO de la inscripción registral frente a lo que debe ser un REGISTRO CONSTITUTIVO Y OBLIGATORIO el cual, por las características que posee generaría las condiciones más adecuadas para revertir la problemática descrita a favor de una mayor seguridad jurídica en la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú.

II. EL PRINCIPIO REGISTRAL DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL

“El principio de fe pública registral es el principio base en donde la seguridad jurídica que otorgan los Registros Públicos, se manifiesta con clara firmeza, pues en mérito a este principio, el tercero registral que adquirió su derecho basado en la exactitud y legitimación de los asientos registrales, conserva su derecho, aunque se cancele el asiento registral de quien le otorgó dicho derecho, cuando dicha cancelación opere por causas que no constaren en dicho asiento.

Esta consecuencia jurídica resguarda y protege al tercero registral, ante cualquier posibilidad de nulidad (dicho en términos latos) que pueda acarrear el derecho de su otorgante, bastando la confianza en la apariencia registral. En su oportunidad, trataremos a qué tercero registral nos referimos, así como los alcances de la confianza en la apariencia registral, para que se configure la buena fe.

Sin embargo, existen posiciones doctrinales encontradas en el tratamiento de este

principio, no sólo respecto a sus requisitos, alcances y excepciones, los cuales explicaremos a lo largo de la presente ponencia, sino también a la naturaleza en sí de este principio y su relación con el principio de Inoponibilidad. Al respecto, un buen grupo de juristas equipara ambos principios (teoría monista), mientras que otro buen grupo los distingue categóricamente (teoría dualista). Por ello, nos parece importante entrar en esta discusión, analizando los fundamentos de ambas teorías e intentando tomar posición al respecto, previo a su correspondiente análisis. Así como también y a partir de dicho análisis, entender la opción legislativa tomada en el sistema registral peruano.

De otro lado, hemos creído conveniente tratar los puntos referidos, distinguiendo el Registro de Propiedad Inmueble y el Registro de Personas Jurídicas, pues desde ya sustentamos que aunque el principio de fe pública registral es general a todos los registros, sus matices no son los mismos para uno y otro registro, por lo que hemos preferido tocarlos por separado en el presente artículo.

III. NOCIÓN DEL PRINCIPIO

El jurista español García y García define así al principio de fe pública registral: “Es aquél principio hipotecario en virtud del cual el tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenido en la adquisición a *non domino* que realiza, una vez que ha



inscrita su derecho, con los demás requisitos exigidos por la ley".¹¹¹

Por su parte los profesores españoles Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón señalan respecto del principio de fe pública registral: "El Registrador protege a toda aquella persona que confía en los datos que publica relativos al dominio o derechos reales. Con una fórmula más amplia, diríamos que protege a quien confía en los derechos que publica (pues ya sabemos que al Registro tienen acceso, por excepción, derechos personales)".¹¹²

Es evidente que las definiciones citadas parten de un criterio eminentemente "hipotecario" como dirían los españoles, sin embargo, creemos que este tipo de enfoque restringe el concepto del principio estudiado pues la fe pública registral no sólo funciona en los registros de bienes, como el de propiedad inmueble, si no en los de personas, como el Registro de Personas Jurídicas, para un análisis más detallado nos remitimos al capítulo correspondiente.

IV. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

El principio de fe pública registral se fundamenta en la exactitud del Registro en beneficio del tercero. En la medida que los terceros depositen su confianza en la información que brinda el Registro, la apariencia registral se antepondrá a la realidad extra-registral, pues para los

terceros, la verdad de las situaciones jurídicas inscribibles será la que aparezca en los Registros y no la extra-registral la misma que será válida sólo para las partes. Por ello el principio de fe pública registral sería perfecto y exacto si se pudiera equiparar la apariencia registral con la realidad extra-registral, lo cual no sucede con los sistemas registrales que no son constitutivos.

En cuanto al registro de propiedad inmueble, se ha señalado con certeza que el fundamento está en la *legitimación dispositiva* del titular del bien transferido, es decir el registro publica quién es el titular de un bien determinado y se presume legítimo mientras no haya una declaración en contrario, por ello quien adquiere de dicho titular e inscribe su contrato estará protegido por la fe pública siempre y cuando cumpla con los requisitos que la ley exige.

En el registro de personas jurídicas no podemos referirnos a una legitimación dispositiva, si no, de manera mucho más genérica, a una presunción de exactitud de los hechos, actos, contratos y relaciones jurídicas inscribibles que dicho registro publica, de tal forma que si una persona realiza, de buena fe, algún acto jurídico teniendo como sustento y confiando en la información del registro la declaración de inexactitud de la misma no podrá perjudicarlo. Si esto no fuera así los terceros contratantes estarían en permanente riesgo y no habría garantía alguna de que sus actos no serán afectados por defectos no publicados, poniendo en grave riesgo la seguridad del tráfico.

¹¹¹ GARCIA y GARCIA, José Manuel. Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Editorial CIVITAS S.A. Madrid, 2003. Tomo II. pp.227

¹¹² DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Editorial TECNOS. Madrid, 1990. 5ta. Edic. Vol. III. pp.339.



Como puede verse el fundamento del principio no es estrictamente hipotecario como podría pensarse si queremos darle generalidad al principio. Su fundamento debe tener una base más amplia como ha quedado expuesto en el párrafo anterior.

El principio de fe pública registral opera en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se resuelve, rescinde o anula judicialmente el acto jurídico inscrito y que genera una confianza en el tercero. Ello sucede con negocios simulados, contratos celebrados con falta de capacidad civil (cuando no se pudo conocer la causa de dicha incapacidad de la información registral), o en el caso de personas jurídicas cuando sus acuerdos no reúnen el quórum de ley, no hay legitimidad en las convocatorias, no existe la formalidad adecuada etc. Los supuestos de anulabilidad también pueden anular el contrato (si no media confirmación del acto jurídico que motivó dicho contrato). La nulidad a la que hacemos referencia debe entenderse en su sentido más amplio, es decir ya sea por razones de forma, por ineficacia, sea nulidad absoluta o relativa, falsedad del título, etc.
- b) Cuando opera alguna condición resolutoria que no consta en los Registros.
- c) Cuando opera la Acción Revocatoria o Pauliana (por fraude del acreedor).
- d) Debemos incluir también a supuestos más genéricos de inexactitud como los errores, teniendo en cuenta que en nuestro sistema las aclaraciones

tienen efectos sólo desde el momento en que se realizan, pudiendo haberse celebrado alguna operación antes de la rectificación.

V. FE PÚBLICA REGISTRAL E INOPONIBILIDAD.

Para comprender con mayor facilidad la naturaleza del principio de fe pública registral, sólo mencionaremos que en virtud del principio de inoponibilidad, los títulos de dominio o que contengan derechos inscribibles que no hayan sido anotados o inscritos, no perjudican al tercero que sí ha inscrito su derecho en el Registro. Este principio, según sostiene el profesor español Amorós Guardiola¹¹³; ha servido como inspiración para el principio de fe pública registral.

De esta manera, en doctrina se han postulado dos teorías en cuanto a la interpretación de la relación entre el principio de inoponibilidad y el principio de fe pública registral:

Teoría Monista: Esta teoría desconoce que el principio de Inoponibilidad y Fe Pública Registral sean cuestiones distintas, sino que más bien éste último aclara y precisa más ampliamente el primero. GARCIA y GARCIA analiza desde el punto de vista del tercero hipotecario, sosteniendo que dentro de esta postura se considera sólo un tercero hipotecario que es el tercero registral del que habla el principio de fe pública registral, y que los demás terceros de los que se

¹¹³ AMOROS GUARDIOLA, Manuel. Lección N° 24 dada el 24.10.06 durante el "Curso para expertos peruanos en Registro de la Propiedad y Mercantil" llevado a cabo en la ciudad de Madrid. Oct.- Nov. 2006.



habla son sólo meras manifestaciones de aqué¹¹⁴. Son partidarios de esta teoría juristas como ALBALADEJO, PEÑA, DIEZ-PICAZO ROCA SASTRE, PAU PEDRON, entre otros.

Teoría Dualista:

Esta teoría sostiene más bien que ambos principios son distintos, que refieren a supuestos diferentes en el que el principio de inoponibilidad sanciona al negligente que no inscribe su derecho frente al que sí lo inscribe, mientras que el principio de fe pública registral se basa en la apariencia registral frente a dos titulares con derecho inscrito; se basa en supuestos, requisitos y realidades diferentes; por tanto no se pueden equiparar. Sostienen ésta teoría los juristas LA CRUZ BERDEJO, HERNANDEZ GIL, CHICO ORTIZ, GARCIA y GARCIA, AMOROS GUARDIOLA, entre otros.

En efecto, de un análisis efectuado por AMOROS GUARDIOLA¹¹⁵ y algunos registradores peruanos, se pudo apreciar lo siguiente:

El principio de inoponibilidad consagrado en el art. 32 de la Ley Hipotecaria española¹¹⁶

presupone el caso de la doble venta, donde A vende a B y posteriormente A vende el mismo inmueble a C, con lo que si C inscribe mas no así B, C es preferido antes que B.

El principio de fe pública registral consagrado en el arto 34 de la Ley Hipotecaria española, más bien presupone la nulidad de la inscripción del título anterior, donde A vende a B, B inscribe, B vende a C. C inscribe, si se anula el asiento de inscripción a favor de B, la inscripción a favor de C se mantiene con todos sus efectos registrales.

- a) El principio de inoponibilidad sanciona la falta de inscripción. El principio de fe pública registral, por su parte da eficacia y prioridad al que inscribe amparado en la apariencia registral.
- b) El principio de inoponibilidad refiere a un conflicto entre título inscrito y no inscrito. Por su parte, el principio de fe pública registral refiere a la eficacia de derechos adquiridos en mérito a la inscripción, frente a terceros.
- c) Ciertamente, como sostienen los dualistas, el principio de inoponibilidad refiere a la colisión entre un título inscrito y uno no inscrito, mientras que el principio de fe pública registral refiere a la colisión entre dos títulos inscritos.
- d) El principio de Inoponibilidad está destinado a un tercero civil, mientras que el principio de fe pública registral está dirigido a un tercero registral.

¹¹⁴ GARCIA y GARCIA. José Manuel. Ob.cit.pp. 91 y ss.

¹¹⁵ AMOROS GUARDIOLA, Manuel. Op.cit.

¹¹⁶ CIVITAS. Biblioteca de la Legislación N° 21. Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil. Editorial CIVIT AS S.A. 11ª Ed. Preparada por José Manuel García y García. Madrid, 2006.

Art. 32 de la Ley Hipotecaria Española: "Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero".

Art. 34 de la Ley Hipotecaria Española: "El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente".



e) En el principio de Inoponibilidad, el tercero protegido es el que no formando parte del contrato o acto que otorga un derecho real no inscrito, inscribe su derecho que se origina de otro acto o contrato. En el principio de fe pública registral, el tercero protegido es el tercero registral que inscribe su derecho frente a la nulidad del derecho de su otorgante.

De esta manera, podemos ver que estamos ante presupuestos y situaciones diferentes, que nos hacen pensar en coincidencia con los dualistas, que ambos principios no se pueden equiparar, salvo el hecho de decir que ambos son consecuencia directa del principio de legitimación de los asientos registrales así como que ambos confirman la preferencia y la seguridad jurídica que ofrecen los Registros Públicos.

Creemos que la legislación peruana permite la aplicación del principio de inoponibilidad. Así, el artículo 2022 del Código Civil, señala que para oponer un derecho real es necesario que esté inscrito con anterioridad al de aquél al que se opone, contrario sensu no es oponible aquello que no está inscrito. Si bien la intención del legislador en este artículo fue solucionar un conflicto de derechos utilizando la prioridad como criterio rector, nos parece que sin quererlo introdujo el principio de inoponibilidad.

VI. EL PRINCIPIO DE LA FE PÚBLICA EN EL REGISTRO DE PROPIEDAD INMUEBLE:

En el Registro de Propiedad Inmueble, deben darse conjuntamente cuatro requisitos o presupuestos según la amplia

doctrina (los mismos que compartimos) para que opere el principio de fe pública registral:

Adquisición válida de titular con derecho inscrito:

Este requisito indica, en primer lugar según lo que sostiene SANZ FERNÁNDEZ,¹¹⁷ que la adquisición del tercero ha de ser mediante acto traslativo de dominio del transferente al adquirente o, lo que es lo mismo, mediante negocio jurídico o título traslativo o constitutivo del derecho, por lo que podemos entender que las adquisiciones en virtud de sentencia judicial, accesión, prescripción adquisitiva, ocupación o las otorgadas por ministerio de la ley, no encajan dentro de este requisito.

En segundo lugar, es necesario que en el negocio jurídico que se celebre entre el transferente y el adquirente sea válido, es decir no opere ninguna causal de nulidad (en el sentido lato ya referido). Lo importante, en este punto, estriba en que la inscripción no convalida el acto o derecho nulos, pero mediante el principio de fe pública registral sí se convalida el acto en el que el transferente adquiere y sólo respecto al tercero registral que adquirió de este transferente.

En tercer lugar el transferente debe tener su derecho inscrito en los Registros Públicos, pues es a partir de allí que empieza a operar los efectos legitimatorios y de exactitud de las inscripciones y que la

¹¹⁷ SANZ FERNÁNDEZ. Instituciones de Derecho Hipotecario I. Madrid, 2003. P.425.



información se hace cognoscible a los terceros.

Adquisición a título oneroso:

Es necesario que la adquisición haya sido a título oneroso teniéndose en cuenta que se está dando preferencia a este tercero registral frente al probable verdadero propietario como consecuencia de la nulidad del derecho del otorgante: *"No se trata de comparar a dos adquirentes en conflicto, uno oneroso -que sufre un daño- y otro gratuito -que sufre un lucro cesante-, sino de atender exclusivamente al examen de la naturaleza de una adquisición gratuita, que se estima que en si misma no puede dar lugar a producir una adquisición "a non domino", con independencia de si el "verus dominus", que demanda la nulidad es o no a su vez adquirente a título gratuito".*¹¹⁸

En consecuencia, no cumplen con este requisito las donaciones, tampoco las transferencias sucesorias o por legado y en general los actos o contratos obtenidos de forma gratuita.

Que el adquirente inscriba su derecho en el registro:

Se exige que el derecho del tercero esté registrado, pues la protección en su condición de tercero registral opera a partir de la inscripción, o más exactamente a partir de la presentación del título para su inscripción, pues una vez inscrito, los efectos legitimatorios se retrotraen a la fecha de la presentación del título.

En este caso, no es que la inscripción signifique un requisito de eficacia, o una condición previa, sino que desde el espectro del principio de fe pública registral, la inscripción determina la protección del tercero registral que lo sana de cualquier nulidad resultante del título de su otorgante.

"Esto es así porque se trata de una adquisición, a non domino, en que los tradicionales medios adquisitivos son inoperantes por ser un supuesto de nulidad o inexistencia del título precedente, que sólo a partir de la inscripción registral, en unión de los demás requisitos, produce la adquisición a don domino.

Por tanto, la inscripción opera aquí como un supuesto de inscripción constitutiva", según han razonado con acierto SANZ FERNANDEZ y Mariano HERMIDA LINARES.¹¹⁹

Adquisición de buena fe:

El requisito de la buena fe, exigible al tercero registral, merece un análisis más extenso en cuanto a sus alcances y significado, dado que el concepto de buena fe es tan amplio que debemos entenderlo en sus distintas acepciones, así como el momento en que se deba dar la misma.

Así, deberemos distinguir la buena fe objetiva de la buena fe subjetiva, en la cual la primera deberá entenderse como regla de conducta de la persona honesta y honrada, mientras que la segunda tiene amplias formulaciones dependiendo de la aplicación que quiera dársele: Buena fe como ausencia de dolo, buena fe como estado de conducta.

¹¹⁸ GARCIA y GARCIA, Ob.cit. pp. 286.

¹¹⁹ GARCIA y GARCIA. Ob.cit. pp.296.



Al respecto GARCIA y GARCIA cita a DIEZ PICAZO quien reúne tres grupos diversos de textos legales en el que se alude a la buena fe¹²⁰:

- a) En un primer grupo, la buena fe es considerada como ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el Derecho. Esto refiere a que pese a la existencia de un acto antijurídico e irregular, la persona lo ha realizado con la convicción de actuar de una forma regular y permitida.
- b) En un segundo grupo, buena fe significa confianza en una situación jurídica que permite, en un negocio jurídico de disposición crear al atributario en la legitimación y poder del disponente. La buena fe se liga aquí con la confianza en una apariencia jurídica. Se diferencia con el anterior es que en este supuesto se confía en la legitimidad de la conducta de otro, y no en la propia como en el primer supuesto.
- c) En un tercer grupo, buena fe significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos.

Es asimismo conveniente distinguir -como destaca GARCIA y GARCIA- entre buena fe en el ejercicio de los derechos, con la buena fe en la adquisición de los derechos. La

primera refiere a la conducta diligente y honrada mostrada por la persona dentro de sus relaciones jurídicas, mientras que la segunda refiere a la creencia o ignorancia de estar actuando de conformidad con las normas, teniendo un sentido más objetivo que el primero.

VII. CONCLUSIONES.

En el Derecho Registral, los juristas idearon la fe pública registral como la buena fe resultante de la confianza en la apariencia registral más que buena fe como desconocimiento de situaciones extraregistrales. Aunque existen quienes piensan que ambas situaciones deben tomarse en cuenta para la configuración de la buena fe.

Esto último, parece lo más acertado, es decir tomar la buena fe registral no sólo como la creencia en el Registro, sino y más importante aún desconocer la existencia de inexactitudes registrales. Ello significa entonces que el adquirente que inscribió su derecho -pese a la apariencia registral-, si conocía la existencia de algún vicio de nulidad del derecho de su otorgante, no estaría protegido por los Registros, pues en este caso no operaría el principio de la fe pública registral.

En cuanto al momento de la buena fe, existen dos posiciones al respecto: Una posición que sostiene que la buena fe por parte del adquirente debe darse al momento de la inscripción y otra que sostiene que la buena fe debe darse al momento de originarse el acto jurídico.

Al respecto, consideramos, que la buena fe debe darse al momento del otorgamiento

¹²⁰ GARCIA y GARCIA. Ob.cit.pp.300.



del contrato que es cuando se presta el consentimiento y se determina la voluntad del adquirente de contratar, conociendo o no la coyuntura o las circunstancias de la contratación. Opinar lo contrario, es decir que la buena fe se dé al momento de la inscripción parece extemporánea, cuando la voluntad de ser parte del acto jurídico ya se dio con el contrato. Por lo tanto, el hecho de no darse la buena fe sobrevenida a la contratación no puede perjudicar al tercero que obró con buena fe al momento de contratar. Por otro lado, es importante precisar que la buena fe debe referirse a la titularidad de quien otorga el derecho y a las facultades de las que dispone para otorgarlo.¹²¹

Hipotecario. Editorial CIVITAS S.A. Madrid, 2003. Tomo II.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AMOROS GUARDIOLA, Manuel. Lección N° 24 dada el 24.10.06 durante el “Curso para expertos peruanos en Registro de la Propiedad y Mercantil” llevado a cabo en la ciudad de Madrid. Oct.-Nov. 2006.
- CIVITAS. Biblioteca de la Legislación N° 21. Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil. Editorial CIVITAS S.A. 11ª Ed. Preparada por José Manuel García y García. Madrid, 2006.
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Editorial TECNOS. Madrid, 1990. 5ta. Edic. Vol. III.
- GARCIA y GARCIA, José Manuel. Derecho Inmobiliario Registral o

¹²¹ DIEZ PICAZO. Ob.cit.

LAS PARTES PROCESALES EN LA ETAPA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA SEGÚN EL N.C.P.P.

**Dr. FERNANDEZ LINARES,
JUAN CARLOS**

Fiscal Adjunto Provincial Penal de Lima Norte



LAS PARTES PROCESALES EN LA ETAPA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA SEGÚN EL N.C.P.P.

Sumario:

I. Introducción. II. La Policía Nacional en el N.C.P.P. III. El Magistrado en la Fase de la Investigación Preparatoria. IV. El Derecho a la Defensa. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En estos tiempos en que existe una extrema preocupación por la independencia del Poder Judicial y la imparcialidad de sus magistrados, este tipo de artículos intenta salvar la ausencia de investigaciones sobre el tema y propone una seria reflexión acerca de las implicancias del ejercicio pleno de este derecho al interior de nuestro ordenamiento jurídico.

El nuevo sistema, como se ha mencionado, es de corte acusatorio. El Nuevo Código Procesal Penal, como señala Burgos Mariño¹²², propone al país, una nueva forma de hacer justicia penal, basado en la oralidad y en el sistema de audiencias.

Se trata de un proceso penal más rápido y con alternativas de solución inmediata, expresado en un lenguaje sencillo, con jueces más imparciales, en suma, una justicia de mayor calidad y más confiable.

El principio acusatorio impone la distribución de los poderes de persecución

penal y, por ello, de las funciones asociadas a su ejercicio, implicando una triple separación entre las funciones de investigación, acusación y enjuiciamiento¹²³. El principio puede entonces descomponerse en dos aspectos:

Con el Nuevo Código Procesal Penal, el Juez sale de su encierro en la última oficina del juzgado donde trabajaba resolviendo casos, a la Sala de Audiencias, para en adelante llevar a cabo los juicios de forma pública, permitiendo con ello, que los ciudadanos puedan observar de forma directa como se hace un juicio penal, y con ello observar como trabaja el Juez, el Fiscal y el Abogado, y verificar si es que trabajan eficientemente o no. Ahora, con el NCPP, tanto el imputado como la víctima, también podrán observar directamente la labor de sus abogados y así, comprobar si los defienden bien o no en la audiencia.

El sistema oral exige ahora mayor preparación y profesionalismo del abogado,

¹²² BURGOS MARIÑO, Víctor, El Nuevo Código Procesal Penal, ¿Realidad o Ficción?, Revista Oficial del Poder Judicial del Perú, Año 2007, Pág. 65.

¹²³ Siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA, citado por ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio y Derecho de defensa en el proceso penal*, Estudios Trivium, Madrid, 1991, p. 25. Véase también GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, Editorial Colex, Madrid, 1997.



no se puede ir a una audiencia sin que previamente haya preparado el caso, pues el abogado que improvisa puede perder su caso en los tribunales y además quedar públicamente ante el público y su cliente, como un profesional poco competente, generándose desprestigio.

Lo que se pretende con el NCPP es que la justicia peruana se aparte de un proceso inquisitivo que, conceptualmente, pero sobre todo en su aplicación durante años, se ha caracterizado por ser «básicamente secreto, escrito, burocrático, formalista, incomprensible, aislado de la ciudadanía, despersonalizado, ritualista, poco creativo, medroso, preocupado por el trámite y no por la solución del conflicto, memorista y acrílico», para pasar a un sistema acusatorio que se basa, en principio —no obstante, veremos si esto se da en la práctica—, en un método de juzgamiento realizado al amparo de las garantías constitucionales de la oralidad, la publicidad, la intermediación y la contradicción, con la posibilidad de la suspensión del proceso, y de una rebaja de la pena por la admisión de los hechos por parte del inculpado. En suma, un sistema práctico y realista.

II. LA POLICÍA NACIONAL EN EL N.C.P.P.

El principio acusatorio impone también una distribución de los poderes procesales de investigación y decisión. En los sistemas inquisitivos reformados o mixtos el procedimiento penal se divide en dos fases bien diferenciadas: la fase de instrucción,

regida por el principio inquisitivo y la fase de juicio oral, regida por el acusatorio¹²⁴.

En estos sistemas el principio acusatorio determina la prohibición de que el instructor pueda enjuiciar y decidir el asunto, lo que resulta especialmente relevante cuando la fase de instrucción es dejada a cargo de un juez de instrucción que, de intervenir en la fase de juzgamiento, vería seriamente afectada su imparcialidad¹²⁵.

La distribución de las funciones de investigación y decisión, impuesta por aplicación del principio acusatorio, es considerada actualmente una garantía individual implícita en el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial¹²⁶.

El artículo 67 del NCPP, en el numeral 1, señala que “*La Policía Nacional en su función de investigación debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al Fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la Ley Penal.*”, con lo cual se establece con bastante precisión la función de investigación de la Policía Nacional. No obstante, delega al Fiscal la dirección de la investigación, pues el numeral.3, del art. 65º así lo expresa taxativamente; aún más, el numeral 2 del referido art. reafirma la

¹²⁴ O, como resume en una sola idea, GÓMEZ ORBANEJA, “implica una triple separación entre las funciones de investigación, acusación y enjuiciamiento”. Citado por ASENSIO MELLADO, p. 25.

¹²⁵ ASENSIO MELLADO, *Principio acusatorio...*, cit., p. 25.

¹²⁶ *Ibidem*



condición obligatoria de apoyo al Ministerio Público por parte de la PNP.

Por otro lado, el Artículo 68 del NCPP establece las atribuciones de la Policía, precisando, no obstante, su subordinación al Fiscal en lo concerniente a las distintas diligencias a llevar a cabo dentro del proceso de investigación entre las que resaltan: a) Recibir las denuncias escritas o sentar las actas de las verbales, así como tomar declaraciones de los denunciantes.; b) Vigilar y proteger el lugar de los hechos, a fin de que no sean borrados los vestigios y huellas del delito; c) Practicar el registro de las personas, así como prestar el auxilio que requieran las víctimas del delito; d) Recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito, así como todo elemento material que pueda servir a la investigación; e) Practicar las diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito; f) Recibir las declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos; g) Levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video y demás operaciones técnicas o científicas; h) Capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia, informándoles de inmediato sobre sus derechos; i) asegurar los documentos privados que puedan servir a la investigación.; j) Allanar locales de uso público o abiertos al público; k) Efectuar, bajo inventario, los secuestros e incautaciones necesarios en los casos de delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración; l) Recibir la manifestación de los presuntos autores o partícipes de delitos, con presencia obligatoria de su

abogado defensor.; m) Reunir cuanta información adicional de urgencia permita la criminalística para ponerla a disposición del fiscal, y, n) Las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados; observándose que esta última atribución asigna a la Policía Nacional un rol importante e imprescindible para el logro de los objetivos de la función de investigación, por cuanto es abierta y deja a la imaginación del investigador policial la utilización de procedimientos policiales adecuados con el fin de llegar a la verdad.

Todas estas diligencias, serán sentadas las actas detalladas correspondientes, las mismas que serán entregadas al Fiscal quedando claramente determinada una relación de dependencia con el Ministerio Público por parte de la PNP.

La importante influencia política de la Policía Nacional del Perú, el protagonismo adquirido en la investigación de los delitos, así como la imposibilidad física de la Policía para hacerse cargo, con su relativamente exigua dotación, de la pesquisa de todos los delitos a nivel nacional serían los factores que obligarían a mantener a esta Institución dentro de los mismos términos y limitaciones que ahora posee.

La existencia un cuerpo policial competitivo y subordinado orgánicamente a un Ministerio Público inexperto en la asunción de estas nuevas competencias, puede plantear, en el contexto del nuevo proceso penal, serios problemas para la eficacia de la investigación criminal y para la validez de la prueba que se aporte al juicio. En efecto, cualquier conflicto policial en el



procedimiento de recogida de la evidencia o en su análisis pericial puede significar, eventualmente, privar de todo valor probatorio a aquélla. Es posible presumir que la mayor rigurosidad exigida en la incorporación de la evidencia al juicio oral, constituido por la demostración de su indemnidad durante la cadena de custodia, abrirá importantes flancos para desvirtuar la prueba de cargo.

Además, se plantean problemas de coordinación y de distribución racional de las tareas conforme a ciertos criterios objetivos. Así, podría efectuarse una delimitación previa de competencias, asignándose la investigación de ciertos delitos en base a: número de funcionarios con tareas de investigación criminal, cobertura territorial del mismo, existencia o no de adiestramiento calificado, soporte administrativo y *técnico, recursos* materiales, etc. Ello permitiría, entre otros fines, desarrollar la capacitación técnica hacia determinados tipos de criminalidad y planificar, en base a estudios previos, la actividad policial en esos ámbitos.

Por otro lado, el artículo 68 NCPP expresa que los funcionarios policiales ejecutarán sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales del ministerio público, y de acuerdo a las instrucciones que éstos les impartan para los efectos de la investigación, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades de la institución a la que pertenecieren.

La ley establece la subordinación únicamente funcional de la policía al Ministerio Público, dejando incólume su

dependencia orgánica a la superioridad del respectivo cuerpo policial.

Esta situación tiene repercusiones inmediatas en el nivel de la responsabilidad disciplinaria, del control y aplicación de sanciones sobre los funcionarios policiales, como veremos más adelante¹²⁷.

La ausencia de dirección de la investigación ha sido un problema tradicional de los sistemas inquisitivos. El juez penal, agobiado por la sobrecarga de trabajo jurisdiccional y administrativo y limitado por la rigidez de su función, no tiene capacidad para establecer una estrategia de investigación para cada delito que es denunciado en su tribunal. En muchos casos, la policía recibe las instrucciones del tribunal sin tener contacto con el juez y sin conocer el propósito de las mismas, si es que lo tienen, y responde por escrito y ritualmente las órdenes de investigar remitidas¹²⁸.

La forma de establecer lineamientos claros de actuación policial y de definir las relaciones entre fiscales y policía es a través de la dictación, por parte del ministerio público, de instrucciones generales. Este mecanismo de coordinación entre ambas instituciones no es novedoso en el derecho

¹²⁷ GOMEZ ORTIZ, Saúl, La Policía nacional del Perú y su nuevo Rol dentro del Proceso Penal, Revista Jurídica Themis, UNMSM, Lima 2007.

¹²⁸ En un planteamiento extremo, que refleja un problema especialmente crítico en los sistemas de justicia criminal latinoamericanos, BINDER se pregunta: “¿Quién investiga?” Y la respuesta es: “Nadie”. Hay una especie de rito, una especie de liturgia de la investigación. Pero tenemos que sincerarnos en este espacio: *nadie está investigando*. Muchos dicen: “En nuestros países hay una gran impunidad”. Yo me pregunto: “¿Cómo no va a haber impunidad si nadie está investigando? La impunidad no nace por generación espontánea sino por una crisis profunda del modelo de juez de instrucción”, BINDER (A.), “Justicia penal: de la tradición inquisitiva al ideal republicano”, cit. p. 222



comparado. En la República Federal de Alemania, por ejemplo, las fiscalías tienen la facultad de dar instrucciones al jefe institucional de la respectiva oficina policial, quien se ocupa de que las mismas sean internamente cumplidas y acatadas.¹²⁹

Una de cuestiones más delicadas y debatidas por la doctrina dice relación con la delimitación del ámbito razonable de actuación autónoma de la policía, es decir, sin necesidad de instrucción previa de los fiscales, que asegure un control efectivo pero no paralizante de la actuación policial. En Alemania, a pesar que se establece legalmente la subordinación funcional de la policía al ministerio público¹³⁰, gran parte de las actuaciones de investigación son llevadas autónomamente por la policía, informando al fiscal sólo cuando aquéllas se encuentran concluidas o avanzadas en forma relevante. Esta situación es considerada por la doctrina como "bordeando la legalidad"¹³¹ aunque admitida en la medida que ella se limita fundamentalmente a delitos rutinarios de

pequeña y mediana gravedad. Se dice que ningún fiscal entendería que, para cada hurto o robo, tuviera que impartir instrucciones a la policía sobre cómo llevar a cabo el procedimiento pues ésta conoce, tan bien o mejor que los fiscales, qué debe hacerse en tales casos. Es más, las especiales destrezas técnicas de la policía en el ámbito de la investigación criminalística y la falta de competencia especial y escasa idoneidad para la conducción de hombres por parte de los fiscales justificaría esta situación *de facto*. Por ello, el fiscal suele recibir el expediente del caso cuando la investigación policial se encuentra agotada y sólo imparte instrucciones cuando considera omitida o mal realizada alguna diligencia de investigación; en los demás casos, archiva provisional o definitivamente, o deduce su acusación. Sin embargo, tratándose de delitos graves o complejos, suele existir una mayor conducción del fiscal en la investigación policial. La policía, en tales casos, debe requerir instrucciones del fiscal, aun en mitad de la noche, si fuere necesario. Así, en los delitos de homicidio o muertes ocasionadas en accidentes de tránsito, el fiscal suele constituirse en el sitio del suceso y conducir por sí mismo aspectos relevantes del procedimiento.

III. EL MAGISTRADO EN LA FASE DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Una de las características principales del sistema acusatorio formal es la separación de las funciones de instrucción, acusación y

¹²⁹ FISCALÍA NACIONAL DE CHILE, *Reforma procesal penal*, Instrucciones Generales N8 1-50), septiembre-noviembre 2000, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

¹³⁰ LÓSING (N.), "Seguridad interna y policía en Alemania" en *Justicia en la calle* (Ensayos sobre la policía en América Latina), Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1996, p. 262. En Dresden, Estado de Sajonia, existen instrucciones generales que delimitan precisamente la competencia para investigar los delitos previstos en el Código Penal y leyes penales especiales entre la policía uniformada, básicamente preventiva (*Schutzpolizei*) y la policía técnica (*Kriminalpolizei*).

¹³¹ Debe observarse, sin embargo, que en este país los funcionarios policiales están facultados, en casos urgentes, para realizar directamente ciertas actuaciones que pueden afectar derechos fundamentales, esto es, sin necesidad de autorización judicial previa. Tales actuaciones sólo son controladas *ex post Facto* por los tribunales (Citado por ROXIN, ROXIN, Klaus, "Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal, Editorial Trotta, Madrid 2001, pág. 37).



decisión o fallo. De estas características deriva el derecho fundamental al "juez imparcial" o "juez no prevenido".

Tradicionalmente, como ya lo he señalado párrafos arriba, el *derecho a un juez imparcial* - o principio de imparcialidad- había sido estudiado en relación con los instrumentos procesales que tenían por objeto impedir que un juez comprometido de alguna manera con las partes o el conflicto pudiera conocer válidamente de ella. Aunque no se puede lisa y llanamente despreciar las características del Juez de nuestro anterior sistema inquisitivo, lo cierto es que él ha sido completamente desplazado por la consideración de los efectos que, en el *derecho a juez imparcial*, tienen las desviaciones del principio acusatorio.

Soy de la idea que se ha logrado un notorio avance al respecto con la instauración del NCPP en donde se ha instituido la idea de un juez árbitro de la contienda, donde la imparcialidad es garantía de la igualdad de armas; no obstante, con el Art. 385, referido a la prueba de oficio, se abren las puertas a rezagos inquisitivos. Si el Juez dispone una investigación suplementaria o excepcionalmente en el debate la actuación oficiosa de pruebas, es que tiene dudas, lo que de alguna forma, aplicando el principio del *in dubio pro reo*, lo debiera llevar a la absolución; pero preocupado por qué la pretensión punitiva no se ha dado o no va poder ser acogida, ayuda al actor, esto es, al Ministerio Público, lo que nos impide afirmar que esté actuando realmente con imparcialidad.

Es evidente también, que cuando el Tribunal asume ese rol, no ignora a quien va beneficiar: de hecho que no va ser al imputado, dado que éste no tiene nada que probar pues se presume inocente. Lo que realmente hace la prueba de oficio es auspiciar y generar el material probatorio necesario para la imposición de la condena. En conclusión, al introducir este tipo de normas, se vicia el nuevo espíritu que debe tener nuestro Sistema Procesal; se lapida realmente el principio de presunción de inocencia e igualmente el de imparcialidad del Juez. Todo en aras supuestas, de garantizar "la verdad" y la eficiencia. Si se ha tomado la valiente decisión de reformar el sistema de justicia penal y generar esta gran revolución en el Perú, implementando un nuevo Código Procesal Penal inspirado en el modelo acusatorio, que es la propia constitucionalización del proceso, se debe asumir en su totalidad tal modelo y no crear esta suerte de injerto donde aún se mantengan rezagos del viejo sistema inquisitivo, pues esto acarrea el peligro de arrastrar a un nuevo fracaso al sistema procesal penal peruano.

El fundamento de la doctrina de que la imparcialidad del juzgador encuentra su protección constitucional en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, estriba en que la primera de estas garantías, sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso, es la de que el juez o tribunal, situado "supra partes" y llamado a dirimir el conflicto, aparezca institucionalmente



dotado de independencia e imparcialidad¹³².

La imparcialidad del órgano enjuiciante puede apreciarse desde una doble perspectiva: subjetiva, que trata en definitiva de determinar lo que el juez piensa en su fuero interno en orden, especialmente, a las personas acusadas y acusadoras y que da lugar a la institución de la abstención y recusación; y la objetiva, que se proyecta a consideraciones funcionales y orgánicas en orden a la comprobación de si un juez o tribunal ofrece garantías suficientes para excluir toda duda razonable y, por consiguiente, legítima, de parcialidad.

Conforme a lo anteriormente expuesto, la imparcialidad subjetiva se origina por la relación extraprocesal que cualquiera (o todos) los miembros del órgano juzgador tenga o haya tenido con las partes en el proceso.

La imparcialidad objetiva considera la posición de los miembros de la Sala Juzgadora respecto al objeto mismo del proceso, y que se deriva de la relación o contacto que el órgano judicial haya podido tener con los hechos y con el imputado con anterioridad a la sustanciación del juicio oral, considerando a dicho imputado como uno de los elementos identificadores de la acción¹³³.

¹³² BERMÚDEZ OCHOA: "Problemas orgánicos y procesales de la llamada "contaminación procesal", en "Cuestiones de Derecho procesal penal", Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Nº 6, Madrid, 1994, Pág. 57.

¹³³ PUYOL MONTERO y A. ILLESCAS RUS, *Cuestiones de inconstitucionalidad: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, Pág. 1.300.

Al garantizar la ley la imparcialidad objetiva no se trata de poner en duda la rectitud personal de los jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables del presunto reo. Pero ocurre que, como afirman Puyol Montero e Illescas Rus, *"la actividad instructora, cuando pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, perjuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el juez acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible"*¹³⁴.

IV. EL DERECHO A LA DEFENSA.

El NCPP establece el derecho a la autodefensa en su artículo 71, cuando señala: "El imputado puede hacer valer por sí mismo los derechos que la constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de la investigación hasta la culminación del proceso. No obstante, en este punto al parecer hay una insustancialidad en cuanto no pone al alcance del imputado todos los medios necesarios para articular su autodefensa. En ese sentido, evidencia que deja de un lado u olvida, este derecho, en la

¹³⁴ PUYOL MONTERO y A. ILLESCAS RUS, *Ob. Cit.*, Pág. 1.301.



medida que, en contrariamente, pone de relieve, norma y potencia, el papel del Abogado defensor, que justamente se salvaguarda y se posibilita sin trabas.

Asimismo, el Código Procesal Penal establece como principio básico del nuevo proceso que tiene el imputado para hacer valer sus facultades, derechos y garantías constitucionales y legales desde el momento mismo en que se le atribuya participación en un hecho punible. En consecuencia, a partir de entonces el imputado es sujeto de derechos dentro del proceso penal y esta posición proviene de la consideración estricta del principio de presunción de inocencia o de no culpabilidad.¹³⁵

Con ello se supera aquella concepción inquisitiva del anterior Código que tendió a ver al imputado como un objeto del procedimiento y de la investigación judicial, esto es, como una fuente de información destinada a la averiguación de la verdad material. Fue, justamente, en este último contexto que la confesión se convirtió en la “reina de las pruebas” y sirvió para todo tipo de excesos y abusos¹³⁶. Hoy, en cambio, el imputado tiene derecho a guardar silencio (art. 71 inc. 2, párrafo d del NCPP)¹³⁷ y a que, en el evento que consienta en declarar, ella sólo sea entendida como un medio de defensa (art. 71, inc. 2, párrafo d). Esto no quiere decir, sin embargo, que el imputado no pueda

constituirse en objeto de la investigación y, eventualmente, en medio de prueba como cualquier ciudadano que está sujeto al deber de tolerar la pretensión *fundada* del Estado al esclarecimiento y sanción de las infracciones a las normas jurídicas¹³⁸. En efecto, el imputado está sujeto a la coacción estatal en la medida que debe tolerar el procedimiento penal y, eventualmente, las afecciones masivas en su libertad personal o en su integridad corporal, como la prisión preventiva o tomas de sangre (Art. 71, inc. 2, párrafo e)¹³⁹. No obstante, su consideración como “objeto del proceso” sólo cabe efectuarla desde una perspectiva fáctico-externa, nunca normativa, pues el Estado se encuentra limitado constitucionalmente por las garantías fundamentales.

El derecho a defensa comprende genéricamente los siguientes derechos:

- a) El derecho a ser oído, lo que supone el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan, a objeto de ejercer adecuadamente su derecho a defenderse y a formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa;
- b) El derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo;

¹³⁵ MAIER J., *Derecho procesal penal argentino*, Fundamentos, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 595.

¹³⁶ CLARÍA OLMEDO, JORGE, Ob. Cit. Pág. 27.

¹³⁷ “Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia” (Art. 71, inc. d)

¹³⁸ VASQUEZ ROSSI, J., *El proceso penal. Teoría y práctica*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1986, p. 49.

¹³⁹ “Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley” (Art. 71, inc. e).



- c) El derecho a probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal;
- d) El derecho de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable, y
- e) El derecho a defenderse personalmente o, si esto no le fuera permitido, elegir un defensor para que lo represente o asista.

La mayoría de estos derechos están expresados en el Art. 71 del NCPP cuyo texto íntegro incorporo al artículo para su mayor comprensión:

Artículo 71 Derechos del imputado.-

1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.
 2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:
 - a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;
 - b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;
 3. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehúsa a firmar el acta se hará constar la abstención, y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del Fiscal se dejará constancia de tal hecho en el acta.
- c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor;
 - d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;
 - e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y
 - f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.



4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.

Estas garantías se contemplan en los artículos 14 nº 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 82 N9 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), tratados ratificados y vigentes por el Perú; en consecuencia, incorporados al ordenamiento jurídico interno. El no respeto de estas garantías puede conllevar la nulidad de actuaciones del procedimiento o, incluso, la nulidad del juicio y de la sentencia. El derecho de defensa del imputado comprende, en consecuencia, tanto la defensa material como la defensa técnica. La defensa material consiste en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le confieren durante el procedimiento y que,

en general, atingen en forma personal al imputado¹⁴⁰.

El Código admite la posibilidad de autodefensa, esto es, que el imputado asuma personalmente su defensa, excepto cuando la misma sea perjudicial para el propio interesado (arts. IX¹⁴¹ y 71, inciso 1 NCPP). En caso contrario, deberá designar libremente a un defensor de su confianza y, si carece de él, tendrá derecho a uno proporcionado por el Estado (defensor penal público) (Art. IX NCPP). La defensa técnica consiste en el derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento.

Es, en consecuencia, una derivación del derecho de defensa material que surge como consecuencia necesaria de la complejidad del proceso moderno, de su carácter eminentemente técnico-legal y de los intereses en juego. Su fundamento radica en la necesidad de garantizar lo más posible la igualdad de posiciones en el proceso penal. Aunque igualar el poder de la organización estatal puesta al servicio de la persecución penal puede resultar imposible, la ley prevé una serie de mecanismos para mejorar la posición del

¹⁴⁰ VASQUEZ ROSSI, J., *El proceso penal. Teoría y práctica*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1986, p. 51.

¹⁴¹ En el artículo IX del NCPP se dice que, "1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala".



imputado y garantizar una cierta *igualdad de armas*. El más importante de ellos es la defensa técnica, que permite al imputado contar con la asistencia necesaria cuando no posee conocimientos jurídicos suficientes o cuando, poseyéndolos, no pueda aplicarlos de forma idónea o adecuada¹⁴².

V. CONCLUSIONES.

- Como conclusión inicial de este artículo, hay que señalar que pareciera, en todo caso, que la peor de las soluciones es establecer un control absoluto o minucioso de la policía, que estrangule su capacidad de actuación inmediata o entorpezca seriamente sus labores habituales. Esta situación sólo podría conducirla a una burocratización ineficiente de sus tareas o a la infracción cotidiana de las reglas con el asentimiento tácito de todos los demás operadores del sistema penal.
- El Código Procesal Penal opta, sin embargo, por una solución restrictiva de sus facultades de actuación autónoma, limitándolas de manera notoria lo que plantea una situación que puede derivar en conflictos futuros, entendiendo en primer lugar que, si bien el Fiscal está preparado para asumir un rol de investigador, no lo está plenamente para asumir la totalidad del caso y, mucho menos, la dirección del mismo, pues considero que para ello la PNP es una Institución altamente especializada que no requiere someterse a direcciones fuera de contexto, pues le resta competencias y atribuciones que afectaría negativamente el desarrollo del propio proceso de investigación.
- No quiere decir esto, que ambas instituciones permanezcan separadas en el proceso, muy por el contrario. Pero la relación entre ambas no puede ser de naturaleza vertical, al menos en temas que son fundamentales y de obvia discrecionalidad de la Policía.
- En consecuencia, la relación de trabajo conjunto dentro del proceso de investigación, debe única y exclusivamente ser de naturaleza horizontal, donde coordinaciones e intercambios de información sean mutuas, pero jamás, al menos en las estrictas cuestiones técnicas del proceso de investigación, puede estar el Fiscal por encima de la PNP.
- Plantear lo contrario pasa obligatoriamente por una reformulación institucional y también por un proceso de especialización de todos los partícipes a fin de asumir sus nuevos roles dentro de un marco que garantice la eficiencia plena de sus funciones.

¹⁴² VASQUEZ ROSSI, *El proceso penal*, cit., pp. 53 y ss.



VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERMÚDEZ OCHOA: "Problemas orgánicos y procesales de la llamada "contaminación procesal", en "Cuestiones de Derecho procesal penal", Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, N° 6, Madrid, 1994.
- BINDER (A.), "Justicia penal: de la tradición inquisitiva al ideal republicano", cit. p. 222
- BURGOS MARIÑO, Víctor, El Nuevo Código Procesal Penal, ¿Realidad o Ficción?, Revista Oficial del Poder Judicial del Perú, Año 2007
- FISCALÍA NACIONAL DE CHILE, *Reforma procesal penal*, Instrucciones Generales N8 1-50), septiembre-noviembre 2000, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- GÓMEZ ORBANEJA, citado por ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio y Derecho de defensa en el proceso penal*, Estudios Trivium, Madrid, 1991, p. 25. Véase también GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, Editorial Colex, Madrid, 1997
- GOMEZ ORTIZ, Saúl, La Policía nacional del Perú y su nuevo Rol dentro del Proceso Penal, Revista Jurídica Themis, UNMSM, Lima 2007.
- LÓSING (N.), "Seguridad interna y policía en Alemania" en *Justicia en la calle* (Ensayos sobre la policía en América Latina), Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1996
- MAIER J., *Derecho procesal penal argentino*, Fundamentos, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1989
- PUYOL MONTERO y A. ILLESCAS RUS, *Cuestiones de inconstitucionalidad: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993
- ROXIN, ROXIN, Klaus, "Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal, Editorial Trotta, Madrid 2001
- VASQUEZ ROSSI, J., *El proceso penal. Teoría y práctica*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1986

UNA NUEVA LECTURA DE LOS DENOMINADOS «DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA»

**FIGUEROA CASTRO,
NORY**

Abogada por la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga. Con estudios de Maestría en ciencias Penales por la Universidad Alas Peruanas-Filial Ayacucho.

123



UNA NUEVA LECTURA DE LOS DENOMINADOS «DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA»

Sumario:

I. Introducción. II. El Bien Jurídico Tutelado. III. El Punto de Vista del Derecho Comparado. IV. El Bien Jurídico Tutelado de Acuerdo a la Doctrina Peruana. V. El Problema Sobre la Autoría. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.

Valgan verdades, uno de los aspectos más complejos dentro del ámbito de la regulación penal, lo constituye este segmento orientado a establecer el marco punitivo de las inconductas que se dan entre los funcionarios, los particulares y el Estado dentro de la esfera relacionada a la administración pública.

Por otra parte, la escasa claridad del tema que se pretende abordar debido a las intrincadas relaciones que se manifiestan dentro de este ámbito ha generado desde siempre serias controversias sobre lo que se debe o no penalizar. Cuando se habla de criminalizar lo público, se habla de intervenir penalmente sobre comportamientos desviados en el ámbito de la vida pública, esto es, en la actuación administrativa, política y en sus relaciones con particulares, pero, como se intentará matizar más adelante, el propio concepto de "desviación" a estos efectos puede abrir niveles de controversia muy superiores a los planteados cuando se trata de la protección

penal de bienes jurídicos clásicos como la propiedad o la salud.

En suma, cuando se aborda un tema como éste suele partirse de una serie de intuiciones y preocupaciones, en la conciencia de que son necesarios criterios y principios orientadores, pero en la conciencia también de que nos encontramos ante un fenómeno complejo, contradictorio y lábil, cuya referencia a "lo político" agudiza los problemas de las ya de por sí discutibles fronteras del Derecho Penal. A mayor abundamiento, en este tema como en ningún otro, debe desconfiarse del recurso a planteamientos formalistas para legitimar la decisión criminalizadora, o, lo que es lo mismo: los límites a la intervención penal en lo político, son más "políticos" que en cualquier otro ámbito.

Para concluir esta parte introductoria y a modo propedéutico es importante señalar que el Código Penal establece esta clase de delitos en el Libro Segundo, Título XVIII Delitos Contra la Administración Pública (Artículos 361 al 426). A su vez está dividido



en cuatro grandes y bien diferenciados grupos. El primero, contenido en el Capítulo I y dedicado a los delitos cometidos por particulares (Artículo 361 al 375); El Capítulo II dirigido a los delitos cometidos por funcionarios públicos (Artículo 376 al 401); el Capítulo III orientado a los delitos contra la administración de justicia (Artículo 402 al 424); y el Capítulo IV que contiene disposiciones comunes (Artículo 425 al 426).

II. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El primer problema consiste en desentrañar qué debe entenderse por el concepto de administración pública como bien jurídico tutelado, dentro del título en cuestión. Y está claro que se trata del poder público que tiene a su cargo la obligación de velar por los intereses generales, conservar el orden, proteger el Derecho y facilitar el desenvolvimiento de las actividades lícitas. Pero también está claro que el término congloba en su significado a la esfera de gobierno del Estado, entendiéndose con ello a todas las funciones antes descriptas (la propiamente ejecutiva, la legislativa y la judicial), así como a todas las actividades que el Estado captó con sustento en las más diversas motivaciones, siempre que sea en cumplimiento de finalidades públicas.

En efecto, en la esfera del Derecho Penal, el concepto de Administración Pública es superado porque la protección se extiende tanto sobre las funciones administrativas propiamente dichas como sobre las otras funciones del Estado. Así el concepto de este Título XVIII del Código Penal sobre administración pública es algo muy amplio:

es el gobierno del Estado totalmente integrado con los poderes que lo componen y con los servicios que son inherentes a la naturaleza de esos poderes o que el Estado atrajo a su esfera por razones prácticas y en orden a finalidades públicas, sea que las realice con organismos específicamente administrativos o por medio de organismos autárquicos, aun cuando éstos constituyan entidades jurídicas y en ellos intervengan particulares con sus aportes.

Por eso no es cierto que la administración pública sea lo mismo que la actividad administrativa, al decir de Altavilla¹⁴³. Y esto es así porque esta idea contiene una concepción totalitaria del Estado, en la cual el bien jurídico es la defensa del Estado como tal.

Puede decirse, como señala Carlos Creus¹⁴⁴, “que el objeto de protección es la regularidad y eficiencia de la función pública concebida en su sentido más extenso, comprensivo de la *función pública en sentido propio*; es decir, la que importa un encargo del Estado en la persona del funcionario, por medio del cual aquél expresa su voluntad frente los administrados y sobre éstos, como del *servicio público* que se desenvuelve dentro de la Administración”.

III. EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO COMPARADO

Ahora bien, es importante hacer algunas precisiones respecto al bien jurídico

¹⁴³ ALTAVILLA, Enrico, Cuestiones penalistas sobre la Administración Pública, Editorial Ediar, Buenos Aires 1988, p. 103.

¹⁴⁴ CREUS, Carlos, Tratado de Derecho Penal, parte Especial, Editorial Astrea, Buenos Aires 1998, Pág. 215.



protegido desde la perspectiva de las principales corrientes doctrinales a fin de hacer una comparación con la asumida por la legislación peruana.

En la doctrina italiana se ha intentado dar un concepto de este bien jurídico sosteniendo que es el regular desenvolvimiento de las funciones públicas estatales, esto es, que el Estado pueda desarrollar, sin alteraciones, sus actividades legisladoras, juzgadoras y administrativas, y así poder alcanzar sin perturbaciones los fines que tiene señalados. Al lado de este bien jurídico también se dice que “los delitos protegen otros valores más particulares, cuales son el prestigio, decoro, deber de fidelidad, deber de cargo, disciplina, etcétera”¹⁴⁵.

En España, según Groizard, lo que caracterizaba a estos delitos era que los sujetos activos sólo podían ser los que ejercían la función pública de que podían abusar. Por ende el funcionario público debe estar sometido a una religión estrecha y sujeto a una serie de obligaciones, que deben ser rigurosas y eficaces, de modo que sean garantía de que sus atribuciones no se constituirán en daños o menoscabos a los derechos de los particulares o de los mismos intereses públicos que debe defender. Dentro de estas obligaciones del funcionario público existen ciertos deberes que tienen mayor relevancia social y cuyo incumplimiento está incorporado a este

título¹⁴⁶. Esta posición ha llevado a que se sostenga que “concurren pues, ya en los comentarios al Código de 1870, los mismos rasgos que se destacaban en la opinión doctrinal italiana antes vista: protección de las funciones públicas, de la dignidad de la administración pública, infracción de los deberes del cargo, elevación de injustos administrativos a la categoría penal”¹⁴⁷.

Jiménez de Asúa coincide, respecto del bien jurídico, en que “para asegurar el cumplimiento de las funciones administrativas, ha detallado el legislador las formas en que los funcionarios públicos pueden faltar a sus específicos deberes”¹⁴⁸. Por su parte, Cobo afirma que la función pública es una forma de manifestación de la actividad del Estado, o mejor dicho, la manifestación del poder público desde un punto de vista teleológico, finalista. La función pública se caracteriza en cualquiera de sus manifestaciones por su contenido final, en el sentido de que el Estado procede a la consecución de sus fines por medio de una serie de actividades que constituyen sus funciones, que se proyectan en la triple dimensión legislativa, judicial y administrativa.

Por eso, cuando se le atribuye personalidad jurídica al Estado, la administración deja de identificarse con uno de los poderes, el Ejecutivo, para considerarse como una función de ese Estado-persona; ya no se ve en el Estado un conjunto de poderes individualizados (entre ellos el Poder

¹⁴⁵ RANIERI, Parte especial, 181; MANZINI, Trattato, V. 1; ANTOLISEI, Parte especial, t. II, págs. 668/669, todos ellos citados por DONNA, Edgardo, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, Editorial Rubinzal- Culzone, Buenos Aires 2001, Pág. 12

¹⁴⁶ GROIZARD, El Código Penal Comentado, t. IV, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, Pág. 91/92.

¹⁴⁷ DE TOLEDO, Octavio, Prevaricación del funcionario público, Civitas, Madrid, 1980, Pág. 218..

¹⁴⁸ JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Losada, Buenos Aires, T. II y III, Pág. 100.



Ejecutivo o la administración pública), sino una persona jurídica que realiza múltiples funciones, una de las cuales es, precisamente, administrar.

Cerezo Mir ha sostenido que “los preceptos del Derecho Penal que regulan los delitos de los funcionarios públicos tienen como fin, lo mismo que en el Derecho disciplinario, el mantener a los funcionarios públicos en la observancia de sus deberes y el contribuir a la mejor organización del servicio público”¹⁴⁹.

La doctrina alemana, por su parte, distingue entre dos grupos de delitos que pueden llegar a cometerse en este ámbito, que son aquellos delitos que puede cometer el funcionario en relación con el cargo que tiene y los delitos que puede cometer el funcionario, pero que no tienen una relación estricta con el cargo o la función que tiene, hay coincidencia en sostener que sólo se puede hablar de un bien jurídico específico en el primero de los grupos, ya que en el segundo será el bien jurídico del delito que comete el funcionario, sin otra particularidad que se podrá agravar por la calidad del autor¹⁵⁰. Y también es coincidente la doctrina al afirmar que la esencia de los delitos de funcionario está dada por el abuso de la autoridad como violación del deber del funcionario. Y en parte como un ataque contra la pureza del ejercicio del cargo, parte como un peligro en el hacer del funcionamiento de la administración del Estado, y otra parte como un ataque interno contra el poder del

Estado. Pero en general se puede afirmar que el bien jurídico es la fidelidad a la pureza de la función pública.

En este punto no debe dejarse de analizar los llamados delitos de infracción de deber, que han sido elaborados, en su concepto básico, por Roxin. La esencia de estos delitos consiste en la infracción de un deber, esto es la violación de las exigencias derivadas del papel o de la función social que desempeña, que son deberes extrapenales. Y precisamente la violación de este deber es lo que fundamenta la autoría.

IV. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO DE ACUERDO A LA DOCTRINA PERUANA

El Código de 1991, que en este sentido ha incluido, como lo expresara en la introducción de este artículo, en el Título XVIII los llamados delitos contra la administración pública, un variado catálogo de tipos penales que tienen en común, en principio, son delitos cometidos tanto por los particulares como por el funcionario público.

No habría discusión en sostener que se protege la función pública, entendida como el regular, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones de los tres órganos del Estado, tal como se explicó, pero con la idea de que no sólo se refiere a la función específica de los poderes del Estado, sino además a la típica función administrativa de todos ellos. Se pretende asegurar la conducta de los funcionarios públicos, quienes con la inobservancia de los deberes a su cargo obstaculizan esa regularidad funcional, dañando no sólo a la

¹⁴⁹ CERESO MIR, José, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pág. 46.

¹⁵⁰ Citado por DONNA, Edgardo, Ob. Cit., Pág. 14



función en sí, sino a los particulares. De modo que el bien jurídico en el Título XVIII es la preservación de la función pública, frente a los ataques que provienen, tanto de la propia organización burocrática del Estado y de sus miembros, como de los particulares.

Para Bramont Arias se incluye la función pública en sentido propio, “que es la que se realiza en virtud de un encargo, de una delegación de Estado en la persona del funcionario y que tiene una repercusión fuera de la administración, ya que expresa la voluntad del Estado frente a los administrados y sobre ellos, aunque sean a su vez funcionarios o empleados (por ej. en el Derecho disciplinario), ora que se configure como función pública asumida libremente por el funcionario, ora como carga pública en quien se vio obligado a asumirla, ya se trate de una función de autoridad -representando e imponiendo la voluntad del Estado en cuanto desarrollo de poder- o de simple gestión”¹⁵¹. Peña Cabrera, por su parte, incluye al servicio público, siempre que se desenvuelva exclusivamente dentro de la administración, aunque se protege todo tipo de servicio público, ya sea que se preste dentro o fuera de la función¹⁵². No se podría terminar el concepto de bien jurídico, sin hacer una referencia a lo afirmado por Villa Stein.

Señala este autor, como antecedentes históricos de estos delitos, que la aglutinación de tipos penales en torno a la administración pública tiene su origen en el

Código de Toscana de 1853. Luego es tomado por la legislación de Holanda de 1881 y de allí pasa al Código Zanardelli, de Italia de 1891. Éste sirve de fuente para las legislaciones penales francesa, alemana, española y luego, latinoamericana. Pero el concepto más importante está en que afirma que en la base de estos delitos está la idea napoleónica que tiene como fundamento un binomio compuesto por la administración pública y el Derecho Administrativo, que lleva a agrupar los delitos de los funcionarios y los delitos contra los funcionarios públicos. Como Napoleón armó la administración, pero no su concepto, “se apeló a la pauta subjetiva (el funcionario), pues es la que primero se presenta al espíritu”¹⁵³

En consecuencia se puede afirmar que sobre este punto poco se avanzó, salvo la referencia en los códigos modernos a la noción de función.

Por eso definen al bien jurídico como “el normal y continuo funcionamiento de los órganos que explicitan las funciones del Estado: la actuación legal y no perturbada de las personas que en ella actúan y el decoro de aquéllas y de éstas. Bien puede utilizarse la palabra prestigio y que a nuestro entender es la que la doctrina italiana ha manejado.

Por último, la administración pública no es un bien jurídico como tal, sino que su concepto gira alrededor de intereses sociales e individuales, que tienen relación con la función pública.

¹⁵¹ BRAMONT ARIAS, Los Delitos de la Administración Pública, Revista Themis Nº 7, Año 1998, PUCP, Lima 1998.

¹⁵² PEÑA CABRERA, Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Editorial San Marcos, Lima 2001, Pág. 317.

¹⁵³ VILLA STEIN, Comentarios sobre el delito contra la Administración Pública, Revista Jurídica Aequitas, editado por la Facultad de Derecho y CC.PP. de la UNMSM, Número XVII, Año 5, Lima 1997



V. EL PROBLEMA SOBRE LA AUTORÍA

1.1.1. Sujeto activo

El Código en el título bajo estudio ha tipificado conductas que si bien pueden, en algunos casos, ser cometidas tanto por funcionarios públicos como por particulares, siguiendo el criterio napoleónico antes explicado, en su gran mayoría describe tipos penales que exigen un autor calificado, que lleva a que se especialice el delito, siendo este sujeto el funcionario público. En otras palabras, se trata de los llamados delitos especiales propios¹⁵⁴. En estos delitos la autoría se limita al círculo de las personas cualificadas o autores idóneos mencionados en el tipo, mediante los elementos descriptivos especiales del sujeto del hecho. De manera que el extraño no puede ser autor de estos hechos punibles ni como autor directo, ni como autor mediato, ni como coautor. Su participación es posible¹⁵⁵. Lange había definido a estos delitos como aquellos que específicamente, en virtud de su especial injusto típico, sólo son comisibles por determinadas personas¹⁵⁶. Cerezo habla de que en estos casos la conducta del autor lleva aparejada la infracción de un deber jurídico específico.

Desde otra perspectiva se ha sostenido que se trata de delitos de deber, en los cuales la autoría se funda en la lesión a un deber

especial, que sería extratípico. Roxin contrapone los delitos *de dominio*, a los *delitos de deber*.

En estos últimos, señala el autor, no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor, debido a que la sanción se afirma sobre una persona que infringe las exigencias que tiene, que se derivan del papel o del rol social que desempeña¹⁵⁷. Por ende, no es el dominio del hecho, tal como lo hemos definido en otro lugar, el criterio para definir quién es autor, sino qué es la infracción de un deber extrapenal, que está lógicamente preordenado a la ley, ya que procede de otros ámbitos jurídicos. La autoría se determina, desde esta perspectiva, por un deber específico cuya naturaleza aún requiere aclararse. Ahora bien, este deber exige que la persona se comporte de acuerdo a esta obligación, de modo que la infracción consciente del deber, fundamenta la teoría. Este deber no surge de la norma penal, que es la que desencadena la sanción prevista en el tipo, existente en todo delito. Se trata de un deber extrapenal, que no se extiende a todos los implicados en el delito. Son deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que se originan en otras ramas del Derecho. Esto lleva a que poco importe, en estos delitos, que la infracción sea por acción o por omisión.

La teoría de Roxin ha sido criticada. En primer lugar se afirma que de seguirse este concepto sólo existiría un desvalor de acción, pero no un desvalor de resultado, en el sentido de lesión o peligro al bien

¹⁵⁴ GOSCILO, Antonieta, *Los bienes jurídicos penalmente protegidos*, en *Lecciones y ensayos*, segunda época, N° 1, diciembre 1981, págs. 35/37.

¹⁵⁵ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, 1999.

¹⁵⁶ Citado por CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, Parte general, 5a ed., Tecnos, Madrid, 1997, t. II, p. 113.

¹⁵⁷ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Pág. 383 y ss.



jurídico. De modo que sólo se podría hablar de un desvalor de acción que es la infracción al deber. Si se quisiera afirmar que en estos delitos también existe un desvalor de resultado, debería reconocerse que la autoría no sólo se fundamenta en la infracción de deber, sino que habría un requisito más. En palabras de Gracia Martín, “por lo menos en la producción de un resultado y, cuando así se requiera por el tipo, en que ese resultado derive de una concreta modalidad de acción. Como consecuencia lógica no podría tampoco, distinguirse entre delito consumado y tentativa, ya que la infracción al deber es lo que constituye lo injusto de tales delitos”¹⁵⁸. Sin duda la crítica más fuerte estaría en la contraposición con un Estado de Derecho, debido a la vaguedad de los deberes. Y esto vale seriamente en los delitos de funcionarios que estamos estudiando. Así, Gracia afirma que “en los delitos de funcionarios, no habría más remedio que referir la infracción del deber a vagos y genéricos conceptos como ‘deber de fidelidad’, ‘deber de obediencia’, ‘deber de subordinación’, etcétera”¹⁵⁹.

La crítica de Gracia Martín se sintetiza con sus palabras: “en los delitos especiales puede afirmarse y no hay que desconocer el hecho de que la infracción de un deber es un elemento del tipo. Pero, contrariamente a lo que se sostiene por un amplio sector doctrinario, inspirándose en Roxin, creo que la lesión de un deber extrapenal - formalizado o no puede ser a lo sumo

indicio de la tipicidad de lo injusto especial”³⁶. Por ende, se trataría de una tautología. Que el funcionario que revela secretos que haya tenido por su cargo infringe obligaciones que tenía por su rango y jerarquía, está fuera de duda, ya que esta violación es de gravedad. Pero no se explica la esencia del delito especial. Por ende, para esta posición hay que buscar la esencia de estos delitos en otro lugar.

La respuesta estaría dada por la estrecha relación que existe entre el autor y el bien jurídico, situación que no existe con respecto a terceras personas. “En los delitos especiales sujeto y objeto no son intercambiables. Así por ejemplo, la acción típica del delito de prevaricación judicial es ‘dictar sentencia injusta’. Pero dicha acción de agresión al bien jurídico protegido -la recta administración de justicia- sólo puede realizarla el sujeto que ostente la calificación de juez, porque sólo él tiene acceso a ese bien jurídico. Sólo un juez puede dictar una sentencia injusta. Y por pasiva, una sentencia injusta puede ser dictada sólo por un juez”¹⁶⁰. También la posición de Roxin ha sufrido críticas desde otra perspectiva. En efecto, se ha afirmado que quien siga esta posición debe aceptar como autor a todo aquel que, como titular del deber especial, realice simultáneamente la lesión de éste y la lesión típica del bien jurídico, con la consecuencia de que dicho titular jamás podrá ser partícipe en el ámbito de los hechos dolosos. La crítica, sin embargo, consiste en que la lesión de un deber extratípico no puede decidir acerca de la calidad de sujeto del hecho

¹⁵⁸ GRACIA MARTIN, Luis, *El actuar en lugar de otros en Derecho Penal*, tesis doctoral, Prensas Universitarias, Zaragoza, T. I y II, Pág. 333.

¹⁵⁹ *Ibidem*

¹⁶⁰ GRACIA MARTÍN, ob. cit., p. 338.



determinado en el tipo y, además, que aun dada la existencia de los elementos esenciales, puede faltar el dominio del hecho, considerado, aun para estos delitos, como básico. Luego la mera participación es posible ante la existencia de los elementos especiales de autoría por propia mano¹⁶¹.

VI. CONCLUSIONES

Como se acaba de exponer líneas arriba en torno al bien jurídico protegido y las precisiones conceptuales en torno a la autoría de los denominados delitos contra la Administración Pública, cabe hacer una reflexión final que tiene ver con un contexto de carácter valorativo sobre esta clase de figuras penales. El punto de referencia inicial es el comportamiento desviado de agentes que intervienen en el ámbito público, que podemos concretar ya como el sector de actuación propio del Estado en su acepción más amplia, esto es, inclusivo no sólo de la Administración en sentido estricto, sino también de sus instituciones políticas y a la vez, de sus canales de comunicación con particulares en la medida en que el flujo de intereses entre unos y otros se inscribe en la actuación pública. Avanzando un paso más, si lo que caracteriza a la actuación política y administrativa estatal es la persecución y/o

salvuarda del interés público, los comportamientos desviados en este ámbito lo serán, en principio cuando se *desvíen de ese interés general para favorecer intereses particulares*, lo que genéricamente puede identificarse con el concepto popular e incluso, periodístico, de "corrupción". Desde luego y como precisión obvia, en un Estado social y democrático de derecho, la concreción de lo que sea interés público tiene sus propios mecanismos de legitimación, no basados exclusivamente en una concepción formalista de la legalidad pero con sus propios cauces de expresión democrática cuyo estudio en profundidad desbordaría ampliamente los límites de este artículo.

Sin embargo, la renuncia a profundizar en el concepto de interés público no impide advertir sobre la inconveniencia de estigmatizar la presencia de intereses particulares y su intervención en el ámbito de lo público, así como de las abstracciones sobre el carácter asépticamente inmaculado del juego de intereses públicos y privados en la escena política.

Lo anterior viene a razón para situar la intervención de los denominados grupos de presión representantes de intereses privados, en la escena pública y su relevancia en la precisión de lo que deban considerarse como comportamientos desviados, teniendo en cuenta que la "presión" ejercida por dichos grupos se dirige a propiciar un determinado comportamiento de los agentes públicos en beneficio de intereses propios que, en tal medida, pueden conducir a una desviación

¹⁶¹ El autor calificado se encuentra en una relación especial con el bien jurídico protegido. Existen bienes jurídicos primarios, cuya agresión está al alcance de cualquier persona. Por el contrario, hay otros bienes jurídicos que no se encuentran a disposición de cualquiera, y que cumplen sus funciones en estructuras cerradas, limitadas, a las que no tienen acceso todos los individuos, sino sólo los habilitados. A esta relación entre estos bienes jurídicos y las personas habilitadas para agredirlos o respetarlos se les puede llamar "relación de dominio", pues su fundamento se encuentra en la posición de poder que detentan determinados sujetos sobre determinados bienes jurídicos.



del interés general que entre el terreno de lo criminalizable.

Seguirán produciéndose intentos de optar únicamente por la solución penal dejando incólumes las estructuras que propician la desviación. Frente a ellos, la función del jurista seguirá siendo, desde luego, el análisis de la realidad y la denuncia del oportunismo para eliminar cortinas de humo que eviten otro tipo de intervenciones como la demanda de responsabilidades políticas o la transparencia administrativa.

Sin embargo, creo también, que una vez se ha optado por la tipificación penal, la irrenunciable función crítica no debe abandonar la labor interpretativa de las normas para facilitar a los jueces instrumentos de aplicación que permitan superar la exclusiva función que la ley pudiera tener.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Editorial Tiran lo Blanch, Barcelona, 1999..
- ALTAVILLA, Enrico, *Cuestiones penalistas sobre la Administración Pública*, Editorial Ediar, Buenos Aires 1988.
- BRAMONT ARIAS, *Los Delitos de la Administración Pública*, Revista Themis N° 7, Año 1998, PUCP, Lima 1998.
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, Parte general, 5a ed., Tecnos, Madrid, 1997, t. II.
- CEREZO MIR, José, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982.
- CREUS, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, parte Especial, Editorial Astrea, Buenos Aires 1998.
- DE TOLEDO, Octavio, *Prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980.
- DONNA, Edgardo, *Tratado de Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo III, Editorial Rubinzal-Culzone, Buenos Aires 2001.
- GOSCILO, Antonieta, *Los bienes jurídicos penalmente protegidos*, en *Lecciones y ensayos*, segunda época, N° 1, diciembre 1981.
- GRACIA MARTIN, Luis, *El actuar en lugar de otros en Derecho Penal*, tesis doctoral, Prensas Universitarias, Zaragoza, T. I y II.
- GROIZARD, *El Código Penal Comentado*, t. IV, Editorial Bosch, Barcelona, 1998..
- JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Losada, Buenos Aires, T. II y III.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, Editorial San Marcos, Lima 2001.
- VILLA STEIN, *Comentarios sobre el delito contra la Administración Pública*, Revista Jurídica Aequitas, editado por la Facultad de Derecho y CC.PP. de la UNMSM, Número XVII, Año 5, Lima 1997

**EL CESE DE LA VIOLENCIA
FAMILIAR A TRAVÉS DE UN
ANÁLISIS DE SU PANORÁMICA
ACTUAL EN MATERIA JURÍDICA**

**Dra. FLORES DE PALOMINO,
EDDA YOLANDACASTRO,**

Abogada



EL CESE DE LA VIOLENCIA FAMILIAR A TRAVÉS DE UN ANÁLISIS DE SU PANORÁMICA ACTUAL EN MATERIA JURÍDICA

Sumario:

I. Introducción. II. El Redescubrimiento de La Víctima. III. La Violencia Familiar y El Derecho Penal. IV. A Nivel Constitucional. V. A Nivel Del Código Civil. VI. A Nivel Tuitivo. VII. Definición Legal de Violencia Familiar. VIII. Las Medidas de Protección. IX. El Menor Como Víctima. X. Conclusiones. XI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La expresión "violencia doméstica", de frecuente aparición, por desgracia, en los medios de comunicación de un tiempo a esta parte no es, por supuesto un problema nuevo.

Tampoco es un problema exclusivamente perteneciente al Derecho penal pues, aunque éste sea el encargado más directamente de su represión, no pueden desconocerse las implicaciones sociales e incluso políticas que conlleva. No obstante, como jurista supuestamente especializado en Derecho penal, creo que me corresponde analizar las cuestiones que plantea para el Derecho punitivo y, por supuesto, sin caer en la fácil demagogia al uso ni en trasnochadas posturas machistas o feministas, pues el problema va mucho más allá de la lucha de sexos aunque, como veremos, su solución pasa por la liberación desde luego económica- de los miembros más débiles del clan familiar.

En el presente artículo analizo algunos aspectos jurídicos sustantivo respecto a este fenómeno intentando en todo momento, que a través de este análisis se visualice el verdadero contexto de la violencia familiar a fin de buscar su ces.

II. EL REDESCUBRIMIENTO DE LA VÍCTIMA

La víctima del delito ha padecido un secular abandono, tanto en el ámbito del Derecho penal (sustantivo y procesal) como en la política criminal, la política social y la propia Criminología¹⁶². Disfrutó del máximo protagonismo su "edad de oro"- durante la justicia primitiva, privada, siendo después drásticamente "neutralizada" por el sistema legal moderno, en aras de una experiencia universal: la aplicación serena y objetiva de la ley al caso concreto requiere una intervención pública e institucional, desapasionada, ecuánime e imparcial. Dicha

¹⁶²RODRIGUEZ MANZANERA: "Victimología. Estudio de la víctima". Editorial Porrúa, México 1980, Pág. 17.



"neutralización" de la víctima condujo, sin embargo, al dramático olvido de la misma y de sus legítimas expectativas, habiendo contribuido decisivamente a tal resultado el pensamiento abstracto y formal, categorial, de la dogmática penal que degrada a la víctima a la mera condición de sujeto pasivo¹⁶³.

Tal vez, porque nadie quiere identificarse con el "perdedor" del suceso criminal, tiene que soportar la víctima no sólo el impacto del delito, en sus diversas dimensiones sino también la insensibilidad del sistema legal, la indiferencia de los poderes públicos e incluso la insolidaridad de la propia comunidad. En el denominado estado "social" de Derecho oscilan, paradójicamente, las actitudes reales hacia la víctima entre la compasión y la demagogia, la beneficencia y la descarada manipulación¹⁶⁴.

Asistimos, no obstante, a un proceso irreversible de recuperación de la víctima del delito; de redefinición del rol de la misma, a la luz de nuestros conocimientos actuales, en las Ciencias jurídicas, en las disciplinas empíricas y en la acción de los poderes públicos (política criminal, política social y económica, etc.).

Para la moderna Criminología, el saber científico sobre el delito no debe orientarse exclusivamente a la satisfacción de la pretensión punitiva del Estado (castigar más y mejor, mayor eficacia represiva del sistema penal) sino a la intervención en el "problema social y comunitario" del crimen

para prevenirlo, recuperar al infractor y reparar el daño padecido por la víctima. En este nuevo modelo de Ciencia criminológica, la persona de la víctima adquiere un merecido protagonismo. Se reconoce, de una parte, su relevancia "etiología" en la génesis y dinámica del suceso criminal¹⁶⁵.

Numerosas investigaciones empíricas demuestran por ejemplo, que el riesgo de devenir víctima del delito no es un riesgo igual y uniforme, ni producto del azar, sino un riesgo diferencial unido a diversas variables que concurren en la persona de la víctima. Y que existen sutiles procesos de "interacción" delincuente-víctima de decisiva influencia en el suceso criminal, cuyo desarrollo y eventual consumación dependen, a menudo, de percepciones y actitudes recíprocas de los dos protagonistas de aquél. Se reconoce, también, un importante papel a la víctima en la política de prevención del delito. Si el crimen es un fenómeno selectivo (el crimen escoge "su víctima, como el caso de los delitos contra menores de edad), es obvio que una política de información y concienciación dirigida, selectivamente también, a los grupos y subgrupos de víctimas potenciales que exhiban mayor riesgo de victimización (prevención victimal), por fuerza ha de ser más eficaz que una política de prevención criminal basada en el efecto disuasorio de la amenaza del castigo en la persona del

¹⁶³ PETERS, T: "La policía y las víctimas del delito", en *Victimología*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. Bilbao, 1988, Pág. 32.

¹⁶⁴ RODRIGUEZ MANZANERA: *Ob. Cit.*, Pág. 18.

¹⁶⁵ MONTERO AROCA, J: "Responsabilidad del juez y del estado por la actuación del poder Judicial" *Tecnos*, Madrid, 1988, pág. 166.



infractor¹⁶⁶. Parece, por último, incuestionable la trascendencia de la víctima en otros muchos ámbitos criminológicos y político criminales: así, su decisiva contribución al estudio del problema criminal (crimen real oculto) como fuente capaz de aportar datos valiosísimos inaccesibles al aparato estadístico oficial; el preocupante problema del "miedo al delito"; el de la incidencia de las actitudes de la víctima en la eficacia del sistema legal, entre otros muchos, etc.

III. LA VIOLENCIA FAMILIAR Y EL DERECHO PENAL

Parte de la convicción de que la solución al problema de la violencia doméstica no puede venir sólo de la mano del Derecho Penal. Éste es un instrumento necesario del que no se puede prescindir. Pero el Derecho Penal es una herramienta muy tosca y grosera y pocas veces proporciona soluciones realmente pacificadoras de los conflictos sociales: está pensado para las patologías. Buscar en el articulado del Código Penal la receta sanadora de ese mal social, o achacar todas las desgraciadas noticias que no nos acostumbramos a leer al mal funcionamiento de la justicia o la imperfección de la Ley Penal es un planteamiento errado del que solo se van a derivar frustraciones.

El Derecho Penal siempre -por definición- llega tarde. Más o menos tarde, pero tarde. A veces se corre el peligro de creer

¹⁶⁶ PETERS, T: Ob. Cit., Pág. 34. Ver también al respecto: ANIYAR DE CASTRO, L: "Los desviados como víctimas", en Rev. Capítulo Criminológico del Centro de investigaciones Criminológicas de la Facultad de Derecho Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1974, Pág. 55.

candorosamente que el Código Penal tiene una eficacia cuasi-taumatúrgica y caer en la ingenuidad de pensar que las leyes crean la realidad, cuando es ésta la que las antecede¹⁶⁷. O de ver en el ciego endurecimiento de las penas o en la relajación de las garantías procesales la fórmula para lavar la conciencia por no haber sabido atajar las causas sociales de ese fenómeno que debe ser erradicado.

El Derecho Penal, por su propia naturaleza, es un instrumento poco pulimentado. Su finalidad primordial es represiva, como demuestra la realidad por más que a tal fin pretendan aunarse otros objetivos rehabilitadores que -nos guste o no nos guste- siempre aparecen, hoy por hoy, en un segundo plano. El Derecho Penal tampoco tiene como objeto preferente la protección de la víctima.

El Derecho Penal es necesario para abordar esta materia. Muy necesario, si se quiere. Imprescindible. Pero insuficiente. El remedio a este problema social necesita otros cauces. La respuesta penal ha de existir. Es básica para los efectos de prevención general -ejemplaridad- y prevención especial que van anudados a la

¹⁶⁷ QUINTERO OLIVARES. "Infracción penal y prognosis de peligrosidad", en "OTROS", *Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, 1999, n.º 4, abril de 1999, págs. 12 y ss. "Como no podía ser menos, en la reacción clásica de políticos y operadores sociales, lo más fácil y primero que se hace es dirigir la mirada hacia las leyes penales en búsqueda de errores o carencias que permitan la reiteración de tan sórdidos comportamientos con lo cual se evidencia una infantil convicción en la virtualidad de la prevención general y en la eficacia contramotivadora de las leyes penales...". Éstas, "sólo con tiempo y paciencia contribuyen a modificarla (la realidad social)...". Y, concluye el citado catedrático, "constituye un grave desenfoque del problema apreciar una relación de causa-efecto entre defectos de las leyes y la tragedia de los malos tratos".



pena, junto con los puramente represivos y rehabilitadores. Pero no basta con ella.

Con la adopción por parte del Perú de la legislación internacional en materia de derechos humanos y de lucha contra la violencia contra la mujer y el maltrato infantil, nuestra normativa ha sido acondicionada para que los fines de tales instrumentos puedan cumplirse de la mejor manera.

La misma Defensoría del Pueblo en sus Informes N°s 095 y 110 reconoce que “(...) el ordenamiento jurídico interno prevé diversos mecanismos de protección de los derechos de las mujeres. Así, la legislación civil establece determinadas disposiciones normativas como la separación de cuerpos o el divorcio por causal que le permiten a la cónyuge, víctima de agresión, la separación personal o la ruptura del vínculo matrimonial. Ello, sin perjuicio de la reparación o indemnización que pueda obtenerse en razón de la responsabilidad extracontractual derivada del daño ocasionado a la víctima. En cualquier caso, se trata de un ámbito del ordenamiento que prevé mecanismos de protección mediatos para las víctimas de violencia familiar”¹⁶⁸. “Por otro lado, encontramos también la legislación tuitiva prevista en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260, Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar. Estas disposiciones permiten al operador judicial disponer con rapidez e idoneidad de medidas cautelares de carácter especial

para proteger a la víctima de violencia familiar”¹⁶⁹. Y “finalmente, el ordenamiento jurídico interno prevé un mecanismo de prevención, represión y sanción de la violencia familiar a través del sistema punitivo del Estado. Se trata de disposiciones agravadas de figuras penales comunes como el delito o la falta por lesiones”¹⁷⁰.

Así, tenemos hoy, a nivel constitucional, civil, tuitivo y penal diversas normas jurídicas aplicables a los casos de violencia familiar y con las que podemos afrontar dicha problemática. Desarrollaremos cada uno de estos niveles y veremos si normativamente cada uno de ellos dispone la protección de la víctima de hechos de violencia familiar.

IV. A NIVEL CONSTITUCIONAL

Nuestra Constitución contiene una serie de derechos fundamentales, cuya relevancia y respeto se busca lograr. Tales derechos, sin duda, guardan relación con la legislación internacional adoptada por el Perú, la cual como ya indicamos, forma parte de nuestro ordenamiento interno, siendo, por tanto, exigible su obligatorio cumplimiento tanto por los ciudadanos como por el aparato estatal.

Basta dar una lectura al artículo segundo de la Constitución para apreciar la enunciación de derechos inherentes a la persona, tales como el derecho a la vida, a la identidad, a la integridad moral, psíquica y física, al libre

¹⁶⁸ Informe Defensorial N° 095. La protección penal frente a la violencia familiar en el Perú. Defensoría del Pueblo del Perú. Lima, 2005, Asociación Cultural María Plaza. Asociación para la Defensa, Aplicación y Realización de los Derechos Fundamentales (D.A.R.), p. 9.

¹⁶⁹ Ídem

¹⁷⁰ Ídem, p. 10.



desarrollo y bienestar, a la libertad y seguridad personal, etc.

Pero si buscamos específicamente en nuestra Carta Magna alguna disposición referida literalmente a la “violencia familiar” o a la “violencia contra la mujer” no la vamos a encontrar –a diferencia de otras Constituciones como la colombiana o la ecuatoriana, por ejemplo–, debido a que la protección constitucional para los casos de violencia familiar es de naturaleza genérica. Pensar lo contrario, nos llevaría a creer que la Constitución también debería de contemplar la protección contra todos los hechos punibles, por ejemplo.

Debemos de precisar que la Constitución es la máxima norma del Estado que, aparte de enunciar los derechos fundamentales de la persona, sienta las bases de su estructura y determina las reglas básicas de su desarrollo. Pretender que la Constitución contemple todos los supuestos en los que se afectan derechos fundamentales sería un absurdo. La Carta Magna los enuncia y su protección y desarrollo debe darse a través de leyes especiales.

Entonces, si bien nuestra Constitución no contempla la violencia familiar –como tal–, de los derechos prescritos en ella se deduce que la víctima de violencia familiar puede perfectamente invocar los derechos constitucionales, como por ejemplo la integridad física o psíquica, la libertad o la seguridad personal afectadas, cuando recurra ante las autoridades jurisdiccionales, quienes, además, están obligados a proceder y resolver conforme a tal fundamentación jurídica.

Un acto de violencia familiar ineludiblemente afecta derechos humanos (“fundamentales”, en la Constitución), por ende, la invocación –que haga la víctima– de los derechos reconocidos por la Constitución para defenderse del atropello o abuso por parte del agresor es, sin duda, pertinente.

Por estas consideraciones, tenemos que nuestro país a nivel constitucional protege a toda persona que es víctima de violencia familiar. Y, al mismo tiempo, el ordenamiento constitucional (al igual que los tratados y convenios internacionales ratificados) obliga al Estado a cumplir y garantizar dicha protección, a través de las autoridades y los procedimientos establecidos.

V. A NIVEL DEL CÓDIGO CIVIL

En este nivel, volvemos a coincidir con lo expuesto por la Defensoría del Pueblo cuando señala que “en el ordenamiento civil encontramos dos instituciones que pueden destacarse como mecanismos para enfrentar la violencia familiar: el divorcio o separación personal por causal de violencia física o psicológica, y la responsabilidad civil extracontractual”¹⁷¹.

1. Separación personal - divorcio por causal de violencia física y/o psicológica

En efecto, el numeral 2) del artículo 333 del Código Civil dispone como causal de separación personal o de divorcio la

¹⁷¹ Informe Defensorial N° 110 Violencia Familiar: un análisis desde el Derecho Penal. Defensoría del Pueblo del Perú. Lima, 2006, p. 31.



violencia física y/o psicológica ejercida por un cónyuge sobre el otro. Esto quiere decir que el cónyuge víctima de violencia física y/o psicológica puede solicitar la disolución o el decaimiento del vínculo matrimonial. Entiéndase como violencia física y/o psicológica las agresiones definidas en la primera parte de esta obra.

Responsabilidad civil extracontractual

Aquí, tenemos que la víctima de violencia familiar puede optar por demandar a su agresor por daños y perjuicios derivados de una responsabilidad extracontractual surgida del hecho mismo de la agresión y las consecuencias de esta.

El artículo 1969 del Código Civil establece que el factor que motiva el nacimiento de la responsabilidad civil extracontractual es el daño producido a una persona como consecuencia de un acto ilícito doloso o culposo.

El artículo 1985 del Código Civil prescribe los cuatro componentes que se deben tener en cuenta al momento de indemnizar un daño producido por tercero, estos son: el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daño a la persona.

Debemos de tener muy en cuenta que tanto en el proceso judicial por violencia familiar, como en el proceso penal por el delito que constituye el hecho de violencia familiar, las sentencias, conforme a ley, impondrán una reparación civil a favor de la víctima del hecho. Salvo que esta opte por demandar en la vía civil.

El artículo 92 de la parte general del Código Penal establece que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena. El

artículo 54 del Código Procesal Penal prescribe que el (la) agraviado(a) puede constituirse en parte civil en el proceso penal. Y el artículo 101 del Código Penal establece que la reparación civil se rige por las disposiciones pertinentes del Código Civil.

Entonces, podemos decir, que a nivel civil se brindan alternativas a la víctima de violencia familiar para que esta pueda hacer valer sus derechos.

VI. A NIVEL TUITIVO

Como es sabido, el Perú cuenta actualmente con una legislación especial de lucha contra la violencia familiar que tiene una orientación tuitiva, esto es, que busca proteger los derechos fundamentales de las víctimas de tales hechos de manera inmediata y eficaz, brindándole un procedimiento poco formalista y rápido. Sin que ello signifique pasar por alto, durante su tramitación, el respeto de las garantías propias del debido proceso y de los derechos fundamentales del denunciado o procesado.

A continuación, comentamos los aspectos más resaltantes de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar:

1. Evolución de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar en el Perú
 - 24/12/1993. Se publicó la Ley N° 26260 - Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, mediante la cual se estableció la política del Estado y de la sociedad frente a dicha problemática social. Mediante esta ley, el Estado



- reconoció que la violencia familiar era un problema social y brindó las primeras herramientas para su erradicación, abordándola como un asunto de interés público y no exclusivamente circunscrito a la parte denunciada y denunciante.
- 25/03/1997. Mediante la Ley N° 26763 se modificó por primera vez la Ley de Protección de Violencia Familiar.
 - 27/06/1997. Se publicó el Decreto Supremo N° 006-97-JUS - Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260.
 - 25/02/1998. Se publicó el Decreto Supremo N° 002-98-JUS - Reglamento de la Ley N° 26260.
 - 15/07/2000. Se dictó la Ley N° 27306, mediante la cual se agregó a la definición legal de violencia familiar los supuestos de violencia sexual y de amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como que también podrán considerarse como sujetos de violencia familiar a los ex cónyuges, ex convivientes y a quienes hubieren procreado hijos en común, independientemente de que convivan o no al momento de producirse la violencia.
 - 29/05/2003. Se dictó la Ley N° 27982, mediante la cual se derogó la facultad del Ministerio Público para conciliar los casos de violencia familiar.
 - 24/11/2008. Se dictó la Ley N° 29282, mediante la cual se modificaron diversos artículos del D.S. N° 006-97-JUS, referidos a la definición de violencia familiar, las medidas de protección, la validez de los certificados médicos expedidos por parroquias e instituciones privadas, la prohibición de que la policía concilie los casos de faltas por violencia familiar, entre otros; asimismo, se modificaron e incorporaron diversos artículos al Código Penal referidos a las lesiones por violencia familiar.

Grosso modo podemos decir que la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar ha concretado las obligaciones que el Estado peruano asumió al ratificar los instrumentos internacionales para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, estableciendo procedimientos legales, medidas de protección y mecanismos judiciales para el resarcimiento y reparación de los daños ocasionados a las víctimas.

Tras el análisis de la legislación en materia de violencia familiar, podemos decir que las modificaciones más resaltantes realizadas a la primigenia Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar se han referido a las personas que pueden encontrarse dentro de los alcances de la norma y a las competencias, atribuciones y funciones de las instituciones relacionadas con el tema, como son, la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial.

Con la dación de la Ley N° 29282 se ha incorporado al Código Penal los tipos



penales de lesiones leves y graves por violencia familiar, y, de este modo, tan solo se han incrementado las penas de tipos penales que ya se encontraban previstos en dicho cuerpo legal, por lo que, consideramos que la reciente ley solo tiene un espíritu simbólico y, por ende, su efectividad esto es, prevención- no es auspiciosa.

VII. DEFINICIÓN LEGAL DE VIOLENCIA FAMILIAR

El artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, define a la violencia familiar como: "cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual, que se produzcan entre:

- a. Cónyuges.
- b. Ex cónyuges.
- c. Convivientes.
- d. Ex convivientes.
- e. Ascendientes.
- f. Descendientes.
- g. Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.
- h. Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.
- i. Quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia".
- j. "Uno de los convivientes y los parientes del otro hasta el cuarto

grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en las uniones de hecho"¹⁷².

Definición que establece cierto margen de amplitud, toda vez que contempla el supuesto de las personas que habiten el mismo hogar, sin que medien relaciones contractuales o laborales, aquí podemos tener a los "padrinos", a los "primos lejanos", etc.

VIII. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

En primer lugar, el TUO de la Ley N° 26260 establece en su artículo 7 que, durante la investigación preliminar, la policía puede, en caso de flagrante delito, allanar el domicilio del agresor y detenerlo por un lapso de 24 horas. Y también señala (artículo 5) que la policía brindará las garantías necesarias a la víctima, tanto si esta las solicita, como si aquellas fueran necesarias de acuerdo con la situación.

Es en el artículo 10 de la norma, modificado por Ley N° 29282, donde se establece que: "Recibida la petición o apreciados de oficio los hechos, el fiscal debe dictar en el término de 48 horas, bajo responsabilidad, las medidas de protección inmediatas que la situación exija. Las medidas de protección inmediatas que se adoptan a solicitud de la víctima o por orden del fiscal incluyen, sin que la enumeración sea limitativa, el retiro del agresor del domicilio, prohibición de comunicación, acercamiento o proximidad a

¹⁷² Inciso incorporado por el artículo 1 de la Ley N° 29282 (publicada el 24 de noviembre de 2008) - Ley que modifica el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260, Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-97-JUS.



la víctima bajo cualquier forma, suspensión temporal de visitas, inventarios sobre sus bienes, suspensión de derechos de tenencia y porte de armas, y otras medidas de protección inmediatas que garantizan su integridad física, psíquica y moral. Para la ejecución de estas medidas, debe solicitar el auxilio de la fuerza pública si fuera necesario.

Asimismo, el fiscal puede solicitar la detención del agresor ante el juez penal competente, quien decreta dicha medida dentro del plazo de 24 horas.

El fiscal de familia pone en conocimiento del juez de familia las medidas de protección adoptadas en caso de formalizar la demanda”.

Además, la misma ley, en su artículo 21, reconoce la potestad del juez de familia de determinar, durante el proceso o al momento de emitir sentencia, las medidas cautelares y de protección necesarias a favor de la víctima.

El artículo 26 señala que cuando el juez en lo penal o el juez de paz letrado conozcan delitos o faltas cuyo origen sean hechos de violencia familiar, están facultados para adoptar todas las medidas de protección que señala la ley.

El artículo 11 del Reglamento del TUO de la Ley, establece que, a fin de solicitar las referidas medidas de protección, es necesario que exista peligro en la demora y resulten indispensables para evitar mayores perjuicios a la víctima o para garantizar su integridad física, psíquica y moral.

Pero, la realidad nos muestra que en algunos casos tales medidas de protección no son dispuestas de forma oportuna y

como señalan Tamayo y Loli: “Existe cierta resistencia de los operadores del Derecho a aplicar las políticas y normas aprobadas en materia de violencia familiar. Sobre esto último, se han realizado estudios que reportan que existe temor a expedir medidas de protección con la inmediatez que el caso requiere y las leyes exigen, tendiéndose a exigir pruebas ‘plenas’ antes de dictarlas”¹⁷³.

IX. EL MENOR COMO VÍCTIMA

El aumento durante los últimos años de los procesos por casos de malos tratos a la infancia y de abuso sexual de menores y consecuentemente la necesidad de que los menores se incorporen los menores en estos procesos ha generado entre los profesionales una conciencia de los problemas que plantean de la relación entre los menores y el sistema judicial¹⁷⁴.

Desde el enfoque de la condición del niño como parte de la acción penal lo podemos enfocar desde dos ángulos: como víctima o como testigo del delito. En estos casos, ambas condiciones van de la mano y sólo pueden separarse a los efectos de análisis; tanto el niño víctima como el testigo presencial de un delito sufren tal impacto en su psique que también iniciará un proceso de victimización.

Dentro de dicho contexto, existen efectos inmediatos del delito como pueden ser los causados por el daño físico (lesiones,

¹⁷³ TAMAYO, Giulia y LOLI, Silva. “Violencia familiar y administración de justicia. Diagnóstico y propuestas”. Lima, 1996.p. 45. Citado en: Convención Belem do Para. 5 Años después. Costa Rica, 2001. p. 86.

¹⁷⁴ GLASER, D. y FROSH. S. (1997): *Abuso sexual de niños*. Editorial Paidós. Buenos Aires, Pág. 21.



golpes), como los mediatos que atañen más a la esfera moral y psicológica y que a la larga, terminan por afectar sus capacidades personales de adaptación. Estos efectos se ven incrementados si consideramos que la naturaleza de los delitos en los se ven implicados¹⁷⁵.

Como víctimas son los malos tratos y entre ellos los abusos sexuales los más graves. Dentro de dicho contexto, también el ser testigos en los delitos de violencia familiar y entre ellos los más graves (homicidios) o violaciones sexuales a otros miembros de la familia.

X. CONCLUSIONES

La familia es el círculo alrededor del cual nacen todas las relaciones interpersonales de los sujetos. Es donde se aprenden las normas básicas del comportamiento, y estaría bien saber hasta qué punto no sería lo mismo estudiar la violencia familiar y las reacciones ante otros conflictos menos específicos, ya que es en el "hogar" donde se inicia el aprendizaje de las respuestas ante las conductas de los otros.

El problema de los malos tratos late inmerso, desde nuestro punto de vista, en un problema educacional. Y esto es así porque las agresiones maritales o a otros miembros de la familia no persiguen otro objetivo que "imponer" la autoridad, una autoridad basada en la falta de respeto y en la ley del más fuerte.

Por todos es sabido que el sistema patriarcal ha amparado razones "irracionales" y ha protegido posturas indefendibles en muchas ocasiones. Las

secuelas de todo esto las padece aún la sociedad actual, provocando forzadas justificaciones que, consciente o inconscientemente, actúan como promotoras de la agresividad.

Con respecto a los agresores, diremos que, estamos de acuerdo con la aplicación de terapias coactivas. Como ya se ha señalado anteriormente, según los resultados de la encuesta, las víctimas de violencia conyugal que optaron por denunciar, consideraron mayoritariamente como medida de corrección oportuna la terapia para el agresor. Por supuesto, también nos parecen esenciales las intervenciones preventivas orientadas a desarrollar programas terapéuticos encaminados al tratamiento del maltrato psicológico que casi siempre conduce al maltrato físico.

No podemos saber si ese incremento de denuncias motivó la puesta en marcha de propuestas de prevención y de solución al problema de los malos tratos; o si fue la iniciativa por parte de algunos sectores de presión social el artífice de estimular a las víctimas a denunciar. Hoy todavía no se puede valorar cómo el "boom", que la violencia doméstica ha representado en los últimos meses, ha influido sobre las mujeres maltratadas a la hora de denunciar, ni qué cambios a nivel global se han producido ante estas situaciones.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ANIYAR DE CASTRO, L: "Los desviados como víctimas", en Rev. Capítulo Criminológico del Centro de investigaciones Criminológicas de la Facultad de Derecho

¹⁷⁵ PETERS, T. Ob. Cit., Pág. 37.



- Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1974
- GLASER, D. y FROSH. S. (1997): *Abuso sexual de niños*. Editorial Paidós. Buenos Aires
 - MONTERO AROCA, J: "Responsabilidad del juez y del estado por la actuación del poder Judicial" Tecnos, Madrid, 1988
 - PETERS, T: "La policía y las víctimas del delito", en *Victimología*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. Bilbao, 1988
 - QUINTERO OLIVARES. "Infracción penal y prognosis de peligrosidad", en "OTROSI", *Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, 1999, n.º 4, abril de 1999,
 - RODRIGUEZ MANZANERA: "Victimología. Estudio de la víctima". Editorial Porrúa, México 1980
 - TAMAYO, Giulia y LOLI, Silva. "Violencia familiar y administración de justicia. Diagnóstico y propuestas". Lima, 1996.

LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL

**Dr. FLORES POZO,
HUGO**

Secretario Judicial del 5to Juzgado Especializado Penal de Ayacucho



LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL

Sumario:

I. Introducción. II. Etapa de la Investigación Preparatoria. III. La Investigación Preparatoria no Tiene Carácter Jurisdiccional y se Realiza Bajo el Control del Juez de Garantías. IV. Las Dos Subetapas de la Investigación Preparatoria. V. La Formalización de la Investigación Preparatoria. VI. Efectos de la Formalización de la Investigación. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo CPP 2004 estructura normativamente el denominado "proceso común", el cual consta de tres etapas: la investigación preparatoria, la etapa intermedia, y la etapa del juzgamiento, reconociéndose una etapa previa a la investigación (diligencias preliminares). En este sentido, junto a una primera fase de investigación preparatoria, cuyas funciones se otorgan novedosamente al Ministerio Público, se regula una subsiguiente fase de juzgamiento de competencia estrictamente jurisdiccional. A estas dos grandes fases esenciales debemos sumar la existencia de una fase intermedia cuya competencia, tal y como se desprende del artículo V del T.P., se otorga también, de manera exclusiva a la autoridad judicial. Esta segunda característica -división del proceso en dos grandes fases- del modelo acusatorio no puede sino ser entendida como consecuencia de la obligación que el principio acusatorio impone al sistema de enjuiciamiento y que consiste en que la

función de acusar nunca pueda recaer sobre el órgano que ha de juzgar

En este sentido, apunta FUENTES SORIANO¹⁷⁶ que resulta evidente que para poder llegar al momento procesal en el que el Juez alcanza la convicción necesaria para dictar sentencia, se ha tenido que realizar con carácter previo toda una serie de actuaciones procesales de muy variada índole, en términos generales, se podría afirmar que este tipo de actuaciones girarán en torno a dos ideas fundamentales: o actividades de investigación, o actividades de prueba ante el órgano judicial. Esta diferente función de los actos procesales es la que determina las dos grandes fases del proceso; las cuales, por su propia finalidad, estarán inevitablemente inspiradas en principios radicalmente diferentes, cuando no contradictorios entre sí: el principio inquisitivo en la fase de investigación preparatoria y el principio acusatorio en la de juzgamiento. De esta manera, mientras la fase de investigación preparatoria se

¹⁷⁶ FUENTES, "El modelo acusatorio...", p. 150.



caracteriza por el desarrollo de un proceso escrito y fundamentalmente secreto (art. 324), la de juzgamiento aparece claramente presidida por los principios de oralidad y publicidad (art. 356.1).

II. ETAPA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.

1.1. Garantías.

Durante la investigación preparatoria, existirá un Juez penal de control de la investigación, destinado a controlar que los actos de investigación dirigidos por el Fiscal se realicen respetando los derechos fundamentales, vale decir, las garantías procesales penales constitucionales que en el Perú están consagradas en el art. 139 de la Constitución, y, como quiera que esta intervención del Juez Penal le permite decidir sobre las medidas coercitivas participando indirectamente con los actos de investigación, ya no puede por ello, participar en el juzgamiento, razón por lo que cuando concluya la audiencia preliminar, deberá remitir el proceso a otro Juez Penal para que lleve a cabo el juzgamiento, preservando la garantía de imparcialidad.

Víctor BURGOS¹⁷⁷ señala que por derechos fundamentales debe entenderse a aquellos derechos públicos subjetivos consagrados en la Constitución a favor de la persona humana, por ejemplo, la libertad, la dignidad, la igualdad, etc. Estos derechos fundamentales son el pilar de un Estado de

Derecho, que sólo pueden verse limitados por exigencia de otros derechos fundamentales. Si la afectación es ilegal o arbitraria, pueden protegerse a través de las acciones de garantía. Por ser derechos que operan frente al Estado, también pueden oponerse dentro de un proceso penal a través del irrestricto derecho de defensa.

Agrega el citado autor que los “derechos fundamentales procesales” son aquellos derechos que tienen aplicación directa o indirecta en el proceso, por ejemplo: el principio de igualdad procesal, el principio de contradicción, a la defensa, etc., y los “derechos humanos” son los derechos fundamentales reconocidos y protegidos a nivel internacional, y también a nivel constitucional. Las cuatro generaciones de Derechos Humanos son: Primera Generación, los derechos de libertad; Segunda Generación, los derechos económicos y sociales; Tercera Generación, los derechos de solidaridad humana; y, Cuarta Generación, los derechos de la sociedad tecnológica.

Como afirma GÓMEZ COLOMER, “...los derechos fundamentales (que siempre son derechos humanos también) pueden ser, y de hecho son al mismo tiempo, aunque considerados desde un punto de vista distinto, libertades públicas, garantías institucionales o principios procesales...”. Y, agrega que “...los derechos fundamentales procesales, entendidos en sentido amplio, incluyen también a los principios procesales, garantías institucionales y libertades públicas reconocidos por la Constitución... y

¹⁷⁷ BURGOS, “Principios rectores del Derecho Procesal Penal”, Juristas Editores, Lima- Perú, 2009, p. 55.



que tienen aplicación en el proceso penal..."¹⁷⁸.

Se puede deducir entonces que, sea derecho fundamental procesal, derecho humano, libertades públicas o garantías institucionales, reconocidas por la Constitución, deben ser respetados en el curso de un proceso penal, en el marco de un debido proceso igualmente como garantía constitucional. Y esto por la sencilla razón, de que el Estado peruano al igual que la sociedad, tienen el deber de proteger los derechos fundamentales, a tenor del art. 1 de nuestra Constitución, y por tanto, el Estado al ejercer su función penal, no puede desconocer tales derechos, bajo sanción de que el proceso penal sea declarado nulo.

1.2. Finalidad de la investigación preparatoria.

La investigación preparatoria tiene por finalidad recopilar los medios de prueba de cargo, que sirvan al fiscal de la investigación preparatoria para sostener válidamente la imputación delictiva que recae sobre el imputado, determinando la forma de comisión del delito, los medios utilizados para su perpetración, los móviles, el grado de perfección delictiva y la individualización de los involucrados de conformidad con la relevancia de su participación en el evento delictivo, la identidad de la víctima y la cuantificación de la magnitud del daño causado por los efectos perjudiciales de la

conducta criminal; de común idea con lo establecido en el art. 321 del CPP 2004¹⁷⁹.

Pero los actos que realiza el Fiscal conjuntamente con la Policía Nacional a este nivel del proceso no son actos de prueba, sólo constituyen actos de investigación, de conformidad con lo estipulado en el art. 325 concordante con el artículo IV.3 del Título Preliminar, que enfatizan que los actos de investigación, practicados por las agencias de persecución penal no tienen naturaleza jurisdiccional.

Esta fase es, sin duda, una fase compleja en la que se dan cita la realización, por un lado, de todas aquellas actividades investigadoras encaminadas a la determinación de los hechos y su autoría -con la finalidad de poder sostener la acusación que abrirá posteriormente la fase de juicio oral- y, por otro, la necesidad de adoptar todas aquellas medidas que garanticen la eficacia del juicio y de su posterior ejecución.

En consonancia, la fase de investigación preparatoria es concebida como una fase de preparación de la acusación.

El CPP 2004 se hace eco de esta visión de la investigación preparatoria, al establecer en su art. 321.1 que ella persigue "reunir los elementos de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación (...)". Por lo que la investigación preparatoria, como lo hace notar FUENTES SURIANO¹⁸⁰, tiene por finalidad determinar

¹⁷⁸ GÓMEZ COLOMER, "El proceso penal español", Valencia, 1997, pp. 58 y ss. 11

¹⁷⁹ PEÑA-CABRERA FREYRE, "La etapa intermedia en el Código procesal penal de 2004", en AJ, t. 157, Diciembre 2006, p. 133.

¹⁸⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. "Instrucción del proceso penal y principio acusatorio: La posición del Ministerio Público en España y en los principales países latinoamericanos. Influencias europeas y norteamericanas". En: El proceso



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". La percepción pues de que la actividad realizada durante la investigación preparatoria tiene como fundamento servir de base al juicio de acusación resulta evidente.

Recalamos, entonces, que la investigación preparatoria tiene por finalidad la adquisición y obtención de pruebas de cargo, indispensables para que el órgano persecutor pueda sostener válidamente su acusación ante el juez de la investigación preparatoria, pues el fiscal -como titular de la acción penal- debe sustentar ante la jurisdicción la necesidad de pasar a la etapa de juzgamiento.

Al respecto, Alonso PEÑA-CABRERA¹⁸¹ sostiene que, en puridad, esta actuación deja de ser un mero formalismo -tal como se establecía en el Código de Procedimientos Penales- al constituirse en una función que debe pasar por una serie de filtros de calificación, que pueden desencadenar su efectiva promoción o el quiebre de la persecución penal. El fiscal dará por concluida la investigación preparatoria cuando considere que se ha cumplido su objeto; contando con el plazo de quince días para decidir por las alternativas que a renglón seguido se mencionan.

A partir del cierre de la investigación preparatoria, el fiscal cuenta únicamente

con dos posibilidades: a) formular acusación, o b) requerir el sobreseimiento de la causa.

III. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NO TIENE CARÁCTER JURISDICCIONAL Y SE REALIZA BAJO EL CONTROL DEL JUEZ DE GARANTÍAS.

La investigación, como se dijo antes, es otorgada al Ministerio Público, lo que supone reconocerle la posibilidad de llevar a la práctica toda la actividad de la fase de investigación preparatoria que no tenga carácter jurisdiccional. Esta última habrá de quedar en manos del Juez de garantías tal como lo establece el art. 323 del CPP 2004. Sin embargo, además de las funciones puramente jurisdiccionales que el art. 323.2 otorga al Juez de la investigación preparatoria, a lo largo del articulado del Código se va reconociendo también la necesidad de otorgarle la resolución de determinadas cuestiones que refuerzan su posición como Juez de garantías. Es el caso, por ejemplo, como también hace notar FUENTES SORIANO¹⁸², de la posibilidad regulada en el art. 71.4 en función de la cual, el imputado podrá dirigirse a él, en vía de tutela, cuando considere vulnerados sus derechos durante la tramitación de las diligencias preliminares o la investigación preparatoria; igualmente sucede con la posibilidad de recurrir al Juez de la investigación preparatoria art. 334.2, en

penal en el Estado de Derecho. Diez estudios doctrinales. Palestra Editores, Lima, 1999.

¹⁸¹ PEÑA-CABRERA, "La etapa intermedia...", p. 133.

¹⁸² FUENTES, "El modelo acusatorio en el Nuevo Proceso Penal", Editado por la Gaceta Jurídica, Lima 2005, p. 142 y ss.



aquellos supuestos en los que se considere que el Ministerio Público ha fijado un plazo irrazonable para las Diligencias preparatorias o no ha aceptado la solicitud de conclusión de las mismas cuando éstas puedan considerarse excesivas; de hacerse mención también, a la posibilidad reconocida en el art. 337.5 de que el particular que solicita la práctica de una diligencia de investigación preparatoria y le es desestimada por el Ministerio Público, se dirija al Juez para que se pronuncie sobre su procedencia.

La última de las posibilidades enumeradas en relación con la intervención del Juez de la investigación preparatoria adquiere una especial importancia si se tiene presente que trata de equilibrar la posición de las partes en el proceso.

La institución de un Juez de garantías que adopta aquellas decisiones que garanticen la tramitación de un proceso justo, resulta altamente positivo por redundar en beneficio de la eficacia del proceso y garantizar el cumplimiento del principio de exclusividad jurisdiccional pues se deja en manos de los jueces, tan sólo aquello que tiene, efectivamente, carácter jurisdiccional.

Lo trascendente de la dirección fiscal en la investigación del delito, en el marco del modelo acusatorio, es que garantiza una sola investigación, lo cual va a simplificar enormemente al proceso penal; pues suprime los reiterados y repetitivos actos de investigación existentes actualmente, como son los que realizan la Policía, el Fiscal, el Juez Penal e incluso, las Salas Penales de Juzgamiento.

El Dr. Víctor BURGOS MARINOS cuestiona que el CPP 2004 no es consecuente con la necesidad de fortalecer al Ministerio Público, pues no obstante de reconocerle la titularidad en el ejercicio de la acción penal, sin embargo, a juicio del citado autor, “mantiene increíblemente, aquellos mecanismos de injerencia-otorgados a diversos sectores de la administración pública durante el gobierno de Fujimori - que disfrazados de falsos tecnicismos o requisitos de procedibilidad-, minaron las facultades de persecución y de jurisdicción otorgados por la Constitución al Ministerio Público y al Poder Judicial”¹⁸³. En lo que se refiere al caso de los delitos tributarios, en donde -señala- ha sido la SUNAT y no el MINISTERIO PÚBLICO quien calificaba si hay o no delito tributario.

Asimismo destaca que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema “acertadamente” ha señalado que tales funciones de la SUNAT son inconstitucionales. En tales términos también cuestiona la Tercera Disposición Complementaria y Final del CPP 2004, en cuanto esta norma dispone que: “siguen vigentes las disposiciones legales que consagran requisitos de procedibilidad o imponen autorización o informes previos de órganos públicos para disponer la formalización de la investigación preparatoria”. Sosteniendo que esta Disposición Final debe ser reformada a mérito de la Ejecutoria Suprema de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de fecha 20 de Enero de 2004, recaída en el Exp. 2613, La Libertad, que aprobó la

¹⁸³ BURGOS, “Principios rectores...”, p. 55.



consulta sobre el ejercicio del control difuso realizado por la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad¹⁸⁴, frente a la obligación impuesta por la Ley Penal Tributaria de remitir el caso probable de delito tributario a la SUNAT, lo que implicaba la afectación de la autonomía y competencia del Ministerio Público. De lo que el citado autor destaca que la Corte Suprema ha afirmado que “...resulta innegable la inconstitucionalidad de la disposición contenida en el artículo noveno del Decreto Legislativo ochocientos trece - Ley Penal Tributaria, pues ésta limita la capacidad de ejercicio de acción penal por el MINISTERIO PÚBLICO restringiendo su ejercicio en los casos en que el órgano administrador del tributo así lo determine...”¹⁸⁵.

Nosotros, discrepamos con tal postura del citado autor y de la Sala Constitucional de la

Corte Suprema, ya que de ningún modo afecta la autonomía y competencia del MINISTERIO PÚBLICO, como titular de la acción penal de ejercicio público, el hecho de que en el D. Leg. 813 haya sido instituido como cuestión previa o requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por el delito de defraudación tributaria el cumplimiento previo de la investigación administrativa, por la misma entidad agraviada SUNAT, toda vez que el delito de defraudación tributaria está comprendido en los llamados delitos semipúblicos, en los que para su persecución se requiere la autorización del agraviado, como lo hace notar SAN MARTÍN CASTRO¹⁸⁶.

Por lo cual, y por otras razones que expondremos más adelante al ocuparnos de la cuestión previa, no es inconstitucional la exigencia, para el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, la previa denuncia de la SUNAT como agraviada, la que debe establecer tal necesidad conforme a los arts. 7,8 y 9 del D. Leg. 813, lo que en esas normas es instituido como cuestión previa o requisito de procedibilidad, y por lo mismo el art. 7 de ese D. Leg. no es inconstitucional, por no ir contra la Constitución, ya que esa norma no le faculta a la SUNAT a ejercitar la acción penal, sino tan sólo establece que la denuncia de la SUNAT como entidad agraviada es requisito para que el Ministerio Público actúe como titular del ejercicio público de la acción penal y en cumplimiento de su función constitucional que le impone el art. 159, inc.

¹⁸⁴ Es de aclarar que en el caso judicial citado en pie de página -Exp. 2613- por el Dr. Burgos Marinos, él intervino como integrante de la Cuarta Sala Penal, y como Vocal Ponente de la sentencia emitida en segundo grado -por tratarse de un proceso penal sumario-, en cuya condición él proyectó la resolución en el sentido que señala; en tanto que nosotros intervenimos como abogado defensor de los procesados, y que fue en dicha sentencia en la que además de absolverlos de los delitos imputados, y por considerar que ha existido una errada calificación de los hechos, pues éstos no configuraban los delitos que fueron motivo de la instrucción, sino el delito de defraudación tributaria, por lo que al no haber formulado denuncia la SUNAT, y a fin de que el Ministerio Público pueda ejercitar la acción penal por ese delito tributario, en su condición de titular de la acción penal pública, se dispuso sea elevado el proceso a la Corte Suprema, Sala Constitucional y Social, en consulta de la inconstitucionalidad considerada en la sentencia de vista, la que fue aprobada por ese Supremo Tribunal, generándose el nuevo proceso penal por los mismos hechos, en esta vez por el delito de defraudación tributaria, proceso que después fue anulado al declararse fundada la cuestión previa deducida por los imputados, por no haberse cumplido con los presupuestos procedimentales exigidos por el D. Leg. 813.

¹⁸⁵ BURGOS, “Principios rectores...”, p. 55

¹⁸⁶ SAN MARTÍN, “Derecho procesal Penal”, Editorial Grijley Lima 2003, p. 367.



1, de la Constitución Política, en cuyo caso la ejercita ante el órgano jurisdiccional. Sobre este tema volveremos al ocuparnos del instituto de la cuestión previa como medio de defensa técnico contra la acción penal.

IV. LAS DOS SUBETAPAS DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.

Como se ha sostenido en líneas precedentes, las diligencias preliminares constituyen los primeros actos de investigación, de averiguación, que realizan los órganos de persecución, amén de poner a buen recaudo todos los elementos que tengan relación –directa o indirecta–, con el hecho punible; importa una actuación de recogimiento y de conservación de pruebas a la vez que desde otra arista, cumple con proponer al fiscal las piezas necesarias para que este pueda formalizar la investigación preparatoria.

La investigación preparatoria se erige en la primera etapa del proceso penal, aquella orientada hacia los objetivos que el legislador ha enmarcado en el artículo 321.1; por una parte, que el fiscal pueda obtener una serie de datos de información que en conjunto sean susceptibles de poder integrar las proposiciones fácticas que puedan probar su teoría jurídica en la etapa de juzgamiento; y a la defensa, adjuntar también evidencias, que puedan destruir y/o enervar la teoría del caso propuesta por el fiscal, lo que no significa que ello no pueda consistir en la formulación de su propia teoría (inocencia). Los actos de investigación no constituyen verdaderas pruebas, sino solo las preparan para el juicio

oral o fase de plenario que no tiene por finalidad revisar la actuación del juzgado de instrucción como si se tratase de una fase de recurso, sino de prácticas las pruebas propuestas por la acusación y la defensa en apoyo de sus respectivas tesis¹⁸⁷.

La iniciación formal del proceso penal, cuando el fiscal formaliza la investigación preparatoria (IP), importa incidencias jurídicas de relevancia, en lo que respecta a la posibilidad de que el imputado pueda ser pasible de medidas de coerción procesal (artículo 253.1), de que los sujetos legitimados puedan constituirse en partes procesales, de que la relación adversarial¹⁸⁸ pueda plasmarse en las audiencias bajo las características de la contradicción publicidad e inmediatez; de forma concreta, que pueda recaer sobre el imputado una sanción punitiva, siempre y cuando se cumpla con las reglas del juzgamiento.

De forma resumida, diremos que con la iniciación formal de la IP nace formalmente el juicio de imputación delictiva, incidiendo en el renacimiento de una serie de derechos a favor del imputado. En principio, es posible afirmar que la imputación nace o bien con el requerimiento fiscal de la instrucción en causas que comienzan por denuncia, o desde el acta inicial de la prevención llevada a cabo por la autoridad pública en casos de flagrancia¹⁸⁹.

¹⁸⁷ RIFÁ SOLER, José María y otros. Derecho Procesal Penal, (nociones básicas, jurisprudencia esencial). Editorial Comares, 1999.p. 261.

¹⁸⁸ La relación jurídico-procesal que se entabla en el proceso cobra vida en la formalización de la IP.

¹⁸⁹ GOROSTIAGA, Manuel. J. "El secreto y la publicidad del sumario en el Código Penal de la nación", En: Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico



1. Calificación

Las diligencias preliminares determinan una fase de "averiguación previa", esencialmente cognoscitiva y conservativa a la vez, cuyo cometido es de servir al fiscal, para que en un tiempo prudencial pueda tomar las decisiones jurídicas adecuadas según la naturaleza del caso. No perdamos de vista que rige el principio de "reserva procesal penal", pues solamente aquellos hechos que revelen suficientes indicios de criminalidad pueden ser sometidos a una persecución formal del Estado; todas aquellas conductas que no pueden cumplir con dicha exigencia material deben ser sustraídas de la vía penal, así lo exige las máximas de un orden democrático de derecho.

El fiscal, en el CPP del 2004, asume por dentro su rol directriz de la investigación criminal, con arreglo al principio acusatorio, el cual habrá de desempeñarlo conforme al mandato de legalidad material; quiere decir esto que dicho funcionario ha de ajustar su pronunciamiento en cuanto al cotejo del hecho investigado con la descripción típica de la figura delictiva denunciada, no solo con respecto a la tipicidad penal, sino que debe extender su análisis a la posible presencia de un precepto permisivo (causas de justificación), a lo cual cabe agregar que los plazos para promover la acción penal se encuentren vigentes y que no concurran otras causales que válidamente puedan extinguir la acción penal, según lo alcances normativos del artículo 78 del CP. Con todo,

ha de procurar el fiscal solo formalizar la investigación preliminar, cuando se trate de un injusto penal, claro está, como juicio de orden preliminar, a fin de no saturar el procedimiento con hechos que deben ser ventilados en sede extrapenal.

El persecutor público, entonces, cuenta con una serie de alternativas, culminadas las diligencias preliminares: disposición de archivo, la reserva provisional de la investigación y la formalización de la investigación preparatoria.

V. LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Si del análisis de la denuncia de parte, del informe policial o las diligencias preparatorias, se observan "indicios reveladores" de la comisión de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y se han satisfecho los requisitos de procedibilidad - en el caso de que existan-, el fiscal dispondrá la formalización y la continuación de la investigación preparatoria que desempeña la función que en la actualidad cumple la instrucción penal.

Para la formalización de la investigación preparatoria, el fiscal emitirá disposición que contendrá: el nombre completo del imputado; los hechos y la tipificación específica correspondiente, la cual puede ser alternativa; el nombre del agraviado, y, de ser posible, las diligencias que de inmediato deban actuarse. Para preservar el derecho de defensa del imputado, el artículo 336.3 del Código Procesal Penal, impone la notificación al imputado, así

de la jurisprudencia. Buenos Aires, 2006, p. 243. el nuevo proceso penal peruano



como al juez de la investigación preparatoria.

Ahora, al regirse la investigación preparatoria por los criterios de necesidad; en los casos que esta no resulte necesaria, el fiscal puede formular directamente su acusación en la medida que considere que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión (artículo 336.4 del Código Procesal Penal de 2004).

La actividad investigadora del Ministerio Público debe siempre regirse por los criterios de pertinencia y utilidad. Por esta razón, el artículo 337.1 del Código Procesal Penal de 2004 señala que: "El fiscal realizará las diligencias de investigación que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la Ley".

El párrafo segundo del indicado dispositivo legal prohíbe la actividad investigadora que resulte redundante o repetitiva. Se rechaza, por esta razón, la repetición de las diligencias preliminares - integrantes de la investigación preparatoria -, salvo "que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción".

Dentro de la actividad de investigación que puede realizar el Ministerio Público, el párrafo tercero del artículo 337 del Código Procesal Penal de 2004 indica, a modo ejemplificativo: la declaración del imputado, del agraviado y de las demás personas que se encuentren en posibilidad de informar sobre circunstancias útiles para

los fines de la investigación; y, exigir informaciones de cualquier particular o funcionario público.

El derecho a probar es preservado por el cuarto párrafo del artículo 337, al indicarse que durante la investigación preparatoria todos los intervinientes en ella "tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes. El rechazo a la realización de algún acto de investigación por parte del Ministerio Público genera en este la obligación de recurrir al juez de la investigación preparatoria a fin de que se manifieste respecto a la procedencia de la diligencia.

La formalización de la investigación preparatoria tiene dos efectos fundamentales, conforme precisa el artículo 339 del Código Procesal Penal de 2004. En primer lugar, la formalización de la investigación preparatoria produce la suspensión del término de prescripción ordinaria de la acción penal, conforme a lo previsto en el artículo 83 del Código Penal. En segundo lugar, la formalización de la investigación preparatoria tiene como efecto la pérdida de la facultad del fiscal de archivar la investigación sin intervención judicial.

La investigación preparatoria -al encontrarse sujeta a las garantías propias del debido proceso legal- debe ser necesariamente realizada dentro de un plazo razonable, que viene determinado por



el artículo 341 del Código Procesal Penal de 2004.

El plazo ordinario de realización de la investigación preparatoria es de 120 días naturales, prorrogables por 60 días adicionales, cuando existan causas justificadas para ello, mediante disposición fiscal. No obstante, cuando los hechos materia de investigación tienen complejidad -que puede ser originada por la exigencia de actuación de una cantidad importante de actos de investigación; porque comprenda la investigación de numerosos delitos, debido a que involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; en virtud de que se investigan delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas; debido a que demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos: porque necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o, deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado- el plazo de la investigación preparatoria puede llegar a los ocho meses, prorrogables por igual término, en la medida que exista la anuencia del juez de la investigación preparatoria.

Si culminado ese término el fiscal no da por concluida la investigación preparatoria, las partes pueden solicitar al juez de la investigación preparatoria que disponga la conclusión de la investigación preparatoria. Para tal efecto el parágrafo 2 del artículo 343 del NCPP prevé la realización de una audiencia de control de plazo.

Si el juez de la investigación preparatoria se decanta por la culminación de la investigación preparatoria, el fiscal se encuentra obligado a pronunciarse en el término de diez días, bajo responsabilidad. La culminación de la investigación preparatoria se puede producir además por haberse cumplido el objeto del proceso, lo que puede ocurrir incluso cuando el plazo de la investigación no se hubiere vencido (artículo 343.1 del Nuevo Código Procesal Penal).

VI. EFECTOS DE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La formalización de la investigación preparatoria no solo implica la formulación de cargos criminales sobre una determinada persona (imputado), sino también la legitimidad de las agencias de persecución de solicitar la imposición de medidas de coerción, así como la constitución de partes a instancia de los sujetos legitimados. Empero, la *lege lata* ha previsto otras consecuencias jurídicas importantes¹⁹⁰.

El artículo 339.1 establece que la formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal. La validez de la persecución penal no solo está condicionada a factores de orden material, sino que también de orden temporal: de que la acción penal al tiempo de su formalización se encuentre vigente, según los plazos de prescripción que se desprenden de los artículos 80 y 82 del CP; de no ser así, se estarían iniciando

¹⁹⁰ Ver al respecto, Libro Segundo – Título III. el nuevo proceso penal peruano



causas innecesarias en desmedro de los principios de celeridad y de eficacia.

Más es sabido que los plazos prescriptivos de la acción penal pueden verse interrumpidos cuando acontecen actuaciones propias de los órganos de investigación, tal como se contempla en el artículo 83 del CP (interrupción de la prescripción). Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción a partir del día siguiente de la última diligencia¹⁹¹. Como los plazos de prescripción no pueden ser interminables, indefinidos, debe ponerse un límite; en este caso, habiéndose fijado en el artículo 83, que la acción penal prescribe en todo caso cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de la prescripción, dando lugar a la denominada prescripción extraordinaria. Si el delito tiene una pena mayor de cuatro años, producida la interrupción por actos de investigación, este prescribe a los seis años.

Dicho lo anterior, los efectos de la formalización de la investigación preparatoria, solo pueden provocar la interrupción de la acción penal y no la suspensión, tal como se ha propuesto en la redacción normativa, pues los efectos de una y otra son, en suma, diversos. Los plazos de prescripción se suspenden cuando el comienzo o la continuación del proceso penal dependa de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento; cuando en otra vía se está ventilado el hecho –presuntamente delictivo–, o se

requiera de un pronunciamiento administrativo (antejuicio constitucional); así se desprende del artículo 84 del CP. Por consiguiente, el legislador se ha equivocado enormemente al haber empleado el término "suspensión"¹⁹². El inciso 2) del artículo 339, señala lo siguiente: "Asimismo, el Fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial".

En la etapa de las diligencias preliminares rige el principio de "investigación oficial", en virtud del cual el fiscal es el dueño de las actuaciones que allí se realizan, como ente persecutor del delito que debe realizar la comprobación del delito y la identificación de los presuntos sospechosos, por lo que la cesación de esta se encuentra sujeta a una decisión enmarcada en la función fiscal, sea para archivar la investigación o para declarar la abstención del ejercicio de la acción penal.

VII. CONCLUSIONES

Como todos tenemos conocimiento, el nuevo Código Procesal Penal, promulgado en julio del 2004, nace para terminar con los procesos donde existe una concepción absoluta del poder central (procesos sumarios) reunida en una sola persona (juez) frente al cual el imputado se encuentra siempre en posición de inferioridad.

Ahora bien, este control sustancial en el proceso penal peruano trae consigo no solo nuevos términos jurídicos para los conocedores del derecho, sino también una nueva forma de ver dicho proceso desde la

¹⁹¹ Al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. Derecho Penal. Parte General, Editorial Rodhas, Lima, 2007, pp. 1108-1112.

¹⁹² Ver al respecto, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y otros. El Código Procesal Penal, pp. 673-677.



óptica de un modelo acusatorio-adversarial, es decir, donde se delimita claramente las funciones de cada sujeto procesal, en el cual el acusador (Ministerio Público) persigue el delito y ejerce su poder requiriente, frente a él, en igualdad de condiciones, el imputado para rebatir cada una de las posiciones del acusador con amplias oportunidades para ejercer su derecho de defensa al máximo y, por sobre ellos, un juez o tribunal con poder de decisión.

Por otro lado, el dotar de la importancia del acusatorio a la fiscalía no significa el minimizar la labor de la defensa, al contrario, en aras de la igualdad procesal (o de armas) los medios de investigación y de probanza que la ley franquea a la fiscalía lo debe también ejercer la defensa. De esa forma, ambos deben tener los mismos derechos procesales para alcanzar las fuentes de información, procesarla, analizarla e integrarla en interés a su teoría del caso que presentará ante el órgano jurisdiccional. Para ello, ambas partes deben entender que son adversarios, contrincantes, rivales, en el proceso penal, y que deben desplegar su mayor esfuerzo en aras de sus intereses procesales. Si esto ocurre así, el debate que se dará en el juicio oral estará enriquecido de contenido e información que facilitará una adecuada decisión por parte del juzgador.

Dentro de ese contexto, la investigación preparatoria se convierte en la piedra angular del proceso penal, pues en esta fase, el proceso adquiere una significatividad y una importancia trascendental para el propio proceso penal

pues es en esta etapa donde se construyen los presupuesto que van a dar sentido a las etapas subsiguientes del proceso o se desestima el mismo.

El fiscal dará por concluida la investigación preparatoria cuando considere que ha cumplido su objeto, aun cuando no hubiere vencido el plazo. Esto implica que si ya reunió los elementos de convicción de cargo y de descargo, que le permitan decidir si formula o no acusación, en un plazo menor a los cuarenta y cinco días dará por terminada dicha etapa y emitirá la disposición que corresponda.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BURGOS, "Principios rectores del Derecho Procesal Penal", Juristas Editores, Lima- Perú, 2009
- CABRERA FREYRE, "La etapa intermedia en el Código procesal penal de 2004", en AJ, t. 157, Diciembre 2006
- FUENTES, "El modelo acusatorio en el Nuevo Proceso Penal", Editado por la Gaceta Jurídica, Lima 2005
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y otros. El Código Procesal Penal
- GÓMEZ COLOMER, "El proceso penal español", Valencia, 1997
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. "Instrucción del proceso penal y principio acusatorio: La posición del Ministerio Público en España y en los principales países latinoamericanos. Influencias europeas y norteamericanas". En: El proceso penal en el Estado de



- Derecho. Diez estudios doctrinales.
Palestra Editores, Lima, 1999.
- GOROSTIAGA, Manuel. J. “El secreto y la publicidad del sumario en el Código Penal de la nación”, En: Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia. Buenos Aires, 2006
 - PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. Derecho Penal. Parte General, Editorial Rodhas, Lima, 2007
 - RIFÁ SOLER, José María y otros. Derecho Procesal Penal, (naciones básicas, jurisprudencia esencial). Editorial Comares, 1999.
 - SAN MARTÍN, “Derecho procesal Penal”, Editorial Grijley Lima 2003

DELITO DE COLUSIÓN

**Dra. HUAYLLANI MATAMOROS,
LIDIA**

Defensora Pública del N.C.P.P.-Junín



DELITO DE COLUSIÓN

Sumario:

I. Introducción. II. La Colusión Desleal en el Perú. III. El Bien Jurídico Protegido. IV. Responsabilidad Penal del Tercero Interesado. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En las postrimerías del régimen del Dr. Alan García Pérez se dictó la Ley 29703 por la cual se modificaban varios artículos del Código Penal referidos a los delitos contra la Administración Pública, más la forma subrepticia con que fue modificada la descripción del tipo penal del delito de colusión al considerar el perjuicio al patrimonio del estado como requisito fundamental para configurar la tipicidad, hizo poner en el tapete la validez de dicha norma considerándola como una forma de echar por tierra los procesos que hasta ese momento se venían realizando por el referido lo que generó una ola de indignación que terminó con la pronta modificatoria de la referida norma por la Ley 29758 que reencuadró el texto del mencionado delito dentro de los cauces de la lógica y el buen criterio.

De otro lado, la corrupción es un fenómeno social que surge en todo lugar donde conviven seres humanos, siendo esta el aprovechamiento de una posición de poder para la propia ventaja pero con detrimento de otros, o también la cooperación concertada de dos o más actuantes que

obtienen ventajas privadas ilegales a costa de terceros.

En palabras de Francisco Nieto, “*particularmente en América Latina hay quienes ven las causas de la corrupción en ciertas tradiciones y costumbres heredadas de las características transacciones políticas imperantes en España para el momento del Descubrimiento, que posteriormente se incrementaron durante la Colonia y se institucionalizaron en la vida republicana; una de las más conocidas es el clientelismo*”¹⁹³, que no es otra cosa que el ofrecimiento de algún beneficio a cambio de un apoyo político-administrativo¹⁹⁴.

En tal sentido, es prácticamente imposible mencionar el tema de la corrupción sin que vengan a la memoria escándalos que involucran compras y negocios del Estado con proveedores privados, lo que generalmente se relaciona con temas vinculados con las contrataciones y adquisiciones públicas.

¹⁹³ ROJAS VARGAS, F. [2007]. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición (1ª reimpresión). Grijley. Lima, p. 405

¹⁹⁴ ABANTO VÁSQUEZ, M. [2003]. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 309



Todos los gastos gubernamentales, ya sea de inversión o de subvención, se materializan bajo la forma de pagos a proveedores privados. Todo organismo gubernamental, cualquiera que sea su tamaño, realiza licitaciones: desde lápices a hidroeléctricas, de sillas a carreteras, de lámparas a edificios, todo lo que es comprado o encargado pasa por un proceso de contratación pública. Eso representa una parte considerable del producto interno bruto de cualquier país. Los montos involucrados son fabulosos, no solo si se toman globalmente, sino también de manera individual. Miles de políticos y funcionarios públicos participan directamente de esos procesos e indirectamente muchos miles de otros. Sectores económicos enteros dependen de proveer a los gobiernos.

Este tipo de corrupción no es vista como tal, debido al alto grado de tolerancia social en un amplio sector de la población, que la percibe como necesaria en el proceso de reparto de los bienes por parte del Estado. Pero, por otro lado, esa transacción también pone en evidencia la participación de los intereses privados en el proceso de financiamiento de las campañas electorales y la posterior operación de recuperación de esa “inversión”, que se ha traducido en una creciente certeza popularizada de que los países están gobernados por unos cuantos intereses poderosos en beneficio propio. Todo eso hace que los procesos de contratación pública y los contratos que de ellas se desprenden representen una fuente astronómica de dispendio de gastos públicos. Sin embargo, a pesar del cuidado y

transparencia que en un mundo ideal debe existir en el manejo de los bienes estatales, la corrupción lesiona grandemente estos procesos. Por desgracia, pese a los escándalos, es más lo que se habla que lo que se actúa.

II. LA COLUSIÓN DESLEAL EN EL PERÚ

El Código Penal peruano (CP) en su artículo 384 en el año 2011 experimentó sendos y drásticas modificatorias que generaron una verdadera ola de protestas en cuanto establecía el requisito de la defraudación patrimonial del Estado como elemento constitutivo del tipo penal, lo que motivó que fuera nueva modificada por el Legislativo en una clara y manifiesta demostración de incapacidad legislatora. Veamos los cambios experimentados en el referido Artículo 384 del Código Penal:

“Artículo 384.- Colusión

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.”¹⁹⁵

Actual texto del Artículo 384. Colusión simple y agravada¹⁹⁶:

¹⁹⁵ Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10 junio 2011,

¹⁹⁶ Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 29758, publicada el 21 julio 2011



El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años."

En un plano político-criminal, son dos las particularidades del tipo penal de colusión desleal que llaman especialmente la atención. Por un lado, el aligeramiento de sus elementos constitutivos, en la medida que la realización del tipo penal no requiere constatar un acto de corrupción del funcionario que decide o realiza la contratación o adquisición estatal, sino solamente una concertación con los interesados perjudicial para el Estado. En segundo lugar, la severidad de la pena prevista en el tipo penal cuyo marco penal máximo alcanza los quince años de pena privativa de libertad. Ambas particularidades evidencian que el legislador penal ha privilegiado la eficacia

de la persecución penal en este ámbito de la criminalidad, lo que encontraría explicación en la especial sensibilidad de las adquisiciones estatales frente a actos de corrupción debido a las grandes cantidades de dinero que se manejan en este rubro del gasto público¹⁹⁷.

Como se puede apreciar, una colusión desleal implica en sí un acto de corrupción. Un ejemplo histórico de esta clase de hechos delictuosos le concierne a la explotación del guano. Durante la segunda mitad del siglo XIX, esta riqueza natural era explotada por un sistema de concesiones que el Estado otorgaba a los particulares. El favoritismo, la influencia política, los vínculos de parentesco (nepotismo) eran los criterios decisivos para obtener el derecho de explotar y exportar guano. Obviamente, las cantidades de dinero manejadas en dichos procesos eran muy altas, tan relevantes que incluso su explotación fueron causa de una guerra, una guerra que perdimos.

Pero esta clase de actos no se cometen en determinadas actividades y/o instituciones estatales, sino que en toda la Administración Pública en general. Quizás teniendo en cuenta ello, el Estado tiene en claro que no es suficiente su sanción penal y ello lo ha llevado a buscar formas y/o mecanismos de evitarla incluso de prevenirla, ya que constituye un mal medular de la administración estatal. Pero volviendo al tema que nos ocupa, si bien es cierto, la represión estatal de este delito está manifiesta, no existen criterios

¹⁹⁷ GARCÍA CAVERO, Percy. El delito de colusión desleal. Grijley, Lima, 2008, p. 18.



jurisprudenciales ni doctrinarios en el ámbito nacional, respecto de los elementos constitutivos de este delito como para entender uniformemente y de manera esencial su tipología.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Como manifestáramos anteriormente, este tipo penal se encuentra comprendido entre los delitos contra la Administración Pública; en tal sentido no sorprende que determinado sector doctrinal establezca que este tipo penal proteja el patrimonio administrado por la Administración Pública, tal y como señala el Dr. Fidel Rojas Vargas en su libro "Los delitos contra la Administración Pública".

Adicionalmente a esta posición, existe otra que además de coincidir con la anterior, establece que dicho tipo penal abarca también dentro de su esquema protector la legalidad del ejercicio de la labor del funcionario público, buscándose asegurar incluso los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, sancionándose penalmente la transgresión de los roles especiales de negociación y representatividad pública de los funcionarios y servidores públicos que participan en las adquisiciones estatales¹⁹⁸.

Además de estas dos posiciones, existe una tercera, establecida por el Dr. Percy García Caveró, quien considera, que si bien es cierto, ambas posiciones conciben a este ilícito penal como un acto fraudulento, (a nuestro criterio materializado en la concertación irregular entre los funcionarios

y/o servidores públicos y los particulares interesados o intervinientes en un proceso de contratación pública), y si bien podría decirse que el tipo penal apunta a proteger el patrimonio del Estado, el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio al Estado o al sistema económico, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario público; posición que no comparto.

A nuestro criterio, este tipo penal busca proteger la especialidad de la norma, toda vez que los principios y normas que regulan un proceso de contratación pública se rigen por un marco jurídico especial contenido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento. Esta protección a su vez conlleva a proteger otros bienes jurídicos tales como la moralidad, la libre competencia, imparcialidad, eficiencia, transparencia, economía, vigencia tecnológica e igualdad.

Fundamentamos nuestra posición en el hecho de que este tipo penal está reservado únicamente para funcionarios y/o servidores públicos que intervienen dentro de un proceso de contratación pública y que su cargo aprueban el expediente administrativo y/o las bases administrativas donde se encuentran los términos de referencia y/o especificaciones técnicas del bien o servicio que requiere la administración estatal.

En este extremo es obvio que los administradores públicos no tienen la libertad de acción de los empresarios privados. Por más desorganizado que un régimen sea, lo que el administrador público puede y no puede hacer es siempre

¹⁹⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. El delito de colusión desleal. Editora Jurídica Grijley 2008, p. 20, citando a Rojas Vargas.



objeto de reglamentaciones específicas y especiales. En el caso de las licitaciones públicas, ello significa que la posibilidad de que el administrador “venda” privilegios está en directa relación con el poder de decisión e intervención que las normas le otorguen.

En tal virtud, el carácter especial de la norma contractual adquisitiva estatal busca proteger a su vez la moralidad que debe comprender la ejecución de los deberes especiales atribuidos a los funcionarios y/o servidores públicos.

Por otro lado, en un ambiente legal especial en que la capacidad de decisión y/o influencia del funcionario y/o servidor público es muy amplia, en que los controles son escasos y la visibilidad pública se ve dificultada, sobrevienen, como consecuencia que el administrador establece en las normas, la posible participación de las empresas en las licitaciones. Por medio de la definición de condiciones especiales (en nuestra legislación entiéndase como términos de referencia), excluye a la mayoría de las potenciales competidoras y “cierra” la eventual participación a un subconjunto de compañías. En líneas de generalidad, en la Administración Pública, los términos de referencia son concertadas con particulares interesados en beneficiarse de dicha licitación, contrato o suministro del bien o servicio que se requiere; en consecuencia se afecta la libre competencia, ya que se atenta contra regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia y objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores potenciales;

asimismo, se vulnera la imparcialidad y trato justo e igualitario al postor de bienes y/o servicios que debe tener en la participación y acceso para contratar con las entidades estatales en condiciones semejantes a las de los demás, mucho más si la ley especial de contratación estatal prohíbe expresamente privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo a determinadas excepciones formalmente establecidas, como es el caso del postor único¹⁹⁹.

Por otro lado, la especialidad de la norma busca proteger que los bienes y/o servicios reúnan las condiciones de calidad y modernidad tecnológica necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son adquiridos o contratados y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse, si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

Finalmente, cuando el tipo penal descrito en el artículo 384 del CP alude como posibles sujetos activos del delito a los funcionarios o servidores públicos “...*que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley*”. En este extremo, la elección del ganador se sostiene en un procedimiento

¹⁹⁹ ABANTO VÁSQUEZ, M. [2003]. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 309.



donde se toma en cuenta aspectos técnicos considerados en las bases administrativas, pero muchas veces son materia de meritación aspectos subjetivos como, por ejemplo, la experiencia, la cual se acredita con lo facturado o con lo convenido por el postor en anteriores procesos; limitándose el acceso al proceso contractual estatal a empresas nuevas, las que se ven obligadas a encontrar la salida ideal en el consorcio. De esa forma, el proceso de competencia desaparece, para dar lugar a una distribución de tajadas de una torta privatizada con precios sobrefacturados²⁰⁰. En el tipo penal de colusión desleal, no solo basta proteger los deberes institucionales o deberes especiales positivos conferidos al funcionario o servidor público por la

²⁰⁰ La vida política se ve directamente afectada, pues la posibilidad de predefinición de los vencedores de una licitación se transforma en "capital" para el político, quien lo usa para obtener financiamiento de sus campañas electorales. Si es elegido, usa el "capital" para pagar la deuda con sus financistas, es decir, dirige hacia estos las licitaciones que promueve. Por eso, los grandes proveedores (y también otros grandes interesados, como las asociaciones de bancos) muchas veces financian simultáneamente a todos los candidatos a cargos ejecutivos que compiten en una misma elección. Por cierto, no lo hacen por convicción ideológica. En el sector de las obras públicas, la primacía de intereses oscuros sobre el interés público lleva al encargo de proyectos innecesarios, sin ninguna garantía de continuidad más allá del periodo de mandato de quien lo efectúa. Eso conduce a una multiplicación de obras paralizadas, pues el gobernante siguiente tiene otros compromisos, no necesariamente coincidentes con los de su antecesor. Otro fenómeno que suele acompañar los ordenamientos viciados de licitaciones y contrataciones es la inoperancia de los sistemas de auditoría y de castigo de las desviaciones. Cuando existen, no es raro que sean absorbidos por la máquina corruptora y se transformen en lo contrario de lo que deberían ser, dando pie a las irregularidades. La perspectiva sobre cómo funcionan los mecanismos de la corrupción en la licitación y contratación de bienes y servicios para el Estado indica cuál es el mejor camino que hay que recorrer para combatirla. Sería inútil gastar esfuerzos solo en el desarrollo de sistemas de detección y castigo de actos corruptos. Aunque la importancia de ellos no debe ser descartada, es evidente que lo mejor es evitar la corrupción en su origen. Como dice el dicho, es mejor prevenir que curar.

entidad u organismo del Estado, para actuar de manera correcta en las distintas modalidades de contratación administrativa o estatal, sino que también se debe "preservar el patrimonio público"²⁰¹ o "los intereses patrimoniales del Estado"²⁰². Desde esta perspectiva las recientes modificaciones introducidas se plegarían más a esta línea doctrinal. De esta manera, el delito de colusión desleal no solo se agota en la protección a la contratación administrativa, donde los representantes estatales cumplan con sus deberes especiales positivos funcionariales, sino que además ha de cautelarse los intereses patrimoniales de las distintas entidades del aparato estatal, cuyos patrimonios se traducen en derechos, obligaciones y bienes, integrando los gastos e ingresos públicos, siempre y cuando nos encontremos frente a un acuerdo colusorio entre el funcionario o servidor público y el tercero interesado en las distintas modalidades de negociaciones estatales. Vista así, la **colusión** es un delito que sanciona al **funcionario público** que se pone de acuerdo con un particular interesado en un contrato con el Estado. El funcionario interviene y favorece al particular gracias al cargo público que posee, sin importar si

²⁰¹ ROJAS VARGAS, F. [2007]. *Delitos contra la Administración Pública*. cit., p. 407.

²⁰² ROJAS VARGAS, V. "Ubicación dogmática normativa y rol que juegan los interesados en el delito de colusión desleal". En *Diálogo con la Jurisprudencia*. [2001]. Año 7, N° 34, julio. Gaceta jurídica. Lima. p. 68. En el mismo sentido, FRIZANCHO APARICIO, M. / PEÑA CABRERA, R. [autores]. [1999]. *Delitos contra la administración pública* cit., 363. Así también, ABANTO VÁSQUEZ, M. [2003]. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., p. 109. De igual parecer, REYNA ALFARO, M. "Estructura típica del delito de colusión". En *Actualidad Jurídica* [2004]. T. 130 septiembre. Gaceta Jurídica. Lima. p. 69.



este acuerdo perjudicaba patrimonialmente al Estado o no. Es decir, era un delito de los funcionarios públicos contra la administración pública, no contra el patrimonio del Estado.

IV. RESPONSABILIDAD PENAL DEL TERCERO INTERESADO

En la doctrina nacional se defiende el parecer de que la sola concertación no fundamenta la participación punible del interesado, siendo necesario un aporte adicional a su participación en el contrato. Esta opinión parte de la idea de que el delito de colusión desleal es un delito de intervención necesaria en la modalidad de delito de encuentro, lo que significa que para que se pueda configurar el delito resulta necesaria la realización de dos conductas de sujetos distintos que orientándose a una finalidad común se complementan en el hecho típico, en este extremo los particulares intervinientes son partícipes necesarios. Generalmente, esta participación podría probarse en la concertación de definición de los términos de referencia y/o especificaciones técnicas del bien o servicio a adquirirse, tal como hemos detallado anteriormente.

V. CONCLUSIONES

El bien jurídico que se cautela en los delitos de colusión y peculado es múltiple, pues no solo se salvaguarda los deberes especiales positivos; sino también el custodio de los intereses patrimoniales del Estado por los funcionarios o servidores públicos.

El tipo penal de colusión no requiere constatar un beneficio pecuniario para el

funcionario que decide o realiza la contratación o adquisición estatal, sino solamente una concertación con el tercero interesado que perjudique o menoscabe el interés del Estado.

El cumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos constituye una condición primordial para el regular funcionamiento de los servicios administrativos y la consiguiente realización de los intereses generales. Si el funcionario deja de cumplir alguno de sus deberes puede por ese solo hecho, afectar la regularidad del servicio y de los intereses generales que tiene a su cargo la administración, e incurrir así en responsabilidad, acto que lesiona gravemente la institucionalidad jurídica del Estado su sustento ético ante la sociedad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, M. [2003]. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano. 2ª ed. Lima. Palestra.
- FRISANCHO APARICIO, M. / PEÑA CABRERA, R. [autores]. [1999]. Delitos contra la Administración Pública. Lima. Fecat.
- GARCÍA CAVERO, Percy. El delito de colusión desleal. Editora Jurídica Grijley 2008, p. 20, citando a Rojas Vargas.
- GARCÍA CAVERO, Percy. El delito de colusión desleal. Grijley, Lima, 2008
- REYNA ALFARO, M. "Estructura típica del delito de colusión". En



Actualidad Jurídica [2004]. T. 130
septiembre. Gaceta Jurídica. Lima

- ROJAS VARGAS, F. [2007]. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición (1ª reimpresión). Grijley. Lima.

LOS PRINCIPIOS Y MECANISMOS LEGALES DE DEFENSA DEL CAPITAL SOCIAL EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA DEL PERÚ

**Dr. LEON WARTHON,
RONY**

Abogado
Egresado de la Maestría en Derecho de la Empresa de la
Pontificia Universidad Católica del Perú



LOS PRINCIPIOS Y MECANISMOS LEGALES DE DEFENSA DEL CAPITAL SOCIAL EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA DEL PERÚ

Sumario:

I. Introducción. II. Sociedad. III. Sociedad Anónima. IV. Principios y Mecanismos de Defensa del Capital Social. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La Sociedad Anónima constituye la principal forma societaria que se encuentra regulada en la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, tanto por su adecuado tratamiento en esta norma, así como por su considerable desarrollo, al punto de convertirse en la principal forma societaria adoptada por los empresarios en nuestro país.

Esta forma societaria, desde sus orígenes, ha tenido un tinte eminentemente capitalista, toda vez que en forma preponderante ha primado el capital sobre el elemento personal, hasta convertirse hoy en día en uno de sus caracteres esenciales, cual es, ser considerada como sociedad de capitales. El capital social entendido como una cifra permanente de la contabilidad, que no necesariamente tiene un equivalente patrimonial efectivo, no deja de ser un concepto jurídico; el cual se contrapone al concepto de patrimonio, que es eminentemente económico, que consiste

en el conjunto efectivo de bienes que la sociedad tiene en un momento determinado. Por ello contablemente como se verá en su oportunidad el monto de capital se mantiene invariable, en tanto que el patrimonio oscila de acuerdo al éxito o no de la actividad empresarial.

En este orden de ideas el capital social cumple la función de garantía frente a los acreedores y para ello en nuestra legislación societaria se han implementado principios y mecanismos de defensa del capital social. Corresponderá en el presente ensayo identificarlos, estudiarlos y entenderlos en forma conjunta con esta principal función que cumple el capital social.

Para su mejor desarrollo corresponde, previamente, realizar un estudio somero sobre las sociedades en forma general, su concepto, naturaleza jurídica y formas societarias; asimismo un estudio somero de la sociedad anónima como la principal forma societaria regulada por la Ley General de Sociedades, identificando su



evolución, sus caracteres esenciales y modalidades; para luego detenernos en el estudio del capital social, sus principios y mecanismos de defensa.

II. SOCIEDAD

a. Definición.

Existía una antigua distinción entre sociedades comerciales y sociedades civiles, la misma que radicaba en la finalidad del lucro. Así se decía que sólo las sociedades mercantiles tenían un fin lucrativo, mientras que las civiles no la tenían.

Siguiendo esta apreciación, anteriormente, el Código Civil de 1936 regulaba las sociedades civiles y la Ley Nº 26123 de 1966, Ley de Sociedades Mercantiles, a las sociedades comerciales. Esta dicotomía termina con el Decreto Legislativo Nº 311 de 1984, Ley General de Sociedades, la misma que unifica por primera vez la legislación societaria, cuando incorpora a las sociedades civiles; sin embargo la definición común de sociedad mantenía los elementos esenciales de la Ley Nº 26123 y al referirse a las sociedades civiles señalaba que tenían un fin preponderantemente económico, sin que constituya especulación mercantil.

Esta delimitación ha devenido en anacrónica y actualmente errónea, por ello, la Ley General de Sociedades, Ley Nº 26887, varía radicalmente la definición común a todas las sociedades, pues, en su artículo 1º, señala como

objeto a todas las sociedades el ejercicio en común de actividades económicas.

Esta variación no es un simple cambio formal; por el contrario, es un cambio sustancial, que origina efectos jurídicos y prácticos de especial importancia²⁰³.

Aunque es preciso indicar que en la Ley General Sociedades se mantiene el término civil para designar a la Sociedad Civil Ordinaria y la Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada y el término comercial para denominar a la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, sin que ello signifique un propósito por darles dichas categorías superadas, sino solamente mantener las denominaciones tradicionales de dichas sociedades, tan arraigadas en nuestro país.

Partiendo de la definición legal contenida en el artículo 1º de la citada norma societaria, podemos definir la Sociedad, en forma genérica, como aquella persona jurídica que recibe los aportes de los socios para la realización de actividades económicas.

b. Naturaleza Jurídica.

La discusión acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad es uno de los temas más debatidos en la doctrina. Este trabajo no tiene por objeto adoptar una determinada posición. Únicamente trataremos de mostrar el panorama en el cual gira el debate sobre el mismo.

Así el debate doctrinario viene girando en determinar si una sociedad es un

²⁰³ELIAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario Peruano. Tomo I. Editora Normas Legales. 1ra. Edición. Lima, 1999. Pág. 1.



contrato, una institución, un negocio social, un acto complejo, un contrato plurilateral, un acto colectivo. Sin que se pueda vislumbrar panorama alguno.

La tesis contractualista, formulada por la doctrina clásica, indica que el contrato rige tanto en el momento constitutivo, como en la vida en sí de la sociedad; sin embargo, posteriormente, se destacó con mayor fuerza la trascendencia del contrato, partiendo del ente que lo origina.

Al respecto el Profesor Montoya Manfredi señala que "(...) hoy se pregunta si no es más importante el estudio de la persona moral surgida del contrato, que el del contrato en sí"²⁰⁴.

Ripert, señala: "En las grandes sociedades que cuentan con centenares y millares de accionistas, la persona moral domina poderosamente las voluntades individuales que se han manifestado en el acto creador. Los socios pueden por mayoría de votos modificar el pacto primitivo en todas sus disposiciones, mientras que la modificación de un contrato exigiría el consentimiento unánime de las partes. Los administradores y directores ya no son considerados como mandatarios de los socios, son órganos de la sociedad. La sociedad nace sin duda de un acto jurídico voluntario, pero es dudoso que ese acto sea un contrato"²⁰⁵.

²⁰⁴MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles. 1ra. Edición. Imprenta de la UNMSM. 1967. Lima, Perú. Pág. 9.

²⁰⁵ RIPERT, Georges. Derecho Comercial. Tomo II. Editora Argentina. 1954. Buenos Aires, Argentina. Pág. 17.

En suma para este tratadista la idea del contrato no agota los efectos jurídicos ocasionados por la creación de la sociedad. Con ello pareciera suscribir la tesis institucionalista; sin embargo, señala: "Al no querer ver en la sociedad un contrato, una teoría moderna la considera como una institución. La expresión está de moda y si bien no tiene un sentido muy preciso, su misma imprecisión permite que se emplee para denominar situaciones jurídicas bastante diferentes (...) Es necesario únicamente observar que la concepción institucional sirve para justificar las numerosas intervenciones legislativas que se han inspirado en el deseo de vigilar la acción de las sociedades en la vida económica"²⁰⁶.

La imprecisión en definir la institución es la principal crítica que se le hace la tesis institucionalista, sin que ello, signifique su total rechazo. Esta tesis sirvió para que más adelante surgieran más teorías que cuestionaran frontalmente la naturaleza contractual de la sociedad.

Una de ellas, propuesta por Messineo, es la teoría del acto colectivo, el mismo que es de tipo negocial, caracterizado por la formación de voluntad de varias personas con un mismo interés, que actúan como si fueran una sola parte. Esta situación se manifiesta en el acto fundacional de la sociedad, donde a diferencia de los contratos conmutativos, no existen prestaciones y contraprestaciones, sino solamente prestaciones surgidas del patrimonio

²⁰⁶ RIPERT, Georges. Op. Cit. Págs. 18 – 19.



individual de las personas para la formación del patrimonio social, cuya titularidad recaerá en una persona jurídica distinta de las personas, denominadas socios.

Otra tesis es la del contrato plurilateral, propuesta por Ascarelli, quien señala que dicho contrato se caracteriza por la existencia de dos o más partes que poseen intereses contrapuestos y una comunidad de fin. Circunscribe su propuesta al negocio constitutivo de la sociedad y señala la inaplicabilidad de los elementos del contrato bilateral sinalagmático en dicho acto²⁰⁷.

Al respecto, Messineo señala: "(...) Pero así, el contrato plurilateral se manifiesta, en realidad, como acto colectivo, que es desde luego tipo negocial, pero no es una figura contractual. Del mismo es ejemplo eminente la sociedad, de la cual son característicos la ausencia del elemento consentimiento, la identidad del contenido de las declaraciones de voluntad de los socios y la posibilidad de la formación (y de la gestión de ella), mediante deliberación también mayoritaria. De allí, su exclusión del número de contratos"²⁰⁸.

Kuntze propone la teoría del acto complejo y señala que dicho acto está presente en la constitución de la sociedad. Por este acto complejo, varias personas con un mismo interés funden sus voluntades, perdiendo sus

individualidades para formar una voluntad unitaria común a todas ellas.

Notamos que las discusiones sobre la naturaleza jurídica de la sociedad han ido diferenciando la naturaleza del acto fundacional o constitutivo de la sociedad y la naturaleza de la vida social en sí misma. Incidiendo en el acuerdo constitutivo, se ha señalado que dicho acto es un contrato o un acto jurídico.

En ese orden de ideas, Sánchez Calero, refiere que el acuerdo constitutivo es un contrato de organización, cuya finalidad es crear, valga la redundancia, una organización que tiende a personificarse. En el ámbito civil se le denomina Contrato plurilateral con prestaciones autónomas.

Con todo este panorama, reducido por los objetivos de este trabajo, podemos mencionar que, efectivamente, al hablar de la naturaleza jurídica de la sociedad, tendremos que distinguir necesariamente los dos momentos: el acuerdo constitutivo de la sociedad y la vida de la persona jurídica. Por eso, la naturaleza jurídica de la sociedad no puede recaer en una sola teoría, sino la conciliación de algunas de ellas.

En el momento del acuerdo fundacional de la sociedad, compartimos con Sánchez Calero, de que se trata de un contrato de organización. Aunque sea mejor denominarla Contrato plurilateral con prestaciones autónomas, el mismo que es muy especial y menos difundido, cuyo fundamento legal se encuentra en el artículo 1351 del Código Civil.

²⁰⁷ASCARELLI, Tulio. *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*. Editorial Boch. Barcelona, 1964.

²⁰⁸MESSINEO, Francesco. *Derecho Civil y Comercial*. Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires, 1971. Pág. 437. Citado por: ELIAS LAROZA, Enrique. Op. Cit. Pág. 9.



Sin embargo, este contrato no queda allí, sino que tiende a personificarse, vale decir, se genera la persona jurídica, adquiriendo vida propia y asumiendo la condición de sujeto de derecho con titularidad activa, derechos, y titularidad pasiva, obligaciones. Esta persona jurídica contará con una organización jurídica y corporativa, como puede ser el Pacto Social y la Junta de socios como por ejemplo.

Con esto no queremos dar por agotado el tema, seguramente seguirá habiendo esta contraposición de teorías, por ser un aspecto muy discutible. Por eso, hace bien la actual Ley General de Sociedades, artículo 1º, en apartarse de esta discusión y dejar a la doctrina esta ardua labor.

c. Formas Societarias.

Tradicionalmente las sociedades se han clasificado en dos grandes grupos: las sociedades de personas o por interés y, las sociedades de capitales o por acciones. En las primeras primaba el *intuitus personae* y en las otras el *intuitus pecuniae*.

Sin embargo, existían sociedades como por ejemplo las comanditarias por acciones o las de responsabilidad limitada, que no calzaban exclusivamente en alguna de ellas. Por ello se amplía a una tercera categoría, cuales son, las sociedades mixtas, como su nombre indica, concurren ambos componentes: interés y capital.

Esta clasificación se mantiene en la Doctrina y sirve para fines académicos; empero, en la Ley General de Sociedades

se deja de lado todo ello y se ha legislado indistintamente. Así se tiene como formas societarias legisladas a la Sociedad Anónima, la Sociedad Colectiva, la Sociedad en Comandita, la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada y las sociedades civiles, como son la ordinaria y de responsabilidad limitada.

De este abanico de sociedades sobresale por su importancia y mayor utilización la sociedad anónima. Esta forma societaria cuenta con modalidades, aunque erróneamente, como se verá más adelante, se confunda con otras formas societarias. Las Sociedad Anónima Ordinaria, la Sociedad Anónima Abierta y la Sociedad Anónima Cerrada son las modalidades de dicha forma societaria.

Como se podrá apreciar la distinción de estas sociedades se hace en función a un criterio tipológico o formal. Sin embargo, para fines de este trabajo, es necesario recurrir a un criterio de tipo estructural o material, por el que se distingue a las sociedades en abiertas y cerradas.

Serán sociedades abiertas aquellas que cuentan con una amplia dispersión del capital entre un alto número de socios, tienen un mercado regular de sus participaciones, existe una separación de los socios en la gestión de la sociedad, hay libre transmisibilidad de las participaciones y prima un fuerte componente capitalista.

En contraposición las sociedades cerradas se caracterizan porque por la concentración del capital tiene un número reducido de socios, la ausencia



de un mercado regular de participaciones, la estrecha intervención de los socios en la gestión social, las frecuentes restricciones a la transmisibilidad de las participaciones y el marcado componente personalista. Sin embargo, esta distinción peca de ser reduccionista, como sucede casi en toda clasificación bipolar. Sucede que existen sociedades que no encajan perfectamente en alguna de ellas, como es el caso de las sociedades cuyas participaciones se negocian en un mercado regular, como es una bolsa de valores; pero que a pesar de ello tiene un capital altamente concentrado con un número reducido de socios, los mismos que tienen una estrecha vinculación a la administración social. Estas sociedades son potencialmente abiertas, pero en realidad cerradas. Se les puede denominar sociedades abiertas con capital concentrado²⁰⁹.

Estas sociedades encuentran reflejo en países como Alemania, Japón y España que cuentan con un alto grado de concentración de sus sociedades; en contraposición a las sociedades norteamericanas, en las que si existe una dispersión del capital, donde las sociedades abiertas, denominadas también sociedades bursátiles, tienen un mayor desarrollo.

Pese a estas dificultades de delimitación, la distinción entre sociedades abiertas y cerradas resulta de gran utilidad en la

investigación que nos ocupa, pues, nos permitirá valorar e interpretar el régimen de exclusión del derecho de suscripción preferente.

III. SOCIEDAD ANÓNIMA.

1. EVOLUCIÓN.

La Sociedad Anónima tiene como antecedente más próximo a las compañías para el comercio en las Indias Orientales y Occidentales, creadas en el siglo XVII. Estas compañías se vinculaban con actividades comerciales y de aventura, que no podían ser cubiertas por las clásicas sociedades personalistas, como son las comanditarias y colectivas. Estas últimas tenían como límite el número reducido de socios y la responsabilidad ilimitada.

Entonces estas actividades tenían que ser asumidas por una figura societaria que supere estas limitantes y vaya acorde con la apertura que experimentó Europa por los grandes descubrimientos geográficos. La Sociedad Anónima encuentra mayor acomodo para las mismas, empezando a configurarse algunos de sus caracteres esenciales, como es la preponderancia del capital sobre el elemento personal, la división del capital en títulos negociables que representaban partes alícuotas del mismo, el número indeterminado de personas que aportaban, rasgos de la separación de propiedad de la empresa y la administración, y la responsabilidad limitada.

²⁰⁹ VASQUEZ ALBERT, Daniel. Exclusión del derecho de suscripción preferente. 1ra. Edición. Editorial Civitas. Madrid, 2000. Pág. 57.



Sin embargo, estas compañías habían nacido por injerencia directa del Estado, siendo consideradas como públicas o semipúblicas. Pues, para adquirir su personalidad jurídica, se debía tener la concesión del soberano o monarca e incluso éste participaba activamente dentro de estas compañías, gozando de una serie de privilegios y autorizaciones emanados de su poder.

Para que la Sociedad Anónima se independice de esta intensa injerencia estatal, tuvo que pasar por varias etapas, las mismas que se enmarcan dentro de un proceso histórico muy complejo, que tiene como acontecimientos relevantes la caída de las principales monarquías, el triunfo del liberalismo producto de la revolución francesa, la revolución industrial, entre otras.

Encontramos consenso en la Doctrina al identificar tres etapas de evolución de la forma societaria que nos ocupa. Se tiene en primer lugar, la etapa del privilegio o conocida también como la etapa del *octroi*; en segundo lugar, la etapa de concesión o de autorización; y finalmente, la etapa de la reglamentación positiva o de la liberalización.

La primera, etapa del privilegio, está caracterizada por la presencia del Estado en la constitución de la sociedad anónima, la misma que obedecía a decisiones gubernativas, conocidas como *octroi*. Estas decisiones las dotaban de personalidad y les concedían privilegios monopólicos en la explotación, reservándose el Estado de una

importante participación en los resultados y de un control permanente en los asuntos sociales.

En la segunda etapa, conocida como la etapa de la concesión o autorización, la creación de la sociedad anónima obedece a la voluntad de los socios. Este cambio trascendental se da con la dación del Código de Comercio Napoleónico de 1807, en el marco de la Revolución Francesa. Este cambio, sin embargo, mantenía al Estado en la potestad de autorizar la constitución de la sociedad.

Finalmente, en la tercera etapa, denominada de reglamentación positiva o de liberalización, se supera la anterior etapa, dando a los socios la libre constitución de la sociedad anónima, sujetándose a requisitos generales establecidos por normas positivas.

Como puede apreciarse la evolución de la sociedad anónima, parte de una presencia total del estado en la constitución y vida social de esta sociedad, para luego ingresar a una segunda etapa, en la que el Estado mantiene su injerencia en la autorización para su constitución y los socios de la marcha de la sociedad, para luego, finalmente, en la última etapa, dar paso al dominio de la voluntad de los socios, quiénes deciden sobre la constitución y los asuntos sociales, donde el Estado solamente condiciona por medio de normas positivas generales.

En nuestro país, la evolución legislativa comenzó con las Ordenanzas de Bilbao reformuladas en el año de 1725 y confirmadas por Fernando VII en 1814,



las mismas que rigieron hasta el 15 de junio de 1853, cuando es promulgado nuestro primer Código de Comercio, el mismo que se caracterizó por ser una copia fiel del Código de Comercio español de 1829 y adopta la denominación de compañía anónima para referirse a la sociedad anónima. Este código coexistió con el Código Civil de 1852 en el que regulaba los contratos de sociedad o compañía de carácter civil mas no mercantil.

El Código de Comercio de 1853 estuvo vigente hasta la dación del Código de Comercio de 1902, el mismo que nuevamente viene a ser una copia del Código de Comercio español de 1885. Por este código se deja de lado la autorización para dar paso a una reglamentación positiva o de liberalización. Reconoce solamente a las sociedades mercantiles y mantiene la denominación de compañías, dentro de ellas la compañía anónima.

En 1866 se promulga la Ley 16123, Ley de Sociedades Mercantiles, que significó la derogación de las compañías mercantiles reguladas por el Código de Comercio de 1902, para dar paso a la denominación de sociedades mercantiles, por medio de una legislación especial. Sin embargo, sólo regula las sociedades de carácter mercantil, pues las de carácter civil se regulaban por el Código Civil de 1936.

Precisamente con la dación del Código Civil de 1984 se introduce una serie de modificaciones a la Ley de Sociedades Mercantiles. Por tal motivo, vía Decreto

Supremo Nº 003-85-JUS se aprueba el Texto Único Concordado de la Ley General de Sociedades. En esta norma se abandona la distinción de sociedades mercantiles y civiles, pues ambas se regularían por esta norma especial.

Posteriormente, el 9 de diciembre de 1997 se promulga la actual Ley General de Sociedades, Ley Nº 26887. En la que trasciende la sociedad anónima como una forma societaria importante, la misma que se ha tenido un mayor desarrollo y aceptación, por ello, la dicha norma societaria le otorga una amplia regulación.

2. CARACTERES ESENCIALES.

La sociedad anónima posee caracteres esenciales que la convierten en la forma societaria más utilizada en nuestros días. Nos referiremos a cuatro caracteres que le otorgan precisamente ese marco distintivo: sociedad de capitales, sociedad por acciones, sociedad de responsabilidad limitada y mecanismo jurídico particular.

Sociedad de capitales.

Por este rasgo distintivo la sociedad anónima se forma por el aporte efectivo de los socios, constituyendo así los primeros activos del capital de la sociedad, que sirven para dar inicio a las actividades económicas que son parte de su objeto social. Estos aportes tienen que consistir en dinero o en bienes apreciables en dinero, quedando de lado los aportes que puedan consistir en servicios. Como resultado de esta



aportación patrimonial se adquiere la calidad socio.

Se aprecia un claro correlato entre el aporte patrimonial y la calidad de socio, con lo cual se consolida el *intuitus pecuniae* y desaparece el *intuitus personae*. Por lo menos en esta parte del trabajo.

Garrigues señala al respecto: “Lo que interesa del socio no es su actividad personal, sino su aportación patrimonial (carácter apersonal de la sociedad anónima. Al socio se le valora por lo que tiene en la sociedad y no por lo que es personalmente considerado. Siendo las aportaciones en dinero esencialmente fungibles, los socios de la sociedad anónima se convierten también en socios fungibles, es decir, sustituibles por otros, sin que por ello sufra la constitución de la sociedad”²¹⁰.

El capital social como se ampliará más adelante, representa un requisito esencial para el nacimiento de la sociedad, su determinación en la escritura de constitución significa la declaración de que los socios han aportado o han ofrecido aportar a la sociedad y la obligación de la sociedad de conservarlo en interés de los acreedores.

También durante la vida de la sociedad, la participación en los derechos sociales es proporcionada a la participación en el capital social, denominado como el criterio capitalista en la atribución de

derechos. Vale decir, la calidad de socio está teñida de una coloración capitalista que da el tono dominante en la sociedad, donde la extensión de los derechos del socio se da en proporción a la aportación del capital. Esto se da principalmente en la participación del socio en la administración de la sociedad y en la distribución de beneficios²¹¹.

Sociedad por acciones.

El capital de la sociedad anónima está dividido en títulos negociables, denominados acciones. Cada acción representa una parte alícuota del capital. La titularidad de las acciones recae en los accionistas en proporción a sus aportes, la misma que les otorga una serie de derechos políticos y económicos, referido a la toma de decisiones en la sociedad y a la participación en los rendimientos económicos de la misma, respectivamente.

Esta división de capital en acciones responde a una doble conveniencia económica. La primera de acumular el capital para una explotación mercantil y la segunda, de que los derechos y obligaciones del socio puedan transmitirse por los medios que reconoce el Derecho Mercantil para la circulación de las cosas muebles²¹².

Con ello se ratifica, que en la sociedad anónima prima el carácter capitalista, mas no el personalista, por la posibilidad

²¹⁰ GARRIGUES, Joaquín y Rodrigo URÍA. Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas. Tomo I. Tercera Edición. Madrid, 1976. Pág. 112.

²¹¹ Ibidem. Págs. 112 y 113.

²¹² GARRIGUES, Joaquín y Rodrigo URÍA. Op. Cit. Pág. 113.



de transferir las acciones, por estar éstas materializadas en títulos negociables.

Sociedad de responsabilidad limitada.

Este carácter típico de la sociedad anónima se entiende para los accionistas, mas no para la sociedad, ésta responderá siempre en forma ilimitada con todos sus bienes presentes y futuros²¹³.

Entonces los socios no responden personalmente por las deudas de la sociedad. Como consecuencia de ello, los acreedores de la sociedad no pueden dirigirse contra el patrimonio personal de los socios para satisfacer las acreencias que tuvieran con la sociedad.

Esta característica de la responsabilidad limitada, o también denominado beneficio, ha permitido que la sociedad anónima sea acogida masivamente. En general, toda sociedad o empresa que tenga este rasgo, como por ejemplo la sociedad comercial de responsabilidad limitada o la empresa individual de responsabilidad limitada, ha tenido una utilización mayor, hasta el punto de casi desaparecer a aquellas que no tienen dicho carácter esencial.

La responsabilidad limitada ha permitido que la sociedad anónima atraiga el capital privado, limitando el riesgo de toda aventura empresarial, permitiendo la libre transmisibilidad de las acciones y además, los socios confían su inversión

en terceros que administran las operaciones y negocios de la sociedad²¹⁴. Este rasgo distintivo de la sociedad, junto a los antes descritos, sociedad de capitales y la sociedad por acciones, los encontramos expresamente establecidos en el artículo 51º de la Ley General de Sociedades²¹⁵.

Mecanismo jurídico particular.

Hasta aquí, existe consenso en la Doctrina en señalar que la sociedad anónima goza de los tres rasgos distintivos antes descritos. Sin embargo, este carácter esencial que nos ocupa no puede dejar de tener el mismo peso que los mismos.

El Profesor Elías Laroza, señala que la sociedad anónima al encontrarse dotada de este carácter esencial le permite que la propiedad y la gestión se encuentren desligados, por ello, se la considera como una auténtica sociedad de capitales, en la cual los accionistas no tienen necesariamente la gestión directa y permiten mas bien, un manejo profesional y eficiente²¹⁶.

Este mecanismo jurídico particular está constituido por tres órganos sociales, que son: la Junta General de Accionistas, el Directorio y la Gerencia. Estos órganos como se verá más adelante, se

²¹³ Ibidem. Págs. 113 y 114.

²¹⁴ TORRES MORALES, Carlos. “La Sociedad Anónima”. En: Tratado de Derecho Mercantil, Tomo I, Instituto Peruano de Derecho Mercantil, 1ra. Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2003. Págs. 328 y 329.

²¹⁵ “Artículo 51.- En la sociedad anónima el capital está representado por acciones nominativas y se integra por aportes de los accionistas, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. No se admite el aporte de servicios en la sociedad anónima”.

²¹⁶ ELIAS LAROZA, Enrique. Op. Cit. Tomo I. Pág. 133.



dividen las actividades de dirección y gestión de la sociedad, las mismas que se interrelacionan activamente.

Esta interrelación parte principalmente de la exhaustiva regulación de la Ley General de Sociedades, que distribuye diversas funciones entre dichos tres órganos sociales.

3. MODALIDADES.

La forma societaria sociedad anónima tiene tres modalidades. En la sección séptima de la Ley General de Sociedades, se denomina en forma errónea formas especiales, cuando en forma correcta y técnica vienen a ser tipos o modalidades de la sociedad anónima. Es más, para el cambio de una modalidad a otra, no es necesario realizar una transformación de la sociedad, simplemente debe someterse a un procedimiento de adaptación establecido por esta Ley, que implica un simple cambio del pacto social y estatuto.

Estas modalidades en la práctica, incluso, existieron con la vigencia de la anterior Ley societaria, que regulaba a la sociedad anónima sin modalidad alguna. Esto se debía a la gran ductibilidad de la sociedad anónima, que acogía tanto sociedades con un acento capitalista, así como sociedades con un marcado acento personalista. En el primer caso dichas sociedades contaban con un elevado número de socios y un capital elevado, y en el segundo caso, las sociedades contaban con un número limitado de socios y capital reducido.

Hoy en día, las tres modalidades de la sociedad anónima se encuentran claramente delimitadas. La primera modalidad es aquella que adopta el régimen general de la sociedad anónima y se le denomina: Sociedad Anónima Ordinaria o solamente Sociedad Anónima. El régimen general de la sociedad anónima se encuentra regulado desde el artículo 50 hasta el artículo 233 de la Ley General de Sociedades. Como nota característica de esta modalidad podemos mencionar que el número de socios con cuenta no debe exceder de 750, así como no puede ser menor a 21 socios

La segunda modalidad, viene a ser la Sociedad Anónima Abierta, la misma que tiene como notas importantes, que el número de socios de esta modalidad debe ser superior a 750 y que todas las acciones representativas del capital deben estar inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores. El régimen especial de esta modalidad se encuentra regulado desde el artículo 249 hasta el artículo 262 de la Ley societaria. Finalmente, la tercera modalidad es la Sociedad Anónima Cerrada, la misma que no debe contar con más de 20 socios y las acciones representativas de su capital no deben ser inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores. Evidentemente esta modalidad tiene un marcado enfoque personalista. Su régimen especial lo ubicamos en la Ley General de Sociedades, desde el artículo 234 hasta el artículo 248.



Debemos tener presente que tanto la Sociedad Anónima Cerrada como la Sociedad Anónima Abierta se rigen por las reglas de su régimen especial y en forma supletoria, siempre que sea aplicable, por las reglas del régimen general de la sociedad anónima.

Desde la entrada en vigencia de la actual Ley General de Sociedades, se ha notado un aumento considerable en el número de sociedades anónimas cerradas, hasta el punto de convertirse en la primera modalidad en cuanto a número de sociedades que la han adoptado.

Tomando en cuenta ello y siendo el marco societario en el cual gira el trabajo de investigación, desarrollaremos en forma detallada esta modalidad societaria, haciendo notar sus notas más importantes.

IV. PRINCIPIOS Y MECANISMOS DE DEFENSA DEL CAPITAL SOCIAL

Como hemos mencionado el capital en la sociedad anónima viene a ser el carácter principal, por lo que es necesario darle una delimitación conceptual. Para ello es necesario realizar una distinción entre capital y patrimonio social.

En esa línea de distinción, hay que poner especial cuidado en no confundir ambos conceptos. "En sentido estricto, al hablar de capital social se alude exclusivamente a esa cifra escriturada, suma de los valores nominales de las acciones que en cada momento tenga emitidas la sociedad; mientras que el concepto

técnico del patrimonio se refiere al conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la persona jurídica social"²¹⁷.

Entonces, el capital social es un concepto jurídico y no económico, siendo una cifra permanente de la contabilidad, que no necesita corresponder en un equivalente patrimonial efectivo, en otras palabras, viene a ser la cifra del patrimonio que debe existir, no el que en forma efectiva existe; en tanto, el patrimonio social es el conjunto efectivo de bienes de la sociedad en un momento determinado, estando su cuantía sometida a las oscilaciones que el patrimonio de una persona individual²¹⁸.

En ese mismo sentido, "el patrimonio significa el conjunto de bienes de la sociedad... El capital constituye, en cambio, una cifra matemática. No representa bienes o cosas, sino un dato de valor inmutable y por ello solo puede modificarse formalmente, jurídicamente. Su volumen no tiene nada que ver con las oscilaciones prósperas o adversas del negocio. El patrimonio crece o disminuye y el capital sigue invariable. Viceversa, las modificaciones que pueden introducirse en el capital son independientes del éxito de la empresa: unas veces se aumenta el capital porque la situación del negocio es próspera; otras, en cambio, porque es adversa"²¹⁹.

²¹⁷ URÍA, Rodrigo y Aurelio MENÉNDEZ. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Capítulo 30. Editorial Civitas. Madrid, 1999. Pág. 774.

²¹⁸ GARRIGUES, Joaquín y Rodrigo URÍA. Op. Cit. Pág. 111 y 112.

²¹⁹ RUBIO, Jesús. Curso de Derecho de Sociedades Anónimas. Editorial Derecho Financiero. Madrid, 1974, Pág.



Con lo cual, el capital social integrado por los aportes de los socios, que reciben a cambio títulos representativos como son las acciones, se mantendrá siempre en el pasivo de la sociedad; el patrimonio social, en cambio, comprenderá tanto el pasivo como el activo de la sociedad, vinculado estrechamente al éxito o no de la actividad económica que realice la sociedad.

El hecho de que el capital social se mantenga en el pasivo de la sociedad es importante, pues, con ello cumplirá una de sus dos funciones primordiales, cual es, la función de garantía frente a los acreedores. "(...) el capital es cifra de garantía de los terceros (...) La presión de este imperativo obliga a que el montante del capital se mantenga a todo trance inalterable. La prohibición de restituir sus aportaciones a los accionistas, la observancia de un riguroso formalismo en la ejecución de los acuerdos de reducción de capital, etc., son, entre otros, corolarios de aquella exigencia"²²⁰.

La otra función que cumple el capital social, es la función organizativa, por ella el capital servirá de pauta ineludible para las distintas relaciones jurídicas que existen al interior de la sociedad, entre la sociedad y sus accionistas, como puede ser la misma condición de socio derivada y reconocida como consecuencia del aporte; y, entre otros,

determinados derechos de los accionistas sólo pueden ser ejercidos respecto de la sociedad, con la tenencia de una proporción accionaria señalada por la Ley o por el estatuto²²¹.

1. PRINCIPIOS.

La trascendencia del capital social, no sólo queda graficada por las funciones que cumple, sino también por los principios ordenadores que informa. Estos principios deberán ser entendidos en forma conjunta con las funciones desarrolladas.

Como principios del capital social, en Doctrina encontramos los siguientes: principio del capital mínimo, principio de determinación, principio de la integridad, principio del desembolso mínimo, principio de la estabilidad y principio de la realidad²²².

De los principios señalados, el Principio del capital mínimo no ha sido incorporado a nuestra legislación societaria, correspondiendo su exigencia a la Ley de Sociedades Anónimas de España²²³. Por ello, nos ocuparemos de los demás principios brevemente y

70. Citado por: TORRES MORALES, Carlos. Op. Cit. Pág. 338.

²²⁰ BÉRGAMO, Alejandro. Sociedades Anónimas. Tomo I. Editorial Prensa Castellana. Madrid, 1970. Pág. 121.

²²¹SALAS SANCHEZ, Julio. "Apuntes sobre el capital social de las sociedades anónimas en la nueva Ley General de Sociedades. En: *Ius Et Veritas*, N° 17, Lima, 1998. Pág. 135.

²²² URÍA, Rodrigo y Aurelio MENÉNDEZ. Op. Cit. Pág. 775 - 778.

²²³ La exigencia del capital mínimo en España, procede del Derecho Comunitario, que constituye una de las principales novedades introducidas por la Ley de Sociedades Anónimas de 1989. Aunque como bien señala el Profesor Salas Sánchez, este principio puede ser aplicable a sociedades anónimas nacionales, a modo de excepción, que se les exige un capital mínimo, como es el caso de las entidades comprendidas por la Ley del Sistema Financiero y de Seguros, Ley N° 26702.



señalando su incorporación a nuestra Ley General de Sociedades vigente.

Principio de determinación.

Por este principio el capital estará determinado en los estatutos, expresando su importe y el número de acciones en que estuviera dividido, el valor nominal de las mismas, su clase o serie, si existieran varias y si están representadas por títulos nominativos o por medio de anotaciones en cuenta²²⁴.

La incorporación expresa de este principio a nuestra Ley General de Sociedades se da a través del artículo 54º, referido al contenido del Pacto Social, específicamente en su inciso 3. Por este inciso, dicho pacto contendrá obligatoriamente el monto de capital y las acciones en que se divide.

También en el artículo 55º, referido al contenido del Estatuto se plasma dicha incorporación. Así se tiene que su inciso 5, se exige en forma obligatoria el mismo requerimiento antes señalado, aunado a ello, la indicación del valor nominal de las acciones y el monto pagado por cada acción suscrita. En tanto que el inciso 6, exige que el Estatuto, si es que se trata de clases de acciones en que está dividido el capital, se debe señalar el número de acciones de cada clase, las características y derechos especiales o preferencias que se establezcan a su favor.

En los artículos 201º y 215º, referidos al aumento de capital y reducción de capital respectivamente, se exige

también que dichos acuerdos que cumplan con los requisitos para la modificación del estatuto, se materialicen en escritura pública y sean inscritas en el Registro Público de Personas Jurídicas.

Como se señala con acierto, la razón de este principio radica básicamente y de manera conjunta con los demás principios, en la defensa de los terceros y de los propios accionistas, mediante el conocimiento de la cifra de capital, expresada en documentos de carácter público²²⁵.

Principio de la integridad o de la suscripción íntegra.

Para la constitución de la sociedad se requiere "(...) la suscripción íntegra del capital, lo que implica que todas las acciones estén asumidas o suscritas en firme por personas con capacidad para obligarse. Esta exigencia ha venido a prohibir la práctica de las llamadas acciones en cartera, consistente en conservar sin suscribir un cierto número de las acciones integrantes del capital, ya en el momento fundacional, ya en los ulteriores aumentos del mismo, dejando al arbitrio de los administradores la elección del momento propicio para entregarlas a la suscripción de los socios o terceros"²²⁶.

Su incorporación a nuestra Ley societaria aparece en el artículo 52º, suscripción y pago del capital, referido a la necesidad de que la sociedad tenga su capital

²²⁴ URÍA, Rodrigo y Aurelio MENÉNDEZ. Op. Cit. Pág. 777.

²²⁵ SALAS SANCHEZ, Julio. Op. Cit. Pág. 137.

²²⁶ URÍA, Rodrigo y Aurelio MENÉNDEZ. Op. Cit. Pág. 777.



suscrito totalmente y que cada acción suscrita esté pagada por lo menos en una cuarta parte, vale decir en un 25 %, debiendo aplicarse esta misma regla en los casos de aumento de capital. Se puede advertir que la suscripción íntegra no implica el pago total de las acciones suscritas, por ello emerge para la sociedad un derecho crediticio frente al accionista.

La suscripción íntegra del capital implicaba en un inicio la prohibición de las denominadas acciones en cartera. Estas acciones tienen como propósito conservar sin suscribir un cierto número de las acciones integrantes del capital social, tanto en el momento constitutivo como en los posteriores aumentos de capital.

Actualmente dichas acciones en cartera, son admitidas en la práctica comercial y se encuentran expresamente consagradas por el artículo 98 de la Ley General de Sociedades, referido a las acciones en cartera por emisión; y por el artículo 104, referido a las acciones en circulación adquiridas por la emisora.

Las acciones en cartera por emisión tienen una finalidad económica importante, cual es, permitir un financiamiento rápido de la sociedad; no obstante, se conservan con un límite de no más del 20 % del número total de acciones, lo cual es prudente.

Principio del desembolso mínimo.

Por este principio, es necesario que el capital social esté desembolsado en una cuarta parte, 25%, por lo menos, el valor

nominal de cada una de las acciones. Este desembolso mínimo habrá de afectar a todas las acciones. El fundamento de esta exigencia, radica en la conveniencia de que las sociedades inicien su vida con un mínimo de fondos inmediatamente disponibles²²⁷.

En nuestra Ley societaria este principio se halla incorporado, como se ha podido notar en el artículo 52. Se exige el pago de por lo menos la cuarta parte de cada acción suscrita.

La estrecha relación del principio de suscripción íntegra y este principio, se manifiesta en su cumplimiento de manera conjunta. "(...) es posible que ellos estén separados en el tiempo, pero mientras no haya pago de por lo menos el mínimo (sea el establecido por la junta, el estatutario si lo hubiere, el convenio de accionistas o, en cualquier caso, cuando menos, el legal), no puede considerarse cumplida la prestación a cargo del suscriptor, ni surge para la sociedad la obligación de efectuar la contraprestación del caso consistente, como se ha señalado, en la emisión de las acciones y el reconocimiento de la calidad de accionista"²²⁸.

La razón de la exigencia del pago parcial, "(...) reside en la necesidad que la sociedad cuente con recursos en cuantía por lo menos indispensable para el inicio de sus operaciones sociales; con el pago parcial el compromiso del suscriptor tiene un contenido real, materializado en

²²⁷ URÍA, Rodrigo y Aurelio MENÉNDEZ. Op. Cit. Pág. 777.

²²⁸ SALAS SANCHEZ, Julio. Ob. Cit. Pág. 141.



la entrega de, al menos, una parte del total comprometido”²²⁹.

Principio de la estabilidad.

“Quiere decir que la cifra – capital determinada en los estatutos no puede ser alterada, aumentándola o reduciéndola, si no es por los trámites legales establecidos al efecto y modificando la correspondiente mención estatutaria”²³⁰.

El artículo 201 y 215 de nuestra Ley societaria, aumento de capital y reducción de capital respectivamente, contienen las solemnidades establecidas por esta norma para la modificación de los estatutos, específicamente la modificación del capital social. Estas solemnidades consisten en el acuerdo de la Junta General de socios con el quórum respectivo, el otorgamiento de la escritura pública y su inscripción en el Registro Pública de Personas Jurídicas, Registro de Sociedades en forma específica.

Este principio “(...) tiene su fundamento en la condición de sociedad de capitales que tiene la sociedad anónima y en el hecho que el capital es una ‘cifra de retención’ que no puede ser aumentada o disminuida a voluntad de los socios sin el previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, en la medida que constituye el monto mínimo del patrimonio que los socios se comprometen a mantener como patrimonio real en la sociedad, en

garantía de los créditos de los acreedores”²³¹.

Principio de la realidad.

Como mínima defensa de los acreedores sociales, la Ley se opone a la creación de sociedades con capital ficticio, estableciéndose para tal efecto, que el capital social esté integrado por las aportaciones de los socios y declarando nula la creación de acciones que no responden a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad. El importe nominal del capital social habrá de cubrirse con bienes realmente aportados a la sociedad por los socios, en la forma prevista por Ley²³².

Este principio halla acomodo en el artículo 51 de la Ley General de Sociedades, donde expresamente se señala que el capital social se integra por los aportes de los accionistas, es más, se señala la no admisión de los aportes de servicios.

“Tal principio erradicó las llamadas acciones ‘liberadas’, es decir aquellas emitidas por la sociedad sin haber recibido aporte alguno de los accionistas. La razón estriba en que las acciones liberadas contribuían, simplemente, a la creación de capitales ficticios, pues no habían sido antecedidas del aporte patrimonial requerido para la emisión de las acciones. No debe confundirse estas acciones con aquéllas que, comúnmente, reciben igual denominación y que tienen

²²⁹ SALAS SANCHEZ, Julio. Ob. Cit. Pág. 142.

²³⁰ URÍA, Rodrigo y Aurelio MENÉNDEZ. Op. Cit. Pág. 777.

²³¹ SALAS SANCHEZ, Julio. Ob. Cit. Pág. 146.

²³² URÍA, Rodrigo y Aurelio MENÉNDEZ. Op. Cit. Pág. 777 y 778.



su origen en la capitalización de utilidades, reservas o beneficios (...)"²³³.

2. MEDIDAS LEGALES DE DEFENSA.

Las medidas legales de defensa del capital social cumplen la misma finalidad que los principios antes detallados. Por ello, es necesario ubicarlas dentro de nuestra Ley societaria. En ese sentido, podemos señalar las siguientes:

- La obligación de revisar la valorización asignada a las aportaciones no dinerarias, establecida por el artículo 76. Se señala que dicha obligación del directorio de revisar la valorización se realizará dentro del plazo de 60 días, contados desde la constitución de la sociedad o del pago del aumento del capital. La decisión del directorio tendrá que se adoptada por mayoría; sin embargo no será una simple mayoría de directores asistentes, sino del número legal de miembros del directorio. Esto es así, por la finalidad de la norma, cual es, evitar la creación de un capital ficticio en la sociedad, la importancia en la debida integración del capital social y su trascendencia frente a los acreedores y terceros que se relacionen con la sociedad²³⁴.
- La emisión de acciones bajo la par, es una figura que se

incorpora a nuestra legislación, específicamente en los dos últimos párrafos del artículo 85. Se señala que cuando el valor de colocación de la acciones es inferior a su valor nominal, la diferencia se considerará como pérdida de colocación, considerando a estas acciones bajo la par para todo efecto íntegramente pagadas a su valor nominal cuando se cancela su valor de colocación. En nuestra anterior Ley societaria se prohibía esta operación a fin de evitar la creación de capitales ficticios, "No obstante, la emisión de acciones bajo la par con los mecanismos apropiados para evitar los riesgos señalados, constituye una operación que permite el acceso al mercado de capitales a sociedades que, por ejemplo, han sufrido pérdidas y que de otra manera no podrían hacerlo"²³⁵.

- La obligación de constituir una reserva legal, está comprendida en el artículo 229. Se expresa que esta reserva estará compuesta por un mínimo del 10 % de la utilidad distributable de cada ejercicio, luego de deducido el impuesto a la renta, hasta que alcance la quinta parte del capital social, vale decir el 20%. En el caso de pérdidas correspondientes a un

²³³ SALAS SANCHEZ, Julio. Ob. Cit. Pág. 145.

²³⁴ Ibidem. Pág. 147.

²³⁵ SALAS SANCHEZ, Julio. Ob. Cit. Pág. 145.



ejercicio, la reserva legal compensará las mismas sólo en forma residual, vale decir, que se recurrirá a esta reserva cuando no haya utilidades o reservas de libre disposición, con cargo a ser repuestas con las utilidades de los ejercicios posteriores. Es más, en el citado artículo se admite la posibilidad que la sociedad capitalice la reserva legal, con cargo a reponerla. Sobre este último punto, es preciso señalar que si la reserva legal, como medida legal de defensa del capital social, pretende otorgar una mayor garantía o respaldo a los acreedores sociales, no tiene mayor importancia que el respectivo importe esté registrado en la cuenta capital social o en la reserva legal, pues, es igualmente un recurso indisponible por los socios, quedando vedada la posibilidad de capitalizar la reserva legal con posterior reducción del capital, como un artificio para la distribución indirecta de utilidades²³⁶.

- La facultad de los acreedores de oponerse a una reducción del capital social, está prevista en el artículo 219. Se expresa que aún cuando el crédito del acreedor de la sociedad esté sujeto a condición o a plazo, tiene

derecho a oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción del capital si su crédito no se encuentra debidamente garantizado. Es más, se señala que el derecho de oposición caduca a los 30 días de la fecha de la última publicación de los avisos de publicación del acuerdo de reducción, pudiendo acumularse las oposiciones ante el Juez que conoció la primera oposición, existiendo las posibilidades de que el Juez disponga las medidas cautelares respectivas y que se pueda ejecutar el acuerdo de reducción de capital cuando se presente una fianza solidaria a favor de la sociedad por el importe de la totalidad de la deuda y por el plazo que sea necesario para que caduque la pretensión de exigir su cumplimiento.

- La prohibición de reparto de utilidades si se ha perdido una parte del capital social, está prevista por el artículo 40. Esta prohibición se mantiene hasta que el capital social sea reintegrado o sea reducido en la cantidad correspondiente. Se señala en este mismo artículo que la distribución de utilidades sólo puede hacerse en mérito de los estados financieros preparados al cierre de un período determinado o la fecha de corte en circunstancias

²³⁶ Ibidem. Pág. 148.



- especiales que acuerde el directorio. Este reparto no podrá exceder del monto de las utilidades que se obtengan. La expresión estados financieros, conforme se ha señalado, resultaría muy vaga y genérica, siendo oportuna su reforma por otra más técnica y precisa, como puede ser el balance y la cuenta de ganancias y pérdidas, o el balance que efectivamente las arroje, esta última conforme a la anterior Ley General de Sociedades²³⁷.
- La adquisición de la sociedad de sus propias acciones, con las excepciones legalmente admitidas, prevista por el artículo 104. Una de las más importantes se expresa en el último párrafo de este artículo, por el que se suspenden los derechos de las acciones adquiridas por la sociedad, mientras se mantengan en cartera, como ocurre con las acciones creadas por la sociedad, mas no suscritas y pagadas. Asimismo, dichas acciones que se mantengan en cartera no tendrán efectos para el cómputo de quórum y mayoría, así como el valor de las mismas deberán estar reflejadas en una cuenta especial del balance.
 - La prohibición absoluta, contenida en el artículo 106, de otorgar préstamos o prestar garantías, con la garantía de sus propias acciones, ni para su adquisición, bajo responsabilidad del directorio. "No obstante y aun cuando la LGS no las señala expresamente, deben entenderse igualmente incluidas aquellas operaciones en las que la sociedad presta dinero a terceros u otros accionistas para que éstos deriven los fondos recibidos a un accionista, de manera que éste pueda adquirir las acciones por ellas emitidas. En general y atendiendo a la finalidad de la norma, toda operación de préstamo o de otorgamiento de garantías, cuya finalidad directa o indirecta sea la de permitir la adquisición de acciones propias, debe estimarse incluida en la prohibición, aún cuando la operación esté respaldada o no con la garantía de la acciones emitidas por la misma sociedad"²³⁸.
 - Como medidas de defensa del capital social, tomando en cuenta la Ley de Sociedades Anónimas de España, se señalan los siguientes:
 1. El sistema de cautelas en la valoración de las aportaciones no dinerarias.

²³⁷ SALAS SANCHEZ, Julio. Ob. Cit. Pág. 149.

²³⁸ SALAS SANCHEZ, Julio. Ob. Cit. Pág. 152.



2. La prohibición de emitir acciones por debajo de la par.
3. La obligación de constituir una reserva especial con cargo a beneficios.
4. La facultad de los acreedores sociales de oponerse a las reducciones de capital en determinados supuestos.
5. La prohibición de pagar dividendos a las acciones como no sea con beneficios realmente obtenidos.
6. La prohibición a la sociedad de suscribir sus propias acciones y las limitaciones a la adquisición o a la aceptación en garantía de acciones propias ya emitidas, así como la prohibición de que la sociedad preste asistencia financiera para la adquisición por un tercero de sus propias acciones.²³⁹

Haciendo una somera comparación entre las medidas legales de defensa de ambas legislaciones podemos apreciar que casi todas tienen similar tratamiento; sin embargo, la posibilidad de que se emitan acciones bajo la par, constituye como se ha mencionado en su momento, un cambio radical y una innovación importante, pues, se deja de lado su prohibición, para dar paso a la posibilidad de emitir dichas acciones, con los mecanismos apropiados a fin de evitar la creación de capitales ficticios, que no mantienen la ecuación perfecta entre el capital real y efectivamente

recibido por la sociedad, y el capital social reflejado en el balance y representado por las acciones emitidas. Esta operación resulta muy eficaz en aquellas sociedades que han sufrido pérdidas y tienen la necesidad de acceder al mercado de capitales, no teniendo otra posibilidad que recurrir a esta operación.

Todas las disposiciones detalladas como medidas legales de defensa del capital social, tienen como finalidad común, la protección de la integridad del capital, lo cual constituye una verdadera garantía de protección de los acreedores de la sociedad, dicho en otros términos, constituye un respaldo de los créditos de los acreedores.

V. CONCLUSIÓN

El capital social cumple la función de garantía frente a los acreedores principalmente manteniendo inalterado la cifra del capital social que aparece en el estatuto social. Para ello, concurren principalmente los principios de estabilidad e integridad. Pues, existen mecanismos legales para su modificación como son el aumento y reducción del capital social.

Este blindaje del capital social como garantía frente a los acreedores opera en forma indirecta, ya que la cifra establecida en el estatuto, servirá de parámetro para que se puedan asumir los pasivos de la sociedad anónima. Por lo que en realidad servirá de garantía frente a los acreedores es la existencia de un patrimonio neto (activo menos

²³⁹ URÍA, Rodrigo y Aurelio MENÉNDEZ. Op. Cit. Pág. 778.



pasivo); aunque sin dejar de lado la cifra establecida como capital social. Respecto a este punto concurre el principio de realidad, que no solo sirve para la verificación real de las aportaciones en el acto constitutivo, sino también posteriormente en el desarrollo de la sociedad para la verificación del patrimonio neto.

La necesaria vinculación entre la cifra del capital social y el patrimonio neto, principalmente evitando que la cifra del patrimonio neto se reduzca por debajo de la cifra del capital social, está protegida por los mecanismos legales de defensa del capital social. No obstante ello, la emisión de acciones bajo la par, aunque se encuentre prohibida en nuestra legislación societaria, viene a ser un mecanismo eficiente, sobre todo en aquellas sociedades que han sufrido pérdidas y tienen la necesidad de acceder al mercado de capitales.

En suma, los principios y mecanismos legales de defensa del capital social sirven para preservar la integridad del mismo y para servir de garantía frente a los acreedores, sin perder de vista la vinculación necesaria entre el capital social y el patrimonio neto, sirviendo el primero como parámetro para la concurrencia o no de los mecanismos legales de defensa, y que el patrimonio neto cumple en realidad la función de garantía frente a los acreedores, claro está dicho patrimonio tendrá que ser positivo para que los activos sean suficientes para cubrir los pasivos de la sociedad anónima.

SALIDAS ALTERNATIVAS AL PROCESO: LA TERMINACIÓN ANTICIPADA

**Dra. MATIAS ECHEVARRIA,
PATRICIA ESPERANZA**

Fiscal Adjunta Superior de la Fiscalía Especializada en Delitos
en Corrupción de Funcionarios.



SALIDAS ALTERNATIVAS AL PROCESO: LA TERMINACIÓN ANTICIPADA

Sumario:

I. Introducción. II. Terminación anticipada y principio de celeridad. III. La Terminación Anticipada Como Instrumento Destinado a Evitar El Juzgamiento. IV. Criterios para aceptar o denegar el acuerdo de terminación anticipada por parte de los magistrados de los Juzgados de Investigación Preparatoria. V. La Legitimidad de la Intervención del Ministerio Público en el Objeto Civil, por Excepción, Cuando ya Existe Actor Civil. VI. Procesos Complejos. VII. A Manera de Reflexión Final. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El Nuevo código Procesal Penal, permite la culminación anticipada del proceso penal, para lo cual deberán seguirse las reglas del denominado proceso especial de terminación Anticipada. No obstante que dicho mecanismo procesal se encuentra vigente en nuestro país desde mucho antes de la vigencia de este nuevo código procesal, vigente en algunos distritos judiciales, todavía se manifiestan algunos matices en su desarrollo y tratamiento del mismo por parte de los actores del sistema de administración de justicia; sin dejar de lado la sensación de insatisfacción de la sociedad.

La Terminación Anticipada es uno de los mecanismos de simplificación del proceso, que se ubica dentro de los mecanismos de simplificación del proceso y cuya finalidad es evitar la continuación de la investigación judicial, dejando a un lado el engorroso trámite procedimental que se tendría que llevar en un proceso común.

El procedimiento de Terminación Anticipada se sitúa en la necesidad de conseguir una justicia más rápida y eficaz, en donde existe una premialidad que existe por seguir esta vía, pero esta premialidad ¿será solo para los procesados o involucra a las otras partes del proceso? y ¿cuáles serán las consecuencias que se generen con la misma?

Entonces Terminación Anticipada es uno de los Procesos Especiales que nos ofrece el Nuevo Código Procesal Penal, el cual no solo es útil para los ciudadanos que llegan a solicitar justicia, sino que es favorable al mismo Sistema de administración de justicia, puesto que al tener procesos eficientemente resueltos en menor tiempo y con menor costo en el desarrollo de la administración de justicia, la ciudadanía en general va tener mayor confianza y aceptación por los magistrados del sistema. Pero para esto los magistrados deben establecer criterios uniformes para poder aprobar o desaprobar los acuerdos



preparatorios de terminación anticipada y así poder establecer jurisprudencia que ayude a resolver este tipo de proceso especial. Por eso, el motivo fundamental para realizar este artículo es la indiferencia de los juristas en la ciencia procesal penal para fomentar reglas, parámetros y criterios a seguir por los magistrados al momento de tomar una decisión tan importante como lo es el aceptar o denegar un medio tan útil como lo es el de la Terminación Anticipada. Por eso el presente trabajo está enfocado a sugerir criterios puntuales que pueden ser usados en la labor de la administración de justicia, específicamente en los procesos de terminación anticipada.

II. TERMINACIÓN ANTICIPADA Y PRINCIPIO DE CELERIDAD.

Se suele decir comúnmente que justicia que tarda en llegar no es verdadera justicia ⁽²⁴⁰⁾. Considero que la lentitud de los procesos judiciales es uno de los más intensos problemas de la administración de justicia a nivel nacional, esto se debe al sistema procesal penal que no proponía alternativas para mejorar este defecto, el cual tampoco ayudaba a la población a ver con buenos ojos el arduo trabajo de los magistrados y de su personal jurisdiccional y administrativo.

Pues bien, el principio de celeridad que informa el proceso penal e incluso sus fases previas pretende justamente evitar demoras

²⁴⁰ ASENCIO MELLADO; José María. Introducción al Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. Pág. 181

indebidas en el procesamiento penal de una persona ⁽²⁴¹⁾.

La determinación del plazo razonable en el caso concreto obliga a recurrir a tres elementos condicionantes de la razonabilidad del plazo: La complejidad del caso, la actividad procesal y la conducta de las autoridades jurisdiccionales; esto según la Corte Interamericana..

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *"el carácter razonable de la duración de un procedimiento se aprecia según las circunstancias del caso y a la vista de los criterios establecidos por el Tribunal, en especial: La complejidad del asunto, el comportamiento del demandante, el comportamiento de las autoridades competentes"* ⁽²⁴²⁾.

La exigencia de celeridad procesal en materia penal es uno de los pedidos más importantes de la ciudadanía, en la medida que es justamente la demora en concluir los procesos penales uno de los factores que desprestigia la justicia en nuestro país.

A mi criterio se debe tener en cuenta además de lo ya anotado en los dos párrafos anteriores, los diversos incidentes, como excepciones, cuestiones previas o prejudiciales, actuaciones probatorias especiales, recursos impugnatorios, tachas,

²⁴¹ COMISION ANDINA DE JURISTAS; Protección de los derechos humanos. Definiciones operativas, CAJ, Lima 1997. Pág. 153

²⁴² CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Guincho*, sentencia del 10 de julio de 1984, párrafo 31-41.



etc. Debiendo tener en cuenta también que en nuestro país, el problema del retardo en la administración de justicia, en especial lo concerniente en materia penal, obedece al sistema procedimental vigente en algunos distritos judiciales de nuestro país, a lo que hay que agregar necesariamente el bajo presupuesto o factor económico.

Pero este principio no funciona solo en procura de la celeridad de un proceso, con el único propósito de evitar q la prolongación excesiva del proceso penal suponga una especie condena informal para el procesado, sino que adicionalmente pretende evitar una abreviación del juzgamiento que derive en la vulneración los derechos fundamentales del ciudadano. En conclusión la idea de la razonabilidad del plazo funciona en doble dirección.

Con el acuerdo negociado de terminación anticipada, las partes no solo obtienen un beneficio, sino, el sistema de administración de justicia resultaría también beneficiado, esto es el proceso judicial termina rápidamente, des congestionándose el sistema, con los efectos económicos de reducción de costes que ello genera.

Justamente la naturaleza jurídica de la terminación anticipada se relaciona con la idea del aceleramiento del proceso penal: A través de la figura procesal se logra celeridad en el proceso penal al procurar su culminación anticipada ⁽²⁴³⁾.

²⁴³ REYNA ALFARO, Luis Miguel, *"La terminación anticipada en el nuevo código procesal penal"*- Juristas Editores E.I.R.L. Lima 2009. Pág. 150.

La terminación anticipada no es la única institución procesal que permite la culminación antelada del proceso penal. Piénsese, por ejemplo, en la figura de la conformidad, regulada por el artículo 372° del Código procesal penal, o en la colaboración eficaz, contenida en la sección VI del Libro Quinto del mismo Estatuto legal ⁽²⁴⁴⁾.

Del análisis de los enunciados anteriores la terminación anticipada no es la única institución procesal que permite la culminación antela del proceso, pero, a mi opinión es la mejor, puesto que la terminación anticipada se da en la etapa de la Investigación Preparatoria; es decir, tanto el imputado evita lo engorroso de tener que seguir el proceso según el proceso común, sino que la víctima ve satisfecha su búsqueda de justicia en menor tiempo, máxime que la terminación anticipada evita llegar al juicio. Pero no solo contiene estos beneficios, sino, que se ven beneficiados los familiares del imputado que evitan ser discriminados por la sociedad al conocer estos tienen un familiar que está llevando un proceso en calidad de imputado, llámese los familiares: padres, esposa, hijos, que vendrían a ser los más afectados con esta discriminación.

III. LA TERMINACIÓN ANTICIPADA COMO INSTRUMENTO DESTINADO A EVITAR EL JUZGAMIENTO.

²⁴⁴ CANELO RABANAL, Raúl, *"La celeridad procesal, nuevos desafíos"*, en: *Revista Iberoamericana de Derecho procesal garantista*, edición 2006, Pág. 05, disponible en: www.egacal.com.



El artículo 468.1 del nuevo código procesal penal precisa que la terminación anticipada puede ser solicitada luego de haberse emitido la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria y antes de la acusación fiscal. Entonces existe un límite temporal en la terminación anticipada: acusación fiscal. Esta limitación temporal nos muestra la aceleración del proceso penal para evitar llegar al juzgamiento.

1.1.1. La verdad procesal como elemento central de la terminación anticipada.

La verdad que se obtiene en un proceso penal no es una verdad real, es una verdad construida. Es que la verdad real o verdad histórica ha quedado en el pasado y no existen formas certeras de reproducirla, por eso el proceso penal se propone, con menor pretensión, aproximarse a ella a través de una versión construida de la verdad.

Esto explica porque Thomas MAUET, uno de los más importantes especialistas en litigación de la actualidad, sostenga que: "A trial is a re-creation of reality" ("Un juicio es una re-creación de la realidad") ⁽²⁴⁵⁾. La verdad real como verdad sustancial es un inalcanzable ideal.

Ahora, lo cierto es que la "verdad", cualquiera sea su concepción, es una categoría de la cual no puede prescindirse si, como dice Ferrajoli, aunque una justicia penal "con verdad" constituya una utopía, "una justicia penal completamente sin

verdad equivale a un sistema de arbitrariedad ⁽²⁴⁶⁾.

Con lo que respecta a mi criterio la determinación de la verdad procesal es definida por el Juez, la cual se construye del resultado de las posiciones planteadas por las partes en el proceso y de la actuación probatoria orientada a aclarar los hechos materia de litis.

El artículo 468° del Código procesal penal en su inciso 5.- señala: **"Si el Fiscal y el imputado llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible (...)"**, lo que se desprende de la norma no concluye que tal acuerdo da como resultado la terminación anticipada del proceso; tal es así que en el inciso sexto del artículo 368° del Código procesal penal manifiesta **"Si el juez considera (...)"**, esto es el Juez debe verificar la concurrencia de elementos de convicción suficiente que le permita emitir sentencia aprobatoria del acuerdo negociado.

Analizando el tema sobre la verdad procesal, cabe decir que el juez penal al sentenciar debe de emitir su pronunciamiento con criterio de conciencia, es decir, el juez debe valorar los medios probatorios, la oralidad en las audiencias utilizando el principio de inmediación.

IV. CRITERIOS PARA ACEPTAR O DENEGAR EL ACUERDO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA POR

²⁴⁶ FERRAJOLI; Luigi, *"Derecho y razón. Teoría del garantismo penal"*, traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés- Madrid 1995. Pág. 45.

²⁴⁵ MAUET, Thomas. *Trials. Strategy, skills and the new power of persuasion*, Aspen, New York, 2005, p. 01



PARTE DE LOS MAGISTRADOS DE LOS JUZGADOS DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

1.4.1. Legalidad:

El principio de legalidad reconocido en el artículo 2.20.d de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo II del Título Preliminar del Código Penal informa que *"Nadie será sancionado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no está previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley"*.

El principio de legalidad se precisa, clarifica y fortalece a través del tipo penal ⁽²⁴⁷⁾.

Luego tendríamos que tomar el bien jurídico que el Ministerio Público toma como bien afectado, para poder establecer el tipo penal en el cual se encuadra dicha conducta y así, poder verificar si es correcta la tipificación que encuadra el Fiscal con el hecho jurídico específico.

"proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base el bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido al contenido en el tipo penal" ⁽²⁴⁸⁾

A continuación se tendrá que establecer el mínimo y el máximo legal que estable en abstracto el tipo penal.

Con respecto a los delitos penados con cadena perpetua. Pues bien el artículo 29°

del Código penal señala que la pena privativa de libertad puede ser temporal o cadena perpetua con lo cual, a partir de una interpretación a sentido contrario, podría deducirse que la cadena perpetua posee carácter absoluto y su duración sería el propio de la vida natural del penado. El carácter absoluto de ésta sanción, sin embargo, se descarta si revisamos el contenido de los artículos 1° del Dec. Leg. N° 921, que establece que la pena de cadena perpetua puede ser revisada tras haberse cumplido 35 años de ejecución de la misma, y el artículo 59-A° del Código de Ejecución penal, que prevé la posibilidad de revisión anual de la cadena perpetua después de cumplir 35 años de pena. Por lo tanto nuestro ordenamiento jurídico penal reconoce que la cadena perpetua tiene un límite temporal mínimo (35 años de privación de libertad), esto puede tomarse en cuenta en los procesos especiales de terminación anticipada, máxime si no existe regla de exclusión que rechace la procedencia de la terminación anticipada en tales casos

1.4.2. Criterios de suficiencia probatoria:

Debido a que el Ministerio Público tiene la carga de la prueba, el Juez de Investigación Preparatoria debe verificar que en la Carpeta Fiscal obren los elementos de convicción, puesto que el principio de presunción de inocencia rige hasta que se declare lo contrario con la sentencia firme. Entonces el magistrado debe verificar que la teoría del caso propuesta en el acuerdo provisional de terminación anticipada se condice con la teoría propuesta por el Fiscal y que sea la misma que el Fiscal comunica

²⁴⁷ VILLAVICENCIO T, Felipe, *"Derecho Penal: Parte General"*. Editorial Grijley. Lima 2006, Pág. 90.

²⁴⁸ BUSTOS RAMIREZ, Juan, *"Obras Completas: Derecho Penal - Parte General"*. Tomo I. - Ara. Lima 2004. Pág. 640.



mediante Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, este aspecto es importante para no afectar el principio de congruencia o vinculación.

A esto el magistrado debe verificar y confirmar la aceptación de los cargos por parte del propio imputado.

1.4.3. Razonabilidad del acuerdo:

"Este principio de razonabilidad, es inherente a todo el Derecho, integra el componente lógico de las reglas de la sana crítica y será un eficaz instrumento, que permitirá a los magistrados resolver con justicia determinadas situaciones planteadas en el proceso y lograr en los casos concretos la efectiva vigencia de los derechos sustanciales" ⁽²⁴⁹⁾

La idea central del principio de razonabilidad no es otro que la adecuada proporción entre los medios empleados y los fines perseguidos por el Juez ante una conducta reprochable al orden jurídico, ello trasladado al ámbito del Derecho Penal encuentra expreso reconocimiento en el Título Preliminar del Código Penal en las fases de determinación, imposición y ejecución de la pena, en el que debe tomarse en cuenta los siguientes principios:

1. **Principio de Lesividad:** "La pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley" (art. IV).

2. **Principio de Culpabilidad:** "La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva" (art. VII).
3. **Principio de Proporcionalidad:** "La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho" (art. VIII).
4. **Principio de Humanidad de las Penas:** "La pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación; tutela y rehabilitación" (art. IX).

1.4.4. Proporcionalidad del acuerdo:

Al haber analizado el Juez de Investigación Preparatoria los tres puntos anteriores, ahora se propone un último presupuesto para poder aceptar o denegar el acuerdo de terminación anticipada, y es el presupuesto de proporcionalidad del acuerdo, en el que se tiene que analizar lo siguiente:

- a) La pena abstracta del delito (mínimo y máximo legal)
- b) La responsabilidad penal del agente (art. 23º a 27º y art. 46º del C.P. Con los dos enunciados anteriores se puede llegar a calcular la que llamaremos "Pena Base", que vendría a ser la pena que le correspondería sin beneficios procesales.
- c) Luego se tendría que analizar las circunstancias agravantes sustantivas (art. 46º-A, 46º-B, 46º-C del C.P.) y las circunstancias atenuantes

²⁴⁹ LADONI SOSA, Ángel. "**Principio de Razonabilidad, Sana Crítica y Valoración de la Prueba**". En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal. N° 1/97. Pág. 97.



sustantivas (art. 13º, 14º, 15º, 16º, 21º, 22º, 25º y 45º del C.P.)

- d) Las circunstancias atenuantes procesales; es decir, la reducción obligatoria de la sexta parte de la pena por acogerse al beneficio de terminación anticipada y la reducción facultativa (negociable) de hasta una tercera parte por confesión sincera.

Con estos criterios a seguir se puede llegar a la Pena Concreta. Con respecto al objeto civil (Reparación civil), le daremos un espacio más amplio para poder aclarar algunas dudas que se pueden originar con respecto a este tema y es la legitimidad de la intervención del Ministerio Público en el objeto civil, por excepción, cuando ya existe actor civil.

V. LA LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL OBJETO CIVIL, POR EXCEPCIÓN, CUANDO YA EXISTE ACTOR CIVIL.

El artículo 11º inciso 1) del CPP estipula que si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso.

En el proceso especial de terminación anticipada, el código establece que el acuerdo entre el fiscal y el imputado versa sobre la circunstancias del hecho punible, de la pena, reparación civil y consecuencias accesorias a imponer (artículo 468º Inciso 5) por lo que a esta norma debe preferirse, solamente, cuando se trata de este proceso especial en el que el fiscal está facultado,

como si fuese actor civil, a llegar a un acuerdo con el imputado sobre el pago de la reparación civil. En esta línea el artículo 468.7 señala que los demás sujetos procesales (actor civil, personas jurídicas, tercero civil, etc), según su ámbito de intervención procesal, puede cuestionar la legalidad del acuerdo y, en su caso, el monto de la reparación civil, y en este último caso, la Sala Penal Superior puede incrementar la reparación civil dentro de los límites de la pretensión del actor civil.

Por lo que es claro que el actor civil no está legitimado para celebrar el acuerdo sobre el monto de la reparación civil con el imputado, lo que no lo inhabilita para hacer conocer su pretensión al juez que conoce del proceso de terminación anticipada en el traslado conferido o participando en la audiencia y que en vía de apelación impugne la sentencia aprobatoria en ese extremo, y en ese mismo orden de ideas igual derecho tienen los demás sujetos procesales, llámese tercero civil y personas jurídicas que se encuentran consignadas en el acuerdo respectivo quienes tendrían que sostener la ilegalidad del acuerdo si es que lo cuestionan.

VI. PROCESOS COMPLEJOS

En los procesos por pluralidad de hechos punibles o de imputados pueden presentarse dos alternativas:

- Acuerdo total, se requiere el acuerdo de todos los imputados y por todos los cargos que se incremine a cada uno.
- Acuerdo parcial, si la falta de acuerdo se refiere a delitos



conexos y en relación con los otros imputados salvo que ello perjudique la investigación o si la acumulación resulta indispensable, como acontece con el concurso real de delitos. Por ejemplo, en un proceso complejo los imputados A y B se acogen a la terminación anticipada del proceso por el delito de tráfico ilícito de drogas, continuando el proceso con el imputado C por el otro delito de tenencia ilegal de armas de fuego.

El rechazo de acuerdos parciales sobre un solo evento delictivo por algunos imputados y no por otros, se puede resumir en el contrasentido que supondría que un mismo hecho se considere cierto y probado gracias a la terminación anticipada e incierto por el resultado de la actuación probatoria en juicio, atentando contra el derecho de presunción de inocencia de los imputados que rechazaron el acuerdo, pero que podrían verse perjudicados por las confesiones de los que aceptaron el acuerdo, asimismo se vulnera la cosa juzgada si el hecho que sirvió de base para la condena de los sentenciados que aceptaron la terminación anticipada, se considera discutible para los acusados que discreparon.

La uniformización de criterios en los magistrados para aprobar o desaprobar los requerimientos o solicitudes de terminación anticipada, ayudarán no solo a la correcta administración de justicia y poder alcanzar jurisprudencia al respecto, sino, también

ayudara a los fiscales y abogados a tener lineamientos a seguir al momento de redactar el acuerdo provisional de terminación anticipada en el que tendrán que considerar los criterios que los magistrados siguen y así tener más posibilidades de que sea aceptada su propuesta de terminación anticipada. Los criterios que deben seguir los jueces deben de ser los propuestos en el presente artículo como son: Legalidad, Criterio de Suficiencia probatoria, razonabilidad del acuerdo y proporcionalidad del acuerdo

VII. A MANERA DE REFLEXIÓN FINAL

La terminación anticipada es un proceso especial destinado a ayudar a la labor encomendada a los magistrados, en la correcta administración de justicia, haciendo esta eficiente, expeditiva y respetuosa de las garantías y los derechos de los ciudadanos

Su correcto uso de la terminación anticipada, ya sea por parte de los señores abogados y los señores Fiscales ayudarán a evitar el congestionamiento en el recargado sistema judicial-materia penal, esto en beneficio del imputado, de la víctima, la administración de justicia y la ciudadanía en general.

La Terminación Anticipada tienen iniciativa de parte el Fiscal y el imputado. Asimismo, la Terminación Anticipada debe llevarse en cuaderno aparte (cuaderno incidental), continuando el proceso en el cuaderno principal.

El Nuevo Código Procesal Penal, a través de los procesos especiales y en especial el proceso de terminación anticipada,



demanda la existencia tanto de jueces, fiscales, abogados, e incluso litigantes, con vocación conciliadora, negociadora, que permita alcanzar una rápida y efectiva solución.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ASECIO MELLADO; José María. Introducción al Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997
- BUSTOS RAMIREZ, Juan, "Obras Completas: Derecho Penal - Parte General". Tomo I. - Ara. Lima 2004. Pág. 640.
- CANELO RABANAL, Raúl, "La celeridad procesal, nuevos desafíos", en: **Revista Iberoamericana de Derecho procesal garantista**, edición 2006 disponible en: www.egacal.com.
- COMISION ANDINA DE JURISTAS; Protección de los derechos humanos. Definiciones operativas, CAJ, Lima 1997.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Guincho*, sentencia del 10 de julio de 1984
- FERRAJOLI; Luigi "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés-Madrid 1995
- LADONI SOSA, Ángel. "Principio de Razonabilidad, Sana Critica y Valoración de la Prueba". En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal. N° 1/97
- MAUET, Thomas. ***Trials. Strategy, skills and the new power of persuasion***, Aspen, New York, 2005
- REYNA ALFARO, Luis Miguel, "La terminación anticipada en el nuevo código procesal penal"- Juristas Editores E.I.R.L. Lima 2009
- VILLAVICENCIO T, Felipe, "Derecho Penal: Parte General". Editorial Grijley. Lima 2006

LOS NUEVOS MODELOS DE FAMILIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Reconocimiento legal.

**Dra. NORIEGA GUZMAN,
GABY ADRIANA**

Fiscal Adjunta Provincial Civil y de Familia de Cusco,
con estudios concluidos de Maestría y Doctorado



LOS NUEVOS MODELOS DE FAMILIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Reconocimiento legal.

Sumario:

I. Reseña. II. Introducción. III. La Influencia De Los Instrumentos Internacionales en los Derechos de los Miembros de la Familia. IV. El Reconocimiento Legal de los Nuevos Modelos de Familias. V. La Tarea de los Jueces de Familia. VI. Conclusiones.

I. RESEÑA

Tradicionalmente la estructura de la familia y por consiguiente las relaciones familiares, se formaron con la influencia de concepciones religiosas, políticas, sociales y morales; la familia era concebida como una unidad económica y asentaba sus relaciones sobre la producción, sea esta agrícola o artesanal. Por ende abordar hoy en día en el ámbito jurídico las relaciones familiares entre personas, familia y sociedad, suponen la exigencia de caracterizar adecuadamente las condiciones en que se desenvuelven las estructuras sociales y las funciones que en ellas satisface la familia. Desde esta perspectiva, como señala el autor Eduardo A Zannoni, "el desarrollo de la sociedad capitalista moderna -desde los albores del industrialismo maquinista- y ahora en la denomina sociedad postindustrial o postmoderna, el hombre va siendo extrañado, expulsado, fuera del ámbito propio de la familia y del asedio de otros intereses extra familiares, en lo estructural,

va mutando su proyecto de autorrealización".²⁵⁰

La sociedad postindustrial impide cada vez más y casi definitivamente, la producción de los bienes en la familia y por otro lado exige una familia consumista. Tal es así que el consumismo llega a alterar, por lo menos una función que era reconocida a la familia, la de ser cauce de perpetuación del poder económico, del patrimonio y de la riqueza; de esta forma el capital, en sentido económico se ha trasladado fuera de la familia, ahora la familia es usufructuaria de capitales y participa en las rentas destinadas al consumo.

Igualmente la familia patriarcal agraria, de la cual hoy conservamos resabios, tiende también a ser absorbida por el fenómeno de la globalización, la crisis de los valores

²⁵⁰ZANNONI, Eduardo A. Derecho de Familia, 4ª Edición, T. I Editorial Astrea. Buenos Aires, 2002. pag. 31



familiares y de la noción de familia en los diferentes ordenamientos jurídicos, a través de modos de penetración constantes, como los medios de comunicación por ejemplo; por ello, esta estructura familiar también tienden a desaparecer.

Es así que la evolución de las sociedades y los nuevos estilos de vida, mantienen a la persona y la familia en el centro de un cambio permanente que, con el surgimiento de las nuevas tecnologías, altera incesantemente las formas de vivir; tal es así que en la sociedad actual, encontramos algunas tendencias negativas para un desarrollo armónico de la familia, que contribuyen más bien a su debilitamiento e incluso desintegración. Por otra parte, la modificación de los estilos de vida, las innovaciones, la revolución femenina, las reformas en materia religiosa y la reafirmación de los principios universales de derechos han generado cambios en el mundo jurídico entorno a la persona, exigiendo un sistema normativo más igualitario y que recoja estas realidades." Por ello podemos afirmar, siguiendo a **Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga L.**,²⁵¹ que "la persona, en su aspecto individual y formando parte del grupo básico de la sociedad, que es la familia, es la protagonista esencial del Derecho".

II. INTRODUCCIÓN

Como hemos señalado, la familia es una de las figuras jurídicas más polémicas, por

cuanto en ella convergen una serie de elementos subjetivos, de cada uno de sus miembros; así como factores que integran el entorno en el que se desenvuelve, ya que debe moldearse en la medida en que la sociedad vaya evolucionando. Por lo que casi siempre le ha resultado difícil al legislador ocuparse de esta institución jurídica.

En efecto, la familia ha sido objeto de estudio de diferentes saberes, como: la sociología, antropología, economía, psicología, etc.; sin embargo, en la mayor parte de las ocasiones se ha acostumbrado a investigarla desde realidades ajenas a ella misma; por ello, para establecer un ordenamiento jurídico que regule adecuadamente a diversidad de familias, es necesario partir de un estudio de su estructura social, que permita entablar un debate fructífero sobre la familia; los tipos de familia en relación a los sistemas sociales y a los tipos de estratificación social; la relación de estas con las comunidades y con las sociedades; y sobre los denominados "nuevos modelos de familias"; para luego, contando con una base empírica que se centre en un nuevo enfoque del concepto de familia, y de cómo "se forman" y cómo "funcionan las familias" dentro de la vida social, se pueda establecer un marco legal adecuado - que garantice el respeto de los derechos de cada uno de sus miembros-, frente a los problemas jurídicos que plantean estas nuevas "familias, y el papel que le toca realizar a esta institución en la dinámica social, teniendo como referente a la familia natural.

²⁵¹ZANNONI, Eduardo A. Derecho de Familia, 4ª Edición, T. I . Editorial Astrea. Buenos Aires, 2002., pag. 35, 39.



Como se ha expresado líneas arriba, la familia no ha sido ajena a los cambios sociales que se han dado en los últimos tiempos, como la revolución sexual (el uso de anticonceptivos), la liberación femenina y los movimientos feministas, que la han tratado de reorganizar sobre la base de la libertad e igualdad, dotándola de tutela constitucional; dando lugar a muchos cambios en su configuración y tal vez generando otros conflictos de derechos o problemas jurídicos; los cuales han presionado su estructura y funciones. Igualmente la familia y el derecho de familia han tenido que enfrentar nuevos retos, inter alia, los conflictos relacionados con la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, la problemática derivada de la maternidad subrogada, el uso del ADN para establecer la filiación. Por lo que a estas alturas es innegable la falta de correspondencia que existe entre la normatividad vigente y la realidad de las familias; siendo por ello necesario optar por un cambio legislativo, que reconozca y regule estas nuevas formaciones, pues no se puede continuar mantenido una estructura familiar anacrónica; máxime si se tiene en cuenta que el derecho es una supraestructura normativa muy dependiente y vinculada a la realidad social, de la que parte y a la que debe orientarse.

III. LA INFLUENCIA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN LOS DERECHOS DE LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA

En el plano internacional el derecho a la protección de la vida familiar se encuentra previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17), El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23), El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10), La declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16) y la Convención Europea (art. 8); normas que establecen de manera casi uniforme estos derechos.

A nivel regional, los instrumentos internacionales de derechos humanos conciben a la familia como una unidad fundamental y natural de la sociedad, a la cual se le debe otorgar protección integral frente a posibles injerencias directas en la esfera privada de las personas por parte del aparato estatal; el cual también tiene la responsabilidad de fomentar la unidad familiar. Asimismo reconocen el derecho de cada ser humano a casarse y formar una familia; el ideal de la igualdad de derechos y el consentimiento de ambas partes al casarse, y tratan de velar por que no se cometan abusos que violen estos principios. Empero no es normativo en relación a los tipos o modelos de familias y matrimonios que son aceptables.

Por su parte La Convención Europea, además de disponer que todos tienen derecho al respeto de su vida privada y familiar, estipula en qué circunstancias estos derechos pueden ser materia de injerencias de la autoridad pública; concretamente, cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una



sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

IV. EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LOS NUEVOS MODELOS DE FAMILIAS

En efecto, la institución a la cual hemos denominado "familia", ha experimentado una alteración profunda de carácter universal que, según se ha dicho, "la hace irreconciliable en su entidad presente al cotejarla con el concepto y la visión anterior, y la muestra en toda su realidad relativa y precaria, impotente para el cumplimiento de muchas de las funciones que tradicionalmente se le asignaron"; por tanto estas nuevas agrupaciones han transformado lo instituido (estructura convencional) en instituyente (modalidades que cambian lo predeterminado) y reclaman su reconocimiento como familias, aunque transgredan las pautas concebidas como recomendables por la concepción convencional que reguló durante los dos últimos siglos, la formación y funciones de la familia en Occidente.

Ello también nos confirma que con la llegada del constitucionalismo social, se genera la intervención del Derecho Público en la legislación civil y por ende en el ámbito familiar, cuando están en conflicto los intereses y derechos de los miembros de

la familia; como se evidencia con los instrumentos legales que se han dado en las últimas décadas, inter alia, la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar; "en los cuales ha primado la tendencia a plasmar derechos personales antes que grupales o sociales, pese a que se establecieron principios a favor de la familia".²⁵²

Los problemas que se han derivado de estos cambios sociales y el movimiento de los derechos humanos, han planteado numerosas interrogantes a los juristas, como los derivados de la colisión entre los derechos individuales y la protección de los derechos de la familia, como grupo social; los cuales han provocado que el Derecho Público vuelva a intervenir en la familia, en defensa de los derechos de la persona consagrados en instrumentos internacionales; de esta forma ha primado la tendencia a plasmar derechos personales antes que grupales.

Como hemos mencionado, tradicionalmente se concibió el matrimonio como una institución destinada a la procreación, formada con el fin de proteger y dar seguridad a los hijos; sin embargo, prontamente se perdió de vista este objetivo y se da paso a otro, consistente en la realización de cada uno de sus miembros, reconociendo el derecho a la libertad para el divorcio; el derecho a la identidad para el cambio de sexo, el travestismo; la inseminación artificial y otros.

²⁵² Como lo afirma VEGA MERE Yuri, *Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia*, Normas legales S.A.C., Perú, 2003, pp. 55- 59.



De otro lado se constata en el escenario actual, que existe una tendencia a desvincular la familia del matrimonio y de la procreación, denotándose una actitud contestataria hacia el matrimonio; pues no todos aceptan un sólo prototipo de estructura familiar, como es el matrimonio. Las diferencias entre los individuos; la coexistencia de minorías; las revoluciones; el reclamo de los inconformes; las diferencias culturales, ideológicas, religiosas y la defensa de espacios privados, se traducen en el reconocimiento del pluralismo o multiculturalismo, que inciden en la aceptación o rechazo del modelo legal de familia²⁵³. De ahí que al cuestionarse su vigencia y actualidad, surja una pluralidad de estructuras familiares, siendo algunas de estas, las uniones monoparentales, anaparentales, las familias reconstituidas o ensambladas, homoafectivas, paralelas, geriátricas, entre otras.²⁵⁴

Pero en medio de estas innovaciones cabe plantearnos, sí actualmente se puede retomar el fin del matrimonio y establecer que la seguridad, protección y/o estabilidad de los menores, más allá del compromiso del matrimonio, sólo se consigue dentro de una familia estable; y si ello constituye un fundamento válido para limitar los derechos individuales, como el de tener hijos, por el interés superior de los menores de crecer dentro de una “vida familiar o

familia”; o limitar la libertad para vivir la intimidad familiar conforme a la propia elección.

De otro lado se debe tener en cuenta que las convenciones internacionales y muchas constituciones políticas, al igual que la nuestra, hablan hoy en día del derecho a la vida familiar; poniendo de resalto que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que por ello, toda persona tiene Derecho a “fundar una familia” y todo niño a “crecer en el seno de la familia”, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad.

Sin duda este tema resulta complejo en su análisis, ya que el temperamento social que se percibe frente al tratamiento legal de estos nuevos modelos de familia es muy sesgado; por lo general basan sus opiniones en argumentos prejuicios y mitos. Sin embargo, teniendo en cuenta que el Estado Peruano al consagrar el principio de igualdad y de la no discriminación en la Constitución Política, asumió el compromiso de la protección de los derechos de todas las personas, el mismo que ha sido corroborado por el Código Procesal Constitucional al regular los derechos protegidos mediante el Proceso de Amparo (artículo 37, inc. I), se debe abrir paso al reconocimiento de estos nuevos modelos de familias, aceptando el pluralismo social, pues como señala Pablo Zariquiegui, *“las diferencias nos enriquecen y sólo están limitadas por el respeto a la igualdad y dignidad de las personas, a los derechos*

²⁵³Como lo afirma VEGA MERE Yuri, *Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia*, Normas legales S.A.C., Perú, 2003, pp. 49-50.

²⁵⁴*Gaceta del Tribunal Constitucional N.º 10, abril-junio 2008.* Alvaro Córdova Flores.
LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .



humanos, a la Constitución y las leyes del Estado de Derecho”.

Para este estudio, en la realidad peruana encontramos una amplia casuística, variada y compleja, en la que muchas familias se desmoronan y desintegran por la delincuencia, la pobreza, la droga, el hedonismo, la violencia familiar, la falta de trabajo, la explotación del clientelismo, la incapacidad de nuestros gobernantes de acordar políticas de largo plazo, en algunos casos la familia deja de ser un lugar de protección y seguridad para los hijos y pasa a convertirse en un lugar inseguro y hasta peligroso en la formación y el desarrollo de la personalidad de los niños. Es precisamente este el flanco del Derecho de Familia que entra en el debate jurídico y que se debe investigar, frente a la inexistencia de regulación.

En nuestra jurisprudencia constitucional, si bien no se ha planteado una definición que determine adecuadamente el concepto de familia, el Tribunal Constitucional ha dado soluciones para algunos casos, recurriendo a los principios constitucionales, poniendo de manifiesto que la familia matrimonial debe ser considerada ahora como un tipo de familia, junto con las nuevas estructuras familiares, como lo ha señalado en las sentencias de los Expedientes Nos. 09332-2006-PA/TC (fundamento 7) y 06572-2006-PA/TC (fundamento 9), al desarrollar las nuevas manifestaciones familiares, entre ellas, las familias reconstituidas, las familias monopaterales y las uniones de hecho.

V. LA TAREA DE LOS JUECES DE FAMILIA.

No se puede negar que hoy en día la tarea de los Jueces de Familia en la resolución de conflictos familiares es complicada, porque el panorama de las relaciones familiares ha mutado y sus soluciones resultan más dificultosa; observemos lo que está sucediendo en el ámbito intrafamiliar en los nuevos contextos sociales, en los que se evidencia una evolución de los hábitos sociales o formas de vida y la modificación de los estilos de vida, situación que para algunos ha significado una involución.

En ese contexto, son los operadores de justicia, quienes como depositarios de la justicia, tienen que dar solución a los nuevos conflictos familiares, buscando la forma más eficaz de resguardar la existencia social pacífica, partiendo de la premisa de la igualdad de derechos de todas las personas, dentro de un Estado Constitucional de Derecho, instituyéndose de este modo en los principales garantes de los derechos humanos, y por tanto están obligados a reconocer su preeminencia por sobre cualquier ordenamiento jurídico infraconstitucional que los modifique sustancialmente; pues a ellos les corresponde garantizar el respeto de los derechos fundamentales de cada uno de los miembros de una familia, y brindar tutela constitucional a la pluralidad de estructuras familiares.

VI. CONCLUSIONES:



1. El concepto familia nunca fue estático, debido a la diversas de formas cómo han ido reagrupándose los sujetos; la evolución de las sociedades y los nuevos estilos de vida han generan cambios permanentes en la persona y la familia, alterando incesantemente las formas de vivir.
2. Los problemas que se han derivado de estos cambios sociales, han planteado numerosas interrogantes, como los derivados de la colisión entre los derechos individuales y la protección de los derechos de la familia, los cuales han provocado que el Derecho Público vuelva a intervenir en las familias, en defensa de los derechos de la persona consagrados en instrumentos internacionales.
3. En nuestra Jurisprudencia Constitucional se ha reconocido a una pluralidad de estructuras familiares, recurriendo a los principios constitucionales.
4. Actualmente es innegable la falta de correspondencia que existe entre la normatividad vigente y la realidad de las familias; siendo por ello necesario optar por un cambio legislativo, que reconozca y regule estas nuevas estructuras familiares.
5. Los operadores de justicia, al desempeñar una de las principales actividades jurídicas de un estado de derecho, deben garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas; para hacer posible el

ejercicio autónomo de los derechos humanos por parte de cada uno de los miembros de la familia.

VII. BIBLIOGRAFIA

- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. La necesaria parificación constitucional entre la unión de hecho y el matrimonio, en *Legal Express*, Año 2, No. 19, julio 2002. Edit. Gaceta Jurídica, Lima.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la Identidad Personal*. Edit. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- Fourier, C. *Armonía pasional del nuevo mundo*, Madrid, Taurus Editores, 1973.
- Gaceta del Tribunal Constitucional N.º 10, abril-junio 2008. ALVARO CÓRDOVA FLORES. *La Perspectiva Constitucional de la Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*
- GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores, Lima, 2008.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés; VICTORIA FAMA, María y HERRERA, Marisa. *Derecho Constitucional de Familia*, T. I y II. Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2006.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PEREZ GALLARDO, Leonardo. *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia*. Rubinzal –Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006..



- MAESTRE, Fernando. Guía de Sexualidad para la Familia, T. 5, La Familia. Edit. Santillana, Lima, 2002.
- MAESTRE, Fernando. Guía de Sexualidad para la Familia, T. 1, La Pareja. Edit. Santillana, Lima, 2002
- MONTROYA CHAVEZ, Víctor Hugo. Derechos Fundamentales de los Niños y Adolescentes. Editorial Grijley, Lima, 2007.
- MOVIMIENTO MANUELA RAMOS y CENTRO DE LA MUJER FLORA TRISTAN. Manual sobre Violencia Familiar y Sexual. Gráfica Kisps, Lima, 2005.
- OSBORNE, Raquel (Coordinadora). La Violencia contra las Mujeres, Realidad Social y Políticas Públicas. Edit. UNED, Madrid 2001.
- PITCH, Tamar. Un Derecho para Dos – La construcción Jurídica de género, sexo y sexualidad. Editorial Tratta S.A., Madrid, 2003.
- TOFFLER, Alvin. La Tercera Ola. Edit. Plaza & Janes S.A., Bogotá, 1981.
- UMPIRE NOGALES, Eulogio Rolando. Jurisprudencia y Plenos Jurisdiccionales de Derecho de Familia. Eventos y Ediciones, Lima, 2000.
- VEGA MERE, Yuri. Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia. Editora Normas Legales S.A.C., Trujillo Perú, 2003.
- VEGA MERE, Yuri. El ocaso de la incapacidad de ejercicio. Gaceta Jurídica, T. 37, Lima 1996.
- VEGA MERE, Yuri. Familia, matrimonio, divorcio, en Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, No. 18, marzo 2000.
- VEGA MERE, Yuri. Qué Familia le espera al Derecho en el Siglo XXI, en Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, No. 23, 2001.
- VEGA MERE, Yuri. La Familia por venir: entre lo público y lo privado; entre la tradición y la modernidad, en Revista Jurídica del Perú, Trujillo, Junio 2002.
- VEGA MERE, Yuri. La Eclósión de las Legislaciones protectivas de las uniones homosexuales, en Revista Jurídica del Perú, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002.
- VELASQUEZ MARTIN, María Angeles (Coordinadora). Los Juzgados de Violencia contra la Mujer. Edito. Signum Gestión S.L., Madrid, 2005.
- ZANNONI, Eduardo A. Derecho de Familia, 4ª Edición, T. I y II. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2002.

LA TUTELA DEL DERECHO EN LA ACCIÓN PROCESAL

**Dra. QUIROZ CORNEJO,
ROSS MARY**

Fiscal Adjunta Superior de la Fiscalía Superior Penal de
Apelaciones de Madre de Dios



LA TUTELA DEL DERECHO EN LA ACCIÓN PROCESAL

Sumario:

I. Introducción. II. Necesidad, Bien e Interés. III. Conflicto De Intereses y Derecho Objetivo. IV. Pretensión a la Tutela Jurídica. V. Pretensión a la Tutela Jurídica y Pretensión Material. VI. La Tutela Procesal en el N.C.P.P. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los operadores del derecho, y principalmente los procesalistas, tienen un compromiso ineludible para resolver los problemas sociales. El creciente desarrollo de nuestra sociedad les obliga diariamente a enfrentarse con una realidad distinta que cambia vertiginosamente, y exige nuevas soluciones jurídicas capaces de atender de forma adecuada a las nuevas realidades. La imperiosa necesidad de cambio obliga a los procesalistas a ir evolucionando en sus concepciones y huir del mayor número de reglas que, presuntamente, tengan un carácter inmutable. El conocimiento de los nuevos fenómenos jurídicos-sociales (la contratación por internet, la protección del medio ambiente, etc.) nos ha empujado a investigar los nuevos medios que el derecho procesal articula para hacer frente a tales fenómenos. Los frutos de esta investigación partieron de un análisis de los fenómenos sociales, para desembocar en los fenómenos jurídicos, principalmente en el instituto de la pretensión procesal. A partir del estudio de la pretensión procesal

intentamos desarrollar una teoría procesal del derecho capaz de responder satisfactoriamente a todas las necesidades sociales de los justiciables, teniendo en cuenta principalmente la efectividad de la tutela judicial.

El título del presente artículo, indica exactamente nuestro entendimiento del ordenamiento jurídico: a través del estudio de la pretensión procesal pretendemos construir un cuerpo de conceptos sistematizados que sirven para explicar una realidad jurídica a partir del proceso. Por tanto, partimos de un estricto criterio lógico que permite la existencia de una coherencia, tanto interna, del sistema consigo mismo, como externa, del sistema con la realidad que lo rodea. Todo ello se ha intentado realizar sobre una sólida base doctrinal que posibilita fundamentar con rigurosidad las posturas adoptadas. De esta manera se inicia desde el principio básico de la naturaleza humana, una vez que el ordenamiento jurídico es creado por el hombre y para el hombre, traducido en sus necesidades y los medios adecuados para satisfacerlas. Entre éstos y aquellas están



los intereses, que a menudo colisionan provocando un conflicto dentro de la sociedad que necesita ser resuelto para restablecer la paz social. La base de la exigencia social en la solución u ordenación de los conflictos de intereses está en el derecho objetivo, que tiene por función principal jerarquizar los intereses de la sociedad y no crear derechos.

Esta jerarquía presenta una doble función: psicológica, que consiste en orientar la conducta de las personas para favorecer su adhesión espontánea creando en ellas el hábito general de obediencia, y judicial, en la medida en que sirve de directriz al juez en su tarea de aplicar los valores que anteriormente esa sociedad ha establecido como esenciales. Cuando el Estado jerarquiza los intereses de las personas en sociedad, a través del derecho objetivo, concede para determinados intereses una situación de ventaja en detrimento de otros. Esta ventaja objetiva, que representa la función psicológica del ordenamiento jurídico, explica aquello que los autores suelen denominar ‘derecho subjetivo’, que nosotros denominamos ‘mediatos’, pues su existencia depende de una sentencia, e ‘inmediatos’ porque para su formación no se exige una sentencia. De ahí que la ventaja objetiva es solamente un estado jurídico del que goza el titular del poder y designa una relación intrasubjetiva que no implica la idea de ejercicio de este poder, que se refiere más bien a la pretensión material o a la acción material, ya que éstas expresan una relación extrasubjetiva.

En el momento actual de la historia humana, el Estado, como ente encargado

de la paz social, asume la solución de los conflictos de intereses. Este monopolio de la jurisdicción trae consigo consecuencias tanto para los individuos como para el Estado. Para los primeros, alejó definitivamente la posibilidad de reacciones inmediatas por parte de cualquier persona, por lo que se encuentran impedidos de actuar privadamente en la realización de sus intereses.

Para el segundo, el monopolio creó el deber de prestar la efectiva tutela jurisdiccional a cualquier persona que lo solicite. La suma de estas dos consecuencias genera para todas las personas de la comunidad que se encuentren ante un ataque o amenaza a sus intereses, por un lado, una promesa de protección judicial, denominada ‘pretensión a la tutela jurídica’, que se sitúa en momento estático y preprocesal de la jurisdicción; y por otro, un derecho público y subjetivo inmediato, denominado ‘acción procesal’, de ejercer contra el Estado esta pretensión a la tutela jurídica, que representa el momento dinámico de la jurisdicción.

II. NECESIDAD, BIEN E INTERÉS

¿Qué es el Derecho? Este es uno de los interrogantes que todos los juristas se han planteado. Lo cierto es que el derecho es un producto creado por el hombre y para el hombre, y está directamente vinculado a él, pues como ya dijo PROTÁGORAS, «El hombre es la medida de todas las cosas»²⁵⁵

²⁵⁵ «Protágoras de Abdera, Dissoi Logoi», Textos relativistas, edición de José Solana Dueso, Edit. Akal, 1996, pág. 98. De este modo, si todo el conocimiento humano es relativo y mutable, el derecho, como obra humana que es, no admite una verdad universal, absoluta y permanente, antes al



1. En ningún caso se encuentra en la naturaleza, pues no presenta estructura molecular, ni atómica, ni celular, no pertenece ni al reino animal, ni al mineral, ni tan poco al vegetal²⁵⁶
2. Para entender realmente el derecho es necesario conocer, en primer lugar, la naturaleza de aquello que lo concibió para su mejor desarrollo, el hombre
3. y, por lo tanto, cuanto más se conozca la naturaleza del hombre, más se conocerá su producto, el derecho. Evidentemente, no es nuestro propósito hacer un estudio sobre la naturaleza del hombre, sino sólo destacar algunas de sus características esenciales que nos ayudarán a comprender mejor el derecho²⁵⁷.

contrario, admite exclusivamente una 'verdad' verosímil, circunscrita a una realidad y temporalmente efímera, ya que nace de una sociedad dinámica que se desarrolla permanentemente y desprende una complejidad cada vez mayor de situaciones jurídicas que necesitan ser acogidas y adecuadamente solventadas por la misma sociedad. Pretender que el derecho posea una verdad universal, absoluta y permanente, significa inmovilizar el desarrollo social de las personas que están en constante evolución.

²⁵⁶ RECASÉNS SICHES, «Tratado general de filosofía del derecho», Edit. Porrúa, México, 1975, 5ª ed., pág. 53.

²⁵⁷ De igual modo, CICERÓN afirma que: «Así, hemos de explicar la naturaleza del derecho, deduciéndola de la naturaleza del hombre», «Las leyes», (traducción de Álvaro D'Ors), Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, 3ª ed., pág. 71 (en el original L. I, 17). En el mismo sentido, CARNELUTTI, afirma dentro de su metodología, que para conocer el derecho «debemos estudiar los actos de los hombres como el botánico y el zoólogo estudian la vida de las plantas o de los animales, y no importa nada, sostengo ahora que estos actos sean manifestaciones del espíritu y que como tales los debamos considerar, porque si el espíritu no es conducta —como hoy alguno prefiere sostener—, se manifiesta, no obstante, en la conducta y no hay más que observar ésta para poderlo estudiar», «Nuevas reflexiones sobre el juicio jurídico», en Rev. Der. Proc., 1957, nº 1, pág. 24. Para un estudio más profundo sobre las diversas características del hombre desde una perspectiva filosófica, vid. PERPIÑÁ RODRIGUEZ, «Los problemas del hombre y de la vida humana», Edit. C. S. I. C.

Sabemos que todos los hombres tienen necesidades, sin ninguna excepción, y que éstas pueden ser de las más diversas formas²⁵⁸. En consecuencia, es fácil concluir que las necesidades forman parte de la naturaleza humana²⁵⁹, siendo una regla básica para el hombre, y constituyen un presupuesto de las acciones humanas que están condicionadas por ellas y que, según A. ROCCO, «*procede dall'istinto*»²⁶⁰. La necesidad es un estado afectivo, de carácter subjetivo y personal²⁶¹, que es susceptible de variación en intensidad, cualidad y cantidad de individuo a individuo, e incluso en un mismo individuo puede variar en lugares y tiempos diferentes. Puede ser definida, según el concepto de BODIN, como «un estado afectivo debido a una ruptura de equilibrio»²⁶². Cuando en algún momento el hombre se encuentra sin ninguna necesidad, se puede decir que está en perfecto equilibrio, no sólo físico sino también psíquico, pero cuando surge en él la necesidad, cualquier que sea, ese estado inicial de equilibrio se rompe, siendo

Instituto «Balmes» de Sociología, Madrid, 1949, T. I, págs. 19 y ss.

²⁵⁸ ROCCO, «L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale», en Opere Giuridiche, Edit. Foro Italiano, Roma, 1932, vol. I, pág. 259, nota 41.

²⁵⁹ Y no sólo de la naturaleza humana, como afirma LEONARDO DA VINCI, «Cuadernos de notas», (traducción José Luis Velaz), Edit. Edimat, Madrid, 1999, págs. 207 y 208.

²⁶⁰ ALF ROSS, «Sobre el derecho y la justicia», (traducción de Genaro R. Carrió), Edit. Eudeba, Buenos Aires, 1997, 2ª ed., cap. XVII, nº LXXXIV, pág. 437.

²⁶¹ Este término es aplicado aquí en el sentido psicoanalista, es decir, «Cualquier estado afectivo definido como traducción subjetiva de la cantidad de energía pulsional, no necesariamente unido a una representación», en «Diccionario general de la lengua española», Edit. Larousse, 2007, pág. 26.

²⁶² BODIN, «Principios de ciencia económica», ob. cit., pág. 102. De igual modo, ALF ROSS, «Sobre el derecho y la justicia», ob. cit., cap. XVII, nº LXXXIV, pág. 437.



necesario, entonces, el restablecimiento de aquel estado. Este restablecimiento se alcanza a través de la satisfacción de la necesidad, razón por la cual la búsqueda de la satisfacción aparece como una tentativa de restablecer el equilibrio²⁶³. Cuando la necesidad es satisfecha y el hombre vuelve al equilibrio, se produce en él un estado de placer²⁶⁴, por el simple hecho de eliminar la necesidad, desapareciendo así el estado de dolor, que resulta de la continua falta de equilibrio²⁶⁵. El placer y el dolor son las causas de toda actividad humana, ya que el hombre actúa para escapar del dolor y alcanzar así el placer. Estos estados sólo pueden ser considerados subjetivamente, es decir, cuando hablamos de placer o de dolor nos estamos refiriendo a estados

ánimicos, variables de persona a persona, porque aquello que para uno es capaz de propiciar el placer, para otro puede propiciar el dolor y viceversa, como por ejemplo, la lectura, la comida, un viaje, etc.²⁶⁶.

III. CONFLICTO DE INTERESES Y DERECHO OBJETIVO

Todas las personas tienen necesidades y éstas constituyen una ley básica para los hombres que son muy diferentes entre sí, razón por la cual las necesidades no pueden ser las mismas, pues, al variar los hombres, varían sus necesidades. Y como éstas cambian constantemente, porque los hombres están en continua evolución, de ahí que sean ilimitadas, esto es, las necesidades presentan una variación en intensidad, cualidad y cantidad de individuo a individuo e incluso del mismo individuo en ambientes y tiempos diversos. Como se indicó anteriormente, bien es todo aquello capaz de satisfacer una necesidad humana, es decir, cuando los hombres tienen necesidades, que son ilimitadas, procuran satisfacerlas a través de bienes adecuados, que suelen ser cualquier objeto del mundo ‘exterior’ o ‘interior’. Esta variación de bienes hace que unos sean limitados y otros sean ilimitados. Los primeros, bienes limitados, tienen gran relevancia para el estudio del derecho, porque si las necesidades son ilimitadas y estos bienes

²⁶³ Para KANT, el placer es «aquella representación donde se da una coincidencia entre el objeto o la acción con las condiciones subjetivas de la vida, o sea, con la capacidad causal de una representación con respecto a la realidad de su objeto (o con la determinación de las fuerzas del sujeto para producirlo mediante su acción)», «Crítica de la razón práctica», (traducción de Roberto Rodríguez Aramayo), Edit. Alianza, Madrid, 2000, pág. 60).

²⁶⁴ Para GUASP, la insatisfacción humana nace «de una insatisfacción profunda frente a otros hombres» y «(...) de esta insatisfacción del hombre arranca una de sus básicas actitudes sociales, la queja; la reclamación o protesta», razón por la cual «el hombre es un animal insatisfecho, el hombre es un animal que se queja, un ser plañidero», «La pretensión procesal», Edit. Cívitas, 1985, 2ª ed., pág. 39, y también en Estudios Jurídicos, Edit. Cívitas, 1996, Madrid, pág. 582.

²⁶⁵ Así, desde una perspectiva filosófica, KANT nos enseña que la experiencia humana es el factor determinante del placer o del dolor. Según este autor, «como es imposible aprehenderse ‘a priori’ de qué representación se verá acompañada por el ‘placer’ y cuál en cambio por el ‘displacer’, entonces le incumbiría exclusivamente a la experiencia estipular lo que fuera inmediatamente bueno o malo. La única propiedad del sujeto en relación con la cual puede hacerse dicha experiencia es el ‘sentimiento’ de placer y displacer, en cuanto receptividad propia del sentimiento interno, y así el concepto de lo que sea inmediatamente bueno sólo resultaría atribuible a cuanto se halle directamente vinculado con la sensación del ‘deleite’, mientras que el concepto de lo malo por antonomasia tan sólo habría de referirse a cuanto provoque ‘dolor’ sin más», «Crítica de la razón práctica», ob. cit., págs. 139 y 140.

²⁶⁶ actúa para escapar del dolor y alcanzar así el placer. Estos estados sólo pueden ser considerados subjetivamente, es decir, cuando hablamos de placer o de dolor nos estamos refiriendo a estados anímicos, variables de persona a persona, porque aquello que para uno es capaz de propiciar el placer, para otro puede propiciar el dolor y viceversa, como por ejemplo, la lectura, la comida, un viaje, etc.



son limitados, en determinado momento necesariamente surgirá un conflicto de intereses. Éste existirá cuando dos o más personas tengan interés por el mismo bien, el cual sólo podrá satisfacer a una de ellas. Pertenece a la clase de los bienes limitados cualquier objeto del mundo exterior, porque según DUE, «la mayoría de los bienes son ‘bienes económicos’ que existen en cantidades limitadas con relación a su demanda. La mayoría de los ‘bienes de consumo’ —los que satisfacen directamente necesidades personales— no están disponibles en la naturaleza en la forma, lugar y tiempo deseados»²⁶⁷.

Los segundos no presentan ningún problema para el estudio del derecho, pues siendo ilimitados los bienes, no habrá posibilidad de conflicto entre dos o más intereses (por ejemplo, si más de una persona tiene la necesidad de leer, este hecho no hace surgir ninguna modalidad de conflicto). Son bienes ilimitados cualquier objeto del mundo interior. La teoría del conflicto de intereses tiene cada vez más defensores, entre los que cabe destacar a DÍEZ-PICAZO, para quien: «El derecho es un juicio valorativo sobre la tutela de un interés en conflicto con otro»²⁶⁸.

Modernamente esta teoría es la única capaz de hacer frente a una concepción puramente normativista del Derecho, que

entiende el derecho solamente como un conjunto de normas previamente establecida²⁶⁹. La existencia de conflictos dentro de una sociedad es algo natural, pues existiendo necesidades ilimitadas y bienes limitados su aparición es inevitable, salvo que pudiéramos limitar las necesidades del hombre o ampliáramos los bienes limitados.

Pero lo que no es natural ni conveniente, es la permanencia del conflicto dentro de la sociedad. Todo conflicto dentro de una sociedad tiene su aspecto positivo y negativo. El positivo es que dinamiza la sociedad y la hace evolucionar, mientras que su aspecto negativo se concreta en el hecho de que provoca tensión y genera inseguridad entre sus miembros, pudiendo generar una situación violenta en el momento de su composición.

IV. PRETENSIÓN A LA TUTELA JURÍDICA

En la fase actual de la historia humana, el Estado, como ente encargado de la paz social, asume la solución de los conflictos de intereses y veda cualquier forma de justicia particular, *de agere* privado. Es el Estado quien administra la justicia y detenta el monopolio de la jurisdicción, o como prefiere denominar BOURDIEU el «monopolio de la violencia simbólica

²⁶⁷ BENABENTOS «Teoría general unitaria del derecho procesal», Edit. Juris, Rosario, 2001, cap. VI, nº 2.1, pág. 280.

²⁶⁸ Citado por ALMAGRO NOSETE la temática del conflicto aparece «no como una explicación del proceso (aunque sirva para entenderlo), sino como la ocasión o motivo que justifica el ejercicio del derecho a la jurisdicción», «El «libre acceso» como derecho a la jurisdicción», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, v. XIV, 1970, nº 37, pág. 125.

²⁶⁹ Con una crítica a las diversas teorías del conflicto, GUASP mantiene que: «todas ellas se hallan por fuerza sometidas a una doble y decisiva crítica. De un lado resultan materialmente excesivas al atribuir al proceso una base sustancial más amplia de la que éste realmente exige. De otro lado resultan formalmente insuficientes al no dar explicación adecuada a la figura particular del proceso como construcción específica del ordenamiento jurídico», «La pretensión procesal», Edit. Cívitas, ob. cit., pág. 26 y también en Estudios Jurídicos, ob. cit., pág. 574.



legítima»²⁷⁰, razón por la cual los mandatos utilizados por él para dirimir los conflictos se realizan a través de la jurisdicción²⁷¹. El monopolio de la jurisdicción es el resultado natural de la formación del Estado que trae consigo consecuencias tanto para los individuos como para el propio Estado. Para los primeros, alejó definitivamente la posibilidad de reacciones inmediatas por parte de cualquier titular, consecuentemente ellos se encuentran impedidos de actuar privadamente para la realización de sus intereses. Para el segundo, el monopolio creó el deber de prestar la tutela jurisdiccional efectiva a cualquier persona que lo solicite.

La suma de estas dos consecuencias genera, indistintamente, para todas las personas de la comunidad, una promesa de protección a todos aquellos que necesiten de justicia, es decir, desde que el Estado monopolizó la distribución de la justicia se comprometió, como consecuencia directa de este monopolio, a garantizar y asegurar la protección de aquellos individuos que necesiten de ella

Con razón PONTES DE MIRANDA, indica: «No depende de la opinión de los juristas que exista o no la pretensión a la tutela jurídica. Si no existiera no tendría el Estado el deber de juzgar, y lo tiene. Tiene más: tiene la obligación de juzgar, a través de sus órganos, si alguien ejerce el derecho correspondiente con aquel deber». La pretensión a la tutela jurídica, así como la acción procesal, pertenece tanto al

demandante que pone en movimiento la jurisdicción con la acción procesal, como al demandado que apenas se defiende y, aunque no ejercite acción alguna, con su presencia en juicio, exige también del Estado su tutela judicial mediante la desestimación de la acción material que el autor supuestamente dijo ser titular, como derecho constituye el acto de amparo judicial que forma el objetivo del proceso. Ella va dirigida al Estado, el cual debe otorgar tal amparo; y se dirige contra la parte contraria, frente a la cual debe ser otorgada dicha protección. Es de naturaleza de derecho público, y no es la emanación o expresión del derecho privado subjetivo».

Esta teoría mereció diversas críticas, entre las cuales cabe destacar las de ROSENBERG y CHIOVENDA²⁷². A nuestro entender, la teoría de WACH tuvo el mérito de demostrar únicamente la autonomía del Derecho Procesal respecto del material, puesto que su mayor error consistió en vincular el deber del Estado a una prestación jurisdiccional favorable. Por nuestra parte, entendemos que la pretensión a la tutela jurídica, diferentemente de como la concebía WACH, no va dirigida ni contra la parte contraria (solamente contra el Estado), ni tampoco es una pretensión a una sentencia «favorable», sino sólo a obtener una sentencia, pues como indica, saber si alguien tiene o no razón, si la postura que defiende es o no ajustada a Derecho (a la norma que regula el sector vital de que se

²⁷⁰ Citado por GIMENO SENDRA, «Fundamentos del derecho procesal», Edit. Civitas, Madrid, 1981, págs. 107 y ss.

²⁷¹ *Ibidem*, Pág. 109.

²⁷² GUIMARAES RIBEIRO, Darci. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del Derecho*. España: J.M. BOSCH EDITOR, 2004. p 80.



trate), es algo que no saben ni los propios interesados, cuanto menos el Juez.

La pretensión a la tutela jurídica no es el objeto del proceso, es solamente el poder que legitima el ejercicio de la acción procesal, por lo que el objeto del proceso es la pretensión procesal. Como podemos observar, la teoría de WACH no distingue entre pretensión a la tutela jurídica y pretensión procesal, razón por la cual no podemos admitirla.²⁷³

Para nosotros, pretensión a la tutela jurídica es el poder de exigir del Estado la realización de una prestación positiva.

Este concepto, para que pueda comprenderse mejor exige, de nuestra parte, algunas explicaciones:

a) Utilizamos la palabra pretensión tanto para la tutela jurídica (pretensión al proceso) como para la sentencia (pretensión procesal), porque, según PONTES DE MIRANDA, «Toda pretensión tiene por finalidad la satisfacción. Aquella es solamente medio; la satisfacción es fin». Es decir, si utilizamos la palabra pretensión delante de la expresión ‘tutela jurídica’ estamos refiriéndonos a ella como el medio adecuado para que la parte pueda obtener la satisfacción, mientras que la utilización de la palabra pretensión delante de la palabra ‘sentencia’ significa que estamos refiriéndonos al fin conseguido con la utilización del medio (satisfacción de los intereses). En definitiva, el fin de la pretensión a la tutela jurídica es obtener el medio adecuado para la satisfacción de la

pretensión procesal que se da a través de la sentencia;

b) Respecto del término poder, utilizaremos, por una cuestión de lógica, algunos de los argumentos que empleamos para diferenciar la pretensión material de su ejercicio, con el cuidado de adaptarlos al ámbito procesal. La palabra poder antes del verbo exigir, sirve para justificar mi punto de vista según el cual la pretensión a la tutela jurídica, que es un poder preprocesal, se distingue de su ejercicio, pues, mientras que la pretensión se caracteriza por el hecho de ser un poder, que puede existir aun sin exigibilidad, el ejercicio de la pretensión a la tutela jurídica que origina la acción procesal se caracteriza por el hecho de ser un derecho y no un poder. En otras palabras, mientras la pretensión a la tutela jurídica es un poder que puede existir aunque no sea posible ejercitarla procesalmente a través de la acción procesal, la acción procesal, como veremos más adelante, es un derecho público y subjetivo inmediato de ejercer contra el Estado la pretensión a la tutela jurídica. La acción procesal y la pretensión a la tutela jurídica tienen en común el hecho de que ambas nacen del monopolio de la jurisdicción, y pertenecen al «*commune genus*’ de los poderes en sentido amplio». Mientras la primera es visualizada en un momento dinámico, la segunda lo es en un momento estático: ésta es la procesal», razón por la cual no se puede estudiar individualmente ninguna de las dos, ya que ambas pertenecen al mismo concepto, a pesar de presentar funciones distintas, pues

²⁷³ Citado por ACOSTA ESTEVEZ, «Líneas básicas del derecho a la tutela jurisdiccional: la garantía constitucional de la acción», en La Ley, 1990, n° 3, pág. 887.



a toda pretensión debe corresponder una acción que la garantice;

c) La palabra Estado fue utilizada para indicar la dirección en que debe ser ejercida la pretensión a la tutela jurídica, es decir, la acción procesal se dirige contra el Estado. El sujeto activo es aquel que va a juicio y el sujeto pasivo es el Estado. Esta es la razón por la cual la pretensión a la tutela jurídica es de derecho público. Este punto se desarrollará más adelante con el estudio de la acción procesal;

d) Cuando utilizamos la expresión prestación positiva, queremos decir que la satisfacción de la pretensión a la tutela jurídica depende de un agere con praestare positivum por parte del titular del deber jurídico (obligado, lato sensu) que se traduce en la obligación del Estado de dictar una sentencia, en cualquier tipo de proceso e independientemente del resultado que ella pueda tener, es decir, el Estado, en virtud del monopolio de la jurisdicción, se compromete a garantizar y asegurar la protección de aquellos individuos que necesiten de justicia, razón por la cual está obligado a juzgar. Por ello, la prestación no puede ser negativa, una vez que el Estado no puede negarse a dictar una sentencia.

V. PRETENSIÓN A LA TUTELA JURÍDICA Y PRETENSIÓN MATERIAL

La única similitud que puede existir entre la pretensión a la tutela jurídica y la pretensión material es la palabra pretensión, que, en ambos supuestos, posee el mismo contenido. Tanto allí como aquí la palabra pretensión se caracteriza por el hecho de ser un poder, una *facultas*

exigendi, y, en ambos casos, puede nacer aun sin exigibilidad, ya que la exigibilidad es posterior con relación a la pretensión, es su momento posterior, con la diferencia que en la pretensión a la tutela jurídica la ausencia de exigibilidad ocurre en virtud de la prescripción de la acción procesal, y en la pretensión material eso ocurre en virtud de la inercia del titular de la pretensión que no exige del obligado el cumplimiento de la prestación debida .

También hay diferencia entre los dos institutos en cuanto a la forma de ejercer el poder pues, mientras que en la pretensión a la tutela jurídica el poder es ejercido a través de la acción procesal, en la pretensión material el poder es ejercido directa y personalmente por el titular de la misma. De igual modo, existe otra diferencia en cuanto a la dirección del poder ejercido pues, mientras que en la pretensión a la tutela jurídica se dirige contra el Estado, en su calidad de titular de la potestad jurisdiccional, en la pretensión material el poder se dirige contra otra persona, ya que ésta solo puede exigirse de persona a persona.

VI. LA TUTELA PROCESAL EN EL N.C.P.P.

El Código Procesal Penal del 2004 (CPP del 2004) fue promulgado a través del Decreto Legislativo N° 957, el 29 de julio de ese año, y aplicado territorialmente de modo progresivo, encontrándose vigente en los Distritos Judiciales de Huaura, La Libertad, Moquegua, Tacna y Arequipa.

Pese a esa progresiva introducción, la dación del CPP del 2004 constituye un verdadero punto de quiebre en la



orientación de nuestro sistema procesal, pues abandona los rasgos inquisitivos del esquema vigente, reemplazándolos, en consonancia con la tendencia de la reforma procesal de la región, por un sistema procesal acusatorio con tendencia adversarial, enfocado a ejercer una mejor protección penal desde la perspectiva del derecho adjetivo.

En efecto, la crítica que con mayor intensidad se había efectuado al esquema procesal representado por el Código de Procedimientos Penales de 1940 (C de PP de 1940) y la dispersa normativa procesal producida por la aparatosa e improvisada actividad legislativa, era el excesivo apego a la escrituralidad, al secretismo y a una infortunada confusión de roles que, en su manifestación más evidente, llegó a diluir las diferencias entre investigador y juzgador en la etapa de instrucción del denominado proceso “sumario”, en la que una misma persona investiga y decide.

Frente a ello, el CPP del 2004 prioriza la oralidad, delimita con mejor criterio el ámbito de actuación de los sujetos procesales y, además, introduce y rediseña instituciones y mecanismos procesales que viabilizan y permiten concretar con mejor suerte los principios procesales, lo que permitirá alcanzar un sistema de justicia más célere y armónico con las exigencias constitucionales.

En ese sentido, el CPP del 2004, en concordancia con lo dispuesto por la Constitución Política (artículo 159.4), reserva la conducción de la etapa de investigación al fiscal y establece mecanismos de control para que un órgano

jurisdiccional (Juez de la Investigación Preparatoria) sea quien tutele los derechos del imputado frente a posibles intromisiones arbitrarias (por ejemplo, a través de las medidas de coerción procesal) en el ejercicio del poder punitivo. Además de ello, la mejor regulación que el CPP del 2004 hace de instituciones como la terminación anticipada, de los medios de impugnación (como el “doble juicio” de admisibilidad del recurso de casación) y del mismo juicio oral, así como la introducción de la acusación inmediata o el proceso inmediato evidencian las enormes posibilidades de este nuevo sistema procesal para que el proceso penal sea más expeditivo sin que ello implique una contradicción con las garantías propias de un Estado de Derecho.

Por cierto, la incorporación de esos mecanismos tiene como contrapartida nuevas exigencias para los intervinientes en el proceso penal. En efecto, nunca antes como ahora había tenido tanta relevancia el dominio de adecuadas técnicas de litigación oral tanto para el ejercicio de la pretensión punitiva o indemnizatoria del representante del Ministerio Público y el actor civil respectivamente, como para la defensa del imputado. En el esquema trazado por el CPP del 2004, ostensiblemente marcado por la oralidad, el conocimiento de esas técnicas y la presencia de especiales aptitudes y destrezas para el debate oral no solo se hacen necesarios sino indispensables para la adecuada defensa de la pretensión procesal.

Pese a ello, la reforma procesal penal no debe entenderse agotada con la dación del



CPP del 2004. Por el contrario, una reforma con un panorama de mayor amplitud debe incluir además una incesante labor a nivel de operadores de las normas (jueces, fiscales, abogados) que los desarraigue de la marcada cultura inquisitiva presente aún en el ámbito del litigio penal, y una voluntad política que propicie condiciones idóneas para el adecuado desarrollo de los procesos penales.

VII. CONCLUSIONES

Puede deducirse que la pretensión a la tutela jurídica pertenece a un mayor número de personas (*rectius*, a todas las personas en virtud del monopolio de la jurisdicción) respecto a aquellas que tienen pretensión material.

Una distinción digna de ser mencionada es la referente a la satisfacción ocurrida en una y en otra pretensión, pues, mientras que la satisfacción de la pretensión material sólo puede ser alcanzada con el acto voluntario del obligado, la satisfacción de la pretensión a la tutela jurídica se alcanza a través del acto del Estado denominado sentencia. Por esta razón, una vez iniciado el proceso, «el demandado puede satisfacer la pretensión de derecho material, pero no la pretensión de tutela jurídica», y «la satisfacción de la pretensión de derecho material no hace más que dejar sin objeto la pretensión de tutela jurídica».

Finalmente, puede añadirse que mientras la pretensión a la tutela jurídica pertenece al derecho público, puesto que es una consecuencia natural del monopolio de la jurisdicción y esta garantizada en la mayoría de las constituciones modernas, la

pretensión material pertenece al ámbito del derecho privado, ya que regula relaciones entre particulares.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ESTEVEZ, «Líneas básicas del derecho a la tutela jurisdiccional: la garantía constitucional de la acción», en La Ley, 1990, nº 3
- ALF ROSS, «Sobre el derecho y la justicia», (traducción de Genaro R. Carrió), Edit. Eudeba, Buenos Aires, 1997, 2ª ed., cap. XVII, nº LXXXIV
- ALMAGRO NOSETE «El «libre acceso» como derecho a la jurisdicción», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, v. XIV, 1970, nº 37
- BENABENTOS «Teoría general unitaria del derecho procesal», Edit. Juris, Rosario, 2001, cap. VI, nº 2.1
- BODIN, «Principios de ciencia económica», ob. cit., pág. 102. De igual modo, ALF ROSS, «Sobre el derecho
- CARNELUTTI, «Nuevas reflexiones sobre el juicio jurídico», en Rev. Der. Proc., 1957, nº 1, pág. 24. Para un estudio más profundo sobre las diversas características del hombre desde una perspectiva filosófica, vid. PERPIÑÁ RODRIGUEZ, «Los problemas del hombre y de la vida humana», Edit. C. S. I. C. Instituto «Balmes» de Sociología, Madrid, 1949, T. I, págs. 19 y ss.



- GIMENO SENDRA, «Fundamentos del derecho procesal», Edit. Civitas, Madrid, 1981, págs. 107 y ss.
- GUASP, «La pretensión procesal», Edit. Cívitas, 1985, 2ª ed., pág. 39, y también en Estudios Jurídicos, Edit. Cívitas, 1996, Madrid
- GUIMARAES RIBEIRO, Darci. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del Derecho*. España: J.M. BOSCH EDITOR, 2004.
- KANT «Crítica de la razón práctica», ob. cit., págs. 139 y 140.
- KANT, «Crítica de la razón práctica», (traducción de Roberto Rodríguez Aramayo), Edit. Alianza, Madrid, 2000
- LEONARDO DA VINCI, «Cuadernos de notas», (traducción José Luis Velaz), Edit. Edimat, Madrid, 194
- RECASÉNS SICHES, «Tratado general de filosofía del derecho», Edit. Porrúa, México, 1975, 5ª ed
- ROCCO, «L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale», en *Opere Giuridiche*, Edit. Foro Italiano, Roma, 1932, vol. I

DIVORCIO RÁPIDO EN SEDE MUNICIPAL

**Dra. QUIROZ GALLEGOS,
YVONNE MARIELLA**

Fiscal Adjunta Provisional de la Fiscalía Superior Civil y de
Familia.
Magister en Derecho de Familia



DIVORCIO RÁPIDO EN SEDE MUNICIPAL

Sumario:

I. Introducción. II. El Divorcio Por Petición Conjunta (No Contencioso). III. La Necesidad de Aclarar el Plazo Para Presentar Solicitud de Divorcio Ulterior. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El divorcio es una de las instituciones que ha experimentado una fuerte tendencia hacia la simplificación procedimental. Visto así, el divorcio no sólo es el acto que pone fin al matrimonio sino que por la forma como se maneja en la actualidad, su viabilidad le ha convertido en una opción de primera mano a tomar por parte de la pareja en cuanto se produce un resquebrajamiento en la relación conyugal. En ese sentido la promulgación de la Ley **N°29227** que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías (en la Ley), constituyó la respuesta por parte Estado al pedido de un importante segmento de ciudadanos que buscaban un procedimiento económico, rápido y accesible con el fin de regularizar su estado civil en el Perú. Antes de la promulgación de la referida norma, los cónyuges que requerían separarse o divorciarse debían transitar necesariamente por la engorrosa, costosa e imprevisible vía judicial. Ahora, en los casos en que no exista controversia o *litis*, es decir, cuando obre una conciliación entre

ambos cónyuges (en caso de tener hijos menores o mayores incapaces) sobre patria potestad, tenencia, régimen de visitas y alimentos, tienen la opción de escoger el camino municipal o notarial, los cuales les proporcionan a ellos y a la sociedad en su conjunto mejores resultados.

De este modo, a la fecha, más de ciento veinticuatro (124) municipalidades, distritales y provinciales, con expresa autorización del Ministerio de Justicia, además de las decenas de notarías que operan en todo el país, han devenido competentes para conocer y resolver el procedimiento no contencioso de separación y disolución del vínculo matrimonial.

Además, siguiendo una clara tendencia a la desjudicialización de asuntos administrativos o de apoyo a la denominada jurisdicción voluntaria en sede extrajudicial, marcada nítidamente desde la Ley N°26662 (Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos), se ha contribuido a concentrar al Poder Judicial en dirimir los asuntos contenciosos que son los realmente trascendentes y propios de la función jurisdiccional.



Sin embargo, observamos algunos graves defectos e imprecisiones en la Ley que están introduciendo inseguridad y causales de nulidad a las resoluciones definitivas en sede municipal poniendo en riesgo miles de separaciones y divorcios que se dictan a diario en todo el país, por lo que se requiere urgentemente modificaciones y aclaraciones.

La más importante consiste en permitir claramente la delegación de funciones del alcalde a un funcionario municipal, que podría ser el encargado de los asuntos de estado civil o quien haga sus veces y que en forma apresurada y equivocada, numerosas municipalidades han asumido de facto, viciando de nulidad los actos de separación y/o divorcio dictados hasta la fecha y poniendo en inestabilidad jurídica a los solicitantes de este servicio público.

En efecto, se tiene conocimiento de que muchas municipalidades acreditadas en el país para estos procedimientos, en su afán de desconcentrar y dotar de celeridad, eficacia y economía procesal, han procedido a delegar en diversos funcionarios de la comuna (generalmente al Gerente Municipal o Gerente de Estados Civiles) la competencia en estas materias. Estos actos están originando que las miles de resoluciones que han declarado separaciones y divorcios se encuentren afectadas de nulidad absoluta al haber sido emitidas por autoridad incompetente conforme lo determina los artículos 3 y 10 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

II. EL DIVORCIO POR PETICIÓN CONJUNTA (NO CONTENCIOSO)

De acuerdo a los Arts. 4 y 5 de la Ley N° 29227, se admiten, respectivamente, la separación personal o el divorcio ulterior petitionado por presentación conjunta de ambos cónyuges, siempre y cuando se adecuen a los requisitos de fondo y de forma que dicha Ley les impone y que son:

Art.4: Requisitos de fondo:

- a) No tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores de edad y/o hijos mayores con incapacidad. Con respecto a este requisito, se establece un límite en lo que concierne a la capacidad decisoria sobre el tema de los hijos a las municipalidades y notarías, en la medida que aún se mantiene el criterio jurisdiccional para la tenencia o, en todo caso, a que el acuerdo entre los cónyuges sobre sus descendientes se encuentre refrendada por un acta de conciliación.
- b) Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o si los hubiera, contar con la Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial. Otro nudo del problema que la Ley deriva a instancias previas a fin de no otorgarles a las municipalidades y notarías la voluntad



decisoria respecto a los bienes de los cónyuges.

Respecto a los requisitos de forma, estos son:

Artículo 5.- Requisitos de la solicitud

La solicitud de separación convencional y divorcio ulterior se presenta por escrito, señalando nombre, documentos de identidad y el último domicilio conyugal, con la firma y huella digital de cada uno de los cónyuges. El contenido de la solicitud expresa de manera indubitable la decisión de separarse.

A la solicitud se adjuntan los siguientes documentos:

- a) Copias simples y legibles de los documentos de identidad de ambos cónyuges;
- b) Acta o copia certificada de la Partida de Matrimonio, expedida dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud;
- c) Declaración jurada, con firma y huella digital de cada uno de los cónyuges, de no tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad;
- d) Acta o copia certificada de la Partida de Nacimiento, expedida dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud y copia certificada de la sentencia judicial firme o acta de conciliación respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores o hijos mayores con incapacidad, si los hubiera;
- e) Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de separación de patrimonios; o declaración jurada, con firma e

impresión de la huella digital de cada uno de los cónyuges, de carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales; y

- f) Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial, si fuera el caso.

Este conjunto de requisitos de forma constituyen a mi parecer un exceso burocrático, pues en el mismo texto de la solicitud refrendada por ambos cónyuges se puede expresar el carecimiento de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales. Ahora, con respecto a requerir la separación de patrimonios mediante Escritura Pública genera un mayor problema que demanda gastos extras que bien pueden establecerse en el mismo procedimiento, más aún si éste se efectúa ante el Notario, quedando la inscripción en Registros Públicos como un acto ulterior y voluntario de las partes. Esto a mi parecer ello atenta contra el principio de economía de todo procedimiento.

Por otra parte, el Art. 6 establece que una vez decepcionada la solicitud de separación convencional o divorcio ulterior, se convocará a una audiencia única a los cónyuges en un plazo de 15 días.

Al respecto, Méndez Acosta²⁷⁴ señala que la razonabilidad del plazo para que los cónyuges en conflicto decidan sobre el futuro de su relación al momento de dar inicio al procedimiento de separación o divorcio, no puede establecer de manera sumaria, pues si la voluntad del Estado es el

²⁷⁴ MENDEZ COSTA, María Josefa, *Divorcio por presentación conjunta*, Editorial Rubinzal- Culzone, Buenos Aires 2004, Pág. 422.



fomento del vínculo matrimonial, mal hace la referida Ley bajo análisis en establecer un término de tiempo tan mezquino. En quince días es casi imposible que la razón y la búsqueda de la conciliación a los que debe apuntar el Derecho, se puedan dar de manera adecuada por lo que la pareja estará expuesta a una decisión más compulsiva que reflexiva.

El tratadista Zannoni²⁷⁵ comparte igual criterio en la medida que lo que debe alentar el Estado es la continuación del vínculo matrimonial y no el de su disolución, siendo éste último caso una situación especial que el Derecho admite, pero que jamás debe promover porque estaría dañando la propia institucionalidad matrimonial y la de familia.

Si bien en esta modalidad de separación o divorcio, implica un sistema en el que las partes se limitan a exteriorizar ante el funcionario municipal o notario, su voluntad, peticionando que se declare el divorcio, en tanto que en el régimen judicial, deben exponer verbalmente al juez las causas que tornan moralmente imposible la vida en común, reduce el divorcio a un mero trámite disolutorio.

Con respecto al denominado “Divorcio ulterior”, este se ajusta a lo establecido por el Art. 7 de la referida Ley que textualmente señala: “Transcurridos dos (2) meses de emitida la resolución de alcaldía o el acta notarial, según sea el caso, cualquiera de los cónyuges puede solicitar ante el alcalde o notario la disolución del vínculo matrimonial. Dicha solicitud debe ser

resuelta en un plazo no mayor de quince (15) días. Declarada la disolución, el alcalde o notario dispondrá su inscripción en el registro correspondiente”.

Tanto en el caso de la separación personal como en el divorcio ulterior, la interrupción de la cohabitación debe ser continua. Este requisito no lo menciona la Ley en cuestión, no obstante es obvio que como la interrupción de la cohabitación debe tener los mismos caracteres en ambos casos, la exigencia se aplica también a la separación personal. Esto significa que si la separación ha sido interrumpida aunque sea por un breve lapso, el plazo para hacer lugar a la demanda debe empezar a contarse desde que cesó la última cohabitación.

El otro elemento de naturaleza subjetiva requerido aunque sin manifestación expresa por la norma bajo análisis, es que para dar inicio al procedimiento de separación voluntaria o divorcio ulterior debe existir la falta de voluntad de unirse. Es decir, que si existe voluntad de unirse, el procedimiento es improcedente. A esto hay que agregar que, aunque con las observaciones del caso respecto a los plazos a que hice referencia párrafos arriba, la Ley busca el marco de la conciliación de los cónyuges antes de finalizar el procedimiento mismo.

Por último, si uno o ambos cónyuges radican en el extranjero, podrán llevar a cabo el divorcio conforme a esta ley mediante apoderado en Perú. El poder que otorgue deberá específicamente mencionar la facultar de representación en el proceso de divorcio de su cónyuge (especificar el nombre exacto) ante Notaria o Municipio.

²⁷⁵ ZANNONI, EDUARDO, Tratado de Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aires 2001, Pág. 387.



Para otorgar dicho poder, los interesados pueden acudir al Cónsul Peruano del país de su residencia, quien ejerce las funciones de notario para los peruanos residentes en el extranjero. En dicho caso, a la solicitud de Divorcio se deberá adjuntar el Poder, debidamente visada por el ministerio de Relaciones Exteriores e inscrito en el Registro de Mandatos y Poderes de los Registros Públicos y fotocopia del DNI del apoderado. Será este apoderado quien acuda a la audiencia única y ratifique el deseo de divorcio de su representado.

III. LA NECESIDAD DE ACLARAR EL PLAZO PARA PRESENTAR SOLICITUD DE DIVORCIO ULTERIOR

1. Conforme lo dispone la Ley, una vez emitida la Resolución de Alcaldía que declara la separación convencional, se concede el plazo de dos meses para que cualquiera de los cónyuges solicite el divorcio.
2. Dicho plazo se encuentra contemplado en sede judicial en el artículo 354 del Código Civil y el artículo 580 del Código Procesal Civil. En sede notarial se halla en el artículo 1 numeral 7 de la Ley N° 26662. Asimismo, en sede administrativa municipal este plazo de conversión lo ubicamos en el artículo 7 de la Ley y debe estar regulada de este modo en el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA– de cada municipalidad provincial o distrital.
3. El plazo de conversión de dos meses brinda a los cónyuges un tiempo razonable a fin de que puedan reflexionar sobre las acciones a tomar que redundarán de manera sustantiva en su estado civil. En este plazo podría obrar, por ejemplo, una reconciliación conyugal, una reevaluación o impugnación de su pretensión de separación convencional o simplemente un desistimiento. Este plazo se orienta, fundamentalmente, a la preservación hasta donde sea posible de la institución civil del matrimonio.
4. En la Ley, existen dos criterios diferentes y, por ende, antagónicos respecto al inicio del referido plazo de conversión, y por consiguiente la posibilidad de solicitar la disolución del vínculo matrimonial. En efecto, en el artículo 7 de la Ley se toma como inicio del conteo del plazo el acto de “emitir” (sic) la Resolución de Alcaldía, sin tomar en cuenta el tiempo que demanda la notificación a ambos cónyuges: “(...) Transcurridos dos (2) meses de emitida la resolución de alcaldía (...) cualquiera de los cónyuges puede solicitar ante el alcalde o notario la disolución del vínculo matrimonial”. Este mismo criterio se adopta en el artículo 13 del Reglamento de la ley aprobado por Decreto Supremo N° 009-2008-JUS. En cambio, en la primera disposición modificatoria de la Ley, la cual precisa el artículo 580 del Código Procesal Civil, se establece como inicio del plazo de conversión la “notificación” (sic) de la resolución: “(...) En el caso previsto



en el primer párrafo del artículo 354 del Código Civil, procede la solicitud de disolver el vínculo matrimonial, después de transcurridos dos de meses de notificada la sentencia de separación (...)” (el resaltado es nuestro).

5. Esta notoria contradicción en la redacción de la Ley produce constantes errores en la aplicación del plazo por parte de los operadores. Esto se hace más evidente cuando muchas municipalidades acreditadas son concejos de provincias lejanas donde no existe una adecuada asistencia jurídica.
6. El inicio de todo plazo procesal, conforme lo señala el artículo 147 del Código Procesal Civil, el artículo 16.1 de la Ley 27444(7) y el artículo 19 de la Ley N° 27972 (Ley Orgánica de Municipalidades)²⁷⁶, empieza con la debida notificación de las partes. En efecto, todo acto administrativo es eficaz solo a partir de su debida notificación. Antes de este hecho se trata simplemente de actos ocultos y por lo tanto ineficaces²⁷⁷. Sin embargo, en la realidad muchas municipalidades del país, justamente por la contradicción que existe, se guían por una lectura literal y equívoca del artículo 7 de la Ley que señala como

inicio del plazo de dos meses desde la “emisión” (sic) de la resolución de alcaldía que declara de separación convencional.

7. Asimismo, esta indebida redacción conduce a cometer errores sobretodo en la aplicación del plazo cuando la notificación a los dos cónyuges solicitantes opera en momentos distintos dándose la figura procesal del “plazo común”.
8. En efecto, cuando opera el plazo común y, por lo tanto, debe notificarse a los dos cónyuges, debe contarse desde la última notificación a efectos de que ambos puedan gozar en forma efectiva de al menos los dos meses de ley. Lamentablemente, tenemos conocimiento que muchos municipios toman en cuenta el plazo de dos (2) meses a partir de la notificación de un solo solicitante, recortando arbitrariamente el tiempo de reflexión de ley que media entre la declaración de separación convencional y la solicitud de divorcio.
9. Por lo expuesto, resulta necesaria la precisión del inicio del plazo que debe ser, necesariamente, a partir de la notificación. Esta necesidad radica fundamentalmente en la función docente que debe tener toda norma jurídica. Toda ley debe ser clara, taxativa y previsible, así como transparente, simple y rápida.

IV. CONCLUSIONES

1. Hasta antes de la dación de la Ley bajo comentario, el divorcio por mutuo

²⁷⁶ Artículo 19.- (...) Los actos administrativos o de administración que requieren de notificación solo producen efectos en virtud de la referida notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en esta Ley y la Ley de Procedimiento Administrativo General (...).

²⁷⁷ MORÓN, URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica. Lima, 2001, p. 168



- acuerdo era un proceso judicial que demoraba en promedio un año y cuyo costo, entre tasas judiciales, gastos notariales y honorarios del abogado, no bajaba de los cuatro mil soles. Desde la entrada en vigencia el 14 de Julio de este año, de la Ley 29227 o "Ley del Divorcio en Municipalidades y Notarias del Perú", las parejas casadas que deseen regularizar su separación podrán estar divorciados en un promedio de tres meses, gastando solo entre mil a mil quinientos soles, algo que por cierto si bien aminora el costo del procedimiento aún resulta demasiado costoso, considerando la situación económica de amplios sectores sociales del país.
2. La norma en mención, permite que el proceso de Divorcio por Mutuo Acuerdo, en el que no hay conflicto o controversia, esté al alcance de las parejas separadas que cuentan con menores ingresos y a la vez, permite descargar al Poder Judicial del proceso de "Separación Convencional y Divorcio Ulterior" a fin de reducir la carga procesal. Esta Ley no implica que quede sin efecto los divorcios por causal (detallado en el Art. 333 Del Código Civil), los mismos que seguirán siendo tramitados por el Poder Judicial.
 3. Acorde con los fundamentos jurídicos expuestos, sería recomendable la modificación del Art. 1 de la Ley comentada con respecto a la competencia en cuanto los alcaldes distritales y provinciales pueden delegar la competencia en un funcionario expresamente designado o al encargado de la Oficina de Registros Civiles o el que haga sus veces mediante expresa Resolución de Alcaldía".
 4. En cuanto a los plazos, es preciso que se aclare que éste se inicia desde el día de la notificación de la resolución administrativa o acta notarial a los cónyuges. En el caso que estas notificaciones se den en diferentes fechas, el plazo opera desde la última de ellas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- MENDEZ COSTA, María Josefa, Divorcio por presentación conjunta, Editorial Rubinzal-Culzone, Buenos Aires 2004
- MORÓN, URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima, 2001.
- ZANNONI, EDUARDO, Tratado de Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aires 2001

LA TUTELA EN EL DERECHO PENAL

**Dra. SANCHEZ CAMA,
MARLENE DEL PILAR**

Abogada Egresada de la U.N.F.V.
Fiscal Adjunta Provincial Provisional
Segundo Despacho de Investigación
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cañete



LA TUTELA EN EL DERECHO PENAL

Sumario:

I. Introducción. II. Debido Proceso y Tutela Jurisdiccional. III. Nociones Previas. IV. Derecho Penal Y Proceso Penal. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.

El Derecho Penal (*tus poenale*) es el conjunto de normas jurídicas que a determinadas conductas previstas como delitos asocian penas o medidas de seguridad y corrección. Regula la potestad punitiva (retributiva y preventiva) del Estado. El ilimitado poder de punir, atributo de la soberanía del Estado, “*se convierte en poder jurídico, es decir, en Derecho subjetivo (ius puniendi), en virtud del imperio de la norma objetiva que vincula también, autolimitándolo, al propio Estado. El Estado puede imponer penas y medidas sólo dentro de los límites de la ley, y no más allá*”²⁷⁸

De esta forma, el Derecho Penal puede ser contemplado, en sentido objetivo como conjunto de normas, y en sentido subjetivo como facultad que tiene el Estado de imponer penas y medidas de seguridad y corrección a los súbditos cuando se cumplen los presupuestos legalmente señalados.

Por otro lado, el derecho procesal penal surge como el mecanismo activo mediante

el cual el Estado, puede viabilizar la aplicación del Derecho Penal en toda su forma y magnitud, acorde con el marco garantista que la propia Constitución establece. En suma, se trata de un binomio sustantivo-adjetivo que se incardina dentro del ejercicio de la tutela penal efectiva.

En este artículo analizo algunos de estos conceptos a los que pretendo enlazar de una manera significativa dentro de una línea de pensamiento justificado por la trascendencia de los mismos dentro de la misma institucionalidad jurídica a la que el propio Estado y sus ciudadanos, se deben.

II. DEBIDO PROCESO Y TUTELA JURISDICCIONAL

De acuerdo al Artículo 139 de la Constitución, inc. 3 se señala que:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. (...)”

²⁷⁸ ONEGA. J. ANTÓN *Derecho Penal*, I. Parte General (Madrid, 1949), página 12. Vid. también, en este mismo sentido, J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, I. Introducción (Madrid, 1976), página 69.



Un primer tema a precisar es si los conceptos que aparecen al inicio de la norma (debido proceso y tutela jurisdiccional) son distintos o se trata de una infeliz tautología o, más bien, de una necesaria reiteración. Es absolutamente obvio, como señala LANDA ARROYO²⁷⁹, que los orígenes históricos de ambos conceptos son distintos y no solo eso, sino que, además, se desarrollaron en contextos históricos distintos, con lo cual, lo que se haga por integrarlos o separarlos tiene que asumir como conocido el dato histórico citado pero no servirse de él para la respuesta, porque se estaría reduciendo a niveles de enajenación el contenido jurídico de la discusión. En otras palabras, por razones históricas las categorías tienen origen diferente, pero eso no necesariamente las hace distintas.

Por otro lado, creemos que la identidad o diferencia de estas categorías no debe ser producto de un análisis dogmático respecto de lo que tal o cual concepto debe o debería contener, sino más bien debe ser producto de aquello que, desde una perspectiva científica y práctica, constituya una mejor aportación al sistema. Es decir, si la identidad o la diferencia existen, que así sea a partir de la importancia que tal identidad o diferencia producen para concretar los objetivos a obtenerse de la vigencia del ordenamiento jurídico²⁸⁰.

En mi opinión se trata de dos categorías distintas, aunque entre ellas existe una

relación de inclusión (una está comprendida dentro de la otra). Cuando se hace referencia al derecho a un debido proceso, se afirma la existencia de un derecho continente al interior del cual existen cierto número de derechos fundamentales que aseguran el reconocimiento y plenitud de un sujeto de derecho dentro de un procedimiento o proceso. Así, serán expresiones del derecho continente (debido proceso) el de ser juzgado por un juez competente, de ser emplazado válidamente, de poder contradecir en un plazo razonable, de ser procesado en base a un procedimiento previamente establecido legalmente, de poder probar sus afirmaciones o de impugnar las decisiones que no lo conformen, entre otras.

Toda esta gama de derechos son tan significativamente importantes que adquieren la calidad de derechos fundamentales, es decir, son derechos cuyo sustento es constitucional y, como tal, no pueden ser pasibles de desconocimiento o limitación por ningún poder. De hecho, como ocurre con los derechos fundamentales, ni siquiera es imprescindible su reconocimiento literal en la norma constitucional, solo es suficiente que esté enmarcado su derecho continente para que todas sus manifestaciones, que no son pocas, se entiendan reconocidas y, en consecuencia, partes del derecho a un debido proceso.

Lo expresado implica, entonces, que en un Estado Constitucional de Derecho no hay sujeto jurídico que participe en un procedimiento o proceso y carezca del derecho a un debido proceso. Al contrario,

²⁷⁹ LANDA ARROYO, César. El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. En: "Pensamiento Constitucional". N° 8. Lima, diciembre 2001

²⁸⁰ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Palestra. Lima, 2001, pág. 25.



su circunstancial desconocimiento daría lugar a que el procedimiento o proceso pueda ser declarado nulo y, eventualmente, deba el Estado resarcir por los daños ocasionados, cuando se trate de un proceso judicial.

Sin embargo, cuando empleamos el concepto tutela jurisdiccional hacemos referencia a una situación jurídica de protección que el Estado asegura a todo sujeto de derecho con prescindencia de si participa o no en un proceso. Así, la existencia de un estatuto judicial que asegure al juez un status mínimo e inmodificable de derechos (a su independencia, a su inamovilidad, a poder asociarse, a un ingreso digno, a desempeñarse atendiendo a su especialidad) no necesita estar ligado directamente al derecho a un debido proceso pero, sin duda, lo va a afectar, en tanto supone el aseguramiento de un conjunto de condiciones extraprocesales que redundarán en la eficacia de la impartición de justicia.

Por otro lado, no es extraño que se presente una situación en la cual diversas manifestaciones (derechos) del debido proceso entren en colisión al interior de un mismo proceso, después de todo, el citado derecho -como ha sido expresado-, les corresponde a todos. En esa contingencia, la solución tendrá que estar referida a aspectos más genéricos y universales de la impartición de justicia que trascienden la opción valorativa discutida en el caso concreto. Así, la duda entre si se debe o no permitir el uso de "prueba ilícita" en un proceso, por ejemplo, no puede resolverse

en términos tan prosaicos como afirmar que con su empleo se afecta el debido proceso, sino en apreciar entre otros aspectos, qué posibilidades tiene la parte que propuso la prueba de acreditar su afirmación con medios probatorios distintos al propuesto. También será determinante apreciar qué valores sociales están en juego en el proceso para decidir si se admite o no la "prueba ilícita".

Esta apreciación con textual del fenómeno procesal, desde la perspectiva unitaria de la jurisdicción o desde el ámbito genérico de la solución de controversias -como lo explicaremos luego-, es lo que denominamos tutela jurisdiccional. En esa línea, consideramos que esta categoría contiene el derecho a un debido proceso en todas sus manifestaciones, al punto de convertirse, en algunas ocasiones, en la orientación metodológica para resolver sus manifestaciones contradictorias. Por otro lado, la categoría contiene también todas las otras manifestaciones (no solo las procesales) que permiten exigir la vigencia o 'eficacia de los derechos.

Finalmente, no podemos dejar de afirmar que el concepto tutela jurisdiccional no nos satisface plenamente. Si bien dentro de una concepción extensiva de la jurisdicción este concepto puede ser atribuido a todo órgano o actividad destinada a resolver conflictos, nos parece que en ánimo de darle vigor al uso de las categorías, el empleo del concepto jurisdicción y sus variantes debe ser utilizado desde la perspectiva de la actividad realizada por los órganos del Estado que, estructurados, conforman el Poder Judicial y, por extensión, a aquellos



órganos que resuelven conflictos con carácter definitivo y con coerción, como el Tribunal Constitucional en el caso nacional. Con tales consideraciones, nos parece que la tutela que hemos descrito, en tanto aseguradora de la vigencia de los intereses y derechos comprendidos en el ordenamiento jurídico, no puede circunscribir su ponencia y actuación al ámbito jurisdiccional. En todas aquellas áreas en los que -sea la administración estatal o la actividad privada- se realizan procedimientos destinados a resolver conflictos, la circunstancia de que no sean definitivos (en el sentido de que todavía soportan control jurisdiccional), debe estar presente la tutela. Por esta razón, estimamos que el nombre más adecuado para identificarlo sería el de tutela procesal, en tanto alcanza a toda la actividad resolutoria que se realiza en nuestra sociedad, y no únicamente la que realiza los órganos jurisdiccionales.

Completo el comentario, expresando que el segundo párrafo contiene algunas manifestaciones del derecho a un debido proceso, a pesar de que al comienzo del artículo se hace referencia a los principios y derechos de la función jurisdiccional. En cualquier caso, ni son todos, ni son derechos o principios de la función jurisdiccional sino derechos o garantías del justiciable, como ya se ha explicado.

III. NOCIONES PREVIAS

Mucho se ha escrito y diversas posiciones han surgido en la doctrina acerca del concepto de acción. No es de extrañar, incluso entre autores de corriente cercana

de pensamiento, que puntualicen sus propios matices al concebir la acción, lo que nos coloca frente a un enmarañado panorama.

Lo que sí resulta incuestionable e irreversible, es el salto cualitativo que significó la famosa polémica Windscheid-Müther (1856-1857) que condujo a la autonomía del derecho de acción frente al derecho subjetivo material. Estos acontecimientos llevarán al deslinde científico entre Derecho Procesal y Derecho Civil (derecho material), y su tratamiento como disciplinas jurídicas autónomas aunque interconectadas. A partir de entonces no será más concebible tratar el aspecto procesal como mero apéndice o accesorio del derecho material, como lo hacían las viejas doctrinas de Savigny, Planiol, y, escasísimas posiciones modernas como la de Satta, entre otros.

Los primeros deslindes de Windscheid se efectuarán a partir de la distinción entre los conceptos de acción y pretensión (*anspruch*), concibiendo a la acción como el poder de hacer valer en juicio una pretensión²⁸¹. Se deberá a Müther el desplazamiento del tratamiento de la acción hacia el derecho público al considerarla no ya como un derecho subjetivo privado, sino como un derecho subjetivo público, en tanto que la actividad del accionante se dirige hacia el Estado, quien, a través de los órganos jurisdiccionales tiene el deber de prestar la tutela jurisdiccional que pretenden los

²⁸¹ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., "Derecho Procesal", Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1982, T. I, pág. 288.



ciudadanos, mediante la garantía de un adecuado proceso.

Desde la aparición de las tesis de Windscheid y Müther surgirán eminentes autores que irán elaborando y reelaborando científicamente los principales conceptos procesales. Wach y Chiovenda, serán connotados exponentes de una dirección que se ha dado en llamar corriente concreta, para la cual la acción se concibe como un derecho del individuo frente al Estado a fin de obtener la tutela jurídica de sus derechos. De acuerdo a esta corriente no habrá derecho de acción si el derecho cuya tutela se pretende no existe. O sea, sólo quien tiene razón, tendrá derecho de acción.

La corriente concreta, como se podrá advertir, no llegó a lograr una total autonomía conceptual de la acción frente al derecho material.

La corriente concreta va a evolucionar hacia la denominada corriente abstracta, a partir de la teoría expuesta por Degenkolb. Esta corriente es hoy día la más aceptada y reconoce como objeto del derecho de acción simplemente a la actividad jurisdiccional, cualquiera sea su resultado, favorable o adverso a quien ha desencadenado la actividad jurisdiccional.²⁸² Llegamos así, finalmente, a una verdadera concepción autónoma del derecho de acción como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. No se quiere expresar con el término abstracto que la acción sea en sí misma abstracta, sino que

la existencia de la acción no atiende a que el titular del poder de acción tenga o no tenga razón.²⁸³

Ahora bien, esto no significa que la tutela que se pretenda deba ser afirmada en la demanda sobre un marco de hechos sin relevancia jurídica. Como bien lo señala CLARIÁ OLMEDO, al formular la pretensión debe existir un fundamento consistente en afirmaciones de hecho jurídicamente relevantes lo que le da el carácter de jurídica a la pretensión. La expresión "relevancia jurídica" debe ser entendida como el encuadramiento de los hechos afirmados (y por ello sólo posibles para el juzgador) en cualquier esquema normativo del ordenamiento jurídico constituido. Los hechos suelen consistir en acontecimientos, conductas, estados, relaciones y situaciones, tanto positivas como negativas, que el demandante alega al presentar la pretensión, y en virtud de los cuales postula, sosteniendo su concordancia con el esquema fáctico hipotizado en la norma jurídica que invoca como tuteladora de su interés.²⁸⁴

La corriente abstracta la encontramos recogida por el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil cuando señala que, "*toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso*".

IV. DERECHO PENAL Y PROCESO PENAL

²⁸² MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; y GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, "Derecho Jurisdiccional", Librería Bosch, Barcelona, 1989, T. I, pág. 403.

²⁸³ CLARIÁ OLMEDO, Ob. cit., T. I, pág. 292.

²⁸⁴ CLARIÁ OLMEDO, Ob. cit. T. I, pág. 300.



La pregunta *¿qué es el proceso penal?* puede ser respondida de diversos modos. Es posible dar una respuesta descriptiva y así el proceso penal aparecerá simplemente como un conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.), con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una pena y, en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de la sanción.

Si se acepta esta descripción que no es la única posible ni la única verdadera el Derecho procesal penal será el conjunto de normas jurídicas (no sólo leyes, claro está) que regulan la realización de dichos actos, y que crean y fijan las facultades y obligaciones de los sujetos que los realizan. Este modelo del proceso penal es útil para reconocer las normas que debemos estudiar y para identificar el fenómeno social que éstas regulan. Sin embargo, podemos profundizar aún nuestra mirada, para que la respuesta a la pregunta inicial *¿qué es el proceso penal?* adquiera una riqueza mayor.

Antes de emprender esta tarea, sin embargo, debemos tener en cuenta un peligro, cuya inadvertencia ha generado, a mi juicio, muchas falsas discusiones.

El conocimiento aspira a descubrir esencias, es decir, aspira a saber con exactitud qué son las cosas, los objetos, las personas, uno mismo. Esta aspiración es uno de los motores de la ciencia y de la sabiduría. Para captar y comunicar esas esencias, nuestro entendimiento construye conceptos, ideas acerca de lo que son las cosas. Como no

podemos (o nos sería inútil) construir un concepto para cada objeto, elaboramos conceptos que sirven para identificar a una cierta cantidad de objetos similares, aunque entre ellos existan algunas diferencias. De este modo se realiza un proceso de abstracción, que agrupa a los diferentes individuos bajo conceptos que, por destacar sus atributos comunes, convierte a éstos en atributos definitorios.

Este proceso de abstracción es una condición positiva del conocimiento, ya que sin él deberíamos limitarnos a señalar con el dedo todos y cada uno de los objetos que nos rodean. Sin conceptos no es posible la comunicación humana y, por lo tanto, lo que pudiéramos saber del mundo se transformaría en un puro saber personal, íntimo, intransferible y posiblemente inútil.

Pero, así como el proceso de abstracción es condición positiva del conocimiento, también nos aleja, en cierto modo, de la realidad: *ese* perro que se acerca a mí moviendo la cola es siempre *algo más* que “un” perro que se acerca a mí. Debe quedar claro, pues, que un concepto siempre ilumina un sector de cada objeto, a la vez que oculta otros. Un concepto será útil (en términos de construcción del conocimiento) cuando *ilumina* mucho más de lo que “oculta”.

De ello debemos concluir que no podemos prescindir de los conceptos para responder a la pregunta “¿qué es esto?”; pero también debemos tener presente que dejaremos algo en el camino, que difícilmente aprehenderemos la totalidad de las características o atributos esenciales de un objeto, aunque lo definamos



correctamente. Por eso, repetimos, todo concepto vale si es útil, es decir, si en la relación “develar/ ocultar”, salimos gananciosos.²⁸⁵

Cuando realizamos cualquier indagación sobre la esencia de un objeto, debemos ser cuidadosos para no creer que el concepto que utilizamos o hemos elaborado explica o devela necesariamente la totalidad del objeto o fenómeno que nos interesa conocer.

Si realizamos esa tarea sobre un objeto cultural, creado por el hombre mismo (no sobre un árbol, por ejemplo) debemos ser más cuidadosos aún, y si nos estamos refiriendo a un fenómeno social, los cuidados deben ser extremos, ya que nunca podremos dejar de lado la función y el significado social de ese fenómeno y, por lo tanto, se multiplican las perspectivas posibles sobre ese objeto. Hecha esta advertencia, volvamos a nuestro asunto: *¿qué es el proceso penal?* Se han dado muchas respuestas a esta pregunta y sería inútil buscar entre ellas la verdadera: todas destacarán algún aspecto, ocultarán otros y, en definitiva, la utilidad de la teoría dependerá de la finalidad de la explicación. Se ha señalado que el proceso penal es, fundamentalmente, una relación jurídica, esto es, una o más relaciones entre personas (también jurídicas, en el sentido amplio de que sus poderes, derechos, obligaciones y facultades surgen de la ley), que producen efectos jurídicos (efectos interpersonales o sociales reconocidos por

el orden jurídico).²⁸⁶ Las modalidades específicas que adquieren estas relaciones entre personas en el proceso penal conformarían una relación o relaciones jurídico-procesales, y es esta relación la que se halla en la base del proceso penal. También se ha señalado que, antes que relaciones jurídicas, lo que existe —y lo que explica la naturaleza del proceso— son situaciones o estados de incertidumbre. Cada sujeto adquiere —en y respecto de esa situación— deberes, facultades y, en ocasiones, expectativas. Finalmente, a través del proceso y, en especial, de la sentencia, se logra superar esa incertidumbre fijando la solución legal prevista por el orden jurídico para esa situación.²⁸⁷

Otros han destacado las relaciones de colaboración que existen dentro del proceso, ya que todos los sujetos, aunque con funciones diferentes e intereses diversos, buscan una solución única para el caso, a través de la institución judicial.

No pretendemos analizar con profundidad esas teorías ni las discusiones que se han suscitado entre quienes las sustentan.

Posiblemente todas develen y oculten algo del proceso penal y muchas discusiones se han tornado estériles en la medida en que buscaban una preeminencia absoluta en la explicación de su naturaleza.

Lo que buscamos aquí es destacar una perspectiva que, si bien no sirve para dar

²⁸⁵ VAN DIKE, Vernon: *Ciencia política: un análisis filosófico*, Tecnos, Madrid, 1962, pp. 77 y s., en el que se distinguen las distintas funciones de los conceptos y sus niveles de abstracción.

²⁸⁶ Sobre la idea de relación jurídica y las funciones que puede cumplir, ver BELING: *Derecho procesal penal*. Labor, Barcelona, 1945., Pág. 47.

²⁸⁷ ODERIGO, Mario A.: *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1973.



cuenta de la totalidad de ese fenómeno social que llamamos proceso penal, no puede ser dejada de lado sin correr el riesgo de explicar incorrectamente la esencia o naturaleza del proceso penal o, por lo menos, de empobrecer el análisis que sobre él realizamos. En 1851, Karl Mittermaier planteaba la necesidad de fundar un sistema de procedimiento criminal que garantizara los intereses de la sociedad en la misma medida que los intereses de la libertad individual, generando seguridad en todos los buenos ciudadanos, al mismo tiempo que “inspirando un terror saludable a todos los enemigos del orden público”. Estas palabras u otras similares han sido utilizadas por aquellos que se han preocupado por el Derecho procesal penal, y siguen definiendo con claridad el ideal al que aspiran quienes legislan o diseñan los sistemas de justicia penal. Por ello, para una correcta comprensión del Derecho procesal penal (y esto es también aplicable al Derecho penal) se debe tener en cuenta que en la base de su formación básica tiene lugar un conflicto entre dos tendencias que normalmente han sido presentadas como antagónicas y cuya síntesis se ha mostrado como un ideal. Sin embargo, en realidad, una y otra se hallan *siempre presentes* en el proceso penal, y por ello nos son indispensables para acertar con su explicación. Una u otra han estructurado los distintos sistemas procesales penales a lo largo de la historia, y el análisis histórico precisamente nos resultará útil para hallar un hilo conductor en la evolución cultural de la justicia penal. La primera de estas fuerzas o tendencias es la que se preocupa

por establecer un *sistema de garantías o resguardos* frente al uso de la fuerza estatal. Se procura en este caso evitar que el uso de esa fuerza se convierta en un hecho arbitrario. Su objetivo es, esencialmente, proteger la libertad y la dignidad de la persona.

La segunda de esas tendencias se inclina a lograr una *aplicación efectiva de la coerción penal*. Su objetivo es lograr la mayor eficiencia posible en la aplicación de la fuerza estatal.

Se puede objetar que este uso de la palabra “eficiencia” no es apropiado a un Estado de Derecho, ya que al Estado le compete en igual medida la protección de los individuos y la efectiva realización o aplicación del Derecho. Un verdadero Estado de Derecho busca ser tan eficiente en un plano como en el otro. Sin embargo, aunque así planteada la objeción puede tener un cierto fundamento, preferimos utilizar la voz “eficiencia” en el sentido que le habíamos otorgado, referido exclusivamente a la búsqueda de una aplicación eficaz de la fuerza estatal, ya que nos permite destacar con mayor precisión la oposición que conforma básicamente al proceso penal. Baste con que el lector tenga presente la posibilidad de que la palabra “eficiencia” adquiera eventualmente un doble significado en el marco de un Estado de Derecho²⁸⁸.

²⁸⁸ La llamada doctrina de la doble eficiencia que expresa la idea señalada en el párrafo precedente no sólo no explica con claridad el funcionamiento real del sistema procesal sino que desconoce la oposición básica que existe entre el Derecho y la fuerza. El Estado de Derecho en su característica más original, incluso antes que el Estado de Derecho liberal, social o democrático, es “no violento”. La fuerza que utiliza el Estado es siempre una facultad



V. CONCLUSIONES

La tutela jurisdiccional está enmarcada como un derecho constitucional y, a la vez, como un deber por parte del ordenamiento jurídico para con sus ciudadanos. Ello dentro de lo que podríamos denominar, el propio sentido de la judicialidad que debe existir dentro de un Estado de Derecho.

Por otro lado, el Derecho Penal con sus lineamientos generales y específicos (típicos) con que se establece la política criminal del Estado se asocia con el Derecho Procesal penal como los instrumentos como esa tutela jurisdiccional puede llegar al ciudadano para cautelar sus bienes jurídicos dentro de un marco de hipótesis normativas que prefiguran aquellas conductas prohibidas bajo sanción penal. A partir de allí se entiende que el Derecho está previniendo que esos bienes jurídicos estén perfectamente resguardados y que, en caso de ser afectados, los mecanismos represores del delito se activan de inmediato para castigar al o a los culpables del hecho.

Por último, tenemos que entender que todos estos elementos no interactúan

excepcional producto de una necesidad y la justificación de una excepción es siempre restrictiva, es decir, busca limitar a esa excepción para fortalecer la regla general. En este sentido es preferible mantener la oposición eficiencia-garantías o fuerza y derechos fundamentales y utilizar este instrumento conceptual como una herramienta que permita reducir permanentemente la legitimidad de la fuerza del Estado. Es necesario todavía elaborar con mayor profundidad un programa no violento para el Estado de Derecho que trabaje fuertemente sobre estos aspectos teóricos y funde una praxis más efectiva. La llamada doble eficiencia pareciera admitir que una función esencial y normal del Estado es el ejercicio legítimo de la fuerza y ello oculta la contradicción fundamental que se ha señalado. El pensamiento jurídico tiende a rechazar las situaciones contradictorias y las tensiones y a crear falsas armonías que terminan generalmente cumpliendo funciones de legitimación de las situaciones de poder fáctico.

dentro de criterios aislados sino dentro de un contexto sistematizado y en concordancia con todo el conjunto de garantías que el propio Estado ha establecido para que los ciudadanos se sientan debidamente protegidos y salvaguardados. Cuando ello se fractura, se acrecienta la inseguridad jurídica, se propicia el caos y se desliza la sociedad, irremediablemente, a una situación de violencia sin control.

VI. BIBLIOGRAFÍA:

- BELING: *Derecho procesal penal*. Labor, Barcelona, 1945., Pág. 47.
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General, I. Introducción* (Madrid, 1976
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., "Derecho Procesal", Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1982, T. I, pág. 288.
- LANDA ARROYO, César. El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. En:
- MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; y GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, "Derecho Jurisdiccional", Librería Bosch, Barcelona, 1989, T. I,
- OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Palestra. Lima, 2001
- ODERIGO, Mario A.: *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1973.
- ONEGA. J. ANTÓN *Derecho Penal, I. Parte General* (Madrid, 1949), página



- VAN DIKE, Vernon: Ciencia política:
un análisis filosófico, Tecnos,
Madrid, 1962

**LA PRUEBA DE OFICIO EN LA
LEY PROCESAL DE TRABAJO
26636 Y EN LA NUEVA LEY N°
29497**

**Dr. SOLANO CHUMPITAZ,
GUILLERMO VICENTE**

Juez Titular del 11° Juzgado de Paz Letrado-Turno B del
Cercado de Lima, y actualmente Juez Provisional del 1°
Juzgado Laboral de Lima.



LA PRUEBA DE OFICIO EN LA LEY PROCESAL DE TRABAJO 26636 Y EN LA NUEVA LEY N° 29497

Sumario:

I. Introducción. II. El Rol Del Juez En El Proceso Laboral. III. El Principio de Oralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. IV. La Necesidad Psicológica de la Verdad y las Pruebas de Oficio. V. La Necesidad Lógica de Decretar Pruebas de Oficio. VI. Las Pruebas de Oficio y La Decisión Judicial. VII. La Prueba De Oficio Comparativamente Hablando Entre La Antigua Y La Nueva Ley Procesal Laboral. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso laboral surge como consecuencia directa de la insuficiencia del proceso civil común para resolver los litigios derivados de una relación de trabajo. Esto supone que el ordenamiento procesal laboral tome nota de la naturaleza igualadora y compensadora de las normas sustantivas laborales y se oriente hacia la obtención de un equilibrio entre las partes, igualar a los desiguales, trabajador y empleador, mediante la introducción de la gratuidad del proceso laboral para ciertos grupos, reglas probatorias más sencillas y sustancialmente un activo rol del juez laboral.

Nuestra nueva Ley Procesal actual. Ley N° 29497 (en adelante, "NLPT"), recoge una serie de herramientas de facilitación probatoria para la parte trabajadora, partiendo del principio que *"Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes únicamente en la demanda y en la contestación. Extraordinariamente, pueden ser ofrecidos hasta el momento previo a la*

actuación probatoria, siempre y cuando estén referidos a hechos nuevos o hubiesen sido conocidos u obtenidos con posterioridad." El objetivo de este principio contenido en el artículo I del Título Preliminar de la norma procesal se refiere a que *"el juez admita o rechace en el momento los medios probatorios". La inasistencia de los testigos o peritos, así como la falta de presentación de documentos, no impide al juez pronunciar sentencia si, sobre la base de la prueba actuada, los hechos necesitados de prueba quedan acreditados. En ningún caso, fuera de las oportunidades señaladas la presentación extemporánea de medios probatorios acarrea la nulidad de la sentencia apelada. Estos medios probatorios no pueden servir de fundamento de la sentencia"*.

En cuanto a la finalidad de los medios probatorios en el proceso laboral, la LPT señala en su artículo 25 la de acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los hechos



controvertidos y fundamentar sus decisiones.

En esa medida, resulta siendo admisible todo medio probatorio que sirva a la formación de la convicción del magistrado, en tanto no se encuentre expresamente prohibido ni sea contrario al orden público o a la moral, como por ejemplo, la declaración de parte, de testigos, exhibición de documentos, pericias, inspección judicial, entre otras.

Ahora bien, dado que la NLPT parte del supuesto de la desigualdad entre las partes, pues asume que el trabajador posee difícil acceso a los medios probatorios, se recogen una serie de herramientas para compensar dicho desequilibrio. Una de esas herramientas es la denominada “Prueba de oficio”

Así, el Art. 22 de la referida Ley señala:

“Excepcionalmente, el juez puede ordenar la práctica de alguna prueba adicional, en cuyo caso dispone lo conveniente para su realización, procediendo a suspender la audiencia en la que se actúan las pruebas por un lapso adecuado no mayor a treinta (30) días hábiles, y a citar, en el mismo acto, fecha y hora para su continuación. Esta decisión es inimpugnable.

Esta facultad no puede ser invocada encontrándose el proceso en casación.

La omisión de esta facultad no acarrea la nulidad de la sentencia”.

Este es el tema de análisis del presente Artículo en donde se compara con la prueba de oficio tal como era preceptuada por la Ley 26636.

II. EL ROL DEL JUEZ EN EL PROCESO LABORAL

El juez de trabajo como juez especializado para resolver los conflictos suscitados en las prestaciones de naturaleza administrativa La Nueva Ley Procesal del Trabajo pretende instaurar una “justicia omnicompreensiva”. Esto puede desprenderse del contenido del artículo II del Título Preliminar de esta norma, que establece, en su primera parte, que *“corresponde a la justicia laboral resolver los conflictos jurídicos que se originan con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, formativa, cooperativista o administrativa; están excluidas las prestaciones de servicios de carácter civil, salvo que la demanda se sustente en el encubrimiento de relaciones de trabajo (...)”*²⁸⁹.

Un análisis de este dispositivo nos permite afirmar que la NLPT pretende conceder al juez del trabajo la competencia para dilucidar, entre varios tipos de controversias, aquellas en donde el empleador no es un *privado*, sino que lo es una Administración Pública²⁹⁰. Y esto porque

²⁸⁹ En España se ha suscitado también la discusión acerca de qué juez debe ser el competente para resolver los conflictos que surgen entre el Estado y sus trabajadores. Cruz Villalón nos la describe de la siguiente manera: “constituye una vieja cuestión la discusión acerca de la conveniencia de que si el control judicial de la actividad administrativa en el terreno de lo laboral y de lo social se debe llevar a cabo por la jurisdicción social o por la jurisdicción contencioso-administrativa. Según que se prefiera poner el acento en el elemento material (intervención en el campo laboral) o en el subjetivo (intervencionismo por parte de la Administración Pública) se tenderá a remitir el conocimiento a uno u otro orden jurisdiccional”. Ver en: CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo*. V edición, Tecnos, Madrid, 2008, p. 501.

²⁹⁰ La relación jurídica que se entabla entre el Estado y el empleado público es, hasta la fecha, un tema que no deja de azuzar la discusión por parte de la doctrina administrativa y laboral. Y esto, porque para los primeros, dicha relación es



para el legislador solo interesa que exista una prestación personal de servicios. No interesa el adjetivo que se le coloque a esta prestación*⁴ ("laboral" o "administrativa"), sino que solo interesa que se produzca dicha prestación para que el juez de trabajo asuma la competencia para resolver los conflictos que se presenten en su inicio, ejecución y conclusión.

Consideramos acertado este proceder del legislador, ya que se estaría reconociendo la intensa influencia que existe entre el marco principista de nuestra "Constitución Laboral" y todas aquellas prestaciones de trabajo que en la realidad se puedan suscitar. Es decir, como la "Constitución Laboral", que vendría a ser aquella parte de nuestra Constitución que reconoce los principios y derechos que regulan las relaciones de trabajo en nuestro país, es predicable en todas las relaciones de trabajo, sean laborales como "administrativas"²⁹¹, el que resuelva las

controversias que surjan en el desarrollo de estas relaciones debería ser, por un criterio de **especialidad**, el juez de trabajo.

De esta manera, al ser este último el juez especializado para atender los conflictos que surjan entre un trabajador y el Estado empleador, debido a que en estas relaciones primero debe acudir al marco principista reconocido tanto en la Constitución Laboral como en las normativas específicas, y para esto último se requiere de una especialidad en Derecho del Trabajo, el legislador nacional acierta cuando decide ubicarlo como el juez competente para atender esta serie de conflictos.

Pero por otro lado, se afirma que existen dos modelos de juez: uno garantista liberal (léase espectador en materia probatoria) y otro autoritario (léase en materia probatoria el que decreta pruebas de oficio). Sin embargo, si se profundiza en la misma ideología liberal, sin recurrir a ideologías exógenas a él, encontramos que el liberalismo ha dado un giro de lo rabiosamente egoísta e individualista a criterios de solidaridad. El Estado social de derecho no puede "prestar" un juez para que dirima un conflicto como sea, sino con algún criterio que permita hablar de justicia, y no cabe duda de que ese criterio deba ser la verdad. No podemos afirmar que el decreto oficioso de pruebas sea un aporte ideológico del fascismo, porque como lo demostraremos y esperamos que así concluya el lector, este no hizo ninguno al

objeto de estudio y regulación por el Derecho Administrativo. Ver, por ejemplo, PARADA VÁZQUEZ, J. R. *Derecho Administrativo: Organización y empleo público*. 10ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 427-431. Para los defensores del Derecho del Trabajo, en cambio, la prestación personal de servicios subordinado que brinda una persona natural a una Administración Pública debe ser objeto de estudio de la disciplina jurídico laboral. A favor de este último planteamiento, SALA FRANCO, T. *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la junción pública*. MAP, 1 989, p. 16 y ss; ALARCÓN CARACUEL, M. R. *La nueva configuración legal de la relación de empleo público, funcionarios y contratados laborales*. Delegación interprovincial del Instituto de Estudios de la Administración Local, Sevilla, p. 25.

²⁹¹ En un mismo sentido, Neves Mujica nos señala que "no suscita controversia que el articulado laboral de la Constitución resulta aplicable a todos los trabajadores, incluyendo los del Sector Público". En: NEVES MUJICA, Javier. "Principales objeciones al contrato administrativo de servicios". En: *Laborem*. N° 9, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2010, p. 88. Nuestro Tribunal Constitucional, en un mismo sentido, ha señalado, en la STC Exp. N° 0008-2005-PI/TC, que "(...) es necesario desarrollar el marco constitucional del régimen del

trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo" (Fundamento N° 17).



derecho procesal. El poder-deber de decretar pruebas de oficio, para averiguar la verdad de los hechos controvertidos, si bien es una ideología, ha surgido de la necesidad, como ya se dijo, de poder mostrar a la población algún criterio atendible sobre el cual se pueda afirmar que la decisión es Justa, y uno de esos ingredientes es que se construya sobre la verdad.

Entre tanto, el juez es un representante de la sociedad, y tiene que encarnar las mismas necesidades de esta; y una de ellas es la de información, saber que pasó, que sucedió realmente, para poder orientar su proceso cognoscitivo, El hombre, como se ha dicho, se encuentra en la naturaleza para llenar el vacío de inteligencia. Frente a esta necesidad del juez, no resulta posible abortar la búsqueda de la verdad con el peso de una ideología que considera que todo el aspecto probatorio debe estar en cabeza de las partes.

El juez no puede, de un lado, estar sujeto a necesidades cognoscitivas que lo empujan a averiguar la verdad, y del otro, a restricciones por el grillete de una ideología que no surge con sus propios planteamientos, sino como reacción a un supuesto origen en el fascismo que no es cierto.

III. EL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Las sociedades van organizando, de acuerdo con sus necesidades, sus propios marcos de competencia y van asignando las funciones inherentes a los roles de acuerdo con sus

necesidades. La forma de controlar la organización se encuentra en la expedición de leyes que identifican las necesidades de la misma sociedad, así, la libertad y su garantía cobra contenido en el entendido de que la organización social solamente debe limitarla en la medida de lo estrictamente necesario, de suerte que la ley sólo puede limitar las libertades en esta proporción; pero además, cumple una función pedagógica y a la vez cohesiona al grupo social que la identifica como la respuesta de la materialización de sus necesidades.

Por otro lado, el radical giro dado por nuestra legislación procesal penal en aras de sacudirse del modelo inquisitivo en el que se venía desarrollando desde 1940 con el Código de Procedimientos Penales, no sólo obedece a una voluntad del legislador peruano de retomar una dirección ya experimentada en 1920 con nuestra fallida Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁹², sino por una tendencia que alcanza a Iberoamérica en general, el cual puede ser caracterizado, en términos generales, "como un intento de crítica radical a las estructuras judiciales heredadas del sistema inquisitivo y a la cultura judicial y jurídica gestada alrededor de este modelo judicial"²⁹³ que, según Binder, "ha calado tan profundamente en la formación jurídica moderna que

²⁹² que por cierto fue un auspicioso intento de instaurar el sistema acusatorio en el Perú aunque no comprendido por los operadores del derecho de aquel tiempo que lo arrastraron a su supuesto fracaso. (N.A.).

²⁹³ Sobre la demersión de la transformación cultural de los procesos de reforma de la justicia criminal, que abarca mucho más que la reforma legal, (BINDER A., "Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica", en *Reformas procesales en América Latina* (La oralidad en los procesos), Pontificia Universidad Católica, Santiago, 1993, Pág. 67 y sgtes).



*actualmente es el principal obstáculo para todo proceso de cambio*²⁹⁴.

El éxito de la reforma procesal en América Latina, tanto en lo penal, laboral o civil, depende, en gran medida, de la capacidad de profundización democrática de la estructura política y de la instauración de una cultura social genuinamente republicana. Este proceso conlleva inevitablemente tensiones, avances y retrocesos; por ello, se hace necesaria una constante evaluación y una renovada reflexión teórica sobre las múltiples dimensiones del mismo a fin de evitar el retorno a prácticas inquisitivas con nuevas reconstrucciones teóricas, pues el sistema inquisitivo *“ha demostrado una gran fuerza de absorción de instituciones nuevas”*²⁹⁵.

Corresponde igualmente a esa misma sociedad definir qué quiere con el derecho procesal, esto es, ¿por qué investigar?, ¿por qué juzgar? y ¿por qué aplicar la justicia? Teniendo claro lo que se pregunta a partir de estos tres cuestionamientos, la sociedad construye un marco de valores y derechos que se compromete a respetar de acuerdo con la identificación de esos objetivos. Eficientismo y garantismo se enfrentan en el marco generado por estos cuestionamientos: los modelos inquisitivos donde la figura del juez y la verticalidad del proceso pretendió legitimar el abuso del

poder en la realización de una justicia procesal que convenza a la sociedad; el garantismo implica, por su parte y de manera definitiva, la validez del reconocimiento del hombre como un auto-fin dentro de un sistema que da especial connotación al concepto de la equidad, tratando de proteger al procesado que se enfrenta como parte débil a la otra parte, por lo general muy poderosa como es el empleador y por eso, lo hace titular de garantías que lo salvaguardan del abuso del poder del más fuerte.

La necesidad de la Ley y la confianza en su cumplimiento por parte de todos sus destinatarios, son la materia prima con la que se confecciona el tejido social que identifica en la convivencia pacífica su objetivo definitivo y le dan ese alcance al Derecho Procesal, con lo que se le excluye como argumento para legitimar o perpetuar el poder a partir de la complacencia social con la aparente eficiencia del sistema.

Dentro de ese contexto, tal como se advierte del artículo 12 de la NLPT²⁹⁶, la contribución que parece revolucionar el proceso laboral radica en el abandono del medio escrito liderado por los letrados para darle mayor importancia a la oralidad

²⁹⁶ Artículo 12°. Prevalencia de la oralidad en los procesos por audiencias

12.1 En los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes '1sus abogados' prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales '1 pronuncia sentencia. Las audiencias son sustancialmente un debate oral de posiciones presididas por el juez, quien puede interrogar a las partes, sus abogados '1 terceros participantes en cualquier momento. las actuaciones realizadas en audiencia, salvo la etapa de conciliación, son registradas en audio y video utilizando cualquier medio apto que permita garantizar fidelidad, conservación '1 reproducción de su contenido. Las partes tienen derecho a la obtención de las respectivas copias en soporte electrónico. a su costo.

²⁹⁴ *Ibidem*

²⁹⁵ BINDER llama la atención sobre la necesidad de apoyar el proceso político de reforma con una constante elaboración teórica v científica de las instituciones procesales, disociarlas de su función meramente ritual en la enseñanza tradicional y vincularlas con fuerza al derecho constitucional, en fin, al sistema de garantías del Estado de Derecho. En este proceso juega un rol fundamental el modo de enseñanza del derecho y el papel de la academia (BINDER A., Ob. Cit., Pág. 22 y sgte.).



durante el desarrollo de las audiencias que otorgan mayor protagonismo a los justiciables y sus posturas. En efecto, las audiencias serán sustancialmente un debate de posiciones presididas por el juez, quien puede interrogar a las partes, sus abogados y terceros participantes, en cualquier momento, a fin de esclarecer los hechos que originaron la controversia, agilizando así el desarrollo del proceso. El papel del juez como conocedor inmediato de las controversias cobrará real sentido.

El desarrollo de los procesos laborales contenidos en el título II de la ley (ver artículo 42 y ss.), nos permite verificar la aplicación efectiva del principio de oralidad, en tanto ya no existirá fechas distintas para la contestación de la demanda y la posterior audiencia, sino que en esta se contestará la demanda (en el proceso ordinario laboral) y se proseguirá con el trámite. Esto supone un gran aporte a la celeridad procesal, y procura que las partes (en especial el demandado) actúen de buena fe.

IV. LA NECESIDAD PSICOLÓGICA DE LA VERDAD Y LAS PRUEBAS DE OFICIO

En este aparte exploraremos otro de los argumentos por los cuales se defiende el decreto oficioso de pruebas: la necesidad psicológica del juzgador. El juez que cumple con el principio de inmediación y que efectivamente pone los órganos de sus sentidos bajo el yugo de la atención cuando está recibiendo la prueba, hará valoraciones y seguramente descubrirá vacíos probatorios que no le permiten lograr la verdad de los hechos. En ese momento

“terrible” de vacío, para abastecer —por decirlo en alguna forma—la necesidad de verdad, puede y debe decretar pruebas de oficio. Es un momento de reflexión, pero alimentado por la ansiedad de descubrir la verdad, lo que prácticamente impulsa al juez a decretar las pruebas de oficio.

No puede ser otro el talante psicológico de quien interioriza la ideología de la justicia, de acuerdo con la cual esta no se administra bien, sino cuando se sustenta en la verdad de los hechos. Ello resulta radicalmente opuesto cuando la ideología que se maneja establece que el fin del proceso es compaginar los intereses para dirimir el conflicto. Con esta ideología, la ansiedad producida por la posibilidad de descubrir la verdad que surge en numerosas ocasiones resulta “aplacada” por el juzgador, con lo que da al traste incluso con la compaginación de intereses y resulta justificado seguir con el conflicto. Para esta concepción, la verdad puede resultar un *desvalor*.

Repetiendo, diríamos que además de ser teóricamente posible averiguar la verdad, es ideológicamente necesario, prácticamente posible y además suple una necesidad psicológica del sujeto que juzga, que cuando empieza a descubrir, como lo veremos adelante, tiene necesidad de saber la realidad de los hechos que le sirven de sustento a lo que va a decidir.

V. LA NECESIDAD LÓGICA DE DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO

“El hombre se ha desarrollado en la naturaleza para llenar el hueco de un ser



inteligente”²⁹⁷. El requerimiento de comprensión, es decir, de acomodación cognoscitiva a! entonto o de “conocer el camino” constituye uno de los requerimientos fundamentales de la condición humana. El hombre *es homo quarens*²⁹⁸.

El hombre tiene necesidad de información como sostiene RESCHER, y pretende por todos los medios lograrla, tal como tiene necesidad de alimentos. El juez educado para investigar (dentro de ciertos límites), cuando descubre una deficiencia probatoria y como consecuencia un “vacío cognoscitivo”, sufre una molestia similar al dolor físico²⁹⁹. Frente a esa situación, la necesidad “básica de información y comprensión, presiona al juez y debe hacer lo que sea necesario para su satisfacción”³⁰⁰.

No es posible pedirle a un juez que renuncie a su necesidad de información para orientar el proceso cognoscitivo, salvo que se

maneje la ideología de que lo importante es dirimir el conflicto, sin que importe si ello se logra sobre la verdad o sin ella. Podríamos afirmar que la interiorización ideológica evita la necesidad cognoscitiva, pero mientras esa no sea la ideología, aquella debe ser saciada, y ello, en el proceso, solo se logra con las pruebas de oficio.

VI. LAS PRUEBAS DE OFICIO Y LA DECISIÓN JUDICIAL

Dada la enorme utilidad que representa para nuestro estudio, es necesario hacer referencia a la tradicional clasificación de la construcción de la decisión judicial en dos fases: la fase de descubrimiento (*context of discovery*) y la fase de justificación (*context of justification*), pues solo en la primera de ellas las pruebas de oficio muestran su importancia. En lo que sigue, nos ocuparemos entonces en la fase de descubrimiento, primero en un sentido general y abstracto, y posteriormente, aplicado a un caso concreto.

Inicialmente el juez tiene un problema: ¿cuál es la verdad? Para descubrir la respuesta, el juez, según la ideología que defiende, cuenta o con los medios probatorios a su disposición, o con el decreto oficioso de pruebas cuya necesidad surja del vacío cognoscitivo que se le presente. Así, si por ejemplo llega a la conclusión de que efectivamente se causaron perjuicios, pero no se solicitaron pruebas para demostrar su cuantía, surge un vacío cognoscitivo (que debe de ser aterrador) para quien maneja la ideología según la cual el decreto oficioso de pruebas supone romper la imparcialidad y la

²⁹⁷ RESCHER Nicholas, *La racionalidad*, Madrid, Edit. Tecnos, 1993, pág. 81.

²⁹⁸ *Ibidem*

²⁹⁹ Dice RESCHER: “La búsqueda de orientación cognoscitiva en un mundo difícil nos representa un requisito profundamente práctico; la necesidad básica de información y comprensión nos presiona y debemos hacer lo que sea necesario para su satisfacción (y estamos prácticamente justificados a ello). Para nosotros, lo cognoscitivo constituye un asunto práctico; el conocimiento mismo satisface una necesidad práctica. “Históricamente, por cierto, incluso el escéptico más radical ha reconocido que el hombre debe actuar para sobrevivir y crecer en el mundo. El escéptico, como cualquier otro, también reconoce que nosotros, los seres humanos, nos encontramos viviendo en in media res en un entorno que no satisfará nuestras necesidades, deseos y expectativas automáticamente, sin nuestra intervención. Este reconocimiento abre el camino para una objeción al escepticismo, la que de que inmoviliza la acción, y ofrece una «refutación», ya que el escepticismo hace imposible toda conducta vital” (op. cit., pág. 82).

³⁰⁰ PARRA QUIJANO, Jairo, *la Prueba de Oficio*, Editorial Themis, Bogotá 2003, Pág. 48



igualdad. Obsérvese, hay un vacío cognoscitivo que tiene que reprimir con el peso de la ideología³⁰¹.

Como reiteradamente lo hemos expresado, la ideología que defendemos afirma que en el proceso debe investigarse y descubrirse la verdad; y en consecuencia, consideramos necesario permitir que el pensamiento del juzgador, en busca de ese fin, se abra paso y le cree necesidades cognoscitivas, para cuyo abastecimiento cuenta precisamente con la posibilidad de decretar pruebas de oficio.

No obstante, esta facultad no representa una posibilidad que pueda ser usada a discreción por parte del juzgador, pues el ejercicio del principio de oficiosidad, constituye una facultad que se encuentra sujeta a límites, puesto que recurriendo a esta, no es posible introducir prueba sobre hechos que no han sido introducidos por las partes. Los hechos debatidos por las partes en el proceso, constituyen el límite de la prueba de oficio, dado que solo es posible introducir este tipo de prueba para aclarar los hechos sobre los cuales la persona juzgadora tenga un cierto grado de duda

En el proceso laboral rige un principio dispositivo “atemperado”³⁰², aunque para algunos “predomina el principio inquisitivo del juez, emulando al juez penal, con la finalidad de procurar obtener la **verdad real**”³⁰³, esto último ya no debería admitirse en un proceso donde la oralidad es lo que prima, pues se entiende que el juez en estos casos, actúa como el fiel de la

balanza. Sus características lo aproximan por lo tanto al juez penal, pues en el proceso laboral los jueces están comprometidos en el descubrimiento de la relación “jurídico material debatida”³⁰⁴ diferenciándose por sus respectivos fines.

De este pronunciamiento podemos extraer lo siguiente:

- a) La prueba de oficio no puede ser utilizada por el juzgador para demostrar hechos que las partes no han introducido al proceso.
- b) Tampoco puede ser empleada para subsanar las omisiones en que incurren las partes al producir las pruebas necesarias para dar apoyo a sus afirmaciones.
- c) De lo contrario, se violentarían los principios de igualdad y de imparcialidad de los magistrados, los cuales son parte del debido proceso.

La jurisprudencia con referente a la anterior Ley Procesal del Trabajo que regulaba la prueba de oficio en su Art. 28 señala esta facultad expresa del juzgador:

«El A- Quo, con la facultad que le confiere el artículo 28° de la Ley Procesal del Trabajo, deberá ordenarla actuación de los medios probatorios que considere conveniente para efectos de esclarecer los hechos controvertidos, que por las consideraciones expuestas la apelada no se apoya en el mérito de lo actuado y la ley, resultando prematura e incurriendo en causal

³⁰¹ Ibidem

³⁰² PALOMEQUE, MANUEL CARLOS. Derecho del Trabajo e Ideología, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2001, .p.1155.

³⁰³ BAYLOS, ANTONIO. Fundamentos del Derecho probatorio en la Ley Procesal del Trabajo, Editorial Colex, Madrid 2007, p. 114.

³⁰⁴ PALOMEQUE, MANUEL CARLOS. Ob. Cit.p. 1156.



de nulidad prevista en el artículo 171 del C.P.C. aplicable en vía supletoria al caso de autos; por estas consideraciones, en garantía del principio constitucional del debido proceso y la doble instancia.»³⁰⁵*

Una de las características principales de un sistema oralizado es la separación de las funciones del magistrado, de las partes y decisión o fallo. De estas características deriva el derecho fundamental al "juez imparcial" o "juez no prevenido".

Tradicionalmente, como ya lo he señalado párrafos arriba, el *derecho a un juez imparcial* - o principio de imparcialidad- había sido estudiado en relación con los instrumentos procesales que tenían por objeto impedir que un juez comprometido de alguna manera con las partes o el conflicto pudiera conocer válidamente de ella. Aunque no se puede lisa y llanamente despreciar las características del Juez de nuestro anterior sistema inquisitivo laboral, lo cierto es que él ha sido completamente desplazado por la consideración de los efectos que, en el *derecho a juez imparcial*, tienen las desviaciones del principio oralizado.

Soy de la idea que se ha logrado un notorio avance al respecto con la instauración del NLPT en donde se ha instituido la idea de un juez árbitro de la contienda, donde la imparcialidad es garantía de la igualdad de armas; no obstante, con el Art. 22 referido a la prueba de oficio, se abren las puertas a

rezagos inquisitivos. Si el Juez dispone una investigación suplementaria o excepcionalmente en el debate la actuación oficiosa de pruebas, es que tiene dudas, lo que de alguna forma, aplicando el principio del in dubio pro operario, lo debiera llevar a la decisión a favor del trabajador; pero preocupado por qué la pretensión no se ha dado o no va poder ser acogida, ayuda a la otra parte, esto es, al empleado, lo que nos impide afirmar que esté actuando realmente con imparcialidad.

Lo que realmente hace la prueba de oficio es auspiciar y generar el material probatorio necesario para la imposición de la sentencia. En conclusión, al introducir este tipo de normas, se vicia el nuevo espíritu que debe tener nuestro Sistema Procesal Laboral; se lapida realmente el principio de oralidad e igualmente el de imparcialidad del Juez. Todo en aras supuestas, de garantizar "la verdad" y la eficiencia. Si se ha tomado la valiente decisión de reformar el sistema de justicia laboral y generar esta gran cambio en el Perú, implementando un nuevo Código Procesal Laboral inspirado en el modelo acusatorio, que es la propia constitucionalización del proceso, se debe asumir en su totalidad tal modelo y no crear esta suerte de injerto donde aún se mantengan rezagos del modelo anterior, pues esto acarrea el peligro de arrastrar a un nuevo fracaso al sistema procesal laboral haciéndole incurrir en los mismos problemas que se intenta solucionar.

El fundamento de la doctrina de que la imparcialidad del juzgador encuentra su protección constitucional en el derecho fundamental a un proceso con todas las

³⁰⁵ EXP, N9 3647-2002-BE(AIS), Lima, 10/04/2003, Jurisprudencia Laboral, Normas Legales, 2003. T. 2. P. 396-397



garantías, estriba en que la primera de estas garantías, sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso, es la de que el juez o tribunal, situado "supra partes" y llamado a dirimir el conflicto, aparezca institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad³⁰⁶.

VII. LA PRUEBA DE OFICIO COMPARATIVAMENTE HABLANDO ENTRE LA ANTIGUA Y LA NUEVA LEY PROCESAL LABORAL

Conviene empezar esta parte haciendo un paralelismo entre ambas normas que regulan la prueba de oficio, tanto en la antigua como en la nueva ley Procesal Laboral.

LEY 26636	LEY 29497
<p>Artículo 28.- PRUEBAS DE OFICIO.- El Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios que considere convenientes, cuando los ofrecidos por las partes resulten insuficientes para producirle certeza y convicción.</p>	<p>Artículo 22.- Prueba de oficio Excepcionalmente, el juez puede ordenar la práctica de alguna prueba adicional, en cuyo caso dispone lo conveniente para su realización, procediendo a suspender la audiencia en la que se actúan las pruebas por un lapso adecuado no mayor a treinta (30) días hábiles, y a citar, en el mismo acto, fecha y</p>

³⁰⁶ BERMÚDEZ OCHOA: "Problemas orgánicos y procesales de la llamada "contaminación procesal", en "Cuestiones de Derecho procesal penal", Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, N° 6, Madrid, 1994, Pág. 57.

<p>hora para su continuación. Esta decisión es inimpugnable.</p> <p>Esta facultad no puede ser invocada encontrándose el proceso en casación. La omisión de esta facultad no acarrea la nulidad de la sentencia.</p>
--

Caracteres de la prueba de oficio en la antigua Ley 26636

Inimpugnabilidad:

Uno de los primeros excesos que ha puesto la norma respecto de la prueba de oficio es el tema de que las partes no pueden impugnar el hecho que el juez llame a la prueba de oficio. Cabe preguntarse entonces qué pasa si el juzgador llama prueba de oficio, y de pronto en el proceso una de las partes presenta nuevos medios de prueba que llegan a determinar el hecho que se quiso demostrar con la prueba de oficio, ¿puede el juez declarar innecesaria la prueba llamada de oficio? La respuesta a esta pregunta es afirmativa. Es posible que el juzgador pueda declarar mediante decisión debidamente motivada que el hecho que permanecía oscuro se aclaró con la prueba aportada por una de las partes. Pero mejor expliquémoslo con un ejemplo:

Cuestiones probatorias:

Otro punto que resulta imprescindible tratar es respecto a si las partes pueden interponer tachas u oposiciones contra



medios probatorios ordenados de oficio por el juzgador. Es el caso de una prueba planteada de oficio por el juez, la cual una vez notificada a la parte, esta procede a oponerse o tacharla en el entendido que no puede o debe actuarse por diversos motivos. Sobre este punto, la idea fundamental radica en determinar si resulta permisible que las partes puedan interponer cuestiones probatorias a las pruebas llamadas de oficio por el Juez.

La prueba de oficio en las distintas instancias judiciales:

Para un mejor entendimiento de este punto debemos partir de una premisa: la prueba de oficio solo puede ser solicitada por el juzgador de primera instancia, es decir, por el juez encargado de llevar el proceso, porque en él recae la obligación de llevar adelante la etapa probatoria del proceso.

Como se puede ver, la prueba de oficio estaba reservada al juez de primera instancia. Pero, ello configuraba un problema a nivel de instancias superiores, quienes viendo que en un proceso judicial se han dejado lagunas en la investigación, decidían no resolver amparándose en el principio de veracidad, declarando nula la sentencia y ordenando al magistrado a investigar mejor la materia controvertida.

Caracteres de la prueba de oficio en la antigua Ley 29497

Inimpugnabilidad

En la nueva Ley Procesal laboral, no se corrige el exceso en cuanto el carácter inimpugnabile que poseía la prueba de oficio en la anterior ley. De esta manera, se no se

ofrece a las partes, la oportunidad de cuestionar la decisión del juez de incorporar dichas pruebas de oficio en el desarrollo del proceso, lo que desvirtúa a todas luces el mismo en cuanto al carácter imparcial que debe mantener el juzgador y de no interferir en el curso del juicio sin que dicha decisión pueda ser cuestionada en cuanto genere un real perjuicio a una de las partes. Si bien es cierto, el carácter de la nueva ley le otorga esta facultad al considerarla como “excepcional”, ello no obsta que se siga incurriendo en el mismo error, al margen de las consideraciones respecto a la suspensión de la audiencia y el plazo de 30 días establecido para continuar con la audiencia.

Oportunidad de la práctica de la prueba de Oficio

En ese sentido, la nueva Ley amplía esta facultad para que pueda ser ejercida ya no sólo a primera instancia pero no en la casación. Hay que señalar que: **La omisión de esta facultad no acarrea la nulidad de la sentencia.**

VIII. CONCLUSIONES

De lo analizado se puede deducir que si bien se ha instituido la oralidad en el nuevo proceso laboral, existen aún en la nueva ley, diversos atavismos jurídicos que nos remiten a modelos que, supuestamente, deben estar ya superados.

En ese sentido, la prueba de oficio ha mantenido casi incólume su preponderancia dentro del nuevo texto normativo, algo que de por sí, trastoca el carácter imparcial que debe mantener el juzgador al dotarle de facultades excepcionales que en un



momento dado puede cambiar el curso del propio proceso, pero no necesariamente hacia la búsqueda de la verdad.

La dirección del juzgador en materia de prueba, constituye una potestad; pero también un deber. El ejercicio efectivo de esa potestad-deber por parte de ellos, marca el inicio de la fase demostrativa del proceso. El comienzo de esa fase, se presenta cuando la persona juzgadora dicta una resolución, donde decide admitir o denegar las pruebas ofrecidas por las partes.

El principio de oficiosidad es un complemento del principio dispositivo, que faculta al juzgador para solicitar prueba que no haya sido ofrecida por las partes; pero con el límite de que esa prueba debe ser introducida para aclarar hechos afirmados por las partes y no situaciones nuevas.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- BAYLOS, ANTONIO. Fundamentos del Derecho probatorio en la Ley Procesal del Trabajo, Editorial Colex, Madrid 2007
- BERMÚDEZ OCHOA: "Problemas orgánicos y procesales de la llamada "contaminación procesal", en "Cuestiones de Derecho procesal penal", Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Nº 6, Madrid, 1994.
- BINDER A., "Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica", en *Reformas procesales en América Latina* (La oralidad en los procesos), Pontificia Universidad Católica, Santiago, 1993
- CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo*. V edición, Tecnos, Madrid, 2008
- NEVES MUJICA, Javier. "Principales objeciones al contrato administrativo de servicios". En: *Laborem*. Nº 9, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2010
- PALOMEQUE, MANUEL CARLOS. *Derecho del Trabajo e Ideología*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2001
- PARADA VÁZQUEZ, J. R. *Derecho Administrativo: Organización y empleo público*. 10ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1996
- PARRA QUIJANO, Jairo, *la Prueba de Oficio*, Editorial Themis, Bogotá 2003
- RESCHER Nicholas, *La racionalidad*, Madrid, Edit. Tecnos, 1993, pág. 81.
- SALA FRANCO, T. *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la junción pública*. MAP, 1 989, p. 16 y ss; ALARCÓN CARACUEL, M. R. *La nueva configuración legal de la relación de empleo público, funcionarios y contratados laborales*. Delegación interprovincial del Instituto de Estudios de la Administración Local, Sevilla



ENSAYOS



LA PROBLEMÁTICA DE LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN EL PERÚ

**Dr. LUIS FERNAN,
CISNEROS IBANA**

Fiscal Superior de la Fiscalía Superior Especializada en
Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de
Huancavelica.



LA PROBLEMÁTICA DE LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN EL PERÚ

INTRODUCCIÓN

Desde hace algo más de un lustro la corrupción constituye uno de los temas estrellas dentro de la política criminal internacional. Y ello tanto en ámbitos regionales, OCDE, OEA como en el marco de las organizaciones internacionales "globales", pues, como es sabido, la ONU a principios de este nuevo siglo estableció el denominado Convenio anticorrupción³⁰⁷. El impulso legislativo al cual obedece este movimiento proviene de las fuerzas que protagonizan los procesos de globalización y particularmente del propio mundo empresarial. Por esta razón la represión de la corrupción interesa tanto por sus efectos devastadores para el desarrollo económico o democrático o los propios derechos humanos, como en su faceta de comportamiento comercial que, por su carácter desleal, atenta contra la competencia y supone además un comportamiento contrario a las reglas más elementales de buen gobierno. Desde este punto de vista, el proceso de armonización global del derecho anticorrupción supone el reforzamiento de una norma de cultura perteneciente al espectro de la *global governance*.

³⁰⁷Una recopilación de los distintos textos internacionales puede encontrarse en Fabián Caparros, *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*. Salamanca, 2000; Además de los textos allí recogidos, vid. la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.

Y es que la corrupción de funcionarios no viene a ser más que la expresión de un Estado mamotreto en donde la juridicidad y legalidad se convierten en monedas devaluadas de los regímenes de turno, útiles sólo para la retórica política pero de ineficacia en cuanto son, precisamente, los altos funcionarios de dichos regímenes los involucrados en toda clase de actos contrarios a la ética y la correcta administración del Estado.

No se trata de establecer políticas criminales, pues la corrupción es un problema que atañe a todas las esferas. Se requiere de un replanteamiento moral de quienes van a hacerse cargo de dirigir al país, con el dogma y la mística de quienes van a administrar un Estado dentro del marco de la Ley y no utilizar ese poder para su propio beneficio.

Asimismo, se enfatiza la lucha contra la corrupción contra el funcionario de menor rango o jerarquía pero muy rara vez se toca a las altas cabezas del Estado. Es por esta razón que se plantea una situación muy problemática que pone en serio riesgo la institucionalidad jurídica del Estado.

PREGUNTA PROBLEMATIZADORA

De todo lo expuesto podemos preguntarnos si, realmente, el problema de la corrupción de funcionarios ¿es una situación que puede ser controlada y manejada sólo



desde el punto de vista penal o atañe a toda la sociedad en su conjunto dado que constituye una seria amenaza para el Estado?

1. LA CORRUPCION EN EL PERÚ

El problema de corrupción pública y privada en nuestro país es un problema de vieja data que se puede ver de manera evidente en nuestro propio proceso histórico, en donde ha ido de la mano con nuestro traumático desarrollo como Estado. No por algo, Manuel Gonzales Prada sostenía acremente que *"en el Perú, donde se pusiera el dedo, saltaba la pus"*³⁰⁸

Por otro lado, la política criminal peruana, sobre todo, aunque no solo, en lo referente a la delincuencia económica, suele hacerse a ciegas. Los estudios criminológicos son en este punto inexistentes e incluso se carece de estadísticas que señalen el número de procesos incoados por cohecho o las sentencias recaídas. Por ello en lo referente a la estructura, amplitud, lesividad, etc. debemos contentarnos con los estudios realizados en países económica y culturalmente cercanos como el caso de Argentina, Chile o el de España y con comentar las características de la corrupción a partir de los casos sentenciados, esto es: de la cifra clara, lo cual resulta metodológicamente cuestionable en un ámbito caracterizado por una elevada cifra negra.

La ausencia de libertades durante la última década (1991-2001) y la escasa

independencia del poder judicial y, más aún, del Ministerio Público y la Contraloría, impidió que a los tribunales llegaran asuntos de corrupción política y económica sólo recién a partir del 2002 con los procesos a los personajes evidentemente comprometidos con el corrupto régimen de Alberto Fujimori. Los casos de los que se ocupaban los tribunales respondían, en su mayoría, a supuestos puntuales u ocasionales de corrupción, en los que intervenían funcionarios públicos que no ocupaban cargo relevante alguno. Solo a partir de la década del 2000 se han empezado a juzgar supuestos de "gran corrupción" en los que estaban implicados operadores económicos y funcionarios de alto nivel jerárquico. Los asuntos ligados a la corrupción de altos cargos políticos con mayor repercusión social hasta ahora juzgados son hechos que acaecen entre 1991-2000 y presentan características muy similares.

Las decisiones públicas objeto de comercio son en todos los casos la construcción de infraestructuras y la decisión pública comprada consiste en la adjudicación de la obra. La elección de la empresa sobornante resulta posible bien porque se elige un sistema de adjudicación directo o se procede con maliciosa tendenciosidad como el caso de las valoraciones porcentuales cuyos criterios son variados de acuerdo a la conveniencia de los funcionarios implicados en el acto de corrupción, tal como ha sucedido recientemente con la empresa Perúpetro y la empresa dinamarquesa Discovery en el ya sonado caso de Alberto Quimper y Rómulo León Alegría o el oscuro

³⁰⁸GONZALES PRADA, MANUEL, Obras Completas, Editado por la Pontificia Universidad Católica, Lima 2001,



caso de la compra de ambulancias y patrulleros en el régimen de gobierno anterior del Partido Aprista.

En otros supuestos la adjudicación de la obra se realiza violando abiertamente el procedimiento de contratación, lo que implica que conjuntamente con el delito de cohecho se realiza el tipo de prevaricación.

Del lado de las empresas, la instrumentalización del pago de sobornos se efectúa normalmente a través de la creación de sociedades de fachada, sin actividad comercial alguna, a las que abonan por servicios ficticios cantidades inexistentes o de obra tal como sucede en la construcción de obras públicas.

Dentro del hampa de la corrupción política, merece remarcarse la figura del tráfuga retribuido, representante partidario que rompe la disciplina de partido a cambio de una contraprestación económica o la promesa de un puesto en el futuro gobierno o administración, con el fin de votar a favor de normas visiblemente orientadas a promover los intereses del partido gobernante. Este comportamiento supone un caso peculiar dentro de la corrupción de parlamentarios o representantes electorales de los ciudadanos, pues aparece allí donde existen mayorías políticas inestables con el fin de alterar esta mayoría y dar el gobierno al partido de la oposición. Fuera de esta apología de casos, no se conocen hasta ahora, en la práctica judicial, supuestos de lobbismo ilegal, en la que poderes o intereses económicos hayan sobornado a parlamentarios con el fin de que en determinadas votaciones o mediante el

ejercicio de otros actos propios de su cargo defendieran sus intereses económicos.

2. EL FENÓMENO DEL QUE SE PARTE

Como se acaba de apuntar, el punto de referencia inicial es el comportamiento desviado de agentes que intervienen en el ámbito público, que podemos concretar ya como el sector de actuación propio del Estado en su acepción más amplia, esto es, incluso no sólo de la Administración en sentido estricto, sino también de sus instituciones políticas y a la vez, de sus canales de comunicación con particulares en la medida en que el flujo de intereses entre unos y otros se inscribe en la actuación pública. Avanzando un paso más, si lo que caracteriza a la actuación política y administrativa estatal es la persecución y/o salvaguarda del interés público, los comportamientos desviados en este ámbito lo serán, en principio cuando se *desvíen de ese interés general para favorecer intereses particulares*, lo que genéricamente puede identificarse con el concepto popular e incluso, periodístico, de "corrupción".

Desde luego y como precisión obvia, en un Estado social y democrático de derecho, la concreción de lo que sea interés público tiene sus propios mecanismos de legitimación, no basados exclusivamente en una concepción formalista de la legalidad pero con sus propios cauces de expresión democrática cuyo estudio en profundidad desbordaría ampliamente los límites de este trabajo.

Sin embargo, la renuncia a profundizar en el concepto de interés público no impide



advertir sobre la inconveniencia de estigmatizar la presencia de intereses particulares y su intervención en el ámbito de lo público, así como de las abstracciones sobre el carácter asépticamente inmaculado del juego de intereses públicos y privados en la escena política.

Lo anterior viene a cuento para situar la intervención de los denominados grupos de presión representantes de intereses privados, en la escena pública y su relevancia en la precisión de lo que deban considerarse como comportamientos desviados, teniendo en cuenta que la "presión" ejercida por dichos grupos se dirige a propiciar un determinado comportamiento de los agentes públicos en beneficio de intereses propios que, en tal medida, pueden conducir a una desviación del interés general que entre al terreno de lo criminalizable.

Sabido es que en otros sistemas la actuación de los grupos de presión económica y social posee un carácter mucho más institucionalizado que en el nuestro. El reconocimiento del grupo de presión (el "lobby") como algo característico de la cultura anglosajona, que incide abiertamente en la toma de decisiones por parte de la Administración, es presentado por sus partidarios como algo que favorece la claridad y transparencia en el propio proceso de decisión puesto que, en definitiva, saca a la luz pública a los interlocutores de la Administración y sus intereses.

Sin embargo, éste puede ser un planteamiento desviado de la cuestión: la claridad en el proceso de toma de

decisiones por la Administración no es, ni mucho menos, patrimonio exclusivo de la existencia institucionalizada del grupo de presión y de sus canales de comunicación con el poder político y/o administrativo. En un sistema como el nuestro, que se presenta teóricamente como opuesto al de "lobby", es frecuente también el establecimiento de canales de comunicación entre la Administración y los colectivos sociales (de fabricantes de determinados productos, de asociaciones de comerciantes, de grupos industriales, etc.) que indudablemente influyen o pueden influir en la decisión política o administrativa.

El problema no se sitúa exclusivamente en la claridad y la transparencia de la interacción, que puede conseguirse con arreglo a cualquier sistema; por exponerlo con un ejemplo: ante un concurso de adjudicación de obras o una modificación de normas sobre la regulación del suelo, el problema no radica exclusivamente en que los colectivos interesados -por ejemplo, los grupos inmobiliarios- aparezcan y expresen con claridad su voluntad de incidir en la decisión, sino, sobre todo, en el modo en que la decisión se adopta y en si esa opción se tuerce en favor del interés de quien ejerce la presión más fuerte, en detrimento de intereses superiores.

La diferencia respecto a los sistemas con grupos de presión institucionalizados no radica en su propia existencia, puesto que con ese u otro nombre existen en todos los sistemas conocidos, sino en su relación con la Administración y su mayor o menor posición de dominio respecto a las



decisiones que ésta adopte. Concretamente, resulta curioso que la existencia de grupos de presión que operan abiertamente en el sistema norteamericano vaya acompañada de una diferente concepción de la Administración, en la que no opera la tradicional distinción entre interés general (como el propio de la Administración) e interés particular (como el propio de los ciudadanos) que caracteriza a la teoría política y administrativa heredera de la Revolución francesa. A esta separación teórica entre lo público y lo privado, entre el Estado y los grupos de influencia se refiere MENY -en el caso de Francia-, como un "mito" que perdura aunque la práctica política se distancie constantemente del ideal; el reconocimiento de la existencia de los grupos debería correr paralelo, por tanto, a una relativización de esa separación teórica entre el interés público y el interés privado.

La cuestión del interés público como algo relacionado con y afectado por el fenómeno de la corrupción constituye un concepto central en la delimitación del problema. No se trata, desde luego, de mantener un concepto intangible y abstracto de interés general, asentado en una separación tajante entre el Estado y la sociedad, propia del primer liberalismo; tampoco se trata de ignorar que los intereses propios de colectivos de individuos pueden tener igualmente tal consideración, desde el momento que el ejercicio de derechos forma parte de la propia esencia del sistema y, por tanto, trasciende a lo meramente individual. Un mecanismo de presión por excelencia como la huelga, puede dirigirse

contra la Administración, tiene rango de derecho fundamental y puede perseguir la protección de intereses particulares que no por ello, como se ha dicho más arriba, resultan estigmatizados en oposición a lo público³⁰⁹.

Se produce entonces una perversión de las reglas del juego que regulan la relación entre el poder institucional y los grupos que defienden intereses legítimos, en la que determinados agentes sociales adquieren una influencia en la decisión política muy superior a la que tendrían sometiéndose a las reglas del juego político abierto. Y por mucho que se relativice el concepto abstracto de interés público, si una razón de ser tiene la existencia de la Administración es la de colocarse por encima del simple juego de los intereses privados y su confrontación mercantil en términos de poder económico.

En palabras de CUGAT MAURI³¹⁰, en el modelo tecnocrático de Estado, la desviación del interés público puede producirse por la remisión de la resolución de problemas públicos a profesionales que trasladarían sus propuestas de la Administración al Gobierno y de éste al Parlamento, convertido finalmente en mero receptáculo de decisiones administrativas previas y sólo aparentemente neutrales.

³⁰⁹En suma, lo desvalorable no radica simplemente en la existencia de una presión y un intercambio entre la Administración y quien pretende algo de ella puesto que dicho intercambio puede ser beneficioso para ambas partes sin detrimento de la legalidad ni el interés público. Lo desvalorable aparece cuando la presión ejercida sobre el poder llega a producirse con aspectos mercantilistas y privatizadores conduciendo, en la práctica, a la *sustitución de la Administración o su reducción a un simple mecanismo de confrontación entre los distintos intereses económicos.*

³¹⁰CUGAT MAURI, M. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias.* Edit. Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1997.



De todo ello se desprenden unas notas características de la corrupción que han sido resumidas por PIZZORNO³¹¹: 1) la relación institucional entre el miembro de una organización encargado de tomar ciertas decisiones (al que denomina encargado o agente) y el titular de los fines e intereses por los que opera la organización (el mandatario o principal).

Por lo que aquí nos interesa, se trata de la relación existente entre el funcionario encargado de la decisión administrativa y la propia Administración como depositaria del interés de la colectividad; y, 2) la trasgresión de las normas que regulan la confrontación entre el mandato de la autoridad y los intereses privados.

En definitiva, las consideraciones hasta aquí expuestas permiten caracterizar el fenómeno que nos ocupa en torno a los siguientes elementos:

- I. Presencia de un concepto de interés público atribuido a la Administración que se ve desvirtuado en beneficio de intereses privados o, en palabras de SABAN GODOY³¹², "ruptura de la vinculación material del apoderado por la simple vía de poner sus facultades jurídicas al servicio de un interés particular diferente y, por ello, contrario al general al que venía obligado".
- I. Esa desvirtuación del interés público se lleva a cabo infringiendo las normas que canalizan el flujo de los intereses

privados hacia la adopción de la decisión pública, lo que introduce la nota de una cierta "clandestinización" del proceso por el que la decisión se adopta al margen de las reglas de juego.

•

CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Ahora bien, desde el punto de vista penal, el primer problema consiste en desentrañar qué debe entenderse por el concepto de administración pública como bien jurídico tutelado, dentro del título en cuestión a fin de contrastar los actos que lesionen dicho bien jurídico. Y está claro que se trata del poder público que tiene a su cargo la obligación de velar por los intereses generales, conservar el orden, proteger el Derecho y facilitar el desenvolvimiento de las actividades lícitas. Pero también está claro que el término congloba en su significado a la esfera de gobierno del Estado, entendiéndose con ello a todas las funciones antes descritas (la propiamente ejecutiva, la legislativa y la judicial), así como a todas las actividades que el Estado captó con sustento en las más diversas motivaciones, siempre que sea en cumplimiento de finalidades públicas.

En efecto, en la esfera del Derecho Penal, el concepto de Administración Pública es superado porque la protección se extiende tanto sobre las funciones administrativas propiamente dichas como sobre las otras funciones del Estado. Así el concepto de este Título XVIII del Código Penal sobre administración pública es algo muy amplio:

³¹¹ PIZZORNO, A. Introducción al libro de Donatella della Porta, *Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica in Italia*. Bologna, 1992.

³¹² SABAN GODOY. "Corrupción, derecho, poder". En *Claves de la razón práctica*, 19, 1992.



es el gobierno del Estado totalmente integrado con los poderes que lo componen y con los servicios que son inherentes a la naturaleza de esos poderes o que el Estado atrajo a su esfera por razones prácticas y en orden a finalidades públicas, sea que las realice con organismos específicamente administrativos o por medio de organismos autárquicos, aun cuando éstos constituyan entidades jurídicas y en ellos intervengan particulares con sus aportes.

Por eso no es cierto que la administración pública sea lo mismo que la actividad administrativa, al decir de Altavilla³¹³. Y esto es así porque esta idea contiene una concepción totalitaria del Estado, en la cual el bien jurídico es la defensa del Estado como tal.

Puede decirse, como señala Carlos Creus³¹⁴, “que el objeto de protección es la regularidad y eficiencia de la función pública concebida en su sentido más extenso, comprensivo de la *función pública en sentido propio*; es decir, la que importa un encargo del Estado en la persona del funcionario, por medio del cual aquél expresa su voluntad frente los administrados y sobre éstos, como del *servicio público* que se desenvuelve dentro de la Administración”.

El Estado de Derecho, protector de los derechos humanos básicos, que surge de nuestra Constitución, es un producto de la modernidad, que tiene su base en la teoría

de la separación de poderes, originada en Inglaterra.

De esa Carta Magna, surge el artículo 39 “ningún hombre libre puede ser detenido, mantenido preso, expropiado, desterrado, proscrito o de alguna manera destruido, salvo decisión judicial basada en la ley”. Por ende, como ya hemos dicho en otra oportunidad, la base del Estado constitucional y de los derechos humanos se encuentra en esta idea, contenida en el Derecho Constitucional inglés, por el cual “la protección contra la detención y la persecución penal arbitraria, es el derecho fundamental originario, la raíz de la libertad”³¹⁵. Y también es el fundamento de la división de poderes, que posteriormente toma **Montesquieu**, a partir de la experiencia de que “todo hombre que tiene poder tiende a abusar de éste”, hasta que se encuentra con límites.

La teoría de la división del poder estatal o por lo menos de sus órganos, y la oposición de las partes respectivas para que se contengan recíprocamente, sirve de base al Estado moderno, creado bajo la impronta de Hobbes y la idea de soberanía del Estado. En la lucha por la limitación de ese poder es que tanto ha gravitado la teoría en cuestión, y sin duda ha contribuido, con sus limitaciones, dentro del Estado constitucional, a la defensa de los derechos fundamentales del individuo.

Ayuda a esta división la distribución de las diferentes funciones estatales entre

³¹³ALTAVILLA, Enrico, Cuestiones penalistas sobre la Administración Pública, Editorial Ediar, Buenos Aires 1988, p. 103.

³¹⁴CREUS, Carlos, Tratado de Derecho Penal, parte Especial, Editorial Astrea, Buenos Aires 1998, Pág. 215.

³¹⁵KRIELE, ob. cit., p. 209. DONNA, Edgardo A., *Teoría del delito y de la pena*, 7 ed., Astrea, Buenos Aires, t. 1, par. 8, ps. 89 y ss.



diversos órganos constituidos por personas físicas distintas.

Para realizar tal distribución, se introdujo el principio de la separación de poderes, siguiendo la idea base que **quien hace las leyes no debe ser el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas**. El que las ejecuta no debe hacerlas ni aplicarlas. El que las aplica no las debe hacer ni ejecutar³¹⁶.

Se delimitan, con mayor precisión, los conceptos de legislación, administración y justicia. De la mencionada teoría se desprende que ésta se manifiesta en una “división de funciones” juntamente con una “división de órganos”, de tal modo que el poder estatal debe ser ejercido por órganos diferenciados.

De todas formas, a los efectos teóricos hemos seguido la conceptualización de Agustín Gordillo con el objeto de determinar de qué se trata cada una de las funciones como tales. Sintéticamente se puede afirmar que la función legislativa consiste en el dictado de normas jurídicas generales hecho por el Congreso. La función jurisdiccional “es la decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes, hecha por un órgano imparcial e independiente”. Y por último la función administrativa “es toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos

materialmente legislativos y jurisdiccionales”³¹⁷.

Frente a esta teorización, el problema consiste en desentrañar qué debe entenderse por el concepto de administración pública como bien jurídico tutelado, dentro del título en cuestión. Y está claro que se trata del poder público que tiene a su cargo la obligación de velar por los intereses generales, conservar el orden, proteger el Derecho y facilitar el desenvolvimiento de las actividades lícitas. Pero también está claro que la expresión no está utilizada por el ordenamiento penal en la acepción técnica, que antes hemos intentado definir, y que es de la esencia del Derecho Administrativo, sino que adquiere una amplitud ciertamente mayor. El término congloba en su significado a la esfera de gobierno del Estado, entendiéndose con ello a todas las funciones antes descritas (la propiamente ejecutiva, la legislativa y la judicial), así como a todas las actividades que el Estado captó con sustento en las más diversas motivaciones, siempre que sea en cumplimiento de finalidades públicas. Si bien, arrancar del rechazo de la teoría de la separación de poderes implica en mi opinión -dice el autor citado- afirmar un principio de soberanía popular que es excluyente del de la división de poderes. O lo uno o lo otro. O soberanía popular o división de poderes. Y esta soberanía popular, lamentablemente, no puede encontrarse hoy en la realidad. Así las cosas, parece preferible en la actualidad seguir una vía alternativa que, “*intentando eludir (con*

³¹⁶GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Macchi, Buenos Aires, 1994, t. I, ps. VII, 1 y 2

³¹⁷GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo* cit, t. I, par. VIII, ps. 10/42.



la triste impresión de no conseguirlo) toda reconstrucción del sistema, y expuesta al peligro de hacer un uso alternativo de las instituciones burguesas que constituya una mistificación práctica, logre evitar ambas cosas y, en cambio, permita una elaboración teórica adecuada a la fase del desarrollo actual”³¹⁸.

En efecto, en la esfera del Derecho Penal, el concepto de Administración Pública es superado porque la protección se extiende tanto sobre las funciones administrativas propiamente dichas como sobre las otras funciones del Estado. Así el concepto de este Título XI del Código Penal sobre administración pública es algo muy amplio: es el gobierno del Estado totalmente integrado con los poderes que lo componen y con los servicios que son inherentes a la naturaleza de esos poderes o que el Estado atrajo a su esfera por razones prácticas y en orden a finalidades públicas, sea que las realice con organismos específicamente administrativos o por medio de organismos autárquicos, aun cuando éstos constituyan entidades jurídicas y en ellos intervengan particulares con sus aportes.

Por eso no es cierto que la administración pública sea lo mismo que la actividad administrativa, al decir de Altavilla³¹⁹. Y esto es así porque esta idea contiene una concepción totalitaria del Estado, en la cual el bien jurídico es la defensa del Estado como tal.

El Código de 1991, que en este sentido ha incluido, como lo expresara en la

introducción de este artículo, en el Título XVIII los llamados delitos contra la administración pública, un variado catálogo de tipos penales que tienen en común, en principio, son delitos cometidos tanto por los particulares como por el funcionario público.

No habría discusión en sostener que se protege la función pública, entendida como el regular, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones de los tres órganos del Estado, tal como se explicó, pero con la idea de que no sólo se refiere a la función específica de los poderes del Estado, sino además a la típica función administrativa de todos ellos. Se pretende asegurar la conducta de los funcionarios públicos, quienes con la inobservancia de los deberes a su cargo obstaculizan esa regularidad funcional, dañando no sólo a la función en sí, sino a los particulares. De modo que el bien jurídico en el Título XVIII es la preservación de la función pública, frente a los ataques que provienen, tanto de la propia organización burocrática del Estado y de sus miembros, como de los particulares.

Para Bramont Arias se incluye la función pública en sentido propio, “que es la que se realiza en virtud de un encargo, de una delegación de Estado en la persona del funcionario y que tiene una repercusión fuera de la administración, ya que expresa la voluntad del Estado frente a los administrados y sobre ellos, aunque sean a su vez funcionarios o empleados (por ej. en el Derecho disciplinario), ora que se configure como función pública asumida libremente por el funcionario, ora como

³¹⁸Ibidem, pág. 193.

³¹⁹ALTAVILLA, Enrico, *Concezione penalistica della amministrazione*, en *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, 1938, p. 103.



carga pública en quien se vio obligado a asumirla, ya se trate de una función de autoridad -representando e imponiendo la voluntad del Estado en cuanto desarrollo de poder- o de simple gestión”³²⁰. Peña Cabrera, por su parte, incluye al servicio público, siempre que se desenvuelva exclusivamente dentro de la administración, aunque se protege todo tipo de servicio público, ya sea que se preste dentro o fuera de la función³²¹. No se podría terminar el concepto de bien jurídico, sin hacer una referencia a lo afirmado por Villa Stein.

CONCLUSIONES

Los delitos de corrupción representan uno de los retos más grandes a los que se enfrenta todo Estado en cuanto estos constituyen no sólo un problema jurídico penal sino la expresión de la calidad moral de una sociedad, por lo que su incremento se convierte en una seria amenaza a la propia institucionalidad del Estado.

Asimismo, la globalización de la estrategia anticorrupción posee aspectos de política criminal peculiares, inéditos hasta ahora en los derechos penales nacionales. Tres características deben a mi juicio destacarse. En primer lugar, la asimilación de funcionarios de otros países y de instituciones nacionales a los funcionarios nacionales. En segundo lugar, el empleo de diversas vías de sanción y de mecanismos de prevención de la corrupción. La mayoría

de los tratados internacionales además de armonizar los delitos de cohecho, se han percatado de la utilidad de otros preceptos como las falsedades en la documentación social, el blanqueo de capitales o de medios de sanción indirectos como la imposibilidad de deducción fiscal de los sobornos. En tercer lugar, la política internacional se caracteriza por la difuminación de las fronteras entre la corrupción pública o privada, proceso que se consigue bien empleando un concepto de funcionario público más amplio que el nacional, como ocurre en el Convenio OCDE, bien criminalizando directamente la corrupción entre privados (Proyecto de una acción común de la UE, Convenio del Consejo de Europa).

Por otro lado, la problemática de la corrupción de funcionarios no es problema que atañe sólo a lo jurídico. En la realidad, la situación para alcanzar un verdadero grado de plenitud moral, se requiere la participación de todos. Por un lado, el pueblo en la búsqueda de la asunción de una conciencia colectiva respecto a sus derechos y facultades así como a su capacidad fiscalizadora de los actos provenientes de las altas esferas del poder. Por otro lado, la importancia de este énfasis es mucho más trascendente en el campo de la Administración de Justicia, pues es precisamente este sector el clave para el éxito de este presupuesto. Una adecuada administración judicial, evita y sanciona aquellos actos de corrupción que se pueden dar en otras áreas de la Administración Pública, pero, un Poder Judicial corrupto, implica tal gravedad de situación, que pone

³²⁰BRAMONT ARIAS, Los Delitos de la Administración Pública, Revista Themis N° 7, Año 1998, PUCP, Lima 1998.

³²¹PEÑA CABRERA, Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Editorial San Marcos, Lima 2001, Pág. 317.



en riesgo la propia supervivencia jurídicamente organizada del Estado.

En nuestro país, heredero de una tradición administrativa basada en muchos casos en la corrupción afronta en este nuevo milenio ese nuevo reto. Se tiene que reconstruir moral y éticamente. Para ello se requiere crear cultura y conciencia contra este flagelo. Y eso se logra, no sólo implementando nuevas leyes o aumentando la severidad de las penas ya existentes, sino por una verdadera vocación de superación y de supervivencia como nación y como país.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTAVILLA, Enrico, *Concezione penalistica della amministrazione, en Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, 1938
- ALTAVILLA, Enrico, *Cuestiones penalistas sobre la Administración Pública*, Editorial Ediar, Buenos Aires 1988,
- BRAMONT ARIAS, *Los Delitos de la Administración Pública*, Revista Themis N° 7, Año 1998, PUCP, Lima 1998.
- CREUS, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, parte Especial*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1998,
- CUGAT MAURI, M. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Edit. Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1997.
- GONZALES PRADA, MANUEL, *Obras Completas*, Editado por la Pontificia Universidad Católica, Lima 2001,
- GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Macchi, Buenos Aires, 1994,
- KRIELE, ob. cit., p. 209. DONNA, Edgardo A., *Teoría del delito y de la pena*, 7 ed., Astrea, Buenos Aires, t. 1
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial San Marcos, Lima 2001
- PIZZORNO, A. *Introducción al libro de Donatella della Porta, Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica in Italia*. Bologna, 1992.
- SABAN GODOY. "Corrupción, derecho, poder". En *Claves de la razón práctica*, 19, 1992.

LA JERARQUÍA DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO PERUANO

**Dra. GONZALES ZUÑIGA RODRIGUEZ,
MIRYAM GUADALUPE**

Fiscal Adjunta Provincial



LA JERARQUÍA DE LA CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO PERUANO

INTRODUCCIÓN

Es indudable la importancia que tiene el control, revisión o examen de constitucionalidad de las leyes, pues permite la consolidación de la Constitución como norma jurídica, que sus postulados tengan plena vigencia, lo que implica además que los derechos que en ella se consagran -en su dimensión objetiva- serán realmente respetados. El control, revisión o examen de constitucionalidad de las leyes consiste en comprobar si todas aquellas que integran el sistema jurídico son conformes con la Constitución, control que varía según la opción del constituyente. En el caso peruano, tanto en la Constitución de 1979 como en la vigente, se optó por un submodelo de control de constitucionalidad, denominado dual o paralelo por nuestro constitucionalista Domingo García Belaunde.

En efecto, ambas constituciones establecieron el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Tribunal Constitucional, respectivamente, como encargados de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, siguiendo el modelo europeo, kelseniano o concentrado; y el deber de los jueces del Poder Judicial de inaplicar las normas legales que resulten

incompatibles con una norma constitucional, siguiendo el modelo del control judicial de constitucionalidad de las leyes, americano, difuso o *judicial review*.

En materia de derechos humanos, y en paralelo a esta estructura de control de constitucionalidad, va abriéndose paso lenta, pero decididamente, la idea de situar en manos de la jurisdicción ordinaria el control de conformidad de la ley a los preceptos de CIDH³²², entendiéndose, de este modo, una nueva especie de control *a posteriori* sobre la actividad del legislador impregnado de características propias³²³.

Sobre el control de conformidad de la ley al contenido del CIDH por parte de los jueces encontramos una serie de artículos que, tratando en general sobre la influencia del CIDH en el ordenamiento jurídico interno se

³²² La Convención Americana sobre Derechos Humanos integra expresamente nuestro texto constitucional desde 1994. En esa medida, siempre que se ejerza por nuestros tribunales el control de constitucionalidad también estarán comprendidas las cláusulas convencionales en esa tarea. Sin embargo, más allá de reconocer ello, no deja de llamar la atención una reiterada expresión utilizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este órgano de aplicación de la Convención con jurisdicción supranacional ha señalado que "los tribunales locales no deben limitarse a analizar si una ley es o no inconstitucional, sino que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana.

³²³ El Perú es Estado Parte en la Convención Americana desde el 28 de julio de 1978 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte el 21 de enero de 1981



adentran en algunas consideraciones entorno a la solución de inaplicabilidad de las leyes cuando se oponen al mencionado Convenio.

Las cláusulas convencionales tienen jerarquía constitucional, por lo que cabría preguntarse ¿qué diferencia existe entre el control de constitucionalidad y este “control de convencionalidad” a que se refiere la Corte Interamericana? Podría ensayarse como primera respuesta aproximativa que entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad existe la misma relación que entre el control de constitucionalidad concentrado y el control de constitucionalidad difuso.

EL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD Y LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS SOBRE LAS NORMAS INTERNAS.

¿Cómo se ha llegado a esta fase en la evolución de la aplicación del CIDH y del papel del juez ante una posible contradicción entre precepto legal y el Convenio? En primer lugar, hay que destacar el *fundamento constitucional* que inspira esta solución: El Art. 55 de la Constitución peruana establece con respecto a los Tratados que: “*Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*”. Por otra parte el artículo 205 del mismo cuerpo legal señala que: “*Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte*”. Es

decir, se dispone que los tratados y acuerdos debidamente ratificados o aprobados tengan, desde el momento de su publicación, rango superior al de las leyes.

Dos son, pues, los aspectos que dimanarían de ambos Artículos: Por un lado, la consagración del sistema monista de incorporación del derecho internacional al ordenamiento peruano, exigiendo únicamente la ratificación por parte del Congreso del Tratado para su recepción en Derecho interno³²⁴, y, por otro lado, *la primacía del tratado sobre la ley peruana* en los casos en los que la persona considere lesionado sus derechos constitucionales.

Como consecuencia de esta regulación, y del principio de primacía del tratado internacional, en caso de conflicto entre un tratado en vigor y una ley las autoridades judiciales están obligadas a inaplicar los preceptos legales contrarios al tratado. Los jueces ejercen así un verdadero *control* sobre la actividad legislativa, conocido como control de “convencionalidad” de las leyes (*contrôle de conventionnalité des lois*) cuyo parámetro de enjuiciamiento incluye el conjunto de tratados internacionales ratificados por la República peruana y ulteriormente publicados que cumplan determinados requisitos. El principio de

³²⁴ Artículo 56°.-Aprobación de tratados

Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos Humanos.
2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3. Defensa Nacional.
4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.



sujeción de los jueces a las leyes queda, por esta nueva vía, relativizado.

Sobre este tema -señala De La Lama- las posturas en el Derecho constitucional comparado se pueden clasificar en tres grupos:³²⁵

Una primera postura otorga primacía al tratado sobre la Constitución. En este caso, el tratado se aprueba y la norma constitucional opuesta queda automáticamente reformada, sin ser necesario ningún procedimiento adicional. Es el caso de la ya citada Constitución del Reino de los Países Bajos, cuyo artículo 63 establece: "*Si el desarrollo del orden legal internacional lo requiere, el contenido de un tratado puede apartarse de ciertas disposiciones de la Constitución*".

Una segunda postura otorga primacía a la Constitución sobre el tratado, prohibiéndose expresamente la aprobación de un tratado contrario a una norma constitucional. Esta es la opción más difundida y es el caso del artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador, que señala: "*No tendrán valor alguno las leyes, decretos, (...) y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones*".

Por último, una tercera postura permite la aprobación de un tratado que contenga una cláusula contraria a la Constitución pero previa reforma de esta. Al igual que en el caso anterior, el tratado que colisiona con el texto constitucional no puede ingresar en el

Derecho interno, pero, en este caso se establece la vía para remover el obstáculo que significa esta colisión normativa, es decir, la reforma constitucional.

Este es el caso del artículo 95 de la Constitución española y 54 de la Constitución francesa que establece que cuando un compromiso internacional contenga una cláusula contraria a la Constitución, la autorización de ratificarlo no podrá producirse sino después de la reforma de la Constitución³²⁶.

El modelo peruano no sigue ninguno de los tres sistemas mencionados. Al igual que la Constitución derogada adopta una postura novedosa. Así, para que se apruebe un tratado en conflicto con una norma constitucional, solo se requiere la aprobación de dicho acuerdo utilizando el procedimiento que está previsto para la reforma constitucional³²⁷. Es similar, por ende, a la tercera postura antes señalada, pero sin existir propiamente la reforma constitucional.

En este sentido, la norma constitucional sigue rigiendo fuera del ámbito de aplicación del tratado y recupera su plena vigencia en caso de que este fuese objeto de una denuncia o terminara. En

³²⁶ La exigencia de publicación lleva a A.MANGAS MARTÍN a calificar el sistema francés de "monismo moderado" por contraste de lo que sería el "monismo puro" en el que la recepción en el derecho interno se produce desde la misma ratificación del Tratado. Vid. A.MANGAS MARTÍN: "La posición de los Ordenamientos Internos respecto al Derecho Internacional" en M.DÍEZ DE VELASCO: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1991, p.191.

³²⁷ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Pontificia Universidad Católica del Perú. Tesis doctoral, Volumen III, Lima, 1997, p. 139. *Ibidem*, p. 148.

³²⁵ DE LA LAMA, Miguel LA Constitución Política de 1979.J /os Tratados. En: "La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación". Lima, p. 487.



consecuencia, la sustitución de la norma constitucional por la norma del tratado solo se verifica sobre el campo de aplicación del mismo; en todos los demás casos, la Constitución mantiene plena vigencia. La postura adoptada por la actual Constitución presenta consecuentemente algunas ventajas:

En caso de denuncia o expiración del plazo del tratado, la entrada en vigor de la norma constitucional es automática. No es necesario volver a incorporar la norma constitucional al sistema jurídico.

Podría darse el caso -de adoptar la tercera postura referida- que se reforme la Constitución y el tratado no entre en vigor (por ejemplo, por faltar un número de ratificaciones determinado), en cuyo caso, se presentaría un vacío legislativo que no se configuraría con la fórmula adoptada.

De otro lado, al ser estos tratados aprobados por el procedimiento de reforma constitucional y dejar en suspenso una norma constitucional, en el espacio y durante el tiempo de su vigencia, algunos constitucionalistas señalan que estos tratados tienen consecuentemente rango constitucional³²⁸. Una interpretación contraria -señalan- nos llevaría al absurdo de reconocer que una norma de rango inferior a la constitucional (esto es, legal) puede suspender una norma constitucional. Agregan que lo razonable de esta

interpretación se basa en que la vigencia del tratado no podrá ser posteriormente objetada, en tanto se habrá cumplido con todos los requisitos (de procedimiento y jerarquía normativa) para que la norma del tratado sea perfectamente válida.

Sin embargo, lo cierto es que aquí no estamos ante el simple supuesto de colisión entre dos normas nacionales que deba ser resuelto a favor de aquella dictada posteriormente o de la de mayor jerarquía, sino ante un tratado que antes de ser ratificado y, por ende, antes de formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, se manifiesta contrario a una norma constitucional. Se trata entonces de dos supuestos diferentes. Precisamente, para evitar el conflicto normativo, el tratado es aprobado siguiendo un procedimiento especial que, una vez concluido, deja en suspenso la norma constitucional, para permitir posteriormente, la ratificación interna e internacional del tratado y con ello, su incorporación al Derecho interno peruano. En consecuencia, nunca llega a producirse el conflicto normativo; en el momento en que el tratado se incorpora a nuestro Derecho nacional no contradice ninguna norma constitucional, menos aún la deroga o deja en suspenso. Por tanto, el tratado se incorpora a nuestro ordenamiento como el resto de acuerdos internacionales celebrados por el Perú, esto es, como una norma con rango de ley.

Por último, si bien el artículo 57 de la Constitución resuelve el supuesto de colisión entre un tratado y una norma constitucional, antes de que la primera sea aprobada por el Congreso, cabría

³²⁸ En otras palabras, aprobada por mayoría absoluta de los miembros del Congreso y ratificada a través de un referéndum. Se señala, asimismo, que puede obviarse el referéndum cuando la nueva norma que trae aparejada el tratado se aprueba en dos legislaturas ordinarias sucesivas y por mayoría calificada superior a los dos tercios de los miembros del Congreso (artículo 206).



preguntarse ¿qué sucede con una norma convencional ya vigente para el Perú contraria a la Constitución?

Pues, a nivel interno, es posible plantear una acción de inconstitucionalidad contra el tratado, basados en el artículo 200, inciso 4 de la Constitución, a efectos de lograr su invalidez. Empero, desde el punto de vista del Derecho Internacional, la respuesta la tenemos en los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. -

En efecto, el artículo 27 ya citado, señala la primacía de la norma convencional internacional sobre cualquier norma interna. Sin embargo, el artículo 46 establece un excepción a este principio, al señalar:

"El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su Derecho interno.

Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe".

De este artículo se desprende que solo cuando la norma interna violada por el tratado sea: a) de carácter constitucional; b) específicamente sobre celebración de tratados y; c) que la violación fuera conocida por la contraparte; será posible

plantear la nulidad del tratado y/o del consentimiento del Estado. En todos los demás casos de colisión entre la norma interna y el tratado, se mantendrá la vigencia y primacía de este último sobre la norma nacional, aun cuando esta sea de carácter constitucional³²⁹.

Para Cesar Landa los Tratados Internacionales ocupan una jerarquía superior al derecho interno: *"Esta tesis uniformiza el Derecho y la jurisprudencia nacional e internacional, bajo la primacía del Derecho internacional. En tal sentido, se sigue la tesis que asumen la supremacía del tratado internacional sobre la constitución-treaties supreme law of land-. Postulado que adquiere plena vigencia para la defensa de los derechos humanos, en la defensa que la persona humana constituiría el sujeto de Derecho internacional, incluso mejor protegido que el Estado."*³³⁰

Similar criterio adopta Eduardo Ferrer: *"la supremacía constitucional se está redimensionando, a partir del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo pasado. (...) Lo anterior se admite en nuestra región, en donde CIDH adquiere una prevalencia superior respecto de cualquier norma interna (Incluida las constituciones), como se ha puesto en evidencia con la*

³²⁹ Como lo señala BIDART CAMPOS, Germán. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: 'Jurídica'. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana N° 20,19901991, pp. 107-108: "Esta falta de sintonía entre las soluciones internas y las del Derecho internacional debe hacernos meditar mucho. Personalmente, nos inclinamos a propiciar que las constituciones reconozcan la prevalencia de los tratados, en todos los casos [...]".

³³⁰ LANDA, César, Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Palestra Editores, Lima 2009, pág. 35.



evolutiva jurisprudencia convencional, que hace suponer una "supremacía convencional."

Estas apreciaciones se extienden a textos internacionales aplicables por la jurisdicción peruana (ordinaria y administrativa) que pueden contribuir al desplazamiento de una ley contraria a los mismos. Entre ellos se encuentra el CIDH, uno de los puntales a la hora de abordar la primacía del derecho internacional sobre las leyes en la actividad judicial de control, pues en el Convenio de San José confluyen todas las condiciones que pueden dar lugar a la inaplicabilidad de la ley. No estamos hablando aquí sólo de cómo el CIDH ha inspirado la interpretación del ordenamiento jurídico peruano en los diversos órdenes, sino también, y en particular, de cómo la incompatibilidad del CIDH con la ley exceptúa la sujeción de los jueces a la misma.

El CIDH resulta especialmente idóneo para satisfacer las condiciones que, según indica la doctrina, exige la aplicabilidad de un tratado: presenta el suficiente grado de concreción como para ser invocado ante los tribunales, concreción asociada a su carácter de tratado que genera derechos individuales³³¹, y cumple, asimismo aunque

ello haya sido objeto de discusión con la reserva de la reciprocidad. Que el Convenio genera derechos individuales se extrae de su artículo 1 al declarar que "*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*" lo que distingue al Convenio de otras formulaciones contenidas en instrumentos internacionales como, por ejemplo, la Carta Social Europea de 1961 en las que las Partes Contratantes se limitan sólo a reconocer como *objetivo* de su política el establecer aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios

una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana." Puede apreciarse que la Corte invoca que en este control no solo sea de aplicación la norma internacional sino también la interpretación que sobre ella hagan los Tribunales Internacionales como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desarrollando más aun esta teoría el Magistrado de la Corte Interamericana García Ramírez (voto razonado), nos ilustra que para el control de convencionalidad se puede invocar toda la normativa internacional: "(...) al referirse a un "control de convencionalidad" la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus iuris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado (...)". Es así que los jueces peruanos al medir el estándar de convencionalidad de cualquier norma interna pueden relacionarlo con todos los tratados que el Perú haya suscrito sobre derechos humanos.

³³¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile del 26 de septiembre de 2006, acoge los primeros criterios sobre el control difuso de convencionalidad, que luego se irá repitiendo en otras sentencias: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer



que se expresan en la Carta sin que la atribución de derechos subjetivos a la persona quede confirmada.

El carácter preciso de algunas disposiciones del CIDH, y en particular de los derechos del Título I, facilitan su alegación directa frente a las autoridades administrativas y judiciales sea como oposición a un acto administrativo, a una norma general (reglamentaria o legal), o a actos de particulares³³².

Más controvertido es el cumplimiento de la condición de reciprocidad por parte de los Estados miembros del CIDH. Diversas interpretaciones se conjugan entorno a este problema. Una interpretación muy rigurosa llevaría a condicionar la primacía del Tratado y el desplazamiento de la ley peruana en caso de contradicción, a que en el resto de Estados miembros del Convenio también se ejerciese un control de conformidad del derecho interno al Tratado en condiciones análogas, es decir, que si en Perú se inaplica una ley por contradecir el Tratado, la misma consecuencia sea prevista por el ordenamiento jurídico interno de la otra parte contratante.

Una interpretación más flexible vendría únicamente a observar si el Convenio es de efectiva aplicación en la parte o el resto de partes que lo suscribieron sin atender a cómo queda garantizada la eficacia del tratado en los ordenamientos jurídicos del resto de estados miembros, algo que el Art. 2 de la Convención deja bastante claro al precisar el **deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Textualmente:** “Si el ejercicio de los derechos y libertades

mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Pese a la discusión que podría entablarse a partir de los términos en los que el art. 2 de la Convención está redactado, la tendencia es la de exceptuar este instrumento de la reserva de reciprocidad. Varios son los argumentos reseñados: primero, la inmensa carga de conocer por parte del juez las condiciones de aplicación del CIDH en el resto de Estados que lo ratificaron (dificultad equiparable a la de cualquier tratado multilateral) para proceder al control de convencionalidad. Segundo, la exclusión de la exigencia de reciprocidad en las convenciones relativas a la protección de los derechos del hombre según el derecho de los tratados codificado en la Convención de Viena de 1969 (art. 60.5) y, tercero, la propia manifestación del CIDH en los términos de su preámbulo, obligaciones subjetivas en beneficio de una “garantía colectiva.

La aplicación del CIDH por parte de los jueces y su eventual primacía sobre las leyes en caso de discordancia queda, hechas estas precisiones, fuera de dudas. Ahora bien, ¿cómo se han ido consolidando estas circunstancias en la práctica?

En el fundamento 53 Expediente Nº 03173-2008-PHC/TC del voto singular del Dr. Landa

³³² BIDART CAMPOS, Germán. Ob. Cit., p. 119.



Arroyo³³³, hace referencia la relación entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional: *"Ha sido la Corte IDH instancia supranacional con la que el Tribunal Constitucional, según quedó establecido en la STC 2730-2006-PA, tiene una relación de cooperación mutua en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales"*

En el fundamento 27 del mismo voto singular, se expresa que *"resulta verosímil que la sentencia de segunda instancia emitida en este proceso haya desconocido un precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional, y una orden expresa emitida por la Corte IDH, al considerar que la acción penal (...) ha prescrito.(sic)"*

Es muy importante recalcar que la responsabilidad que tiene los magistrados judiciales de cumplir a cabalidad con los Tratados Internacionales aun contradiciendo a su derecho interno se fundamenta en el art. 27 Convención de Viena sobre el referido derecho de los tratados) y de controlar a los demás poderes, ya que aquellos tienen prioridad sobre estos³³⁴.

La Corte Interamericana en ese sentido ha fijado posición, llegando a señalar que ni siquiera la normatividad de la Constitución del Estado debe ser motivo para no cumplir

con las obligaciones de los Tratados de Derechos Humanos³³⁵: *"(...) Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno (...) aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional"*³³⁶

Desde esa perspectiva, es indudable que si le permitiera a los Estados invocar sus normas internas para excusarse de dar satisfacción a obligaciones internacionales, el Derecho Internacional resultaría desmembrado y sus normas se tomarían completamente ineficaces. De acuerdo a ello, el principio de sujeción de los Estados contratantes con respecto a sus obligaciones internacionales tiene que darse forzosamente a la aceptación de la resolución. Los Tratados de Derechos Humanos difieren en su aplicación a los tratados ordinarios, por cuanto un Tratado de Derechos Humanos tiene determinadas particularidades: *"(...) Los tratados concernientes a la protección de los derechos humanos están orientados a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano, más que a fijar las normas de relación entre los Estados. (...) sirven al*

³³³ Expediente N.º 03173-2008-PHC/TC del 11 de diciembre de 2008, suscribiendo en mayoría los Doctores Vergara Gotelli; Mesía Ramírez, Calle Hayen y Álvarez Miranda. Con votos singulares los Doctores Beaumont Callirgos y Eto Cruz por un lado y por otro el Dr. Landa Arroyo.

³³⁴ La Convención de Viena, sobre derechos de los Tratados, en su artículo 27 proscribire, que los estados planteen excusas sobre limitaciones de su normatividad interna para dejar de cumplir con los tratados. "(...) no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado."

³³⁵ Para el Dr. Cesar Landa queda establecido que los tratados en materia de derechos humanos, tienen una jerarquía no solo constitucional, sino que también gozan de una fuerza material constitucional. Lo cual se extiende, formalmente, cuando al incorporar al derecho interno un tratado modificador de disposiciones constitucionales, este debe ser aprobado, previamente, por el Congreso, siguiendo las normas establecidas para la reforma constitucional, antes de su ratificación por el Presidente de la República. Ello, ciertamente se condice con la tendencia histórica de la supremacía del Derecho internacional sobre el Derecho Interno. (LANDA Cesar. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Palestra Segunda Edición. Pag. Nov. 2003. pág. 785).

³³⁶ Opinión Consultiva del 09.12.94. Párrafo 35.



*fin de proteger los derechos fundamentales de los seres humanos frente a su propio Estado y ante los otros Estados contratantes. Se inspiran en valores comunes superiores, centrados en la protección del ser humano (...). Los tratados, convenciones y declaraciones del sistema interamericano en materia de derechos humanos son la fuente principal de obligaciones de los Estados en esta materia (...)*³³⁷

Se trataría, pues, de resolver, si el juez actúa frente a una ley como “comisionado” de aplicación del CIDH (con un mayor margen de apreciación para el resto de autoridades) o de si los jueces son, en términos del TC, la “autoridad nacional” en cuyas manos se estima plena mente la oportunidad de la disposición legislativa cuando infrinja un derecho CIDH (plano en el que la doctrina del “margen de apreciación” pierde parte de su sentido).

Si se diese ésta última situación sería difícil sostener que el parámetro de control sea sólo el CIDH ya que en la adopción de éste parámetro se tiene en cuenta el desarrollo doctrinal del TC, “margen de apreciación” incluido sino que habría un claro indicio para creer que en el control instado por los jueces ordinarios también la Constitución se encuentra implicada tanto en su referencia a los derechos fundamentales como en el desarrollo que los mismos derechos han experimentado en las decisiones del Consejo Constitucional.

Considerar al juez nacional como un “comisionado” del CIDH resulta, desde el

otro cuerno del dilema, también exagerado: para empezar porque el control de convencionalidad de las leyes se predica de *todo* el Derecho Internacional y deriva de la propia Constitución. La solución, como suele ocurrir ante cualquier disyuntiva de esta naturaleza, se encuentra en un inaprensible término medio: tal vez no resulte aplicable por el juez una doctrina coincidente con la sostenida por el TC aunque el grado de deferencia que debe mantener hacia el legislador nacional sea mayor que el exigido a una jurisdicción constitucional.

CONCLUSIONES

Lo lógico en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho es que frente a las violaciones de derechos humanos las personas tengan a su disposición recursos y acciones judiciales efectivos para su protección y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas, por ejemplo a través de las acciones constitucionales. En este sentido, los tratados de derechos humanos imponen el deber a los Estados de proveer recursos eficaces a las personas para la defensa de sus derechos. Incluso algunos tratados imponen a los Estados el deber de desarrollar las posibilidades de un recurso judicial.

La Corte ha dicho que esta norma impone el deber a los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Tal obligación opera tanto respecto de los

³³⁷ Revisar los Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos



derechos consagrados en la Convención como de aquéllos reconocidos por la Constitución o por la ley. Por ende, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado parte³³⁸. En consecuencia, gran parte del fortalecimiento de los derechos humanos depende de la vinculación de los poderes públicos nacionales, en especial el Poder Judicial, a los propios derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales, pero también a la doctrina y jurisprudencia interpretativa y contenciosa desarrollada por la Comisión y por la Corte³³⁹. En conformidad con esta última idea, los tribunales de justicia deben ejercer, al fallar, el llamado control de convencionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- AYALA CORAO, Carlos, "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a los derechos humanos y sus consecuencias", en VV. AA., Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ediciones Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2002
- BIDART CAMPOS, Germán. El Derecho Internacional de /os Derechos Humanos. En: 'Jurídica'.

Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana N° 20,19901991

- DE LA LAMA, Miguel LA Constitución Política de 1979.J /os Tratados. En: "La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación". Lima
- DÍEZ DE VELASCO: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1991
- LANDA, César, Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Palestra Editores, Lima 2009
- RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Pontificia Universidad Católica del Perú. Tesis doctoral, Volumen III, Lima, 1997.

³³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C N° 71, párrafo 89

³³⁹ AYALA CORAO, Carlos, "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a los derechos humanos y sus consecuencias", en VV. AA., Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ediciones Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2002, p. 90.

EL TRATAMIENTO PENAL DEL DROGODEPENDIENTE

**Dr. GUERRA ZELAYA,
MIGUEL DAVID**

Abogado

299



EL TRATAMIENTO PENAL DEL DROGODEPENDIENTE

INTRODUCCIÓN

Desde la antigüedad, el deseo de modificar el nivel de conciencia y el estado de ánimo, han sido factores que han contribuido a que el hombre consuma sustancias psicoactivas. No obstante, en las culturas primitivas existía una limitación y socialización del uso de estas sustancias, restringiéndose a ceremonias de tipo ritual y religioso. Las preparaciones se llevaban a cabo mediante una pequeña concentración de principio activo, y el consumo, realizado preferentemente por vía oral, daba lugar a una absorción lenta y progresiva, que facilitaba su eliminación por el organismo. Sin embargo, en los últimos años, la situación se ha modificado radicalmente, dando lugar a la aparición de formas de consumo altamente patológicas; procesos de alteración química en la elaboración, el descubrimiento de la jeringuilla, la administración directa de la droga, y por último, la aparición de sustancias que se utilizan por vía inhalatoria, han dado lugar a drogas que llegan con rapidez y en mayor índice de pureza y cantidad al cerebro. Este fenómeno técnico, unido a los extraordinarios beneficios económicos que la venta ilegal viene proporcionando, estimula la aparición de grupos de productores que distribuyen las drogas en todos los estamentos sociales. El elevado coste económico de las drogas, unido a la escasez de recursos económicos de la

mayoría de los drogodependientes, provocan que el origen de una parte importante de la delincuencia actual, esté íntimamente ligada con el mundo de la droga. Por ello, la figura del drogadicto-delincuente, prácticamente desconocida hasta hace unos años, es hoy común en los procesos penales, originando un aumento progresivo de la delincuencia y la constatación de que determinadas personas que actúan bajo la adicción a las drogas, no se encuentran en plenitud de sus facultades psíquicas, dando lugar a problemas de imputabilidad, que será el objeto de estudio de esta comunicación.

Por otro lado, los índices de drogodependencia en el Perú son cada vez más altos, atacando a sectores poblacionales cada vez de menor edad, lo que implica necesariamente un estudio minucioso sobre los distintos aspectos que enmarcan dicha situación así como dicho estado psicógeno genera en la persona y su entorno familiar. En síntesis, un drama complejo de inacabadas formas en cuanto su naturaleza y consecuencias en nuestra sociedad.

PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

No se trata simplemente de abordar este tema con la mentalidad sesgada de un investigador policial o de un jurista aferrado a los moldes preestablecidos por las normas. Se trata de hacer un análisis crítico



sobre una pregunta que, a estas alturas del problema, no sólo considero pertinente, sino obligatoria: ¿Hasta qué punto realmente estamos afrontando la cuestión de las drogas a nivel del drogodependiente que delinque y si, las consideraciones de inimputabilidad concebidas en el Art. 20 inc., 1 de nuestro Código Penal ayudan realmente a encontrar una solución a esta problemática?

I. FUNDAMENTOS BÁSICOS DE LA CUESTIÓN

Para absolver esta cuestión, vamos en primer lugar, a intentar exponer una serie de conceptos básicos, que nos facilitarán la comprensión del fenómeno del abuso de sustancias psicoactivas. No se puede continuar con este ensayo, sin dar un concepto aproximado de lo que es la droga, entendiéndose por tal, toda sustancia farmacológicamente activa sobre el sistema nervioso central, que introducida en un organismo vivo, puede llegar a producir alteraciones del comportamiento, en definitiva, es sinónimo de sustancia psicoactiva capaz de generar abuso o dependencia.

El Comité de Expertos de la Organización Mundial de la Salud, desde 1956, viene interesado en distinguir, lo que es la toxicomanía o estado de intoxicación crónica o periódica, de lo que es simplemente un hábito, caracterizado este último por la existencia de un deseo, pero no una exigencia, porque no existe propensión al aumento de la dosis, por la existencia de una cierta dependencia

psíquica, pero nunca física, con exclusión del síndrome de abstinencia, y porque, caso de existir efectos perjudiciales, éstos habrán de referirse únicamente al individuo. Por el contrario, la toxicomanía o drogodependencia, viene definida por la Organización Mundial de la Salud en 1964 como:

*"estado psíquico y a veces físico, resultante de la interacción de un organismo vivo y de la droga, caracterizado por un conjunto de respuestas comportamentales, que incluyen la compulsión a consumir la sustancia de forma continuada, con el fin de experimentar sus efectos psíquicos, o en ocasiones, de evitar la sensación desagradable que su falta ocasiona. Los fenómenos de tolerancia pueden estar o no presentes, y un individuo, puede ser dependiente de más de una droga"*³⁴⁰.

En relación a este concepto general de drogodependencia, ha sido tradicional la distinción entre lo que se denominaba dependencia física y psíquica, entendiéndose la primera como un estado fisiológico alterado que se pone en evidencia cuando se suprime bruscamente el tóxico y que desaparece con el consumo inmediato de la sustancia u otros fármacos que produzcan efectos similares, mientras que la dependencia psíquica vendría dada no por la presentación del síndrome de abstinencia, sino porque el sujeto experimenta una necesidad importante de buscar, obtener y reiniciar el consumo de la

³⁴⁰pavezdiez.cl/.../DROGODEPENDENCIAS%20E%20IMPUTABILIDAD.pdf



sustancia a pesar del coste personal, económico y social que ello conlleva. Esta definición que ha contado con una amplia difusión, diagnósticamente, cada vez es menos valorada en psiquiatría, prefiriéndose aludir al cuadro de síntomas antes descrito.

Un caso aparte de especial importancia, es el denominado síndrome de abstinencia, que se origina ante la privación brusca de la administración de la droga. En la actualidad, resultando notable la disminución de las penas por los Tribunales, en ocasiones, incluso por la simple afirmación de la drogadicción, o de la existencia del síndrome de abstinencia, es preciso dejar bien claro, que verdaderamente en pocas ocasiones, el síndrome de abstinencia llega a producir un trastorno importante de la conciencia, y por ello, es necesario que el perito psiquiatra intervenga en los primeros momentos de la instrucción penal, determinando con rotundidad si existe o no, la sintomatología de esta figura.

La dependencia física a las drogas, se manifiesta por la aparición del síndrome de abstinencia, existiendo una evidente relación entre ambos fármacos; de forma tal que la observación de los síntomas propios de dicho estado, así como la valoración cuantitativa de su intensidad será la mejor manera de constatar el estado de dependencia física que presenta un adicto. Se ha comprobado que la dependencia física no aparece cuando las dosis administradas son pequeñas e infrecuentes, y así, en términos generales, se considera que la dosis mínima que produce una dependencia física, sería en

materia de heroína, la de 24 mg, administrados diariamente durante un período de varias semanas.

Por otra parte, es preciso constatar, que existe cierta mitificación sobre la gravedad del síndrome de abstinencia entre los propios adictos, que llegan a fantasear sobre su importancia, en la que pueden estar involucradas reacciones sociales de aceptación de su gravedad. Mientras que en algún caso puede llegar a tener un final letal, algunos autores lo consideran equivalente a un simple síndrome gripal del cual se podría salvar al sujeto en 3 ó 4 días. En general, se puede decir, que la mortalidad es excepcional, y desde luego siempre por la presencia de complicaciones médicas, y nunca por el síndrome en sí mismo. Lo habitual es que no se observe gravedad clínica en el síndrome de abstinencia, aunque en efecto, no sea inusual la observancia de conductas de agitación en el enfermo por la idea de que le está pasando algo grave, y además, probablemente por un afán de impresionar al personal que lo atiende con su problema. Por lo que se refiere al momento de instauración y a la duración del síndrome, en términos generales, se empiezan a notar síntomas al cabo de unas 8 ó 10 horas desde la última ingestión, síntomas que alcanzarán su máxima intensidad a las 48 horas, desapareciendo en 6 u 8 días. De lo expuesto hasta aquí, se deduce que no es posible hablar de un único síndrome de abstinencia, sino que éste puede presentar



una graduación de su intensidad, así como de su momento de aparición³⁴¹.

Por lo tanto, en la valoración de la intensidad del síndrome de abstinencia, será precisa en primer lugar una valoración facultativa precoz de los síntomas objetivos y subjetivos que presente el adicto. En esta exploración clínica es necesario prestar una atención especial a la sintomatología objetiva, ya que los síntomas subjetivos, pueden ser fácilmente exagerados e incluso inventados. De acuerdo con los resultados de dicho examen médico, el síndrome de abstinencia, puede ser catalogado mediante cualquiera de las diversas tablas que al efecto están publicadas. Por lo general, se suele hacer uso de tablas que basándose en síntomas objetivos y no simulables, lo clasifican en leve, moderado, marcado y severo. Por último, es preciso distinguir también el denominado síndrome de querencia, que es el simple deseo de adquisición de la droga, incluso en ausencia del síndrome de abstinencia, es decir, la preocupación que siente el adicto cuando advierte que le queda poca droga.

Finalmente, en relación al grado de afectación de la voluntariedad del toxicómano, es evidente, que en la misma medida que no podemos hablar del síndrome de abstinencia como una entidad única y de intensidad constante, es preciso matizar los diferentes grados de afectación de las capacidades intelectivas y volitivas que de dicho síndrome pueden derivarse. Como resumen, podemos decir que en el

síndrome de querencia, existe una simple preocupación, que constituye una situación psicológicamente normal y no un síntoma psiquiátrico, por lo que ni tan siquiera debe plantearse la cuestión de la inimputabilidad. En un síndrome de abstinencia discreto o leve, existe una normalidad del entendimiento y de la voluntad, siendo también normal la imputabilidad. En los síndromes claros de mediana intensidad (grados moderado a marcado), y sobre todo tratándose de delitos tendentes a la obtención de la droga, desde el punto de vista médico-legal, debe apreciarse una disminución apreciable de la imputabilidad. Y por último, en los síndromes graves o severos, con alteraciones profundas de las funciones psíquicas, puede llegar a aceptarse la inimputabilidad absoluta. Este último estadio en el que las consecuencias jurídicas, pueden ser relevantes, debe ser determinado con la mayor exactitud posible, constatándose la gravedad de alteraciones físicas, con la sintomatología psíquica aparatosa, transformadas notablemente las funciones psíquicas básicas (conciencia, percepción y pensamiento), y pudiendo plantearse la posibilidad de delirios.

II. DROGODEPENDENCIA Y DELITO

Por otro lado, el delito es un fenómeno social, y su análisis debe hacerse como parte del análisis de las estructuras sociales. Los sociólogos, los criminólogos y los penalistas, sin embargo, han encarado el crimen durante tanto tiempo como una desviación individual que aún hoy es difícil

³⁴¹ MARTINEZ GARCIA, Ángel-Santiago, "La adicción a las drogas y la delincuencia: un problema sin resolver". "La Ley", Buenos Aires 1997, Pág. 73.



el estudio del fenómeno delictivo como una actividad colectiva.³⁴² Hoy la delincuencia es, junto con el paro, uno de los dos problemas sociales que causan mayor preocupación a los ciudadanos de las sociedades más desarrolladas, según recientes encuestas; sin embargo, continúa existiendo una visión generalizada del delito como un acto aislado, y no como lo que realmente es: un fenómeno sociopolítico en proceso de rápida expansión, estrechamente relacionado con la estructura global de la sociedad. La primera reflexión que cabe hacer, por tanto, es que el sistema penal será incapaz de hacer frente al delito, mientras esta lucha no se enfoque partiendo de una diferente concepción de la criminalidad como fenómeno político-social; y que ello exige una nueva política criminal, íntimamente dependiente de la política social³⁴³.

Desde esta perspectiva de fenómeno social es como ha de contemplarse globalmente la delincuencia asociada al consumo de drogas tóxicas o estupefacientes, en cuya etiología y extensión tiene gran incidencia la actitud social ante la droga. En este sentido la consideración social de un determinado producto como ilegal, incide de modo muy determinante en la generación de actividades delictivas.

³⁴² MARCO RIBE, J. MARTI TUSQUETS, J.L. y PONS BARTRAN, R: "Problemática psiquiátrico-legal de las drogodependencias". Colección de Psiquiatría Forense, Tomo II, Editorial Salvat, Madrid 1998, Pág. 27.

³⁴³ CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido.- "La función del sistema penal en relación con la seguridad ciudadana". IV Seminario Internacional sobre Policía, Justicia y Sociedad. Sevilla 1985. Publicada también en revista Colegio de Abogados de Orense nº 5, septiembre 1986.

Siguiendo a JIMENEZ VILLAREJO³⁴⁴ cabe distinguir entre tres tipos de criminalidad inducida por las drogodependencias:

1. La que se suele denominar "delincuencia funcional", es decir, aquella que es casi exclusivamente "función" de la misma, determinada por la necesidad de continuar consumiendo la droga de la que se depende, ya que las drogodependencias se caracterizan por una especial relación entre el sujeto y la droga, en cuya virtud aquél orienta su actividad básica y prioritariamente a la búsqueda del producto. Cuando el producto es ilegal su precio es desmesuradamente alto y de modo gradual el drogodependiente se ve inducido a la realización de actos delictivos para procurarse los medios con los que sufragar su adicción, lo que se refuerza intensamente en aquellas drogas que generan dependencia física ante el acentuado temor a sufrir las graves consecuencias del síndrome de abstinencia.

2. La delincuencia derivada directamente de los efectos desinhibidores o estimuladores del consumo de la droga, es decir, los delitos cometidos bajo los efectos de las drogas, que podríamos denominar delincuencia directa o inducida directamente. Indudablemente este tipo de actos delictivos, inducidos por la intoxicación aguda o crónica o simplemente por la modificación conductual derivada del consumo de determinados productos, tanto

³⁴⁴ JIMENEZ VILLAREJO.- "Droga y criminalidad". La problemática de la droga en España.- Edición conjunta de los Institutos universitarios de criminología de las Universidades de Santiago de Compostela y Complutense de Madrid.



legales como ilegales, tiene múltiples variedades en función de la droga de que se trate, y su estudio y tratamiento penal es ya clásico al haberse centrado en la delincuencia generada por el abuso del alcohol.

3. La delincuencia derivada de la situación de marginalidad, y, en el caso de las drogas prohibidas o no institucionalizadas, ilegalidad a que puede conducir la drogodependencia; ésta es la que podríamos denominar delincuencia asociada, motivada tanto por la desagregación social que se produce ante las cada vez mayores dificultades para conseguir el producto cuyo consumo se anhela, como por la necesidad de asociarse al mundo de la delincuencia, único que puede proporcionárselo, lo que acerca a un consumidor inicialmente desconocedor absoluto de los ambientes delictivos, al ámbito de la marginalidad en el que se mueven sus proveedores y, en muchos casos, quienes se encuentran en la misma situación que él. Junto al factor económico, derivado en determinadas drogas de la disminución de la actitud para desarrollar una tarea productiva, la mayor incidencia en esta marginalidad se provoca indudablemente por el rechazo social y la conciencia de ser un ciudadano situado fuera de la legalidad.

Delincuencia funcional, delincuencia directa o directamente inducida, delincuencia asociada, son tres efectos diferentes, aunque íntimamente relacionados, de la drogodependencia como factor criminógeno. Naturalmente no se trata aquí de establecer una relación de necesidad

entre drogodependencia y criminalidad, que sería injusta, sino únicamente de analizar de modo realista lo que en las circunstancias actuales y con la actual política criminal respecto de la droga, constituye una correlación innegable.

Desde otra perspectiva, en ningún otro sector del Derecho Penal siente el estudioso la tentación de invocar excepciones a los principios dogmáticos de carácter general como en materia de imputabilidad. Como bien dice Diaz Palos, *“el prurito de la dogmática por conseguir un sistema cerrado, coherente, sin fisuras, que permita aspirar al ideal de un Derecho seguro y cierto, ajeno a todo atisbo de arbitrariedad por parte del poder, ve con desaliento la existencia de un sinfín de excepciones que, como antinomias jurídicas o contradicciones de concepto, que convierten a la Dogmática en un cuerpo imperfecto”*³⁴⁵.

Ahora bien, sólo puede producir desaliento una situación de esta clase a quienes ven en la Dogmática un fin en sí mismo, a quienes creen que la logicidad del sistema es el único objetivo de la ciencia del Derecho. Pero, quienes, más adecuadamente, se percatan que el Derecho no es más que un foro de problemas a resolver “siempre con el norte de los principios de Equidad y Justicia, constituyendo la Dogmática un simple instrumento para la resolución de los problemas que se derivan del conflicto de intereses o de legitimación del poder del Estado, la cuestión de las excepciones al

³⁴⁵ DIAZ PALOS, F.: Teoría general de la imputabilidad, Editorial Bosch, Barcelona, 1975, pág., 72..



sistema, no es más que un defecto subsanable³⁴⁶.

El Derecho Penal de los inimputables ha merecido siempre una consideración aparte en la medida en que la comisión de un hecho típico y antijurídico por quien no es capaz de culpabilidad, origina consecuencias jurídico penales, que denominamos medidas de seguridad y prevención, y cuyo concepto, función, contenido y finalidad está en profunda crisis desde la lucha de escuelas.

La similitud entre las medidas de seguridad que se pueden imponer a los inimputables considerados peligrosos y las penas que sufre el autor culpable del hecho delictivo, ha sido siempre denunciado como un cambio de etiquetas que permite a la colectividad responder con la misma aflicción frente al delincuente peligroso. La propia dualidad entre culpabilidad y peligrosidad y las correspondientes consecuencias (medidas de seguridad y pena), constituyen "una grave quiebra del principio de culpabilidad nunca bien resuelta por la necesidad de responder ante el inimputable autor de un hecho típico y antijurídico que reúne además un pronóstico de peligrosidad"³⁴⁷.

En este sentido, el Código Penal cuando se refiere a la anomalía psíquica en la determinación de las causales de inimputabilidad presentes en el artículo 20 inciso 1, se inclina por enunciar y partir de una fórmula de carácter biológico-

psiquiátrico³⁴⁸. Sin embargo, en el artículo 20 inciso 1 se da cabida, además, a un importante criterio normativo o valorativo-jurídico, que se deriva de la exigencia que (por la anomalía Psíquica) la persona "*no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión*". Como veremos luego, para lograr una correcta homogenización entre un criterio y otro, además de recurrir a una interpretación teleológica, es necesario determinar en todo momento en qué medida la presencia de una anomalía psíquica impide a la persona comprender el carácter o el significado de su hecho. A nuestro criterio la anomalía psíquica y las otras circunstancias descritas en la ley solo tienen sentido cuando impiden a la persona comprender el sentido y la trascendencia de su acto.

La ley no confiere efecto eximente a toda alteración de la conciencia, sino solo a aquel que participen de la calidad de grave, es decir, aquellas que perturban de modo más intenso y profundo la conciencia del sujeto. La gravedad de la alteración de la conciencia es un concepto normativo que requiere de una valoración previa. No basta, para excusar, aquellas "perturbaciones de la conciencia que han alcanzado un grado más allá del margen de lo normal"³⁴⁹, porque tal planteamiento es compatible con la simple definición de alteración de la conciencia la cual es solo una desviación de una

³⁴⁶ DIAZ MAROTO Y VILLAREJO, J.: El enajenado y su tratamiento jurídico penal, en ADPCP, 1988, págs 465 y ss.

³⁴⁷ MUÑOZ CONDE, F.: La imputabilidad del enfermo mental, en Psicopatología, Tomo II, Editorial Tecnos, MADRID 1982, Pág. 67.

³⁴⁸ CEREZO MIR, José. "Aspectos problemáticos de la eximente de anomalía o alteración psíquica". En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 2- Época. Madrid, 2000. Nº 2 extraordinario

³⁴⁹ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Comentarios al Código Penal". Civitas. Madrid, 1997, Pág. 276.



frecuencia de normalidad de dicha facultad. Es necesario contar aquí los supuestos más graves, severos y drásticos de la alteración de la conciencia, dado que solo así se logra sostener la posibilidad del "rompimiento del dique" y el llegar a un punto en que prospere la eximente. En este sentido, según una extendida fórmula, se entiende por grave o profunda alteración de la conciencia, aquella alteración que es de tanta intensidad que "la estructura psíquica del afectado queda destruida"³⁵⁰. Esta solución permite compatibilizar las exigencias del principio de culpabilidad con las necesidades preventivas de la sociedad. Si bien el concepto de gravedad o de profundidad de las alteraciones es una noción cargada de relatividad, ya que depende de las valoraciones socio-culturales, psicológicas y jurídicas a las que se atenga el juez, la clave para delimitar la magnitud de la misma se relaciona con el hecho de que solo las alteraciones graves de la conciencia son las que impiden al sujeto comprender el carácter delictuoso del acto y no facilitan la determinación de su conducta conforme a dicho entendimiento. En todo caso si bien es cierto que las simples alteraciones de la conciencia no tienen ningún efecto eximente, también es cierto que pueden operar sin ninguna dificultad como un baremo del grado de imputabilidad, Y por tanto, de la culpabilidad.

Por otro lado, de un tiempo a esta parte se ha exaltado la necesidad de prohibir totalmente el consumo de estupefacientes. Al respecto hay que precisar que las

ideologías que apoya esta tesis son fundamentalmente morales ("la tesis de la abstinencia") y sanitarias ("la tesis de la epidemia" y "la tesis de la escalada"), pero también se ha utilizado un argumento de política-criminal: prohibir el consumo de drogas tóxicas y estupefacientes es necesario para liberar a la sociedad de los delitos cometidos bajo sus efectos. Sin entrar en una polémica que excede los límites de este ensayo, ha de señalarse que la prohibición puede incidir positivamente sobre uno de los tipos de delincuencia derivada de las drogodependencias (la delincuencia directa), pero sin embargo ejerce un efecto multiplicador sobre la delincuencia funcional y lo que hemos denominado delincuencia asociada³⁵¹. Así CABALLERO³⁵² señala como efectos secundarios de la prohibición lo siguiente:

"El primer efecto contraproducente es la creación de un monopolio criminal de distribución de estupefacientes. Un mercado considerable que asegura al crimen organizado un beneficio inagotable. La cifra de negocios de la industria de la droga sobrepasa varios centenares de miles de dólares y no hace más que crecer. Hasta el punto de que, por muy paradójico que parezca, la prohibición es la aliada objetiva del tráfico: Esto suscita un segundo efecto

³⁵¹ Una crítica del fundamento moral de la prohibición puede verse en LAMO DE ESPINOSA "Delitos sin víctima, Orden Social y ambivalencia moral" Alianza Editorial Madrid 1989. Una visión, fuertemente crítica, del origen y desarrollo histórico de la prohibición en ESCOHOTADO, Antonio, "Historia General de las drogas" Alianza Editorial, Madrid 1989. La crítica de la fundamentación sanitaria la proporciona SAVATER, Fernando, "El Estado Clínico" en "Claves de razón práctica nº 1" abril 1990.

³⁵² Citado por CONDE-PUMPIDO TOURUN.- "La función del sistema penal...", pág. 101.

³⁵⁰ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Ob. Cit., Pág. 279.



perverso o contraproducente provocando un aumento considerable de la criminalidad y de la delincuencia. La dependencia económica de ciertos toxicómanos les obliga, para financiar sus necesidades, a cometer agresiones contra las personas y los bienes: robos en farmacias, atracos, tirones, robos de radio-cassettes, etc... Se atribuye así a los drogodependientes un tercio de los atracos relacionados cometidos en Francia. Recordemos, por otra parte, que los delitos relacionados con las toxicomanías llenan, ellos solos, más de una tercera parte de las prisiones mundiales".

En efecto, la necesidad de obtener las ingentes cantidades de dinero necesarias para mantener su adicción respecto de un producto cuyo precio sería despreciable si se adquiriese en farmacia, se encuentra en el origen de la delincuencia funcional, cuyas víctimas son el conjunto de los ciudadanos no consumidores, que se convierten en contribuyentes no voluntarios del gran tráfico. En realidad, a través de la delincuencia funcional, los drogodependientes se integran en una gigantesca red internacional que canaliza el producto de la mayor parte de los delitos contra la propiedad hacia los centros de decisión del gran tráfico, a través del mecanismo de convertir a los drogodependientes en recaudadores, al resto de los ciudadanos en víctimas, y a la cocaína -que gracias a la prohibición está monopolizada por la delincuencia organizada- en instrumento de trueque a un precio desmesuradamente sobrevalorado, gracias a la imposibilidad de que pueda obtenerse por otros medios a cambio del

cual se recibe en todo el mundo- como si se tratara de cuentas de cristal -el oro, joyas o dinero que los drogodependientes han obtenido a través de lo que hoy denominamos "delincuencia funcional".

III. DROGA Y ORGANIZACIONES CRIMINALES.

La comisión de actos delictivos es una actividad arriesgada. Es lógico que aunque sea por meras razones de eficacia y de maximización de beneficios con minimización de riesgos, surjan formas de organización criminal que se adaptan a las condiciones de control social imperantes: en una aproximación inicial hay criminalidad organizada cuando un grupo de delincuentes se asocia para la comisión de determinados delitos, de acuerdo con un plan, con formación de un fondo económico de asistencia y con conexiones sociales y, o políticas, que aseguren total o parcial inmunidad en caso de ser descubiertos. La organización, cuando es amplia, llega a formar un "hampa" que cubre diversas funciones: 1) Suministro de información sobre objetivos convenientes. 2) Proporciona contactos con colegas para colaborar con ellos. 3) Aporta medios para la venta de bienes robados o adquiridos ilegalmente. 4) Da la mejor protección posible contra el arresto y el sometimiento a la Justicia.

En un estadio superior, se llega a una organización con una actuación internacional y con penetración en todo el Perú, que por condición de productor, alcanza niveles muy alarmantes y que



controla por ejemplo el tráfico de drogas en gran escala. Sus características son el ser: 1) Una organización jerárquica y disciplinada. 2) Métodos despiadados de castigo contra el delator y contra quienes constituyan un peligro. 3) Esfuerzos continuos para subvertir la acción política del Gobierno emprendida contra ella. 4) El empleo extendido de la corrupción, de la protección y de la infiltración. 5) Una expansión constante de las actividades. 6) Luchas intestinas por el poder dentro de la organización. 7) Enormes beneficios.

El producto ideal para este tipo de organizaciones es, obviamente, la droga y más concretamente la cocaína, de la que somos uno de los principales productores en el mundo; bajo precio de producción, alto precio de venta, fácil transporte, rápida sumisión de la clientela, etc., en definitiva, altos beneficios. Sin embargo, tiene el inconveniente de que los consumidores (marginados, parados, etc.), tienen un bajo nivel adquisitivo. Un consumidor de PBC puede llegar a necesitar más mil soles mensuales para mantener su consumo, a razón de un gramo diario. La necesidad de conseguir ese dinero es el principal factor generador de delitos contra la propiedad (tirones, asaltos, robos en viviendas, atracos a entidades bancarias, robos en establecimientos, etc.). La actuación del sistema de justicia penal contra las organizaciones dedicadas al tráfico, que intentan esforzadamente de atenuar esta problemática, se ven frustradas por el enorme poder e influencia que han cobrado las organizaciones delictivas en el país. A pesar de los sendos golpes dados al

narcotráfico últimamente³⁵³ con el hallazgo de toneladas de droga en barcos, almacenes y hasta en domicilios, sería un factor esencial cara a la disminución de los delitos generadores de inseguridad; por otra parte evitaría una sangría humana y económica: el drogodependiente se convierte en una gigantesca aspiradora de cantidades ingentes de dinero que -mediante el delito- detrae de las víctimas a quienes asalta y envía a las organizaciones de tráfico, generalmente transnacionales.³⁵⁴ Esta incidencia de la actual política criminal internacional respecto de la droga en el incremento de la delincuencia, así como los efectos negativos provocados en otros aspectos de la justicia penal, es destacada por numerosos autores, pudiendo citar como representativo a HULSMAN, quien se refiere a los problemas secundarios relacionados con la justicia criminal diciendo³⁵⁵: "*La actual política en Holanda respecto de las drogas ilegales duras, ha tenido un impacto profundo en la justicia criminal. Más del 30% de las personas que se encuentran en prisión son consumidoras de drogas ilegales. Estas personas no están en prisión "en cuanto consumidoras de drogas ilegales", sino porque este consumo ha sido una incitación a actividades ilegales dentro (tráfico) o fuera (hurto) del mundo ilegal de la droga. Este aumento en el número de transgresores procesados echa*

³⁵³

http://www.mininter.gob.pe/noticias/noticia.php?C_WC1Page=290&cat=1&sub=0&

³⁵⁴ CONDE-PUMPIDO TOURUN.- "La función del sistema penal...", Pág. 107.

³⁵⁵ HULSMAN, L.- "La política de las drogas: Fuente de problemas y vehículo de colonización y represión", Nuevo Foro Penal (Colombia) n° 35, página 49.



una carga pesada sobre el sistema de la justicia criminal, y esa carga disminuye considerablemente la "calidad" de las intervenciones de la justicia criminal. Aunque la cantidad de traficantes profesionales que han sido apresados es pequeña, las condenas extraordinariamente largas que se aplican en estos casos ejercen también influencia sobre la imposición de penas más largas para otras áreas. El número de reclusos en las prisiones holandesas casi se ha duplicado desde que se introdujo esta política en materia de drogas. El vano esfuerzo por tratar de prevenir el consumo de drogas y su tráfico dentro de las prisiones, ha conducido a un deterioro del régimen de prisión. Las dificultades de prueba en los casos de tráfico de drogas conducen a cambios en las normas del procedimiento penal, lo que es deplorable desde la perspectiva de los derechos humanos. De diversos modos, esta política de drogas tiene una influencia negativa en la organización y en las prácticas de la policía.

IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL DROGODEPENDIENTE EN DELITOS COMETIDOS POR ÉSTE

Originariamente, los únicos problemas penales que interesaban en relación con las drogas, se referían a los que planteaba la interpretación del tipo penal contenido en el Código Penal. Desde el inicio de la década de los 80, ante el desarrollo de la delincuencia funcional, empezó a plantearse el problema de la responsabilidad penal del

drogodependiente, no en cuanto tal, sino como autor de hechos delictivos relacionados con la necesidad de conseguir los medios con los que adquirir la droga.

Las primeras resoluciones que se plantean la posibilidad de apreciar en el drogodependiente una imputabilidad disminuida, fundamentan generalmente esta aminoración de responsabilidad en la consideración de que el sujeto actuaba "bajo los efectos" de la droga, o en situación de síndrome de abstinencia. A nuestro entender, no se encuentra exactamente ahí el problema de la imputabilidad disminuida en la delincuencia funcional, sino precisamente en aquellos delitos -la mayoría- que se cometen en la fase intermedia entre la ingestión y el síndrome, actuando bajo la imperiosa necesidad de conseguir fondos precisamente ante el temor del síndrome y para evitarlo.

Los casos de actuación bajo los efectos de la droga podían enfocarse desde la perspectiva de la embriaguez, y los de síndrome de abstinencia, en sentido estricto, del trastorno mental transitorio. Pero el grueso de los hechos delictivos funcionalmente relacionados con la droga, no se cometen en tales estados (aunque la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias, continúe abusando del síndrome de abstinencia o de la actuación "bajo los efectos" de la droga), sino cuando los efectos se han terminado y antes de que el síndrome de abstinencia llegue, precisamente para evitarlo.

La aplicación a estos casos de la doctrina de la "actio libera in causa" es criticada entre



otros, por DEL ROSAL³⁵⁶, y ha provocado una interesante polémica doctrinal DEL ROSA, critica acertadamente la aplicación a estos supuestos de la doctrina de la *actio libera in causa*, con los siguientes argumentos:

"Se suele admitir por la doctrina la existencia de acciones libres en la causa, activas u omisivas, dolosas o culposas. Nos interesa fijarnos en las activas dolosas o culposas. Las primeras, tendrían lugar cuando el sujeto, dolosamente, se coloca en situación de inimputabilidad para cometer un delito. en este punto, la doctrina española coincide en que el propósito de delinquir (artículos 8-1º y 9-2º). "Ha de ser restrictivamente entendido como propósito para realizar el delito cometido", no para delinquir en general. Son éstos, pues, los casos de preordenación para el delito. Las segundas, las culposas, suceden "cuando el autor produce dolosa o imprudentemente su incapacidad... de culpabilidad (o capacidad de culpabilidad disminuida) pudiendo contar con que en tal estado realizaría el tipo de un determinado delito de imprudencia"

Es necesario advertir que la mayoría de estos elementos negativos del injusto y la culpabilidad, a excepción de la acción³⁵⁷,

³⁵⁶ DEL ROSAL BLASCO, "Problemas de estado de necesidad e imputabilidad en un supuesto de síndrome de abstinencia de drogas" La Ley (Tomo 1983-1) página 119.

³⁵⁷ Pues siguiendo un concepto ontológico de acción, ésta no es susceptible de graduación, por lo que debemos entender que o bien se anula o vence la voluntad y no hay acción o no es así y entonces ya hay acción, pues no existen causas de semi-acción (o lo que se diría medias acciones), la acción se da o no se da según concurra o no la voluntad. En este sentido, al ocuparse de la fuerza física irresistible, MIR PUIG Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 3ra. Edición, Barcelona, 1995, pág. 201; LUZÓN PEÑA Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal Parte General I*, Madrid, 1996, pág. 279; MUÑOZ CONDE Francisco, *Teoría General del Delito*, 1999, pág. 13 - 14. Indican los autores que en caso que la

pueden darse en forma imperfecta, lo que no va a originar que se elimine su elemento contrario y por ende no va a ser pasible de una eximente completa, sino más bien de una incompleta, siendo de aplicación lo establecido en el artículo 21 del Código Penal, referido a la responsabilidad restringida, que faculta al Juzgador para disminuir la pena incluso hasta límites inferiores al mínimo legal, en los casos en que no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad.

Hasta aquí la cuestión parece simple, pues sabemos que si un individuo comete un hecho (por mas reprobable que éste sea) bajo cualquiera de los supuestos negativos citados, no podrá ser sancionado. Sin embargo, el problema se presenta cuando nos encontramos con casos en los que si bien el sujeto al momento de realizar el hecho reprobado por la norma, actuó bajo algún presupuesto que elimina el delito (especialmente los correspondientes a la acción y a la imputabilidad), se tiene que dicho estado fue buscado y provocado por el mismo agente ya sea en forma voluntaria o imprudente, o en su caso fue preordenado hacia el delito, o previendo o debiendo prever que en tal estado podía realizar un acto típico, no tomó las medidas necesarias para impedirlo.

Bustos Ramírez señala, por su parte, que la figura de la *actio libera causa*, permite imputar hechos realizados en situación de

fuerza sea resistible no se llega a anular totalmente la voluntad o lo hace pero el sujeto podía haber resistido la fuerza, esto es existe voluntad de resistir, por lo que no se excluye la acción, sino sólo, en su caso, la libertad de la misma, por lo que estaríamos ante un caso de aminoración o supresión de culpabilidad.



inimputabilidad en aquellos casos en que el sujeto se hubiere colocado en esa situación, bien sea con el propósito de delinquir o bien si no tenía ese propósito, cuando era previsible que en ese estado cometiera un hecho punible³⁵⁸.

¿Cómo se integran estas dos categorías dogmáticas en nuestra legislación penal positiva? Siguiendo a Córdoba, diríamos que:

El numeral 1° del artículo 20 del Código Penal, exige de responsabilidad al que *por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.*

Aquí trataremos principalmente de los supuestos de Grave Alteración de la Conciencia producida por drogodependencia, por ser uno de los elementos de exclusión de inimputabilidad donde se han imaginado y elaborado más casos de *alic* junto con el estado de embriaguez.

Debemos decir en tal sentido que la embriaguez preordenada al delito es el ejemplo por antonomasia de *actio libera in causa*, pues como se ha visto, ésta figura nació precisamente para solucionar casos como éstos, pudiendo distinguirse aquí perfectamente figuras de *alic* tanto dolosa como culposa. Así, es objeto de debate establecer si debe responder penalmente o

no, aquél individuo que comete un hecho delictuoso en estado de embriaguez, pero que dicho estado ha sido buscado o provocado activamente, o bien, pudiendo haber impedido previamente que se produjera, no hizo nada para evitarlo. Una respuesta apresurada sería decir que es evidente que el sujeto debe ser castigado, puesto que en el caso de *alic* dolosa, el resultado se produjo de acuerdo con la realización del plan del autor mientras que en la *alic* culposa debido a su actuar imprudente anterior a la conducta típica. Sin embargo, debemos tener en cuenta que al momento de realizar la acción, el sujeto era inimputable y carecía de sus facultades para comprender la antijuridicidad del acto, en este sentido, podemos apuntar que resulta irrelevante que el sujeto haya preordenado la situación de incapacidad, pues al último no comprendía el carácter ilícito de sus actos y bien pudo o no alcanzar el resultado que deseó en un primer momento, ya que finalmente le resulta imposible controlar el peligro por él creado.³⁵⁹

El toxicómano es un sujeto con ciertas características psicológicas determinadas, que ha elegido ese modo de enfrentarse con sus problemas por razones diversas que normalmente ignora. Una de estas razones, y no la menos importante, es su incorporación a un grupo social en el que el uso de la droga se practica y se valora". El mismo LAURIE apunta que la causa del inicio y mantenimiento en el consumo

³⁵⁸ BUSTOS RAMÍREZ Juan, "Obras Completas, Tomo I, Derecho Penal – Parte General", ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2004, pág. 1146.

³⁵⁹ REYNALDI ROMÁN, ROBERTO CARLOS, la doctrina de la *actio libera in causa* y su aplicación en el derecho penal peruano, Revista de Doctrina Jurídica, PUCP, Lima 206.



"parece radicar... en el poder de los opiáceos para aliviar las preocupaciones". Una vez convertido en adicto, la carencia de la droga le lleva a esa situación desesperada de búsqueda, por cualquier medio, del estupefaciente. El tratar de conectar causalmente todo ese complicado proceso de drogadicción, en el que intervienen y se interrelacionan múltiples condicionantes, rechazando la aplicación de eximentes legales que vienen al caso, nos conduce a reprochar, en último extremo, al individuo, no el que haya caído en la adicción a la droga, sino el hecho de no tener los medios económicos suficientes para procurarse la sustancia. Y si reprochar el caer en la droga ya es algo que no compete al Derecho penal, menos aún compete reprochar la carencia de medios.

CONCLUSIONES

Es evidente que a la luz de los conocimientos psiquiátricos actuales sobre las manifestaciones psicológicas del drogodependiente y de la exigencia de que la persona que padece este vicio sea considerada sujeto de pleno derecho, una gran parte de los supuestos en que se ha basado hasta ahora el derecho penal para darle un tratamiento diferenciado están siendo puestos en cuestión y quizá sólo tenían sentido mientras la misma psiquiatría hizo lo propio, con criterios paternalista, pero que en la práctica fueron de clara defensa social.

La psiquiatría hoy, una vez liberada de toda tentación de certeza absoluta, puede ofrecer al derecho instrumentos para llegar a una mayor comprensión del individuo, de

las dinámicas que lo han conducido al delito, de su responsabilidad en la acción delictiva. Así, olvidando todo dogmatismo o sectarismo de escuela, se puede conseguir una mejor colaboración entre derecho y ciencias del comportamiento, desterrando la pseudocerteza del campo positivista que establecía sistemáticamente la correlación entre enfermedad mental-incapacidad para entender y querer-peligrosidad-incapacidad-internamiento indefinido.

Los dos principios fundamentales en que se basa actualmente el abordaje de la persona que padece esta enfermedad (la drogodependencia lo es) son, la individualización y la responsabilización. La primera supone la indagación del sentido del acto criminal en conexión con la historia del sujeto, a la continuidad de su existencia, sin invalidarlo a través del pretendido automatismo científico-naturales de la enfermedad.

El drogodependiente que delinque compulsado por las necesidades imperiosas que la adicción a las drogas le genera, se convierte de esta manera en victimario y víctima a la vez; una condición humana que no puede ser soslayada por el derecho

En cuanto a la responsabilización, superado cualquier dogmatismo determinista, hay que aceptar la existencia de espacios de libertad y de comprensión de la realidad, aun en el drogadicto más aparentemente grave, que hacen problemático en la mayor parte de los casos el diagnóstico de inimputabilidad. Inimputabilidad que, al menos, habría que reducirla al mínimo, limitada a los delitos realmente serios y situaciones clínicas de extrema gravedad,



haciendo quizá más uso del art. 20 inc. 1 que permite la reducción de la pena y que sea tratado en la propia prisión, si es que lo necesita. Inimputabilidad que carece de sentido en los delitos menores, en los que sólo ayuda a estigmatizar doblemente al infractor. Quizá se valora poco en el Derecho que el proceso de etiquetamiento de una persona como drogodependiente supone ya un lastre para toda la vida. A veces basta que previamente haya sido declarado incapaz por la vía civil para que se establezca automáticamente el diagnóstico de inimputabilidad, actuando los antecedentes psiquiátricos como auténticos antecedentes penales. Y es que, repito, la patología o la discapacidad que afecta al sujeto deviene ya su única identidad reconocida, mientras la individualidad, la subjetividad, la historia personal, pierden a partir de la etiqueta, todo su valor.

BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS RAMÍREZ Juan, *"Obras Completas, Tomo I, Derecho Penal – Parte General"*, ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2004.
- CEREZO MIR, José. "Aspectos problemáticos de la eximente de anomalía o alteración psíquica". En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2^ª Época. Madrid, 2000. Nº 2 extraordinario
- CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido.- "La función del sistema penal en relación con la seguridad ciudadana". IV Seminario Internacional sobre Policía, Justicia y Sociedad. Sevilla 1985. Publicada también en revista *Colegio de Abogados de Orense* nº 5, septiembre 1986.
- DEL ROSAL BLASCO, "Problemas de estado de necesidad e imputabilidad en un supuesto de síndrome de abstinencia de drogas" *La Ley* (Tomo 1983-1)
- DIAZ MAROTO Y VILLAREJO, J.: *El enajenado y su tratamiento jurídico penal*, en ADPCP, 1988
- DIAZ PALOS, F.: *Teoría general de la imputabilidad*, Editorial Bosch, Barcelona, 1975
- ESCOHOTADO, Antonio, "Historia General de las drogas" Alianza Editorial, Madrid 1989. SAVATER, Fernando, "El Estado Clínico" en "Claves de razón práctica nº 1" abril 1990.
- HULSMAN, L.- "La política de las drogas: Fuente de problemas y vehículo de colonización y represión", *Nuevo Foro Penal (Colombia)* nº 35
- JIMENEZ VILLAREJO.- "Droga y criminalidad". La problemática de la droga en España.- Edición conjunta de los Institutos universitarios de criminología de las Universidades de Santiago de Compostela y Complutense de Madrid.
- LAMO DE ESPINOSA "Delitos sin víctima, Orden Social y ambivalencia moral" Alianza Editorial Madrid 1989 en



- LUZÓN PEÑA Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal Parte General I*, Madrid, 1996,
- MARCO RIBE, J. MARTI TUSQUETS, J.L. y PONS BARTRAN, R: "Problemática psiquiátrico-legal de las drogodependencias". Colección de Psiquiatría Forense, Tomo II, Editorial Salvat, Madrid 1998
- MARTINEZ GARCIA, Ángel-Santiago, "La adicción a las drogas y la delincuencia: un problema sin resolver". "La Ley", Buenos Aires 1997.
- MIR PUIG Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 3ra. Edición, Barcelona, 1995,
- MUÑOZ CONDE Francisco, *Teoría General del Delito*, Editorial Tiran le Blanch, Madrid 1999,
- MUÑOZ CONDE, F.: La imputabilidad del enfermo mental, en *Psicopatología*, Tomo II, Editorial Tecnos, Madrid 1982
- REYNALDI ROMÁN, ROBERTO CARLOS, la doctrina de la *actio libera in causa* y su aplicación en el derecho penal peruano, *Revista de Doctrina Jurídica*, PUCP, Lima 2006.
- SAVATER, Fernando, "El Estado Clínico" en "Claves de razón práctica nº 1" abril 1990.

LA PRISIÓN PREVENTIVA

**Dr. MOLINA ESCOBEDO,
EDILBERTO**

Magíster en Derecho Penal y procesal Penal (UNSAAC-CUSCO-PERU)
Doctorando en la Universidad del País Vasco (UPV-PAIS VASCO-
ESPAÑA).

Fiscal Provincial Penal del Primer Despacho de Investigación de la
Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Cusco.



LA PRISIÓN PREVENTIVA

INTRODUCCIÓN

Abordar la prisión preventiva, es un tema sumamente delicado en tanto, después de la vida, la libertad individual es el derecho más preciado por el ser humano. Pese a ello, puede ser objeto de limitaciones, como todo derecho fundamental, aunque solo sea de manera provisional.

Para una sociedad que vive dentro del marco de un estado de derecho es tan importante que se sancione al responsable de la comisión de un delito, como se respete el debido proceso así como los derechos del imputado, pues no hay nada más repudiable para un país que la impunidad de un delincuente y el ingreso en prisión de un inocente.

Dentro de ese contexto, la prisión preventiva se debe imponer con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que existan suficientes elementos de convicción, para prevenir, según los casos, el riesgo de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la obtención de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva. No obstante ello, al parecer estos aspectos no están del todo claros en la normativa procesal por lo que es necesario su ahondamiento desde el punto de vista constitucional.

PREGUNTA PROBLEMATIZADORA: ¿Cuál es la situación de la prisión preventiva a la luz

de la Constitución y el Tribunal Constitucional?

I

EL CONCEPTO DE PRISIÓN PREVENTIVA

Tenemos que partir en primer lugar del concepto de prisión preventiva, la misma que es la medida coercitiva de carácter personal de mayor magnitud que prevé nuestro sistema jurídico procesal, consistente en la privación de la libertad personal del imputado mediante el ingreso a un centro penitenciario por un tiempo determinado por ley con la finalidad de asegurar su presencia en el proceso y evitar que obstaculice o perturbe la actividad probatoria³⁶⁰.

Sin duda los objetivos que se pretende lograr con la prisión preventiva son: primero, asegurar la presencia del imputado en el proceso penal, toda vez que si aquel no se somete al proceso y por ejemplo se pone en la situación de prófugo, este se frustrará, reservándose hasta que sea habido; segundo, garantizar una normal y exitosa investigación de los hechos que se atribuye al imputado, toda vez que si concurren circunstancias de

³⁶⁰La Sala Penal de Apelaciones de Huaura erróneamente había interpretado lo contrario argumentando que es imprescindible a la prisión preventiva –y condición para su imposición– la medida de detención, de suerte que si ésta no tiene lugar, porque no se efectivizó o se desestimó, no es posible solicitar aquella y menos concederla



entorpecimiento u obstaculización por parte del imputado, es posible que aquella no consiga sus fines y tercero, se pretende asegurar la futura ejecución penal, es claro que si se dicta sentencia condenatoria efectiva y el imputado se pone fuera del alcance de la autoridad no será posible ejecutar la sentencia.

En suma, la prisión preventiva es una medida coercitiva personal, estrictamente jurisdiccional, que se adopta a instancia del Ministerio Público y en el seno de un proceso penal debidamente incoado, siempre que resulte absolutamente imprescindible, que persigue conjugar un peligro de fuga o un riesgo de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba (no se puede atribuir el papel de instrumento de la investigación penal ni tiene un fin punitivo). En otras palabras, desde la perspectiva de la libertad ambulatoria del afectado, pareciera no existir ninguna diferencia entre la prisión preventiva y la prisión punitiva. En otras palabras, si la pena privativa de libertad, que constituye la sanción penal más generalizada en nuestro sistema, sólo puede ejecutarse después de haber sido impuesta por una sentencia judicial (derecho al juicio previo), y si el imputado debe ser considerado inocente en tanto no exista dicha sentencia condenatoria, lo que implica, por una parte, la carga para el Estado de probar la culpabilidad más allá de una duda razonable (principio de inocencia como regla de enjuiciamiento) y, por otra parte, la exigencia de tratarlo como inocente en tanto dicha sentencia no exista (principio de inocencia como regla de tratamiento del imputado), lo cierto es que

la sola existencia de la posibilidad de encarcelamiento pendiente el juicio implica una contradicción que es difícil de justificar.

II

LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN: SU DELIMITACIÓN LEGAL.

La preocupación del legislador por delimitar, de la forma más concreta posible, la medida cautelar de la prisión preventiva está plenamente justificada por la consideración de que tal medida afecta al derecho a la libertad y a la presunción de inocencia y es preciso arbitrar sistemas para hacer compatible la privación de libertad que comporta con el respeto a tales derechos.

Estableciendo unos presupuestos materiales muy concretos que la habiliten o atendiendo a los requisitos formales, en definitiva se trata de encontrar mecanismos que garanticen la mayor objetividad y acierto en la adopción de tal medida, a fin de que sólo se tome en los casos absolutamente necesarios, según los fines, a que luego aludiremos, que la justifican.

En algunos países, por ejemplo, Francia, se pretende alcanzar esos fines potenciando la objetividad de la decisión mediante la intervención de otro órgano judicial, distinto del que conoce el asunto, para acordar la prisión preventiva: es el sistema de transferencia de la decisión a otro juzgador.

En otros, como Alemania, se sigue el sistema de establecer un catálogo de delitos en los que, por su gravedad, puede adoptarse esa medida cautelar, siempre que concurren los supuestos de peligro de



huida, peligro de que se destruyan pruebas y también, aunque excepcionalmente, con la finalidad de tranquilizar la "alarma social" de que tanto se ha hablado en esta materia. En tales casos, sólo en un reducido número de delitos puede acordarse la prisión preventiva. Así, en los delitos de asociación terrorista, asesinato y homicidio doloso, genocidio, violación y otros de muy grave naturaleza, además de los casos en que dicha medida se toma como medida de seguridad para evitar la reiteración de la actividad delictiva, en razón de los antecedentes penales del presunto autor de ciertos delitos, como tráfico de drogas, estafas, incendios y otros.

En el Perú, tradicionalmente se ha seguido un sistema que tiene en cuenta la gravedad de la pena como presupuesto justificante de la prisión preventiva, cuya adopción quedaba al arbitrio del Juzgador. Pero a partir del NCPP se siguen diversos presupuestos de acuerdo a lo establecido por el Art. 268 del referido cuerpo legal

La configuración normativa así como la imposición concreta de la prisión preventiva antes de la dación del Nuevo Código Procesal Penal se encontraban permanentemente necesitadas de legitimidad constitucional, a partir de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que constituyen los criterios de validez de cualquier acto o norma que incida en la vigencia de los derechos fundamentales³⁶¹. Por lo demás, la

³⁶¹Ambos principios se encuentran reconocidos en el artículo 200 de la Constitución, aunque referidos al control judicial parcial de los regímenes de excepción. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, como no podía ser de otro modo, amplió la aplicación de los mismos a todo acto o medida

libertad personal, la presunción de inocencia y la igualdad de armas, forman parte del programa penal de la Constitución, es decir, de aquellos parámetros normativos en cuyo marco el legislador debe adoptar sus decisiones y en el que el juez debe interpretar las leyes³⁶², a riesgo de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

En nuestro medio, los problemas de legitimidad constitucional de la prisión preventiva se encuentran vinculados fundamentalmente con su interpretación y aplicación por los jueces. Esta crisis de nuestro modelo de enjuiciamiento penal, que databa de 1940, se había convertido en un instrumento deficiente de cara a sus dos finalidades básicas: la persecución penal eficaz, en el marco del respeto a los derechos fundamentales.

III

PRISIÓN PREVENTIVA, LIBERTAD PERSONAL, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IGUALDAD DE ARMAS

La prisión preventiva constituye una de las figuras más polémicas en el modelo de Estado constitucional. De ahí que Carrara se refiriera a la "inmoralidad de la prisión

restrictiva de los derechos fundamentales. Al respecto, ver STC, asunto Marcelino Tineo Silva (Exp. N° 010-2002-AI/TC, f.j. 195), publicada en la edición del 4 de enero de 2003 del diario "El Peruano".

³⁶²ARROYO ZAPATERO, Luis. "Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución". En: Revista Jurídica de Castilla - La Mancha. Núm. 1 (1987). Pág. 101.



preventiva"³⁶³, calificándola como una injusticia necesaria³⁶⁴. A su turno, autores como Ferrajoli y seguidores como Andrés Ibáñez, señalan que la prisión preventiva adolece de un problema congénito en el Estado constitucional, desde las exigencias que se derivan de la presunción de inocencia, por lo que niegan que esta institución pueda tener algún nivel de racionalidad constitucional³⁶⁵.

Roxin por su parte destaca que, si bien la prisión preventiva es la injerencia más grave en la esfera de la libertad individual con vistas a asegurar el proceso, es indispensable en algunos casos para lograr una persecución penal eficiente. De este modo, si bien admite la figura, deja en claro su carácter excepcional, derivado de su naturaleza aflictiva de la libertad personal³⁶⁶.

En nuestro ordenamiento constitucional, la prisión preventiva no cuenta con una regulación expresa, por lo que habría que derivarla como posibilidad constitucional, del artículo 2.24.f, así como del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 139.3 de la Constitución. El TC, sin embargo, ha preferido otra vía para encontrar el reconocimiento constitucional

a la prisión preventiva, al referirse a un nuevo derecho, a saber, el de no sufrir prisión provisional más allá de un plazo razonable.

De acuerdo al criterio del Supremo intérprete, este derecho constituye una manifestación implícita de la libertad personal (Constitución, artículo 2.24), que cuenta con reconocimiento expreso en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), normas que deben servir de parámetro interpretativo de los derechos reconocidos en la Constitución, tal como lo establece la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Fundamental. De esta forma, el TC destaca que el mencionado derecho forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocidos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, por lo que no puede ser desconocido en sede interna³⁶⁷. Así, el Tribunal deriva del principio general de igualdad el derecho a no sufrir prisión preventiva más allá de un plazo razonable, dando acogida constitucional a través de esta fórmula a la prisión preventiva.

En estricto, nos encontramos frente a una medida de privación de la libertad de una persona procesada, es decir, de alguien que soporta la imputación de haber cometido un delito, pero que goza de su derecho a la presunción de inocencia. En esa medida, es de rigor reconocer que desde el momento

³⁶³Citado por MUÑOZ CONDE, Francisco. "Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional". En: Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Barbero Santos, Marino (coordinador). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1997. Pág. 219.

³⁶⁴Citado por ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. "El juez y la prisión provisional". En: Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Barbero Santos (coordinador). Pág. 18.

³⁶⁵ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. "El juez y la prisión provisional". Barbero Santos, Marino (coordinador). Pág. 20-21.

³⁶⁶ROXIN, Claus. "Derecho Procesal Penal". Editores del Puerto. Buenos Aires, 2000. Pág. 258.

³⁶⁷STC, asunto Berrocal Prudencio (Exp. N° 2915-2004-HC/TC, fj. 1; 5-6); del mismo modo, STC, asunto Sánchez Calderón (Exp. N° 3771-2004-HC/TC, fj. 8-15)



mismo de su imposición incide en la libertad personal (artículo 2.24.f de la Constitución) de quien la sufre, así como en su derecho a la presunción de inocencia (artículo 2.24.e de la Constitución) en su dimensión de regla de tratamiento del imputado³⁶⁸. En general, es posible agrupar sus distintas finalidades legítimas, tanto en la necesidad de garantizar el desarrollo del proceso como en la ejecución de la pena³⁶⁹, de ahí que también se conecte su justificación con la tutela judicial efectiva (artículo 139.3 de la Constitución).

En esa misma línea, al hacer referencia a la necesaria limitación temporal de la prisión preventiva, el TC destaca que ello constituye la expresión del adecuado equilibrio entre el deber del Estado de garantizar sentencias penales justas, prontas y plenamente ejecutables, de una parte, y el derecho a la libertad personal y a que se presuma la inocencia de toda persona mientras no se declare judicialmente su culpabilidad, de otra. Asimismo, el Supremo intérprete de la Constitución llama la atención sobre el peligro de desvirtuar la presunción de inocencia en el proceso penal por la inobservancia de los límites temporales de la prisión preventiva, la que por este hecho se convertiría en una sanción previa a una condena penal³⁷⁰.

Sin duda, esta vulneración de la presunción de inocencia por la conversión de la prisión preventiva en una suerte de adelanto de pena o pago a cuenta de una eventual y por

ende incierta sentencia condenatoria, debe ser tenida en cuenta con especial cuidado. Sobre todo en realidades como la nuestra, donde la ejecución de la prisión preventiva se realiza en las mismas condiciones que la pena privativa de la libertad, asimilándose en los hechos.

A su turno, y como ya adelantamos, a nuestro juicio la prisión preventiva también incide en la vigencia del principio de igualdad de armas, que en estricto es la manifestación del mandato constitucional de igualdad (artículo 2.2 de la Constitución) en el ámbito del proceso penal. De acuerdo al mismo, tanto la acusación como el acusado deben estar en pie de igualdad en el proceso, contando con las mismas posibilidades de ataque y defensa³⁷¹. Sin duda, el que se dicte prisión preventiva contra un procesado debilita en cierto modo sus posibilidades de ataque y defensa de la acusación, lo cual repercute en la determinación procesal de los hechos así como en el juicio de responsabilidad.

No es lo mismo soportar la imputación de un delito en libertad que sufriendo una privación de la misma. Por ello, el TC nos recuerda lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe N° 2/97. Casos N°s 11205 y otros, párr. 7) en el sentido que la situación de alguien que padece prisión preventiva es muy imprecisa por lo que "Los detenidos en tales circunstancias sufren usualmente grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la

³⁶⁸Sobre las dimensiones de la presunción de inocencia en el proceso penal ver, SAN MARTÍN CASTRO, César. "Derecho Procesal Penal". T. I. 2ª Ed. Grijley. Lima. Págs. 114-115.

³⁶⁹ROXIN, Claus. Loc. cit.

³⁷⁰STC, asunto Berrocal Prudencio (Exp. N° 2915-2004-HC/TC, fj. 11-12.)

³⁷¹CORDÓN MORENO, Faustino. "Las garantías constitucionales del proceso penal". Aranzadi. Navarra, 1999. Págs. 131-135.



separación forzada de su familia y comunidad. Debe enfatizarse igualmente el impacto psicológico y emocional al que son sometidos mientras dura esta circunstancia³⁷².

Por todas estas razones, la prisión preventiva, tanto en su configuración normativa como en su interpretación y aplicación por los órganos jurisdiccionales, debe satisfacer las exigencias de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; por ello debe estar necesariamente conectada con estrictos fines de urgente necesidad procesal y limitada en sus efectos sobre los derechos a la libertad, presunción de inocencia e igualdad de armas.

Parte la Constitución en su art. 2, inc. 24, literal b, , de que "No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas".

Esta doctrina, acorde con tales derechos y principios y con las correspondientes Disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, y del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, parte de que, debe consignarse que la legitimación constitucional de la prisión preventiva exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción

delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y como objeto, que se conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos".

IV

VICISITUDES CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD PERSONAL

Franz **Neumann**, en un texto muy citado, a propósito del concepto de libertad como libertad jurídica, ponía de manifiesto que "la libertad es, más que otra cosa, ausencia de constricción"³⁷³ y que esta idea, que es la propia de la teoría liberal de la libertad, es clave para entender el constitucionalismo, en cuyos orígenes la libertad se concibe como "negativa", en el sentido hegeliano de "unilateral". Ello debido a que tiene como "presupuesto el individualismo filosófico: la idea de que el hombre es una realidad prescindiendo del sistema político en que vive" y que "el poder político, incorporado en el Estado, será siempre extraño al hombre, que no puede y no debe identificarse con aquél"³⁷⁴.

Este modo de concebir la libertad es, pues, el propio del constitucionalismo liberal, que tiene como presupuesto una drástica separación de la esfera pública y la esfera privada. El individuo es el *dominus* dentro

³⁷²STC, asunto Berrocal Prudencio, f.j. 19.

³⁷³Citado por RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto - Pena y Estructura Social, Editorial Fondo de Cultura Económica, Trad. De Alberto Quiroga México D.F. 1979, Pág. 54.

³⁷⁴Ibidem



de ésta, mientras el Estado ejerce su señorío en el ámbito de las relaciones políticas y sociales y no puede interferir legítimamente en aquélla si no es por algún motivo de interés público.

La progresiva abolición de esa separación de esferas que se identifica con el advenimiento del Estado social y el paso a la democracia pluralista lleva consigo un tratamiento constitucional mucho más articulado y complejo de la libertad. Ésta deja de ser concebida en su dimensión exclusivamente negativa y se abre paso una idea de la misma como libertad positiva, como expresión de la persona, en tanto que ser social con pretensiones de autorrealización en un campo de relaciones intersubjetivas (civiles, políticas, socioeconómicas) mucho más amplio que el propio de la autonomía individual.

Ahora bien, este paso en la evolución histórica no implica la disolución de la vieja libertad *negativa* en las libertades *positivas*. Aquel concepto, es un antecedente cronológico pero también un *prius* lógico y jurídico-constitucional de la categoría integrada por las segundas. Puesto que la capacidad de relación del sujeto como persona presupone su propia *previa* capacidad de autodeterminación, es decir, de decisión desde la autonomía.

Esta dimensión del sujeto resulta así, en el moderno constitucionalismo, enriquecida, pero en modo alguno abolida como momento central, “*la parte más significativa del sistema (jurídico-positivo) de los valores supremos (constitución), que se impone como parámetro universal de la legitimidad de los diversos actos de los*

poderes ‘constituidos’ (comprendido el legislador) y como medida de la licitud de los comportamientos de los sujetos privados en su actuación personal de disfrute y estructuración de las objetivas chances of life que el ordenamiento les ofrece”³⁷⁵.

El uso de la prisión como forma de actuación del poder público interesa de manera inmediata a la libertad en su dimensión negativa y, en ese sentido (obviamente, salvo la privación de la vida), es la modalidad más radical de intervención del Estado, puesto que incide sobre lo que hoy aparece como el núcleo mismo del *sistema de libertades*, sobre el presupuesto de todos los demás derechos, condicionando sus posibilidades de realización práctica.

En el proceso inquisitivo la prisión provisional fue, como bien se sabe, el modo normal de operar: “un *prius* necesario para la obtención de las pruebas”. Lo propio de un orden procesal fundado en la tortura como el instrumento primordial de adquisición de conocimiento, en el que, a través de toda una “tecnología del cuerpo” se expresa la “microfísica del poder”, en la sugestiva interpretación de **Foucault**³⁷⁶.

Una larga evolución histórica que es la del pensamiento ilustrado y la de la construcción de la propia categoría constitucional de la libertad llevó a la abolición formal de la tortura en la experiencia procesal y, con ello, a la disociación asimismo formal de la tortura y la prisión provisional.

³⁷⁵RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto – Ob. Cit., Pág. 57.

³⁷⁶FOUCAULT, Michael, Vigilar y Castigar, Editorial Siglo XXI, Madrid, México 1981, Pág. 26



Ese paso hizo, sin duda, mucho más tolerable la existencia de la prisión provisional, ya como instrumento de un proceso penal formalmente sin tortura, pero no despejó todas las perplejidades acerca de la legitimidad del instituto, en el que Beccaria³⁷⁷ había visto, sin sombra de duda, “una especie de pena”. Y no podía ser de otro modo, si se considera que, mucho antes, ya hubo autores que hallaron dificultades para distinguir entre tortura y cárcel.

En cualquier caso, lo cierto es que la abolición de la tortura hizo más precaria la justificación de la privación preventiva de libertad dentro del proceso. Podría decirse que vino a restar *legitimidad* a la misma, de ahí la necesidad de buscar para ella nuevos fundamentos.

CONCLUSIONES

La prisión preventiva es la forma más grave en que el ordenamiento jurídico procesal penal puede restringir la libertad de los ciudadanos en pos de asegurar la eficacia del proceso penal. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que “siendo los derechos fundamentales límites a la actuación del legislador, las medidas de la restricción de la libertad ambulatoria, cuando no se producen a consecuencia de la imposición de una pena, quedan justificadas únicamente, como última ratio, en la medida en que resulten absolutamente imprescindibles y necesarias para la defensa de bienes jurídicos fundamentales en un proceso penal y

siempre que no hayan otros mecanismos radicales para conseguirla. Caso contrario, se produce una afectación al derecho a la libertad individual y al principio informador de presunción de inocencia (Exp. N° 0731-2004-HC/TC)”. Por ello siempre resultará preferible imponer una medida de comparecencia o comparecencia con restricciones (en ese orden de prelación) antes que un mandato de detención.

El mandato de detención –que significa privar a una persona de su libertad– implica la posible violación del derecho de presunción de inocencia que, en lo esencial, supone que una persona sometida a un proceso penal sea tratada como inocente, en tanto no existe una sentencia firme que declare su culpabilidad. En ese sentido, cuando se priva la libertad de una persona con anterioridad a una declaración de culpabilidad por autoridad competente, se infringe la presunción de inocencia.

Prima facie, este parecería ser el caso del mandato de detención. Sin embargo, ello no es así, toda vez que su imposición no obedece a un adelantamiento de la pena (no se impone el mandato de detención por razones de prevención general positiva o negativa, de prevención especial positiva o negativa o de retribución, fines clásicamente atribuidos a la pena) sino a un aseguramiento de la eficacia del proceso (para contrarrestar el peligro que en el caso concreto significa la libertad del imputado). De ello, puede colegirse que en los casos en los que el mandato de detención tenga como objetivo la aplicación de algún fin de la pena, se estará violando el derecho a la presunción de inocencia, pues no se puede

³⁷⁷BECCARIA, Cesare, Ob. Cit., Pág. 177.



sancionar (anticipadamente) a quien no es culpable.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. "El juez y la prisión provisional". Barbero Santos, Marino (coordinador).
- ARROYO ZAPATERO, Luis. "Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución". En: Revista Jurídica de Castilla - La Mancha. Núm. 1 (1987).
- CASTRO, César. "Derecho Procesal Penal". T. I. 2ª Ed. Grijley. Lima.
- CORDÓN MORENO, Faustino. "Las garantías constitucionales del proceso penal". Aranzadi. Navarra, 1999.
- FOUCAULT, Michael, Vigilar y Castigar, Editorial Siglo XXI, Madrid, México 1981,
- MUÑOZ CONDE, Francisco. "Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional". En: Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Barbero Santos, Marino (coordinador). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1997.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto - Pena y Estructura Social, Editorial Fondo de Cultura Económica, Trad. De Alberto Quiroga México D.F. 1979

IMPUNIDAD EN EL PROCESO DE FALTAS POR AUSENCIA DE UN DEFENSOR PÚBLICO

**Dr. REYNALDO PADILLA,
EMILIANA ISABEL**

Abogada por la UPSMP, con estudios de Maestría en Derecho Penal, y Doctorado en Derecho en la UNFV, en la actualidad desempeñándose como Juez de Paz Letrado Especializado en lo Penal – Corte Superior de Justicia del Callao..



IMPUNIDAD EN EL PROCESO DE FALTAS POR AUSENCIA DE UN DEFENSOR PÚBLICO

INTRODUCCIÓN

El proceso por faltas en nuestro país, presenta una serie de deficiencias tanto de naturaleza procedimental como de fondo en cuanto a su concepción misma, tratada por la Ley 27939 (aún vigente) y en la actualidad por el NCPP (Arts. 482° al 489°). Por otro lado, en el ejercicio de la defensa, es poco común la participación del abogado defensor en el proceso de faltas, ello debido a la irrelevancia aparente de las materias que se ventilan en dicho proceso, situación que no es óbice para el desconocimiento del tratamiento que se le ha dado al proceso de faltas en el nuevo procesal penal, teniendo en cuenta que con anterioridad a la entrada de su vigencia este venía siendo regulado por la ley 27939.

Dentro de ese contexto y plegado a las deficiencias procedimentales mencionadas, hay que señalar que una de ellas es la impunidad que se genera ante la ausencia de un abogado defensor que represente al imputado, aún que éste sea de oficio. Esto debido a la carencia de abogados de oficio, responsabilidad ésta del Ministerio de Justicia³⁷⁸. Este hecho se inscribe dentro de

un escenario de aparente indefensión del acusado lo que genera que, a falta de las garantías fundamentales del derecho a la defensa, el proceso ingresa a una suerte de limbo jurídico hasta que la falta prescribe.

Esta situación que tiene los visos de un verdadero drama kafkiano, se da porque precisamente el Ministerio de Justicia no cumple a cabalidad con la función asignada en cuanto está adscrito a su jurisdicción la Dirección General de la Defensa Pública.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La inadecuada estructuración del Proceso por Faltas en el Nuevo Código procesal Penal y el manejo inadecuado de la Defensa Pública por parte del Ministerio de Justicia, propende a acarrear situaciones de indefensión judicial en los imputados sometidos a dichos procesos por lo que, cumplido el plazo para que la falta prescriba y ante la falta de un defensor de juicio que asuma la representatividad del acusado, ésta queda impune trasgrediendo con este hecho los propios fines del proceso penal en el Perú.

Corrobora esta afirmación el hecho de que la redacción del NCPP en el Art. 484°, inc. 1 no deja dudas respecto a la carencia por

³⁷⁸ De acuerdo a las estadísticas disponibles en su portal web, el MINJUS señala que, respecto al manejo del NCPP en los distritos judiciales donde se viene aplicando dicho Código,

ha asignado un total de 404 defensores públicos lo que refleja el grado de



parte del legislador, de un adecuado tratamiento del procedimiento con respecto al Proceso por Faltas. De esta forma, el texto legal referido señala:

“La audiencia se instalará con la presencia del imputado y su defensor, y de ser el caso, con la concurrencia del querellante y su defensor. Si el imputado no tiene abogado se le nombrará uno de oficio, salvo que en el lugar del juicio no existan abogados o éstos resulten manifiestamente insuficientes. Las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 5) del artículo anterior, podrán asistir acompañados de los medios probatorios que pretendan hacer valer”.

Como se ve, en la parte que se prevé el hecho de que *“en el lugar del juicio no existan abogados o éstos resulten manifiestamente insuficientes”*, no señala alternativa alguna sobre la forma como el Juez puede dar solución a esta problemática.

I

EL DERECHO DE DEFENSA EN EL NCPP

El NCPP establece el derecho a la autodefensa en su artículo 71°, cuando señala: *“El imputado puede hacer valer por sí mismo los derechos que la constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de la investigación hasta la culminación del proceso”*. Asimismo, el Código Procesal Penal establece como principio básico del nuevo proceso que tiene el imputado para hacer valer sus facultades, derechos y garantías constitucionales y legales desde el momento mismo en que se le atribuya

participación en un hecho punible. En consecuencia, a partir de entonces el imputado es sujeto de derechos dentro del proceso penal y esta posición proviene de la consideración estricta del principio de presunción de inocencia o de no culpabilidad.³⁷⁹

Con ello se supera aquella concepción inquisitiva del anterior Código que tendió a ver al imputado como un objeto del procedimiento y de la investigación judicial, esto es, como una fuente de información destinada a la averiguación de la verdad material. Fue, justamente, en este último contexto que la confesión se convirtió en la “reina de las pruebas” y sirvió para todo tipo de excesos y abusos³⁸⁰. Hoy, en cambio, el imputado tiene derecho a guardar silencio (art. 71° inc. 2, párrafo d del NCPP)³⁸¹ y a que, en el evento que consienta en declarar, ella sólo sea entendida como un medio de defensa (art. 71°, inc. 2, párrafo d). Esto no quiere decir, sin embargo, que el imputado no pueda constituirse en objeto de la investigación y, eventualmente, en medio de prueba como cualquier ciudadano que está sujeto al deber de tolerar la pretensión *fundada* del Estado al esclarecimiento y sanción de las infracciones a las normas jurídicas³⁸². En efecto, el imputado está sujeto a la coacción estatal en la medida que debe tolerar el procedimiento penal y, eventualmente, las

³⁷⁹ MAIER J., *Derecho procesal penal argentino*, Fundamentos, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 595.

³⁸⁰ CLARIÁ OLMEDO, JORGE, Ob. Cit. Pág. 27.

³⁸¹ “Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia” (Art. 71, inc. d)

³⁸² VASQUEZ ROSSI, J., *El proceso penal. Teoría y práctica*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1986, p. 49.



afecciones masivas en su libertad personal o en su integridad corporal, como la prisión preventiva o tomas de sangre (Art. 71°, inc. 2, párrafo e)³⁸³. No obstante, su consideración como “objeto del proceso” sólo cabe efectuarla desde una perspectiva fáctico-externa, nunca normativa, pues el Estado se encuentra limitado constitucionalmente por las garantías fundamentales.

El derecho a defensa comprende genéricamente los siguientes derechos:

- f) El derecho a ser oído, lo que supone el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan, a objeto de ejercer adecuadamente su derecho a defenderse y a formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa;
- g) El derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo;
- h) El derecho a probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal;
- i) El derecho de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable, y
- j) El derecho a defenderse personalmente o, si esto no le fuera permitido, elegir un defensor para que lo represente o asista.

La mayoría de estos derechos están expresados en el Art. 71° del NCPP cuyo texto íntegro incorporo al artículo para su mayor comprensión:

Artículo 71°. Derechos del imputado.-

5. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.
6. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:
 - a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;
 - b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;
 - c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor;
 - d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;
 - e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y
 - f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.
7. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehúsa a firmar el acta se hará constar la abstención,

³⁸³ “Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley” (Art. 71, inc. e).



y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del Fiscal se dejará constancia de tal hecho en el acta.

8. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.

Estas garantías se contemplan en los artículos 14° N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 82° N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), tratados ratificados y vigentes por el Perú; en consecuencia, incorporados al ordenamiento jurídico interno. El no respeto de estas garantías puede conllevar la nulidad de actuaciones del procedimiento o, incluso, la nulidad del juicio y de la sentencia. El derecho de defensa del imputado comprende, en consecuencia, tanto la defensa material como la defensa técnica. La defensa material consiste en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le confieren durante el procedimiento y que,

en general, atingen en forma personal al imputado³⁸⁴.

El Código admite la posibilidad de autodefensa, esto es, que el imputado asuma personalmente su defensa, excepto cuando la misma sea perjudicial para el propio interesado (Arts. IX³⁸⁵ y 71°, inciso 1 NCPP). En caso contrario, deberá designar libremente a un defensor de su confianza y, si carece de él, tendrá derecho a uno proporcionado por el Estado (defensor penal público) (Art. IX NCPP). La defensa técnica consiste en el derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento.

Es, en consecuencia, una derivación del derecho de defensa material que surge como consecuencia necesaria de la complejidad del proceso moderno, de su carácter eminentemente técnico-legal y de los intereses en juego. Su fundamento radica en la necesidad de garantizar lo más posible la igualdad de posiciones en el proceso penal. Aunque igualar el poder de la organización estatal puesta al servicio de la persecución penal puede resultar imposible, la ley prevé una serie de mecanismos para mejorar la posición del

³⁸⁴ VASQUEZ ROSSI, J., *El proceso penal. Teoría y práctica*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1986, p. 51.

³⁸⁵ En el artículo IX del NCPP se dice que, "1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala".



imputado y garantizar una cierta *igualdad de armas*. El más importante de ellos es la defensa técnica, que permite al imputado contar con la asistencia necesaria cuando no posee conocimientos jurídicos suficientes o cuando, poseyéndolos, no pueda aplicarlos de forma idónea o adecuada³⁸⁶.

Ellos pueden reconducirse, sistemáticamente, a los siguientes grupos de derechos: A) derechos de información, B) derechos de intervención en el procedimiento, y C) derechos que imponen un deber de abstención por parte de los órganos que intervienen en la persecución y el enjuiciamiento penal, esto es, un deber de garantizar la intangibilidad del ejercicio del derecho de defensa del imputado.

Con respecto al Derecho de Defensa en el NCPP, se puede decir en primer término, que éste constituye el pilar fundamental en el sistema procesal penal de corte acusatorio adversarial, en el que se reconoce al imputado el derecho de contradecir, de desvirtuar lo alegado en su contra, desde el inicio de las investigaciones hasta la culminación del proceso penal, obligatoriamente asistido por un abogado; a diferencia del modelo de corte inquisitorial, donde el proceso se caracteriza (paradójicamente) por la indefensión del imputado a quien no se le reconocían muchos derechos, como el de defensa, pues al ser la instrucción celosamente reservada, solo llegada la causa a juicio se abría el debate; por ende, si el imputado era asistido por un defensor, su actuación

estaba limitada, por lo que poco podía hacer para lograr su absolución.

Con el Código Procesal de 2004, se pretende que el derecho de defensa no se restrinja a una declaración de derechos vacía de contenido, sino a una realidad fáctica, por lo que el Estado a través de su reconocimiento asegura a todos los imputados su eficacia y operatividad, al disponer el derecho a ser asistido desde los primeros actos de investigación por un abogado defensor.

El derecho de defensa en el Código Procesal Penal de 2004 está regulado en el artículo IX del Título Preliminar, del cual se desprende que toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto:

- A que se le informe de sus derechos.
- A que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra.
- A ser asistido por un abogado defensor de su elección o de oficio, desde que es citado o detenido por la autoridad.
- A que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa.
- A ejercer su autodefensa material.
- A intervenir en plena igualdad, en la actividad probatoria y en las condiciones previstas por la ley.
- A utilizar los medios de prueba pertinentes.

En el mismo artículo se especifica que el ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.

Como se aprecia, el imputado tiene derecho a defenderse desde que se le hace la imputación, con el inicio de la primeras

³⁸⁶ VASQUEZ ROSSI, *El proceso penal*, cit., pp. 53 y ss.



diligencias de investigación hasta la culminación del proceso penal y siempre asistido de un defensor de su elección o defensor público; quien puede informarse de los cargos, intervenir en las iniciales diligencias de investigación, participar de estas, presentar pedidos, ofrecer la actuación de pruebas y demás posibilidades que la ley le permite en igualdad de condiciones con la otra parte; y ello porque el nuevo código obliga a los jueces, fiscales y policías que deben hacer conocer al imputado, de manera inmediata y comprensible, no solo los cargos y la investigación o proceso penal que se le ha iniciado, sino también y sobre todo los derechos que la ley le reconoce.

Ello porque en el artículo 71° del Código Procesal Penal de 2004, además de lo señalado, al imputado se le reconocen una serie de derechos, pues en él se establece que:

1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su abogado defensor los derechos que la Constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.
2. Los jueces, los fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible que tiene derecho a:
 - a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda.

- b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata.
- c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un abogado defensor.
- d) Abstenerse de declarar, y si acepta hacerlo, a que su abogado defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia.
- e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por ley.
- f) Ser examinado por un médico legista u otro profesional de salud, cuando su estado de salud así lo requiera”.
 Como se advierte, el Código Procesal Penal de 2004 adopta una posición garantista, que implica que el imputado deba ser asistido obligatoriamente por un abogado defensor, en la medida que el letrado, por sus conocimientos puede conducir por el mejor camino al imputado.
 En tal sentido en el artículo 84° del referido cuerpo legal se reconoce al abogado defensor diversos derechos para el ejercicio de su patrocinio:
 - Asesorando a su patrocinado desde que es citado o detenido por la policía.
 - Interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos.



- Recurrir a un perito particular para ejercer mejor su defensa.
 - Participar en todas las diligencias (excepto en la declaración prestada durante la investigación por el imputado que no defienda).
 - Aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.
 - Presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite.
 - Tener acceso al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la ley, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.
 - Ingresar a los establecimientos penales o dependencias policiales, (previa identificación) para entrevistarse con su patrocinado.
 - A expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, sin ofender el honor de las personas.
 - A interponer las excepciones y recursos impugnatorios que la ley le permita.
- Lo antes señalado son los derechos que se le reconocen al imputado para el ejercicio de su defensa durante el trámite del proceso. Aunque debe tenerse en cuenta que no solamente el imputado es sujeto del derecho de defensa en el proceso penal, ya que al ser aquel un derecho fundamental también lo ejerce la víctima (actor civil) o el tercero civilmente responsable, o aquel que tenga legítimo interés en el resultado del proceso penal, los mismos que tienen las mismas prerrogativas que el imputado para el ejercicio de la defensa, ya que como se ha dicho, este es un derecho fundamental

independiente de la situación procesal que se tenga en un proceso.

II

LA ACTUACIÓN DE LA DEFENSA DE OFICIO

En primer término, 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 establezca³⁸⁷.

Dicho servicio está regulado por la Ley 29360 y su Reglamento D.S. N° 013-2009-JUS y de acuerdo al Art. 6° de la Ley mencionada, se presta en todo el territorio nacional de manera desconcentrada. Está a cargo de la Dirección General de Defensa Pública del Ministerio de Justicia. La Dirección General de Defensa Pública está a cargo de un director general y se organiza de acuerdo con los criterios de corporativización, especialización y separación de tareas administrativas y funcionales. La Dirección General de Defensa Pública se encarga de proponer y ejecutar las políticas, programas y proyectos en el ámbito de su competencia, así como las demás que se establezcan en su Reglamento.

Ahora bien, el artículo 150° del NCPP indica que no será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los efectos concernientes: a) a la intervención, asistencia y representación del imputado o

³⁸⁷ Art. 1 de la Ley 29360



de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia (...); d) a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.

El defensor interviene cuando el imputado lo ha designado o cuando la autoridad competente se lo asigna (defensor de oficio). Ha de intervenir como garante del debido proceso o en cualquier acto procesal a favor de proteger los intereses de su patrocinado. Asiste cuando conjuntamente con el imputado en un debate oral implementa la defensa técnica para contrarrestar los fundamentos del Ministerio Público o del actor civil, según corresponda. Representa en algunos actos procesales en los que no es necesaria la presencia del imputado, como la audiencia preliminar de la etapa intermedia, la interposición de algún recurso impugnatorio, o la solicitud de trámites conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pero ¿acaso existirán diligencias en que no será necesaria la presencia del defensor? El artículo 80º del NCPP nos esclarece que el defensor de oficio muchas veces es nombrado para garantizar la legalidad de una diligencia y el debido proceso. De igual manera el artículo 85º nos indica que si el abogado defensor que ha sido designado por el mismo imputado no concurre a la diligencia para la que es citado, y esta es de carácter inaplazable podrá ser reemplazado por otro que designe el mismo imputado o por un abogado de oficio que se apersonará solamente para que se lleve a cabo dicha diligencia, asumiendo un rol garantista,

sobre los actos de legalidad del Ministerio Público, al igual que el juez de la investigación preparatoria.

Por ello, prevemos que siempre será indispensable su actuación desde el inicio de las investigaciones preliminares, aunque también existirán diligencias, como la prueba preconstituida, en que será difícil su presencia, o diligencias en que no interviene el imputado (casos en los cuales no será necesaria su participación). Ahora bien, si interviene el defensor de oficio en la diligencia inaplazable, a pesar que el imputado designó un defensor particular, ello no hace que cese la participación de aquel en el proceso o deba volver a constituir como patrocinante, si es que la naturaleza de este reemplazo fue en aras de realizar una diligencia de naturaleza irreproducible y fue imposible su presencia. Existe algo peculiar sobre el artículo 80º del NCPP y es que, como se refirió, la defensa de oficio será gratuita para todos aquellos que dentro del proceso, por sus escasos recursos (entiéndase recursos económicos), no puedan designar abogado defensor de su elección.

¿Pero acaso existe una verificación de los escasos recursos económicos del imputado para que el Estado le conceda gratuitamente un defensor de oficio? Actualmente el nuevo sistema procesal penal, que gradualmente se está poniendo en vigencia, está capacitando constantemente a todo el aparato estatal que interviene en un proceso (Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Justicia, entre otros).



Hoy por hoy, podemos decir que los abogados de oficio tienen una gran ventaja en comparación a los abogados particulares, que solo eventualmente ven casos penales. La realidad nos demuestra que los defensores de oficio están asumiendo un rol protagónico que, sin dejar de lado su aporte a la administración de justicia, velan por los intereses de su patrocinado. Aún sigue siendo un auxiliar de la justicia pero no como órgano imparcial que procura el triunfo de la verdad aunque traicione a su cliente, sino como engranaje ineludible del marco instrumental que el Derecho predispone para garantía del individuo y de la sociedad³⁸⁸.

Un imputado con un buen ingreso económico podría no designar un abogado particular para que así sea asesorado gratuitamente por un abogado de oficio y, es más, sabiendo que estos defensores especializados en el nuevo proceso penal, podrían asesorarlo mejor que un defensor particular. Un defensor de oficio dentro de un distrito judicial reconocido como uno de los mejores defensores de la ciudad podría llegar a cotizarse entre los grupos delincuenciales o bandas organizadas y ser usado para su defensa técnica, lo que podría originar un tráfico de uso de estos especialistas procesales, utilizando indebidamente un recurso del Estado legalmente protegido por la garantía del debido proceso.

En otros aspectos, en el artículo 150º literal d) se regula la nulidad por la inobservancia

del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución. En el artículo 139º de la Constitución Política se desarrollan los principios y derechos de la función jurisdiccional, entre las que tenemos, en su numeral 3, la observancia del debido proceso, así como en su numeral 14 el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Asimismo, el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 25º.12 que el hábeas corpus procede ante la acción u omisión que amenace o vulnere el derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado, o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción.

Lo peculiar de todo esto es la similitud del efecto que puede generarse en cuanto a la inaplicación del artículo 71º literal c) del NCPP, en concordancia del artículo 25º.12 del Código Procesal Constitucional. Esto en virtud a que si un imputado desea acudir en vía de tutela al juez de la investigación preparatoria, esta se resolverá previa constatación de los hechos y en una audiencia con intervención de las partes, lo que podría generar con más efectividad si interpone una demanda de hábeas corpus en razón de la ausencia del abogado defensor, pues esta acción no exige formalismo para su presentación y podría resolverse en menos tiempo que si se escogiese el procedimiento de la norma procesal en mención.

Por último, considero que no es necesario que la defensa indique con exactitud la nulidad planteada cuando estas garantías rebalsan la ley secundaria, al existir una ley

³⁸⁸ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. T. II, Editorial Córdoba, Argentina, 1986, actualizado por los Drs. Manuel N. Ayán Y José I. Cafferata Nores, p. 399.



principal como la Constitución y los mismos tratados internacionales de los que el Perú es parte, donde claramente se indica, como garantía del debido proceso, diversos derechos fundamentales, como el ser juzgado por un juez competente, ser emplazado válidamente, poder contradecir en un plazo razonable, ser procesado sobre la base de un procedimiento previamente establecido legalmente³⁸⁹, entre otros aspectos.

Hay que tener en claro que al imputado, si no ha expresado dentro de la etapa preliminar o investigatoria que desea asumir propiamente su autodefensa material y técnica, debe designársele un letrado que asuma su defensa legal, para que pueda existir el principio de igualdad de armas desde la etapa de indagatoria. Cualquier subetapa dentro de ella en que el imputado no haya tenido representación legal, puede afectar el debido proceso. Nuestra norma procesal no obliga al defensor particular a que comunique su abstención del proceso por haber cesado en la representación de su patrocinado. Pero es necesario que esto se convierta en deber ético del abogado, para que la representación legal no solo vaya dentro de un término de plazo de su contrato, sino que signifique un aporte hacia la administración de la justicia, sin que se contraponga a los intereses del mismo imputado o ex representado.

Si antes de que el imputado declare ante la autoridad competente dentro de la investigación preparatoria –preliminar o

formal– no se presenta con abogado defensor por desconocimiento de la norma, y le informan sobre sus derechos que le asisten conforme al artículo 71º del NCPP, e inmediatamente le asignan un abogado defensor, no es necesario que deba declarar en ese instante sobre los hechos que le son atribuidos como autor o partícipe del mismo. El artículo IX de título preliminar del NCPP no solamente indica que el imputado debe de conocer inmediata y detalladamente la imputación formulada en su contra y ser asistido por un abogado defensor, sino también a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa. No debemos considerar esta diligencia de declaración como un acto inaplazable porque no existe riesgo de irreproducibilidad, a excepto que sea considerada como tal conforme a la naturaleza del proceso, pero, como regla general, el defensor puede ser designado en ese momento y asumir la defensa técnica del imputado y solicitar una nueva citación para que pueda tener tiempo de conferenciar con su patrocinado y saber los hechos que se le imputan y no convertirse en solo un garante del debido proceso sino asumir primigeniamente su rol de defensa. Ahora bien, cuando esta defensa, sea particular o de oficio, se constituye como tal en la etapa de la investigación preparatoria y el fiscal, al cierre de su investigación, decide presentar su requerimiento de acusación o sobreseimiento, iniciándose la fase intermedia del proceso (parte principal de todo proceso), debe no solo indicar los datos personales del imputado, incluyendo no solo su domicilio real, sino también su

³⁸⁹ CLARIA OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, p. 50



domicilio procesal, para que se notifique, conforme al artículo 350º del NCPP, a su defensa técnica, de lo contrario podría considerarse que dentro de la etapa de la investigación preparatoria no la tuvo y generarse cualquier nulidad del proceso.

Si habíamos dicho que la norma procesal no prevé que el defensor deba comunicar al órgano jurisdiccional o despacho fiscal el cese de su intervención, sí prevé que el cambio de defensa deba ser previamente comunicada en la instancia en que exista el proceso, para la variación del domicilio procesal y su posterior notificación en ella. Si no existiese aquella variación del domicilio procesal, se deberá de tener por cierta el último domicilio procesal en que se actuó, y quien más que el mismo Ministerio Público, como director de la investigación, para saber con exactitud el último domicilio procesal del imputado y de su defensor de oficio (pues todos los defensores del Ministerio de Justicia tienen un mismo domicilio procesal). Además, el mismo Estado, en cuanto garantizador del Derecho, está comprometido a su efectivo cumplimiento, aun en contra de la voluntad del sujeto³⁹⁰. Es por ello que el requerimiento fiscal, que inicia la fase intermedia, debe ir no solo señalando los datos generales del imputado, sino además su domicilio procesal, a fin de que en ninguna instancia o etapa del proceso se le vulnere su derecho de defensa.

III

LA INDEFENSIÓN DEL INculpADO

El estado de indefensión se configura cuando al individuo no se le ha permitido contradecir los actos procesales, es decir, cuando al interior de un proceso o procedimiento cualquiera de las partes se ve impedida de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos o intereses legítimos, por actos concretos de los órganos judiciales o administrativos. También, el estado de indefensión se configura cuando a través de todo el proceso o procedimiento, a pesar de habersele permitido la actuación de mecanismos de defensa, tales no han sido ni efectivos ni reales³⁹¹. En efecto, las garantías que se brindan para la protección de los derechos fundamentales no se agotan en su reconocimiento constitucional o en su desarrollo legal, ni aun cuando se le permita ejercer tales garantías, pues estas solo cumplen su finalidad cuando son efectivas y reales.

De otro lado, se ha reconocido al derecho de defensa en una doble dimensión: una material y otra formal. Conforme a la dimensión material, el imputado puede ejercer su defensa personalmente desde que conoce que se le atribuye la comisión de un delito. La dimensión formal está configurada por la defensa técnica, la que se manifiesta por el asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el proceso. Esta doble dimensión del derecho se desprende lo dispuesto por el literal d del numeral 2 del artículo 8º de la CADH, que reconoce al inculcado el derecho de defenderse por sí mismo o de contar con

³⁹⁰ Ver página web: www.secretariassenado.gob.co/leyes.

³⁹¹ STC N° 3997-2005-AC/TC, FJ 8.



un abogado defensor. Ello es así, en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución que dispone que el contenido de los derechos reconocidos en ella se interprete de conformidad con las declaraciones y los tratados de derechos humanos de los que el Perú es parte.

En este punto es necesario precisar que el derecho de defensa, comprendido en sus dos dimensiones, no puede ser ejercido por todo inculpado, sino solo por aquel que siendo abogado se encuentre habilitado legalmente para ejercer su defensa. Y no podría ser de otro modo, pues concederle a un inculpado que no ostenta la calidad de abogado la posibilidad de defenderse por sí mismo implicaría someterlo a una situación en la que no contaría con asistencia jurídica, que parte del conocimiento del Derecho material y procesal, lo cual llevaría al inculpado a una situación de indefensión³⁹².

IV

EL PROCESO POR FALTAS

Las faltas son infracciones penales leves. En nuestra legislación la agrupación de las infracciones en delitos y faltas hace que esta distinción sea más notoria. En general, el legislador ha tratado a este instituto de manera particular tal y como aparece en el artículo 440º del Código Penal (CP) con las sucesivas modificatorias a lo largo de más de dieciocho años de vigencia de este cuerpo normativo.

San Martín Castro, quien afirma que *“las faltas son simples injustos menores en relación con los delitos; no hay entre ambas diferencias cualitativas, pues sus elementos son exactamente iguales, pero como quiera que las faltas conciernen sanciones más leves, y están referidas a vulneraciones a bienes jurídicos, de menor intensidad, es del caso, tratarlas distintamente en función a la simple diferencia cuantitativa que existen entre ellos”*³⁹³.

El legislador ha efectuado una selección de los bienes jurídicos cuya infracción menor constituye una falta (contra la vida, el cuerpo y la salud y contra el patrimonio) a la vez, que infracciones mucho más leves como las contravenciones (faltas contra las buenas costumbres, la seguridad pública y contra la tranquilidad pública) pasibles de sanción penal. Una de las principales características de las faltas es que dada la insignificancia del agravio que comportan, las sanciones, equivalentes a ese agravio, no pasaban de la prestación de servicios comunitarios y de la multa.

Sin embargo, la experiencia ha demostrado que los procesos penales por faltas y en general la legislación de la materia, adolece de un notorio descuido que propicia la impunidad, toda vez que, como señala el inciso 5 del artículo 440º del Código Penal la acción penal y la pena prescribe al año, lo que ocasiona que en la mayoría de los casos, dado el procedimiento que esencialmente se efectúa sobre la base de una denuncia policial, se dilata innecesariamente, originando que cumplido

³⁹² STC Nº 1323-2002-HC, FJ Nº 2 y 3, STC Nº 6260-2005-HC/TC, FJ Nº 3 y STC Nº 2028-2004-HC, FJ Nº 5

³⁹³ San Martín Castro, César, Derecho Procesal Penal, Editorial Grijley, Lima 2006. pág. 1261.



el año opere la prescripción, dejando impune el hecho y sin resarcimiento alguno a la víctima o al Estado. Aun cuando se han hecho esfuerzos por mejorar la dinámica del proceso, como la creación de los Juzgados de Comisaría (Ley Nº 27939) que conocen de manera inmediata las faltas, su implementación ha sido mínima, lo que origina que la gran mayoría de los casos se tramite ante el Juzgado de Paz Letrado –o los juzgados de paz cuando no existiese justicia letrada– con la consiguiente demora en los procesos, en muchos casos porque el imputado rehúye la acción de la justicia o presenta articulaciones dilatorias a sabiendas de que existiendo un plazo de prescripción muy corto, cualquier dilación le es favorable.

El proceso por faltas en nuestra legislación se encontraba legislado desde el siglo XIX (Código de Enjuiciamientos Penales de 1863), asimismo, en el Reglamento de Jueces de Paz se estipulaba cómo debía llevarse a cabo este proceso. Luego se contempló su tratamiento en el Código de Procedimientos en Materia Criminal (Ley Nº 4019) de 1919 y en el Código de Procedimientos Penales vigente (Ley Nº 9024) de 1936.

Debe resaltarse que, las normas sobre su tramitación dentro del ordenamiento adjetivo, siempre fueron muy breves (en el Código de Procedimientos Penales solo se le dedica cinco artículos), y, en su mayoría, el trámite es concordado con el de otro procedimiento más lato. De allí que existen muchos vacíos en la tramitación de estos procesos. Baste recordar que el texto original del artículo 325º del Código de

Procedimientos Penales (5), ha sido modificado sucesivamente: con el Decreto Ley Nº 21895, el Decreto Legislativo Nº 126 y finalmente la Ley Nº 24965, los cuales esencialmente versan sobre la inclusión del proceso en el trámite sumario y la competencia del juzgador. Así, mientras antes se elevaba el expediente al juez instructor una vez realizada la instrucción, en la actualidad el juez de paz posee capacidad de fallo y el trámite del procedimiento no puede extenderse más allá de 30 días con prórroga excepcional de 15 días. Sentenciado el proceso es conocido en última instancia por el juez instructor, quien resuelve en forma definitiva.

V

EL PROCESO POR FALTAS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

El nuevo Código Procesal Penal del 2004 (NCPP) si bien presenta un nuevo modelo de proceso acusatorio garantista con rasgos adversariales, nuevamente incurre en el mismo error de las codificaciones anteriores al no establecer en forma clara el trámite para la investigación y juzgamiento de las faltas como se verá más adelante, omisión que creemos debe ser subsanada a la brevedad posible. Ello por cuanto, si tenemos en cuenta que las faltas son de competencia exclusiva de los jueces de paz letrados –excepcionalmente permite el NCPP en su artículo 482º que los jueces de paz no letrados conozcan de ellas– no debemos perder de vista que una de las primeras formas en la que el ciudadano



accede o toma conocimiento del funcionamiento del aparato judicial del Estado, es a través de la Justicia de Paz. Quizá en la capital de la República, con un aparato judicial más extenso y formas de información sobre las actividades del Poder Judicial, no parece percibirse esta circunstancia. Sin embargo, en zonas marginales y el interior del país, resulta obvio que la importancia de la justicia formal en materia de sanción penal es relevante, sobre todo cuando el ciudadano constata in situ si el Estado puede brindar tutela efectiva en materia penal sancionando las conductas trasgresoras de la ley.

Por ello la primera impresión sobre el concepto de “justicia” que lleva el ciudadano en materia penal, es la que aprecia cuando de una u otra manera se ve inmiscuido en determinada actividad procesal ante los juzgados de paz, sean letrados o no letrados, y si el trámite procesal para infracciones menores no es el idóneo o se corre el peligro que las acciones culminen en una declaratoria de prescripción, es evidente que el agredido no tendrá una percepción adecuada del sistema de justicia³⁹⁴.

A lo anterior debe añadirse que dada la orientación del código, la no intervención del Ministerio Público en el proceso pone en duda que el principio del debido proceso se esté aplicando puesto que la infracción denunciada no es formalizada o no existe acusación. Al respecto, creemos que quizá lo más adecuado hubiera sido adoptar un

sistema similar al señalado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española que permite la intervención del fiscal en los procedimientos donde la acción se inicie de oficio, (faltas contra la vida el cuerpo y la salud, por ejemplo) y no ser parte cuando sean solicitada por el propio perjudicado (daños materiales, por ejemplo). Al margen de ello corresponde al juez que conoce de las faltas brindar las garantías del debido proceso tanto al imputado como al perjudicado.

Como ya hemos señalado, pueden conocer del proceso por faltas tanto el juez de paz letrado como el juez de paz no letrado siempre que haya sido designado por la Corte Superior. Ello nos parece innecesario pues, si como en materia procesal civil se busca el fortalecimiento de la justicia de paz (Ley N° 29057), nada obsta para que el juez de paz conozca de los procesos por faltas, salvo que se encuentre dentro de la jurisdicción de un juzgado de paz letrado. Finalmente, la norma indica que la apelación de las sentencias será conocida por el juez penal.

De la denuncia (artículo 483º)

Es en este articulado donde debemos efectuar mayores reparos. La norma –el artículo 483º.1– indica que “la persona ofendida por una falta puede denunciar su comisión ante la policía o dirigirse directamente al juez comunicando el hecho, constituyéndose en querellante particular”. No olvidemos que el Código Penal contempla entre las faltas las denominadas: contra la persona (artículos 441º, 442º y 443º), contra el patrimonio (artículos 444º,

³⁹⁴ GUERRA CERRÓN, María Elena. “Hacia una justicia de paz”. Grijley Editores, Lima, 2005.



445º, 446º, 447º y 448º), contra las buenas costumbres (artículos 449º, 450º y 450º-a – maltrato de animales–) Contra la seguridad pública (artículo 451º) y contra la tranquilidad pública (artículo 452º).

El texto del CPP evidentemente resulta incompleto, al igual que la normatividad del vigente Código de Procedimientos Penales, pues si bien es factible que el agredido denuncie las faltas contra la persona y contra el patrimonio e incluso el maltrato físico a los animales, ¿quién denunciará las faltas contra las buenas costumbres, seguridad y tranquilidad pública?. No olvidemos que dentro del esquema del nuevo código la policía cumple un rol esencial y no puede constituirse en denunciante e investigador a la vez. Creemos que aquí sí debe actuar el Ministerio Público, que por lo demás tiene nula intervención en los procesos por faltas. Quizá el legislador, teniendo en cuenta el territorio nacional, consideró que la intervención del Ministerio Público en el proceso por faltas devenía en innecesaria por cuanto solo dilataría el proceso; sin embargo, no debe perderse de vista que conforme al artículo 11º de su Ley Orgánica es el titular de la acción penal pública, y si tenemos en cuenta que las faltas son delitos menores, nada impide que en defensa de la sociedad participe como denunciante en los casos de las faltas contra la sociedad o contra el Estado. Por ello, consideramos que la nueva norma de corte garantista, contemple la intervención del Ministerio Público en estos casos, no como investigador, sino denunciando y sustentando en juicio las imputaciones en

estos casos. Solo como referencia debe indicarse que el Código Procesal Penal del Uruguay –Leyes 15.738 y 15.032, artículo 311º– permite la intervención del fiscal en el juicio. Más aún el Código Procesal Penal chileno –Ley 19.696– al ocuparse de las faltas como proceso simplificado (artículos 388º y siguientes), permite la activa participación del fiscal en el proceso por faltas.

Del inicio del proceso y la citación a juicio

Si bien la norma contempla en el artículo 483º.2, que si el juez (en el caso de la denuncia por querellante particular) considera que el hecho constituye falta y la acción penal no ha prescrito (un año) siempre que estime indispensable una indagación previa la enjuiciamiento, remitirá la denuncia a la policía a fin de que efectúe las investigaciones. En este caso el juez sustituye al fiscal y ordena una “indagación” a la Policía, actos que en realidad equivalen a una investigación preparatoria. Indagación que también puede ordenarse cuando la investigación policial remitida –en los casos de denuncia directa a la policía– se encuentre incompleta, ello porque la norma procesal no lo prohíbe. Sin embargo, la norma no indica qué debe hacer el juez en los casos de “flagrancia” (donde creemos debe citarse a juicio de manera inmediata)³⁹⁵ o cuando considere que de la denuncia de parte –ya que no hay otro mecanismo de

³⁹⁵ Es interesante la forma cómo la Ley 38/2002 introdujo importantes modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, respecto al tratamiento de los procesos por faltas en flagrancia, resaltándose la importancia de la labor policial



denuncia— aparecen suficientes elementos para llevar a juicio al imputado sin practicarse indagaciones (el artículo 483º.4 tampoco soluciona el problema, como se verá más adelante), ni mucho menos precisa el plazo en que la policía debe practicar las indagaciones. Esto último resulta importante puesto que dado el plazo de prescripción, la norma debe ser taxativa al establecer el plazo que debe tener la autoridad policial debe tener para realizar las indagaciones, el cual no debería exceder los quince (15) días³⁹⁶.

Recibido el informe policial con las indagaciones (artículo 483º.3), el juez tendrá un cabal concepto de los hechos (el tipo de falta, vinculación del imputado con los hechos y no prescripción de acción penal) por lo que podrá dictar auto de citación a juicio. Este auto de citación a juicio debe observar, en esencia, lo señalado en los artículos 353º y 354º del NCPP, es decir, el nombre del imputado, la falta que se le atribuye, el nombre del ofendido y si este se ha constituido en querellante particular, los medios probatorios a actuarse, la sede (no hay que excluir la posibilidad que el imputado esté en cárcel por la comisión de algún delito) y fecha del juzgamiento, así como el

apercibimiento en caso de incomparecencia del imputado.

De la celebración inmediata de audiencia

La norma procesal en el artículo 483º.4 indica que el auto de citación a juicio puede acordar la celebración inmediata de la audiencia, apenas recibido el informe policial, siempre que estén presentes el imputado y agraviado. Ello quizá sea posible en las zonas urbanas donde la actividad policial es más inmediata y porque en algunos casos se cuentan con órganos jurisdiccionales en las comisarías del sector (juzgados de paz letrado con sede en comisarías, en la capital de la República por ejemplo); sin embargo, en la mayoría de los casos es difícil que agraviado e imputado logren reunirse ante el juez de manera inmediata. Por ejemplo, en los casos de hurto generalmente la policía logra capturar al infractor de manera inmediata (flagrancia) pero el agraviado por diversas razones no puede acudir de manera inmediata al órgano jurisdiccional, limitándose a poner su denuncia ante la autoridad policial. Al margen de ello, es evidente que la celebración inmediata de la audiencia es un avance enorme en relación con el procedimiento actual, pues si tenemos en cuenta que en muchos casos el imputado reconoce la falta y el agraviado se encuentra presente, nada impide que sea inmediatamente juzgado.

Finalmente, en caso de no poderse realizar de manera inmediata la audiencia la norma procesal señala (artículo 483º.5) que se fijará la fecha más próxima para la celebración del juicio citándose a imputado,

³⁹⁶ Al margen de ello, continuamos preguntándonos qué hacer en los casos de faltas contra las buenas costumbres, seguridad y tranquilidad públicas, pues sería un inconveniente que si no existe denuncia de persona ajena a la policía (que tampoco sería ofendida como lo exige la norma, ya que la sociedad y el Estado son entes abstractos y tienen al Ministerio Público como su defensor) sea esta la que efectúe las “indagaciones”, viciando notoriamente el proceso, ya que tendría que verse obligada a sustentar en juicio sus imputaciones. Por ello, señalamos que la intervención del Ministerio Público es importante.



agraviado y testigos teniendo en cuenta lo señalado líneas arriba. Consideramos que hubiera sido más conveniente señalar un plazo perentorio que estimamos no mayor de 10 días para la citación a audiencia.

Del inicio de la audiencia

Una de las características del proceso penal moderno es la oralidad; así en el caso de las faltas el artículo 484º establece la forma cómo se realiza la audiencia (que será en una sola sesión pudiéndose 484º.5 suspender hasta por tres días), permitiéndose que si en el lugar del juicio no existan abogados, el imputado no cuente con defensor.

Evidentemente lo anterior resulta excepcional puesto que debe garantizarse el derecho a la defensa del proceso por lo que el procesado a comparecer a juicio siempre debe estar asistido por defensor. También se permite la concurrencia del querellante y su defensor (este último de manera potestativa pues la ley no establece su concurrencia como obligatoria).

El desarrollo de la audiencia es el más simplificado posible (artículo 484º.2): el juez detalla al procesado los cargos en su contra. Es obvio que no existirá acusación –ya hemos señalado esta falencia– pero sí obrarán en el proceso los cargos (informe policial o querrela). Inmediatamente después el juez, instará a una posible conciliación entre las partes y si estas arriban a un acuerdo el mismo se homologará por acta. Es evidente que si la parte ofendida es la sociedad o el estado, no habrá conciliación posible.

Pero se da el hecho que dentro de la dinámica de los procesos por faltas, la carencia de abogados de oficio que se encuentren disponibles y la poca relevancia que posee esta clase de procesos para muchos abogados, se presenta una condición de indefensión del acusado lo que obliga a que el proceso se aletargue y termine prescribiendo lo que deja en una condición de vidente impunidad la falta cometida.

Hay que entender que esta situación no se presenta por desidia ni falta de disposición del magistrado a dar solución al caso, pero las condiciones administrativas son las que, al fin y al cabo, repercuten de manera directa al no disponerse de defensores de oficio en la cantidad adecuada ni distribuidos en todo el territorio de la República, en la misma proporción que los juzgados de Paz Letrados. Imagínese la situación de los jueces de paz en las comunidades más recónditas del país.

Ante esta situación y como una propuesta de solución, podrá ser el que abogados particulares asuman la defensa de los imputados siendo sus honorarios profesionales reconocidos y pagados por el Ministerio de Justicia. Ello como una medida alternativa tendiente a evitar que esta clase de delitos queden impunes tal como se da en muchos casos actualmente por el problema señalado.

CONCLUSIONES:

1. El derecho de defensa es un derecho constitucional perfectamente reconocido e



- instituido en toda la estructura normativa del país.
2. La indefensión jurídica es un hecho que no puede darse dentro de un ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho, por lo que deben tomarse los correctivos necesarios a fin de que ésta no genere la impunidad debida a la inadecuada acción procesal es otro factor que grava severamente el estado de derecho y socava la administración de justicia en cuanto deja una sensación de incertidumbre e inseguridad jurídica que no puede ser tolerado, ya que a su vez causa impunidad, teniéndose en cuenta que los procesos por faltas prescriben a un año de acecidos y al año y seis meses por p0rescripcion extraordinaria.
 3. Es responsabilidad del Ministerio de Justicia el buscar las fórmulas más adecuadas para que los defensores de oficio, en número apropiado, sean asignados para cumplir con las funciones de representatividad de aquellos imputados que, por razones económicas no pueden acceder a los servicios de un abogado privado.
- GUERRA CERRÓN, María Elena. "Hacia una justicia de paz". Grijley Editores, Lima, 2005.
 - MAIER J., *Derecho procesal penal argentino*, Fundamentos, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1989
 - OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998
 - SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Grijley, Lima 2006. pág. 1261.
 - VASQUEZ ROSSI, J., *El proceso penal. Teoría y práctica*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1986
 - VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, T. II, Editorial Córdoba, Argentina, 1986, actualizado por los Drs. Manuel N. Ayán Y José I. Cafferata Nores

BIBLIOGRAFÍA

- CLARIÁ OLMEDO, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2001.

**LA PROPUESTA DE LA
PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA
INIDÓNEA EN EL NUEVO
CÓDIGO PENAL**

**Dr. CHAVEZ ALARCON,
EVER JAVIER**

Abogado

349



LA PROPUESTA DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

I. INTRODUCCIÓN

El 2 de diciembre del 2007, por Ley Nº 29153 se creó una nueva Comisión Especial Revisora del Código Penal de 1991, la misma que en el Anteproyecto propuesto del Nuevo Código Penal introduce una serie de innovaciones con respecto a su predecesor, desarrollando el Tema de la Tentativa en su Título II, Capítulo II, en cuatro artículos, es decir, del artículo 16º al artículo 19º. En el Artículo 16º, establece el momento en que se debe verificar la existencia de la tentativa y el criterio para su punibilidad, por ello señala que: "En la Tentativa, el agente comienza la ejecución de un delito **doloso, sin consumarlo**. Y que el Juez reprimirá la Tentativa disminuyendo prudencialmente la pena, mientras que el Código Penal de 1991, promulgado por Decreto Legislativo número 635, define normativamente lo que se debe entender por Tentativa, así en su artículo 16º, sostiene que: En la Tentativa el agente comienza la ejecución del Delito, que decidió cometer, sin consumarlo. Y señala a continuación, que para los efectos de reprimirla, se realiza disminuyendo prudencialmente la pena.

De lo expuesto, podemos deducir, que una de las mayores diferencias que existen

entre ambos cuerpos legales está en que la Tentativa en el Anteproyecto del Código Penal sólo procede en los delitos dolosos, excluyéndose definitivamente la posibilidad de ésta en los delitos Culposos, a diferencia del Código Penal de 1991 que sólo habla del término "delito" desde un punto de vista genérico, algo que por cierto resulta inoficioso debido a que tanto la doctrina extranjera como el derecho comparado habían establecido ese criterio. Así mismo, se elimina, el termino: "Que decidió Cometerlo "; y, se mantiene la aplicación de la prudencia, para los efectos de la punibilidad, al sostenerse que: "El Juez reprimirá la Tentativa disminuyendo prudencialmente la Pena".

Este análisis previo se establece como marco referencial para el tema en si que es motivo de este ensayo que está relacionado a la denominada "tentativa inidónea", llamada también "delito imposible" por la doctrina penal³⁹⁷.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

De acuerdo a las tendencias de la moderna dogmática penal y siendo una necesidad social, se requiere la tipificación de la

³⁹⁷ CHAMORRO BALVIN, Alcides; Ante Proyecto de Ley del Código Penal - Parte General - Ley Nº.27837, 2004, Fondo Editorial del Congreso del Perú.



tentativa inidónea a fin de que sea punible dentro del marco de una nueva propuesta a fin de ser integrada en el futuro Código Penal

III. LA TENTATIVA INIDONEA O DELITO IMPOSIBLE³⁹⁸

En el Art. 17º del Anteproyecto del Nuevo Código Penal se establece que "No es punible la Tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la inidoneidad del medio empleado o del objeto" que a diferencia del Art. 17 del Código Penal actual, se establecía que "*No es punible la Tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto*"³⁹⁹. De esta forma, tanto el medio empleado como la impropiedad del objeto se subsumen dentro de este concepto que ya la doctrina penal utilizaba en la interpretación de este artículo como sinónimo de ineficacia.

Sin embargo dentro del alcance de la inidoneidad, existen entre los autores, serias posturas a ser discutidas referidas a

³⁹⁸ Sobre el concepto de delito imposible o tentativa inidónea, véase, MIR PUIG, Derecho penal. Parte especial, 3ª ed., Ed. PPU, Barcelona, 1990, págs. 375 y ss.; MUÑOZ CONDE, GARCIA ARAN, Derecho penal. Parte general, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 376-378; BUSTOS RAMIREZ, Manual de Derecho penal. Parte general, 3ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1989, págs. 278-279; BRAMONT-ARIAS, BRAMONT-ARIAS TORRES, Código penal anotado, Ed. San Marcos, Lima, 1995, pág. 154.

³⁹⁹ No obstante, el art. 17 CP sólo contempla expresamente la impunidad en los casos de inidoneidad del objeto y de los medios empleados en la ejecución del delito, mientras que la doctrina mantiene un concepto más amplio de delito imposible, donde incluye, además, la inidoneidad del sujeto. A este respecto, véase, por todos, JESCHECK, Tratado de Derecho penal. Parte general, 4ª ed., traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, pág. 480.

la no impunidad de toda tentativa inidónea, sino sólo de algunas de ellas: las no peligrosas (*ex ante*), como la tentativa irreal y la supersticiosa⁴⁰⁰, y/o, desde otra terminología, las absolutamente inidóneas. Podemos afirmar con respecto al Ante Proyecto del Nuevo Código Penal, que la tentativa inidónea es impune, pues establece un concepto de tentativa inidónea distinto al tradicional y considerando inidóneas las tentativas no peligrosas *ex ante* para una persona media en la posición del autor, de modo que de hecho viene a coincidir con la opinión mayoritaria al considerar que sólo se excluyen estas tentativas no peligrosas *ex ante* (que generalmente se llaman *irreales* o *supersticiosas*) y no las tentativas peligrosas *ex ante* que normalmente se denominan inidóneas⁴⁰¹.

IV. LAS CLASES DE TENTATIVA DE DELITO

Tradicionalmente, hablar de tentativa no ha significado hacer referencia a un determinado grupo de casos, sino que, por el contrario, con este término se ha venido encuadrando una serie de supuestos que, realmente, lo único que tienen en común es la falta de resultado.

Un paseo por la casuística de nuestros tribunales pone de manifiesto que, en no pocas oportunidades, se incorpora dentro del término tentativa acciones que pueden

⁴⁰⁰ CEREZO MIR, "La regulación del *iter criminis* y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español", en *Rev. de Derecho Penal y Criminología* (RDPC), 2ª época, n.º 1 (1998), págs. 20 ss.

⁴⁰¹ CEREZO MIR, *RDPC* cit., pág. 21.



conllevar o no a una puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

A continuación trataremos de delimitar, brevemente, los tres grupos de tentativa que la doctrina ha venido distinguiendo, haciendo hincapié en su oportuna o inoportuna inclusión, así como en el acierto y desacierto de los límites que se han trazado entre unas y otras. En segundo término, centraremos nuestra atención en la "clase" de tentativa llamada "inidónea" y los múltiples problemas que plantea.

1. La llamada tentativa "idónea"

"Tentativa es la realización parcial de una voluntad dirigida a un fin"⁴⁰².

La mayor parte de la doctrina, al tratar de conceptualizar los supuestos subsumibles en tal categoría, pone su acento en que se trata de casos en los que la acción era apta para alcanzar la consumación que, sin embargo, no se produjo por circunstancias posteriores⁴⁰³.

Atendiendo a esta concepción amplia de tentativa, la doctrina ha distinguido tradicionalmente tres grupos diferentes: la tentativa por antonomasia, que cabría calificar de "idónea"; la llamada tentativa

"inidónea", y la tentativa "irreal". Dentro de este grupo, la tentativa "idónea" ha sido el principal objeto de atención de la doctrina penal. En función de ello se ha tratado de concretar su configuración típica, su concepto, el fundamento de su punición, etc., para, a partir de tales elementos, establecer los matices diferenciales con los casos "inidóneos" e "irreales" de tentativa.

La doctrina coincide en señalar que la tentativa "idónea" se encuentra integrada por acciones que en un principio son capaces de consumar el delito (aunque luego fallen por circunstancias posteriores)⁴⁰⁴. Desde este punto de vista, sería idónea aquella acción que, si bien no alcanzó la consumación, se presentaba en un principio como capaz de causar el resultado. Sin embargo, no podemos aceptar esta definición, puesto que consideramos que la calificación sobre la idoneidad o inidoneidad de una acción, en la mayoría de casos obedece netamente a "criterios de valoración no explícitos".

Al respecto, cabe citar el ejemplo que menciona Mir Puig *"del sujeto que dispara sobre una cama en la que erróneamente cree que duerme su enemigo confundiendo con un bulto que este ha preparado cuidadosamente para"*

⁴⁰² CEREZO MIR, J. "Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa". Valladolid, 1964. Págs. 11-12.

⁴⁰³ Sobre el concepto de tentativa de delito: BACIGALUPO ZAPATER, E. "Principios de Derecho Penal. Parte general". Madrid, 1994. Pág. 193. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. "Derecho Penal. Parte general". 2ª edición. Madrid, 1990. Pág. 409; CUELLO CALÓN, E. "Derecho Penal. Parte general". Tomo I. Volumen 2. 18ª edición. Barcelona, 1963. Pág. 642; WELZEL, H. "Derecho Penal alemán". Traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez. 3ª edición. Santiago de Chile, 1987. Pág. 262; von LISZT, Franz. "Tratado de Derecho Penal". Tomo. III. Traducción de la 18ª edición alemana por Quintanillo Saldaña. Madrid, 1914. Págs. 3 y 4; NÚÑEZ BARBERO, R. "El delito imposible". Salamanca, 1963. Págs. 21 y sgtes.

⁴⁰⁴ No obstante esta definición del autor, lo cierto es que del conjunto de su obra se deduce que para él toda tentativa (idónea o inidónea) se caracteriza por la peligrosidad objetiva ex ante de la acción, peligrosidad esta que solo está ausente en los supuesto de "tentativa irreal", que quedan, por esta misma razón, impunes. Por su parte, la delimitación entre tentativa "idónea" e "inidónea" solo es posible, para este autor, desde una perspectiva ex post, que atiende a la creación de peligro, y a la causa de la no consumación. MIR PUIG, S. "Derecho Penal. Parte general". 4ª edición. Barcelona, 1996. Pág. 375.



*engañarle”, donde a su parecer nos encontraríamos ante una tentativa idónea, pues la acción, es peligrosa*⁴⁰⁵.

Conforme a lo señalado, y como pone de manifiesto la observación de Cerezo Mir, la calificación que en el ejemplo citado otorga Mir Puig, depende de los criterios de valoración no explícitos en la definición, que suelen adoptarse para determinar qué acciones “en un principio eran capaces de la consumación (aunque luego fallen por circunstancias posteriores)”.

2. La llamada “tentativa inidónea”

Al seguir analizando las “clases” de tentativa que la doctrina ha venido diferenciando, nos encontramos con un segundo grupo que es, sin duda, el que mayores discusiones doctrinales ha provocado. Nos referimos a la denominada tentativa “inidónea”. Podría decirse, a grosso modo, que la mayor parte de la doctrina ha coincidido en incluir en este grupo todos aquellos casos de *“imposibilidad de ejecución o de producción del delito”*⁴⁰⁶, en los que *“la acción de autor dirigida a la realización de un tipo penal no puede llegar a la consumación en las circunstancias dadas, sea por razones fácticas, sea por razones jurídicas”*⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Ibid. Pág. 375.

⁴⁰⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J. “Fundamentos de Derecho Penal”. Pág. 235; BACIGALUPO ZAPATER, E. Ob. cit. Pág. 193; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. Ob. cit. Pág. 409; CUELLO CALÓN, E. Ob. cit. Pág. 646; QUINTERO OLIVARES, G. “Derecho Penal. Parte general”. 2ª edición corregida, aumentada y puesta al día. Madrid, 1989. Págs. 516 y sgtes.

⁴⁰⁷ JESCHECK, H. “Tratado de Derecho Penal. Parte general”. Traducción de Manzanares Samaniego. 4ª edición. Granada, 1993. Pág. 480.

Más adelante abordaremos in extenso los problemas a los que se debe de enfrentar la doctrina desde el momento en que trata de encontrar un concepto uniforme del término inidoneidad, así como la no pacífica discusión sobre las aportaciones de las perspectivas ex ante y ex post en la clasificación y delimitación de este tipo de tentativa.

V. EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO: “TENTATIVA INIDÓNEA” FRENTE A “DELITO IMPOSIBLE”

Basándose en la redacción del artículo 17 del CP y siendo que este hace referencia a los casos de “imposibilidad de ejecución o de producción del delito”, parte de la doctrina peruana encabezada por el profesor Villavicencio Terreros⁴⁰⁸ pretende equiparar en nuestro país la denominación “delito imposible” y “tentativa inidónea”⁴⁰⁹.

Frente a este uso indistinto de los términos “tentativa inidónea” y “delito imposible”, otros autores, sin embargo, han pretendido realizar un uso diferenciado de dichos términos. Así, se señala que la “tentativa inidónea” comprende los casos en que la inidoneidad se debe a la ineptitud del medio empleado. Por el contrario, el vocablo “delito imposible” se reserva para hacer referencia a los supuestos en la que la imposibilidad se

⁴⁰⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, F. “Derecho Penal. Parte general”. Lima, 2006. Pág. 449.

⁴⁰⁹ En este mismo sentido: HURTADO POZO, J. “Manual de Derecho Penal. Parte general”. 3ª edición. Lima, 2005. Pág. 833.



debe a la inexistencia o inidoneidad del objeto del delito⁴¹⁰.

Luego de un estudio prolijo sobre este tema, Farré Trepát señala: “a pesar de la tradición que los términos ‘delito imposible’ tienen en la doctrina, es necesario que estos términos queden ‘definitivamente relegados, ya que son incorrectos’. En efecto, señala esta autora, lo que es imposible en estos casos no es lógicamente la producción del delito, sino la producción del delito consumado”. Por ello, concluye, “sería más adecuado hablar de tentativa inidónea (...)”⁴¹¹.

Desde nuestra perspectiva, la denominación “delito imposible” es incorrecta debido a las razones aludidas por Farré Trepát y, además, porque encierra el peligro de olvidar la verdadera naturaleza de estos supuestos. Lo que ocurre es que si bien el término tentativa inidónea carece de estas objeciones, ya que deja clara la naturaleza de tentativa de estos supuestos, bien podría tacharse igualmente de incorrecto. Al respecto cabe preguntarnos: ¿qué es, en definitiva, lo inidóneo? Si lo inidóneo, es como se afirma, la tentativa (dato que solo ofrece la perspectiva ex post), entonces bien podría aplicarse este mismo calificativo a la tentativa “idónea”, pues “ex post, toda tentativa es inidónea”⁴¹². Pero, incluso, si se entiende que debe matizarse esta

conocida afirmación, lo que sí resulta innegable es que “ex post toda tentativa demuestra no haber sido suficientemente peligrosa para consumir el delito”⁴¹³ o, dicho de otra forma, en toda tentativa ha “fallado algo”, ya que si bien existía una acción tendente a la consumación, esta quedó en el camino desde el momento en que no se logró lesionar el bien jurídico tutelado. Por el contrario, si se entiende que lo inidóneo es la acción integrante de la tentativa (lo que sí es constatable ex ante), tampoco entonces la terminología es adecuada, ya que, como veremos, un análisis objetivo ex ante de la acción pondrá de manifiesto su idoneidad, en tanto la acción se muestra como adecuada para alcanzar la consumación.

De esta forma, adelantamos que la denominación “tentativa inidónea” no nos parece adecuada (tal categoría no existe), a pesar de lo cual la seguiremos utilizando para tratar de plasmar las opiniones de la doctrina, en tanto no hagamos un análisis más detallado de estas cuestiones atinentes a la “tentativa inidónea”, que nos permita plantear una propuesta alternativa.

VI. LA LLAMADA “TENTATIVA IRREAL”: SU EXCLUSIÓN DEL CONCEPTO DE TENTATIVA. RAZONES PARA SU EXCLUSIÓN

La doctrina ha venido denominando “tentativa irreal”, “imaginaria” o

⁴¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. “Tratado de Derecho Penal”. VII. 6ª edición. Buenos Aires, 1973. Pág. 630, nota 5, quien le reprocha constituer una contradictio in terminis.

⁴¹¹ FARRÉ TREPAT, E. “La tentativa de delito”. Barcelona, 1986. Págs. 348 y 349.

⁴¹² CEREZO MIR, J. “Curso de Derecho Penal español. Parte general”. I. 5ª edición. Madrid, 1997. Pág. 397, nota 150; SILVA SÁNCHEZ, J. “El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales”. Barcelona, 1997. Pág. 125.

⁴¹³ MIR PUIG, S. Ob. cit. Pág. 375.



"supersticiosa"⁴¹⁴, a aquellos supuestos que se caracterizan por su inidoneidad absoluta para producir el resultado⁴¹⁵. En este grupo se han venido incluyendo generalmente supuestos tales como el de la persona que intenta causar la muerte de su enemigo mediante el procedimiento de clavar agujas en un muñeco de cera que lo representa, el del sujeto que realiza conjuros mágicos para producir daños en el ganado del vecino, o aquel donde se intenta envenenar con azúcar a una persona.

La calificación de estos supuestos como tentativa no sorprende si tenemos en cuenta que se trata, sin duda, de la realización de un comportamiento tendente, al menos según la representación del propio sujeto, a la producción de un resultado que la norma pretende evitar⁴¹⁶. No se trata pues de un simple delito putativo, sino que, en efecto, el sujeto pretende la realización de acciones que, en principio, y debido a su relación con un resultado desvalorado, estarían efectivamente prohibidas por la norma⁴¹⁷.

Sin embargo, un paso más en la búsqueda de su esencia nos pone inmediatamente de manifiesto que las semejanzas con los supuestos de tentativa no llegan más allá, y que por lo contrario son más y mayores las diferencias. En este sentido, y si bien en estos casos el sujeto realiza un comportamiento (de lo contrario se infringiría el principio cogitationis poenam nemo patitur) tendente a la realización del tipo penal, no obstante, el sujeto solo cree estar realizando tal tipo penal puesto que las acciones realizadas "no pueden ser calificadas de peligrosas en ningún momento de su realización, debido a la burda falta de comprensión del sujeto que las realiza"⁴¹⁸.

Vemos, por lo tanto, que la falta de peligrosidad ex ante de las acciones, pertenece, sin duda, a la esencia misma de lo que se ha venido llamando "tentativa irreal"⁴¹⁹.

Por otra parte, si para afirmar el carácter ejecutivo de una acción es necesario que esta se presente, en una valoración ex

⁴¹⁴ La mayor parte de los autores utilizan estos términos indistintamente, si bien el más difundido es el de "tentativa irreal". Algunos autores, no obstante, otorgan un contenido diferente a unos y otros. Sin embargo, la falta de acuerdo al respecto, y la similitud formal de los supuestos nos llevan a incluirlos todos en un mismo grupo, al que denominaremos, debido a su mayor amplitud, "tentativa irreal", al menos en tanto y en cuanto no propongamos un tratamiento alternativo. Es partidaria, asimismo, de la mayor amplitud del término "tentativa irreal", FARRÉ TREPAT, E. Ob. cit. Pág. 318, nota N° 197.

⁴¹⁵ FARRÉ TREPAT, E. Ob. cit. Pág. 318.

⁴¹⁶ SOLA RECHE, E. "La llamada tentativa inidonea de delito. Aspectos básicos". Granada, 1996. Págs. 179 y sgtes.

⁴¹⁷ En este sentido: FARRÉ TREPAT, E. Ob. cit. Págs. 450 y 451.

⁴¹⁸ FARRÉ TREPAT, E. "Consideraciones dogmáticas y de lege ferenda en torno a la punición de la tentativa inidonea". En: Estudios de Derecho Penal y criminología. Tomo I (Libro homenaje al profesor Rodríguez Devesa). Madrid, 1989. Pág. 261, nota N° 5.

⁴¹⁹ Conforme a la doctrina los casos de delito irreal, son aquellos en los que el resultado aparece como aquel que la norma pretende evitar, siendo que el referido resultado aparece como la razón última de la prohibición, la cual decae ab initio al mostrarse la acción ex ante como incapaz de causar dicho resultado. Por lo tanto, al no ser peligrosa la acción, no puede estar prohibida, toda vez que dicha prohibición carecería de razón de ser. En este sentido, entre otros: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. Ob. cit. Pág. 417; CÓRDOBA RODA, J. "Notas al Tratado de Derecho Penal de Maurach". Barcelona, 1962. Pág. 184; OCTAVIO DE TOLEDO, E. y HUERTA TOCILDO, S. "Derecho Penal. Parte general". 2ª edición. Madrid, 1986. Pág. 465; MIR PUIG, S. Ob. cit. Págs. 376 y 377; STRATENWERTH, G. "Derecho Penal. Parte general". Pág. 214.



ante, como causalmente idónea, para causar el resultado previsto, entonces no queda más remedio que concluir, en pro de la coherencia, que las acciones integrantes de los supuestos de “tentativa irreal” no son ejecutivas, esto es, que no suponen un principio de ejecución de un concreto delito⁴²⁰.

Consecuentemente, debemos señalar que los casos que se suelen encuadrar dentro del concepto de “tentativa irreal” se caracterizan por la existencia de una acción tendente, según la representación del propio sujeto, a la producción de un resultado que la norma pretende evitar. Sin embargo, y puesto que la falta de peligrosidad ex ante elimina la posibilidad de interpretar tales acciones como actos ejecutivos, no podrá hablarse, en sentido propio, de que estemos ante una tentativa de delito, por faltar el elemento objetivo esencial de la misma: el principio de ejecución.

En conclusión, los supuestos de tentativa “irreal” no son constitutivos de tentativa⁴²¹ por faltar uno de sus elementos: el principio de ejecución. Ello es, además, coherente con una perspectiva que exige un elemento objetivo en el desvalor de la acción para entender por fundamentado uno de los elementos del ilícito jurídico-penal. Si falta la peligrosidad ex ante de la acción, el desvalor de la acción no está completado, al no ser suficiente el desvalor

de la intención que sí cabe afirmar. Y, como consecuencia lógica, si falta tal peligrosidad o idoneidad de los actos, no puede entenderse que haya principio de ejecución de ningún delito, por lo que habrá de negarse la presencia de tentativa. Por ello, y con el objeto de evitar equívocos y llamar a cada cosa por su nombre, en un intento por delimitar las categorías con propiedad, consideramos que los supuestos de este tipo no deben calificarse de “tentativa irreal”, puesto que, desde nuestra perspectiva, y conforme a lo señalado, no constituyen tentativa. En todo caso, proponemos que su denominación sea indicativa de su verdadera naturaleza, por lo que consideramos que estos supuestos deben ser encuadrados dentro de lo que se denomina “delito irreal”.

VII. LA LLAMADA “TENTATIVA INIDÓNEA DE DELITO”

Una vez aclarado que la “tentativa inidónea” es, según la doctrina una clase de tentativa, queda por establecer cuáles son las razones características que teóricamente la configuran como una subcategoría dentro de la categoría general de la tentativa, para fijar después, en su caso, los criterios delimitadores de una y otra.

1. La conceptualización y constatación de la “inidoneidad”

En la búsqueda del concepto de “tentativa inidónea” lo primero que llama la atención es el auténtico caos que impera en esta

⁴²⁰ En este sentido: LEÓN ALVA, E. “La diferenciación entre actos preparatorios y actos ejecutivos”. En: Actualidad Jurídica. N° 152. Gaceta Jurídica. Lima, julio de 2006. Págs. 112-119.

⁴²¹ Ver en este sentido: SAUER, Wilhelm. “Derecho Penal. Parte general”. Traducción de Del Rosal y Cerezo Mir. Barcelona, 1956. Págs. 251-252.



materia, que se pone de manifiesto, cuando se pretende incluir un mismo supuesto en una u otra categoría (tentativa idónea, inidónea o irreal), dependiendo de la diferente perspectiva desde la cual se valore la inidoneidad.

Precisamente en una comparación puramente lógica de los términos “tentativa” y “tentativa inidónea”, observamos que lo que debe de caracterizar a los supuestos subsumibles en el segundo grupo es precisamente, como su nombre indica, la “inidoneidad”. Este ha de ser, pues, el primer paso para tratar de decidir qué es y cuándo existe una “tentativa inidónea”: Delimitar qué debe de entenderse por “inidoneidad”.

La “inidoneidad” como calificativo a aplicar a un concepto puede ir referida, en el tema que nos ocupa, a dos conceptos distintos, que están relacionados con las perspectivas desde cual se proceda a la valoración.

La perspectiva ex ante

En primer lugar, puede entenderse que el calificativo “inidónea” va referido a la acción integrante de la tentativa, con lo cual cuando se afirma que una tentativa es inidónea, lo que en realidad se está afirmando es que la acción que la integra es inidónea, es decir, que desde una perspectiva ex ante y en los términos que se establecieron, no es peligrosa, ya que no se muestra como causalmente adecuada para causar el resultado perseguido.

Esta interpretación, que en principio no plantea ningún problema, suscita dudas cuando tenemos presentes los casos que

tradicionalmente se han definido como “tentativas inidóneas”. Pensemos en el conocido ejemplo siguiente: X dispara sobre una cama en la que erróneamente cree que duerme su enemigo, confundiéndole con un bulto que este ha preparado cuidadosamente para engañarle.

Este supuesto, catalogado de forma casi unánime⁴²² como “tentativa inidónea”, no obstante, tiene, como base, una acción que sería peligrosa (desde la perspectiva de un espectador objetivo que “llega” a la escena, a la vez que el autor de los hechos desconoce, por tanto, la ausencia de la víctima).

La valoración de estos supuestos, generalmente considerados como “tentativa inidónea”⁴²³ ponen de manifiesto que la aplicación del calificativo “inidónea” a la acción no describe la esencia diferencial de tales casos. Dicho de otra forma: Lo que caracteriza a la “tentativa inidónea” no es la inidoneidad ex ante de la acción.

La perspectiva ex post

⁴²² Discrepa, sin embargo, de esta catalogación CEREZO MIR, J. “Curso de Derecho Penal español”. Ob. cit. Págs. 396-397, nota N° 150, quien señala que “el ejemplo (...) es de tentativa idónea, pues la acción, ex ante, (...) era peligrosa. La idoneidad o inidoneidad de la tentativa debe ser juzgada ex ante en el momento del comienzo de la acción ejecutiva”.

⁴²³ A, experto en el manejo de armas, al ver bajo la ventana a su vecino al que deseaba matar, coge su pistola que había cargado previamente y, apuntando a la cabeza, aprieta el gatillo reiteradas veces. Asombrado, comprueba que la pistola estaba descargada, ya que su mujer la había descargado pocos minutos antes para evitar que su hijo provocara un accidente. A dispara, con dolo de matar, a su enemigo B que aparentemente duerme. Sin embargo, B había muerto horas antes a consecuencia de un infarto.



Desde esta perspectiva, se suele entender que el calificativo “inidóneo” no tiene relación con la acción, sino con el conjunto de la tentativa. Por ello, para la valoración de la tentativa se suele exigir que se tenga en cuenta el conjunto de las circunstancias que en ella concurrieron desde el principio hasta el final. Atendiendo a ello la idoneidad o inidoneidad solo podrá determinarse ex post.

Pero esta forma de proceder lleva aparejada una serie de problemas de delimitación, que nos parecen insalvables. Estos problemas se concretan justamente en la imposibilidad de distinción ex post entre tentativa idónea e inidónea⁴²⁴. La imposibilidad a la que hacemos referencia queda plasmada en la conocida máxima: “ex post, toda tentativa es inidónea”⁴²⁵. En efecto, como se ha señalado, ex post, toda tentativa demuestra no haber sido suficientemente peligrosa para consumar el delito⁴²⁶ o, en otras palabras, en toda tentativa “ha fallado algo”, ya que existía una acción tendente a la consumación que, sin embargo, quedó a mitad del camino.

Algunos autores, sin embargo, han intentado matizar esta afirmación. Así, Schonke, Schroeder y Eser han señalado que “una tentativa no es ‘inidónea’ porque se haya mostrado como inapropiada para producir la consumación del tipo representado, sino solo cuando –más allá

de este fracaso propio del concepto– no hubiera podido alcanzar la consumación bajo ninguna circunstancia”, sea por la inidoneidad del medio, por la del objeto, o porque al autor le ha faltado, como sujeto, una cualidad exigida para la consumación del hecho⁴²⁷.

El problema está, como resalta Sancinetti, en que, “el término bajo ninguna circunstancia”, a la que aluden Schonke, Schroeder y Eser revelaría una abierta inseguridad jurídica, puesto que el referido término no es más que una abstracción sin límite alguno”⁴²⁸.

Mir Puig señala que pueden distinguirse (ex post), una vez que se conocen todas las características del hecho, las acciones que en un principio eran capaces de la consumación (aunque luego fallen por circunstancias posteriores) y aquellas otras que aparecen como incapaces de lesionar el bien jurídico desde un primer momento; siendo esta últimas las que configuran la denominada tentativa inidónea⁴²⁹.

Desde nuestro punto de vista, la afirmación de Mir Puig es discutible, pues la valoración ex post siempre demostrará que en toda tentativa, por “idónea” que sea, siempre “ha fallado algo”⁴³⁰.

⁴²⁴ De otra opinión, entre otros, MIR PUIG, S. Ob. cit. Pág. 375 y sgtes; y OCTAVIO DE TOLEDO, E. y HUERTA TOCILDO, S. Ob. cit. Págs. 464-465.

⁴²⁵ CEREZO MIR, J. “Curso de Derecho Penal español”. Ob. cit. Pág. 397, nota N° 150; RODRÍGUEZ DEVESA, J. y SERRANO GÓMEZ, A. “Derecho Penal. Parte general”. Pág. 789.

⁴²⁶ MIR PUIG, S. Ob. cit. Pág. 375.

⁴²⁷ SCHONKE/SCHROEDER/ESER, citados por FARRÉ TREPAT, E. “La tentativa de delito”. Pág. 329.

⁴²⁸ SANCINETTI, M. “Teoría del delito y disvalor de la acción”. Buenos Aires, 1990. Págs. 464 y sgtes. En el mismo sentido, SOLA RECHE, E. Ob. cit. Pág. 167.

⁴²⁹ MIR PUIG, S. Ob. cit. Pág. 375. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. Ob. cit. Págs. 125-126.

⁴³⁰ Nuestro desacuerdo con la idea defendida por Mir Puig de que ex post pueden diferenciarse las “tentativas idóneas” de la “inidóneas” no implica, no obstante, que entendamos que este autor introduce datos extraídos de la perspectiva ex post en el juicio ex ante, como le achaca Gracia Martín (GRACIA MARTÍN. “Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España”. En: Actualidad Penal. 1994. Págs. 352 y sgtes). Entendemos,



Los autores que se inclinan por la delimitación ex post entre tentativa idónea e inidónea⁴³¹ suelen partir de ejemplos tales como el del disparo a un cadáver sin saber que lo es, o el de la pistola que carece de balas sin que el autor lo sepa. Y, en efecto, en un análisis comparativo de tales casos con supuestos que se han venido calificando como tentativa “idónea” (A dispara a B con intención de matarle, acertándole en el pecho, pero una pronta asistencia médica le salva la vida que, no obstante, corre grave peligro durante varios días), la “imposibilidad del resultado” se presenta como más decisivo y contundente en los primeros ejemplos que en los segundos.

Asimismo, las reales dificultades de delimitación se ponen de manifiesto en aquellos supuestos donde se presenta “una insuficiente cantidad del medio”. Así, por

por el contrario, que Mir Puig realiza dos juicios distintos: Un primer juicio ex ante, que le permite excluir, ya desde un primer momento, del concepto tentativa las acciones ex ante inidóneas (que engrosarán la categoría que él denomina “tentativa irreal”), juicio este de cuya realización somos partidarios. Y un segundo juicio ex post, que le permite, en contra de lo que defendemos, diferenciar las tentativa “idóneas” de las “inidóneas”.

⁴³¹ Se manifiestan expresamente en este sentido: MIR PUIG, S. Ob. cit. Pág. 375. OCTAVIO DE TOLEDO, E. y HUERTA TOCILDO, S. Ob. cit. Págs. 464 y sgtes. De otra opinión se muestran las sentencias del Tribunal Español del 24 de enero de 1975 y 30 de enero de 1992, donde se afirma que: “la inidoneidad ha de establecerse siempre desde una perspectiva ex ante, nunca ex post, pues en ese caso se borrarían las diferencias con tentativa y frustración...” A nuestro juicio, no es que la perspectiva ex post borre las diferencias de la “tentativa inidónea” con tentativa y frustración, sino que tal perspectiva pone de manifiesto que tales diferencias no existen. Pero es que, por su parte, la perspectiva ex ante lleva a la conclusión de que solo hay dos categorías distintas: la tentativa peligrosa (tentativa “idónea”) y la “tentativa” no peligrosa (delito irreal), y que no es posible establecer tres categorías, con lo que los supuestos de “tentativa inidónea” habrán de pasar a formar parte del grupo de las acciones idóneas ex ante, esto es, de la categoría de la tentativa.

ejemplo, cuando A vierte en el café de B, con la intención de matarlo, una cantidad de veneno que, si bien pone en peligro su vida, no le provoca la muerte, por tratarse de una dosis insuficiente. Ejemplos como este no ofrecen problemas en cuanto a su catalogación ex ante, debido a la clara peligrosidad de la acción. Sin embargo, desde una perspectiva ex post no sería sencillo determinar si se trata de una tentativa “idónea” o “inidónea”. Y por eso mismo los diferentes autores incluyen estos supuestos, sin un fundamento explícito de su decisión, en las diferentes categorías. O piénsese, por ejemplo, en el disparo que acierta en el pecho a una persona que viste un chaleco antibalas, o en el disparo realizado contra alguien que viaja en un coche blindado. ¿Cómo catalogarían estos supuestos los que insisten en la posibilidad de diferenciar, ex post, las “tentativas idóneas” de la “inidóneas”?

Pero para demostrar las dificultades que surgen en orden a la delimitación no es necesario recurrir a ejemplos tan extremos como estos. Volviendo a los clásicos supuestos anteriormente aludidos (A dispara a un cadáver sin saber lo que es; y A dispara a su enemigo, acertándole en el corazón y poniendo su vida en grave peligro), podemos observar que, en ambos casos, ha habido una “circunstancia distorsionante” que ha evitado la producción del resultado y que si bien en un supuesto es más claro que en otro, existe en ambos.

Porque si al igual que en el segundo ejemplo, la víctima no se hubiera movido



en el último instante, la bala le habría causado la muerte en el acto; en el primero se podía haber producido la muerte si el sujeto pasivo no hubiera muerto horas antes de un infarto. En efecto, el peligro causado (*ex post*) es notablemente distinto de un supuesto a otro (de no existir en el caso del cadáver pasa a ser concreto y duradero en el segundo supuesto), pero ello no nos permite establecer una delimitación absoluta, meramente ficticia, sino una mera graduación de los casos en función del peligro *ex post* creado. Piénsese, además, que estamos, en este instante, barajando dos supuestos absolutamente extremos (nulo peligro frente a un peligro concreto y duradero en el tiempo), pero que en la mayor parte de los casos la existencia o inexistencia del peligro es mucho menos evidente. ¿Cómo catalogaremos, por ejemplo, el caso de quien dispara a otro que lleva puesto un chaleco antibalas?, ¿será una tentativa "idónea" o una "tentativa inidónea" debido a la "inidoneidad del objeto"?

VIII. LA NECESIDAD DE PUNICIÓN DE LA TENTATIVA INIDÓNEA

Existe en la doctrina un sector encabezado por CEREZO MIR que maneja un **concepto de tentativa inidónea** distinto al usual. Mientras que la doctrina dominante considera inidónea toda tentativa que *ex post*⁴³² se demuestra que era incapaz desde un principio de llegar a la consumación, ya sea por inidoneidad de los medios, por inexistencia o ausencia del

objeto, o –esto es más discutido– por inidoneidad del autor⁴³³, CEREZO MIR llama tentativa inidónea a la que aparece como tal *ex ante* desde la posición del autor. Un ejemplo sirvió en su momento para distinguir ambos conceptos de tentativa inidónea: el de quien dispara sobre la cama en que cree está durmiendo su enemigo, cuando en realidad sólo hay un bulto que simula una forma humana, pero de modo que *ex ante*, desde la posición del autor cualquiera podría haber tomado dicho bulto por una persona. Es éste un caso paradigmático de lo que la doctrina dominante considera una tentativa inidónea por ausencia del objeto –los casos de ausencia o inexistencia de objeto se consideran los casos más *claros* de inidoneidad, y para quienes distinguen entre inidoneidad absoluta e idoneidad relativa son supuestos de inidoneidad absoluta–, hecho éste que queda claramente subsumido dentro del Art. 17 del actual Código Penal. Sin embargo, para CEREZO MIR éste es un ejemplo de tentativa idónea, porque *ex ante* la falta de objeto no era objetivamente cognoscible o era muy improbable⁴³⁴. CEREZO equipara "tentativa idónea" a "tentativa peligrosa *ex ante*"⁴³⁵: "Si la inexistencia, o falta de presencia del objeto, no era objetivamente cognoscible *ex ante*, o aparece *ex ante* como absolutamente improbable (el

⁴³² Después o posterior

⁴³³ MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, 5.^a ed., L 13/81, pág. 346.

⁴³⁴ Ver la discusión sobre este ejemplo en MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, pág. 64, nota 95, y CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general*, I, 2.^a ed., 1981, pág. 449, nota 140, y 3.^a ed., 1985, pág. 366, nota 139

⁴³⁵ Desde antes.



cepillo, la cartera o la caja de caudales están vacíos; la persona contra la que se dispara acaba de fallecer de un ataque al corazón, o ha colocado una almohada o un bulto en el lugar que ocupaba; el feto estaba muerto, o la mujer no estaba, en realidad, embarazada) la acción era peligrosa, aunque ningún bien jurídico haya corrido peligro. Son supuestos de tentativa idónea o peligrosa"⁴³⁶.

La razón que lleva a Cerezo a sostener esta concepción *ex ante* de la tentativa inidónea es que "*ex post* toda tentativa es inidónea"⁴³⁷. Estoy de acuerdo en que todo juicio de peligro supone un pronóstico *ex ante* y en que *ex post* toda tentativa que no logra el resultado se ha demostrado incapaz de producirlo. La concepción causalista de la tentativa desconoce esto último al fundamentar el castigo de la tentativa idónea en la existencia de un verdadero peligro *ex post*. Pero es un hecho que el concepto de tentativa inidónea procede de este planteamiento, y es desde

éste desde el que se niega la existencia de peligro objetivo en la tentativa inidónea y, por ello, se discute su punibilidad. Si hay que rebatir esta objeción tendrá que ser demostrando que también en los casos tradicionales de tentativa inidónea, pese a la falta de una puesta en peligro *ex post*, puede concurrir el fundamento que hace punible a toda tentativa. Lo que se debate, pues, es la punibilidad de los casos incluidos en el concepto tradicional de tentativa inidónea.

Ahora bien, dicho concepto tiene que reformularse de modo que, a la vez que siga dando cabida a los casos tradicionalmente incluidos en él, evite la objeción de que *ex post* toda tentativa es inidónea. Creo que ello es posible combinando la introducción de los datos que se conocen tras el intento fallido con el enjuiciamiento *ex ante* del intento por un espectador que conociese la parte de aquellos datos que fuesen cognoscibles al iniciarse la ejecución. Es lógicamente posible retrotraer el juicio de peligro al momento de inicio de la tentativa (*ex ante*) pero teniendo en cuenta todos los elementos de la situación que luego, *ex post*, se demuestra que alguna persona hubiera podido conocer *ex ante*.

En el ejemplo del bulto en la cama, cabe preguntar si una persona media consideraría peligroso *ex ante* el disparar sobre el bulto sabiendo lo que luego se descubre, que no había nadie en la cama. De hecho, el que había simulado el bulto lo sabía *ex ante*, y también otras personas podían saberlo. No es contradictorio admitir que el juicio de peligro siempre ha

⁴³⁶ CEREZO MIR, *RDPC*, 1998, cit., pág. 22. En el mismo sentido, defiende también este concepto de tentativa inidónea como equivalente a tentativa no peligrosa *ex ante* desde la posición del autor FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, 1986, págs. 394 ss., pero reconoce que dicho concepto se aparta del usual (págs. 399, 402 s.). También MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito y delito irreal*, 1999, pág. 265, admite que el ejemplo de la cama es "catalogado de forma casi unánime como "tentativa inidónea", pero rechaza este último concepto y sólo admite la distinción entre tentativa (peligrosa *ex ante*) y "delito irreal", que es la denominación que propone para las tentativas irreales no peligrosas *ex ante* (págs. 276 ss.). Aunque también ROXIN, ob. cit., pág. 267, define la tentativa idónea acudiendo también al criterio *ex ante* manejado por la teoría de la adecuación y de la imputación objetiva, parece que usa el concepto de tentativa inidónea en el sentido tradicional, puesto que Roxin considera tentativa inidónea lanzar una bomba que no estalla a consecuencia de "un error de construcción desconocido por el autor aunque reconocible" (pág. 262, la cursiva es mía).

⁴³⁷ *Ibidem*, págs. 21 y 22.



de ser *ex ante* y al mismo tiempo introducir en la base de dicho juicio elementos desconocidos por el autor pero conocidos o cognoscibles por otros *ex ante*. Puede decirse sin contradicción que, mientras para quien desconociese la ausencia de la víctima era peligroso *ex ante* disparar sobre el bulto, para quien supiese que sólo había un bulto no era *ex ante* peligroso disparar sobre él. Y lo que hace la doctrina dominante al hablar de tentativa inidónea es preguntar si, sabiendo todo lo que se conoce *ex post* y se podía haber sabido *ex ante*, una persona prudente habría considerado *ex ante* idóneo (peligrosa) o no el plan de ejecución. En los casos de falta o ausencia de objeto cualquiera que las conociese *ex ante* juzgaría *ex ante* inidóneo cualquier plan dirigido a lesionarlo.

Nótese que he dicho que para juzgar la idoneidad o inidoneidad de una tentativa *ex ante* cabe incluir en la base del juicio todos los conocimientos obtenidos *ex post* que *alguien hubiera podido tener ex ante*⁴³⁸. Esto es esencial para que sea posible evitar la conclusión de que por tal procedimiento habría que llegar a afirmar que todas las tentativas son inidóneas. Las llamadas tentativas idóneas fallan por algún factor que no era cognoscible *ex ante*. Por ejemplo, que el disparo no haya dado en la víctima porque estaba ligeramente mal orientado, no es algo que

pudiera saberse *ex ante*, al ir a disparar; ni tampoco podía saberse que el golpe de viento súbito desviaría la flecha que salió bien dirigida.

Ahora bien, es cierto que sólo es posible hablar de tentativas idóneas por las limitaciones actuales del conocimiento humano. Si el estado de la ciencia permitiese conocer de antemano todos los elementos que pueden impedir que una tentativa acabe en consumación, dejaría de tener sentido distinguir entre tentativa idónea y tentativa inidónea. El juicio de peligro *ex ante* que partiese de todos los conocimientos posibles *ex ante* concluiría siempre en la inidoneidad de toda tentativa.

Siendo así, cabe ciertamente plantear la cuestión de si tiene mucho sentido mantener la distinción entre tentativa idónea y tentativa inidónea. Como he dicho más arriba, en un sentido estrictamente objetivo si un intento falla es porque algo había en él (incluido su contexto) que había de hacerlo fallar. Si podemos seguir hablando de tentativas idóneas es sólo en el sentido intersubjetivo de que hoy por hoy nadie puede ver en ellas *ex ante* la incapacidad de éxito que luego se manifiesta. Y si tampoco este criterio intersubjetivo basado en todos los conocimientos *posibles para alguien* puede decidir la impunidad de la tentativa inidónea que aparezca como viable a la vista de los datos conocidos *por el autor*, ¿sirve para algo distinguir entre tentativa idónea y tentativa inidónea?⁴³⁹

⁴³⁸ En el ejemplo del que dispara sobre una cama creyendo que en ella está durmiendo una persona cuando sólo hay un bulto simulado una figura humana, es evidente que alguien hubiera podido saber esta circunstancia. No sólo es evidente que alguien lo sabía, la persona que había simulado el bulto, sino que también el que dispara podía haber comprobado qué es lo que había en la cama.

⁴³⁹ Se inclina por rechazar la utilidad de la distinción FARRÉ TREPAT, *Consideraciones* cit., pág. 278. A su juicio, el



CONCLUSIONES

Al resumir el estado de la cuestión de la punibilidad de la tentativa inidónea en el Anteproyecto del Nuevo Código penal, al inicio de este ensayo, señalamos que un sector doctrinal sigue utilizando la **distinción entre tentativa absolutamente inidónea y tentativa relativamente inidónea**. Se entiende por tentativa absolutamente inidónea la que no sólo era incapaz de producir la consumación en el caso concreto, sino también en cualquier otra circunstancia, mientras que se considera sólo relativamente inidónea la tentativa que en otras circunstancias no habría sido inidónea. Como ejemplo paradigmático de tentativa absolutamente inidónea se menciona el caso de inexistencia de objeto: así, el intento de matar a un cadáver. Pero también serían casos de absoluta inidoneidad aquéllos en que el medio empleado es completamente inadecuado en cualquier circunstancia. No lo sería el uso de una cantidad insuficiente de veneno, el ejemplo de tentativa sólo relativamente inidónea que se propone tal vez con más frecuencia.

Creo que tiene razón la doctrina dominante al haber abandonado esta distinción. Contemplado en concreto, todo intento inidóneo lo seguirá siendo siempre

critero de distinción según el cual son inidóneas las tentativas que ya desde un primer momento son incapaces de lesión, mientras que son idóneas aquellas que fallan por circunstancias posteriores no puede explicar por qué se suele considerar idónea la tentativa cuando el ángulo de tiro de la pistola se encuentra desviado (*ibidem*, nota 30). En contra también de la distinción de tentativa idónea y tentativa inidónea MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito y delito irreal*, cit., págs. 276 ss.

que se den todas las circunstancias que lo hacen inidóneo. Así, echar una cantidad insuficiente de veneno será siempre inidóneo cuando la víctima tenga la misma resistencia física. Para poder decir que en otras circunstancias el veneno podría matar, hay que variar las circunstancias del caso de tal modo que ya no se trataría de la misma clase de casos: hay que imaginar una víctima menos resistente, o que el sujeto emplease más cantidad de veneno, etc. Y aun admitiendo que esto tuviera sentido, no sabríamos qué circunstancias modificar y cuáles mantener. Como dice FARRÉ TREPAT, "la conclusión será distinta si se examina la conducta "disparar con una pistola" en lugar de "disparar con una pistola descargada"; o bien "disparar con una pistola cargada", en lugar de "disparar con una pistola cargada a una distancia excesiva para su alcance"⁴⁴⁰. En realidad, si hacemos abstracción de todas las circunstancias que determinan la inidoneidad, toda tentativa, *incluso la irreal*, se convertiría en idónea. En el caso extremo del que intenta envenenar con azúcar, si hacemos abstracción del azúcar y nos quedamos sólo con el "intento de envenenar", podríamos decir que en otros casos (si se emplease un verdadero veneno) podría ser idóneo.

O sea: en concreto ninguna tentativa inidónea puede producir la consumación, y en abstracto toda tentativa inidónea podría producirla.

⁴⁴⁰ FARRÉ TREPAT, "Consideraciones dogmáticas y de *lege ferenda* en torno a la punición de la tentativa inidónea", en *Estudios de Derecho penal y criminología*, UNED, 1989, págs. 264 s.



En cualquier caso, la definición de tentativa del art. 17 del Ante Proyecto del NCP no contiene ningún elemento que aconseje la distinción entre tentativa absolutamente inidónea y tentativa relativamente inidónea. Desde luego, la expresión "actos que objetivamente deberían producir el resultado" no adopta un punto de vista abstracto o genérico, puesto que no se refiere a actos que *en otros casos* deberían producir el resultado.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO ZAPATER, E. "Principios de Derecho Penal. Parte general". Madrid, 1994.
- BRAMONT-ARIAS, BRAMONT-ARIAS TORRES, Código penal anotado, Ed. San Marcos, Lima, 1995
- CEREZO MIR, "La regulación del *iter criminis* y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español", en *Rev. de Derecho Penal y Criminología (RDPC)*, 2.^a época, n.º 1, 1998.
- CEREZO MIR, J. "Curso de Derecho Penal español. Parte general". I. 5^a edición. Madrid, 1997.
- CEREZO MIR, J. "Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa". Valladolid, 1964.
- CHAMORRO BALVIN, Alcides; AnteProyecto de Ley del Código Penal - Parte General - Ley N.º.27837, 2004, Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- CONDE, GARCIA ARAN, Derecho penal. Parte general, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. "Derecho Penal. Parte general". 2^a edición. Madrid, 1990
- CÓRDOBA RODA, J. "Notas al Tratado de Derecho Penal de Maurach". Barcelona, 1962.
- CUELLO CALÓN, E. "Derecho Penal. Parte general". Tomo I. Volumen 2. 18^a edición. Barcelona, 1963
- FARRÉ TREPAT, "Consideraciones dogmáticas y *de lege ferenda* en torno a la punición de la tentativa inidónea", en *Estudios de Derecho penal y criminología*, UNED, 1989, págs. 264 s.
- FARRÉ TREPAT, E. "Consideraciones dogmáticas y de lege ferenda en torno a la punición de la tentativa inidónea". En: *Estudios de Derecho Penal y criminología*. Tomo I (Libro homenaje al profesor Rodríguez Devesa). Madrid, 1989.
- FARRÉ TREPAT, E. "La tentativa de delito". Pág. 329.
- GRACIA MARTÍN. "Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España". En: *Actualidad Penal*. 1994
- HURTADO POZO, J. "Manual de Derecho Penal. Parte general". 3^a edición. Lima, 2005.
- JESCHECK, H. "Tratado de Derecho Penal. Parte general". Traducción



- de Manzanares Samaniego. 4ª edición. Granada, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. "Tratado de Derecho Penal". VII. 6ª edición. Buenos Aires, 1973.
 - LEÓN ALVA, E. "La diferenciación entre actos preparatorios y actos ejecutivos". En: Actualidad Jurídica. Nº 152. Gaceta Jurídica. Lima, julio de 2006.
 - MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994.
 - NÚÑEZ BARBERO, R. "El delito imposible". Salamanca, 1963.
 - OCTAVIO DE TOLEDO, E. y HUERTA TOCILDO, S. "Derecho Penal. Parte general". 2ª edición. Madrid, 1986.
 - QUINTERO OLIVARES, G. "Derecho Penal. Parte general". 2ª edición corregida, aumentada y puesta al día. Madrid, 1989.
 - SANCINETTI, M. "Teoría del delito y disvalor de la acción". Buenos Aires, 1990
 - SAUER, Wilhelm. "Derecho Penal. Parte general". Traducción de Del Rosal y Cerezo Mir. Barcelona, 1956.
 - SILVA SÁNCHEZ, J. "El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales". Barcelona, 1997.
 - VILLAVICENCIO TERREROS, F. "Derecho Penal. Parte general". Lima, 2006. P
 - VON LISZT, Franz. "Tratado de Derecho Penal". Tomo. III. Traducción de la 18ª edición alemana por Quintanillo Saldaña. Madrid, 1914.
 - WELZEL, H. "Derecho Penal alemán". Traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez. 3ª edición. Santiago de Chile, 1987.

**LA INVIABILIDAD JURÍDICA DE
LA ADOPCIÓN POR PARTE DE
LAS PAREJAS
HOMOPARENTALES EN EL
PERÚ**

**Dr. MANAVI PADILLA,
ALFREDO DANTE**

Abogado

367



LA INVIABILIDAD JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN POR PARTE DE LAS PAREJAS HOMOPARENTALES EN EL PERÚ

INTRODUCCIÓN

A partir de la década de los 90, las uniones de hecho entre homosexuales empezaron a ser reconocidas jurídicamente, primero, en algunas legislaciones europeas y luego, dicha corriente se ha ido extendiendo en otros Estados. Recientemente en nuestro país, se presentó un proyecto de Ley referido al tema y, aunque fue rechazado en el pleno del Congreso, es muy probable que por el propio principio de supremacía de la realidad, se vea finalmente cristalizado en corto plazo.

Ahora bien, implícitas en las relaciones de hecho entre homosexuales, sean estos gays o lesbianas, surge, como toda pareja humana al margen de las consideraciones naturales, la necesidad de constituir una familia apelando a la descendencia. Es obvio que ello no es una problemática para las parejas heterosexuales las cuales, por principios naturales, están orientadas a tal fin, a excepción, obviamente de aquellas que por razones de naturaleza fisiológica, les impide tener descendencia.

En las parejas homosexuales, dada su situación biológicamente anómala, pues es bien cierto que aunque se intente decir lo contrario, no constituye una unidad biológica y naturalmente orientada a la

reproducción, se requiere postular a formas no convencionales como son las denominadas “técnicas de reproducción asistida” o la adopción.

REALIDAD PROBLEMÁTICA

El problema central del presente ensayo se centra en la connotación de las consecuencias de la aceptación jurídica de la adopción en las parejas homoparentales; la pertinencia o no de extender los alcances de la adopción a esta clase de “parejas”, implica necesariamente, poner sobre el tapete de la discusión, no sólo los derechos de los homosexuales a fundar a familia y al respeto de su determinación por su opción sexual, acorde con los principios de los derechos humanos reconocidos mundialmente, sino también colocar en juego los derechos y el bienestar físico y psicológico de una tercera persona, en este caso, un niño el cual, de acuerdo a las propuestas de la comunidad homosexual, formaría parte de un hogar cuyas características no son ni mucho menos, las tradicionales.

I. FAMILIA Y ADOPCIÓN POR PARTE DE MATRIMONIOS HOMOSEXUALES.

Concepto de Familia



Nuestra Constitución en el Título I, Capítulo II, Art. 4, contempla el marco fundamental del que hace basamento buena parte del sistema jurídico peruano respecto a la familia, haciendo énfasis en las personas más vulnerables como son el niño, el adolescente, la madre y el anciano: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma de matrimonio y las causas de separación y de disolución son regulados por la ley”. Asimismo, el Art. 5 reconoce la protección del concubinato o unión de hecho: La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”. Más adelante, en su Art. 6to, señala las pautas para la paternidad y maternidad responsables, así como de los deberes y derechos de padres e hijos respectivamente: “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afectan la vida o la salud⁴⁴¹”.

⁴⁴¹ Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad. En el Art. 7mo, se reconoce el pleno derecho de la familia a la protección de la salud así como el deber de contribuir a su promoción y su defensa.

De otra parte, en el Art. 2do, Incs. 6 y 7 se hace expresa mención a los derechos a la intimidad personal y familiar así como al honor y la buena reputación de ésta.

En el Art. 183 se establecen las funciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, donde se tendrá a cargo la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y otros actos que modifiquen el estado civil de las personas lo que instituye el marco jurídico que hace que la persona adquiera no sólo una identidad ante el resto de la sociedad, sino una expresa forma de establecer su situación de relación jurídica familiar.

Por su parte, el Código Civil de 1984 dedica el Libro III al Derecho de Familia. El Libro de Derecho de Familia ha introducido importantes innovaciones, y con un plan más ordenado, ha suprimido al mismo tiempo instituciones que ya habían periclitado y actualizado otras. Está precedido de un conjunto de disposiciones generales que lo armonizan con los preceptos contenidos en la Constitución de 1979, estableciendo la paridad de derechos entre el marido y la mujer y la de los hijos que hayan o no sido habidos dentro del matrimonio (arts. 234° y 235°), así como la del padre y la madre en cuanto al ejercicio de la patria potestad.

A nivel doctrinal considero relevante citar las definiciones de Roberta Achtenberg⁴⁴² por su amplitud de criterio: Ella define a la familia como, “una unidad de personas interdependientes e interactivas relacionadas a través del tiempo por un

⁴⁴² Roberta Achtenberg es la vice presidente de la Política Pública en la Cámara de Comercio en San Francisco y una de las primeras lesbianas que hace pública esa condición en Estados Unidos



fuerte vínculo social y emocional y/o por vínculos de matrimonio, procreación y adopción, cuya finalidad principal es crear, mantener y promover el desarrollo y el bienestar social, mental y físico de cada uno de sus miembros.⁴⁴³ Esta definición podría incluir a los matrimonios formados por personas del mismo sexo que adoptan menores.

El profesor Corral define a la familia como “aquella comunidad que iniciada o basada en la unión permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan los esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo y se hallan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre, el que induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente.”⁴⁴⁴

El mismo autor señala que no pueden incluirse en el concepto de familia las uniones homosexuales, pues se trata de convivencias que contrastan fundamentalmente con la noción de familia que permanece en la sociedad occidental y puesto que, además contravienen uno de los aspectos esenciales de la institución familiar cual es

servir como medio, eficaz para la perpetuación de la especie.⁴⁴⁵

La diferencia entre una y otra definición, marca el punto de partida de lo que se debe entender por familia. Si adscribimos a la definición que nos da el profesor Hernán Corral, no podremos concebir nunca una familia homoparental, ya que para él, la familia está formada sólo por la unión de un hombre y una mujer, que tiene entre sus finalidades principales la perpetuación de la especie, ya sea a través de la reproducción de la mujer o de la adopción por parte de la pareja heterosexual. A contrario sensu, la definición de Roberta Achtenberg, da la posibilidad de que personas homosexuales se casen y puedan adoptar menores. Es más, esta autora nos da dos alternativas, primero nos dice que estas personas pueden formar una familia, a través del matrimonio, la procreación (por ejemplo en el caso de la reproducción asistida en lesbianas), o la adopción, y en caso de que no estén reconocidas estas opciones, nos dice que de igual forma encontraremos una familia, basados en vínculos emocionales o sociales, que van más allá del reconocimiento jurídico que puede entregarle el legislador a estas formas de socialización.

La importancia de la definición de Roberta Achtenberg radica en romper con la concepción tradicional de la familia en la que coinciden elementos como, la heterosexualidad, la reproducción, el matrimonio, la filiación y la residencia en un mismo hogar. En ella se plantea la existencia de nuevos modelos familiares, como es el caso de la familia homoparental.

La Familia Homoparental

⁴⁴³ ACHTENBERG, Roberta, en gay marriage, Hawaii’s assault on matrimony, <http://www.frc.org/fampol/fp96bhs.html> [fecha de visita 21 de octubre de 2007], citada por VARAS VALENZUELA, María Elena *Reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo*, tesis de grado de licenciado en ciencias jurídicas, Universidad de Chile, 2000, Pág.76

⁴⁴⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán *Familia y Derecho*. Santiago de Chile. Colección Jurídica Universidad de los Andes. 1994, Pág.11

⁴⁴⁵ CORRAL (1994) 49



La familia homoparental, es definida como aquella, que está constituida por dos padres o por dos madres homosexuales. En este modelo se rompe el vínculo "sexualidad reproducción" y también la obligación de que los/as progenitores/as sean de diferente sexo. Permanecería la concepción (en muchos casos vía nuevas tecnologías), el engendramiento, la filiación y la alianza a través del matrimonio o la pareja de hecho.⁴⁴⁶

Desde el punto de vista jurídico, en el Perú no existe la familia homoparental, ya que los actos de estas supuestas familias, no producen consecuencias jurídicas, sólo se les reconocen derechos humanos individuales como gays y lesbianas. En la jurisprudencia peruana no encontramos referencia aún a esta situación, no obstante, en la jurisprudencia extranjera inmediata, podemos citar la de Chile a través de una sentencia del juzgado de garantía de Combarbala que el 14 de noviembre del 2005, en el marco de la ley de violencia intrafamiliar, reconoció que los miembros de la pareja homosexual tenían la calidad de convivientes⁴⁴⁷; esta sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de La Serena quien señaló que *"el concepto de conviviente incluye en forma extensiva a aquel unido a otro en una relación de convivencia homosexual, a*

quien se considera además como integrante del grupo familiar".⁴⁴⁸

Desde un punto de vista afectivo o extrajurídico, estas parejas podrían existir en nuestro país, basadas en el hecho de que estas personas son interdependientes económica y emocionalmente, y viven relaciones comprometidas, duraderas, basadas en el amor y la confianza.

Distinto es el caso de los países que han regulado el régimen de convivencia, el matrimonio, o que incluso han permitido la adopción a estas parejas, aquí los actos realizados por ellos en conjunto, producen similares o las mismas consecuencias jurídicas que los actos realizados por familias heterosexuales, siendo posible hablar de una verdadera familia homosexual, donde no sólo hay una relación afectiva, sino que también un reconocimiento jurídico de dicha situación.

Hay situaciones donde las simples relaciones afectivas son consideradas por el Derecho de Familia, más allá de que se acepte o no la adopción.

II. MATRIMONIO Y ADOPCION POR PAREJAS FORMADAS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO

Para entender las dificultades que puede presentar la adopción de menores por partes de matrimonios formados por personas del mismo sexo ante la realidad jurídica peruana, considero importante, hacer referencia al concepto, tratamiento legal y alcances de esta institución ante nuestro ordenamiento jurídico.

Etimología

⁴⁴⁶ MUJIKA FLORES, Inmaculada (2005). *Modelos familiares y cambio sociales, la homoparentalidad a debate*. Asociación de estudios y centro de documentación por las libertades sexuales. Madrid .disponible en: http://www.lasotrasfamilias.cl/documentos/modelosfamiliares_aldarte2005.pdf [fecha de visita 28 de julio de 2009] Pág.4

⁴⁴⁷ Las consideraciones más relevantes fueron, primero que la calificación de si es o no convivencia, para los efectos del artículo 5º de la ley de violencia intrafamiliar, la que puedan mantener parejas del mismo sexo es una cuestión valórica; segundo, que resulta atentatorio contra el principio de la independencia de los jueces que un tribunal superior imponga sobre el inferior su concepción valórica sobre un tema jurídico

⁴⁴⁸ C.A. La Serena Rol N° 373- 2006 p.70



La palabra adopción proviene del latín *adoptio*, que significa escoger, optar. En el código de las siete partidas, se expresa que su significado en romance es prohijamiento.⁴⁴⁹

Concepto

Eugene Petit, define a la adopción, como la institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas, relaciones análogas a las que crean las *justae nuptiae* entre el hijo y el jefe de familia.⁴⁵⁰

Planiol y Ripert, plantean, que es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima.⁴⁵¹ Hay que tener presente que la ley 19585, elimina la distinción entre hijos legítimos, ilegítimos y adoptivos, derogando el artículo 35 del Código Civil.

La adopción fue definida por un instrumento de las naciones unidas que data del año 1953, como el hecho voluntario y legal de tomar y tratar al hijo de otros padres, como hijos propios, con arreglo a las leyes del país.⁴⁵²

La adopción es un acto jurídico destinado a crear entre sus sujetos un vínculo análogo al de filiación natural.

Antecedentes Históricos

Aunque su precedente histórico más remoto se encuentra en el Código de

Hammurabi, es en Roma donde esta institución se perfecciona, debido en primer lugar, a que hacía surgir un parentesco agnaticio y no meramente cognaticio. Como consecuencia, extinguía todo vínculo civil entre el adoptado y su anterior familia de sangre. Ahora bien, dentro del concepto genérico de adopción, había dos especies: la adrogación, que fue la más antigua, y la más importante, y tenía lugar cuando el adoptado era un *sui iuris*, razón por la cual el Estado y la religión estaban interesados en el acto, ya que todo un grupo familiar, representado por su *pater familias* iba a ser absorbido por otro, y como consecuencia de ello, entonces, se requería, además del consentimiento del adoptado, el de ciertas instituciones públicas, como el colegio de pontífices y los comicios curiados, luego reemplazados por otras formas que de todos modos garantizaban la intervención de los poderes públicos.⁴⁵³

La historia de la moderna adopción empieza recién con la Primera Guerra Mundial y la conmoción que produjo en los países europeos el espectáculo de la infancia desvalida; perdidos los hogares de millones de niños, se buscó el paliativo a través de la adopción que se convierte, entonces, en un medio de protección a la infancia desprovista de hogar.⁴⁵⁴

En nuestra legislación, la adopción se instituyó en el Código Civil de 1852 considerada en el Título V del Libro I a través de 15 artículos. En el artículo 289 se señalaba que la "adopción" o

⁴⁴⁹ PÉREZ LORA, Francisco *Derecho de familia en el siglo XXI: Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva*, Santo Domingo, editorial Corripio, 2006, Pág.50

⁴⁵⁰ PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*. ediciones albatros. Buenos Aires 1963, Pág.113

⁴⁵¹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Buenos Aires, Editorial La Ley, 2005, Pág.123.

⁴⁵² PÉREZ Ob. Cit., Pág. 52

⁴⁵³ ZANNONI – BOSSERT, *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 204, Pág. 481.

⁴⁵⁴ Ibídem



prohijamiento es el acto de tomar por hijo al que no lo es por el adoptante⁴⁵⁵.

La adopción considerada en el código civil de 1936, tenía dos modalidades: La plena y la menos plena. La primera tanto para adultos como para menores creaba vínculos de parentesco entre adoptante como adoptado, con diversas restricciones (el parentesco se limitaba al adoptante y a los descendientes legítimos de éste, le confiere el adoptante el apellido, los derechos y deberes que le correspondían con su familia natural, existía la renovación).

En el año de 1962, al ponerse en vigencia, el Código de Menores Ley autoritaria Nº 13968, la institución de la adopción resurge con características definidas en cuanto a los menores en abandono material o moral de 14 años de edad o menor. Esta autorizó al Juez de menores para que pudiere dispensar a los adoptantes de los requisitos prescritos en los tres primeros incisos del Art. 326 del Código Civil referente a la edad mínima fijada en 50 años, y a la falta de descendientes con derechos a heredar.

El Código Civil norma a través de 9 artículos (del 377 a 385), establece la adopción mediante la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante, y deja de pertenecer a su familia consanguínea por lo que establece 8 requisitos los mismos que se requieren para la adopción.

Marco Jurídico actual

La Adopción se halla regulada en el Título I Filiación Matrimonial en el Capítulo II (Arts.

⁴⁵⁵ CHUNGA LAMONJA, Fermín, Derecho de Menores, Lima, Perú 1999 3° Edición

377 a 385). También se encuentra estipulado en el Actual Código de los Niño y Adolescentes en los artículos 115 al 132. (Ley 27337 de fecha 07 de Agosto del 2000

Se trata de un acto voluntario y solemne, por medio del cual se recibe por hijo al que no lo es por naturaleza. Mediante tal acto Jurídico, el adoptado obtiene la calidad de hijo matrimonial del adoptante, dejando de pertenecer al círculo de su familia consanguínea (Art. 337)⁴⁵⁶.

La adopción es una institución del derecho de familia que por medio de una sentencia judicial crea una relación jurídica de filiación similar a la filiación legítima⁴⁵⁷.

III. POR QUÉ ES IMPORTANTE PARA LOS HOMOSEXUALES LA ADOPCIÓN

Las parejas homosexuales no pueden procrear si no es por medio de técnicas de fecundación asistida, inseminación artificial, el alquiler de vientres o la sustitución.

Muchas veces, no pueden recurrir a dichos métodos, ya sea por razones económicas o legales. Así, la adopción se presenta como la única oportunidad de crear una familia y abrazar la idea del hijo propio.⁴⁵⁸

Leslie Ann Minot explica que las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (conocidos como el grupo LGBT) se convierten

⁴⁵⁶ Produce efectos Jurídicos semejantes a los de la "filiación matrimonial" y crea un parentesco civil. Es una institución antigua que responde a la necesidad que tienen algunos matrimonios sin hijos, de llenar este vacío, resultando ventajosa la adopción, tanto para el adoptado, como para el adoptante. (N. de A.).

⁴⁵⁷ FERRER, Francisco, Tratado de Derecho de Familia, Tomo I, Editorial Rubinzal y Culzone, Buenos Aires 2001, Pág. 181.

⁴⁵⁸ MEDINA, Graciela, Ob. Cit., Pág. 24.



igualmente en padres de diversas maneras. Pueden tener niños a través de relaciones heterosexuales. A menudo las lesbianas inician relaciones heterosexuales con el solo propósito de resultar embarazadas. Una lesbiana y un gay pueden decidir tener y criar a un niño juntos, ya sea por medio de relaciones sexuales heterosexuales, inseminación artificial, o accediendo a tecnologías reproductivas legales como una pareja. También pueden acceder a niños a través de adopciones extra oficiales. Para ellos es muy importante la adopción, la sola custodia de un niño no les confiere los derechos que sí les brinda esta institución, al tiempo que priva a los niños de beneficios que sí gozan los adoptados; por ejemplo, el derecho a heredar a sus padres.⁴⁵⁹

Existe una diferencia substancial en lo jurídico entre una vinculación de hecho y la filiación. Los derechos y deberes que se generan entre padre e hijo son de tal entidad en esta última, que no pueden entenderse en una relación menor a la adopción. Creemos que este es el criterio que ha adoptado el legislador nacional cuando ha establecido que "La adopción confiere al adoptado el *estado civil de hijo* respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece". Es el estado civil el que genera derechos y deberes para los adoptantes, como el de elegir dónde vivirá el niño, y asumir la responsabilidad de su cuidado diario, y el que confiere al niño derechos como, demandar al padre de alimentos.

Requisitos de la adopción

El actual Código logra regular la adopción con más acierto y sentido práctico. Sin referirnos ya a los requisitos del derogado, actualmente el Código de 1984 señala en su Art. 378, como requisitos, los siguientes:

Artículo 378.- Requisitos de la adopción

Para la adopción se requiere:

1. Que el adoptante goce de solvencia moral.
2. Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar.
3. Que cuando el adoptante sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge.
4. Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.
5. Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.
6. Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.
7. Que sea aprobada por el Juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales.⁴⁶⁰
8. Que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el juez su voluntad de

⁴⁵⁹ ANN MINOT, Leslie, *Concebir la mater/paternidad*. San Francisco. internacional gay and lesbian human rights comisión, 2000, Pág. 49

⁴⁶⁰ Inciso vigente conforme a la modificación establecida por la Tercera Disposición Final de la Ley N° 26981, publicada el 03-10-98.



adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.

Algunas indicaciones sobre la adopción, conforme al C.C., nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que se trate de los cónyuges. En cuanto a la terminación de la adopción, se concede derecho al menor o al mayor incapaz para pedir al juez "se deja sin efecto la adopción" dentro del año siguiente a haber alcanzado su mayoría o de haber readquirido su capacidad civil de ejercicio. El juez deberá declararla sin más trámite. En este supuesto la filiación consanguínea del adoptado recupera su vigencia, aunque sin efecto retroactivo. Igualmente la respectiva Partida de nacimiento (Art. 379).

En primer lugar el artículo 378 concede la adopción solo a los "cónyuges", lo que implica necesariamente que debe existir un reconocimiento de los matrimonios homosexuales, para poder cumplir con esta exigencia.

¿Qué dice nuestra legislación respecto al matrimonio?

La legislación actual peruana establece la heterosexualidad como un requisito de existencia del matrimonio. El vigente Código Civil contiene en su Art. 234, la definición del Dr. Cornejo Chávez que dice: "El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común". "Es la unión sexual

reconocida por la ley"⁴⁶¹. Seguidamente, la norma reconoce la autoridad del marido y la mujer en el hogar, así como consideraciones, derechos y responsabilidades iguales.

La contravención a este requisito es considerada por el propio Código como causal de nulidad de matrimonio, pues se estaría incurriendo en la violación del propio Art. 140 del C.C: pues sería un acto jurídicamente imposible.

La mayoría de la doctrina nacional considera que el matrimonio contraído entre dos personas del mismo sexo es inexistente. Se entiende que un acto es inexistente, cuando no reúne las condiciones sin las cuales no se concibe como tal; de suerte que solo tiene apariencia de existencia, pues en realidad nada se ha hecho, ya que lo hecho no produce efecto civil alguno.⁴⁶²

Los partidarios del matrimonio homosexual, se podrían escudar en la propia Constitución el cual señala en su Art. 2, inc. 1 "Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar". De esta forma,

⁴⁶¹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho de Familia, Editorial Studium, Lima 1999, Pág. 51.

⁴⁶² CLARO DEL SOLAR, Luis Explicaciones de derecho civil peruano y comparado. volumen I, PUCP. Lima 1998, Pág.11. La doctrina de la inexistencia no nace en el Derecho patrimonial, la teoría de la inexistencia nace en el Derecho de familia y específicamente en relación al matrimonio y de allí se extiende al Derecho patrimonial. El primero que lo formuló fue el jurista alemán Zacharie, quien se planteó el problema respecto del matrimonio de personas de un mismo sexo; la ley no decía en ninguna parte que el matrimonio era nulo, luego como sólo hay nulidad en los casos taxativos que señala la ley había que concluir que los matrimonios eran válidos, lo cual significaba trastocar todos los principios. Evidentemente ello constituye un absurdo, entonces se dijo que el matrimonio entre personas de un mismo sexo es inexistente y la inexistencia va mucho más allá de la nulidad. (N.A.)



contraer matrimonio con una persona del mismo sexo, les es una facultad inherente como persona humana. El problema es que a ellos no se les está privando de la facultad de contraer matrimonio, de hecho lo pueden hacer con una persona de distinto sexo, lo que se impide es el matrimonio homosexual, por ser un requisito de existencia del contrato de matrimonio la diferencia de sexo entre los contrayentes⁴⁶³.

Como vemos una reforma legal en esta materia, es una tarea de gran envergadura, que implica reestructurar las bases de la institucionalidad, y que por lo tanto no está exenta de polémica y discusión por parte de sus partidarios y detractores. De todas maneras es legítimo el cuestionamiento del porqué de la exclusividad del modelo matrimonial para las parejas heterosexuales, cabe preguntarse si se ajusta al principio de igualdad la diferenciación que hace el legislador.

A nivel de nuestro Congreso, en el año 2003 hubo un intento por legalizar la unión civil entre homosexuales, pero fue desestimada. No obstante, en el año 2007, la Congresista Martha Moyano de las filas del partido fujimorista y entre uno de sus fundamentos, se puede leer: *"Toda persona en el libre y legítimo ejercicio de su autonomía personal, tiene derecho a constituir, mediante una unión afectiva y estable, una comunidad de vida, cuya protección social, económica y jurídica deben asegurar los poderes públicos"*, y en el texto del primer artículo de la Ley propuesta señala: *"El Perú garantiza iguales derechos y oportunidades para*

⁴⁶³ Es un requisito natural que queda sobreentendido, y que se menciona en el Art. 234 que da la noción legal del matrimonio.

*todas las personas, sin reparar en el grupo familiar del que forman parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la libre unión de dos personas, con independencia de su sexo y orientación sexual, que convivan en análoga relación de afectividad"*⁴⁶⁴.

La distinción que se hace en este sentido, se ajustará al principio de igualdad cuando esta tenga una justificación racional o razonable, o sea cuando esté fundada en consideraciones plausibles, proporcionadas, juiciosas y lógicas. La distinción será arbitraria, cuando se base en apreciaciones injustas, carentes de sentido, prejuiciadas, desmesuradas o excesivas.⁴⁶⁵

Para resolver si las diferencias son o no razonables, habrá que determinar si el matrimonio entre los homosexuales merece un reconocimiento público por parte del ordenamiento jurídico, análogo al que atribuye a los matrimonios homosexuales. O si ese deseo se reduce al de imitar la vida conyugal homosexual, un deseo que probablemente tenga importancia, pero solo en el plano privado.

La opinión mayoritaria de la doctrina es que, la convivencia homosexual, por el mero hecho de no poder estar objetivamente abierta a la finalidad procreativa, no tiene relevancia pública alguna. Será socialmente respetada como relación interpersonal, pero no merece ser reconocida ni protegida por el derecho.⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ Revisar proyectos de Ley, año 2007, www.congreso.gob.pe el mismo que se encuentra en Comisiones.

⁴⁶⁵ VARAS (2000), 11

⁴⁶⁶ VAN DEN ARWED (2004), *"El magisterio y la psicología de un acuerdo: un motivado no al matrimonio homosexual"*. Revista de antropología y cultura cristiana. Año IX N° 35 p. 148



Otro argumento que se señala en contra del matrimonio homosexual, es que equiparar las uniones del mismo sexo al matrimonio, significa permitir "la entrega de niños a homosexuales", porque no se puede legalizar el "matrimonio" sin incluir la adopción. Este razonamiento es dudoso, ya en muchos países como Noruega⁴⁶⁷ se permite que personas del mismo se casen, pero les está vedada la posibilidad de adoptar.

Otra parte de la doctrina estima que el desconocimiento o negativa a reconocer legalmente el matrimonio homosexual y su consiguiente posibilidad de adopción de menores supone una clara violación a los derechos humanos, pues priva a los homosexuales de disfrutar del más alto estándar alcanzable de salud física y mental. Agregan además que desde esa perspectiva, el desarrollo de las sociedades pasa por el pleno reconocimiento social y jurídico de la homosexualidad como una forma normal y deseable de vida.⁴⁶⁸

Con esta limitación se descarta a priori la posibilidad de que parejas homosexuales adopten menores, por lo tanto, las siguientes limitaciones tienen lugar siempre y cuando se halla superado la imposibilidad de que las parejas homosexuales se casen, o en el caso de que personas solteras (gays o lesbianas) pretendan adoptar menores. En definitiva se trata de analizar cada uno de los aspectos que deberían ser modificados en una reforma legal sobre la materia.

Principio del Interés Superior del Menor

⁴⁶⁷ El 30 de abril de 1993, se aprueba la ley que permite a dos personas del mismo sexo registrar su pareja, este registro tiene las mismas consecuencias que el matrimonio, pero no le son aplicables las normas sobre adopción.

⁴⁶⁸ ANN MINOT, Ob. Cit., Pág. 50

La segunda gran limitación, a la posibilidad de que parejas y matrimonios homosexuales adopten menores, se encuentra en el principio que sustenta el Art. 115 del Código del Niño y del Adolescente el cual precisa que "La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea". Es decir, este artículo se funda en el principio de que la adopción tiene por objeto velar por el *interés superior del adoptado*, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen.

Este principio no siempre será considerado como una limitación a la adopción de menores por parte de matrimonios formados por personas del mismo sexo, todo dependerá de la época y del lugar en que se solicite la adopción, así como de la valoración que pueda darle el órgano administrativo o judicial llamado a concederla.⁴⁶⁹

Un juez o autoridad administrativa que concede la adopción a estos matrimonios, dirá que, se encuentra suficientemente resguardado este principio, ya que el menor fue asignado a una familia capaz de brindarle protección, educación y amor, y que la condición sexual de los padres no

⁴⁶⁹ Este principio opera a *nivel mundial*, por lo tanto, lo dicho respecto a ello, tendrá validez en cada una de las legislaciones en donde se tenga especial consideración al principio de la protección del interés superior del adoptado



tiene porque influir negativamente en la formación del menor, citando estudios que avalan dicha teoría.

En el caso contrario, un juez que rechace la adopción de menores por parte de matrimonios homosexuales, dirá que lo hace, en atención al Principio del Interés Superior del Menor, lo obliga a no exponer al adoptado, a una familia que no ofrece las condiciones necesarias conducentes a su integración social, y que además lo expone a situaciones y conductas poco decorosas y deseables en su formación psíquica e intelectual.⁴⁷⁰

De esta manera han fallado los tribunales franceses ante solicitudes de adopción, el 18 de marzo de 1993, se sostuvo el siguiente razonamiento:

"he decidido no aceptar esta solicitud de adopción por las siguientes razones: La libre elección de los adultos en cuanto a vivir fuera de las normas de la sociedad, no se puede imponer a una criatura en el contexto de la adopción. El interés de la criatura adoptable yace en que no se la ubique directamente en una situación marginal."

El 19 de abril de 1994 y siguiendo una línea de razonamiento similar, se informó a las personas que habían solicitado la adopción lo siguiente:

"considerando el lugar que se les da a las parejas homosexuales en nuestra sociedad, tanto en la ley como en la cultura y las costumbres, ustedes (en las actuales

circunstancias), no ofrecen las condiciones necesarias conducentes a la integración social como para recibir a una criatura en adopción, que es por definición, alguien que debe vivir un proceso de trasplante y adaptación a su nuevo medio".⁴⁷¹

CONCLUSIONES

En lo personal y en base a las ideas expuestas, se puede deducir inmediatamente que las condiciones jurídicas para que en nuestra legislación prospere la iniciativa de la legalización de la adopción para parejas homoparentales, está fuera de todo contexto normativo.

No obstante, y ello hay que enfatizarlo muy especialmente, el derecho humano de tener de toda persona de formar una familia, constituye un interés superior que está por encima del propio ordenamiento jurídico.

Más allá de las tendencias sexuales de los seres humanos; más allá de los tipos de familia que formen al unirse con una pareja homosexual o heterosexual; más allá de sus deseos particulares de tener descendencia, existe un derecho esencial que a mi parecer, requiere de un estudio más profundo de los que se han venido realizando hasta ahora. Se requiere pues de mucha racionalidad, mucho objetivismo y, sobre todo, de un gran concepto sobre los valores y los derechos puestos en juego, más aún cuando dentro de esa expectativa está el propio derecho del niño adoptado, el mismo que tiene que también ser privilegiado por el Derecho en toda su amplitud.

BIBLIOGRAFÍA

⁴⁷⁰ A diferencia de la primera limitación que es absoluta, esta será más bien relativa, ya que la posibilidad de que estas parejas adopten, dependerá únicamente del juez o autoridad administrativa llamada a concederla.

⁴⁷¹ ANN MINOT, Ob. Cit., Pág. 51



- ACHTENBERG, Roberta, en gay marriage, Hawaii's assault on matrimony, <http://www.frc.org/fampol/fp96bhs.html> [fecha de visita 21 de octubre de 2007] , citada por VARAS VALENZUELA, Maria Elena *Reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo*, tesis de grado de licenciado en ciencias jurídicas, Universidad de Chile, 2000,
- ANN MINOT, Leslie, *Concebir la mater/paternidad*. San Francisco. internacional gay and lesbian human rights comisión, 2000
- CHUNGA LAMONJA, Fermín, *Derecho de Menores*, Lima, Perú 1999 3ª Edición
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho de Familia*, Editorial Studium, Lima 1999
- CORRAL TALCIANI, Hernán *Familia y Derecho*. Santiago de Chile. Colección Jurídica Universidad de los Andes. 1994
- DEL SOLAR, Luís *Explicaciones de derecho civil peruano y comparado*. Volumen I, PUCP. Lima 1998
- FERRER, Francisco, *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo I, Editorial Rubinzal y Culzone, Buenos Aires 2001
- MUJIKA FLORES, Inmaculada (2005). *Modelos familiares y cambio sociales, la homoparentalidad a debate*. Asociación de estudios y centro de documentación por las libertades sexuales. Madrid .disponible en: http://www.lasotrasfamilias.cl/documentos/modelosfamiliares_aldarte2005.pdf [fecha de visita 28 de julio de 2009]
- PÉREZ LORA, Francisco *Derecho de familia en el siglo XXI: Fecundación Humana Asistida y Filiación Adoptiva*, Santo Domingo, editorial Corripio, 2006
- PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*. ediciones albatros. Buenos Aires 1963,
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Tratado Elemental de Derecho Civil* .Buenos Aires, Editorial La Ley, 2005
- VAN DEN ARWED (2004), "El magisterio y la psicología de un acuerdo: un motivado no al matrimonio homosexual". Revista de antropología y cultura cristiana. Año IX N° 35
- ZANNONI – BOSSERT, *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004

**LA PRESCRIPCION EN EL
CODIGO PENAL ART. 80 Y 83 Y
EN EL NCPP LA INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA**

**Dr. MAYTA BALDEON,
NATHALIE KAROL**

Fiscal Adjunta Provincial Provisional de la Fiscalía Provincial Penal
Yauyos



LA PRESCRIPCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ART. 80 Y 83 Y EN EL N.C.P.P. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

INTRODUCCIÓN

La "prescripción" constituye un tema de gran trascendencia en la práctica jurídica penal. Su importancia ha sido descuidada durante mucho tiempo. Pocos autores se han dedicado a estudiar el tema de la "naturaleza de la prescripción"; una de las pocas excepciones, fue el Dr. Raúl Peña Cabrera, aunque no hubiera llegado a las últimas consecuencias en su análisis⁴⁷².

Cimentada en elementales razones de política legislativa, la prescripción concentra en dos motivaciones básicas, que viabilizan su influjo extintor sobre la acción penal, obstando o aniquilando -según los casos- su curso procesal.

Tales motivaciones estriban, por un lado, en un fenómeno físico: el mero transcurrir del tiempo que deposita en la vida social un espectro residual susceptible de traducirse

en olvido del hecho por desaparición de sus efectos, o como cesación de la impresión moral negativa a que diera lugar, como pautas que animan la inutilidad de su persecución⁴⁷³. Fue quizás éste el fundamento originario del instituto en el Código Penal (Arts. 80 y 83), hasta que el Artículo 4 de la Ley N° 28117, publicada el 10-12-2003 que incorpora (adulterando el propósito inherente a su acepción genuina) la prescripción de la acción penal en un tiempo igual al máximo de la pena fijada para el delito.

SITUACIÓN PROBLEMATIZADORA

¿En qué medida la aplicación literal del Art. 339, inc. 1 del NCPP, el cual prescribe la institución de la "suspensión" de la prescripción de la acción penal con todas las consecuencias y matices que conlleva, tal como lo estipula el Fundamento 26 del Acuerdo Plenario 01 – 2010, colisiona con las tendencias normativas, doctrinales y jurisprudenciales que se manejan con

⁴⁷² PEÑA CABRERA, "Tratado de Derecho penal", p. 668 al 679. No obstante, tras acoger expresamente la tesis "mixta" deja entrever la preponderancia del elemento material que, probablemente, lo habría llevado a afirmar la tesis de la imposibilidad de efectos retroactivos en las modificaciones legales de la prescripción: "El hecho de que en la prescripción se añadan criterios procesales, no hace que este instituto sea un mero obstáculo procesal; la prescripción tiene naturaleza material y procesal"; ver *ibidem*, p. 671.

⁴⁷³ La Exposición de Motivos del Código Penal de 1991 señalaba al respecto: "Entre todas las causas extintivas merece destacarse la prescripción de la acción penal. El Proyecto señalaba que esta prescripción opera al transcurrir el tiempo señalado en la ley para el delito que se trate, siempre que la sanción sea privativa de libertad. Para ilicitudes que tienen penas no privativas de libertad, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada para el delito (artículo 80)". (N. de A.).



respecto a la “interrupción” y “suspensión” de dicha institución jurídica?

I. LA PRESCRIPCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

1.1. NATURALEZA DE LA PRESCRIPCIÓN

Sobre su naturaleza se han ensayado tres concepciones. Aquella que, apuntando a su efecto neutralizante sobre la potestad represiva, le asigna naturaleza material. Otra tesis la estudia desde una óptica procesal, ya que impide la prosecución de la acción. No faltan quienes contemporizando ambas, asignan al instituto un carácter mixto, toda vez que, aunque esencialmente material, provoca efectos de índole procesal. Su carácter personal fluye del art. 78 *in fine*, C.P.: “la acción penal se extingue por muerte del imputado, prescripción y amnistía”, siendo evidente que sólo le atañe a la persona del imputado.

Recientemente, los aspectos relativos a su propia naturaleza, se han visto conmovidos, debido a la trascendencia de una serie de sonados procesos, entre ellos los de terrorismo y los procesos penales contra actos de corrupción de funcionarios y privados realizados durante la vigencia del régimen político anterior, dándose inicio a partir de allí a una importante y elevada discusión sobre el tema⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴ Indirectamente, el incluso al Tribunal Constitucional tiene una posición definida al respecto pues, en sus fundamentos, ha dado importantes alcances sobre la “naturaleza” y “aplicación en el tiempo” de normas “procesales” y “penitenciarias” (ver últimamente la sentencia del T. C. del 30-01-2004, expediente 1593- 2003-HC/TC). Esta

En la argumentación acerca de la prescripción se ha vinculado estrechamente su fundamento con su naturaleza, puesto que si la prescripción no se funda en razones político-criminales, no podrá tener el carácter de una causa personal de cancelación de la pena, que obedece siempre a tales fundamentos. Hay autores que no ven en ella fundamento político-penal alguno⁴⁷⁵, por lo que muchos la remiten casi por entero al campo procesal.

1.2. ASPECTOS DOCTRINALES SOBRE LA PRESCRIPCIÓN TEÓRICOS

Quienes pretendieron hallarle fundamento *fuera del derecho penal*, lo hicieron fundados en que bastaba el mero transcurso del tiempo o bien argumentando con base en puras consideraciones de índole procesal. Berner le asignaba como “fundamento de los fundamentos” el tiempo⁴⁷⁶ y Hugo Meyer decía “que el

jurisprudencia constitucional, que se opone a la de la Corte Suprema, ha levantado una polémica en el medio jurídico penal y constitucional claramente polarizada por los intereses profesionales de cada grupo e influida ciertamente por la presión social. Los abogados defensores y los magistrados, quienes prácticamente son los únicos que se han manifestado al respecto, tienen posiciones claramente contrarias: los primeros postulan la prohibición de retroactividad, salvo en la favorable al reo, de normas procesales y penitenciarias; los segundos, más bien, la no vinculación de normas procesales y penitenciarias con la “prohibición de retroactividad”. (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *La Naturaleza de la Prescripción*, Revista Jurídica Magistri et Doctores, Año 200 Año VII, N° 03 *Unidad de Post Grado de Derecho UNMSM*, Lima, Diciembre del 2006)

⁴⁷⁵ VALOTTA, RICARDO, *La Prescripción de la Pena*, Editorial Bosch, Barcelona 1991, Pág. 77.

⁴⁷⁶ Citado por ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Tomo V Buenos Aires 2001, Pág. 28.



tiempo hacía caer la justicia de la pena y su adecuación a sentido”⁴⁷⁷

La verdad es que tanto la extinción de la necesidad de pena como la desaparición de la prueba conducen conjuntamente a la conclusión de que en los casos de prescripción el castigo estaría contraindicado a efectos preventivos, porque un proceso que se llevara a cabo con medios probatorios inidóneos sólo provocaría nueva intranquilidad social y no contribuiría en nada a la estabilización de la paz jurídica.

Cabe replicar que el mero transcurso del tiempo no puede justificar la prescripción. Esta sólo puede verse a través de conceptos que son tomados del derecho penal, como son la pérdida de necesidad de la pena o la imposibilidad de cumplimentar su objetivo. Dicho más claramente: pretender explicar la prescripción como algo que se funda sin más en el puro transcurso del tiempo implica no explicar nada.

Siendo obvio el fracaso de esta explicación, se apeló a la *teoría de la prueba*, que sostiene que es imposible reunir las pruebas para un proceso penal después que haya transcurrido un tiempo tan largo⁴⁷⁸. Tiene el inconveniente de que es insuficiente para explicar el fundamento de toda la prescripción penal, pues a lo sumo puede pretender explicar la prescripción de la acción. Aún así, tampoco es satisfactoria, puesto que no explica porque los plazos son

distintos, según sea la gravedad del delito. En general, se trata de una teoría que no tiene defensores y que sólo suele usarse como complemento de otras.

Para todos los autores que buscan un fundamento para la prescripción dentro del mismo *derecho penal*, no puede menos que ser distinta la explicación, según sea la teoría de la pena de que partan. Las teorías absolutas de la pena no han podido desarrollar explicaciones coherentes de la prescripción penal puesto que se hallan en contradicción *con* ella. Uno de los argumentos de estas tesis, bastante ingenuo, por cierto, es el de la teoría de la expiación, que pretende que el sujeto ya habrá expiado su culpa con el permanente temor a la pena en que habrá vivido.

Para Mittermaier⁴⁷⁹ el poder del tiempo borra el recuerdo del delito de la *conciencia* del pueblo y cambia la misma personalidad del autor, de modo que la pena no ejercería *coacción* psicológica alguna. Es la llamada “teoría del recuerdo borrado del hecho”, que prevalece entre los partidarios de conceptos retributivos y preventivo-generales de la pena.

Para los partidarios de la prevención especial, particularmente para los correccionalistas, se entendía que la prescripción halla su fundamento en la falta de objeto, aunque algunos extraían como consecuencia la necesidad de que el

⁴⁷⁷ *Ibidem*

⁴⁷⁸ Su principal defensor fue Binding *en* 1888 (N. de A.).

⁴⁷⁹ Citado por MENDOZA TROCONIS, Algunas cuestiones referentes a la prescripción penal, Editorial El Búho, Caracas 1981, Pág. 36.



mejoramiento alcanzado por el sujeto haya sido efectivo.

En general prevalecen teorías que combinan distintos fundamentos para la prescripción, es decir, fundamentos que apelan a la prevención general y especial y que se complementan con argumentos procesales. Larenz divide estas teorías según que primen en ellas el elemento jurídico-material o el procesal.

Contra la tesis procesalista habla la circunstancia de que ésta sea insuficiente para explicar por qué los plazos de prescripción son distintos, como también que no alcanza a la prescripción de la pena y que tampoco satisface en cuanto a la razón que determina el especial efecto de comisión de otro delito por parte del autor. Ello hizo que muchos autores pensasen en asignar a la prescripción una naturaleza y explicación mixta o compleja.

Creo firmemente que hay una diferencia entre la prescripción penal referida a la pena y la que se refiere a la acción, no sólo en cuanto a su fundamento, sino también en cuanto a su naturaleza, sobre la cual el mismo tiene efecto directo. Hay un núcleo fundamentador común, que no puede negarse, pero que tampoco puede exagerarse hasta el extremo de asignarle a ambos un fundamento único. Básicamente, *el fundamento* común a toda la prescripción es la inutilidad de la pena, sea la impuesta (prescripción de la pena) o la conminada (prescripción de la acción).

Si se reconoce que la falta de necesidad de pena o la prioridad de determinadas finalidades extrapenales pueden plasmarse no sólo en el Derecho material, sino también en el Derecho procesal, de ahí se deriva que es incorrecta la teoría de la "doble naturaleza", según la cual determinadas instituciones jurídicas pertenecen tanto al Derecho material como al Derecho procesal.

Por otra parte, la tesis "procesal", en base al principio de "irretroactividad" de la ley penal está vinculada al Derecho penal material y si la prescripción no forma parte del injusto penal, no tiene por qué ser de aplicación para ella tal principio⁴⁸⁰. Todas las circunstancias (prescripción, normas procesales, etc.) que no formen parte del Derecho penal material no pueden estar vinculadas al principio de "irretroactividad de la ley penal". ROXIN afirma enfáticamente por ello: "Pero nadie puede confiar en no ser penado por el hecho de que se ha producido una prescripción, no se ha presentado una denuncia privada o se va a dar una amnistía. Pues éstas son circunstancias sobre las que no se puede decir nada en el momento del hecho y en las que nadie puede confiar"⁴⁸¹.

1.3. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991

⁴⁸⁰ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, La Naturaleza de la Prescripción, Revista Jurídica Magistri et Doctores, Año 200 Año VII, Nº 03 *Unidad de Post Grado de Derecho UNMSM*, Lima, Diciembre del 2006

⁴⁸¹ ROXIN, CLAUS, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Editorial Bosch, Barcelona 2000, Pág. 347.



En el Código Penal de 1991 se adoptó un régimen legal diferente al establecido en su predecesor de 1924, inspirado principalmente en el derecho penal colombiano y alemán. Según él, la regla general dispone que para la determinación del plazo de prescripción de la acción penal o de la ejecución de la pena, debe atenderse al límite máximo de la pena privativa de libertad conminada en la ley para el delito cometido. Esto es, dicho límite máximo de pena legal identifica al término; del plazo de la prescripción ordinaria. Sin embargo, se ha establecido que, en ningún caso, dicho plazo será superior a veinte años. Ahora bien, tratándose de penas conminadas no privativas de libertad (multas, limitativas de derechos, restrictivas de la libertad), conjuntas o alternativas, el plazo ordinario de prescripción será de dos años. En el caso de penas de duración indeterminada como la cadena perpetua, la ley establece un plazo legal de prescripción ordinaria de treinta años.

Los artículos 80° y 86° del Código Penal tratan de los plazos de prescripción que hemos mencionado.⁴⁸²

En lo referente a la prescripción extraordinaria, consecuencia de la concurrencia de causales de interrupción que se definen en los artículos 83° y 87°, se ha ratificado el mismo criterio que se aplicó durante la vigencia del Código Penal derogado. Esto es, la ley vigente precisa de

⁴⁸² Cabe anotar que dichas disposiciones asumen criterios similares a los acordados durante el proceso e elaboración del denominado Código Penal Tipo para Latinoamérica (Cfr Art. 102°, Incs. 2 y 3).

esta forma de prescripción operará al cumplirse el plazo de prescripción ordinario más la adición de la mitad de dicho plazo. Por ejemplo, si el máximo la pena conminada para el delito de estafa es de 6 años (Art. 196c a que sería el límite del plazo de prescripción ordinaria para dicho delito a prescripción extraordinaria se cumpliría al transcurrir un total de 9 años. En el caso de delitos cuyas penas conminadas sean multa, inhabilitación, prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, expatriación o expulsión de extranjeros, la prescripción extraordinaria operaría transcurridos 3 años. Esto último en atención a que, como se mencionó, el plazo de prescripción ordinario en tales casos es de 2 años

La suspensión de la prescripción está regulada en artículo 84

Es de señalar que dicha norma sólo afecta a los plazos de prescripción de la acción penal. Al respecto se precisa que la prescripción de la acción penal se suspende cuando el inicio o la continuación de un proceso penal, quedan supeditados a lo que se resuelva en una vía extrapenal.

Es el caso, por ejemplo, de la presencia de **cuestiones prejudiciales**⁴⁸³

Cabe anotar que la jurisprudencia nacional, a raíz de los procesos seguidos por delitos de corrupción cometidos por la red Montesinos, considero también como

⁴⁸³ FLORENCIO MIXÁN MASS. Cuestión Previa, Cuestión Prejudicial, Excepciones en el Procedimiento Penal. Ediciones BLG. Trujillo, 1999. p. 122 y ss



causal de suspensión de la prescripción de la acción penal la tramitación de un procedimiento extradicional o la condición procesal de contumacia. Ahora bien, al declararse la suspensión **los plazos, ordinario o extraordinario, dejan de correr mientras subsista la causal que determinó dicho efecto.**

El Código vigente estipula también, en su artículo 88°, que ante la pluralidad de agentes, los plazos de prescripción deberán ser apreciados y contabilizados de modo individual. Por su parte el artículo 91° declara expresamente que el imputado tiene el **derecho de renunciar** a la prescripción de la acción penal. Esta disposición que implica un reconocimiento de la primacía constitucional de la presunción de inocencia, modificó radicalmente la posición que asumió sobre el particular el Código de 1924 en su artículo A 129° que reconocía que la prescripción era irrenunciable.

El Código Penal de 1991 contiene también **normas especiales** para los plazos de prescripción de la acción penal. Ello ocurre en los supuestos siguientes:

- Cuando existe un concurso de delitos.
- Cuando el autor o partícipe del hecho punible, al momento de comisión del delito, tenía más de 18 años y menos de 21 años de edad o más de 65 años de edad.
- Cuando se sanciona el delito con penas conminadas alternativas o conjuntas.
- Cuando el autor de un delito contra el patrimonio del Estado tiene la condición de funcionario público.
- Cuando la infracción penal cometida es una falta.

Con relación al primero de los supuestos mencionados, esto es, cuando media un concurso de delitos, el legislador ha diferenciado en el artículo 80° los plazos de prescripción aplicables en un concurso ideal de delitos (Art. 48°), y en un concurso real de delitos (Art. 50°). En el caso de un **concurso ideal**, el plazo de prescripción se contabiliza en función de las penas conminadas para el delito más grave. Se aplica, pues, un criterio similar al de absorción, que rige para la definición y determinación de la pena en este tipo de concursos. Tratándose de un **concurso real**, la regla es que el plazo de prescripción debe apreciarse de modo independiente para cada uno de los delitos en concurso. Esto es, evaluando, por separado, los términos que corresponden a las penas conminadas para cada delito integrante del concurso. Claro está que esta disposición no tiene efectos prácticos ante un concurso real homogéneo, por tratarse del mismo tipo de delito y por ende del mismo tipo de pena.

En lo concerniente a **la edad del agente**, los niveles etéreos considerados en el artículo 81° determinan que los **plazos de prescripción ordinario y extraordinario**



aplicables al delito cometido se reduzcan a la mitad. Para lo cual, claro está, la edad del agente deberá acreditarse con los documentos pertinentes (Partida de Nacimiento, Libreta Militar o Documento Nacional de Identidad.). Es de anotar que el artículo 81° alude de modo genérico al plazo de prescripción, sin diferenciar entre prescripción de la acción penal y prescripción de la pena. En consecuencia, estimamos que la reducción prevista es también aplicable para efectos de la prescripción de la pena. Lo cual, por lo demás, resulta coherente con lo estipulado en el artículo 86° que reconoce que: ***“El plazo de prescripción de la pena es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal”.***

Merece especial atención el caso en el cual la ley penal fija para un delito penas conminadas alternativas o conjuntas. Por ejemplo, pena privativa de libertad o prestación de servicios a la comunidad, tal como ocurre en el delito de autoaborto que se tipifica y sanciona en el artículo 114° del Código Penal. O cuando se trata de pena privativa de libertad y multa como se observa en el artículo 194° que se refiere a la receptación patrimonial. En estos casos, ante la ausencia de norma expresa que dé pautas al respecto, somos de opinión que la prescripción de la acción penal deberá contabilizarse en función de las dos o más penas alternativas o conjuntas que el legislador fija para la sanción de un mismo delito.

En consecuencia, pues, la extinción de la acción penal por prescripción ordinaria o

extraordinaria, sólo será posible cuando se hayan vencido, paralela o secuencialmente, los diferentes plazos de prescripción que correspondan a todas las penas alternativas o conjuntas fijadas para el delito cometido. Por tanto, estimamos incorrecto considerar la prescripción solamente en atención a los plazos de las penas privativas de libertad. Tampoco consideramos legal entender que frente al caso de sanciones paralelas, la exclusión de una o más de tales penas se resuelva a través de la acusación fiscal. Sobre esto último, cabe recordar que la pena que el Fiscal solicita en su acusación escrita u oral, es solamente una pretensión punitiva y no un acto de determinación de la pena, tarea que, como bien lo expresa el artículo 46° del Código Penal, es de absoluta competencia del órgano jurisdiccional, el cual la ejerce exclusivamente en el momento de la sentencia. Sólo en ese instante se decide cuál de las penas alternativas se aplicará al condenado y en función a ello se podrá evaluar la operatividad de la prescripción en el caso *subjudice*. Ahora bien, el hecho que el tiempo transcurrido desde la comisión del delito alcance el plazo de prescripción de la pena privativa de libertad que concurre como sanción alternativa con una pena no privativa de libertad, cuyo plazo de prescripción no ha vencido, no inhabilita al Juzgador a decidir en la sentencia la imposición de una pena privativa de libertad. Esta interpretación es compatible con la función de la prescripción de la acción penal, cual es extinguir el derecho de persecución penal del Estado ante el delito cometido, y no la extinción de la pena que,



como ya se ha mencionado, sólo se produce en función de los plazos a que alude el artículo 86°. Plazos que, por lo demás, recién se contabilizan con posterioridad a la emisión de la sentencia condenatoria correspondiente.

Cuando el autor del delito es **funcionario o servidor público**, según las categorías señaladas en el artículo 425° del Código Penal, y se trata de un delito contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, los plazos de prescripción ordinaria o extraordinaria **se duplican**. Según la doctrina y la jurisprudencia nacionales son delitos contra el patrimonio del Estado, entre otros, la colusión (Arts. 384°) y el peculado (Arts. 387°).

Finalmente, si la infracción penal cometida es una **falta** la acción penal y la pena prescriben al año, pero en caso de reincidencia a los dos años (Art. 440°, Inc. 5).

Los artículos 82° y 86°, párrafo segundo, señalan el **inicio de la prescripción de la acción penal y de la pena, respectivamente**.

1.4. EL INICIO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

En el **inicio de la prescripción de la acción penal**, la ley toma en cuenta el modo de ejecución y el momento consumativo del delito. La regla general dispone que el plazo de prescripción deba comenzar a contarse desde el momento en que el agente

concluyó su actividad ejecutiva del delito. Ahora bien, el legislador ha contemplado las siguientes normas específicas para casos de tentativa, delito continuado y delito permanente:

Con relación a la **tentativa** (Art. 16°), acabada o inacabada, el plazo de prescripción corre desde que cesa la ejecución imperfecta del hecho punible.

Para el caso del **delito continuado** (Art. 49°) la prescripción comienza a computarse desde que el agente terminó la actividad delictuosa que materializaba su única resolución criminal. Y en el **delito permanente**, la cuenta de la prescripción se inicia desde que concluye la situación antijurídica creada y mantenida por el agente.

Un viejo problema jurisprudencial y doctrinario, vinculado al inicio de la prescripción, es el que corresponde al cómputo para el **delito de** usurpación en la modalidad de despojo (Art. 202, Inc. 2). Al respecto la discusión siempre ha girado en torno a determinar si dicha infracción penal es un delito instantáneo o permanente; o si se trata de un **delito instantáneo pero de efectos permanentes**.

Sobre el particular, debemos mencionar que el verbo típico que gobierna la hipótesis del artículo 202° inciso 2 es **despojar**. Esto es, desposeer mediante violencia, amenaza o abuso de confianza al sujeto pasivo de la conducción de un inmueble. Es decir, la acción acontece de modo inmediato y concluye excluyendo a la víctima de la



posesión del bien; esto último determina la consumación del delito y, por ende, el inicio de la prescripción. El que el inmueble se mantenga en poder del agente más o menos tiempo constituye un efecto posterior a la consumación, y que **no implica despojo. La usurpación, pues, en su forma de despojo es un delito instantáneo pero que puede tener efectos permanentes.**

Por tanto, consideramos no adecuadas a nuestra legislación U propuesta de interpretación que formulaba PEÑA CABRERA⁴⁸⁴. El desaparecido penalista nacional, influenciado por la doctrina española, equiparaba la acción del despojo de carácter instantáneo con la de “ocupar”, de claro sentido permanente y que es la que comanda la conducta típica prevista en el artículo 245° del

*Código Penal español (“al que con violencia o intimidación en las personas **ocupare** una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliaria de ajena pertenencia...”).*

Según lo dispone el artículo 86° del Código Penal, **el conteo del plazo de la prescripción de la ejecución de la pena se inicia en función** al hecho procesal de la sentencia firme. Esto es, aquél corre sólo desde que se configura la cosa juzgada. El artículo 87° señala las causales de interrupción en la prescripción de la pena. En primer lugar, está el hecho del comienzo del cumplimiento de la pena impuesta; y, en

segundo lugar, que se detenga al condenado por la comisión de un nuevo delito doloso. Todo parece indicar, en este último supuesto, que es suficiente que la imputación del nuevo delito se encuentre en trámite procesal de investigación o juzgamiento. No es, pues, necesario una nueva condena. Se trata, entonces, de una detención preventiva y no del cumplimiento de una nueva pena privativa de libertad. ROY FREYRE asume que esta causal sólo podría operar en caso de un delito cometido en el extranjero y en la medida en que exista ya una sentencia condenatoria y una pena impuesta⁴⁸⁵. Ahora bien, en torno a la prescripción de la acción penal, el conflicto jurisprudencial detectado partía de la actitud de un sector de la judicatura de conceder eficacia sobre los plazos extraordinarios de prescripción de la acción penal, en delitos sancionados con penas privativas de libertad temporales o de cadena perpetua, al límite de 20 y 30 años que establecía el artículo 80° del Código Penal. Para tratar esta temática se recurrió a la modalidad del Acuerdo Plenario N° 9 - 2007/CJ - 116, del 16 de noviembre de 2007.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ ROY FREYRE. Luis E. Causas de Extinción de la Acción Penal y de la Pena. Grijley. Lima. 1997, p.129

⁴⁸⁶ Efectivamente, el Acuerdo Plenario N° 9 - 2007/CJ - 116, del 16 de noviembre de 2007, contiene los lineamientos establecidos al respecto.

En tal sentido, los Magistrados de las Salas Penales de la Corte Suprema reconocieron el rol diferenciado que tienen los plazos ordinarios y extraordinarios de prescripción de la acción penal. Por consiguiente, **se declaró que los límites considerados en el artículo 80°, que trata de los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal, no anulan ni alteran los plazos extraordinarios que regula el párrafo *in fine* del artículo 83°.** En consecuencia, si bien en delitos

⁴⁸⁴ PEÑA CABRERA. RAÚL Tratado de Derecho Penal. Parte Especial I I-A. Ediciones Jurídicas. Lima, 1995, p. 512 y ss.).



II. LA PRESCRIPCIÓN PENAL EN LA ETAPA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DEL N.C.P.P.

2.1. LA PRERROGATIVAS DE LA ACCIÓN PENAL POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

El Art. 159, inc. 5 de la Constitución precisa: Atribuciones del Ministerio Público: Corresponde al Ministerio Público: (...)

5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

La cuestión de fondo está en el hecho de asignarle al Ministerio Público la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. El propio profesor Diez Picazo⁴⁸⁷ nos aproxima a la función acusatoria del Ministerio Público en las democracias de Occidente de las que proviene el modelo peruano⁴⁸⁸. En los Estados Unidos se considera a la actividad acusatoria como parte integrante y fundamental de la acción ejecutiva. Es una decisión política la que determina el ejercicio de la acción penal.

sancionados con penas privativas de libertad temporales conminadas mayores de 20 años o de cadena perpetua el plazo de prescripción ordinario no excederá de 20 y 30 años, respectivamente. En esos mismos casos la prescripción extraordinaria operará agregando la mitad del plazo ordinario. **Esto es, cuando transcurran 30 años en delitos reprimidos con pena privativa de libertad temporal; y a los 45 años cuando la pena conminada sea cadena perpetua.**

⁴⁸⁷ DIEZ PICAZO, Luis María: El Poder Judicial. Independencia del Ministerio Fiscal. En Boletín de la Comisión Andina de Juristas. Lima, marzo de 1995, pp. 9-23.

⁴⁸⁸ *Ibidem*

Ello se debe, en parte, a que los fiscales, a nivel local, son representantes elegidos por votación directa. En Inglaterra no existe deber jurídico alguno de ejercer la acción penal. Esta es normalmente ejercida por el policía, controlado todo ello por miembros especialmente designados por el gobierno. En Alemania el Ministerio Público puede ejercitar la acción penal siempre que esté frente a una *notitia criminis* verosímil. Además, este organismo depende del Poder Ejecutivo. En España la configuración del ejercicio de la acción penal es muy parecida al modelo peruano. Se apela a tal función en base al principio de legalidad que, por imperativo constitucional, debe presidir la actuación del Ministerio Fiscal. En Francia - modelo primigenio tomado por las otras naciones- la regla general consiste en que el ejercicio de la acción penal es obligatorio; pero en virtud del principio de la *opportunité de poursuites*, el Ministerio de Justicia goza de discrecionalidad para ordenar al Ministerio Fiscal que abandone o, en su caso, que inicie una acusación.

La investigación preparatoria -esto es el conjunto de actividades de adquisición probatoria necesarias para sostener válida y razonablemente una pretensión punitiva mediante la demanda de justicia ante el tribunal de juicio- está a cargo del Ministerio Público que como órgano de la acción penal pública en representación de la comunidad, ejerce el papel de parte actora en la relación jurídica procesal. Este carácter y papel del Ministerio Fiscal se encuentra previsto y en funcionamiento en legislaciones tan diversas como la de los



Estados Unidos de América, Alemania, Italia, Portugal, Brasil, Ecuador, Chile, Guatemala y en Argentina. En todas estas legislaciones, al igual que la nuestra, se ha optado por apartarse del funcionamiento tradicional, de plena *progenie* inquisitiva, de la instrucción formal, donde el fiscal es una mera presencia poco menos que retórica, limitada a ser notificada y, en cambio, se le ha dado el necesario papel protagónico, la capacidad activa en orden a la tarea de reunir elementos que sirvan a delimitar la hipótesis delictiva sobre cuya base se efectuará la demanda de justicia en que se pida la decisión conclusiva, a través del contradictorio del juicio oral, actuado y público, que defina el caso.

2.2. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Es preciso señalar que *“realizado un hecho punible, la acción penal es la que pone en funcionamiento el órgano jurisdiccional del estado para la persecución del delito e imposición de la pena. Sin embargo, la acción penal y la misma ejecución de la pena, no son de duración indefinida, así pues, son susceptibles de extinguirse según las causas previstas por la legislación penal”*,⁴⁸⁹ en este orden de ideas *“La doctrina y la legislación comparada denominan y tratan a la extinción de la acción penal y de la pena como causales de extinción de la responsabilidad penal”*⁴⁹⁰,

Nuestro Código Penal en el título V: Extinción de la acción penal y de la pena, regula los supuestos de extinción de la acción penal entre ellos a la institución de la prescripción⁴⁹¹, y ello porque el estado no puede continuar ejerciendo el *ius puniendi* eternamente, por ello después de cierto tiempo que lo fija la propia ley se extingue la posibilidad de imponer sanción penal, *“si el estado no persiguió oportunamente a los que delinquieran no sería justo que después de mucho tiempo se pretenda hacerles sufrir una expiación que ya pasó al olvido”*⁴⁹². En la actualidad la doctrina mayoritariamente defiende la vigencia de la prescripción, sí se discute si su naturaleza es penal o procesal, quienes afirman que es penal precisan que la prescripción se desarrolla sobre la finalidad de la pena, los que señalan que es procesal señalan que la prescripción va dirigida a suspender o impedir el proceso judicial por el transcurso del tiempo; sobre estas posiciones surge la mixta que concluye que la prescripción es en esencia sustantiva y procesal y es la que acoge nuestra legislación; por tanto la prescripción tiene naturaleza procesal y sustantiva. En el presente caso estamos ante un supuesto de prescripción de la acción penal, esto es que por el transcurso del tiempo se pone término a la facultad de sancionar del Estado y antes que medie sentencia, a diferencia de la prescripción de la pena, supuesto del cual no trataremos por no ser el caso.

⁴⁸⁹ PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de derecho penal, editorial Grijley 1997 Pág. 665

⁴⁹⁰ Obra citada pág. 665.

⁴⁹¹ Prescripción.- En derecho penal consiste en la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo. O citada pág. 668.

⁴⁹² Ob. Citada .Pág. 669.



Dentro de la institución de la prescripción se tiene: La interrupción⁴⁹³ y la suspensión⁴⁹⁴ de la prescripción; la diferencia entre ambas estriba en que la suspensión no hace perder en caso alguno su eficacia al tiempo transcurrido con anterioridad al inicio de la suspensión, sino que se suma al que continua después de haberse disipado el obstáculo. Ahora bien la interrupción de la acción penal opera por: actuaciones del Ministerio Público, del Poder Judicial y la comisión de un nuevo delito doloso que puede darse antes de iniciada la acción penal como después de ser promovida. Las causales de suspensión lo precisa la propia norma penal y según la doctrina son: la cuestión previa, la cuestión prejudicial, el antejuicio constitucional, el desafuero; el derecho que tiene el imputado a defenderse o la demora en resolver ese asunto extrapenal no tiene por qué suspender los plazos de prescripción en

perjuicio del imputado, por lo que tanto en la interrupción como en la suspensión ha debido establecerse un límite⁴⁹⁵.

2.3. LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL NCPP

Ahora bien, de acuerdo al inc. 1 del Art. 339 del NCPP se regula expresamente la suspensión de la prescripción de la acción penal fundado en el hecho de que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal suspende el curso de la prescripción de la acción penal. De acuerdo

⁴⁹³ Interrupción de la prescripción: consiste en el fraccionamiento que sufre el plazo de prescripción de la acción penal teniendo como consecuencia principal la de prolongarse en el tiempo para la producción de su efecto extintivo al disponer la ley que comenzará a correr un nuevo plazo (quedando sin efecto el tiempo transcurrido), siendo su consecuencia colateral la cancelación o caducidad del tiempo que ya hubiese discurrido hasta el momento de iniciarse la interrupción, salvo cuando ese lapso sea referido para hacer el cómputo de la prescripción ordinaria. Roy, Freyre Luis, Causas de extinción de la acción penal y pena, editorial Grijley. 1997. Pág.73.

⁴⁹⁴ Suspensión de la prescripción: En la doctrina se entiende por “suspensión de la acción penal” aquel detenimiento que experimenta la iniciación y continuación del plazo legal para perseguir el delito, sin que el tiempo transcurrido con anterioridad a la presentación del impedimento pierda su eficacia cancelatoria parcial, ya que solamente queda en reserva para sumarse al tiempo prescriptivo que transcurra luego de la desaparición del obstáculo puesto por la misma ley a la pesquisa penal. Roy, Freyre, Luis obra citada, Pág.83.

⁴⁹⁵ En el Código Procesal Penal vigente en este Distrito Judicial el artículo 339°.1 precisa: “La Formalización de la Investigación Preparatoria suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal”, del texto expreso de la norma pareciera que se estaría refiriendo a la interrupción y no en esencia a la suspensión; la Corte Suprema en el acuerdo plenario N° 1-2010/CJ-116 ha precisado en el considerando 26 “ sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión “ sui generis”... ”, en ese orden en el considerando 27 indica: “La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la “suspensión “con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamenta un supuesto de “interrupción “de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho, y en ese sentido, cuando exista actividad procesal del fiscal-formalizando la investigación-el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara”, se indica en los fundamentos del aludido acuerdo plenario que “el fundamento de la posibilidad de suspender el plazo de prescripción dirigiendo el procedimiento contra el presunto culpable constituye el instrumento que tiene el Estado y ejecuta el órgano judicial para poner de manifiesto posibilidades de éxito de la investigación y que la infracción pueda ser castigada, para evitar la sensación de impunidad en la sociedad como marco de la política criminal del Estado



al fundamento 27 del Plenario 1-2010, con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Inversión Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, quedaría sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal. Textualmente señala:

“27° La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la “suspensión” con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de “interrupción” de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal – formalizando la investigación – el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara”.

Al respecto, el eminente procesalista Alberto Binder ha señalado que *“Ningún acto de procedimiento puede configurar una superación del término del plazo establecido como límite al poder penal o del Estado, porque es obvio que ningún acto del limitado (el estado) puede ampliar el límite que se le ha impuesto, ya que ello iría en*

*contra de la misma ideas de límite y mucho más aún, de su fundamento político. Una garantía prevista para proteger a las personas no puede ser dejada de lado por la morosidad judicial que, independientemente del órgano que la realice, es actividad estatal, y en esos casos, además, actividad estatal deficiente”*⁴⁹⁶. Por esta razón el legislador penal estableció que:

“La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido. Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia (...) Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción”.

En consecuencia, concluir que para evitar la impresión de impunidad como política criminal debe entenderse que el artículo 339°.1 del NCPP constituye una “suspensión sui generis” de la prescripción se contrapone a lo que en doctrina se entiende por suspensión e interrupción. Es más, el Acuerdo Plenario 1-2010 agrega que *“no puede concebirse que los imputados tengan derecho a la resolución del proceso en un plazo razonable en los que el retraso pueda ser provocado por su propia actitud procesal para evitar el avance del procedimiento y prescribir el delito, lo que debe evitarse”*, no

⁴⁹⁶ BINDER, Alberto “Prescripción de la acción penal. Buenos Aires 1993. Pág. 133. tomado del libro de Peña Cabrera ya citado Pág. 677.



obstante ello no es una regla que deba inferirse en todos los casos, pues el imputado tiene pleno derecho a que su proceso sea resuelto en un plazo razonable cuando ha concurrido a todos los actos procesales.

Asimismo, el punto 31 del acuerdo plenario analizado, establece que la reforma del sistema procesal implica cambios radicales y que el artículo 334°.2⁴⁹⁷ regula la situación en la cual los plazos de la investigación preliminar y preparatoria exceda su duración pudiendo el imputado solicitar control de plazo, no obstante, no en todos los casos las dilaciones se producen en la etapa de la investigación sino en la etapa intermedia y aún en el propio juicio oral⁴⁹⁸. En ese sentido, sí el legislador ha asumido la postura mixta que la prescripción es sustantiva y procesal, se debe a que el artículo 83°⁴⁹⁹ parte *in fine* del Código Penal,

señala que “en todo caso”, si transcurrido el plazo ordinario no se dicta la resolución respectiva debe operar la prescripción extraordinaria, ello porque precisamente la potestad de sancionar no debe ni puede ser eterno.

Se evidencia de lo descrito que nos encontramos con normas contradictorias respecto a la interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal, contradicción que el Acuerdo Plenario 01-2010 no resuelve sino por el contrario profundiza, ante lo cual, los magistrados, amparados en el artículo 139°.11 de la Constitución Política y el artículo VII.4 del Título preliminar del Código Procesal Penal así como por lo estipulado por el artículo 16 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que garantiza la independencia de los magistrados en su actuación jurisdiccional y el artículo 22° de la mencionada norma que faculta al Juez por excepción a apartarse de un criterio vinculante jurisprudencial, deciden apartarse de lo establecido en el acuerdo plenario señalado.

2.4. SITUACIÓN ACTUAL EN EL DERECHO PENAL PERUANO Y

⁴⁹⁷ 2. El plazo de las Diligencias Preliminares, conforme al artículo 3, es de veinte días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. Quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al Fiscal le dé término y dicte la Disposición que corresponda. Si el Fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este último podrá acudir al Juez de la Investigación Preparatoria en el plazo de cinco días instando su pronunciamiento. El Juez resolverá previa audiencia, con la participación del Fiscal y del solicitante.

⁴⁹⁸ En el texto del acuerdo plenario analizado, se indica incluso que “con la previsión de la ley fijando pautas de duración de los procesos no debería existir menoscabo a un juicio justo en un tiempo razonable y donde el derecho de la sociedad a defenderse del delito se armoniza con el del imputado, de modo que no se sacrifica a ninguno de ellos a favor de otro” (Fundamento 31).

⁴⁹⁹ Artículo 83 Código Penal.- Interrupción de la prescripción de la acción penal

La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido.

Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.

Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso.

Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.



POSIBILIDADES DE LA PRESCRIPCIÓN

Desde el año 2005 se ha presentado una fuerte discusión doctrinaria en el Perú sobre la "aplicación temporal" de leyes penitenciarias. Esto afecta también a la comprensión de la naturaleza de la prescripción, pues el punto central es el mismo: ¿rige también el principio de "prohibición de retroactividad" y la "retroactividad benigna" en el caso de normas procesales y penitenciarias?

Recordemos que el principio de la irretroactividad de la ley penal aparece consignado constitucionalmente en el artículo 103 y legislativamente en el artículo 6 CP. Conforme a este principio, en el Perú, en materia penal (delitos y contravenciones, penas y medidas de seguridad, Derecho Penal complementario y, por extensión, también el Derecho Administrativo sancionador o punitivo), "la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible" (*tempus regit actum*), puesto que en ese momento debió obrar la intimidación disuasoria sobre la voluntad⁵⁰⁰. En esta misma línea, ROXIN señala que, de no respetarse este principio, se puede caer en la tentación por parte del

⁵⁰⁰ Es interesante como referencia la Ejecutoria Suprema 02/09/02. Sala Penal Permanente. Exp. 3136-2001. Huancavelica. Centro de Investigaciones del Poder Judicial). "Que, conforme a lo preceptuado por el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 6 del Código Penal, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales, se aplicará lo más favorable al reo, por lo que en el caso submateria de autos debe tenerse en cuenta el artículo 171 del Código Penal vigente por ser el más favorable, a efectos de prescripción de la acción.

legislador de introducir o agravar a posteriori las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, como el comentado en el párrafo anterior, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. El hecho de impedir que se produzcan leyes ad hoc, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de derecho.⁵⁰¹

Como antecedente de esta problemática, tenemos la sentencia de la Corte Suprema de 06 de enero de 2004 (caso "Mantilla"), la cual, aplicando la "ley más favorable al reo" en el campo del Derecho penitenciario, no aplicó la nueva Ley 27770 (publicada el 28-06-2002), que incrementaba, para una serie de delitos contra la administración pública, el tiempo de cumplimiento de condena (las tres cuartas partes) para acogerse al "beneficio penitenciario" de semilibertad, y, aplicó más bien, el régimen general de "beneficios penitenciarios", más favorable a los condenados (cumplimiento de solo un tercio de la condena) dispuesto en el artículo 46 del Código de Ejecución Penal. Con esto la Corte Suprema se aparta de la línea seguida por el Tribunal Constitucional, que ha venido negando la aplicabilidad del

⁵⁰¹ ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de la 2ª edición alemana por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remasal. Civitas. Madrid, 1997. Pág.161; en el mismo sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Comares. 2da edición. Granada, 2002. Pág. 147.



principio de "prohibición de retroactividad" a normas procesales y penitenciarias.

También es interesante la sentencia del Tribunal Constitucional del 30 de enero del 2004 (STC 1593-2003- HC/TC) a la que antecedieron otras sentencias con similar contenido (STC 1300-2002 HC/TC; STC 2196-2002-HC/TC, STC 2928-2002 AATC). Esta sentencia, básicamente, tenía que decidir qué ley de beneficios penitenciarios era aplicable: de una ley reciente (D. Leg. 927) que preveía la posibilidad de otorgar beneficios penitenciarios a los condenados por terrorismo tras haber cumplido las tres cuartas partes de la pena impuesta; la ley 25475, vigente en el momento de la condena del recurrente, que excluía por completo los beneficios penitenciarios a favor de condenados por terrorismo; o el Código de ejecución penal que permite la aplicación de "beneficios penitenciarios" con los requisitos generales (cumplimiento de un tercio de la condena). El Tribunal Constitucional, basándose en parte en doctrina alemana, consideró que las leyes que regulan "beneficios penitenciarios" se rigen por los mismos principios que las "leyes procesales" y en tal medida están sujetos al "principio de eficacia inmediata de las leyes".

Asunto similar ha generado la reciente resolución del Tribunal Constitucional relacionado a los crímenes del penal del Frontón en 1986 y en donde se abstuvo de emitir sentencia al respecto por considerar que los delitos referidos habían prescrito, dejando a la Corte Suprema la resolución del tema lo que desato de inmediato una

gran controversia, pues se considera que la resolución del Tribunal Constitucional era la expresión de una manifiesta presión política del actual gobierno, debido a que el propio Presidente de la República, Dr. Alan García Pérez, es el más directo implicado en el caso.

Hay que agregar a todo esto, que en los delitos permanentes -a diferencia de los criterios que rigen para computar la prescripción de la acción penal,⁵⁰² no se debe tomar en cuenta el momento en que cesó la permanencia, sino, ante todo, el momento en que se realizó la acción creadora del estado antijurídico constitutivo de delito⁵⁰³, cuya renovación en el tiempo hace que el tiempo de comisión se extienda linealmente hasta la terminación del hecho⁵⁰⁴. Tal renovación constante de la situación de permanencia origina que, por ejemplo, en caso entrara en vigor una ley penal que tipificara un nuevo delito permanente tras la iniciación de la permanencia (durante el estado de permanencia de una conducta), el momento de comisión del delito sería el de la entrada en vigor de la ley, resultando

⁵⁰² La prescripción de la acción penal se rige por reglas distintas; en los delitos de resultado, toma en cuenta el momento de la consumación, a menos que se trate de delitos de resultado permanente (inciso 4 del artículo 82 CP: a partir del día que cesó la permanencia) o de estado.

⁵⁰³ BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal". Akal. 4ª edición. Madrid, 1997. Pág. 122.

⁵⁰⁴ JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993. Pág. 124.



punible únicamente la parte de la permanencia posterior a ella⁵⁰⁵.

CONCLUSIONES

Para finalizar este ensayo, debo colegir que el sistema peruano regulador de la prescripción no se adecúa a nuestra realidad. De lege lata es muy benigno y deja la puerta abierta a la impunidad, y aquí –por razones de principio- tiene que regir el “principio de legalidad”, en su acepción de

⁵⁰⁵ Los delitos permanentes tienen una problemática específica en cuanto a la ley penal aplicable. Si, por ejemplo, una ley penal era la vigente cuando se inició la conducta ilícita (v.gr. cuando se aprehendió a la víctima en el secuestro) y una nueva entra en vigor antes de que acabe la permanencia (durante la situación antijurídica, v.gr. durante el cautiverio de la víctima), se puede buscar la respuesta entre varias opciones. Por un lado, se puede aplicar la ley penal vigente al comienzo de la conducta ilícita, comprendiendo los actos realizados desde el comienzo de la acción hasta la entrada en vigencia de la nueva ley penal. Por otro, se puede aplicar la nueva ley penal que entró en vigencia durante la situación antijurídica de permanencia, comprendiendo los actos realizados desde ese momento. En cambio, parece erróneo sancionar la primera parte de la conducta con una ley y la segunda con otra. Por su parte, cabe la posibilidad de sancionar solo una de las partes del hecho ilícito (v.gr. solo los actos realizados durante la vigencia de una de las leyes), pues ambas partes de la conducta constituyen por sí mismas delitos completos. Así, podrían evaluarse las dos partes separadamente, sancionando la que está conminada con mayor pena según la ley vigente al momento de su realización, que subsumirá la gravedad de la parte más leve; o se podría sancionar la conducta globalmente considerada aplicando la ley más favorable a la persona. La solución de estos casos y otros similares [casos en que una ley penal entra en vigor después del inicio de la conducta ilícita [v.gr. después de haber aprehendido a la víctima en el secuestro, durante su cautiverio], pero antes de que acabe la permanencia (v.gr. antes de su liberación o rescate)] sin embargo, dependen de la interpretación y desarrollo del artículo 6 CP más que del artículo 9 CP. Sobre ello véase ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte General”. Tomo 1. Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conledo, y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997. Pág. 162.

“principio de determinación” y la ley tiene que ser interpretada y aplicada tal como está. Pero si a esto se agrega un entendimiento de la prescripción en el sentido de una supuesta naturaleza “material”, la impunidad llega a su grado máximo.

El legislador peruano consideró como gran novedad la posibilidad de que el procesado pueda renunciar a la “prescripción” (art. 91) y pedir que continúe el proceso hasta conseguir una sentencia absolutoria. Se buscaba que así el juez “recurra al fácil expediente de computar el transcurso del tiempo para resolver un caso en el que existan, a criterio del imputado, suficientes elementos de juicio para motivar una sentencia absolutoria”⁵⁰⁶. Pero esta inocente esperanza pasó por alto dos circunstancias muy comunes en la práctica: por un lado, que al procesado le podría convenir una solución rápida, por la vía de la prescripción, que continuar un proceso largo y penoso, por más que se vea que vaya a culminar en la absolución; y, por otro lado, que, ante plazos tan cortos de la prescripción, una deficiente regulación de la “suspensión” del plazo de prescripción y tanta sobrecarga procesal de los jueces, resulta casi comprensible que precisamente los jueces “recurran al fácil expediente” de la prescripción –permitida además por la ley- para deshacerse de procesos, pese a que las posibilidades de condena puedan ser elevadas.

⁵⁰⁶ Ver Exposición de Motivos del C. P. peruano de 1991, “Extinción de la Acción Penal y de la Pena”, segundo párrafo.



Las consecuencias para la práctica peruana de adoptar la tesis "procesal" o incluso la "mixta de consecuencias procesales" sería abrir la posibilidad de modificar, directa o indirectamente, los plazos de prescripción y hacer que estas modificaciones valgan retroactivamente afectando procesos penales en curso.

En el caso concreto de los delitos de corrupción y otros vinculados al régimen fujimorista (considerado corrupto), podría introducirse un plazo de "suspensión" de la prescripción durante todo o parte del período que duró tal régimen. Es más, la regulación peruana de la "suspensión" de la prescripción (art. 84)⁵⁰⁷ debería ser modificada por completo y prever muchos más supuestos que la mera existencia de procedimientos pendientes del cual dependan el procedimiento principal; p. ej. Debería permitirse la "suspensión" de la prescripción durante el tiempo en que: la víctima no tenía mayoría de edad en el caso de delitos de abuso sexual de menores, el autor era miembro del Parlamento o de un órgano legislativo, etc. Considero que esto es posible y necesario, pero la decisión al respecto está en manos del legislador. Mientras tanto, rigen los plazos de prescripción vigentes, así como las reglas para su cómputo; en mi opinión, extremadamente benignas y fomentadoras de la impunidad.

⁵⁰⁷ De conformidad con el Resolutivo 2 del Fallo del Expediente N° 0026-2006-PI-TC, publicado el 18 marzo 2007, se declara que el presente artículo es la norma aplicable para el caso de los Congresistas protegidos por la inmunidad de proceso.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, La Naturaleza de la Prescripción, Revista Jurídica Magistri et Doctores, Año 200 Año VII, N° 03 *Unidad de Post Grado de Derecho UNMSM*, Lima, Diciembre del 2006
- BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal". Akal. 4ª edición. Madrid, 1997
- JESCHECK, Hans. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Manzanera Samaniego. Comares. Granada, 1993
- MENDOZA TROCONIS, Algunas cuestiones referentes a la prescripción penal, Editorial El Búho, Caracas 1981.
- PEÑA CABRERA, "Tratado de Derecho penal", Editorial Grijley, p. 668 al 679, Lima 2001
- ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Tomo 1. Traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997.
- VALOTTA, RICARDO, La Prescripción de la Pena, Editorial Bosch, Barcelona 1991.
- ZAFFARONI, Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Editorial Ediar, Tomo V Buenos Aires 2001.