IURA
REVISTA JURÍDICA

ISSN N° 2312-1645
VOL. 6 N° 1, ENERO - JUNIO, 2021
TRUJILLO, PERÚ

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO



ARTÍCULOS DE DOCTORANDOS DE DERECHO DE LA ESCUELA DE POSGRADO DE LA UPAO
ARTÍCULOS DE DOCENTES DE LA ESPECIALIDAD DE DERECHO



AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Rectora
Dra. Yolanda Peralta Chávez

Vicerrector Académico
Dr. Luis Cerna Bazán

Vicerrector de Investigación
Dr. Julio Chang Lam

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo

IURA
REVISTA JURÍDICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

DIRECTOR
Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo

EDITORES ASOCIADOS
Ms. Raúl Yván Lozano Peralta
Ms. Domingo Varas Loli

COMITÉ EDITORIAL
Dr. Miguel Ayuso Torres
mayuso@icade.comillas.edu
Universidad de Comillas, Madrid

Dra. Victoria de las Heras Jiménez
mariavictoriadelasheras@pdi.ucm.es
Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. José Antonio Ñique de la Puente
jniqued@yahoo.es
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Dr. Fernán Altuve-Febres Lores
faltuve@ugartedelpino.pe
Universidad de Lima

Dr. Ramón Oscar Murillo Serna
oscarmurilloserna@yahoo.com
Instituto de Gobierno de la Universidad de San Martín de Porres

Dr. Renzo Rafhael Honores Gonzáles
rhonoresg@gmail.com
Doctor of Philosophy in History
Florida International University - Abogado
Pontificia Universidad Católica del Perú

Dr. José Antonio Benito Rodríguez
Joseantoniobenito1@gmail.com
Universidadde Valladolid, España

Alejandro Patricio Maraniello
patriciomaraniello@hotmail.com
Universidad de Buenos Aires- Argentina

Martín Acevedo Miño
martin_acevedo@uca.edu.ar
Universidad Católica Argentina

IURA, revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica.

ISSN N° 2312-1645
Depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014 - 05941
Vol. 6 N° 1, Enero - junio de 2021 - Trujillo , Perú
Publicación semestral
Título abreviado: IURA

Dirección
UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
Av. América Sur N° 3145
Urb. Monserrate, Trujillo, Perú
Teléfono: 51-44-604444, anexo 2087
www.upao.edu.pe

Los artículos de esta revista expresan el pensamiento personal de sus autores, no de la institución.



Preprensa
Fondo Editorial UPAO
Diagramación: Yubis JC

ÍNDICE

EDITORIAL **7**

EL CURADOR PROCESAL Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO A LA DEFENSA Y PLURALIDAD DE INSTANCIA EN EL PROCESO CIVIL **9**
Carlos Alfonso Jesús Diez Canseco Solano. Doctorando Escuela de Posgrado UPAO.

EL MINISTERIO PÚBLICO Y LAS MEDIDAS CAUTELARES PARA LA EJECUCIÓN FORZADA EN LA ETAPA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA **23**
Sánchez Caro Zarela. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

EL PRINCIPIO DE CONTROL JUDICIAL Y LOS PROCESOS DE FAMILIA **37**
Loidith Victoria Ramírez Pezo. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

EL SECUESTRO CONSERVATIVO COMO MECANISMO DE TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA VS EL DERECHO DE PROPIEDAD DE LOS TERCEROS DE BUENA FE **45**
Eliza Soledad Delgado Suarez. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

IMPACTOS DE LA BAJA RECAUDACIÓN DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL LOS BAÑOS DEL INCA – CAJAMARCA EN EL BIENESTAR DE LOS CIUDADANOS 2018 – 2020 **57**
Eduardo Alfredo Quiroz Marín. Doctorando Escuela de Posgrado UPAO.

IMPORTANCIA Y OPORTUNIDAD DE LA COLABORACIÓN EFICAZ EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS **75**
Enma Acosta Dulanto. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MANTENCIÓN DE DETENCIÓN **89**
Juana Vásquez Serrano. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

JURISDICCIÓN COMUNAL Y JURISDICCIÓN ORDINARIA EN EL MARCO DEL PLURALISMO JURÍDICO **107**
Marjorie Natalí Pimentel Ventura. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

LA AFECTACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA INDEBIDA APLICACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA **117**
César Emilio Chirinos Zeña. Doctorando Escuela de Posgrado UPAO.

LA IMPORTANCIA DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL PARA EL TRÁFICO INMOBILIARIO Y LA SEGURIDAD JURIDICA **129**
Rossmery Elizabeth Bocanegra Briones. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

LA IMPORTANCIA Y OPORTUNIDAD DE LA COLABORACIÓN EFICAZ EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS **141**
Enma Acosta Dulanto. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

LA POLÍTICA CRIMINAL COMO INSTRUMENTO EFICAZ PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN **155**
Alejandro Arturo Rebaza Martell. Doctorando Escuela de Posgrado UPAO.

LA REGULACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD PERUANO **167**
Paola Fernández Atho. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA POR OMISIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL EN CASOS CONCLUIDOS CON SENTENCIA ABSOLUTORIA O AUTO DE SOBRESEIMIENTO **181**
Ana Bazán Collantes. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

ARCHIVAMIENTO DE LOS CASOS DE INCENDIOS FORESTALES Y DAÑO MEDIOAMBIENTAL EN LAS PROVINCIAS DE CHACHAPOYAS Y LUYA, REGIÓN AMAZONAS **189**
Dr. Héctor Miguel Manríquez Zapata. docente de la Universidad Santo Toribio de Mendoza de Chachapoyas.

AUGUSTA FUNCIÓN DEL JUEZ: EL JUZGAMIENTO ANTICIPADO EN EL PROCESO CIVIL **203**
Dr. Teófilo Idrogo Delgado. Docente Facultad Derecho UPAO.

EL REFERÉNDUM Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA **247**
Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo. Docente Facultad de Derecho UPAO.

EVOLUCIÓN Y LÍMITES A LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LA CODIFICACIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES **261**
Ambulay Rueda, Rosita. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

LA APLICABILIDAD DE LA GARANTÍA DE NO REPETICIÓN CONVENCIONAL EN EL ÁMBITO JUDICIAL NACIONAL **273**
Alfonso Jaime Martínez Lazcano. Doctorando Escuela de Posgrado UPAO.
Ms. Manuel Bermúdez-Tapia. Docente Universidad Mayor de San Marcos.

LA CONDUCTA FINANCIERA Y LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FRENTE A LA EMISIÓN DE CHEQUES SIN FONDO **281**
Omar Alfredo Damián Medina. Doctorando Escuela de Posgrado UPAO.

LA IDEA DE JUSTICIA EN HESÍODO
Gustavo Adolfo Pozas Márquez. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Filosofía Práctica AIFP. Cuernavaca, Morelos, México. **301**

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS MINERAS PERUANAS EN MATERIA MEDIO AMBIENTAL **309**
Mariana Luisa Palacios Apaestegui. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

LÍMITES DE LA JUSTICIA CONTENCIOSA INTERNACIONAL **317**
Jemima Ysabel Ruiz Borrero. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

VULNERACIÓN DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA DE LAS VÍCTIMAS EN EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO **331**
Silvia María Tito Ascue. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

LA MUJER COMO ELEMENTO SUBJETIVO DE LOS ILÍCITOS PENALES DE AGRESIONES CONTRA LAS MUJERES Y FEMINICIDIO PREVISTOS EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO **341**
Lucy Isabel Gastañaduí Ybáñez. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

CRITERIOS PARA ASEGURAR LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO PROTEGIDO EN LOS PROCESOS PENALES **351**
Cinthia Elías Chafalote. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

PRUEBA DE OFICIO Y TERCERÍA DE PROPIEDAD. APUNTES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DOS PLENOS CASATORIOS CIVILES **363**
Mirtha Pacheco Villavicencio. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

OPTIMIZACIÓN DE LA EFICACIA DE LOS COMITÉS DE FRONTERA PERUANO ECUATORIANOS **373**
Carlos Obando Peralta. Doctorando Escuela de Posgrado UPAO.

EFICACIA DE LA COMISIÓN ESPECIAL DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS REFUGIADOS VENEZOLANOS EN EL PERÚ **403**
Ena Cecilia Obando Peralta. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

LA AFECTACIÓN AL DERECHO DE FILIACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ **417**
Ángela Roxana Meléndez Lipa. Doctoranda Escuela de Posgrado UPAO.

ARTES Y CULTURA

HÉCTOR ACEVEDO: BAJO EL SILENCIO DE LOS SUEÑOS **435**
Por Camila Reveco

RESEÑAS

REGRESO DE UN DEICIDIO **444**
Por Alonso Rabí Do Carmo

INDEPENDENCIA' DE JAVIER CERCAS **446**
Por Domingo Ródenas de Moya

ARTÍCULOS DE CAMUS EN 'COMBAT' **448**
LA VOZ DE LA CONCIENCIA
Jordi Corominas i Julián

EDITORIAL

HOMENAJE AL BICENTENARIO

Este número de IURA sale a la luz pública en medio de una coyuntura de crisis que pone en jaque la estabilidad jurídica que tanto nos ha costado mantener durante más de dos décadas de una transición política en la que parecíamos haber logrado el consenso en torno a un sentido común y a un puñado de certezas.

El mal momento que atraviesa nuestra república coincide sintomáticamente con la conmemoración del bicentenario de nuestra independencia. Esta efemérides nos conmina a reflexionar sobre la institucionalidad y la arquitectura legal que sostiene a nuestro sistema republicano. Es decir, vuelve a poner en el tapete viejos problemas que aparentaban haber sido conjurados. Engañados por los espejismos de una más de las prosperidades falaces no veíamos a los fantasmas y no hacíamos nada para erradicarlos de la escena nacional.

Doscientos años después asistimos al mismo triste espectáculo. Al de una nación seducida por el fetichismo de la ley que confía en que una nueva Constitución podría como por arte de birlibirloque reinventar el país a la medida de los desafíos contemporáneos y resolver los acuciantes conflictos sociales, entre ellos el del abismo social que escinde al país y lo vuelve inviable.

Una vieja disputa retórica nos pilla en pleno bicentenario: la superstición revestida de oropeles jurídicos que consiste en creer que un nuevo pacto social bastaría para volvernos un país viable y no la republiqueta que cada cierto tiempo somos para escarnio de los escépticos.

Hoy más que nunca las ciencias jurídicas tienen la ardua tarea la de reflexionar sobre la crisis nacional y proponer soluciones de fondo. Este número está dedicado a publicar los artículos científicos de los doctorandos de nuestra Sección de Posgrado de Derecho de la UPAO. Cada uno de ellos, desde sus propias especialidades, aborda diversos aspectos la realidad jurídica nacional.

Cabe reiterar nuestro compromiso de continuar el círculo virtuoso de la enseñanza-aprendizaje orientada a la formación de abogados de alto nivel académico. En este proceso la investigación científica y la publicación y difusión de sus resultados constituye una tarea prioritaria y permanente, por lo que, a pesar de la actual crisis sanitaria y política que atraviesa nuestro país, no hemos querido perder la frecuencia semestral de nuestra emblemática revista.

Nuestra próxima meta es la indexación de IURA. Estamos convencidos que con el apoyo institucional del Vicerrectorado de Investigación y de los docentes y estudiantes lograremos editarla, cumpliendo con los rigurosos parámetros establecidos por las instituciones especializadas para mantener un medio de comunicación idóneo que publique nuestras investigaciones académicas. Somos conscientes que esta es la verdadera razón de ser de la universidad.

Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo

Director

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6100

EL CURADOR PROCESAL Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO A LA DEFENSA Y PLURALIDAD DE INSTANCIA EN EL PROCESO CIVIL

Carlos Alfonso Jesús Diez Canseco Solano

RESUMEN

En este trabajo se presenta la figura del curador procesal y su comportamiento dentro del proceso civil, la oportunidad de su intervención y cómo es que su participación dentro de un proceso afecta o perjudica a la parte ausente. El curador procesal ejerce la defensa técnica de la parte ausente en en la litis, de ahí la trascendencia de esta figura procesal que tendrá incidencia directa en el derecho a la defensa y la pluralidad de instancia.

Asimismo se desarrollará la concepción del curador procesal, los límites que tiene dentro del proceso para ejercer la defensa técnica plena y cómo es que nuestra legislación procesal civil confundió su concepción, generando así la modificatoria de un presupuesto aplicable cuando interviene el curador procesal ante la figura del incapaz.

Finalmente, una vez expuestas las ideas sobre el curador procesal y su incidencia en los derechos a la defensa y pluralidad de instancia se procederá a exponer las conclusiones.

Palabras Clave: Proceso civil – curador procesal – derecho de defensa – derecho a la pluralidad de instancia.

ABSTRACT

The aim of this work is to presente a legal view on the figure of Procedural Curator and his behavior within the civil process, the opportunity for his intervention and how his participation in a process can affect positively or negatively to the abstent party, whose technical defense is excecised by the Litigation Curator, thus highlighting a significance of the aforementioned procedural figure, which will directly affect the right to defense and the plurality of instance.

Likewise, the conception of the procedural curator will be developed, the limits that it has within the process to excersi a full technical defense and how our civil procedural legislation confused its conception, thus generatin the of applicable Budget when a Procedural Curator intervenes, under the premise of the modification of the figure of the Incapable and the Curator.

Finally, once the ideas about the Procedural Curator and its incidence with the rights to the Law and Plurality of Instance have been exposed, the conclusions will be presented.

Key Words: Civil Process – Procedural Curator – Right of Defense – Right to Plurality of Instance.

I. CONCEPCIÓN DEL PROCESO CIVIL

El desarrollo del proceso civil requiere el análisis de la teoría del proceso y más específicamente de las figuras jurídicas que permitirá al Estado solucionar mediante sus órganos competentes un problema de relevancia jurídica, conforme aparece descrito en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Se trata de dilucidar el fin concreto del proceso.

Existen dos teorías -la pluralista y la unitaria- para identificar el objeto del proceso. Así lo expone la doctrina desarrollada por Monroy, J. (s/f). Respecto de la primera (pluralista) podemos advertir tres tesis:

a) Materialista cuyo objetivo verificar la causa de las posiciones contradictorias generadoras del conflicto jurídico; lo cual importa, comprender la naturaleza del mismo.

b) Procesalista cuyo fin es estudiar la actividad probatoria y la manera en que se desarrolla.

c) Jurisdiccionalista porque desarrolla una mixtura en cuanto a la naturaleza de los conflictos, pues sostiene que en materia civil se tiene incidencia de privados o públicos.

Sobre la segunda (unitaria) encontramos también tres tesis:

a) Unidad diferenciada sostenida por Carnelutti. Esta tesis considera al derecho adjetivo como unidad; no obstante, atendiendo al objeto del conflicto y su estructura se aceptan diferentes inclinaciones hacia las diversas materias, encontrándose entre estas el proceso civil.

b) Teoría general del proceso cuyo postulado es que este es uno solo, pues sea cualquiera la rama del proceso y los principios e instituciones básicas que lo comprenden todas están dentro de la presente teoría.

c) Identidad funcional expuesta por Clemente Díaz, la que propone que aun cuando existan directrices, lineamientos o figuras procesales que rigen determinadas reglas jurídicas para resolver un conflicto de materia específica; así como la existencia de sistemas propios. El núcleo del proceso es el mismo, pudiendo realizar aplicaciones remisivas ante vacíos.

Identificadas las teorías antes descritas y siendo la más aceptada la teoría general del proceso, corresponde aplicar en el proceso civil un instrumento jurídico procesal por el cual los justiciables buscan solucionar un conflicto jurídico, requiriendo la intervención de un tercero denominado Juez, quien emitirá una decisión con las reglas jurídicas del derecho material. Entonces, desde un punto finalista, el proceso civil es una herramienta que permite a las partes obtener una decisión que solucione los conflictos generados, evitando así la forma de solución de conflictos denominada acción directa (justicia por propia mano).

Así podemos señalar que el proceso civil implica una concatenación de etapas –postulatoria, probatoria, decisoria, impugnatoria y ejecutoria – cuyo objeto es solucionar el problema suscitado. Al respecto, Devis Echandía (1997) entiende por proceso una secuencia de actos que son ejecutados por funcionarios competentes que pertenecen al aparato judicial del Estado. Asimismo incide en la estructura del proceso, conceptualizándolo como un grupo de actuaciones ordenadas y secuenciadas, pudiendo generarse un vicio frente a un desorden o la omisión de un determinado acto presentado al inicio, ocasionando así la nulidad de las actuaciones posteriores.

Por su parte, Carnelluti (1950), traducido por Sentís refiere la existencia de dos órdenes esenciales del proceso, uno privado (civil) yotro público (penal). El privado – por su organización – es un instrumento del derecho que se distingue de otras ramas tomando como referencia las regulaciones de otras normas, situaciones fácticas y juicios jurídicos.

En "Teoría General del Proceso", la Universidad Católica de Colombia sostiene una posición uniforme en la doctrina respecto a la parte adjetiva del derecho, considerándolo como un apartado jurídico distinto y autónomo con respecto de la parte sustantiva, reglado por lineamientos establecidos en la Constitución Política. Desde esta perspectiva el derecho procesal se enfoca como un grupo de reglas jurídicas que regulan las diferentes ramas y entidades estatales creando un ordenamiento jurídico codificado, el cual tendría normalmente una incidencia amplia – sociedad o particulares – sobre un sujeto -, permitiendo así el acceso del justiciable a los órganos Jurisdiccionales para emitir pronunciamiento sobre el derecho sustantivo en conflicto.

Existe una correspondencia cercana entre el derecho adjetivo y el derecho constitucional. Así, Taruffo (2005) afirma que la adquisición de nuevas funciones en el derecho constitucional lo acerca más al

ciudadano. Este es un hecho que el derecho procesal no desconoce, negando así un carácter estático del mismo.

En nuestro sistema los órganos Jurisdiccionales están representados por jueces que son terceros imparciales y ajenos al problema de incidencia jurídica, quienes se van a encargar de solucionarlo garantizando la tutela jurisdiccional efectiva. (Posada, 2018).

II. PARTICIPANTES EN EL PROCESO

En el proceso se requiere la intervención de sujetos – naturales o jurídicos – que tengan un problema de incidencia jurídica, cuya solución será realizada por un órgano jurisdiccional. Así pues, dichos participantes son denominados partes procesales, siendo una de ellas demandante y su contraparte, demandada. Al respecto, Carrión (2004) afirma que la denominación de parte es para aquella persona que interviene en nombre propio o a través de un tercero, solicitando tutela jurisdiccional con el objetivo de ver tutelado un derecho. La persona contra quien se dirige el pedido adopta el mimo concepto.

Cabe agregar que los titulares de un derecho que busca ser tutelado no siempre pueden acceder a los órganos jurisdiccionales de manera directa, pues existen personas jurídicas incapaces o personas naturales que pueden apersonarse. Nuestro Código Procesal Civil regula figuras como la representación legal, procesal y voluntaria destinadas a solucionar este problema.

Estas son analizadas por Ledesma (2015), quien sostiene que se podrá identificar el tipo de representación, atendiendo al origen de la designación. Asimismo, Carrión (2004) refiere que la representación legal tiene por fin abarcar la necesaria posición jurídica de una persona, la cual puede ser incapaz según nuestro Código Civil. El ejercicio de los derechos civiles también está restringido en algunas persones jurídicas que requieren de una persona natural para realizar los diversos actos jurídicos. La Carta Magna o la norma definen sobre quienes recae la representación legal con el objeto de proteger, exigir y cumplir derechos u obligaciones en el referido tipo de personas.

En cuanto a la representación voluntaria se genera a partir de la manifestación de voluntad de la persona titular de un derecho o legitimada con el fin de que otra persona la represente en el proceso o forma de solución del conflicto, sin que exista una prescripción legal obligatoria para el otorgamiento de facultades. Por último, la representación judicial se presenta ante la ausencia en el proceso de quien sería el titular del derecho en discusión. En este caso, el director del proceso designará a un abogado colegiado habilitado para defender en el proceso al ausente, ejerciendo dentro del proceso los diversos mecanismo para garantizar un debido proceso.

III. ALCANCES DEL CURADOR PROCESAL

Esta figura de índole procesal se presenta ante el nombramiento de un abogado colegiado habilitado por parte del Juez para intervenir en un determinado proceso judicial y emplear las diferentes herramientas procesales que garanticen la defensa del titular del derecho, quien por diferentes motivos se encuentra ausente sin posibilidad de ser notificado. Así, Castillo y Sánchez (2013) mencionan a Micheli, quien sostiene que el curador procesal surge por disposición del magistrado ante la no posibilidad de presentación del justiciable, lo cual durará hasta que dicho legitimado se presente en el proceso. Asimismo, Carrión (2004) sostiene que esta figura procesal equivale a una representación de índole judicial, toda vez que es invocada por el órgano jurisdiccional por cuanto nuestro código adjetivo así lo establece.

La figura del curador procesal en un proceso judicial, cuyas causales de designación se encuentran en el Código Procesal Civil, tiene como fin impedir el retardo en el trámite del proceso, partiendo de que una persona solicita la tutela jurisdiccional efectiva en el tiempo màs rápido posible mediante una decisión que se pronuncia sobre el fondo, garantizando así un debido proceso formal. La figura del curador procesal también permite avanzar un proceso ya iniciado y paralizado debido al no apersonamiento del titular del derecho, encontrándose así facultado el Juez para invocarla y aplicarla para seguir el trámite del proceso y pueda dictar la decisión de fondo correspondiente.

Ledesma (2015) señala que la figura del curador procesal busca nivelar el ejercicio de las reglas aplicables en un determinado proceso y la tutela de los órganos jurisdiccionales, siendo así este factor una dualidad porque podrá estar presente al momento de la notificación con la demanda y permitir la contradicción de la demanda.

IV. CARACTERÍSTICAS, REQUISITOS Y CESE DEL CURADOR PROCESAL

4.1. Características

a. Provisorio.- Es ejercida por un profesional en derecho, colegiado y habilitado, nombrado por un órgano jurisdiccional, tendrá a su cargo ejercer la defensa y velar por los intereses de la persona ausente. Esto durará hasta que se presente al proceso el titular del derecho en discusión.

b. Procesal.- Se genera dentro de un proceso judicial y por disposición del Juez frente a la imposibilidad de apersonamiento, lo cual evidencia que su aplicación no es por voluntad del titular y legitimado para intervenir en el proceso. Dicho de otro modo, no existe delegación de facultades por parte de quien sería representado.

c. Cosa Juzgada en las materias controvertidas.- Siendo el curador procesal quien ejerce la defensa técnica de la parte procesal ausente por disposición del juez, los efectos de la decisión que se expida afectará a la persona representada produciendo así cosa juzgada.

d. Órgano de auxilio judicial.- La designación por el órgano jurisdiccional del profesional en derecho, colegiado y habilitado sólo se producirá cuando el proceso se encuentre paralizado debido a la no posibilidad de emplazar correctamente, requiriendo así de un figura procesal que auxilie al Juzgado y permita continuar con el trámite de la litis, impidiendo así dilaciones.

4.2. Presupuestos

Siendo una figura anómala a lo que debería ser un trámite ordinario en un proceso judicial, nuestro código adjetivo prevé supuestos de manera expresa, conforme a lo establecido en el artículo 61 del Código Procesal Civil, resultando incorrecta la aplicación de la figura procesal en análisis sin que se presente algún presupuesto, deviniendo en arbitraria y originando un posible vicio.

Ahora bien, la aplicación de la curaduría procesal se dispone atendiendo a los presupuestos previstos en el artículo 61 del citado cuerpo adjetivo, los cuales son también referidos por Castillo y Sánchez (2013):

a. Persona a notificar con el emplazamiento no se conoce o si se conoce su dirección es ignorada por su contraparte, remitiéndonos así a lo regulado en el artículo 435 del Código Procesal Civil; así como a la notificación por edicto judicial electrónico, según lo previsto en el artículo 165, 167 y siguientes del referido código.

b. Cuando existe una parte con incapacidad o de su representante legal.

c. Cuando existe una imposibilidad de apersonamiento del representante del incapaz, según lo previsto en el artículo 66 del código adjetivo.

d. No apersonamiento de sucesor procesal, tomando como referencia también lo previsto en el artículo 108 del mismo cuerpo adjetivo.

4.3. Cese de La aplicación

El ejercicio de la defensa de los derechos del representado por el curador procesal culminará cuando aquel representado, cuya defensa técnica es tutelada y ejercida en la litis, se presenta o intervenga en el proceso el titular del derecho o legitimado, designando al abogado de su preferencia o en su defecto a su representante. (Máximo Castillo y Edwar Sánchez, 2013)

V. PROBLEMÁTICA DEL CURADOR PROCESAL

Esta figura si bien está destinada a garantizar el debido proceso de la parte ausente en la litis, tutelando su derecho de defensa, tampoco puede permitirse una libre actuación del curador procesal y el empleo de

todos los mecanismos procesales que sí tiene un titular legitimado, encontrándose así algunas limitaciones en su intervención. Luján (2016) sostiene como problemática constante de los curadores procesales la etapa postulatoria, pues este al pretender contestar la demanda desconoce los hechos demandados; entonces, pese a solicitar se declare infundada la demanda, al desarrollar la fundamentación fáctica terminará por asentir a lo expuesto por el accionante sobre los medios de prueba, salvo una manifiesta nulidad o falsedad; ya que el curador se restringirá a formular la aplicación del principio de adquisición probatoria y aa sumir el mérito de los medios probatorios ofrecidos. Además existe desinterés en los curadores, pues generalmente no concurren a las diligencias programadas como la audiencia única, de pruebas, entre otros, faltando al fin que prevé la citada figura que es la representación y defensa técnica en la litis, debiendo ser sancionados por mala práctica.

Es importante destacar el derecho retributivo que ostenta el curador procesal al prestar sus servicios, pues la defensa ejercida y su intervención durante el trámite del proceso deben ser reconocidas. Los honorarios profesionales son un derecho previsto en el artículo 23 de nuestra Carta Magna; sin embargo, hay un vacío, pues no se ha regulado en el Código Procesal Civil quién los asume. No obstante, a fin de tutelar el derecho del curador procesal se ha establecido que sea la contraparte la que asume sus honorarios. Ledesma (2015).

Con la cancelación de los honorarios profesionales por la parte contraria, El desempeño eficiente e idóneo del curador procesal podría verse afectado cuando la parte contraria le cancela sus honorarios profesionales debido a que el interés de la contraparte y el contacto directo entre esta y el curador procesal podría limitar su intervencionismo e incluso el cuestionamiento probatorio.

A lo expuesto cabe mencionar el estudio realizado por Díaz (2017) llamado “Influencia del curador procesal en el derecho de defensa del demandado en el distrito judicial de Huánuco, 2016 - 2017”. En este estudio el autor desarrolla y presenta los resultados académicos sobre los abogados que intervienen como órganos de auxilio judicial (curador procesal), indicando que un 94.7% no cuenta con grado de maestro y el 92% muestran falta de interés en el ejercicio de su función, evidenciando que la citada figura no logra el fin esperado.

5.1. Límites de la curaduría procesal en el proceso

Atendiendo al concepto de la figura analizada en el presente artículo y quién es la persona que puede asumir dicha función como órgano de auxilio judicial, se debe puntualizar que el titular del derecho del derecho puede disponer como participante la red procesal de las actuaciones destinadas a ejercer el derecho en controversia se encuentran restringidas, porque ello solo es una atribución del titular o participante de la relación jurídica materiall.

Las restricciones procesales que pueden presentarse son la imposibilidad de disponer del derecho en controversia y así perjudicar al ausente; esto es, el curador peocesal no está habilitado para proponer

fórmulas conciliatorias, transacciones judiciales, allanamiento o reconocimiento de la demanda. Ledesma (2015).

También podemos identificar una limitación en la ejecución del proceso; ya que, reconocido el derecho del justiciable que inició el proceso o dispuesto el cumplimiento de la obligación hacia el ausente representado, el curador procesal está impedido de reemplazar o realizar actos materiales, como ocurre a modo de ejemplo en el otorgamiento de escritura pública. Es decir, no ejecuta la decisión de emitir sin el respaldo del órgano jurisdiccional.

5.2. Efectos jurídicos originados por la intervención del curador procesal

Identificado el momento de requerir la participación de un curador procesal, atendiendo a su condición de órgano de auxilio judicial, resulta inviable que la falta de contestación de la demanda genere una declaración de rebeldía; sino, por el contrario, corresponde subrogarlo y disponer el nombramiento de otro curador procesal. Hacer lo contrario importaría permitir la falta de asistencia técnica para garantizar el derecho de defensa y, por tanto, perdería sentido esta figura, teniendo en cuenta que a la rebeldía se aplica lo establecido en el artículo 461 del Código Procesal Civil.

Otro efecto que puede advertirse es la imposibilidad de elevar el expediente en consulta ante una decisión contraria a los intereses del representado por el curador procesal. En este caso únicamente procede la potestad recursiva, en mérito a la derogación del artículo 408 numeral 2 del Código Procesal Civil por el Decreto Legislativo 1384.

VI. DERECHO DE CONTRADICCIÓN Y DOBLE INSTANCIA CON INTERVENCIÓN DEL CURADOR PROCESAL

La contradicción está íntimamente relacionada con el derecho de defensa, previsto en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución; lo cual permite colegir la trascendencia del derecho de defensa y cómo es que influye en el debido proceso. Carbajal (2011). La contradicción es un derecho que habilita y ampara a un justiciable a formular fundamentos de hecho y de derecho con el objeto de rebatir lo señalado por su contraparte en relación con un problema que vincula a ambos.

El objetivo es brindar a una persona la oportunidad para expresar su teoría del caso y ofrecer medios de prueba que refuercen lo alegado sobre un punto en concreto, permitiendo así al órgano jurisdiccional evaluar si es estimable o no su pedido. En nuestro ordenamiento jurídico no se regula la autodefensa como derecho, siendo así necesario los servicios de un abogado. Arroyo (2012). Por ello, la contradicción busca evitar la arbitrariedad de resolver un determinado problema sin que se le haya otorgado al involucrado la oportunidad de exponer su versión de los hechos.

Entonces, la defensa y el contradictorio no son formulados por el titular del derecho a través de un letrado designado por este para suplir su ausencia o imposibilidad de concurrencia. Este letrado se denomina curador procesal que expondrá los fundamentos fácticos y jurídicos; no obstante, estos no serán contundentes, pues desconoce lo sucedido en el aspecto material y, por tanto, es ajeno al caudal probatorio para probar la teoría del caso o, en su defecto, rebatir lo señalado por la contraparte.

La doble instancia es un derecho reconocido en el artículo 139 inciso 6 de nuestra carta magna, siendo esta la vía para el cuestionamiento de las resoluciones expedidas por los órganos jurisdiccionales que emitan una decisión en primera instancia. Este derecho es una potestad del justiciable para apelar decisiones por intermedio de su abogado cuando la decisión expedida es contraria a sus intereses.

En un proceso judicial sin la participación de un curador procesal solo intervienen los justiciables y abogados de su elección, el derecho de defensa será únicamente invocado a pedido de parte. En caso contrario, se inferirá que el titular del derecho se encuentra conforme con la decisión expedida por el Juzgado, no requiriendo de revisión alguna por el órgano jurisdiccional superior. No obstante, desde el 5 de setiembre del 2018, lo antes descrito sucede también cuando interviene el curador procesal, pues actualmente la única forma de elevar el proceso al superior jerárquico, es con la formulación del recurso de apelación.

Además de la potestad recursiva, prevista en el inciso 2 del artículo 408 del Código Procesal Civil, sr aplicaba la figura de la consulta cuando el curador procesal obenía una decisión desfavorable a los intereses de su representado; sin embargo, ello se derogó con la emisión del Decreto Legislativo 1384.

6.1.- Características

a) Del Derecho a la contradicción

- **Habilitado para las partes.-** Previsto para los titulares de la relación jurídica material o quienes actúan en su nombre.
- **Aplicación de oficio.-** Los jueces a cargo del trámite tienen la obligación de garantizar la contradicción, incurriendo en arbitrario y viciado el proceso si la omiten.
- **Contenido constitucional.-** Previsto en el numeral 14 del artículo 139 de la Constitución.
- **Facultativo para el titular del derecho.-** Los participantes en el proceso no están obligados a formular contradicción.
- **Carácter sustantivo y adjetivo.-** Los titulares del proceso tiene la facultad de formular descargos extra proceso ante requerimientos o imposición de cargos, entre otros; taambién están facultados para contradecir los argumentos de hecho o de derecho presentados y contrarios a sus intereses.

El derecho a la contradicción busca tutelar el ejercicio de la defensa y, si no cumpliese con ello, se le considerará la condición jurídica de rebelde; no obstante, cuando existe intervención del curador procesal, la condición de rebeldía no está habilitada, pues lo que corresponde es proceder a la subrogación del curador a fin de que se designe otro y pueda ejercer el derecho de defensa. Esto permite inferir que las características del derecho a la contradicción se relativizan cuando dentro del proceso interviene un curador procesal.

b) Sobre la doble instancia

- **Habilitado para las partes.-** Previsto para los titulares de la relación jurídica material o quienes actúan en su nombre.
- **No aplicación de oficio.-** Los jueces únicamente atenderán y velarán por la tutela a la doble instancia ante solicitud formulada por la parte que se considere afectada o perjudicada con la decisión.
- **Contenido constitucional.-** Establecida en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución.
- **Facultativo para el titular del derecho.-** Es una potestad de los titulares del derecho el cuestionar las decisiones emitidas por las entidades emisoras, según sea el caso.
- **Carácter A**

  adjetivo.- Las decisiones administrativas o judiciales pueden ser cuestionadas en procedimientos administrativos o procesos judiciales.
- **La observación oficiosa opera por ley expresa.-** La revisión de oficio por el Superior Jerárquico del órgano emisor es requerida, siempre y cuando así se encuentre establecido en nuestra normativa positivizada.

  Entre las características de la doble instancia existe una excepción denominada la aplicación de oficio – entiéndase por el órgano jurisdiccional – frente a supuestos establecidos en la ley, presupuesto que antes se encontraba regulado en el artículo 408, numeral 2 del Código Procesal Civil, derogado el 5 de setiembre del 2018 por el Decreto Legislativo 1384.

VII. MODIFICATORIAS PROCESALES GENERADAS COMO CONSECUENCIA DEL DECRETO LEGISLATIVO 1384

7.1. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1384 y su objeto

El Congreso de la República expidió la Ley 30823 que delegaba al Poder Ejecutivo facultades para legislar normas con rango de ley. Entre las materias a legislar se encontraba promover la igualdad de

la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, por lo que se dictó el Decreto Legislativo 1384.

Este decreto legislativo contenía un aspecto de carácter sustantivo y no de incidencia procesal para garantizar el desarrollo de las personas con discapacidad en la sociedad, reconociédoles igualdad en su capacidad jurídica. El artículo 4 de este decreto legislativo hacía una precisión en la modificatoria del inciso2 del artículo 408 del Código Procesal Civil. Este artículo preveía la figura de la consulta cuando el proceso era seguido por un curador procesal y este era vencido sin formular recurso impugnatorio.

Cabe destacar la regulación derogada del referido inciso 2 del Artículo 408 del citado código adjetivo, pues esta incidía específicamente en la consulta cuando intervenía un curador procesal que no cuestionaba la decisión y obtenía un pronunciamiento contrario a los intereses de su representado procesal.

Por lo expuesto se verifica una modificatoria contraria a lo que busca el Decreto Legislativo 1384, pues el citado inciso 2 del artículo 408 establecía un presupuesto jurídico ajeno a la persona discapacitada y tenía como premisa la participación de un curador procesal. La figura del curador dista totalmente de la del la del tutor, entre otros. El curador y el curador procesal importan situaciones totalmente distintas, el segundo de los mencionados es ajeno a un supuesto de persona con discapacidad; en consecuencia cabe formularse las siguientes preguntas: ¿la modificatoria fue correcta?, ¿el Congreso otorgó facultades para que el Poder Ejecutivo pueda modificar presupuestos donde aparezca la figura del curador procesal?

Las respuestas a estas preguntas son negativas, ya que la figura en análisis y regulada en el artículo 408.2 del código adjetivo no tiene relación alguna con el objeto del Decreto Legislativo 1384. La consecuencia es que surge la abrogación de la consulta cuando dentro de un proceso judicial intervenga un curador procesal y se haya dictado una decisión contraria a los intereses de su representado, originándose así una eventual afectación al titular del derecho que no participó directamente en la litis y fue representado por el curador procesal. La razón de la abrogación es que la decisión no estuvo sujeta a un control por el superior jerárquico, considerando que el curador procesal no conoce los sucesos ocurridos en el campo material y los horarios profesionales son pagados por la contraparte, estimulando un eventual desinterés en cuanto a la decisión.

7.2. Incongruencia entre la similitud del curador y el curador procesal

Nuestra normativa adjetiva civil, específicamente en el artículo 61 destaca el perfil del curador procesal, el cual es es un abogado designado por el órgano jurisdiccional a solicitud de la contraparte o una de las partes para que ejerza la defensa técnica del ausente que no fue notificado válidamente o cuya identidad era desconocida, con el objetivo de evitar un trámite seguido de manera unilateral. (Segura, 2016).

Además de ello, Ledesma (2015) sostiene que el curador es aquel sujeto que vela algo, nombrándose así a un abogado por el órgano jurisdiccional a fin de que participe y continúe con el trámite judicial. Ell curador procesal surge y culmina dentro del proceso, siempre y cuando exista un ausente, entre otros.

De otro lado, el curador es un término que surge de Curatela, la cual se encuentra prevista en el artículo 564 y sucesivos del cuerpo sustantivo civil, siendo su objeto tutelar a la persona y bienes de un mayor de edad considerado como incapaz; esto es, es una persona que interviene en los actos materiales y procesales de otra, influyendo así en el desarrollo de su vida. (Lamonja, 2010).

Desde este punto de vista cualquier persona – no necesariamente un abogado – puede ser curador y representar y realizar los actos previstos en los cuerpos normativos sustantivos y adjetivos en nombre de su representado incapaz; mientras que el curador procesal es un abogado colegiado y habilitado que ejerce la representación procesal de un ausente en el litigio, encontrándose sus facultades limitadas y destinadas a un ejercicio de defensa dentro del proceso. El Curador no sólo se limita a tener una intervención en el proceso, sino en el desarrollo normal y ordinario de la vida de su representado en cuanto se refiere a actos de naturaleza civil, procesal, entre otros; mientras que el curador procesal surge a partir de la no posibilidad de emplazamiento de una parte procesal, siendo su intervención únicamente dentro de un determinado proceso judicial, encontrándose supeditada su continuidad en el proceso hasta que se apersone el legitimado o en su defecto concluya la litis.

VIII. CONCLUSIONES

- La doble instancia y la contradicción son derechos de índole constitucional, cuyo respeto debe ser tutelado desde el inicio de una litis tramitada por un órgano jurisdiccional o administrativo. No obstante, son las partes quienes deciden ejercerlos o no. Hasta antes del 5 de setiembre del 2018, la tutela de ambos derechos estaba más reforzada cuando intervenía en la litis un curador procesal, toda vez que cuando interviene un curador procesal no está prevista la declaración de rebeldía sino la subrogación. Es obligación del curador procesal ejercer la contradicción y contestar la demanda, así como participar activamente durante los actos procesales desarrollados. Asimismo, respecto de la pluralidad de instancias el artículo 408 inciso 2 del Código Procesal Civil regulaba – hasta el 4 de setiembre del 2018 – la consulta, figura jurídica que habilitaba la elevación del expediente al superior jerárquico a fin de que revise el trámite y la decisión expedida por el juzgado.
- El Decreto Legislativo 1384 ha derogado sin sustento alguno la aplicación de la consulta cuando en un proceso intervenía un curador procesal, pues el inciso 2 del artículo 408 del Código Procesal Civil prevé un supuesto totalmente ajeno e incongruente con la figura de la persona incapaz; y, con la citada derogación, el carácter oficioso como excepción por mandato de ley ya no resulta aplicable cuando participe un curador procesal, siendo únicamente utilizada a pedido de parte. Este hecho fue destacado en el pleno jurisdiccional en materia Civil (2019).

- La figura del curador y del curador procesal son totalmente distintas, pues la primera es de naturaleza sustantiva y la segunda es de carácter procesal. Por ello la modificación del artículo 408.2 del Código Procesal Civil es contradictoria con la finalidad del Decreto Legislativo 1384 – Ley que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, pues el. curador procesal tiene un fin distinto y recae en aspectos estrictamente procesales, siendo ajeno a las personas con discapacidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arroyo, J. P. (2012). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales SA.

Carbajal, K. V. (2011). *El Tribunal Constitucional Reescribe el Derecho*. Lima: Gaceta Jurídica.

Gálvez, J. M. (s/f). Obtenido de http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/material2014.pdf

Judicial, C. d. (2019). *Poder Judicial.* Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/edf742804c0f771db453f7e93f7fa794/Pleno+Nacional+Civil.pdf?MOD=AJPERES

Lamonja, F. C. (2010). *Código Civil Comentado.* Lima: Gaceta Jurídica.

Narváez, M. L. (2015). *Código Procesal Civil Comentado.* Lima: Gaceta Jurídica.

Segura, O. L. (2016). *Código Procesal Civil Comentado.* Lima: Gaceta Jurídica.



Juego de Damas- óleo sobre lienzo - 150x150 cm.
Héctor Acevedo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6101

EL MINISTERIO PÚBLICO Y LAS MEDIDAS CAUTELARES PARA LA EJECUCIÓN FORZADA EN LA ETAPA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Sánchez Caro Zarela[1]

RESUMEN

Este artículo analiza la regulación legislativa vigente sobre la incoación de medidas cautelares reales sobre los bienes del investigado por el fiscal durante la etapa de investigación preparatoria para asegurar una futura ejecución forzada y obtener el pago de la reparación civil derivada de un hecho presuntamente punible y las costas del referido proceso. Asimismo si la carencia normativa infringe tanto el principio de tutela jurisdiccional efectiva como la función del Ministerio Público de asegurar el pago de la reparación civil a favor de la parte agraviada. Además de su relación con el escaso uso de esta institución procesal (medidas cautelares reales) por parte del representante del Ministerio Público en los procesos penales que son de su competencia y, en consecuencia, el deficiente resultado en el pago de la reparación civil.

Palabras clave: Ministerio Público – reparación civil – medidas cautelares reales– investigación preparatoria – tutela jurisdiccional efectiva

1 Doctoranda en Derecho en la Universidad Privada Antenor Orrego.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the existence of a legislative regulation in force regarding the requirement for the representative of the Public Prosecutor's Office to initiate real precautionary measures during the preparatory investigation stage regarding the assets of the investigated party, in order to ensure a future forced execution and successfully obtain the payment of the civil reparation derived from an allegedly punishable act; and if applicable, of the costs of the referred process. Likewise, if such lack of regulations infringes both the principle of effective jurisdictional protection and the function of the Public Prosecutor's Office to ensure the payment of the civil reparation in favor of the aggrieved party. In addition to its relation with the scarce use of this procedural institution (real precautionary measures) by the representative of the Public Prosecutor's Office in the criminal proceedings under its jurisdiction and, consequently, the deficient result of obtaining the payment of the civil reparation.

INTRODUCCIÓN

El actual sistema procesal penal es acusatorio- adversarial. Por eso el operador judicial ya no es el protagonista del proceso sino las partes o los sujetos procesales, entre los cuales encontramos al representante del Ministerio Público y el investigado. El fiscal tiene a su cargo tanto el ejercicio de la acción penal como el de la acción civil derivadas ambas de un hecho punible y el investigado goza de ciertos derechos y principios constitucionales y garantías procesales tales como el derecho a la presunción de inocencia; a la defensa, el de contradicción, entre muchos otros que garantizan una igualdad de armas, transparencia y debido proceso exigidos en un Estado Constitucional de Derecho.

La temática que nos compete es la que versa sobre la reparación civil. Esta se genera cuando el ilícito penal ha causado daños ya sea al mismo agraviado del hecho punible o a terceros, distinguiéndose entre el sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción. Mientras no se haya constituido el actor civil el Ministerio Público goza del ejercicio de la acción civil, esta se ejercita paralelamente con la acción penal en un único proceso penal. Por ser ambas acciones ulteriormente distintas, el a quo deberá emitir pronunciamiento respecto a ambas pretensiones debidamente introducidas al debate plenarial.

Cabe destacar que en nuestro sistema acusatorio- adversarial se permite a la parte agraviada, aquella que ha sufrido un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial ocasionado por la conducta que se presume como hecho punible, decidir si se constituye como actor civil, dejando al representante del Ministerio Público sin legitimidad de la pretensión civil y únicamente con la acción penal pública en el proceso penal o si, por otra parte, exigirá su pretensión en la vía civil. Esta acción se dirige contra el investigado o contra el tercero civilmente responsables. Así, por ejemplo, cuando un taxista atropella a un peatón de manera negligente ocasiona un ilícito (lesiones culposas) como un daño (a la persona), por lo que el representante del Ministerio Público ejercitará la acción civil contra el taxista (investigado) y contra

el propietario del vehículo (tercero civil responsable) para que realicen el pago de la reparación civil a favor del agraviado.

Cabe considerar que no es necesario tener la fuerte sospecha de la existencia del delito para ejercitar la acción civil, solo se exige la mera sospecha para que el representante del Ministerio Público o el actor civil la ejerza en el proceso penal.

Durante el proceso penal el agraviado cuenta con el apoyo del Ministerio Público en cuanto a sus deberes y cargas probatorias; por lo que, al Ministerio Público le corresponde acreditar el hecho generador de la responsabilidad penal, así como de la responsabilidad civil. El fiscal durante la investigación preparatoria, por propia iniciativa o a solicitud de parte, está obligado a realizar las indagaciones necesarias para identificar y ubicar derechos embargables, bienes del imputado o del tercero civil, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la responsabilidad pecuniaria que deriven del delito; esto es, para efectos del pago de la reparación civil.

Para efectivizar el pago de la reparación civil, y a fin de que el investigado o tercero civilmente responsable no puedan eludirlo a través de transferencias o gravámenes de sus bienes, la ley procesal penal estableció instituciones procesales adecuadas para tal fin; como lo son las medidas cautelares reales: la medida de embargo, la de inhibición, el secuestro conservatorio, entre otros.

El proceso penal común se divide en fases, las cuales son concatenadas y preclusivas, esto es, para proceder a la siguiente es necesario cumplir determinados presupuestos legales. Estas fases son: la investigación preparatoria (que comprende a la investigación preliminar o diligencias preliminares y a la investigación propiamente dicha), la fase intermedia, el juzgamiento o fase de juicio oral y la fase de ejecución.

Analizaremos si nuestro actual Código Procesal Penal establece o no presupuestos legales para que el representante del Ministerio Público pueda incoar las medidas cautelares reales durante la investigación preparatoria, para que a través de una ejecución forzada se cumpla con el pago de la reparación civil.

Otro de los objetivos de esta investigación es determinar si debido a esta carencia legislativa no se hace efectivo el pago de la reparación civil.

DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Silva, citado por (Martin Diz, 2014), define que “la tutela judicial efectiva, comprende el acceso al órgano jurisdiccional, lo que conlleva a que se garanticen los derechos e intereses de todo ciudadano”.

Este derecho procesal se encuentra plasmado en el artículo 139, inciso 3), de la actual Constitución Política del Perú, que prescribe:

"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".

Del mismo modo, el articulo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, respecto a la tutela jurisdiccional efectiva prescribe: "Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses […]".

En tal sentido, tanto nuestra Carta Magna como nuestra legislación procesal civil desarrollan el derecho que tiene toda persona para requerir al órgano jurisdiccional a través de un proceso la satisfacción de un conflicto jurídico o de sus intereses.

Para el cumplimiento de este derecho no solo se debe garantizar un proceso imparcial y justo, sino que se haga efectivo el mandato de cumplimiento de la resolución judicial dictada en la etapa final.

Por ejemplo, en un proceso de obligación de dar suma de dinero, luego de que las partes hayan cumplido con realizar sus descargos y aportado las pruebas pertinentes y que el operador judicial haya dictaminado que se mande a pagar el monto solicitado; este debe ser efectivamente cobrado por la parte interesada.

No se puede dar plena confianza a los sujetos procesales si el interés que los conlleva a solicitar la tutela del órgano jurisdiccional no puede ser satisfecho por este.

Esta no es solo una realidad que afecta al proceso civil, sino a las demás ramas procesales del Derecho. Por ejemplo, en los procesos penales no se contempla como único fin la sanción al imputado de un hecho punible; sino además la restitución del bien afectado (ya sea la posesión del inmueble en casos de usurpación) o de no ser posible su restitución, la reparación civil por los daños causados ya sea a la integridad física o moral de la persona agraviada o de su patrimonio.

Por ello, una de las funciones y deberes del Ministerio Público que es el titular de la acción penal y, a la vez, de la acción civil cuando no se constituye un actor civil, es asegurar el pago por concepto de la reparación civil.

En esa misma línea el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, señala lo siguiente: "El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales […] la reparación civil […]"

Para cumplir con esa finalidad la legislación procesal penal ha otorgado instrumentos procesales al representante del Ministerio Público para que como titular de la acción civil pueda hacer efectivo el pago por concepto de la reparación civil a través de una ejecución forzada de los bienes afectados por las medidas coercitivas reales.

Por tales consideraciones, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se verá siempre afectado si culminado el proceso penal con una resolución judicial condenatoria que exija el pago de reparación civil, esta no se llega a efectivizar al no haber el representante del Ministerio Público incoado las medidas necesarias para su obtención.

En consecuencia, las medidas coercitivas reales exigen un alto razonamiento probatorio por parte del juzgador, que delimitará las pretensiones del debate entre las partes procesales, que se individualice los presupuestos legales exigidos por la ley procesal, y la debida fundamentación del representante del Ministerio Público para su imposición, modificación, desestimación, revocatoria o sustitución. Tal razonamiento deberá ser precisado por cada presupuesto legal – constitucional que exige la norma, para una correcta interpretación del derecho procesal penal.

LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

La investigación preparatoria es la primera fase del proceso penal común que se divide en diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha. Esta fase es dirigida por el representante del Ministerio Público cuyas actuaciones son revisadas por el juez de la investigación preparatoria al calificarlas o a petición de los demás sujetos procesales que ejercerán el control de legalidad de todos las diligencias.

Las diligencias preliminares tienen como propósito realizar los actos urgentes e inaplazables para determinar si se han suscitado los hechos objeto de incriminación y de carácter delictuoso; así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a los que resulten responsables e incluyendo a los agraviados.

El representante del Ministerio Público deberá determinar si el hecho denunciado constituye delito, si es justiciable penalmente o si existen o es evidente las causales de extinción de la acción penal previstas en la ley; caso contrario dispondrá a través de una disposición motivada el archivo liminar de la investigación.

Los objetivos de las diligencias preliminares son: (i) individualizar al investigado; (ii) identificar indicios reveladores de la existencia de la comisión de un hecho delictivo, (iii) que la acción penal no haya prescrito y, dependiendo del caso, (iv) satisfacer los requisitos de procedibilidad.

Una vez cumplido con estos objetivos el representante del Ministerio Público dispone formalizar y continuar la investigación preparatoria; para lo cual nuestro Código Procesal Penal en el artículo 336, inciso 2) prescribe:

> "2) La Disposición de formalización contendrá: a) El nombre completo del imputado; b) Los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso,

> consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación; c) el nombre del agraviado, si fuera posible; y, d) las diligencias que de inmediato deban actuarse."

En la investigación preparatoria el representante del Ministerio Público realizará una investigación exhaustiva, ya que no puede repetir las diligencias practicadas una vez formalizada la investigación. Lo que sí es posible es la ampliación de dicha diligencia siempre que se presente un grave defecto en su actuación o que deba complementarse con la adición de nuevos elementos de convicción.

Es importante resaltar que, aun cuando el fiscal determina las diligencias a realizarse con la colaboración de la Policía Nacional y de otras instituciones públicas, el juez de la investigación preparatoria como garante del debido proceso está a cargo del control de la legalidad del plazo procesal, las citaciones, así como de las decisiones que afecten derechos fundamentales de la persona.

Como expusimos, "la ley procesal regula todas las diligencias formales que deben de realizarse durante esta etapa, la actuación de los sujetos procesales y las medidas necesarias para alcanzar sus objetivos" (Sánchez, 2020, p. 159).

En consecuencia, la misma norma procesal ha preestablecido que el fiscal puede solicitar la concurrencia del investigado, del agraviado y de los testigos para que estos informen sobre la forma y circunstancias en que se suscitó el hecho materia de investigación. Asimismo, exigir información de funcionarios públicos o de cualquier particular, entre otras diligencias.

En esa misma línea, también la legislación procesal penal en su artículo 338, inciso 4), prescribe : "4. Cuando el Fiscal, […] deba requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias, la actuación de prueba anticipada o la imposición de medidas coercitivas, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente."

Por tales consideraciones, el representante del Ministerio Público debe expedir la disposición de formalización de la investigación preparatoria y, posteriormente, incoar ante el juez de la investigación preparatoria la medida coercitiva a aplicarse y será este último quien otorgue dicha medida.

LAS MEDIDAS COERCITIVAS REALES

Nuestro Código Procesal Penal vigente regula desde el artículo 253 y siguientes las medidas de coerción procesal, su finalidad, legitimación, etc.; así como cuáles son las medidas que el representante del Ministerio Público puede solicitar al órgano jurisdiccional con la finalidad de cumplir con los objetivos procesales penales.

En tal sentido, "Las medidas cautelares o de coercitivas cumplen la función de aseguramiento de los objetivos del proceso penal, que se aplica para casos taxativamente previstos en la ley y bajo determinados principios, principalmente los de necesidad, provisionalidad y proporcionalidad." (Sánchez, 2020, p. 372).

Las medidas coercitivas pueden ser de dos clases: personales y reales. Mientras que la primera incide en garantizar la presencia del investigado en la causa penal, la segunda versa en el patrimonio del sujeto agente o del tercero civil con la finalidad de impedir acciones destinadas a eludir la responsabilidad derivada del ilícito penal; como lo es el pago por concepto de reparación civil.

En el caso de atropello realizado por un taxista contra un peatón. Para evitar cumplir con el pago tanto el taxista como el propietario del vehículo se ponen de acuerdo para enajenar sus bienes a terceros como pueden ser el propio vehículo o el inmueble donde habitan y estos vuelven a vender los bienes, logrando con ello impedir se efectúe el mandato de pago emanado de la sentencia condenatoria.

El Acuerdo Plenario N° 06-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 señala en el fundamento decimosexto que "las medidas de coerción reales, son actos de autoridad, plasmados a través de una resolución jurisdiccional, y regidas por el principio dispositivo, mediante los cuales se asegura las consecuencias jurídicas económicas del delito y las costas procesales. Su reconocimiento legal es consecuencia de la acumulación de acciones: penal y civil, en el proceso penal".

Nuestra normativa procesal penal ha establecido diversos tipos de medidas coercitivas reales para que el representante del Ministerio Público las requiera al juez de la investigación preparatoria y los principios que rigen la imposición de medidas coercitivas que deben aplicarse en concordancia con el artículo 642 y siguientes del Código Procesal Civil.

En tal sentido, algunos de los principios que rigen las medidas coercitivas son la proporcionalidad, la provisionalidad, la taxatividad, la motivación de la resolución, la judicialidad, la variabilidad, la excepcionalidad y el respeto de los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad determina a los operadores jurídicos a incoar y conferir medidas coercitivas en función al peligro procesal y a la gravedad del hecho punible realizado. Por ejemplo, en un proceso por faltas por vías de hecho no se va a otorgar una medida de embargo sobre un vehículo o inmueble por no ser proporcional con el bien jurídico aparentemente vulnerado.

La imposición de una medida coercitiva real desde el punto de vista de este principio exigirá una triple subsunción en otros tres principios más, que se interrelacionan entre sí. Esto es, (i) la adecuación de las medidas pertinentes para la obtención del resarcimiento (función cautelar); (ii) la necesidad de la aplicación de estas medidas para conseguir el pago por concepto de reparación civil, esto es, que no exista otra alternativa que conlleve a tal propósito; (iii) la proporcionalidad en la imposición de esta medida debido a la vulneración de derechos constitucionalmente protegidos.

El principio de provisionalidad se rige por el tiempo estrictamente necesario que debe durar la medida coercitiva para alcanzar su finalidad. La ley regula el plazo máximo de duración. Por ejemplo, en el caso del archivo provisional de la investigación preparatoria, si con anterioridad se dictaron medidas coercitivas estas deben ser revocadas.

El principio de taxatividad hace referencia a que las medidas coercitivas a aplicarse deben estar establecidas en la norma procesal penal. El principio de motivación de las resoluciones judiciales exige que toda imposición de restricciones de derechos debe ser suficientemente motivada por el operador judicial respecto a aspectos como la medida a imponerse, el tiempo de duración, la finalidad a conseguir, los elementos de convicción que la sustente, entre otros.

El principio de judicialidad garantiza que las medidas coercitivas solo sean impuestas por el operador judicial a pedido del representante del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. Por ejemplo: solo el juez de la investigación preparatoria puede dictar medida de embargo, no pudiendo imponerla el Ministerio Público. El principio de variabilidad de la medida de coerción dependerá de la variación de los supuestos que justificaron la imposición de la misma.

El principio de excepcionalidad debido a que no deben aplicarse de manera genérica, solo en determinados casos cuando su aplicación es de gran necesidad para cumplir un fin. El principio de respeto de los derechos fundamentales es trascendental al momento de incoar una medida coercitiva porque debe otorgarse respetando el marco constitucional y los tratados internacionales; por lo que solo deben dictarse aquellas medidas derivadas de un proceso que haya garantizado el respeto irrestricto de los derechos que le corresponden al investigado.

Las principales medidas de coerción procesal que ha regulado nuestro Código Procesal Penal vigente son la medida de embargo, la orden de inhibición y el secuestro conservatorio.

La primera regulada en el artículo 302 y siguientes de nuestra legislación procesal penal afecta un bien o un derecho contra el investigado o el tercero civil, se inscribe por mandato judicial en los registros públicos con la finalidad ya antes mencionada de cumplir con el pago efectivo por concepto de reparación civil, así se enajene el bien o el derecho de terceras personas de manera posterior a la inscripción del embargo. El embargo persigue no a la persona sino al bien mueble o inmueble.

La orden de inhibición, artículo 310 del Código Procesal Penal, es incoada cuando no se conoce cuáles son los bienes del investigado o del tercero civil o porque estos no cubren el monto de la reparación civil; por lo que se requiere esta medida para que estos sujetos procesales no puedan disponer o gravar sus bienes. Esta medida al igual que la orden de embargo se inscribe en los registros públicos.

El secuestro conservatorio regulado en el artículo 312-A del citado cuerpo normativo se refiere a casos en los que se encuentra involucrado un vehículo motorizado. El representante del Ministerio Público

requiere al operador judicial la desposesión física del bien y posterior entrega a un custodio para asegurar el pago por concepto de la reparación civil.

Sin embargo, la norma procesal penal vigente también ha reconocido a la caución como medida coercitiva real, la cual está constituida como aquella imposición económica ordenada por autoridad competente debido al incumplimiento de determinadas reglas de conducta impuestas.

Conforme con la jurisprudencia uniforme, la limitación económica derivada de la caución funge como una alternativa de sujeción al proceso penal, que evitará el riesgo material de fuga o de obstaculización procesal.

El operador judicial deberá efectuar un pronóstico sobre la forma y circunstancias del proceso, para luego delimitar las obligaciones que deben realizarse. La identificación del punto de partida y el objetivo final para señalar las reglas de conducta a cumplirse.

La contracautela regulada en el artículo 303, inciso 2) del Código Procesal Penal, se encuentra intrínsecamente relacionada con la medida cautelar del embargo, esto es, para que este último se pueda realizar formalmente, se va requerir el pago dinerario para llevar a cabo su ejecución; es decir, de resarcir los agravios que pueda originar la aplicación del embargo, evitando un presunto desbalance entre la pretensión del actor civil frente a la afectación del imputado y su patrimonio.

"Desde esta perspectiva el monto y la graduación de la contracautela responde a la eventual responsabilidad del actor civil, por las costas, los daños y perjuicios, el grado de verosimilitud del derecho invocado y las circunstancias que se presente en el caso en concreto con abstracción del contenido patrimonial o extrapatrimonial de la pretensión o petición deducida". (Cáceres, 2017, p.111).

Por otro lado, los presupuestos procesales para dictar este tipo de medidas coercitivas son dos: el periculum in mora que significa peligro en la demora que versa sobre aquellas situaciones en las que el inaplicar la medida ocasiona un perjuicio, así como el fumus delicti comissi que significa la atribución del hecho punible a la persona investigada derivada de los elementos de convicción; cuando se compruebe una relación de causalidad entre el investigado o tercero civil con la medida adoptada.

Conforme a uniforme jurisprudencia, los magistrados en materia penal de la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, fundamento 16 se pronunciaron respecto a la finalidad de las medidas coercitivas: "Su finalidad estriba en asegurar el futuro cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas de la comisión del hecho punible, y de las penas pecuniarias y consecuencias accesorias, amén de las costas; es decir, de las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pueden declararse procedentes"

De esta manera, tanto la legislación procesal penal como la doctrina y jurisprudencia coinciden en que las medidas de coerción, ya sean personales o reales, deben ser requeridas por el representante

del Ministerio Público, quien las puede incoar de oficio o a solicitud de los demás sujetos procesales. Asimismo se deben cumplir los presupuestos de peligro en la demora y contar con suficiente elementos de convicción que permitan establecer una relación de causalidad entre el investigado o el tercero civil responsable con el hecho punible atribuido y la medida a aplicar. Entonces, el órgano jurisdiccional al momento de decidir la medida coercitiva tomará en cuenta los principios procesales ya mencionados y que rigen a este tipo de instrumentos procesales.

Al estar facultado para solicitar el resarcimiento del daño, el Ministerio Público también lo está para buscar el aseguramiento del pago de la reparación civil aplicando las medidas cautelares reales mencionadas, haciendo hincapié que el embargo es la medida cautelar directamente vinculada al aseguramiento del pago de la reparación civil.

Las medidas cautelares reales son de gran utilidad ante dicha realidad, pero también son una estrategia de prevención para privar al obligado o imputado de toda posibilidad disponer de sus bienes o de beneficiarse con el producto de los mismos, puesto que tales medidas recaen sobre personas naturales y personas jurídicas; por lo que se propone la dación de una ley que regule el modo, forma y plazo en que el obligado o imputado debe realizar el pago de la reparación civil.

FINALIDAD

De acuerdo con los presupuestos legales de cada medida coercitiva real y su propósito, sus principales objetivos son los siguientes: (i) La finalidad en concreto de las medidas coercitivas reales es el aseguramiento del derecho en sí mismo, la identificación del bien que será afectado y que esta afectación – si se emitiera un pronunciamiento absolutorio – pueda ser resarcida; (ii) Impedir la disponibilidad del patrimonio por parte del imputado o tercero que los ostenten en su esfera de dominio privada mediante acciones de frustración, para poder asegurar el resarcimiento económico a la parte agraviada; (iv) Impiden que se desvirtúe la ejecución del pronunciamiento condenatorio del juzgador durante todo el desarrollo del proceso penal; (v) Mecanismo accesorio a las medidas de coerción personal, como por ejemplo el pago de una determinada caución que guarda relación con la medida cautelar de comparecencia; (vi) Evita la prolongación de los efectos lesivos derivados del hecho punible, ejecución provisional de la pretensión civil derivada del hecho incriminatorio.

AUTO QUE DECLARA FUNDADA LA MEDIDA COERCITIVA REAL

Las medidas de coerción de carácter real afectarán el patrimonio de aquella persona inmersa en un proceso penal, con el propósito de impedir – mientras dure toda la investigación y el fiscal decida si emitir requerimiento acusatorio o de sobreseimiento- posibles acciones desplegadas por el imputado

que resulten perjudiciales en cuanto a las consecuencias patrimoniales del hecho delictivo materia de imputación fiscal.

Es competencia del juez determinar si los hechos materia de incriminación introducidos al debate plenarial fundamentan la pretensión incoada para la emisión del auto debidamente motivado, cumpliendo con la exigencia constitucional de las resoluciones judiciales, conforme al artículo 254, inciso 2) del Código Procesal Penal, bajo sanción de nulidad.

Para la emisión del referido auto, de acuerdo con Montero (2008), se requerirá: a) Descripción sumaria de los hechos incriminados, esto es, admitido el hecho como elemento determinante de la configuración del objeto del proceso y que el mismo no puede dejar de presentarse desde una cierta perspectiva jurídica, pues incluso el inicio de la fase del procedimiento preliminar depende de que se considere que ese hecho puede ser delictivo (…)". (p.331).

El hecho incriminatorio constará de un relato claramente diferenciado con las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores de acuerdo a lo suscitado en la realidad natural. El Ministerio Público delimitará los lineamientos que regirán la investigación, la subsunción típica del hecho atribuido, lo cual deberá guardar correspondencia con el hecho fáctico global y con la norma jurídica.

El operador judicial evaluará los hechos de la imputación fiscal, específicamente la credibilidad de los indicios reveladores obtenidos de la investigación y la pertinencia y conducencia de los medios prueba incoados para su actuación en audiencia de juzgamiento. Si del referido análisis de suficiencia se advierte la impetuosa necesidad de la imposición de una medida coercitiva real, tal análisis se prolongará para que se sustente lógicamente cada presupuesto legal de la determinada medida cautelar.

Debido a la restricción del derecho constitucional (patrimonio) del imputado versus el riesgo relevante que se persigue, la imposición de la medida coercitiva requiere que se fije un plazo razonable de dicha restricción dentro de un específico marco temporal fijado por la norma procesal.

Finalmente, la fundamentación jurídica – constitucional que ampara la pretensión del Ministerio Público la deberá efectuar el juzgador al sustentar su decisión, conforme al artículo 394 del Código Procesal Penal.

QUAMTUN DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS REALES

Existe una relación entre la imposición de la medida coercitiva y la función cautelar su aplicación, sobre todo la consecuencia económica derivada del hecho delictivo, por lo que es menester conceptualizar las siguientes aseveraciones:

El objeto de resarcimiento está compuesto por la reparación civil por la conducta dolosa o culposa derivada del hecho incriminatorio y la indemnización de acuerdo con el artículo 1969 del Código Civil y el artículo 93 del Código Penal. El daño patrimonial que afecta al bien jurídico protegido de la parte agraviada contiene el daño emergente, esto es, el perjuicio patrimonial causado por el delito y una eventual lesión a la salud o integridad física del agraviado, que también va requerir una compensación económica.

El lucro cesante constituye la frustración económica de la renta naturalmente obtenida, del cual la parte agraviada se verá restringida debido al bien jurídico lesionado por un tiempo indeterminado hasta su restitución. En este caso la carga de la prueba recaerá en el actor civil debidamente constituido o en el representante del Ministerio Público.

Por otra parte, tenemos el daño extra patrimonial que abarca la lesión a la integridad de la parte agraviada, esto es, su valor psicológico, moral, el proyecto de visda; lo que generará una afectación psicológica o psíquica debido a la lesión del bien jurídico protegido. En este caso el daño a la persona propiamente dicha abarca los gastos médicos, de salud, personales, terapéuticos y asistenciales, debido al menoscabo en la vida, salud o integridad física del agraviado.

En cuanto al daño moral, al honor o buena reputación del agraviado, que generaron un perjuicio en la libertad individual, tranquilidad y serenidad de la víctima, lo cual imposibilita su cuantificación económica, por lo que deberá determinarse equitativamente considerando la intervención del imputado, la gravedad de la afectación, el menoscabo del agraviado y las circunstancias personales y sociales; si existía algún vínculo de parentesco o afinidad entre el agraviado con el imputado.

Por lo tanto, será menester individualizar el perjuicio que haya sufrido la parte agraviada, para pretender que el pago por concepto de reparación civil satisfaga esa frustración generada.

CONCLUSIONES

A) El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se verá siempre vulnerado si culminado el proceso penal con una resolución judicial condenatoria que exija el pago por concepto de reparación civil, esta no se llega a efectivizar al no haber el representante del Ministerio Público incoado las medidas coercitivas reales necesarias para su obtención. Estas consisten en imponer por un plazo establecido en la ley de restricciones económicas de las rentas e intereses que pueda obtener el imputado del patrimonio objeto de la medida coercitiva real.

B) El representante del Ministerio Público no está obligado de acuerdo con la legislación procesal penal, doctrina y jurisprudencia a incoar medidas coercitivas; entre las cuales están las reales, que afectan los bienes y patrimonio del imputado o del tercero civilmente responsable durante la investigación preparatoria.

C) De acuerdo con la normatividad procesal penal, doctrina y jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, las medidas coercitivas reales tienen la finalidad de asegurar la efectividad del pago por concepto de la reparación civil, así como de las costas del proceso.

D) La resolución que declara fundada la solicitud de aplicar la medida coercitiva real formulada por el representante del Ministerio Público o del actor civil deberá estar debidamente motivada, especificando el cumplimiento o exigibilidad de cada uno de los presupuestos legales de la medida coercitiva real a imponerse, el plazo de duración, los fundamentos de hecho y derecho que la sustentan, los elementos de convicción que originan su imposición y la sustentación del menoscabo económico o daño extrapatrimonial originado a la parte agraviada.

BIBLIOGRAFÍA

1. Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116.
2. Acuerdo Plenario N° 06-2010/CJ-116.
3. Cáceres, R. (2017). Curso: Medidas de Coerción en El Nuevo Código Procesal Penal. Academia de la Magistratura, [En línea] Disponible en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/Legis.pe-Manual-de-medidas-de-coerci%C3%B3n-2017.pdf
4. Constitución Política del Perú de 1993.
5. Código Penal Peruano de 1991.
6. Montero Aroca, J. (2008). Proceso Penal y Libertad. Editorial Aranzadi. Navarra.
7. Nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004.
8. Código Procesal Civil peruano de 1993.
9. Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto Legislativo N°052.
10. Martin Diaz, F. (2014). Del Derecho a la tutela judicial efectiva.
11. Sánchez, P. (2020). El proceso penal. Editorial Iustitia S.A.C, Lima, Perú.



Mujeres con sombrillas - Oleo sobre lienzo 80 x 70 CM
Héctor Acevedo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6102

EL PRINCIPIO DE CONTROL JUDICIAL Y LOS PROCESOS DE FAMILIA

Loidith Victoria Ramírez Pezo[1]

RESUMEN

El presente ensayo estudia desde un caso concreto el principio de control judicial o supervisión judicial en los procesos de tenencia y régimen de visitas. Este control se impone en la sentencia a efecto de que el juzgador en la ejecución de sentencia y previo informe de las visitas físicas y/o virtuales, realizadas por él o por personal del equipo multidisciplinario opinadas e inopinadas, al advertir incumplimiento a la decisión judicial por parte del padre o madre que ejerce la tenencia y que al afectar el bienestar integral atenta contra el principio del interés superior del niño. En este caso, sin necesidad de que haya otro proceso, puede resolver sobre la variación de la tenencia o la modificación del régimen de visitas mediante una resolución debidamente motivada y fundamentada en el Derecho.

Palabras claves: principio de control judicial – principio del interés superior del niño – sentencia motivada – tenencia – régimen de visitas.

1 Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo. Magister en Derecho Civil Empresarial por la Universidad Privada Antenor Orrego. Juez superior provisional de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

ABSTRACT

The present essay is in charge of studying from a concrete case the principle of judicial control or judicial supervision in the processes of possession and regime of visits; Control that should be imposed in the sentence so that the Judge in execution of sentence and previous report of the physical and / or virtual visits, made by him or by personnel of the multidisciplinary team, opinion and unexpected, when noting non-compliance with the judicial decision by part of the father or mother who exercises custody, and who violates the principle of the best interests of the child, since it affects their integral well-being; Without the need for another process to resolve on the variation of tenure or the modification of the visitation regime; by means of a resolution duly motivated and based on law.

INTRODUCCIÓN

"SJL: Encuentran cadáver de niña de 5 años calcinada dentro de un cilindro".

Haciendo un recuento de los hechos el 17 de diciembre de 2020, Andrés Díaz denunció la desaparición de su hija, una niña que contaba 5 años de edad; luego de 12 días de búsqueda el 29 de diciembre de 2020 se reporta el hallazgo del cadáver calcinado de la niña dentro de un cilindro.

La historia de la pequeña víctima comienza con la separación de sus padres por falta de mutua comprensión. La tenencia de la niña fue otorgada a la madre Kelly Rojas Paúcar. Con el trnscurso del tiempo la madre adquiere un nuevo compromiso y es en estas circunstancias que el padre advierte el descuido en la crianza y cuidado de su hija, por lo que solicita a las autoridades la custodia de la menor. En estas circunstancias desaparece la menor y luego es hallada muerta y calcinada en un cilindro. Tras las investigaciones se determina que la niña muere cuando se encontraba con su madre, refiriendo ésta que la niña se encontraba jugando por las escaleras cuando murió después de golpearse la cabeza.

Tras el repentino fallecimiento de su hija, la madre solicita a su hermano y tío de la niña que le preste su vivienda ubicada en Jicamarca, a donde se dirige con su actual conviviente llevando una maleta de viaje en la que se encontraba el cadáver de su hija, con la finalidad el calcinarlo en un cilindro. La madre sufre quemaduras de segundo y tercer grado.

El padre de la niña, Andrés Díaz, ha referido que no veía a su hija y que la madre no dejaba que la viera, amenazando con matarla. Agrega que ha litigado por años para obtener la custodia de su hija, pero el proceso judicial se resolvió a favor de la madre, pese a que ésta había tenido dos denuncias por maltrato y abandono en agravio de su menor hija. Esta historia es frecuentes hoy en día y no solo en nuestro país sino en el mundo entero, evidenciando un grave problema que no está siendo afrontado adecuadamente por los sistemas jurídicos.

La familia está conformada por seres humanos unidos por afectividad, convivencia y estabilidad. Por esta razón es una institución protegida por el Estado. Existen diferentes clases de familia, para Enrique Varsi (2011, pág. 63) existen dos tipos de familia en nuestro Código Civil vigente, como son la familia matrimonial y la extramatrimonial. La sociedad ha reconocido diferentes tipos, como la familia nuclear, estirpe extensa; la familia reconstituida, el linaje monoparental, la familia paralela, etc.

En el caso de la niña víctima de su propia madre se advierte que ella formaba parte de una familia reconstituida, pues la madre luego de separarse del padre de la menor vuelve a comprometerse. Ahora bien, el padre inicia proceso judicial sobre tenencia de su menor hija, con la intención de que a él se le confiera la custodia y tenencia de la menor, pues por referencias de terceras personas y porque la madre había sido denunciada en dos oportunidades por maltrato infantil (abandono de menor) la madre no estaba cumpliendo debidamente con sus roles; sin embargo, luego de algún tiempo y pese a la documentación que sustentó su pedido le denegaron la tenencia de su menor hija y el juez de la causa decidió entregar a la niña a su madre.

LA TENENCIA, RÉGIMEN DE VISITAS Y EL PRINCIPIO RECTOR

Para Varsi (2011, pág. 274), la tenencia es una creación institucional que legitima a unos de los padres en la posesión de sus hijos cuando existe una separación de hecho. Al hijo le corresponde el derecho a tener una persona que le proteja de manera adecuada y le procure su bienestar. Por este motivo el régimen de visitas es el derecho que tiene el menor de tener una correspondencia afectiva adecuada con su padre o madre que no ejerza la tenencia.

El artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú señala que cuando existe una separación de hecho de los padres, la tenencia de los hijos comunes se debe determinar mediante un acuerdo que debería tomar en consideración el parecer de los hijos, siempre y cuando le sea favorable en su desarrollo biopsicosocial.

A falta de acuerdo, el juez de familia o juez mixto o el que haga sus veces tiene la obligación de resolver. El artículo 81 señala que se debe disponer las acciones que resulten ineludibles para su acatamiento; lo que dispone nuestra legislación es que el juez en uso de sus atribuciones debe asegurarse el cumplimiento de sus mandatos en favor del menor se cumplan; esto es, debe apreciar las circunstancias de cada caso para que el proceso logre su fin: el bienestar integral del niño, niña y adolescente.

Al expedir la sentencia, el juez debe hacer un recuento de los hechos y además valorar la documentación presentada por los justiciables cuando se presenta y contesta la demanda. Además debe valorar lo expuesto por el equipo multidisciplinario (trabajadora social, psicólogo, enfermera) y principalmente debe tener en cuenta lo que refiera o exponga el niño y/o adolescente en la audiencia, debiendo advertir

en cada caso las acciones del niño, la forma de expresarse y así tener una opinión de que es lo que le sería más favorable para su desarrollo biopsicosocial.

Así lo ha señalado la Corte Suprema en la Casación 74-2018, Lima (lp.pasion por el derecho, 2020), cuando refiere: "(…) sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que este demuestre cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres". De lo que se llega a inferir que el juez debe apreciar en la voluntad del menor un grado de madurez. Esta madurez la puede observar en la actitud que preste el menor de edad frente al juzgador, así como por ejemplo los conocimientos y expresiones que realice frente al magistrado; debiendo advertir el juzgador que en él no existe influencia de los progenitores, ni de terceras personas; lo cual le va permitir resolver con mayor claridad el caso.

Ahora bien, en los casos de régimen de visitas, el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 88 dispone que el progenitor al cual no se le otorgó la tenencia o no ejercita la patria potestad tiene derecho a realizar visitas a sus hijos, para lo que debe tenerse en cuenta el principio del interés superior del niño. Al igual que en el proceso de tenencia, a falta de acuerdo de los progenitores es el magistrado el que resuelve teniendo en cuenta lo expuesto por las partes, lo señalado por el equipo multidisciplinario y la referencia del niño y/o adolescente.

La Constitución peruana (Rioja, 2020) dispone en su artículo 4 que tanto la comunidad como el Estado deben protección especial al niño y al adolescente en situación de abandono porque en esta situación de vulnerabilidad pueden verse afectados sus derechos fundamentales. La Constitución asegura protección especial a los niños, lo que resulta exigible a todos los estamentos del Estado, sobre todo en las instituciones que tengan de alguna u otra forma que decidir sobre cuestiones y/o situaciones que pueden afectar su libre desarrollo directa o indirectamente. En cualquier caso siempre se debe tener en cuenta el principio del interés superior del niño.

Este principio implica toda clase de medidas de protección a favor del menor para lograr su bienestar, siendo así requiere en primer orden de la protección de su familia, la sociedad y del Estado.

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado en la STC 02132-2008-PA/TC que el principio rector en el caso de los niños se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y corroborada por nuestro Estado mediante Resolución Legislativa N.º 25278, que en su artículo tercero establece:

> "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas."

Así las cosas podemos deducir que todo niño, niña, adolescente tiene derecho a vivir en una familia, pues este vínculo interpersonal que otorga la familia sirve para el desarrollo integral de todos sus participantes, en especial de los niños dada su condición. Al reconocerle el derecho a la familia, también se le reconoce a que sea cuidado y criado por sus padres, quienes tienen el compromiso de velar por el bienestar y el disfrute de todos sus derechos, muy a parte de las otras obligaciones que les corresponden como padres en la relación familiar.

El derecho a gozar de una familia se relaciona mucho con hacer efectivo y mantener vigente todos los derechos del niño, puesto que la familia según la Corte Interamericana (Humanos, 2013) ocupa un lugar protagónico en la subsistencia del niño y su rol de "protección, cuidado y crianza". Esto también se vincula de modo particular con el derecho a la identidad, lo que no hace más que indicar que el niño es un sujeto al que se le ha reconocido derechos; por lo que sus padres son los primeros en velar porque sus derechos sean efectivos y se mantengan vigentes de manera integral. El Tribunal Constitucional ha precisado en la STC 4058-2012-PA/TC lo siguiente:

> "[...] los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tiene fuerza normativa superior no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea responsable de velar por sus derechos fundamentales."

Como se aprecia, el Tribunal Constitucional nos señala que la familia, la sociedad y el Estado son los que deben velar por los derechos fundamentales de los niños, siendo los padres quienes deben asumir esa responsabilidad directamente.

INCUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA

Como ya lo hemos explicado, cuando los padres se separan deben decidir sobre la situación de su menor hijo, esto es sobre la tenencia. ¿Quién de los dos debe ejercerla? y que, a falta de un convenio armonioso de los padres, el juez es llamado por ley a decidir sobre la tenencia del niño, debiendo tener presente que se trata de un sujeto de derechos y no de un objeto sobre el cual los padres entran en disputa.

¿Qué pasa si luego de haberse determinado judicialmente la tenencia a favor de uno de ellos, este incumple con su deber de protección? ¿Qué sucede cuando el padre o la madre incumple el régimen de visitas, en el entendido del deber de protección? El Código de los Niños y Adolescentes nos da la

respuesta en los artículos 86 y 91[2].

De los artículos citados podemos decir que cuando el padre o la madre que no ejerce la tenencia advierte que el progenitor al que se le ha concedido la tenencia del niño, no está cumpliendo debidamente con su rol de protección y de procurarle bienestar, claro que todo debidamente sustentado con los medios de prueba pertinentes, el Código señalado refiere que puede recurrir vía acción para que la situación de hecho del menor pueda cambiar; pero debemos tener en cuenta que para que varíe la tenencia debemos esperar que transcurran seis meses y para variar el régimen de visitas debemos hacer efectivo los apremios de ley; y frente a la demora de un proceso judicial en su trámite puede ser que resulte muy perjudicial para el desarrollo biopsicosocial del niño.

Ahora bien, la Convención Americana sobre los Derechos del Niño, en su artículo 9.1 dispone: *"Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño".*

Nótese que el citado artículo se refiere a que el niño puede ser separado de sus padres, pero si es que existe una reserva de revisión judicial por parte de las autoridades competentes, la separación se puede darse si resulta necesaria por interés superior del niño. Como se aprecia del citado artículo, la revisión está dirigida a las instituciones que albergan a niños; lo cual no solamente debe realizarse en el área administrativa, sino también verificando por que los niños se encuentren bien atendidos, procurando su bienestar.

Ahora bien, la reserva de la revisión judicial, conocida como principio de control o supervisión judicial, ha sido introducida en el Código de Responsabilidad del Adolescente en su artículo 152, el que señala que el Juez debe controlar periódicamente la evolución de la medida socioeducativa impuesta, con la finalidad de que la evolución de la misma no afecte el proceso de reinserción del adolescente a la sociedad; como se aprecia el control judicial o supervisión judicial de la sentencia se realiza a una institución que se encuentra a cargo del adolescente que infringió la ley penal, institución que debe velar no solo por el fiel cumplimiento de la sentencia, sino el de reinsertar al adolescente que infringió la ley penal a la sociedad.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, por Resolución Administrativa N.º 000374-2020-CE-PJ del

2 Art. 86.- Modificación de resoluciones. La resolución sobre Tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse como una nueva acción. Esta acción podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente.

Art. 91.- Incumplimiento del régimen de visitas. El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el Juez que conoció del primer proceso.

22 de diciembre de 2020, resolvió aprobar la Directiva N.º 021-2020-CE-PJ denominada "Protocolo del Régimen de Visitas Supervisado", la que tiene como finalidad supervisar las visitas ordenadas judicialmente, salvaguardando el contacto y la comunicación entre padres -que no ejercen la tenencia- e hijos. el Código de los Niños y de los Adolescente no lo estipula; sin embargo, se hizo necesaria por la pandemia que estamos atravesando.

El Código de los Niños y de los Adolescente, en efecto,no regula ningún tipo de control judicial o supervisión judicial en los casos de tenencia o régimen de visitas; y si bien el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes lo indica, el control se realiza a una institución y no en el domicilio de los padres que están a cargo de sus hijos.

El Código de los Niños y Adolescentes dispone que luego de realizadas todas las diligencias, el eiscal emita el dictamen correspondiente, luego del cual el juez debe proceder a expedir sentencia, otorgándole la tenencia del niño al padre o a la madre que le ofrezca un desarrollo integral; ejecutado el proceso, se dispone el archivamiento del caso. No existe un mecanismo o reserva de supervisión o control judicial para asegurar el bienestar del niño, niña o adolescente en el tiempo, y si este no se cumple puede ser modificado sin recurrir nuevamente a la vía judicial.

Así las cosas, la reserva de control judicial dispuesta por el juez de familia en la sentencia es para que la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra debidamente garantizada en el proceso. Esta decisión debe ser motivada; el juez debe ajustar su decisión a la pretensión del accionante, así como a lo expresado por las partes. De esta manera se evidencia el sometimiento del juez al imperio de la ley, logrando convencer a las partes de que actúa con justicia y para que no parezca una sentencia arbitraria, así como que garantiza el control de la resolución por las instancias superiores.

Una vez setenciado el proceso judicial sobre tenencia adquiere la calidad de cosa juzgada, por lo que resulta imposible reabrir el proceso. Para que el juzgador emita un nuevo fallo sobre la variación de la tenencia o modificación del régimen de visitas se debe esperar el plazo de seis meses o hacer efectivo los apercibimientos de ley; sin embargo, si el juez expone por qué es necesario el control judicial o supervisión judicial en una sentencia de tenencia o régimen de visitas podrá modificar su decisión, pues el mantenerla podría ser perjudicial para el niño, niña, adolescente que se encuentre comprometido dentro del proceso judicial, contraviniendo el principio del interés superior del niño.

El juez debe velar porque el proceso de tenencia y/o régimen de visitas se mantengan en el tiempo. Pero el padre o la madre que ejerza la tenencia no debe creer que ya adquirió un derecho para siempre; sino que frente a la responsabilidad encomendada por el Juez debe cuidar y criar a su hijo cumpliendo con sus obligaciones y no dejándolo en abandono o desprotección.

El juzgador debería fundamentar su decisión explicando con razones suficientes su decisión de aplicar o disponer en su sentencia el principio de control judicial o supervisión judicial, a efecto de que él y/o un personal del equipo multidisciplinario cumpla con realizar las visitas y presente un informe, con

la finalidad de salvaguardar los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente; y si advierte contravención por parte de los padres a los derechos del niño, deberá proceder a resolver en el mismo proceso una variación o modificación de la tenencia o régimen de visitas, inclusive podría derivar a un proceso sobre desprotección familiar.

Ahora bien, como la supervisión es un mecanismo para garantizar el bienestar integral del niño, la misma se realizará de manera física y/o virtual en el domicilio donde se encuentre el niño, niña o adolescente. La supervisión la podrá realizar el juez, así como el personal del equipo multidisciplinario, las visitas pueden ser programadas o inopinadas. Con ello evitaremos exponer al niño a un nuevo proceso judicial, evitando inclusive consecuencias fatales como el caso de la niña de 5 años encontrada muerta y calcinada a manos de su madre.

CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto, se pueden formular las siguientes conclusiones:

1. Los niños tienen derecho a vivir en una familia, en la cual se les brinde protección, además de garantizar sus derechos fundamentales; siendo los llamados a efectivizar tales derechos su familia, la sociedad y el Estado.
2. El principio del interés superior del niño no solo debe garantizar que el Estado disponga leyes o normas jurídicas que garanticen sus derechos, sino que además debe garantizar una interpretación que sea favorable a sus derechos.
3. En el Código de los Niños y de los Adolescentes no se encuentra estipulado el principio de control judicial o supervisión judicial.
4. A efecto de disponer una supervisión judicial o control judicial, al expedir sentencia el juez debe motivarla, argumentando debidamente el por qué de la supervisión, pues la finalidad en el tiempo de un proceso de tenencia y régimen de visitas es el bienestar integral del niño, niña o adolescente.
5. Con la disposición de la supervisión judicial o control judicial, evitaríamos recurrir vía acción a otro proceso judicial, exponiendo nuevamente al niño a incómodas situaciones personales.

BIBLIOGRAFIA

Liebman, E. T. (1945). *Eficacia y autoridad de la sentencia.* Buenos Aires: EDIAR.

lp.pasion por el derecho. (07 de diciembre de 2020). Obtenido de https://lpderecho.pe/tenencia-menores-voluntad-menor-maduro-adolescente-casacion-74-2018-lima/

Rioja, A. (2020). *Constitución Política del Perú.* Lima: Jurista Editores.

Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia* (Primera ed., Vol. 1). Lima: Gaceta Jurídica.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6103

EL SECUESTRO CONSERVATIVO COMO MECANISMO DE TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA VS EL DERECHO DE PROPIEDAD DE LOS TERCEROS DE BUENA FE

*Eliza Soledad Delgado Suarez[1]

RESUMEN

Este artículo contiene un estudio desmenuzado del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, revalidado por los derechos fundamentales al debido proceso y a la prueba, con lo que se ha establecido que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho amplio que revela el deber y la obligación constitucional de los órganos jurisdiccionales de velar en todo estadio por el respeto de los derechos fundamentales y constitucionales de las personas, hayan o no participado del proceso judicial, incluido el estadio de ejecución de las resoluciones judiciales. A partir de ello, se ha estudiado la medida cautelar de secuestro conservativo de bienes muebles en los procesos únicos de ejecución, determinando su fundamento jurídico y la forma de su ejecución, con lo que se ha dado una mirada integral a la problemática de su ejecución cuando surgen cuestionamientos a la propiedad de los bienes muebles objeto de secuestro conservativo, estableciéndose que tanto el juez de la causa como el secretario que se abocase a la ejecución de la medida cautelar deberán actuar dentro de parámetros de razonabilidad y proporcionalidad a efectos de no vulnerad el derecho de propiedad de los terceros de buena fe, para lo cual incluso tiene la obligación de relativizar el derecho a la prueba, permitiendo que dentro de cánones de razonabilidad el tercero de buena fe demuestre su derecho de propiedad y su naturaleza inalienable.

Palabras clave: Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, derecho al debido proceso, derecho a la prueba, ejecución de resoluciones judiciales, relativización, medida cautelar, secuestro conservativo, bienes muebles, idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad.

1 Abogada por la Universidad Privada Antenor Orrego con estudios de maestría

ABSTRACT

The article that will be developed below contains a detailed study of the right to effective judicial protection, revalidated by the fundamental rights to due process and evidence, with which it has been established that the right to effective judicial protection is a right broad that reveals the duty and constitutional obligation of the jurisdictional bodies to ensure, at all stages, respect for the fundamental and constitutional rights of individuals, whether or not they have participated in the judicial process, including the stage of execution of judicial decisions. Based on this, the precautionary measure for the conservative seizure of movable property in the single execution processes has been studied, determining its legal basis and the form of its execution, with which a comprehensive look has been given to the problem of its execution. when questions arise about the ownership of the movable property object of conservative seizure, establishing that both the judge of the case and the secretary who advocates the execution of the precautionary measure must act within parameters of reasonableness and proportionality in order not to violate the property right of third parties in good faith, for which it even has the obligation to relativize the right to evidence, allowing the third party in good faith to demonstrate their property rights and their inalienable nature within reasonable canons.

Key words: Right to effective judicial protection, right to due process, right to evidence, execution of judicial decisions, relativization, precautionary measure, conservative seizure, personal property, suitability, reasonableness, and proportionality.

I. INTRODUCCIÓN

Ante la posible declaración de improcedencia y/o infundabilidad de sus pretensiones jurídicas, los operadores del sistema de administración de justicia como primera reacción invocan la posible vulneración del derecho al debido proceso. También es usual que todos creamos saber (de pronto por simple deducción) qué es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y cuál es su aplicación. Sin embargo, en la realidad ello no es así, pues desde la doctrina pocos autores se detienen a reflexionar sobre la naturaleza jurídica del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en torno a sus problemas o discusiones, no obstante ser éste instrumento idóneo para la materialización de un orden justo de convivencia y objeto de espinosas controversias en cuanto a sus categorías fundantes.

Así, resulta muy afortunado e intelectualmente provechoso abordar la jurisprudencia nacional e internacional respecto a este tema, pues a través de dicho abordaje será posible resolver las problemáticas existentes tras el concepto y contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, cómo es posible su conocimiento y qué teorías persiguen encaminarlo hacia la producción de un derecho correcto y justo.

En consecuencia, el objetivo de este trabajo será no solo dar cuenta del contexto conceptual del derecho fundamental de tutela jurisdiccional efectiva, sino realizar un estudio vinculado de manera dialéctica

con la institución jurídica de la medida cautelar y más próximamente con la medida cautelar de secuestro conservativo en los procesos únicos de ejecución.

Analizar si es posible que esta institución cautelar última en determinados casos vulnere el derecho de propiedad del tercero de buena fe, dado que es frecuente dentro de la practica judicial encontrarnos con supuestos en los que los secretarios judiciales al momento de llevar adelante el secuestro conservativo se topan con el inconveniente de que tanto las características del domicilio donde se ubican los inmuebles objeto de secuestro como las personas que lo habitan no corresponden a las personas que han intervenido en el proceso judicial único de ejecución.

De esta manera surge una disputa entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante recurrente y el derecho a la propiedad del tercero de buena fe que se encuentra intervenido por la ejecución del secuestro conservativo. En esta investigación pretendemos esta disputa jurídica.

II. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL DEBIDO PROCESO EN EL MARCO DE LA EFICACIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Uno de los derechos fundamentales consiste en que cualquier persona puede recurrir a la justicia para ejercer su derecho de defensa, aportar pruebas, obtener una sentencia que se corresponda con los hechos actuados y el derecho invocado. Este derecho comprende, asimismo, que la sentencia sea ejecutada conforme a lo dispuesto por el órgano jurisdiccional de acuerdo a los principios del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva consagrados en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado.

La tutela jurisdiccional efectiva alude a la obligación que tiene el órgano jurisdiccional de resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustantivos y adjetivos de las partes, considerando que la finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia; y que esta es el resultado de la verdad procesal que emerge proceso desarrollado según los márgenes de idoneidad y razonabilidad. Cabe señalar que, en muchos casos, la verdad procesal resulta insuficiente para la solución justa y equitativa de la litis.

Corresponde al Juez garantizar el debido proceso, entendiéndose como el conjunto de derechos y garantías indispensables para que la sustanciación judicial de un conflicto de intereses se haga con respeto a la dignidad de la persona. El debido proceso es considerado un derecho humano y a la vez fundamental para garantizar la tutela jurisdiccional efectiva.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva está íntimamente vinculado con el supra principio denominado debido proceso. Al respecto la Corte Suprema ha establecido que:

> "El debido proceso tiene por función asegurar los derechos fundamentales consagrados en la constitución, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la

> tutela jurisdiccional de los derechos individuales, a través de un procedimiento legal, en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, de ejercer el derecho de defensa, de producir pruebas y de obtener una sentencia que decida la causa dentro de un plazo preestablecido en la ley procesal". (Cas. No. 3202-2001-La Libertad, El Peruano, 01.01-2002 p. 8944). "El debido proceso es el conjunto de garantías que protegen a los ciudadanos sometidos a cualquier cuestión litigiosa, con el fin de asegurarles una cumplida y recta administración de justicia, en orden de procurarles seguridad jurídica y al hecho que las decisiones se pronuncien conforme a derecho".[2]

El derecho fundamental al debido proceso se encuentra consagrado en instrumentos internacionales, entre ellos, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y los artículos 1 y 8 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Al respecto, la honorable Corte Constitucional ha señalado que:

> "es un derecho constitucional fundamental, instituido para proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo de las actuaciones procesales, sino en las decisiones que adopten y puedan afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellas".[3]

También lo ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley.

Así se puede concluir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso se conjugan y se retroalimentan para dar protección efectiva a los derechos fundamentales y constitucionales de las personas, pues toda decisión que pretenda ejecutarse por imperio de un mandato judicial obtendrá legitimidad siempre y cuando se haya dado en irrestricto respeto de dichos derechos fundamentales. El respeto de estos derechos fundamentales garantiza, además, la ejecución de la sentencia, pues si no cumple con estos estándares mínimos aquella puede devenir en inejecutable.

2 Casación No. 1491-1999-Ica, El Peruano, 02.05-2002.

3 Sentencia C-214 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell

III. EL DERECHO LA PRUEBA Y SU RELATIVIZACIÓN DENTRO DE UN CONTEXTO DE RAZONABILIDAD E IDONEIDAD DURANTE TODO EL ITER DEL PROCESO JUDICIAL

La función prioritaria del juez en el proceso es velar por la vigencia real y efectiva de los derechos y principios jurisdiccionales que subyacen expresa o tácitamente en nuestra Constitución; entre los cuales el derecho al debido proceso que favorece a los justiciables (artículo 139 inciso 3 de la Constitución). Este derecho constitucional alberga otros derechos de naturaleza procesales o sustancial, entre los cuales se encuentra el denominado "derecho a la prueba", el cual obliga al ente jurisdiccional a apreciar y examinar las pruebas determinantes para el proceso y confrontarlas entre sí, puntualizando las concordancias o discordancias existentes entre ellas y concluyendo en el convencimiento que se forma luego del análisis global de las pruebas[4].

No valorar debidamente o no realizar análisis alguno de las pruebas determinantes implicaría una vulneración al derecho de la prueba. Esto se reflejaría en sentencias basadas en premisas erróneas en las que el juez alega hechos inexistentes e incluso afirma y da validez a hechos contrarios a las normas jurídicas o sin tener cuenta el contexto.

La finalidad de los medios probatorios es acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. En el tomo I de su obra Comentarios al Código Procesal Civil, Alberto Hinostroza Minguez (2006: 399) señala que "(…) la finalidad de la prueba más que alcanzar la verdad material o la indagación de la realidad de la que versa una litis, es formarle al juzgador convicción sobre las alegaciones que las partes afirman son situaciones ciertas y concretas (hechos). Tal convencimiento le permitirá a aquél tomar su decisión y poner así término a la controversia. En ese sentido se pronuncia Cardoso Isaza al afirmar que "…el fin de la prueba consiste en dar al Juez convicción suficiente para que pueda decidir con certeza sobre el asunto materia del proceso…".

En la STC 010-2002-AI/TC, respecto al "derecho a la prueba" el Tribunal Constitucional refiere que dicho derecho forma parte de manera implícita del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva debido a que los justiciables están facultados para presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos.

Este derecho comprende cinco derechos específicos: (i) El derecho a ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente, salvo excepciones legales; (ii) El derecho a que se admitan las pruebas pertinentes

4 Ver Casación 3380-2014 Cusco publicado en el diario oficial El Peruano 30.06.2016

ofrecidas en la oportunidad de ley; (iii) El derecho a que se actúen los medios probatorios de las partes admitidas oportunamente; (iv) El derecho a impugnar –oponerse o tachar- las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regular de ésta; (v) El derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas admitidas y actuadas legalmente, esto es conforme a las reglas de la sana crítica, la que tiene como fin darle consistencia y legitimidad a la decisión del juez en la sentencia[5], evitando actos subjetivos y arbitrarios por parte del órgano jurisdiccional[6].

Así, pues, la función jurisdiccional básica de un juez es resolver un conflicto mediante una sentencia debidamente fundamentada, en la que en su parte considerativa el juez expone las valoraciones esenciales y determinantes de los medios probatorios admitidos y actuados en el proceso. El mecanismo de valoración de las pruebas consiste en la apreciación razonada del magistrado durante la admisión, actuación y valoración de los medios probatorios ejerciendo su independencia jurisdiccional y sin transgredir el derecho de defensa de las partes procesales.

El derecho a la prueba no solo comprende el aporte de pruebas en el estadio procesal de la demanda y de la contestación de la demanda, sino que se extiende a la fase de ejecución de la resolución judicial puesto que en estas etapa muchas veces surgen diversos problemas que pueden devenir en situaciones de inejecutabilidad material o resultar lesivas contra el derecho de terceros, los cuales pueden no haber participado en el proceso judicial. En estos casos la legalidad y el formalismo de la postulación de la prueba serán relativos, dado que el Juez de ejecución tiene la obligación constitucional de otorgar la oportunidad de defenderse a quienes puedan verse perjudicados con el ejecución de la decisión judicial. De esta manera los sujetos procesales (surgidos en la ejecución de la resolución judicial) podrán ejercer plenamente su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que comprende la valoración de sus alegatos, la admisión de pruebas y su valoración en un contexto de razonabilidad y proporcionalidad, considerando que el derecho de defensa puede ser cautelado de modo subsidiario y/o alterno cuando el sujeto procesal no participa del proceso judicial.

---

5 Ver Casación 1854-2010- del Santa, publicada en el diario oficial El Peruano el 03.11.2011. En igual sentido se ha expresado el Tribunal Constitucional en el Exp. No.6712-2005-HC/TC, al señalar: "(…) En contenido del derecho a la prueba se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida".

6 Así ha quedado establecido por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, en la Casación 261-99-ICA, publicada en el diario oficial El Peruano: "(…) si el derecho a probar, como establece el citado Artículo 188 del Código Adjetivo tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes, resultaría una "garantía ilusoria y meramente ritualista" si el juzgador no apreciará adecuadamente (razonadamente), el material probatorio, dando lugar a una sentencia irregular o arbitraria, la cual señala el profesor Morello, consuma un estudio parcial, ilógico o inequitativo del caudal fáctico; en particular si prescinde de una visión de conjunto y correlacionada de la prueba, no traduciendo por ende una apreciación crítica de ella y que una labor aislada de las probanzas, sin integrarlas ni armonizarlas en su conjunto, padecerá de arbitrariedad ".

IV. LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN LOS PROCESOS UNICOS DE EJECUCIÓN

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva constituye un derecho fundamental de todo acreedor en una relación obligacional, a efectos de exigir el cumplimiento de una obligación en caso de renuencia o incumplimiento por el deudor. En este caso se ha previsto el proceso único de ejecución que no está exento de cumplir las garantías mínimas que implican este derecho continente (el de tutela jurisdiccional efectiva y el del debido proceso). Una de las manifestaciones de esto es el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos. En la sentencia N°1939-2011-PA/TC el propio Tribunal Constitucional ha señalado que la efectividad de toda sentencia o auto final firme es consustancial al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso.

Como expresión del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales surgen las medidas cautelares, ya que según Manuel Cerra Dominguez y Francisco Ramos Méndez Francisco "estas medidas consisten esencialmente en el aseguramiento del derecho afirmado mientras es discutido en el proceso para mantenerlo íntegro en fase ejecutiva una vez reconocido en la sentencia judicial o auto final con efectos de cosa juzgada…"[7] (Chamarro Bernal, s.f.)

En las sentencias N° 023-2005-PI/TC y N°1206-2006-PA-TC el Tribunal Constitucional ha reconocido que tanto las medidas cautelares como las medidas de ejecución están permitidas fuera y dentro del proceso, atendiendo a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, y verosimilitud del derecho.

V. EL SECUESTRO CONSERVATIVO Y LA IMPOSIBILIDAD DE SU EJECUCIÓN: ABORDANDO LA PROBLEMÁTICA EN CUESTIÓN

El acto procesal de ejecución del secuestro conservativo debe darse conforme a los términos del artículo 641 del Código Procesal Civil:

> La ejecución de la medida será realizada por el secretario respectivo en día y horas hábiles o habilitados, con el apoyo de la fuerza pública si fuese necesario. Puede autorizarse el descerraje u otros actos similares, cuando el caso lo justifique. De esta actuación el auxiliar sentará acta firmada por los intervinientes y certificada por él. En su caso, dejará constancia de la negativa a firmar.

7 Chamarro Bernal, F. (s.f.). La tutela judicial efectiva. Barcelona: Comte d´Urgell.

El secuestro debe ejecutarse dentro del marco constitucional de razonabilidad y de respeto del derecho de las partes e incluso de terceros, ya que todo acto de poder, incluido los actos materiales, deben darse dentro del parámetro del respeto a los derechos fundamentales de las personas, en el contexto del principio de supremacía constitucional; ergo, ello implica que se deberá respetar el derecho de propiedad de terceros (artículo 2 inciso 16 de la Constitución) y se deberá ejecutar sobre los bienes estrictamente de propiedad del deudor

El secretario debe actuar dentro del marco de razonabilidad y proporcionalidad, ya que en dicha ejecución pueden cometerse excesos que pueden afectar a terceros. El mismo código establece dicho riesgo al momento de ejecutar, puesto que reconoce como argumento la contracautela y figuras como las desafectaciones (artículo 624 CC) y tercerías (artículo 533 CPC), así como también se pueden generar indemnizaciones (artículo 621 CPC) por afectarse bienes de terceros. El segundo párrafo del artículo 623 del CPC permite la posibilidad de suspender la ejecución de una medida cautelar cuando se genere una oposición al cambio de domicilio y se cumpla lo dispuesto en el artículo 40 del CC. La norma no ha previsto que muchas veces el tercero ajeno a la relación obligación no tiene conocimiento del proceso, y pese a ello, se le exige demostrar cambio de domicilio cuando esta responsabilidad es específica del deudor. El secuestro de bienes muebles cuya propiedad es de terceros ajenos a la relación sustantiva obligacional constituye un gran problema en la práctica judicial.

En los procesos únicos de ejecución, basados en su mayoría en títulos valores como letras de cambio, cheques, pagares, entre otros, por el principio de literalidad y conforme al artículo 66.1 de la Ley de Títulos Valores 27287 se notifica a la parte ejecutada en el domicilio que se consigna en el título valor y ante la devolución de la cedula de notificación por parte de un tercero ajeno al proceso, el órgano jurisdiccional procede conforme al artículo 40 del Código Civil. Este artículo señala que:

> El deudor deberá comunicar al acreedor el cambio del domicilio señalado para el cumplimiento de la prestación obligacional, dentro de los treinta días de ocurrido el hecho, bajo responsabilidad civil y/o penal a que hubiere lugar. El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional con el acreedor están facultados para oponer a éste el cambio de su domicilio. La oponibilidad al cambio de domicilio se efectuará mediante comunicación indubitable.

Y declara improcedente dicha devolución, argumentando que el Código Procesal Civil no contempla la figura de devolución de cédula y que por tanto se procede conforme al artículo 66.1 de la Ley de títulos valores N° 27287 y al artículo 40 del Código Civil, y se dispone que se continúe notificando en el domicilio que figura en el título valor. En estos casos se advierte muchas veces que dicho tercero ajeno al proceso devuelve la cédula de notificación indicando que el ejecutado hace muchos años era su inquilino y que ya no vive en el inmueble de su propiedad. Asimismo se advierte que en muchos casos el tercero ajeno al proceso acredita que es propietario de dicho inmueble adjuntando su partida registral respectiva, con lo que acredita que efectivamente es el propietario del inmueble donde se vienen notificando los actuados del proceso único de ejecución.

El problema se suscita cuando, ya sea en el trámite o en la ejecución de dicho proceso y a fin de asegurar el cumplimiento de la obligación, la parte ejecutante solicita se le conceda la medida de secuestro conservativo de bienes muebles, solicitando que dicha medida se ejecute sobre los bienes muebles que se encuentran en el domicilio que se consigna en el título valor materia de ejecución. En este caso el órgano jurisdiccional (juez) le concede la medida de secuestro conservativo de bienes muebles, que en la práctica viene siendo ejecutada en el domicilio que figura en el titulo valor.

El problema surge cuando comienzan a ejecutarse medidas cautelares antes, durante o incluso en la ejecución del proceso único de ejecución, y el título valor consigna el domicilio en que el ejecutado habitaba en el momento en que contrajo la obligación, sin embargo dicho deudor ya no domicilia en el mismo lugar y en su lugar ahora vive un tercero. Hay casos en los cuales cuando se suscribió el título valor, el deudor vivía en el lugar que consignó como su domicilio en calidad de usufructuario, arrendatario, tenedor, vigilante, entre otros, pero que la misma figura ya no se da en el momento que se inicia el proceso único de ejecución, originándose el problema para el tercero ajeno a la relación obligacional, el cual se encuentra actualmente en posesión del inmueble ya sea como propietario, arrendatario, tenedor, usufructuario, entre otros, y el cual posee en propiedad sus bienes muebles, muchos de los cuales no cuentan con documentos que sustenten o acrediten dicha propiedad.

No obstante, no es necesario acreditar la propiedad de estos bienes, toda vez que de acuerdo a nuestro sistema jurídico la propiedad de los bienes muebles se perfecciona con la traditio. Muchos abusos procesales se consuman debido a que los jueces y secretarios judiciales aplican el criterio casi uniforme de que los bienes muebles que se encuentran en el inmueble son de propiedad del deudor (presunción contraria a ley). Esta presunción o criterio que asumen los secretarios o los jueces colisiona con la presunción legal establecida en el artículo 947 del Código Civil que prescribe: “La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente”, lo cual genera toda una problemática al momento de la ejecución de los secuestros conservativos de bienes de terceros, demostrándose que con esto se genera un vacío o defecto de cómo debería procederse frente a la ejecución de las medidas de secuestro conservativo por parte del juez o secretario.

En estos casos, la función protectora de los derechos constitucionales de los jueces y secretarios se encuentra en su pico de exigibilidad más alto, por lo que su actuación debe darse de modo idóneo, razonable y proporcional. Jueces y secretarios están obligados a dotar al tercero de buena fe de un momento y una oportunidad procesal para ejercer su derecho a la prueba, a efectos de demostrar que los bienes muebles objeto de secuestro le pertenecen su persona y no al deudor ejecutado. Esto con la mayor flexibilidad y razonabilidad que cada caso concreto amerite, de tal manera que el ejecutante recurrente tiene el derecho de poder desvirtuar lo manifestado por quien asegure ser un tercero de buena fe. Esta es la única manera de no afectar tanto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante como del tercero de buena fe.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

La ejecución de los secuestros conservativos ordenados en los procesos únicos de ejecución, en algunos casos puede resultar lesiva para el derecho de propiedad de los terceros de buena fe. El álgido problema surge de la colisión entre el derecho a la tutela jurisdiccional de los ejecutantes recurrentes y el derecho a la propiedad de los terceros de buena fe. La ejecución desmesurada de la orden judicial puede ocasionar embargos de bienes muebles que no pertenecen al deudor obligado sino a un tercero que resulta ajeno a la litis, quien por el solo hecho de encontrarse habitando el inmueble donde supuestamente se ubican los muebles objetos de secuestros se verá privado de su derecho de propiedad, pues si el órgano judicial no actúa con prudencia, idoneidad y dentro de la razonabilidad se le despojará de sus bienes mueles sin posibilidad de recuperarlos debido a que la constancia de la titularidad del derecho de propiedad de bienes muebles (facturas, boletas, etc) no son conservadas por los ciudadanos de a pie.

Para evitar estas situaciones los operadores de justicia deberán actuar con prudencia y bajo cánones de razonabilidad, analizando en cada caso la viabilidad o no de la ejecución del secuestro conservativo para garantizar el respeto irrestricto del derecho de propiedad de los terceros de buena fe. El juez y el secretario de ejecución deberán relativizar el derecho a la prueba y los momentos procesales con la finalidad de viabilizar el debate entre el ejecutante y el tercero de buena fe, a efectos de determinar si es posible o no la ejecución del secuestro conservativo de bienes muebles sin generar perjuicio al derecho de propiedad de terceros, disponiendo a su vez y según sea el caso la ejecución o inejecución del secuestro conservativo.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bustamante Alarcón, R. (2003). “El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo”. Citado por Javier Dolorier torres en “Diálogo con la Jurisprudencia”. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Chamarro Bernal, F. (s.f.). La tutela judicial efectiva. Barcelona: Comte d´Urgell.

Hinostroza Minguez, Alberto (2006). Comentarios al Código Procesal Civil, 2da. Edic., Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

Convención Americana de Derechos Humanos

Constitución Política del Perú

Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos emitida en fecha 5 de octubre del 2015 – caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador.

Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 010-2002-AI/TC emitida en fecha 3 de enero del 2003

Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 01773-2016-PHC/TC, de fecha 5 de julio del 2019

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0090-2004-AA/TC emitida el fecha 5 de julio del 2004

Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N°03997-2013-PHC/TC, LIMA NORTE, de fecha 24 de noviembre del 2015

Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 03368-2019-PA/TC-ICA, de fecha 5 de marzo del 2020.

Casación 3380-2014 -Cusco- publicada en el diario oficial El Peruano 30.06.2016

Casación No. 1854-2010- del Santa, publicada en el diario Oficial El Peruano el 03.11.2011

Sentencia C-214 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell



Pasiones controladas-Técnica mixta -120 x 120 cm
Héctor Acevedo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6104

IMPACTOS DE LA BAJA RECAUDACIÓN DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL LOS BAÑOS DEL INCA – CAJAMARCA EN EL BIENESTAR DE LOS CIUDADANOS 2018 – 2020

Eduardo Alfredo Quiroz Marín

RESUMEN

Este proyecto de investigación tuvo como interrogante ¿Cuáles son las características de la recaudación tributaria de los contribuyentes de la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca – Cajamarca en los años 2018 -2020? El objetivo fue determinar las características de la recaudación tributaria de los contribuyentes de la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca – Cajamarca en los años 2018 -2020. La investigación fue una investigación descriptiva, con un diseño que corresponde al descriptivo no experimental; así como también se trabajó con una población constituida por algunos contribuyentes de la Municipalidad distrital de Los Baños del Inca - Cajamarca y una muestra no probabilista constituida por 50 contribuyentes.

Para obtener información respecto de la variable de estudio se utilizó la técnica de la encuesta en su modalidad de cuestionario, a partir del cual se presentan los resultados aplicando la estadística inferencial y descriptiva, usando tablas y gráficos.

Del análisis de los resultados podemos concluir que la cultura tributaria de los contribuyentes de la Municipalidad Distrita del Baños del Inca es deficiente.

Palabras claves: Cultura tributaria, contribuyentes, municipalidad

ABSTRACT

In the research project, the following statement was asked as a question: ¿What are the characteristics of the tax collection of the taxpayers of the District Municipality of Los Baños del Inca - Cajamarca in the years 2018 -2020? Under this orientation, the objective of the investigation was to determine the characteristics of the tax collection of the taxpayers of the District Municipality of Baños del Inca - Cajamarca in the years 2018 -2020. For the development of the project, the research level was a descriptive research, with a design that corresponds to the descriptive non-experimental one; as well as working with a population that was made up of some taxpayers from the district Municipality of Baños del Inca - Cajamarca and a non-probabilistic sample which was made up of 50 taxpayers.

Likewise, to obtain the information regarding the study variable, the survey technique was used in its questionnaire modality, from which the results are presented by applying inferential and descriptive statistics, that is, using tables and graphs.

From the analysis of the results among the first 2 specific objectives the tax culture in the taxpayers of the District Municipality of Baños del Inca, we can state that both coincide in several negative aspects, thus concluding that the tax culture is deficient in both realities

Keywords: Tax culture.

I. INTRODUCCIÓN

La cultura tributaria en nuestro país es un deber de todos ya que con ese dinero muy bien utilizado se construirán las obras necesarias para obtener una mejor calidad de vida de los habitantes.

Lo importante es que ese dinero sea muy bien utilizado porque el mayor problema que afrontan los contribuyentes es la falta de confianza en el uso y empleo de estoa recursos por sus autoridades.

Hoy por hoy la corrupción en el Perú campea en todas las entidades del estado peruano y las municipalidades no son ajenas a este flagelo, por lo que se ven obras de segundo nivel que no son de primera necesidad y en las que se invierte todo el dinero recaudado con el pago de los impuestos.

En la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca hay incumplimiento de pagos de los impuestos por el mal uso que se da al dinero recaudado generando desconfianza en el pago y por la situación económica precaria en que se vive debido al poco turismo producto de la pandemia que nos aqueja. Por estas razones solo pueden realizarse pocas o escasas obras públicas en beneficio de la población.

La investigación permitirá plantear recomendaciones efectivas y eficientes con la finalidad de crear una conciencia tributaria en la población y elegir autoridades probas que hagan un uso eficiente de este dinero en obras necesarias para mejorar la calidad de vida de la población.

El enunciado principal del problema de investigación es el siguiente: ¿Cuáles son las características de la baja recaudación tributaria de los contribuyentes de la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca en Cajamarca en el año 2018 – 2020?

Para dar respuesta al problema de la investigación se ha planteado el siguiente objetivo general:

Analizar las características de la recaudación tributaria de los contribuyentes de la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca - Cajamarca en los años 2018 - 2020.

De igual manera nos hemos planteado los siguientes problemas específicos que nos ayudarán a obtener una respuesta mucho más convincente en esta investigación.

- Analizar las características de la cultura tributaria del contribuyente del Perú.
- Identificar las características de la cultura tributaria de los contribuyentes de la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca – Cajamarca en los años 2018 – 2020.
- Realizar un análisis comparativo de las características de la cultura tributaria de los contribuyentes del Perú y de los Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca – Cajamarca en los años 2018 – 2020.
- Crear una propuesta de mejora de la cultura tributaria de los contribuyentes de la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca – Cajamarca en los años 2018 – 2020.

JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La primera razón por la que justificamos nuestra investigación es el sostenimiento de los gastos públicos, pues hay gastos corrientes que las Municipalidades debe cancelar todos los meses. La principal fuente de ingresos públicos son los tributos y dentro de estos los impuestos, los cuales deben ser muy bien utilizados con la finalidad de crear confianza en los contribuyentes y así poco a poco ampliar la base tributaria.

Otra finalidad muy importante es la redistribución de la renta. Para ello se debe establecer la obligación de pagar en función de la capacidad económica. El impuesto debe ser diferenciado, no puede ser que los más empobrecidos paguen igual que los que tienen mayores posibilidades de hacerlo. Asimismo la Municipalidad debería otorgar beneficios al buen pagador.

Los tributos son importantes para el desarrollo sostenible de una ciudad, pues son los únicos recursos con los que cuenta una Municipalidad para poder hacer obras de primer nivel y mejorar la calidad de vida de sus pobladores.

La tributación bien orientada, justa y diferenciada fortalece la democracia y la rendición de cuentas clara, precisa y muy bien fundamentada por parte de los gobiernos. Además incentiva la participación

ciudadana en los procesos políticos, instando a que los ingresos tributarios se inviertan de una manera inteligente en la consecución del bien común en beneficio de todos los ciudadanos.

VARIABLES

Variable independiente: Recaudación tributaria

Definición

Aquella parte de los ingresos públicos que obtienen las distintas administraciones públicas a través de la exigencia de los tributos, establecidos de forma unilateral por el Estado a consecuencia del poder fiscal que el ordenamiento jurídico le ha conferido.

Limitaciones de la Investigación

La limitación más importante de la presente investigación es obtener la fidelidad y veracidad de los datos. Esta limitación es considerable por tratarse de un tema económico que denota mucha responsabilidad tanto del municipio por el uso de este dinero como por la morosidad del vecino, lo que denota falta de confianza e irresponsabilidad.

Otra limitación la constituye el tamaño de la muestra: (50) contribuyentes a los que se les aplicará la encuesta en su modalidad de cuestionario, lo que no posibilitará generalizar los resultados a obtener.

Antecedentes de esta investigación

Schneider (2017) en su tesis doctoral denominada *La participación ciudadana en los gobiernos locales: contexto político y cultura política*. Buenos Aires y Barcelona. Esta investigación nos indica que la participación ciudadana en la marcha de las ciudades es muy importante mediante el pago de los tributos e impuestos de manera seria y eficiente y, sobre todo, puntual. Las autoridades serias y competentes deben emplear muy bien ese dinero en obras de primera calidad y necesarias para toda la ciudadanía. La cultura tributaria es muy importante en todos los ciudadanos y esta se gana cuando hay confianza en las autoridades, lo que genera puntualidad en el pago de los impuestos.

Martínez (2016) señala que el contribuyente cumple con el pago de impuestos cuando siente confianza y le da credibilidad a quien es responsable de administrar sus aportes.

El contribuyente analiza y observa en qué se invierte su dinero. Si este se destina a obras de bien común para la solución de necesidades básicas y el bienestar de la población adquirirá cultura tributaria y seguirá abonando sus tributos municipales. La confianza y la responsabilidad de los contribuyentes es muy importante y elemental en este tipo de cobranzas municipales.

Del Águila & Sánchez (2016) en su tesis denominada Factores que influyen en los contribuyentes frente al incumplimiento del pago del impuesto predial en la Municipalidad Distrital de Morales, periodo 2013.

Hay una serie de factores que influyen en los contribuyentes y estos pueden ser internos y externos:

Entre los factores internos el principal es la confianza y el buen uso de los impuestos en obras de bien común y de beneficio para toda la ciudadanía. Y entre los factores externos la mala situación económica, agravada por la pandemia, que genera morosidad. Los Baños del Inca, un lugar netamente turístico, está afectado en un 100% lo que genera falta de pagos de los contribuyentes a la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca - Cajamarca.

Rodríguez (2015) también considera que las acciones de los contribuyentes se originan a partir de lo que perciben sobre el desempeño de sus autoridades. Cita el caso del Perú donde el estado peruano se caracteriza por ser corrupto e incapaz en el manejo de la economía.

La hipótesis de la investigación fue: Las características de la recaudación tributaria de los contribuyentes de la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca en Cajamarca 2028-2020. Respecto a los métodos, procedimientos y técnicas e instrumentos a emplear en la investigación, una vez demostrada su validez y confiabilidad podrán ser utilizados en otros trabajos de investigación similares al presente. Nunca una investigación es definitiva.

Marca (2017) sostiene que cuando el conocimiento tributario influye en la mente de los contribuyentes se genera la decisión de cumplir voluntariamente el pago de los impuestos. Por tanto, al profundizar en el análisis de la falta de conciencia tributaria, se puede afirmar que su origen está en la falta de educación, falta de solidaridad, idiosincrasia del pueblo, falta de claridad del destino de los gastos públicos.

Para que una ciudad crezca y se desarrolle los únicos ingresos que tiene son el pago de impuestos y los tributos municipales y estos a la vez deben ser muy bien utilizados, de manera eficiente. En caso contrario la población empezará a dudar y perderá confianza en sus autoridades, generando la impuntualidad en sus pagos por que no hay garantías en el uso de este dinero, que es recaudado para generar obras que den bien común a todos los ciudadanos.

Alderete (2016) en su tesis Percepciones y comportamientos del ciudadano frente a la propaganda política sobre el pago de arbitrios. El caso de la Municipalidad de El Tambo – Huancayo considera que la cultura tributaria es el comportamiento que adoptan los contribuyentes. La propaganda política es muy dañina porque muchas veces no se cumple, algunos alcaldes prometen obras si pagas impuestos y después no cumplen. Los alcaldes no realizan obras porque al llegar al sillón municipal tienen que pagar favores políticos y su gasto corriente aumenta solo en pago de haberes, por lo que no pueden hacer obras, lo que va en perjuicio de los ciudadanos que no mejoran su calidad de vida.

Pérez (2016) considera a la cultura tributaria como la manera en que los sujetos de un determinado grupo social fraguan cierta percepción de los tributos partiendo de una mezcla de información y

antecedentes del actuar de las autoridades nacionales. Aquí hay dos actores y cada uno con su respectiva responsabilidad: el Municipio como estado y el ciudadano como contribuyente. Ambos tienen una gran responsabilidad, los municipios deben cumplir con lo que prometen y los contribuyente con el pago de sus impuestos. En su defecto las autoridades municipales no podrán hacer un manejo eficiente de los recursos en beneficio de los ciudadanos, pero a la vez cada uno de estos intervinientes tiene funciones que debe cumplir con mucha responsabilidad.

Según Iglesias & Ruiz (2017), se puede decir que con la cultura tributaria se pretende que los ciudadanos tomen conciencia de que es un deber constitucional aportar al Estado y comunicar a esa colectividad que las razones fundamentales de la tributación son proporcionar a la nación los medios necesarios para que ésta garantice a la ciudadanía servicios eficaces y eficientes.

El contribuyente, busca la forma de evadir pagar impuestos cuando se da cuenta de que el dinero no es bien utilizado y no hay un impuesto diferenciado. Todos pagan por igual tanto el rico como el pobre, además muchos contribuyentes están esperando las amnistías para poder pagar menos y no hay incentivos para el que paga mensualmente durante toda su vida y esto no debe ser así. El impuesto debe ser menos con la finalidad de que paguen todos y ampliar la base tributaria.

II. METODOLOGÍA

a) Diseño

El tipo de investigación fue mixta o cuali - cuantitativa porque en la recolección de datos y en la presentación de los resultados se han utilizado procedimientos cuantitativos y cualitativos.

El nivel de la investigación fue descriptivo porque se describieron las características de la cultura tributaria de los contribuyentes de la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca – Cajamarca en los años 2018-2020.

Es no experimental porque la investigación se realizó sin manipular deliberadamente las variables y se observó el fenómeno tal como se mostró dentro de su contexto.

b) Población y muestra

La población estuvo constituida por contribuyentes de la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca – Cajamarca en los años 2028 – 2020.

La muestra -constituida por 50 contribuyentes de la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca -fue intencional no probabilística.

c) Consideraciones éticas

Debido a que la confianza es la base ética de la investigación, se mantendrá la confiabilidad del entrevistado.

La dignidad y el bienestar de los individuos que participan en la investigación deben ser la preocupación central de cada persona involucrada en el proyecto de investigación.

La persona que dirige la investigación es responsable por la conducta, el rendimiento del proyecto y la protección de los derechos y el bienestar de los entrevistados.

La investigación debe ser metodológicamente sensata, de manera que los participantes de la investigación no pierden su tiempo con investigaciones que deben repetirse.

Los entrevistados en las investigaciones deben ser seleccionados en forma justa y equitativa y sin prejuicios personales o preferencias.

Los entrevistados deben ser informados acerca de la investigación y dar su consentimiento voluntario antes de convertirse en participantes de ella.

Los entrevistados en la investigación deben mantener protegida su privacidad, tener la opción de dejarla y tener un monitoreo de su bienestar.

III. RESULTADOS

La cultura tributaria es bajísima en los contribuyentes de la Municipalidad de Los Baños del Inca en Cajamarca, todos tratan de evadir estos pagos. Unos por falta de confianza en las autoridades y otros porque la situación económica financiera del sector turismo esta cada día peor. Este distrito es eminentemente turístico y hoy por hoy el turismo producto de la pandemia está totalmente paralizado por lo que este factor externo es muy importante en la recaudación de impuestos. Se deben crear paquetes de incentivos con la finalidad de recaudar fondos. Eso depende del conocimiento y astucia de las autoridades municipales.

Una de las causas del incumplimiento en el pago del impuesto predial es la falta de conocimiento de este impuesto por los contribuyentes, sus alcances y su ámbito de aplicación. Hay muchos ciudadanos que carecen de cultura tributaria y de responsabilidad en el cumplimiento de sus tributos municipales, razón por la cual la Municipalidad debe dar o proporcionar las capacitaciones correspondientes para lograr que el pago del impuesto suba y así tener menor morosidad.

Los contribuyentes no reconocen la importancia de cumplir sus deberes como ciudadanos con valores, la visión comunitaria del estado – sociedad y sus creencias respecto a las normas sociales.

La formación en valores es muy importante para el cumplimiento de sus funciones como contribuyentes, pero también es cierto que no hay obras importantes en beneficio de la sociedad, por lo que los contribuyentes tratan de evadir impuestos y esto se ha quedado como una conducta normal.

La cultura tributaria de los contribuyentes influye negativamente en el cumplimiento de sus obligaciones formales y sustanciales.

Se recomienda capacitaciones periódicas y la difusión de información adecuada, oportuna y direccionada, haciendo mención de los beneficios tributarios para los que cumplen con el pago oportuno de sus impuestos y también la evaluación y redefinición de políticas del Estado para una mejor relación Estado- contribuyente.

El estudio concluye que la mayoría de los contribuyentes tienen debilidad en cuanto a los valores, deberes cívicos y un bajo nivel de educación. Por ello incumplen el pago del impuesto predial, siendo el factor cultural la causa del nivel de incumplimiento en el pago del impuesto predial a la municipalidad distrital.

Existe un mayor porcentaje de contribuyentes que tienen bajos niveles de ingreso económico, razón por la cual se incrementa el incumplimiento del pago del impuesto predial a la municipalidad distrital.

Los Baños del Inca es un lugar turístico por excelencia, pero no está siendo explotado en toda su magnitud por falta de innovación. No cuenta con un hotel 5 estrellas, no hay centro de convenciones y se ha quedado en el tiempo con lo poco que puede ofrecer a los turistas tanto nacionales como extranjeros, por lo que los ingresos han caído sustancialmente.

Cajamarca siempre fue considerada como una región minera con muchos ingresos y con canon minero. Al haber dejado de funcionar estas mineras las ciudades se han empobrecido teniendo que recurrir a actividades de ganadería o agricultura.

Los resultados indican que la evasión tributaria constituye un problema de cultura porque se ha convertido en una costumbre y muchos utilizan este dinero para consolidarse en los negocios.

En Los Baños del Inca el que no paga es el más vivo y con esta manera o forma de pensar no se puede desarrollar obras en beneficio de la comunidad.

El estudio concluye que, en la medida en que los contribuyentes cumplan, podrán tener el derecho a reclamar los beneficios que el Municipio debe otorgarles: la calidad de servicios públicos tan deseados y necesitados para la sociedad.

Los contribuyentes realizan sus pagos de forma desprogramada cancelando montos altos debido a la generación de intereses, lo que genera más deudas por no haber un programa de incentivos para premiar al que paga puntualmente. La situación se torna más difícil porque no puedes apalancarte con

el banco. Al no vender no puedes pagar tus préstamos y mucho menos impuestos, lo que genera que los contribuyentes evadan estos pagos y prefieran pagar a los bancos.

Con la recaudación de impuestos, el Estado se encargará de brindar a la sociedad las necesidades públicas que esta requiera, necesidades básicas de bien común.

Dicho de otra manera, la tributación es importante para que el país siga mejorando en diferentes ámbitos, sobre todo en el ámbito social dotando de servicios básicos generalmente a los que menos tienen.

Si cumplimos cabalmente con el pago de los impuestos, pagamos los servicios de alumbrado público, alcantarillado, servicios de limpieza, seguridad, hospitales públicos, parques, centros comunitarios, el Estado contará con más recursos. Pero lo más importante es que aprenda a manejar y utilizar este dinero de la manera más eficiente y correcta, sin sobrevaloraciones ni contratos de personal en exceso por el pago de favores políticos.

Los tributos son prestaciones, hoy por lo regular en dinero, al Estado y demás entidades de derecho público, que las mismas reclaman en virtud de su poder coactivo, en forma y cuantía determinadas unilateralmente y sin contraprestación especial con el fin de satisfacer las necesidades colectivas. Por eso se proponen beneficios tributarios para los que pagan puntualmente en la Municipalidad de Los Baños del Inca y amnistías.

Pero las municipalidades deben tener otros ingresos que puedan cubrir los vacíos cuando los impuestos no son cancelados en su totalidad y estos hay que generarlos y depende de la astucia e inteligencia de las autoridades. Más aún tratándose de un lugar netamente turístico como los Baños del Inca.

Los obligados al pago de tributos son las personas naturales, las personas jurídicas, las sucesiones indivisas, las sociedades conyugales que realicen actividades económicas en el territorio nacional, entre otros.

Los Baños del Inca deben cobrar canon minero o por lo menos la parte que le corresponde por ser un distrito de la provincia de Cajamarca/Cajamarca.

APLICACIÓN DE LA ESTADÍSTICA INFERENCIAL Y DESCRIPTIVA

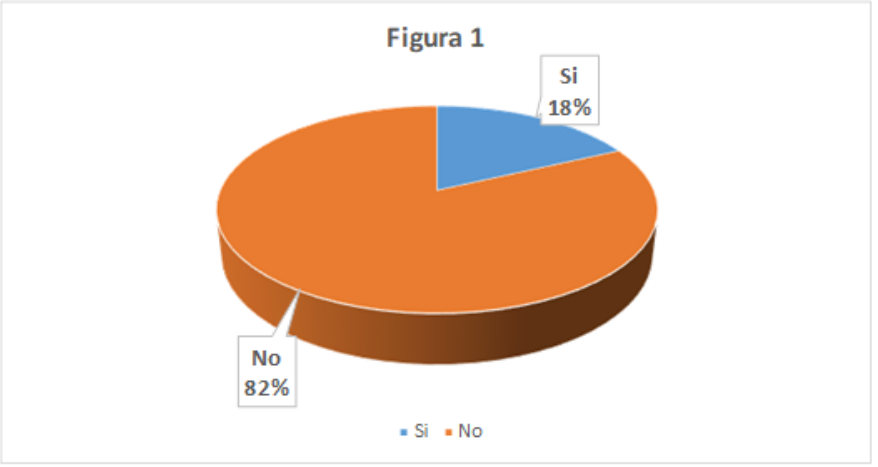
Tabla 1

1. ¿Alguna vez ha sido participe en una charla referida a la importancia del pago de los impuestos municipales de la municipalidad distrital de los Baños del Inca?

ITEM	FRECUENCIA	%
Si	9	18%
No	41	82%
TOTAL	50	100%

Fuente: Encuesta aplicada
Elaboración: Propia

Figura 1



Interpretación de resultados

Esto nos indica que un 82% de los contribuyentes nunca han recibido capacitaciones sobre el pago de impuestos y tributos a la Municipalidad de Los Baños del Inca – Cajamarca.

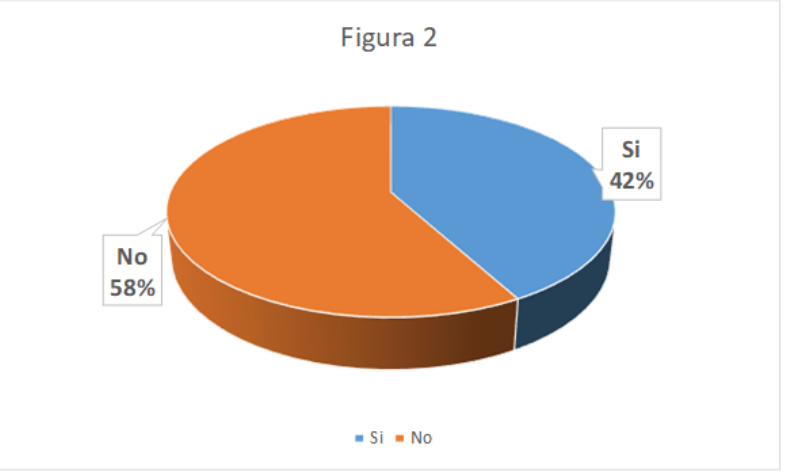
Tabla 2

3. ¿Los casos de corrupción de autoridades municipales influyen en su decisión de no cumplir con el pago de impuestos a la municipalidad distrital de los Baños del Inca?

ITEM	FRECUENCIA	%
Si	21	42%
No	29	58%
TOTAL	50	100%

Fuente: Encuesta aplicada
Elaboración: Propia

Figura 2



Interpretacion de resultados

Es muy conocido que la corrupción campea en nuestro país y más que nada en las entidades estatales y la Municipalidad distrital de Los Baños del Inca – Cajamarca no es ajena a esta situación que genera desconfianza en los contribuyentes.

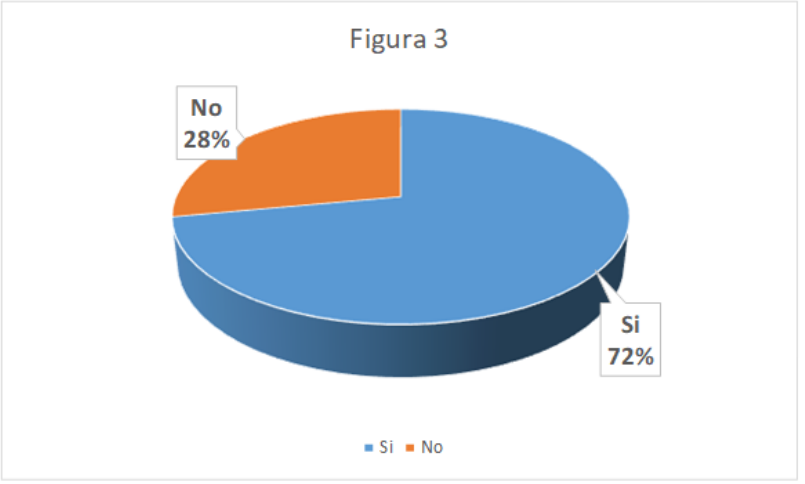
Tabla 3

4. ¿Acostumbra a esperar beneficios impulsados por la municipalidad distrital de los Baños del Inca para cumplir con el pago de impuestos municipales?

ITEM	FRECUENCIA	%
Si	36	72%
No	14	28%
TOTAL	**50**	**100%**

Fuente: Encuesta aplicada
Elaboración: Propia

Figura 3



Interpretación de resultados

Tal como se encuentra nuestra situación económica producto de la pandemia un 72% de contribuyentes esperan las famosas amnistías para sentirse beneficiados en los pagos de los tributos municipales.

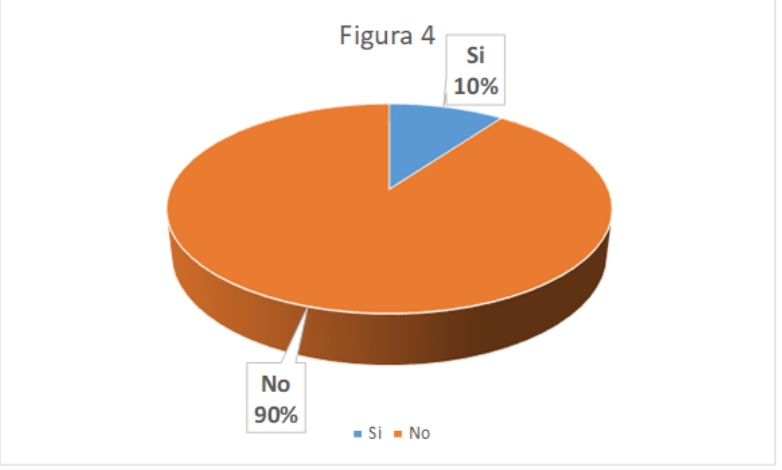
Tabla 4

5. ¿Está satisfecho(a) con los servicios, construcción de obras y dote de bienes en beneficio de la comunidad cargo de la municipalidad distrital de los Baños del Inca?

ITEM	FRECUENCIA	%
Si	5	10%
No	45	90%
TOTAL	**50**	**100%**

Fuente: Encuesta aplicada
Elaboración: Propia

Figura 4



Interpretación de resultados

Los contribuyentes en un 90% no están conformes o satisfechos con las obras que realiza la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca, dudan y desconfían de todos estos contratos de obras.

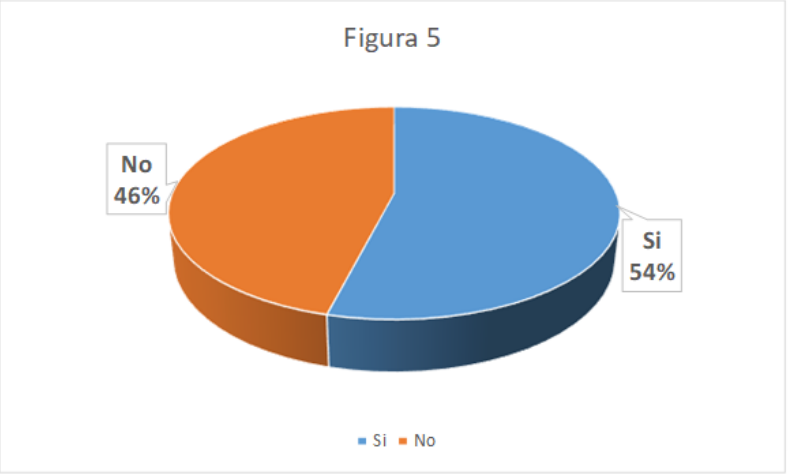
Tabla 5

6. ¿Califica de buenos los niveles impulsados por la municipalidad distrital de los Baños del Inca para el cobro de impuestos municipales?

ITEM	FRECUENCIA	%
Si	27	54%
No	23	46%
TOTAL	50	100%

Fuente: Encuesta aplicada
Elaboración: Propia

Figura 5



Interpretación de resultados

La Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca aplica métodos convencionales y exige el pago de tributos municipales porque necesitan de este dinero para operar en beneficio de la sociedad.

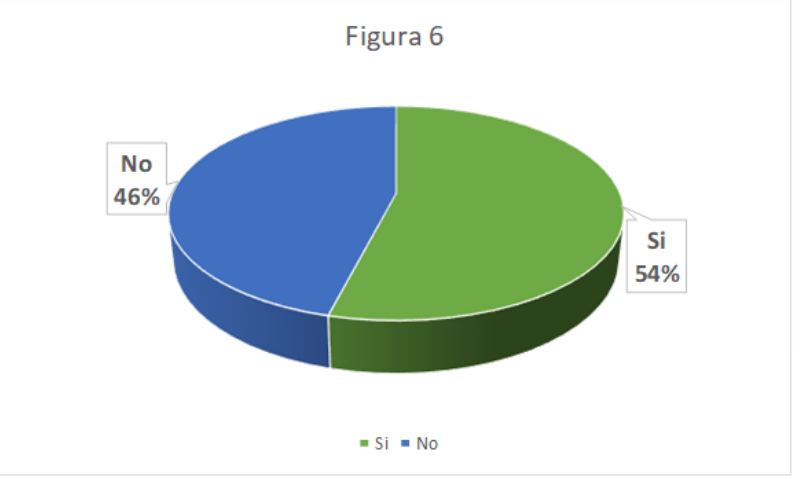
Tabla 6

7. ¿Ud. Es un contribuyente que cumple con el pago de impuestos a la municipalidad dentro de los plazos establecidos?

ITEM	FRECUENCIA	%
Si	27	54%
No	23	46%
TOTAL	**50**	**100%**

Fuente: Encuesta aplicada
Elaboración: Propia

Figura 6



Interpretación de resultados

La respuesta estuvo dividida. Un 54% manifestó que sí cumple con el pago de sus tributos municipales y un 46% manifestó que no lo hace porque hay falta de cultura y desconfianza en el uso de este dinero.

IV. DISCUCIONES Y CONCLUSIONES

De los antecedentes encontrados se tiene que el bajo nivel de conciencia tributaria influye negativamente en el cumplimiento de obligaciones tributarias con el gobierno local de la Municipalidad de Los Baños del Inca en Cajamarca. Así lo señala Castillo (2016) y Esparza (2010). Esto es lógico porque un ser que desconoce la importancia de algo opta por dejarlo de lado, por lo que hay que capacitar y dar charlas sobre cultura tributaria lo que no hace la referida Municipalidad.

- Flores (2015) señala a la falta de conocimiento respecto al rol del impuesto municipal en el desarrollo de la comunidad, por lo que recomienda la difusión de información adecuada, oportuna y direccionada.
- Del Águila & Sánchez (2014), además de tomar en cuenta el nivel bajo de cultura tributaria, también refiere que el nivel económico en el que viven muchos ciudadanos no les permite cumplir con el pago de impuestos al gobierno local.
- En estos momentos producto de la pandemia los hogares y pequeñas empresas han colapsado y no pueden pagar impuestos. El Estado tiene la responsabilidad de manejar esta situación para evitar el desempleo y la falta de pago de tributos

Describir las características de la cultura tributaria de los contribuyentes de la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca – Cajamarca 2018 – 2020.

- Luego del procesamiento de la información recopilada mediante encuesta en su modalidad de cuestionario a un grupo de contribuyentes de la municipalidad distrital de Los Baños del Inca - Cajamarca, los resultados obtenidos son los siguientes: El 54% de los contribuyentes cumple con el pago de impuestos dentro del plazo establecido por la municipalidad de Los Baños del Inca – Cajamarca. Estos contribuyentes deberían ser beneficiados con algún incentivo, con la finalidad de que sea observado por los demás y se incite al pago.

El 45% tiene deudas pendientes de pago con la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca - Cajamarca por impuestos de años anteriores. El 90% es consciente que del pago de impuestos depende la construcción de obras y el desarrollo del Distrito de Los Baños del Inca - Cajamarca. El 90% no está satisfecho con los servicios, la construcción de obras y dote de bienes en favor de la comunidad.

Realizar un análisis comparativo de las características de la cultura tributaria de los contribuyentes del Perú y de los Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca – Cajamarca 2018 – 2020.

- Existe la decisión por parte del contribuyente de no cumplir con el pago de impuestos. En el caso de la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca – Cajamarca no se trata simplemente del desconocimiento del rol que cumple el pago de impuestos municipales en el desarrollo de la comunidad sino que no perciben que el estado les compense con la construcción de obras, dote de bienes y servicios mejorados que los favorezca, además del desincentivo que constituyen los casos de corrupción de algunas autoridades ediles.

Elaborar una propuesta de mejora de la cultura tributaria de los contribuyentes de la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca – Cajamarca 2018 – 2020.

- El plan de estrategias permitirá concientizar a los contribuyentes de la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca – Cajamarca. Se sugiere su aplicación tanto a deudores como al acreedor. El objetivo principal de este plan es impulsar actividades que incrementen la conciencia tributaria de los contribuyentes de la Municipalidad Distrital de Los Baños del Inca – Cajamarca.

La conclusión de este trabajo es que la evidencia empírica ha corroborado el hecho que la recaudación del impuesto tiene relación de forma positiva y significativa con el desarrollo sostenible del distrito de Los Baños del Inca, periodo 2018 - 2020.

V. BIBLIOGRAFÍA

Alderete (2016). "Percepciones y comportamientos del ciudadano frente a la propaganda política sobre el pago de arbitrios. El caso de la Municipalidad de El Tambo – Huancayo" (Tesis)

Baltazar (2016). "La cultura tributaria y su efecto en los ingresos directamente recaudados de la Municipalidad Distrital de Mollebamba 2017" (Tesis)

Del Águila & Sánchez (2016). "Factores que influyen en los contribuyentes frente al incumplimiento del pago del impuesto predial en la Municipalidad Distrital de Morales, periodo 2013" (Tesis)

Esparza (2016). "La Cultura tributaria como causa del incumplimiento al pago del impuesto predial de los contribuyentes de la Municipalidad Provincial de Ayaviri periodos 2013,2014" (Tesis).

Iglesias & Ruiz (2017). "La cultura tributaria y su relación con las obligaciones tributarias de los arbitrios municipales de la ciudad de Tarapoto año 2016" (Tesis)

Marca, (2017). "La cultura tributaria como causa del incumplimiento al pago del impuesto predial de los contribuyentes de la Municipalidad Provincial de El Collao-Ilave de los periodos 2010 -2011" (Tesis)

Martínez (2016). "La Cultura tributaria y su impacto en el cumplimiento de las obligaciones tributarias mensuales de IGV-Renta en los comerciantes minoristas de abarrotes del mercado Modelo de Sullana en el año 2015" (Tesis)

Pérez (2016). "Conciencia tributaria en los contribuyentes del sector Parcelas II Municipio Anaco, Venezuela" (Tesis)

Rodríguez (2015). "Caracterización de la cultura tributaria de las micro y pequeñas empresas rubro moto repuestos comerciales ubicadas en la avenida Buenos Aires del distrito de Sullana – 2014" (Tesis)

Schneider (2017). "La participación ciudadana en los gobiernos locales: contexto político y cultura política" (Tesis doctoral).



Tiempo de espera- Tecnica mixta - 80 x 70 Cm
Héctor Acevedo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6105

IMPORTANCIA Y OPORTUNIDAD DE LA COLABORACIÓN EFICAZ EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Enma Acosta Dulanto[1]

RESUMEN

A partir del año 2014[2], a nivel nacional e internacional se han develado diversos actos de corrupción realizados por altos funcionarios públicos que distorsionaron su misión de buscar el interés público en beneficio de sus intereses particulares. Este tipo de delito se realiza de manera clandestina, de ahí la complejidad de investigar y probar los delitos contra la administración pública.

Esta situación ha generado que las instituciones públicas cuya función es perseguir, investigar o sancionar este tipo de delito se orienten por la especialización, pese a los escasos recursos con que cuentan frente a un grupo de personas que gozan de los medios económicos por haberse beneficiado de su mala actuación en una entidad pública.

La presente investigación muestra información estadística de instituciones claves para enfrentar

1 Fiscal adjunta provincial titular designada en el despacho de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Maestra en Derecho con mención en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas por la Universidad Nacional de Trujillo, casa de estudios donde también cursó estudios de pre grado y doctorando en Derecho en la Universidad Privada Antenor Orrego.

2 A raíz que los directivos de la empresa ODEBRECHT se acogen a un proceso de delación en el que confiesan sus crímenes.

la corrupción[3], en ella se revela el aumento de los casos en que funcionarios y servidores públicos han desviado sus funciones e infringido sus deberes. Para lograr la efectividad del proceso penal en este tipo de delito se propone la colaboración eficaz como medio para impedir la impunidad y siempre que la delación del colaborador sea contrastada con otros factores.

La primera sentencia emitida en el Perú contra los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos que desviaron sus funciones e infringieron sus deberes y en los que intervino la empresa Odebrecht se dictó el 2019. En esta sentencia se destacó la importancia del colaborador eficaz, cuya versión fue corroborada a través de la conjunción de testimonios, de documentos y de testigos en reserva. Esta colaboración permitió dar "significado" a las diversas irregularidades advertidas durante la ejecución de la obra Chacas-San Luis.

En esta investigación utilizamos el análisis de casos para destacar la importancia de la delación del colaborador eficaz en la emisión de una sentencia condenatoria, la que es confirmada en segunda instancia. Por otro lado, se presenta a la prueba anticipada como una medida alternativa relacionada con la delación del colaborador eficaz, lo que garantiza la declaración de este en el proceso principal y con ello la elucidación de la verdad.

Este estudio busca describir el proceso de colaboración eficaz como instrumento procesal y respuesta útil en la lucha contra la corrupción.

ABSTRACT

Since 2014, a number of acts of corruption by senior civil servants have been revealed at the national and international levels, distorting their role in the pursuit of the public interest, on the contrary prioritizing their private interests for the particular benefit. However, the modality for the execution of such offences is carried out clandestinely, which leads to the investigation of crimes against the public administration and the issue of probation becomes complex.

This situation has led to the fact that in public institutions whose role is to prosecute, investigate or punish this type of crime, they are guided by specialization despite the limited resources available to a group of people who enjoy the economic means by having benefited from their poor performance in a public entity.

This investigation shows statistical information from key institutions to deal with corruption, which establishes an increase in cases where public officials and servants have diverted their duties and violated their duties. In order to achieve the effectiveness of the criminal process for

3 Como son el poder judicial (PJ) y el ministerio público (MP).

this type of crime, this investigation proposes the effective collaborative process as a means of preventing impunity and provided that the partner's delation is contrasted with other factors.

Reference is made to the first judgment issued in Peru in 2019 involving offences committed by civil servants who have diverted their duties and infringed their duties and involving Odebrecht. In this judgment, the importance of the participation of the effective collaborator, the version of which was corroborated through the conjunction of testimonies, documentaries and witnesses in reserve, was stated. Collaboration that allowed to give "meaning" to the various irregularities warned during the execution of the work Chacas-San Luis.

To this end, the method to be used is case analysis to highlight the importance of the effective partner's delegation in issuing a conviction and which was confirmed at second instance. On the other hand, it is being presented as an alternative measure relating to the relevance of the effective partner's delegation, the application of the advance test in order to ensure its statement in the main process and thereby the elucidation of the truth.

Finally, this study seeks to describe the effective collaborative process as a procedural instrument and useful response in the fight against corruption.

Palabras claves: Delito de corrupción de funcionarios, colaboración eficaz, corroboración, delación

INTRODUCCIÓN

Problemática

Es innegable el desarrollo económico en el Perú. Un componente ha sido el sistema de libre mercado que abrió diversas posibilidades al capital extranjero y que inyectó de energía al empresariado peruano. No obstante, en los últimos años, el desarrollo económico nacional ha venido asociado con la aparición de un gran número de casos que tienen en común la desviación de funciones de los funcionarios y servidores públicos (Oscar, 2015).

En esta última década, en el Perú y en Latinoamérica se han mostrado casos graves de prácticas de corrupción en los que han intervenido altos funcionarios públicos de las esferas del estado.

Corrupción

San Martín Castro (2012) afirma que, antes que un tipo penal concreto, la corrupción es un modo de cometer delitos que abarca una serie de conductas, funciones y contextos cuyo punto central es el uso abusivo del poder.

Ahora bien, la corrupción ha sido definida contemporáneamente como el exceso de poder efectuado por un funcionario o servidor público. El objetivo del sujeto que excede en sus funciones o de la agrupación que integra es conseguir un beneficio directo o indirecto. De esta forma, se incumple la normatividad que regula el actuar de los que trabajan para el Estado (Villoria, 2012).

Al respecto, conforme la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996), en el preámbulo se afirma que la desviación del poder debilita la legalidad de las instituciones públicas.

Por su parte, el máximo intérprete de la constitución en el Exp. N° 00017-2011-PI/TC ha señalado que los actos en los que los funcionarios violenten sus funciones contravienen los cimientos mismos del Estado y, por tanto, hacer frente a toda forma de corrupción cuenta con el respaldo constitucional como se deduce de los artículos 39 y 41 de la Constitución.

Los delitos contra la administración pública

El código sustantivo penal organiza esta clase de delitos cometidos por funcionarios públicos en cuatro secciones. En la presente investigación se presentará casuística referida a la sección II: Delitos de concusión que comprende al delito de colusión simple y agravada, y a la sección III: Delito de peculado respecto al delito de negociación incompatible.

Incremento de los delitos de corrupción

Las estadísticas muestran cómo los delitos contra la administración pública han ido en crecimiento. El sistema nacional especializado de delitos de corrupción de funcionarios (SNEDCF) revela que del 2014 al 2017, en los treinta y tres distritos judiciales, hubo ocho mil setecientos veinte procesos judiciales por delitos de corrupción. En el año 2015 se registró el mayor número de procesos (3216) y en el 2017 el menor número (1034). Lima Sur y Lima son los distritos judiciales con más casos de corrupción en el rango detallado. Asimismo, en los años 2017 y 2018 se creó el distrito judicial de la selva central y Lima Este, siendo los distritos judiciales con menos casos Cañete e Ica. Según la estadística del Ministerio Público, en el periodo del 2016 al 2018 se registraron un total de dieciocho mil trescientos cuarenta y tres delitos de corrupción de funcionarios. En este rango, en el año 2016 se registraron más casos que en otros años (8251). Durante el periodo indicado los distritos fiscales de Lima, Cusco y Ayacucho cuentan con el mayor número de casos de corrupción. A su vez, el distrito fiscal de Ventanilla cuenta con menos casos (Chanjan Documet, 2018). Se presentan 2 tablas:

Tabla 1: Estadística de casos de corrupción durante el año dos mil catorce (2014) a abril del dos mil diecisiete (2017), según el SNEDCF

Distrito Judicial	Casos de corrupción	Porcentaje
Lima Sur	1 504	17.2%
Lima	1 098	12.6
Lima Norte	684	7.8%
Junín	533	6.1%
Ancash	497	5.7%
Cusco	308	3.5%
Moquegua	264	3.0%
Otros	3832	4.3%

La tabla 1 muestra los distritos judiciales, la cantidad y porcentaje de casos por corrupción de funcionarios

Tabla 2: Estadística de casos de corrupción durante el año dos mil dieciséis (2016) y abril de dos mil dieciocho (2018), según el MP

Distrito Fiscal	Casos de corrupción	Porcentaje
Ayacucho	1 297	7.1%
Lima	1 244	6.8%
Moquegua	1213	6.6%
Cusco	1136	6.2%
Junín	1112	6.1%
Arequipa	921	5.0%
Huánuco	798	4.4%
Otros	10 622	57.9%

La tabla 2 muestra los distritos fiscales, la cantidad y porcentaje de casos por corrupción de funcionarios

Omar Tello Rosales (FS), coordinador nacional del subsistema de la FECOF, señaló que en el año 2019 se logró un total de 1581 sentencias condenatorias relacionadas con acusaciones efectuadas a funcionarios y servidores públicos por delitos de corrupción en el Perú. Asimismo, el magistrado señaló que el año 2019 ingresaron 13 444 denuncias. El indicador mayor se presentó en Áncash, 1,070.

Los casos emblemáticos que entre los años 2019 y 2020 han sido resueltos son el del exgobernador regional de Cajamarca, Gregorio Santos[4]; el caso del exgobernador regional de Áncash, Álvarez Aguilar, César[5] (Gestión, 2020).

Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios (SNECF)

En cada distrito fiscal a nivel nacional se han creado las fiscalías especializadas en corrupción de funcionarios que son competentes para conducir las investigaciones por los delitos regulados en las secciones II, III y IV del código adjetivo penal, y en los supuestos de los delitos conexos, en concordancia con lo establecido en la Ley No. 29574. Han sido creadas, asimismo, las fiscalías de competencia nacional (fiscalías supra provinciales y fiscalías superior nacionales) que se encuentran determinadas por resolución de la Fiscalía de la Nación[6].

El D.L. N° 1307, del 30 de diciembre de 2016, creó el SNECF conformado por los juzgados y salas especializados anticorrupción con competencia nacional que conocen los delitos previstos en el artículo 3, numeral 18 (Delitos contra la administración pública) de la Ley 30077, si son realizados en el contexto de una organización criminal. Pero de no darse dicha figura asumirán competencia las salas y juzgados especializados de cada distrito judicial.

Para hacer frente a la corrupción y a las organizaciones criminales, en el Perú, a partir del 2017, el Ministerio Público cuenta con un equipo especial de fiscales que se abocan a los casos de Lava Jato[7] tramitados bajo las regulaciones de leyes contra el crimen organizado (Pérez Gómez, 2020).

Dificultades para acreditar el delito especial

Por la redacción del tipo penal los delitos de abuso de poder realizados por funcionarios y servidores públicos como son los referidos a negociación incompatible y colusión abarcan elementos objetivos

4 Sentenciado a diecinueve años y cuatro meses de pena privativa.

5 Condenado a ocho años y tres meses de pena privativa.

6 Delitos señalados en la Res. FN. No. 1833-2012-MP-FN.

7 Son una serie de investigaciones que se siguen en el equipo especial de fiscales del Perú y que tienen un reconocimiento internacional.

complejos como son “concertación”, “defraudación”, “indebidamente”, “interesa”, “contrato u operación”. Ello genera que la etapa de investigación se torne complicada a efectos de acreditar o desacreditar los hechos materia de investigación. El siguiente paso es determinar si durante la investigación preparatoria se cuenta o no con los suficientes elementos para efectos de emitir un pronunciamiento y pasar a la fase intermedia postulando un requerimiento acusatorio, de sobreseimiento o mixto. Finalmente, de corresponder un requerimiento acusatorio y superar el saneamiento procesal en la fase intermedia, se pasará a la fase de juicio oral. Esta última fase del proceso corresponde a la más importante del proceso penal[8].

Sin embargo, como la modalidad de la ejecución de este tipo de delitos se realiza de manera clandestina, el tema de la acreditación se torna complicado. Corresponde al Ministerio Público hacerle frente utilizando los mecanismos legales establecidos en nuestra normatividad. Para tal efecto, en el código adjetivo penal, el título III cuenta con medidas para la búsqueda de pruebas como son videovigilancia, pesquisas, allanamiento, incautación, levantamientos. En adición se tiene la sección III: Medidas que restringen la libertad como son la detención, la prisión preventiva, la comparecencia, el impedimento de salida, entre otras.

Otra formas de hacer frente a la lucha contra la corrupción es recurrir a la prueba indiciaria como mecanismo para sustentar la ejecución del delito; sin embargo, para su acreditación se debe sustentar de acuerdo a lo prescrito en el artículo 158 numeral 3 del C.P.P. Aunque en la realidad, en ciertos casos no se construye adecuadamente la prueba indiciaria, por lo que se logra la absolución de la postulación formulada por el Ministerio Público.

Frente a ello se presenta un proceso especial que es el de colaboración eficaz, el mismo que se delinea bajo su propia naturaleza, principios y reglas. La colaboración eficaz es un mecanismo fundamental para hacer frente al crimen organizado, la delincuencia económica y la corrupción. Es un proceso especial independiente y consolidado por el acuerdo entre las partes (Pisfil, 2018).

Ámbito normativo de la colaboración

Ante la necesidad de activar respuestas efectivas a las complejas formas de criminalidad, el legislador peruano mediante la Ley N° 27378 del año 2000 publicó el “proceso especial por colaboración eficaz”. Más tarde, con la puesta en funcionamiento del código adjetivo penal, según la tercera disposición complementaria transitoria de la Ley N° 30077[9] se reguló el proceso de colaboración eficaz.

8 Que se realiza sobre la base de la acusación.

9 Publicada el 20 de agosto de 2013.

Mas adelante, en el año 2016, se publicó el Decreto Legislativo N° 1301 que modificó el C. P. P., así como el D. S. N.° 007 – 2017 - JUS "Reglamento del Decreto Legislativo N.° 1301" y el Instructivo General N.° 01 – 2017 – MP - FN "Actuación fiscal en el proceso especial de colaboración eficaz".

El colaborador

Este singular procedimiento corresponde a una nueva clasificación de instrumentos premiales que permite conseguir información para ser contrastada en la investigación. Con este procedimiento se permite obtener información sobre la forma de la comisión del delito, autoría y otros aspectos relacionados con el proceder de la organización criminal.

El procedimiento por colaboración eficaz se convierte en el instrumento a través del cual se canaliza esa contribución a la averiguación y, en su caso, castigo del delito. A pesar de su denominación legal, según Prieto Castro -referenciado por (Carocca, 1998)- no es un auténtico proceso, sino un procedimiento.

La delación del colaborador puede servir para que se conozca la planificación del delito o las condiciones en que se está realizando e individualizar a los intervinientes y al resto de miembros de la organización con el fin de desarticularla. Además, permite revelar su "fuente de financiación y aprovisionamiento".

Contrastación de la declaración del colaborador eficaz

Un delator generalmente es uno de los coimputados de una investigación, por lo que resulta razonable pensar que dicho investigado buscará su beneficio. Por tanto, tendrá la posibilidad de expresar hechos que le puedan convenir, pudiendo incriminar a otras personas para evitar que la sanción a imponerse sea mayor. Lo que conlleva a la necesaria contrastación de lo manifestado por el delator para efectos de control.

Esta es una exigencia legal conforme el artículo 158 inciso 2 del C.P.P. Lo cual también ha sido señalado como pautas interpretativas en el Acuerdo Plenario N° 02-2017-SPN, cuyos jueces superiores han señalado: "Necesariamente debe haber elementos de corroboración interna para el uso de la declaración del aspirante a colaborador eficaz (…). La sola declaración del aspirante a colaborador eficaz no puede ser utilizada sin acompañar los elementos de corroboración del proceso de colaboración".

En uno de los últimos pronunciamientos de los jueces supremos, como es la Casación N° 292-2019-Lambayeque, también se enfatiza respecto a que la delación del colaborador o aspirante a colaborador debe ser sustentada con otras pruebas que corroboren su versión incriminatoria.

Oportunidad de la colaboración

El artículo 472 del código adjetivo penal establece que antes, durante o después de efectuada la investigación o emitido el proceso penal, la persona natural o jurídica puede solicitar someterse al proceso de colaboración eficaz. Pero qué es lo que sucede cuando la colaboración eficaz se realiza en la fase de investigación preparatoria o intermedia: pasa un tiempo prolongado desde la aprobación del acuerdo de colaboración eficaz hasta llegar a juicio oral. Ello se debe a la propia naturaleza compleja de la investigación en esta clase de delitos.

Así, en esta investigación se postula que la oportunidad adecuada para que ingrese la declaración del colaborador en el proceso principal[10], si este se ha realizado durante la etapa de investigación, correspondería mediante la figura de la prueba anticipada.

La prueba anticipada como un mecanismo para garantizar la declaración del colaborador y la eficacia del proceso

La prueba anticipada se encuentra regulada en el artículo 242 del C. P. P., siendo que se permite como prueba anticipada la declaración del colaborador eficaz en los delitos contra la administración pública conforme el inciso e) del referido artículo cuando se refiere a supuesto del testimonio en este tipo de casos.

Resulta más conveniente instar este tipo de prueba cuando esté por culminar o ya culminado la investigación preparatoria. Ello por cuanto es en este estadio, que ya se ha identificado a los que han intervenido en la realización del ilícito. Consecuentemente, al realizarse la prueba anticipada es posible que los abogados de los involucrados en la investigación ejerzan válidamente su derecho de defensa. Este ejercicio se realiza mediante el contrainterrogatorio correspondiente al colaborador eficaz quien será interrogado como testigo en el proceso principal.

Para tal efecto, un caso que ha sido de conocimiento público fue el pasado 22 de enero de 2020 que se llevó a cabo la actuación de la prueba anticipada del testigo Josef Maiman Rapaport[11]. En dicha audiencia participaron las defensas técnicas de los investigados, quienes pudieron ejercer a través del contradictorio su derecho de defensa. Dicha actuación, en marzo de 2020 fue ratificada en segunda instancia, la que confirmó la resolución que dispuso el testimonio de Josef Maiman mediante la prueba anticipada

10 Proceso en el que se encuentra investigado.

11 Dentro de la investigación realizada al expresidente Alejandro Toledo por el caso Interoceánica.

MATERIAL Y MÉTODOS

Para efectos de su validación científica y siendo un enfoque jurídico social, se emplearon los datos estadísticos oficiales sobre los delitos materia de estudio y un caso en el que a nivel nacional se ha emitido sentencia condenatoria en este tipo de delitos relacionado con la empresa ODEBRECHT. La metodología empleada en esta investigación es el estudio de casos. Se presenta un caso de conocimiento público relacionado con actos de corrupción como es la realización de la obra denominada "Rehabilitación, mejoramiento y construcción de la carretera Callejón de Huaylas Chacas - San Luis". En este caso estuvo involucrado César Álvarez Aguilar, ex gobernador regional de Ancash, y la empresa Odebrecht en el Perú. En primera instancia se emitió sentencia condenatoria y fue confirmada en segunda instancia, se destacó la importancia del papel del colaborador eficaz cuya declaración fue corroborada. Por otro lado, como una medida alternativa relacionado a la oportunidad de la colaboración eficaz se presentó la aplicación de la prueba anticipada a efectos de garantizar la declaración del colaborador en el proceso principal y con ello lograr la eficacia de este proceso especial.

RESULTADOS

Según la información estadística oficial sobre procesos judiciales relacionados a delitos de corrupción de funcionarios en el Perú, estos se han incrementado a partir del año 2014. De la misma forma, en el Ministerio Público se ha registrado un aumento en el número de casos desde el año 2016. Por su parte, a nivel nacional durante el año 2019 se han emitido 1581 sentencias condenatorias en este tipo de delitos. En este año fueron presentadas 13 444 denuncias, lo que representa el 11.75 % de casos ingresados[12].

Uno de los primeros casos emblemáticos y en el que se ha expedido sentencia condenatoria fue el pasado 21 de junio de 2019, en el que la jueza[13] emitió la primera sentencia relacionado a la empresa Odebrecht. Entre los sentenciados se encontraba el exgobernador regional de Ancash, Álvarez Aguilar, César, y otros por el delito de colusión agravada. Se dictó esta pena en el marco de la realización de la obra "Rehabilitación, mejoramiento y construcción de la carretera Callejón de Huaylas Chacas - San Luis".

En cuanto al análisis de la prueba por parte de la jueza, se examinaron tres dimensiones: la primera respecto a las disfuncionalidades presentadas en la acusación fiscal, la segunda la colaboración eficaz que se presentó en la acusación fiscal complementaria y la responsabilidad penal. Por último, quedó acreditado el delito por prueba directa y las responsabilidades penales por prueba indiciaria". (Pacheco, 2020)

12 Además se tiene que los delitos con mayor índice de denuncias fueron peculado con 3,992 y colusión con 1,877; mientras que las prisiones preventivas sumaron 222 medidas cautelares.

13 1.ra Juzgado Nacional Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

En dicha sentencia, la jueza precisó la importancia de la participación del colaborador eficaz. La versión del colaborador dio "significado" a las diversas irregularidades advertidas en los cuatro hechos presentados durante la ejecución de la obra. Estas irregularidades fueron resultado de un pacto colusorio previo entre los funcionarios públicos del Gobierno Regional de Ancash para favorecer al contratista. La importancia del colaborador fue que narró detalles de la intervención del exgobernador regional de Ancash en dicho pacto colusorio. Esta versión fue sometida a un debate contradictorio, que concluyó que efectivamente tenían conexión con cada una de las irregularidades advertidas.

En esta sentencia se precisó la importancia de la participación del colaborador eficaz, cuya versión fue corroborada a través de la conjunción de testimonios, de las documentales y de los testigos en reserva. Esta colaboración permitió dar "significado" a las diversas irregularidades advertidas durante la ejecución de la obra Chacas-San Luis.

En segunda instancia este pronunciamiento fue ratificado, el Colegiado señaló que las afirmaciones dadas por el colaborador eficaz N.° 2-2017 presentaron una clara corroboración a través de la conjunción de testimonios, de las documentales y de los razonamientos esgrimidos en torno a la convergencia entre los dichos del colaborador eficaz N.° 3-2017, el testigo en reserva N.° 1-2017 y otros testigos que declararon en juicio oral. Esto conllevó a determinar la presencia de indicios importantes que vinculan al sentenciado en un efectivo papel de concertación con el contratista que se encargó de la ejecución de la obra, con la intermediación ejercida por el testigo Valverde Varas para concretar el pacto colusorio con el sentenciado.

CONCLUSIONES

Ante el incremento de casos por actos de corrupción, la compleja redacción de los tipos penales, que implican una preparación distinta para su abordaje, se han implementado paulativamente en los distritos fiscales las fiscalías especializadas en corrupción de funcionarios (FEDCF). En los distritos judiciales también se cuenta con los juzgados especializados en corrupción de funcionarios (JEDCF). Ahora bien, para los casos que tienen repercusión nacional se han creado las Fiscalías Supra Provinciales y Fiscalías Superior Nacionales. Además mediante el D.L. N° 1307[14] se creó el sistema nacional especializado en corrupción de funcionarios, conformado por las salas y juzgados especializados anticorrupción con competencia nacional. Estos conocen los delitos previstos en el artículo 3, numeral 18[15] de la Ley 30077, siempre que sean cometidos en el contexto de una organización criminal. En caso de no darse esta figura asumirán competencia las salas y juzgados especializados de cada distrito judicial.

14 De 30 de diciembre de 2016.

15 Delitos contra la Administración Pública.

El proceso de colaboración eficaz es un procedimiento especial que delinea su propia naturaleza, principios y reglas. Este procedimiento se convierte en el instrumento a través del cual se canaliza esa contribución a la averiguación de la verdad y, en su caso, al castigo del delito.

La colaboración eficaz es un mecanismo fundamental para hacer frente al crimen organizado, la delincuencia económica y la corrupción, pues permite individualizar a los miembros de la organización, con el ambicioso objetivo de desarticularla.

Un colaborador eficaz generalmente es uno de los coimputados de una investigación, por lo que resulta razonable pensar que dicho investigado buscará su beneficio. Por tanto, tendrá la posibilidad de expresar hechos que le puedan convenir, pudiendo incriminar a otras personas para evitar que la sanción a imponerse sea mayor. Lo que conlleva a que la contrastación de lo manifestado por un aspirante a colaborador, para efectos de control, sea necesaria. Esta circunstancia corresponde a una exigencia legal de conformidad a lo regulado en el artículo 158 inc. 2 del C.P.P. Asimismo en virtud a pautas interpretativas como es el Acuerdo Plenario N° 02-2017-SPN y la Casación N° 292-2019-Lambayeque.

Esto se ve plasmado en uno de los casos emblemáticos en el que se ha emitido sentencia condenatoria relacionado a la empresa Odebrecht y que fue el emitido el pasado 21 de junio de 2011: la jueza emitió sentencia condenatoria contra el exgobernador regional de Ancash, César Álvarez Aguilar, y otros por el delito de colusión agravada. Se dictó esta pena en el marco de la realización de un proyecto de inversión denominado "Rehabilitación, mejoramiento y construcción de la carretera Callejón de Huaylas Chacas - San Luis". Resultando ratificado en segunda instancia, en el que el colegiado señaló que las afirmaciones dadas por el colaborador eficaz N.° 2-2017 presentan una clara corroboración a través de la conjunción de testimonios, de las documentales y de los razonamientos esgrimidos en torno a la convergencia entre los dichos del colaborador eficaz N.° 3-2017, el testigo en reserva N.° 1-2017 y otros testigos que declararon en juicio oral.

En esta investigación se postula que la oportunidad adecuada para que ingrese la declaración del colaborador en el proceso principal, si este se ha realizado durante la etapa de investigación, correspondería mediante la figura de la prueba anticipada. La actuación de esta prueba se considera como un mecanismo para garantizar la declaración del colaborador y la eficacia del proceso. Ello por cuanto se debe considerar el prolongado tiempo que transcurre entre la investigación y el juicio oral.

Este tipo de prueba es más conveniente cuando esté por culminar o ya culminada la investigación preparatoria porque ya que se encuentrann plenamente identificados quienes han intervenido en la realización del ilícito. Consecuentemente, al realizarse la prueba anticipada es posible que los abogados de los involucrados en la investigación ejerzan válidamente su derecho de defensa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Carocca, A. (1998). En *Garantías constitucional de defensa procesal* (pág. 18). Barcelona.

Cevallos Scudin, J. A. (6 de Diciembre de 2016). *http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/A3E808728ABCF85005258321006FE7E1/$FILE/INFORTEMA25-2016-2017.pdf.*

Chanjan Documet, R. y. (2018). Estadísticas del *Sistema de Justicia en casos de corrupción.* En R. Chanjan Documet, *Sistema de Justicia, Delitos de Corrupción y Lavado de Activos* (págs. 14-20). Perú: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

Gestión. (21 de Enero de 2020). Obtenido de https://gestion.pe/peru/politica/corrupcion-de-funcionarios-ministerio-publico-obtuvo-mas-de-1500-condenas-por-corrupcion-contra-funcionarios-noticia/?ref=gesr

Oscar, D. J. (2015). *Corrupción en el Perú: Visión del Ejecutivo Peruano.* Perú: CENTRUM Católica's Working Paper Series.

Pérez Gómez, J. (2020). La desinformación y las noticias falsas de Montesinos a Lava Jato. En W. y. Gálvez Condori, *Historia y Derecho* (págs. 235-252). Perú: Zela Grupo Editorial EIRL.

San Martín Castro, C. (2012). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.

Sánchez Velarde, P. (s.f.). El procedimiento por colaboración eficaz. *Revista Jurídica del consejo de defensa jurídica del Estado*, 39.

Villoria, M. &. (2012). La corrupción en España (2004-2010). *Revista Española de Investigciones Sociológicas* N° 138, 114.



Navegante - oleo sobre lienzo -70x60cm
Héctor Acevedo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6106

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MANTENCIÓN DE DETENCIÓN

Juana Vasquez Serrano[1]

RESUMEN

Conforme al literal f) del artículo 24 de la Constitución, el plazo máximo que debe durar la detención de una persona es de 48 horas. El inciso1 del artículo 447 del Código Procesal Penal, sin embargo, establece "que al término del plazo de detención policial, el fiscal está en la obligación de solicitar al juez de la investigación preparatoria la incoación del proceso inmediato, asimismo el Juez, dentro de las 48 horas siguientes al requerimiento fiscal, realiza una audiencia única de incoación para determinar la procedencia del proceso inmediato, manteniéndose la detención del imputado hasta que se realice la audiencia". Es decir, el plazo de detención se extiende a 96 horas (4días), contraviniendo lo prescrito en nuestra Carta Magna.

Mediante un análisis e interpretación de las normas mencionadas y de acuerdo a diversa doctrina se determina vulneración a lo establecido en la Constitución y a los derechos fundamentales.

Palabras clave: proceso inmediato; audiencia única de proceso inmediato; detención; flagrancia; libertad.

1 Doctoranda en Derecho en la Universidad Privada Antenor Orrego.

ABSTRACT

According to Art. 24 (f) of the Constitution, the maximum period of time that a person must be detained is 48 hours. However, paragraph 1 of Article 447 of the Code of Criminal Procedure establishes that at the end of the police detention period, the prosecutor is obliged to request the judge of the preparatory investigation to initiate immediate proceedings, and the judge, within 48 hours following the prosecutor's request, will hold a single hearing to determine whether the immediate proceedings are appropriate, maintaining the detention of the accused until the hearing is held. In other words, the detention period is extended to 96 hours (04 days), in contravention of the provisions of our Magna Carta.

Through an analysis and interpretation of the aforementioned norms and according to diverse doctrine, the existence of a violation of the Constitution and fundamental rights is determined.

Keyword: immediate process; single hearing of immediate process; detention; flagrancy; liberty.

INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene como objetivo determinar que lo regulado en la última parte del artículo 447.1 del Código Procesal Penal resulta incompatible con la Constitución, toda vez que este precepto obliga a que el estado de detención del imputado se mantenga aun cuando se haya cumplido el plazo máximo de detención de 48 horas regulado en la Carta Magna.

De esta forma, al estar obligado el fiscal a solicitar al juez correspondiente la incoación del proceso inmediato siempre que concurra alguno de los supuestos del artículo 446 del código adjetivo citado, el juez, dentro de las 48 horas siguientes – entiéndase después de culminado el plazo de detención – realiza la audiencia única de incoación del proceso inmediato, manteniéndose la detención del imputado hasta la realización de dicha audiencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 447.1 del Código Procesal Penal.

La doctrina es unánime al reconocer que en el ordenamiento jurídico peruano, la Constitución Política del Estado no admite detención si no por flagrancia delictiva o por mandato motivado por el juez, la cual no puede durar más de 48 horas excepto en los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, en que la detención puede durar hasta el máximo de 15 días[2]

2 ARAYA VEGA, Alfredo: El nuevo proceso inmediato para delitos en flagrancia y otras delincuencias, Jurista Editores, Lima, 2016, p.57

Por lo argumentado, al oficializarse que el plazo de detención por flagrancia delictiva se extienda bajo la figura de "mantención de detención" hasta por el máximo de 96 horas (4 días), pues al término de las 48 horas de detención policial, el antes mencionado artículo 447.1 del CPP "faculta al juez para que realice la audiencia de incoación de proceso inmediato por flagrancia delictiva, en el plazo de 48 horas, ello a efectos de determinar si resulta procedente o no la incoación de este proceso especial, mientras tanto el detenido permanece privado de su libertad aun cuando el fiscal no haya formulado requerimiento de prisión preventiva".

METODOLOGÍA

Métodos

El método usado es cuantitativo, es decir se desarrollará dos técnicas cuantitativas: el análisis de datos para establecer si es constitucional la continuación de la detención del imputado por 48 horas para la audiencia de incoación de proceso inmediato por flagrancia delictiva, previsto en el artículo 447.1 del Código Procesal Penal y las encuestas a la muestra obtenida de magistrados entre jueces y fiscales para conocer la opinión de este sector sobre el problema de investigación.

Técnicas

Para realizar el acopio de información relevante y objetiva se emplearon las siguientes técnicas:

a) Fichaje

En la fase de recopilación de la información utilizamos archivos de investigación (archivos de texto, archivos de resumen, archivos de revisión, archivos mixtos) y archivos de campo para almacenar y procesar correctamente la información que se utilizará en el in forme final.

b) Encuesta

Se encuestará a la muestra de magistrados entre jueces y fiscales que resuelven procesos inmediatos en flagrancia delictiva, a fin de indagar la opinión que tiene este sector de la población sobre el problema de investigación.

c) Análisis de contenido

Se analizará la documentación científica consistente en la doctrina y legislación nacional e internacional y su aplicación a nuestra población en estudio.

d) Análisis de datos

Se analizarán los datos que se obtendrán de la muestra de expedientes judiciales al año 2019.

Población

En la presente investigación la población estará conformada por cien (100) expedientes judiciales sobre incoación de proceso inmediato por flagrancia delictiva en los juzgados de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia del departamento de Lambayeque, en el año 2019. Asimismo estará conformada por cincuenta (50) magistrados, entre jueces y fiscales del distrito judicial de Lambayeque en el año 2020.

Muestra

La muestra está conformada por Treinta (30) expedientes sobre Incoación de Proceso Inmediato por flagrancia delictiva, existentes en los Juzgados de Investigación Preparatoria de José Leonardo Ortiz del Distrito Judicial de Lambayeque, en el año 2019.

Asimismo, también estará conformada por Veinte (20) magistrados, entre Jueces y Fiscales de José Leonardo Ortiz del Distrito Judicial de Lambayeque, en el año 2020.

Unidades de análisis

Constituida por el expediente judicial sobre Incoación de Proceso Inmediato por flagrancia delictiva, existente en los Juzgados de Investigación Preparatoria de José Leonardo Ortiz del Distrito Judicial de Lambayeque, en el año 2019.

Asimismo, también el magistrado Juez o Fiscal de José Leonardo Ortiz del Distrito Judicial de Lambayeque, en el año 2020.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

El artículo 71 del Código Procesal Penal “enumera una lista de derechos dentro de los que resalta que e 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, así como también saber y tomar conocimiento desde un inicio de los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese el por qué de dicha medida, proporcionándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda. 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 entre otros" (…).

Cabe recordar que ningún derecho es absoluto. El derecho a la libertad personal es susceptible de restricción o de privación en el ámbito del proceso penal, así como cualquier otro derecho, siempre que se respete los presupuestos que la ley regula expresamente para cada una de las limitaciones.

Como el derecho a la libertad tiene carácter de fundamental – entiéndase como la autodeterminación, por la propia voluntad de la persona, de un comportamiento lícito y como derecho y garantía frente a toda privación ilegal o arbitraria de la misma en el devenir físico de la vida[3], por lo que constituye un valor esencial e imprescindible del sistema democrático que supone autonomía e independencia en los individuos. Por esta razón constituye un ámbito de autonomía netamente privada, de capacidad de decisión personal o colectiva protegida frente a presiones que puedan determinarla[4], su restricción debe ser considerada como la excepción a la regla. Asimismo la interpretación de las causales que motiven su limitación debe ser siempre restrictiva.

En nuestra Constitución está reconocido el derecho a la libertad y seguridad personal. Se establece, sin embargo, una excepción a la mencionada regla cuando se establece específicamente en su artículo 2.24.f que toda persona detenida debe ser informada mediante resolución escrita y motivada emitida por el juez penal o por las autoridades policiales en flagrante delito.

Se deduce que las medidas limitativas deben aplicarse con recto criterio siempre que sea necesario para los fines del proceso[5]. La detención es una medida de coerción personal que se caracteriza por ser provisional y personal, la cual puede ser realizada por autoridad policial, judicial o cualquier ciudadano.

Se define como la privación de libertad impuesta al imputado para hacerlo intervenir en el proceso y recibir su declaración, cuando se evidencia que no acudirá o no hará caso a la citación o realizará lo posible para obstaculizar la investigación.

Es importante acotar que para la detención se debe cumplir con ciertos principios:

i) Principio de legalidad

Nuestra carta magna establece las condiciones y supuestos, *"no se permite forma alguna de restricción de la libertad persona, salvo en los casos previstos por la ley; están prohibidas la*

3 Gutiérrez de Cabiedes, Pablo: Derecho Procesal Parte General, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.235.

4 Eguiguren Praeli, Francisco, "El derecho a la libertad personal: contenido, restricciones y protección frente a detenciones arbitrarias", en Eguiguren Praeli, Francisco, *Estudios constituciones, ARA*, Lima, 2002, p.27.

5 San Martín Castro, César: Derecho Procesal Penal Lecciones, Editorial INPECCP, Lima 2020, p. 646-647.

esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas". En este caso no solo se debe cumplir la ley, sino que debe encontrarse totalmente justificada.

ii) Excepcionalidad

La regla general es el respeto al derecho a la libertad personal y solo en casos estrictamente excepcionales se aplicará dicha medida. Fuera de estos casos excepcionales, el imputado puede acudir al proceso penal en libertad.

iii) Proporcionalidad

La medida impuesta debe respetar la proporcionalidad de la pena esperada, esto es la prognosis de la pena probable. Esto implica evaluar y ponderar un punto de equilibro entre la afectación al derecho del imputado y el interés o necesidad del Estado en la persecución del delito.

El artículo 2.24 f sufrió una reforma en mayo del 2017 mediante Ley 30558 que amplió el plazo de la detención de 24 a 48 horas y añadió otra modalidad delictiva exceptuada bajo el plazo máximo de 15 días: delitos cometidos por organizaciones delictivas.

De lo expuesto se deduce que si bien la libertad es un derecho fundamental reconocido, este no es absoluto puesto que en el ámbito constitucional aparece una limitación que resulta proporcional y necesaria. Proporcional porque el plazo de 48horas resulta idóneo y no vulnera garantías ni derechos del imputado, como la presunción de inocencia. Resulta necesaria cuando nos encontramos investigaciones complejas, en las que se requiera de mayores diligencias, por lo que se podrá optar por el plazo de 15 días siempre que se aplique conforme a lo establecido en la ley.

Se concluye que el plazo máximo para la detención del imputado es de 48 horas.

EL PROCESO INMEDIATO EN EL NCPP

Por múltiples razones el proceso penal ordinario en el Perú no se encuentra en condiciones de satisfacer los conflictos de relevancia jurídico penal de la misma forma en todos los casos. Por este motivo, de manera alternativa al proceso común- entiéndase por aquel proceso que cumple con las tres etapas centrales, cada uno con su finalidad específica y que tienen como eje la adversariedad y contradicción: investigación preparatoria, etapa intermedia y enjuiciamiento- se han regulado mecanismos idóneos para la resolución de casos de una manera racional, efectiva y eficiente. De esta manera, bien porque el proceso común con sus diversas etapas no hacía frente ni garantizaba los intereses en determinados supuestos o bien porque no era el más idóneo para resolver casos particulares, el legislador penal reguló los denominados "procesos especiales" para resolver determinadas relaciones jurídicas que eran imprescindibles.

De acuerdo a Talavera, en los procesos especiales se han regulado mecanismos de aceleración o agilización del proceso penal. De esta forma, haciendo un análisis detallado en el "Derecho comparado, se pueden evidenciar tres grandes grupos de mecanismos jurídicos de aceleración del proceso:

i) Los que suponen una eliminación total o casi total del proceso, los mecanismos alternativos de solución de conflictos (oportunidad, transacción, mediación penal).

ii) Los que, mediante la supresión de ciertas etapas procesales, implican el acortamiento del proceso.

iii) Los que si bien mantienen todas las etapas del proceso, realizan una reorganización del procedimiento (juicios abreviados o rápidos)"[6].

El legislador optó por regular diversos métodos especiales para afrontar contundentemente ciertos supuestos particulares. Así, uno de los mecanismos referidos es el proceso inmediato, el cual omite etapas, siendo un mecanismo de simplificación procesal que se aplica cuando no existe la necesidad de realizar la etapa de investigación preparatoria y etapa intermedia.

El proceso inmediato se encuentra regulad en el Código Procesal Penal, específicamente en su libro V "Proceso Especiales", el cual es de influencia italiana, encontrando sus orígenes en el *guidizio inmediato* regulado en el Código Penal italiano de 1988.

ANTECEDENTES DEL PROCESO INMEDIATO

La Ley Nº 28122 constituye en el ordenamiento jurídico peruano el antecedente más remoto que regula la conclusión anticipada de la instrucción para determinados delitos.

La doctrina procesalista acepta que el proceso inmediato peruano tiene como fuente principal a los juicios directísimos (flagrancia o confesión) e inmediato (prueba evidente) regulados en el Código de Procedimiento Penal italiano de 1989.

Respecto a lo mencionado, debemos definir lo siguiente:

i) Juicio directo (guidizzio directtisimo)

"Este proceso consiste en la directa presencia del delincuente ante el juez sin pasar por el filtro de la audiencia preliminar. El juicio directo italiano procede ante dos supuestos, el primero se aplica cuando el ciudadano ha sido detenido en flagrante delito, entonces el fiscal está facultado para

6 Talavera Elguera, Pablo. *"Breves apuntes sobre los procesos especiales en el nuevo Código procesal penal (NCPP)".* En: AA.VV. *Nuevo Código Procesal Penal Comentado.* Vol.2, Ediciones Legales, Lima, 2016, pp. 1553-1569.

colocarlo a disposición del juez con la finalidad de convalidar la medida en 48 horas. En caso de que el juez no acuerde la convalidación, devuelve lo actuado al Ministerio Público; sin embargo puede que decida la procedencia del juicio directo si el acusado y el fiscal así lo deciden por común acuerdo. En cambio, si el juez llega a la decisión de convalidar la medida, entonces deberá dictar sentencia".

ii) Juicio inmediato (guidizzio inmediato)

"El juicio se dirige a eliminar la vista preliminar para adelantar el juicio.

En este caso, el fiscal puede pedir de manera directa al juez de la investigación preparatoria que proceda el juicio inmediato, cuando el imputado haya sido interrogado sobre hechos cuya prueba es notoria e indubitable.

MARCO LEGAL

En el ordenamiento jurídico peruano el proceso inmediato está ubicado en los artículos IV y IX del TP, el artículo 60 del NCPP del 2004 y en el Decreto Legislativo Nº1194 que modificó los artículos 446, 447 y 448 del NCPP.

DEFINICIÓN

"El proceso inmediato se define como aquel proceso especial que, en favor de la celeridad procesal, elimina la etapa de investigación preparatoria y la etapa intermedia cuando concurran determinados supuestos. Después de culminadas las primeras diligencias realizadas por el fiscal junto con la Policía Nacional del Perú, por ciertas características peculiares de los casos materia de investigación, se acude inmediatamente a la fase de juzgamiento". También es definido como "un proceso penal especial de simplificación procesal que se fundamenta en la potestad del Estado de organizar la respuesta del sistema penal con criterios de racionalidad y eficiencia en los casos que no se requieren mayores actos de investigación" [7]

La mencionada institución jurídico procesal está enfocada en que el fiscal, como titular de la acción penal, cuente con todos los elementos de convicción necesarios para acceder de forma directa e inmediata a la etapa de enjuiciamiento. Pero no se da una debida preocupación sobre la situación del imputado, quién además de quedar en estado indefensión por los plazos cortos no aporta los medios probatorios necesarios para armar su propia defensa.

7 Arbulú Martínez, Victor, *Derecho Procesal Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2015 p. 595.

CARACTERÍSTICAS

"Es un procedimiento especial que, ante el requerimiento fiscal y el cumplimiento de los supuestos establecidos en la ley vinculados a la evidencia delictiva, obvia tanto la investigación preparatoria o lo que resta de ella si el trámite se instó antes de los 30 días y a la etapa intermedia con sus trámites de control de la acusación y todos los actos procesales que ella entraña".

"La simplificación del procedimiento solo se expresa en la eliminación de parte de la investigación preparatoria y de la totalidad de la etapa intermedia. El trámite salta del artículo 336 al 355 del NCPP".

"Constituye una celebración anticipada del juicio oral, produciéndose una alteración en la competencia funcional, pues el juez de investigación preparatoria ya no dicta el respectivo auto de enjuiciamiento sino que lo hace el juez unipersonal o colegiado según el caso. El auto de enjuiciamiento, establecido en el artículo 353 del NCPP, se adapta a las exigencias del proceso inmediato."

Por lo mencionado, el proceso inmediato se caracteriza por ser:

a) Inmediato:

Porque su imposición es imprescindible para la consecución del proceso penal, en los casos establecidos en la ley.

b) Formal:

Debido que para su respectiva aplicación se requiere de una parte legitimada que es el representante del Ministerio Público y además se requiere del cumplimiento de los presupuestos establecidos en el NCPP.

c) Especifica:

Porque solo debe cumplir con lo exigido por la ley, de esta manera es aplicable únicamente a los supuestos determinados en el NCPP.

d) Eficaz:

Puesto que exige al juez un pronunciamiento de fondo para acceder o negar el requerimiento peticionado.

e) Preferente:

Porque el juez lo tramitará con una prelación especial debido a la urgencia y elementos de convicción notorios del hecho delictivo perpetrado.

f) Sumario:

Al simplificar ciertas etapas, sus plazos son breves en comparación con el proceso común que debe cumplir con las tres etapas (investigación preparatoria, intermedia y juzgamiento).

FINALIDAD

La eliminación de las etapas del proceso penal ordinario (investigación preparatoria y etapa intermedia) para dar pase solamente a la etapa de juicio oral.

El proceso inmediato tiene como objetivo resolver prontamente la solución de conflictos de carácter penal, siempre y cuando nos encontremos en los supuestos que regula y exige el nuevo Código Procesal Penal.

Para el maestro Sánchez Velarde, "el proceso inmediato faculta a abreviar al máximo el procedimiento al "(…) evitar que la etapa de investigación preparatoria sea una etapa ritualista e innecesaria, brindado la posibilidad al representante del Ministerio Público de formular directa e inmediatamente acusación y que esta sea aceptada sin la necesidad de realizar la denominada audiencia preliminar de etapa intermedia".[8]

Se ha llegado al punto de tratarlo y denominarlo como una celebración anticipada del juicio oral y que por tal razón en este proceso lo que se busca es la simplificación y celeridad del procedimiento ordinario[9], teniendo como efectos principales, simplificar la etapa de la investigación formalizada y la etapa intermedia para llegar de manera "inmediata" al juicio oral[10].

El proceso inmediato se caracteriza por ser más rápido que el proceso ordinario o común; es decir, no requiere de los plazos establecidos para la investigación preparatoria, respetando el plazo razonable que debe existir en todo proceso y la presunción de inocencia, pilar del Derecho Procesal Penal.

La flagrancia y el proceso inmediato -de acuerdo con Sánchez Velarde - generan una respuesta positiva al clamor social de justicia y aporta a la seguridad ciudadana[11].

8 Sánchez Velarde, Pablo, *El nuevo proceso penal.* Idemsa, Lima, 2009, p. 364.

9 Neyra Flores, José. *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Tomo II, Idemsa, Lima, 2016, p.46.

10 Sánchez Cordova, Juan, *"Problemas de aplicación e interpretación de los procesos especiales",* en Procedimientos especiales, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p.23.

11 Sánchez Velarde, Pablo, *La flagrancia y el proceso inmediato*

FUNDAMENTO DEL PROCESO INMEDIATO

"Los fundamentos de su existencia son, entre los más importantes, razones de política criminal, simplificar la respuesta estatal, abreviación de plazos, celeridad y proporcionalidad.

Así otro de los fundamentos es la facultad que tiene el Estado de organizar la respuesta del sistema penal con criterios de racionalidad y eficiencia."

"En la misma línea argumentativa, Lingán sostiene que la incorporación del proceso inmediato al Código Procesal Penal es positiva, puesto que permite resolver de manera rápida la situación jurídica de determinados imputados, minimizar los plazos y esfuerzos de los funcionarios encargados de administrar justicia en el país."

De una facultad a un deber

El Fiscal es el único legitimado para realizar un requerimiento de proceso inmediato por ser el titular de la acción penal, tal como lo reconoce la Constitución en su artículo 159.1 y la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Un aspecto importante es la modificación normativa que cambia de una facultad de promover el proceso inmediato a un deber de hacerlo en aquellos casos en que la ley así lo exija. De lo contrario cabe la posibilidad de que el fiscal sea sancionado, conforme al artículo 446.1 del NCPP.

Mediante Resolución Nº 5893-2015-MP-FN de fecha 20 de noviembre del 2015, la Fiscalía de la Nación aprobó la Directiva Nº 005-2015-MP-FN en la cual enfatiza que las actuaciones del representante del Ministerio Público deben respetar los principios de objetividad y autonomía, pues si se advierte que la medida de coerción personal "detención" no cumple con los requisitos de flagrancia delictiva se deberá actuar conforme a ley, sin esperar que el plazo máximo de detención culmine y se solicitará la incoación del proceso inmediato siempre que se cuenten con los elementos de prueba suficiente.

Se concluye que, tal como se advierte en el NCPP, existe un imperativo de incoar el proceso inmediato, el fiscal es responsable de motivar y justificar mediante una disposición fiscal los motivos por los que solicitará la incoación de proceso inmediato.

Resulta necesario aclarar que el proceso inmediato no está regulado en función a la naturaleza, complejidad de los delitos ni tampoco al consenso, sino a la existencia innegable y contundente de un evento o circunstancia objetiva referida a la evidencia de elementos de convicción y claridad de los hechos, que faciliten advertir la realización de un delito que es materia de persecución y la intervención del imputado.

SUPUESTO DE APLICACIÓN

Para la aplicación y realización del proceso inmediato se debe cumplir ciertos presupuestos legales, tal como se establece en el artículo 446 del Código Procesal Penal. Estos son:

i) Flagrancia delictiva

SSSsSSe encuentra establecida en el artículo 259.2 del Código citado, exige inmediatez personal y temporal, así como también necesidad urgente de la intervención policial"

"La flagrancia debe cumplir con dos presupuestos importantes para su configuración, nos referimos a la inmediatez temporal y personal con el hecho delictivo. Estos dos presupuestos justifican la excepción al principio de reserva judicial para privar de la libertad en los supuestos de flagrancia, aunque realmente lo que origina es retraso en la intervención judicial"

"En cuanto a la inmediatez temporal, el delito se debe estar realizando o haber realizado hace unos momentos. Por este criterio se determina un límite en el tiempo referido a que el hecho delictivo se produzca con inmediatez a su descubrimiento por parte de la autoridad policial o por aprehensión de un tercero" [12].

"La inmediatez personal se refiere a que el presunto autor se encuentra en el lugar de los hechos en el momento de la realización del delito y se vincula al objeto o a los instrumentos del delito, de modo que estas circunstancias ofrecerían una evidencia clara y notoria de su participación en el evento delictivo"

"Cabe puntualizar que mediante el Decreto Legislativo 983 se amplió el supuesto de cuasiflagrancia a tal punto de justificar la detención sin orden judicial cuando el imputado hubiera huido del lugar del hecho y con posterioridad a ser identificado es hallado en el plazo de 24 horas de producido el delito"

ii) Cuando el imputado ha confesado la comisión del delito

"Esta figura se halla reconocida en el artículo 160.1 del Código Procesal Penal, en este caso el procesado debe admitir los cargos o imputación realizada en su contra, en palabras similares reconocer y aceptar los hechos incriminado, es decir se trata de una admisión voluntaria del imputado sobre su participación en la perpetración del delito"

12 Cáceres Julca, Roberto y Luna Hernández, Luis. *Las medidas cautelares en el proceso penal. Jurista* Editores, Lima, 2014, p. 160.

Para que sea considerado como medio probatorio y pueda surtir efectos, la confesión debe cumplir con ciertos requisitos que la ley establece en el artículo 160.2 del NCPP, "los cuales son: a) esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción; b) sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas; c) sea prestada ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado y d) sea sincera y espontánea.

Tiene como beneficio la disminución de la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal.

El mencionado beneficio tiene una excepción en su aplicación en el supuesto de flagrancia delictiva y"

iii) Cuando los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares y previo interrogatorio del imputado sean evidentes.

"Los elementos de convicción realizados y obtenidos en la fase de diligencias preliminares y con interrogatorio previo resultan evidentes. Se trata de un estado de conocimiento de las circunstancias y de su autor, especialmente claro en esta fase del procedimiento de averiguación que no se preste a polémicas fundadas o que adolezca de algunas lagunas que establezcan la necesidad de actos de investigación adicionales o de convicción o corroboración" [13].

En definitiva, el fiscal está en el deber de considerar que con los actos de investigación obtenidos hasta ese momento ha alcanzado el estándar de prueba contundente le permita acceder inmediatamente a la etapa de enjuiciamiento;

iv) delitos de omisión de asistencia familiar y de conducción en estado de embriaguez o drogadicción

"Con la reforma se han incorporado dos supuestos en los que procede el proceso inmediato, sin que sea necesaria la presencia de los supuestos establecidos en el artículo 446.1 del NCPP". De esta manera en el inciso 4 del artículo 446 se regula que el *"fiscal también deberá solicitar la incoación del proceso inmediato para los delitos de omisión de asistencia familiar y los de conducción en estado de ebriedad y drogadicción…"* Tal como se ha mencionado, no se requiere que estemos ante una situación de flagrancia o que haya confesado el imputado o que hayan elementos suficientes de convicción.

13 San Martín Castro, César: Derecho Procesal Penal Lecciones, Editorial INPECCP, Lima 2020, p. 1123.

SUPUESTOS DE IMPROCEDENCIA DEL PROCESO INMEDIATO

De acuerdo con lo establecido en el artículo 446.2 del NCPP, quedan excluidos los supuestos de complejidad regulado en el artículo 342.3, donde sean necesarios actos de investigación posteriores. Podemos deducir rápidamente que todos los casos de flagrancia son de inmediata resolución, puesto que debe de existir un análisis objetivo por parte del representante del Ministerio Público, quien debe actuar de manera objetiva y legal.

Así las cosas, el artículo 342. consigna siete supuestos en los que nos podemos encontrar en casos complejos:

a) Complejidad probatoria

Cuando se requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación.

b) Complejidad subjetiva

Involucra una cantidad importante de imputados agraviados. En el presente supuesto es común los casos de delitos masa donde existe una multiplicidad de victimas.

c) Complejidad delictiva

En este supuesto se comprenden las investigaciones que incluyen numerosos delitos, nos referimos al concurso real o ideal de delitos.

d) Complejidad por organización criminal

En estos casos el fiscal tiene la ardua labor de investigar delitos perpetrados por imputados que integran o colaboran en organizaciones criminales y por lo tanto las técnicas de investigaciones no son las comunes. Se requiere de una especialización y de actos de investigación de plazos extensos.

e) Complejidad técnica

Generalmente nos encontramos en este tipo de complejidad cuando se requiere de múltiples pericias y que sea de una documentación amplia o de complicados análisis técnicos. Casos comunes son los delitos ambientales o de actos de corrupción de funcionarios.

f) Complejidad territorial

Necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del territorio peruano.

g) Complejidad por personas jurídicas

Se debe constatar y revisar la gestión de personas morales-jurídicas o entidades del Estado. Generalmente nos hallamos en este tipo de complejidad cuando se trata de delitos económicos, entre ellos fraude a la administración de personas jurídicas.

En ese sentido, conforme al artículo 446.3 cuando se trate de un proceso seguido contra una pluralidad de imputados, solo es posible el proceso inmediato si todos ellos se encuentran en una de las situaciones en las que proceda el proceso inmediato. Evidentemente, el fundamento de este dispositivo es que la esencia del proceso inmediato está reservada para casos de carácter sencillo y de fácil solución, por lo que debe mencionarse que, en caso de que uno de los imputados se encuentre fuera de los supuestos de aplicación del proceso inmediato este no procedería.

Así las cosas. El poder legislativo otorgó potestades al poder ejecutivo mediante la Ley Nº30336, de fecha 1 de julio del 2015. La prerrogativa de legislar en determinadas materias, con la finalidad de consolidar el valor eficacia de la persecución penal, por tal motivo se promulgó el Decreto Legislativo Nº 1194 de fecha 30 de agosto del 2015 que modificó diversos artículos respecto al proceso especial: "Proceso Inmediato".

El objetivo de este cambio se dirige a tres puntos sumamente importantes: primero, disponer la obligatoriedad de este proceso especial, el cual antes era simplemente facultativo mas no un deber para el representante el Ministerio Público con la finalidad de garantizar su realización; segundo, completar la configuración especial del proceso inmediato, regulando incluso el modelo de enjuiciamiento y antes, profundizar la oralidad del procedimiento penal confirmando la necesidad de audiencias. Y tercero, facilitar la aplicación de sus normas, siendo más claras y de fácil interpretación y acentuando en el ámbito practico.

La finalidad es satisfacer los conflictos de relevancia penal de una forma más célere y efectiva, así como perseguir los delitos asociados a la denominada evidencia delictiva que son de rápida y contundente acreditación.

REQUERIMIENTO FISCAL

El proceso inmediato no se instaura de oficio, La investigación preparatoria está en manos del Ministerio Público-, por lo que se requiere que el Fiscal formule por escrito el requerimiento correspondiente al juez de la investigación preparatoria. Cabe aclarar que este proceso no puede ser propuesto ni formulado por ningún otro sujeto procesal, sea imputado, víctima, etc.

De esta forma, el fiscal debe formular, siempre que concurran los presupuestos contemplados en el artículo 446 del NCPP, un requerimiento de proceso inmediato sin perjuicio de solicitar las medidas de coerción que correspondan, de manera acumulada o separada.

Ante la naturaleza del proceso inmediato, dicho requerimiento debe ser presentado ante el juez de investigación preparatoria luego de culminar las diligencias preliminares; es decir, antes de formalizar la investigación preparatoria o en su defecto hasta antes de los treinta días de formalizada. Este plazo es de caducidad, una vez vencido no hay marcha atrás ni posibilidad de requerir el mencionado proceso.

Una de las formalidades prácticas que requiere el proceso inmediato es que el fiscal debe acompañar junto al requerimiento de proceso inmediato la carpeta fiscal del caso materia de investigación. Las actuaciones sumariales son esenciales para el juez de investigación preparatoria porque éste carece de facultades de investigar. Así, el juez se limita a examinar la fundabilidad del requerimiento y la correlación de los supuestos legales que informan el procedimiento de proceso inmediato con los recaudos investigativos correspondientes[14].

En esta línea de argumentos, en el artículo 447.1 se mantiene la detención policial por flagrancia delictiva, más allá de lo que establece nuestra Carta Magna; es decir más de 48horas, este plazo puede ampliarse hasta 48 horas más, con el propósito de que se realice dentro de este plazo la audiencia de incoación del proceso inmediato. Como consecuencia de ello se ha originado un conflicto entre la norma constitucional y la norma procesal mencionada.

El artículo 447.1 del NCPP regula que "al término del plazo de la detención policial establecido en el artículo 264, el fiscal debe solicitar al juez de la investigación preparatoria la incoación del proceso inmediato. El magistrado, dentro del plazo de las 48 horas posteriores al requerimiento fiscal, realiza una audiencia única de incoación para determinar la procedencia del proceso inmediato. La detención del imputado se mantiene hasta la realización de la audiencia" (…).

Una vez planteado "el requerimiento fiscal de incoación de proceso inmediato, al término del plazo de detención policial de oficio o de la preliminar hasta 48 horas en delitos comunes y hasta 15 días en delitos exceptuados, salvo que el supuesto de confesión y evidencia delictiva se extiende al término de las diligencias preliminares y hasta antes de los 30 días de iniciado la investigación preparatoria formalizada. El juez de la investigación preparatoria debe señalar la denominada audiencia única de incoación del proceso inmediato dentro de las 48 horas siguientes al requerimiento fiscal"

Conforme al literal f) del artículo 24 de la Constitución, el plazo máximo que debe durar la detención de una persona es de 48 horas. El inciso 1 del artículo 447 del Código Procesal Penal, sin embargo, establece

14 San Martín Castro, César: Derecho Procesal Penal Lecciones, Editorial INPECCP, Lima 2020, p. 1126.

que al término del plazo de detención policial el fiscal está en la obligación de solicitar al juez de la investigación preparatoria la incoación del proceso inmediato. El juez, dentro de las 48 horas siguientes al requerimiento fiscal, realiza una audiencia única de incoación para determinar la procedencia del proceso inmediato, manteniéndose la detención del imputado hasta que se realice la audiencia.

El plazo de la detención se prolonga inconstitucionalmente hasta la realización de la audiencia y decimos que es inconstitucional porque la Constitución ordena que el plazo máximo que puede durar la detención es de 48 horas.

Por ese motivo resulta imprescindible determinar la constitucionalidad del plazo de "continuación de detención hasta la audiencia de proceso inmediato, toda vez que no nos encontraríamos en el supuesto de detención policial cuyo plazo por mandamiento constitucional es hasta por un máximo de 48 horas. Tampoco estaríamos en el supuesto de detención preliminar judicial, el cual se ha establecido sólo para casos donde no concurra flagrancia.

Asimismo se ha determinado que el hecho de que el fiscal coloque al detenido a disposición de la autoridad judicial competente resulta ilegitimo puesto que convierte en legal el nuevo plazo de detención y por lo tanto se ha creado un supuesto de prohibición de exceso de detención indebida.

La disposición fiscal en la que pone a disposición al detenido ante el juez correspondiente resulta ser un acto procesal que contraviene el artículo 2.24.f de la Constitución toda vez que se excede del plazo máximo de detención de 48 horas.

Ante la evidente vulneración de la norma fundamental, el fiscal puede disponer la libertad inmediata del detenido después de vencido el plazo máximo de detención policial de 48 horas, cuando decide requerir la respectiva incoación del proceso inmediato sin la medida coercitiva de prisión preventiva.

La mantención del estado de detención en el proceso inmediato reformado por el Decreto Legislativo Nº 1194, en el supuesto de flagrancia delictiva, vulnera, por lo tanto, derechos fundamentales, primordialmente el derecho a la libertad personal.

CONCLUSIONES

- El artículo 447.1 vulnera a la Constitución Política en el sentido de que la citada norma procesal ordena que el plazo de detención supere 48 horas más, pudiendo durar hasta 96 horas (04 días).
- La mantención de la detención no llena de contenido legal al plazo que dura la mencionada detención puesto que se vulnera lo regulado en la Constitución, el derecho fundamental a la libertad y el de defensa.

- La citada norma procesal afecta diversos derechos fundamentales, específicamente el derecho a la libertad personal.
- Mediante un proceso de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional debe expulsar o dejar sin efecto la norma procesal analizada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Araya Vega, A. (2016) *El nuevo proceso inmediato para delitos en flagrancia y otras delincuencias.* Lima. Jurista Editores.

Arbulú Martínez, V. (2015). *Derecho Procesal Penal.* Lima. Gaceta Jurídica.

Cáceres Julca, R. y Luna Hernández, L. (2014). L*as medidas cautelares en el proceso penal.* Lima. Jurista Editores.

Gutiérrez de Cabiedes, P. (2018). *Derecho Procesal Parte General.* Valencia Editorial Tirant lo Blanch.

Eguiguren Praeli, F. (2002). *El derecho a la libertad personal: contenido, restricciones y protección frente a detenciones arbitrarias.* Lima. Eguiguren Praeli, Francisco, Estudios constitucionales, ARA.

Neyra Flores, J. (2016). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Lima. Editorial Idemsa.

San Martín Castro, C. (2020). *Derecho Procesal Penal Lecciones.* Lima. Editorial INPECCP.

Sánchez Cordova, J. (2011). *Problemas de aplicación e interpretación de los procesos especiales, en Procedimientos especiales.* Lima. Gaceta Jurídica.

Sánchez Velarde, P. (2009). *El nuevo proceso penal.* Lima. Editorial Idemsa,

Sánchez Velarde, P. (2016). *La flagrancia y el proceso inmediato.* El Comercio. Recuperado de: https://bit.ly/3aUX3eE

Talavera Elguera, P. (2016) *"Breves apuntes sobre los procesos especiales en el nuevo Código procesal penal (NCPP)"*. Lima. En: AA.VV. Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Vol.2, Ediciones Legales.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6107

JURISDICCIÓN COMUNAL Y JURISDICCIÓN ORDINARIA EN EL MARCO DEL PLURALISMO JURÍDICO

Marjorie Natalí Pimentel Ventura[1]

RESUMEN

Este artículo analiza los principales alcances jurídicos de la relación entre la jurisdicción comunal y la jurisdicción ordinaria en el marco del pluralismo jurídico en el Perú.Desde tiempos remotos hemos coexistido en medio de la pluriculturalidad que marcó un hito en nuestro país y la interrelación entre el Estado y los pueblos indígens ha pasado por etapas como el rechazo, la invisibilización y el reconocimiento. Durante estas etapas se ha buscado obtener una justicia proba que no vulnere los derechos fundamentales de los ciudadanos sin exclusión alguna. En suma, se trata de hacer un balance de los cuestionamientos a la la norma jurídica y su aplicación considerando la cultura y las costumbres que son características propias de cada pueblo. Las poblaciones originarias y nativas también tienen el derecho de acceso a la justicia.

Palabras clave: jurisdicción comunal – jurisdicción ordinaria – pluralismo jurídico – pluriculturalidad

1 Doctoranda en Derecho en la Universidad Privada Antenor Orrego.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the main legal scope of the relationship between communal jurisdiction and ordinary jurisdiction within the framework of Peruvian legal pluralism. This is due to the multiculturalism that we have had since ancient times, as a result of different events that throughout history were marking a milestone in our country. Likewise, the stages through which the interrelation between the State and indigenous peoples has passed will be briefly reflected, such as: rejection, invisibility and recognition; stages through which it has been sought to obtain a fair justice that does not violate the fundamental rights of every Peruvian citizen without any exclusion. In short, questions are made to the balance that the norm must have with the Peruvian society for which it is being governed, since the culture and customs that are characteristics of each people must be taken into account, knowing that we have with native and native populations that also have the right of access to justice.

INTRODUCCIÓN

El establecimiento de un marco legal único para un país con una pluriculturalidad inmensa, debido a la gran cantidad de pueblos indígenas y nativos existentes en el territorio peruano, no es suficiente para garantizar el acceso a la justicia y el respeto de los derechos fundamentales. No se puede pretender regular con una política de justicia uniforme a un país con una sociedad que tiene creencias y costumbres muy variadas. Y es que la base del derecho es la justicia para todos, estableciendo un orden a través de la emisión de normas que regulen el comportamiento de una sociedad.

El Perú es un Estado democrático que, en la lucha contra la violencia y la delincuencia, está en plena capacidad de promover participaciones colectivas o individuales para tutelar los derechos de la población en sus competencias territoriales. La carta magna faculta a las autoridades estatales a crear alternativas de solución.

Sin embargo, la invisibilidad de la relación entre ambos sistemas judiciales con el Estado disputando la legitimidad de la competencia comunal para impartir justicia por considerarla contraria a los derechos humano. A pesar de que nuestra carta magna, en su artículo 149 prescribe que las autoridades comunales tienen las mismas facultades que la jurisdicción ordinaria para poder resolver los conflictos intersubjetivos sin afectar los derechos fundamentales. Para este efecto se establece en la ley formas de coordinación entre los juzgados de paz, las rondas campesinas, nativas y las instancias del Poder Judicial. Es decir, reconoce formalmente la relación que existe entre la justicia ordinaria y la justicia comunal; sin embargo, en el ámbito de su aplicación no se han previsto mecanismos idóneos para establecer una comunicación horizontal y coordinación efectiva. Pues se puede apreciar que existen diversas formas de considerar la justicia por las rondas campesinas y nativas y por la justicia ordinaria. La pluriculturalidad de nuestro país nos obliga a respetar las formas de vivir de estos grupos, pues son

parte de una nación orgullosa de la riqueza cultural que posee.

La jurisdicción comunal determinada y reconocida en la carta magna "requiere algunos gestiones e implementaciones a nivel normativo y orgánicol debido que a pesar que se reconoce formalmente el ejercicio de labores jurisdiccionales dentro de su territorio, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen derechos fundamentales, no existe una adecuada coordinación con la justicia ordinaria y las autoridades públicas, la que muchas veces no respeta sus decisiones". (Ruiz, 2019)

En este artículo explicaremos doctrinariamente lo que se entiende por pluralismo jurídico, en la relación entre la jurisdicción ordinaria y la comunal. A continuación, después de un análisis profundo del tema en cuestión, arribaremos a unas conclusiones con base en la información recopilada, analizada y discutida.

PLURALISMO JURÍDICO COMO PUNTO DE PARTIDA

El pluralismo implica según Espezúa (2018) lo siguiente:

> El pluralismo implica la coexistencia simultánea de varios sistemas jurídicos de regulación y acción social, así como de diversos sistemas de resolución de conflictos en sus diferentes niveles sociales, convergentes temporal y espacialmente. En ese sentido emerge el pluralismo jurídico cultural haciendo referencia a que lo jurídico es el reflejo de una cultura o nación determinada. Así también, se aclara que hay que hacer una distinción y reconocimiento de los tipos de pluralismo jurídico: tipo vertical y tipo horizontal: "a) El pluralismo jurídico de tipo vertical está basado en la existencia de diferentes niveles jurídicos ordenados jerárquicamente, tal como conocemos en nuestro sistema judicial b) El pluralismo jurídico de tipo horizontal está basado en la interrelación entre organizaciones o subgrupos sociales (subculturas), normalmente es concebida como la "teoría de los campos sociales semiautónomos" (p.64)

Se entiende que el pluralismo jurídico nace de la interrelación constante entre grupos sociales semiautónomos, que no se encuentran jerarquizados, sino que coexisten entre sí debido a la convivencia de distintas culturas con valores y normas dentro de un territorio determinado, el cual es un espacio prudente para el desarrollo de un pluralismo jurídico horizontal.

Es importante conocer y entender que cada sociedad crea su propio derecho en base a sus costumbres, creencias, básicamente según su forma de vida y de esa manera crea su forma de solucionar su propio conflicto. Espezúa (2018) señala lo siguiente:

> En las sociedades indígenas hay un derecho consuetudinario ancestral, de transmisión oral, que responde más a un código moral de justicia, está basado en las costumbres y la tradición. La aceptación y respeto de las reglas de este derecho consuetudinario y de su institucionalidad, se basan en sustentos objetivos de poder y autoridad, pero también en

> mecanismos subjetivos de solidaridad, cooperación y reciprocidad. (p.38).

En esa línea, Guevara (2009) citado por (Espezúa, 2018) sostiene lo siguiente:

> El derecho a ser diferente se viene reconociendo como un derecho humano fundamental. Existe un creciente rechazo o cuestionamiento a la premisa, alguna vez prevalente, que postulaba que la unidad nacional debía surgir a costa de la supresión de la heterogeneidad étnica y cultural. Esta tesis moderna, propuesta tanto por liberales como por marxistas, y con raíces en el evolucionismo cultural del siglo pasado, se encuentra hoy en día epistemológicamente asediada. Las diferencias culturales y étnicas ya no son consideradas como productos de un fracaso histórico ni como la expresión de una sociedad atrofiada o defectuosa. Por el contrario, se aprecia a la pluralidad étnica y cultural como una de las fibras medulares de las sociedades latinoamericanas. (p. 38-39).

"El pluralismo jurídico basado en la teoría de la institución afirma que, el Estado no es el único centro productor de normas jurídicas sino también el producido por los grupos sociales diferentes al Estado, siempre y cuando: determinen sus fines, distribuyan funciones específicas de los individuos que componen el grupo para que cada uno colabore, a través de los medios previstos, para el logro del fin y que tengan diferente cultura". (Bobbio, 2005)

En el continente americano durante los años ochenta y noventa surge un nuevo modelo de gestión de multiculturalidad. Y de acuerdo con Picolli (2008):

> A quinientos años de la conquista, los movimientos de reivindicación de los derechos indígenas, las reformas constitucionales de muchos países latinoamericanos y el desarrollo del derecho internacional crean un contexto favorable al reconocimiento del pluralismo y de formas de justicia indígena independientes de los Estados. (p.35)

De acuerdo con este autor el reconocimiento de los derechos indígenas a lo largo del tiempo no ha sido inmediato, sino todo lo contrario ya que las formas de justicia indígena no han sido fáciles de aceptar por el Estado. Sin embargo, es necesario entender que ellos han estado incluso antes de la conformación de un Estado en sí y que su justicia ha existido desde siempre y que por tanto debe ser respetada por gobierno democrático y un Estado de Derecho.

En este contexto la hipótesis política que plantea es el desarrollo de un pluralismo sensato. La herramienta que él propone para lidiar con una sociedad múltiple es el consenso aplicado, que constituiría un paso adelante respecto del consenso constitucional simple. Se trata en este caso de una pluralidad de doctrinas prudentes, meritorias en su capacidad de persistir y sumar adherentes en el marco de una organización básica justa que promueve el consenso en torno a la necesidad de incrustar nociones de justicia moderna en la sociedad. En ese sentido, pese a que la población acepta la pluralidad de doctrinas, la organización políitca de la justicia es la que adopta el Estado.

Desde el año 1986 varias políticas públicas como la variedad de leyes y reglamentos tratan de esclarecer la situación de las rondas basándose en el principio del pluralismo jurídico. Sin embargo, son varios los

problemas que subsisten, ya que sus métodos de solución de controversia como las sanciones corporales son considerados extremos.

Espezúa (2018), demostrando un alto grado de consciencia de la realidad social vigente, comenta lo siguiente:

> Los grupos étnicos y las rondas campesinas, producen así nuevas esferas regulatorias y al hacerlo reinventan el derecho consuetudinario y delinean sus márgenes de semi-autonomía. La legalidad estatal colisiona con los derechos de esferas sociales al imponerles su monopolio. Es indudable que en nuestro país se evidencian rupturas económicas, sociales y culturales, debido a lo ya mencionado resulta imposible (al menos por ahora) tratar de imponer una homogeneidad nacional y por ende la vigencia plena del derecho estatal a todas las realidades que conforman la Nación. (p.45).

En consecuencia, la sociedad peruana debe tomar en cuenta la diversidad cultural como una forma de subsanar el pasado y ya no pensar en erradicarla o desconocerla para "lograr tener una cultura legal diferente, estar socialmente enraizados, ser legítimos y democráticos." (Espezúa, 2018: 39)

JURISDICCIÓN ORDINARIA, ¿SUPERIOR A LA JURISDICCIÓN COMUNAL?

Desde la colonia hasta la actualidad las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas han ido variando en consideración a varias causas (derecho a la educación, discriminación, pobreza, dominación, monismo). Dicha interrelación ha pasado por tres etapas bien marcadas: rechazo, invisibilización; y reconocimiento.

El rechazo se ha impuesto por la ventaja del gobierno en relacción con los pueblos originarios, a los que categorizaban como pueblos crueles y/o salvajes en la aplicación de sus usos y costumbres. Esta fase de relación se presenta fundamentalmente durante el periodo de la Colonia. En esta época se crearon dos regímenes jurídicos, uno exclusivo para los que llamaban indios y otro para los colonizadores.

Respecto a la invisibilidad, considerada como la segunda fase, el procedimiento estatal (en cuanto al idioma, religión y sistema penal) consistía en crear "una distinción en la regulación de las relaciones sociales, mediante el establecimiento de las autoridades legitimadas para el ejercicio del ius puniendi, ignorando la existencia de las autoridades propias de los pueblos indígenas. Esta etapa se presentó básicamente con la independencia de los Estados, cuando se estableció un sistema fundamentado en el monismo jurídico" (Avila, 2016). El Estado se convierte en el único ente efectivo para el uso del poderío ante los hechos ilícitos.

Por último, el reconocimiento de los pueblos indígenas y tribales se inicia en 1989 con el Convenio 169, constituyéndose como el primer instrumento internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas.

En el año 2007 se aprueba la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Etimológicamente, "jurisdicción ordinaria" hace referencia a aquel conjunto de juzgados que pertenecen a diversos órdenes jurisdiccionales y que se rige por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Según la lógica del Derecho Procesal, esta es la jurisdicción principal y a la cual también se le conoce como fuero común, al contar con sus propios principios y características como, por ejemplo, la unidad, la independencia y la exclusividad de acuerdo con el artículo 139, incisos 1 y 2 de la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial. En consecuencia, no puede existir jurisdicción independiente o separada del poder judicial con excepción de la militar y arbitral. En ese sentido, nuestra Constitución ha establecido como una jurisdicción especial a la jurisdicción campesina. Esto de acuerdo con el artículo 149 de la Constitución Política del Perú (1993) que señala lo siguiente

> Las autoridades de las Rondas Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no viole los derechos fundamentales de la persona. La Ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Cabe resaltar que, si bien se le reconoce a las rondas campesinas y nativas como jurisdicción, estas pueden aplicar su derecho consuetudinario. Sin embargo, tienen un límite, el de no transgredir ningún derecho fundamental de las personas. Es decir, pueden no aplicar las normas propias de la jurisdicción ordinaria para aplicar las normas que se basen en las creencias y costumbres propias de su cultura. Asimismo, el mismo cuerpo normativo, en su artículo 2, inciso 19, señala que el Estado reconoce y protege a la pluralidad étnica y cultural de la Nación. En la medida que esta diversidad también se manifiesta en la organización interna de los pueblos indígenas.

"Las comunidades campesinas son una población que se encuentra conformada por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, el apoyo recíproco, el régimen democrático y el desarrollo de ocupaciones multisectoriales, cuyos objetivos se orientan a la ejecución plena de sus miembros y del territorio".

El artículo 7 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, ratificado por nuestro país y el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, establece que los pueblos indígenas deben tener el derecho a decidir sobre su propio desarrollo económico, social y cultural. El artículo 4 de dicha decoaración expresa que *"Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales".*

En un primer instante la justicia comunal no poseía reconocimiento normativo, constitucional ni legal. "Esta fase culmina en el año de 1986 y estuvo caracterizada por el profundo desconocimiento de los

jueces, fiscales, policías y abogados del manejo de la justicia comunal. En un entorno de maltrato político, la justicia comunal generaba suspicacia y recelos por parte del Estado, los cuales se concretaba en la criminalización del ejercicio de la justicia comunal. Un óptimo ejemplo de este miedo son los diferentes adjetivos que se le endilgan a las rondas campesinas con la ley 24571, una vez que se les nombra rondas *pacíficas democráticas y autónomas.* Ante la violencia y ante los temores de que sean objeto de manipulación por los partidos de izquierda, se les adjetiva así." (Ruiz, 2019)

En este contexto toda hipótesis política debe dar cuenta del hecho ineludible del desarrollo de un pluralismo sensato. La herramienta para lidiar con la situación de una sociedad múltiple es el consenso aplicado, que constituiría un paso adelante respecto del consenso constitucional simple. Se trata en este caso de una pluralidad de doctrinas prudentes, meritorios de persistir y sumar adherentes a lo largo del espacio, en el marco de una organización básica justa, que difieren en gran parte de sus aspectos, pero concuerdan en la postura moral de incrustar en la sociedad una concepción política de justicia moderna.

La jurisdicción comunal "nace como un límite a la jurisdicción ordinaria, ya que, las normas dictadas por el derecho positivo, no son suficientes para regular determinadas conductas que surgen en el ámbito rural. Ahora bien, el tema en cuestión gira en torno a los derechos fundamentales, ya que resulta trascendental para evaluar las facultades de las rondas campesinas, y examinar si dichas conductas merecen sanción por la jurisdicción ordinaria o es competente la misma jurisdicción especial". (Irigoin, 2018)

Cabe señalar que discrepamos con Irigoin, pues la jurisdicción comunal siempre ha tenido sus costumbres y bajo las mismas ha resuelto sus conflictos de acuerdo a sus creencias y concepto de justicia, mas no nace como respuesta a la jurisdicción ordinaria. "Ahora bien, el tema en cuestión gira en torno a los derechos fundamentales, ya que resulta trascendental para evaluar las facultades de las rondas campesinas y examinar si dichas conductas merecen sanción por la jurisdicción ordinaria o es competente la misma jurisdicción especial"

Es necesario saber qué se entiende por derechos fundamentales, ya que la jurisdicción comunal tiene como límite los derechos fundamentales. Pues dichos derechos son fundamentales e inherentes del ser humano, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, religión, lengua o cualquier otra condición. Estos derechos se encuentran contemplados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y complementados en nuestra Constitución Política de 1993.

"Se ha registrado, además, un desarrollo normativo en las sentencias del Poder Judicial que resolvían conflictos surgidos del ejercicio de la justicia comunal, reconocida en el artículo 149 de la Constitución. Analizaremos algunas sentencias provenientes de la Corte Superior y la Corte Suprema, en ellas se ha señalado que las rondas campesinas no cometen delito de secuestro una vez que detienen en el marco del ejercicio de la justicia comunal. En suma, pudimos encontrar sentencias donde el Tribunal Constitucional ha reafirmado la constitucionalidad de la justicia comunal y ha resuelto casos de colisión en medio de las prácticas y derechos primordiales como la totalidad física o el debido proceso"

En estas sentencias se señala que la Corte Suprema interpreta el artículo 149 de la Constitución. No hablamos de cualquier sentencia, hablamos de la interpretación del mayor órgano jerárquico de gestión de la justicia (justicia ordinaria). Estas sentencias resultaban importantes toda vez que tarde o temprano la Corte Suprema vería los casos sobre justicia comunal en última instancia. Si bien estas sentencias no eran vinculantes, sí resultaban persuasivas en aplicación de la ley que plantea que las elecciones judiciales tienen que ser previsibles, en consonancia con los principios de estabilidad jurídica y predictibilidad. Los jueces tienen que ofrecer causas de sus sentencias, en consonancia con la obligación de motivación y el inicio de la interdicción de la arbitrariedad. Y, en conclusión, más persuasiva va a ser una jurisprudencia si ella es reiterada y uniforme.

En varias sentencias de la Corte Suprema descubrimos varias normas consolidadas. Así para los jueces supremos las rondas campesinas no cometen delito de secuestro, coacción, extorsión ni usurpación de funcionalidades. Tampoco maltrato y resistencia frente a la autoridad. Asimismo que las rondas campesinas, sean parte o no de las sociedades campesinas, poseen funcionalidades jurisdiccionales. Además, pueden hallarse normas medianamente consolidadas. De esta forma, pudimos encontrar que las rondas campesinas para la Corte Suprema poseen facultad de detener para hacer indagaciones y investigaciones.

La Corte Suprema reconoce que las rondas campesinas no poseen cobertura constitucional y que las mismas no poseen un poder ilimitado sino una competencia sujeta a condiciones. La jurisprudencia de dicha Corte hace hincapié en el respeto de los derechos primordiales y señala que las rondas campesinas trabajan con base en usos y prácticas.

Uno de los más importantes retos que la jurisdicción comunal ha confrontado con cierto éxito es el abigeato en el campo. Otro reto que la justicia comunal comenzó a resolver es la solución de conflictos relacionados con las ocupaciones extractivas desarrolladas en sus territorios por grandes y medianas empresas mineras que, sin solicitar permiso y sin consulta previa, dejando a su paso contaminación, pobreza y poniendo en riesgo el ingreso de los pueblos nativos invaden y contaminan sus territorios.

Un caso que vale la pena analizar es el del jefe indígena Zebelio Kayap del poblado indígena awajún, a quien se le abrió proceso penal en la Corte Suprema de Justicia de Amazonas por "retener" a trabajadores de una compañía minera que intentaba –y todavía intenta- explotar oro dentro de la región ancestral, sin permiso y sin consulta previa de los pueblos originarios y en medio de graves denuncias de captura del Estado por intereses privados. Después de un extenso proceso penal ha sido absuelto por la la Corte de Amazonas y por la Corte Suprema, argumentando que la retención se efectuó en ejercicio de la jurisdicción indígena de acuerdo con el artículo 149 de la Constitución Política. El fallo de la Suprema concluye:

> *2.12. Por tratarse de una población guerrera, los resultados de la retención, pudieron ser sumamente adversos para los afectados, de no haber mediado el actuar prudente de sus líderes; lo que, en todo caso, demuestra la materialización del fenónemo de interculturalidad.*

> *2.13. La privación de libertad de los agraviados fue el resultado de la ejecución de la cosmovisión del pueblo nativo awajún, motivado por la defensa ante la amenaza potencial a su territorio que anteriormente fue mutilado; acción generada por el derecho consuetudinario ejercicio de función jurisdiccional-, conferido por la Constitución; con lo cual no cabe imputar el delito de secuestro. Por lo tanto, la conducta atribuida a los encausados resulta entendible y justificada.*

Esta sentencia es fundamental porque puso énfasis en que la justicia comunal tiene competencia para solucionar toda clase de conflictos que perjudiquen a sus territorios, como consecuencia de las actividades de empresas extractivas. Esto desde luego pone a la justicia comunal en la mira de los gremios mineros y petroleros, tomándose conciencia que ejercer justicia es ejercer poder y que la justicia comunal expresa el inicio del ejercicio del derecho a la independiente decisión.

Son variados los plenos regionales de magistrados que se han pronunciado especialmente sobre la justicia comunal. Sin embargo, para el análisis y realización de este artículo analizaremos el I Pleno jurisdiccional regional sobre justicia intercultural, llevado a cabo en Ucayali los días 2 y 3 de setiembre del 2016.

El primer eje temático fue denominado "Alcances de la coordinación y competencia de la jurisdicción especial". Al responder a la pregunta ¿Qué mecanismos de coordinación interjurisdiccional deberían institucionalizarse? el pleno acordó por unanimidad:

> *El Poder Judicial debe institucionalizar diálogos periódicos y mesas de trabajo con los representantes de las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas, con la participación de las autoridades del Poder Judicial y de todo el sistema de justicia, además de profesionales y autoridades de la docencia y la salud, para promover el respeto a los derechos fundamentales y a la justicia especial indígena.*
>
> *El Poder Judicial debe, asimismo, institucionalizar una red de justicia intercultural y una comisión interinstitucional de coordinación interjurisdiccional, en paralelo al fortalecimiento de las ODAJUP y de la Justicia de Paz*

En relación con la segunda pregunta: ¿Qué actividad procesal debería hacer el juez previo a establecer su competencia en casos que implican a miembros de sociedades campesinas, sociedades originarias y rondas campesinas? El pleno acordó por unanimidad que el juez debería:

- Comprobar si es competente por medio de la interpretación del artículo 149 de la Constitución Política del Estado.
- Establecer el cumplimiento de los componentes de materia, territorio y persona que instituye el Consenso Plenario N° 001-2009/J-116 de la Corte Suprema de la República.
- Implantar si el habitante ha sido objeto de pronunciamiento en la jurisdicción particular o si viene siendo procesado en la justicia de las sociedades campesinas, sociedades originarias o rondas campesinas, con el objetivo de utilizar el artículo 18 del Código Procesal Penal.

- Contar con el auxilio de la pericia antropológica.
- Acopiar información relacionada con la identificación del individuo como indígena con el objeto de asegurar sus derechos.

La jurisdicción ordinaria y comunal son diferentes, no similares, pues ambas jurisdicciones tienen sus propias autoridades. La jurisdicción ordinaria tiene a los jueces y reconoce la autonomía y facultades jurisdiccionales de la jurisdicción comunal, respetando sus costumbres y creencias para así lograr que la jurisdicción comunal aplique justicia de acuerdo a sus costumbres, ya que cuenta con facultades jurisdiccionales otorgadas constitucionalmente.

CONCLUSIONES

De lo señalado anteriormente, concluimos lo siguiente:

- La concepción de derechos fundamentales nace para enmarcar los límites de la jurisdicción comunal de las rondas campesinas que se fundamenta en la pluriculturalidad y el respeto de los derechos consuetudinarios.
- La facultad jurisdiccional comprende el poder de impartir justicia, siendo ejercida tal facultad tanto por jueces y miembros de las rondas campesinas como expresión de su derecho a la identidad étnica y cultural (interpretación sistemática del artículo 149 de la Constitución Política) como basados en su derecho consuetudinario.
- Hay parámetros fácticos constituidos por las normas consuetudinarias y los derechos fundamentales que constituyen limitaciones en el ejercicio de la jurisdicción comunal y ordinaria, pues ambas tienen la obligación de respetar los derechos fundamentales, lejos de contradecirse se integran. Tal situación posibilita comprender que hay una armonía no entendida en la justicia ordinaria, por falta de un ordenamiento que la regule, dando como consecuencia la calificación como secuestro ronderil aquella acción de retener a un individuo bajo las facultades jurisdiccionales que le corresponden.
- Existe jurisprudencia peruana que reconoce el actuar de la jurisdicción comunal como legal, pues en esste caso se actúa de acuerdo con costumbres reconocidas por nuestra Constitución y por la legilalción como internacional.
- Hay relación entre la jurisdicción ordinaria y comunal, pues ambas aplican justicia y reconocen los alcances la una de la otra. Así la jurisdicción ordinaria reconoce la autonomía y facultades jurisdiccionales de la jurisdicción comunal llamando incluso a mesas de dialogo, respetando sus costumbres y creencias.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6108

LA AFECTACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA INDEBIDA APLICACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA

César Emilio Chirinos Zeña[1]

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo analizar los efectos jurídicos del uso de la prueba indiciaria en el razonamiento probatorio y si las resoluciones judiciales condenatorias de los operadores judiciales cumplen la garantía mínima de la debida motivación de las resoluciones judiciales, así como logran desvirtuar el principio de la presunción de inocencia. También se cuestionan los defectos en la motivaciòn de las sentencias basadas en pruebas indiciarias, específicamente en los delitos contra la administración pública y su notoria afectación al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Asimismo se critican los errores o vicios en aquellas sentencias en las que el juzgador no ha cumplido con las garantías procesales ni los estándares de la prueba debidamente actuada en las audiencias de juzgamiento, por lo que no generaban el grado de certeza suficiente para poder emitir fallo de condena al procesado más allá de toda duda razonable.

Palabras clave: prueba indiciaria – presunción de inocencia – motivación de resoluciones judiciales – administración pública

1 Doctorando en Derecho en la Universidad Privada Antenor Orrego.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the main legal scope of the evidentiary reasoning by means of circumstantial evidence of the judicial operator and the minimum guarantees in his convictions, which will undermine the principle of presumption of innocence, thus complying with the constitutional requirement of due motivation of judicial decisions. Likewise, we will briefly question the defects of motivation in those cases resolved by circumstantial evidence, specifically in crimes against public administration and its notorious affectation to the fundamental right to the presumption of innocence; as well as the errors or defects in those sentences that are reviewed as difficult cases, where the judge has not complied with the procedural guarantees that contain the standards of evidence duly acted in the trial hearings, which will not generate the sufficient degree of certainty to be able to issue a conviction beyond all reasonable doubt to the defendant

INTRODUCCIÓN

A través de sus políticas criminales inflexibles, el Estado ha aplicado medidas especiales en su lucha contra el fenómeno de la corrupción y la persecución de los delitos. Estos fenómenos criminales son estragos que afrontan diversos países de la región, por lo que estos han establecidos lazos de cooperación internacional para lograr hacer efectivo el ius puniendi. Por ello, en la mayoría de las legislaciones penales han sido incorporadas destacadas figuras e incluso han sido regulados sectores antes vedados para el legislador. Estas circunstancias provocaron una inmediata reforma del sistema procesal penal peruano que respondiera al desafío de una mayor demanda de participación del Estado a través de los agentes del sistema de administración de justicia.

En nuestro modelo acusatorio adversarial uno de los principales cuestionamientos ha recaído sobre el razonamiento probatorio del juzgador para dar como probados o improbados los hechos materia de imputación fiscal debidamente introducidos al debate plenarial y refutados por la defensa técnica en pleno ejercicio del principio de contradicción. De esta manera se salvaguardaba la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, en aras de concluir si es que se ha derrotado o no la garantía-principio de presunción de inocencia; especialmente en aquellos casos que revisten la característica de hechos difícies, en los que los medios de prueba presuntamente contienen poco valor probatorio, debido a la ausencia de prueba directa, surgiendo así la importancia de la aplicación de la prueba indiciaria.

Al referirnos a la garantía-principio de la presunción de inocencia, colegimos su doble dimensión constitucional; esto es, su intrínseca correspondencia con el derecho-principio de la dignidad humana y el principio pro homine; del cual podemos colegir que toda persona inmersa en un proceso penal deberá presumírsele como inocente hasta que se declare su responsabilidad mediante mandato judicial

debidamente motivado y que será un juez competente -principio del juez natural-, el que deberá declarar aquella responsabilidad, en concordancia con el artículo 138, inciso 10) de la Constitución Política del Perú vigente, trasladando la carga de la prueba al persecutor de la acción penal pública, el Ministerio Público.

Por ello sostenemos que el estándar de la prueba exigido es que el requerimiento acusatorio fiscal se acredite en la audiencia de juzgamiento más allá de toda duda razonable; es decir, la probanza de la responsabilidad del acusado se tendrá que efectuar dentro de las límites impuestos por el ordenamiento jurídico. El desarrollo de la actividad probatoria debe ser suficiente para desvirtuar la tesis de la absolución postulada por el abogado defensor con las debidas garantías procesales, por lo que si la hipótesis fiscal resultare insuficiente, el juzgador no se pondrá imponer condena al acusado.

No obstante, la actividad probatoria que se realiza en el transcurso del juicio oral ha de estar debidamente sustentada en un idóneo razonamiento judicial, por lo que el descubrimiento de los hechos que se suscitaron en la realidad se convertirán en complejos pensamientos lógicos en lo que se perseguirá es la reconstrucción de esos mismos hechos con relevancia jurídica para acreditar la comisión del tipo penal imputado. Cuando en el debate plenarial se advirtieran pruebas circunstanciales, estas tienen que ser plurales y convergentes para emitir un pronunciamiento condenatorio tras haber generado un alto grado de certeza en el operador judicial.

El razonamiento probatorio judicial será discutible cuando sus argumentos se sustentan en prueba indiciaria para determinar responsabilidad penal, de especial relevancia en los delitos contra la administración pública, en los que será imposible su acreditación mediante prueba directa, por lo que su existencia normativa como método de pruebas deberá sustentarse en exigencias mínimas conforme lo prevé el artículo 158 del Código Procesal Penal, evitando vicios en la motivación judicial.

LA PRUEBA POR INDICIOS. ¿PARA QUÉ PROBAR?

Etimológicamente, "probar" representa conferir conocimiento a alguien. Según la lógica del Derecho Procesal Penal, el probar mantiene englobado al desarrollo de la actividad probatoria, con el objetivo de dar como probados o improbados los hechos materia de imputación fiscal. Todo permitirá la preclusión del proceso penal, según las garantías procesales reconocidas en la ley adjetiva y el debido respeto a los derechos fundamentales del ciudadano plasmados en la norma constitucional, siendo el Estado el garante del ius puniendi al ejercer el monopolio de la persecución de la acción penal pública y estar legitimado para imponer sanciones jurídicas.

De acuerdo con Oré, "La prueba podemos entenderla como todo aquello que sirve para crear convicción en el Juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados, y así tomar una decisión justa y motivada". (2016, p. 305).

El propósito inmediato del proceso penal es la obtención de la verdad material, esto es, aquella que versará sobre el hecho ilícito. El objeto de la prueba será determinar el. hecho punible, por lo que el A-quo deberá emitir los correspondientes juicios de valor respecto a aquella verdad material introducida al debate plenarial y, de ese modo emitir un pronunciamiento condenatorio o absolutorio.

Ante ello, podemos conceptualizar El indicio se puede conceptualizar como aquel hecho circunstancial o indirecto cierto y probado, con el propósito de acreditar otro hecho indicado o desconocido con el que se encuentra intrínsecamente correlacionado a través de la inferencia lógica.

El indicio es, por lo tanto, todo aquel dato, cosa o circunstancia cierta que es extraída de la realidad a través de las inferencias para plantear conclusiones sobre el contenido de un hecho relevante introducido al proceso penal y determinar su falsedad o veracidad. A diferencia de las meras sospechas, los indicios deben estar concatenados para permitirnos llegar al conocimiento de otro indicio; por lo que el indicio forma parte de la prueba indiciaria al surgir como fuente de prueba. Al ser ofrecido por el Ministerio Público para su actuación, el indicio se convertirá en medio de prueba, será parte del proceso de cognoscibilidad del descubrimiento de otros hechos ciertos.

A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema, refiriéndose a la prueba indiciaria ha señalado que lo característico de este tipo de prueba es que:

> "Su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio". (R.N. N° 1912-2005-Piura, Considerando Cuarto).

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano también ha tenido ocasión de pronunciarse señalando que a través de la prueba indirecta "se prueba un hecho inicial-indicio que no es el que se quiere probar, en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia de hecho final-delito a partir de una relación de causalidad inferencia lógica" (STC, Exp. N° 00728-2008-HC, FJ. 24).

En consecuencia, entendemos a la prueba indiciaria como aquella prueba dirigida a convencer al órgano judicial de la certeza de ciertos hechos que no constituyen la hipótesis de incriminación, pero que en base a ella se puede deducir la comisión de un delito y la participación del acusado, conforme a las reglas de la lógica o máximas de la experiencia. El indicio deberá estar acreditado por aquellos medios expresamente indicados en la ley, sino resultarían meras sospechas sin relevancia jurídica para el operador judicial; deben ser plurales, convergentes y concomitantes a los hechos de imputación fiscal que se quieren acreditar y, cuando estos fueran plurales deben estar fuertemente interrelacionados revistiendo de gran virtualidad procesal para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, no contando con contraindicios consistentes que generen duda razonable en el juzgador.

Por tales consideraciones, en los casos de delitos contra la administración pública la prueba indiciaria cobra especial relevancia en el proceso penal, al estar en disputa la presunta vulneración al deber de

cuidado de la función pública, por lo que la presencia de un solo indicio o de indicios palmariamente escasos se convierten en complejos para sustentar un pronunciamiento condenatorio, al no tener otros medios de prueba que lo refuercen.

LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LA PRUEBA POR INDICIOS

El artículo 158 inciso 3) del Código Procesal Penal prescribe que para la valoración de la prueba por indicios se requiere: a) Que el indicio esté probado; b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; y c) Que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contra indicios consistentes.

Para la valoración de la prueba por indicios se requiere que los indicios o conjunto de indicios, que constituyen el hecho base, deben estar plenamente probados a través de los diversos medios de prueba que autoriza la ley, caso contrario no serían idóneos para formar la convicción judicial; debiendo haber sido obtenidos sin la vulneración de los derechos fundamentales ni las garantías mínimas de los procesados. El material probatorio obtenido y/o practicado con vulneración de los derechos fundamentales de las personas no podrá ser utilizado para desvirtuar la presunción de inocencia. Este tipo de prueba es ilícito, por lo que carece de eficacia probatoria en el proceso penal.

Del mismo modo, ha quedado expresamente claro que en la aplicación de la prueba indiciaria, en la inferencia o razonamiento deductivo que realiza el juzgador, debe coexistir una conexión precisa y exacta entre el indicio y el hecho presunto o necesitado de probar, respetando las reglas de la sana crítica, como son las reglas de la lógica, de los conocimientos científicos y máximas de la experiencia, entendidas también como el criterio humano.

Cuando hacemos referencia a una debida motivación nos referimos a la justificación interna como externa de la decisión judicial adquirida, la misma que en nuestro país constituye un derecho- garantía constitucional conforme al artículo 139 inciso 5) del texto constitucional.

En reiterados pronunciamientos el Tribunal Constitucional peruano se ha referido explícitamente el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, sosteniendo que "Una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso". (STC, Exp. 01873-2011-PA/TC, FJ. 6).

La obligación del juez penal no es mostrar uno por uno el razonamiento desarrollado para arribar a una decisión, sino mostrar que el razonamiento que ha empleado guarda relación y es proporcional y congruente con el problema o caso que se le ha puesto en conocimiento. Para que la motivación sea considerada debida no depende de la cantidad o extensión de esta, sino que sea suficiente, lo que se

valora de manera cualitativa, caso por caso, teniendo en cuenta que cada uno de ellos tienen sus propias características y particularidades.

En esa misma línea se ha manifestado la Corte Suprema, cuando en el Acuerdo Plenario N° 6-2011/ CJ-116 deja establecido como doctrina legal que:

"La motivación, por cierto, puede ser escueta, concisa e incluso, -en determinados ámbitos- por remisión. La suficiencia de esta analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente, requerirá que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación que permita conocer, aún de manera implícita, los criterios lácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. Basta, entonces, que el órgano jurisdiccional exteriorice su proceso valorativo en términos que permitan conocer las líneas generales que fundamentan su decisión. La extensión de la motivación, en todo caso está condicionada a la mayor o menor complejidad de las cuestiones objeto de resolución, esto es, a su trascendencia". (FJ. 11).

Por otro lado, respecto a la motivación judicial de la prueba indiciaria el juzgador debe mostrar que el indicio ha sido debidamente probado y, por lo tanto, resulta cierto en la realidad fáctica, explicar claramente la aplicación de las reglas de la lógica, la ciencia o las máximas de la experiencia, y mostrar las razones de por qué arriba a la conclusión o hecho inferido; es decir, exponer con suma claridad por qué se arriba a ella a partir del indicio debidamente probado y no de otro. En ese sentido, la prueba indiciaria como método de prueba tiene un esquema compuesta por tres elementos vinculados entre sí, que son el indicio (hecho base), la inferencia lógica o razonamiento inferencial y la conclusión inferida (hecho indiciado).

Conforme a uniforme jurisprudencia, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2255-2015/Ayacucho, en su considerando décimo tercero sostiene que se deben identificar los diversos indicios incriminatorios postulados en la tesis fiscal para su verificación de pertinencia, conducencia y fiabilidad; luego, una vez habiéndose probado el indicio o dato revelador se podrá formular el juicio de experiencia, cuyo razonamiento deberá regirse por las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y principios científicos; teniendo en cuenta la complejidad del proceso, la estructura rigurosa de los elementos relacionados entre sí: indicios, inferencia lógica y hecho consecuencia inferido.

Entonces, para la construcción de la prueba indiciaria se debe tener en cuenta los tres elementos señalados, pues es completamente necesario partir de la existencia del indicio, para que luego mediante una operación lógica mental se pueda deducir el hecho indiciado.

En la metodología de construcción de la prueba indiciaria, o actividad probatoria por indicios, es de vital importancia la existencia del hecho base o indicio, pues es sobre la base del indicio, mediante una operación mental o razonamiento que el juez obtendrá conclusiones relativas al hecho que se desea probar; es decir, efectuando una inferencia lógica deducirá el hecho indiciado.

LA PRUEBA INDICIARIA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La garantía-principio de presunción de inocencia en el transcurso del proceso penal es concebida como el derecho rector de observancia obligatoria por los agentes del sistema de administración de justicia. A toda persona inmersa en una investigación y/o procesada se le deberá considerar como inocente hasta la emisión de sentencia firme que dicte lo contrario, trasladándose así la carga de la prueba al Ministerio Público; convirtiéndose en un derecho fundamental del justiciable que no se le determine autoría ni participación en los hechos de incriminación hasta un debido y fundamentado pronunciamiento judicial.

A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema ha sostenido que el derecho a la presunción de inocencia, "garantiza que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca judicialmente su culpabilidad" (Recurso de Nulidad N° 64-2017/Callao, considerando quinto).

La presunción de inocencia es un derecho-principio de rango constitucional que garantiza que toda persona inculpada de la comisión de un delito sea considerada inocente mientras no se establezca judicialmente su culpabilidad.

De igual forma, la presunción de inocencia se encuentra regulada en el artículo 2 inciso 24, literal e) que expresamente prescribe que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. La consagración constitucional de la presunción de inocencia hace que esta se constituya en un derecho fundamental de toda persona, vinculante para todos los órganos estatales y privados, así como para la sociedad en general. Por lo que, por mandato constitucional toda persona imputada de la comisión de un hecho punible, no debe ser tratada como culpable mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

El artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal peruano garantiza que en el proceso penal la persona imputada de la comisión de un hecho punible no sea tratada como culpable, mientras no se demuestre su culpabilidad mediante una sentencia firme debidamente motivada.

Asimismo, la presunción de inocencia ha sido consagrada en diversas normas internacionales de derechos humanos, haciendo que este derecho, actualmente, constituya un baluarte internacional en la defensa del derecho de los acusados por la comisión de un delito a ser considerados inocentes mientras no se acredite judicialmente su culpabilidad.

De manera que por mandato constitucional, como regla general, se presume inocente al investigado hasta que en juicio oral, público y contradictorio se demuestre lo contrario. Este mandato impone al representante del Ministerio Público el deber y la obligación de ofrecer las pruebas pertinentes dentro de un determinado proceso con la finalidad de superar la presunción de inocencia del investigado, por lo que la prueba indiciaria en su aplicación tiene que cumplir con estos requisitos mínimos que la ley y la jurisprudencia establecen para su aplicación; caso contrario se estaría aplicando de manera indebida,

y con ello se afectaría el derecho a la presunción de inocencia del investigado.

En efecto, si existe seguridad de que una persona cometió el delito que se le imputa, esto generará certeza fuerte de que es merecedor de la sanción que se le imputa. Por ello, el Ministerio Público sólo debe acusar a una persona cuando tiene todas las pruebas de su responsabilidad en el delito que se le imputa. Y el Juez sólo debe condenar al imputado cuando su responsabilidad haya sido demostrada más allá de toda duda razonable.

A su vez, el proceso penal tiene como objetivo probar que el acusado es responsable de los delitos que se le acusa en función a la evidencia existente en el proceso. La probanza de la responsabilidad del acusado se debe realizar dentro de ciertos límites impuestos por el ordenamiento jurídico, motivo por el cual si una prueba no ha sido producida, admitida o actuada de acuerdo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, ésta no se tendrá por válida.

Pueden existir medios probatorios que demuestren la responsabilidad del acusado; sin embargo, al no ser válidos, no podrán ser utilizados para condenar al acusado. Así si el estándar de prueba exigido es el que la acusación se demuestre más allá de toda duda razonable, en ciertos casos, si la hipótesis de la defensa es razonable, no se podrá condenar al acusado, pese a que la hipótesis de la acusación fiscal resulte mayormente creíble ante el operador judicial.

Por esta razón no es posible que se dé lugar a una inversión de la carga de la prueba al imputado, ya que este no tiene la obligación de probar su inocencia al aportar pruebas de descargo ante el juez. El derecho de contradicción de aquellas pruebas presentadas por la parte acusadora será netamente facultativo; y se ejercerá mediante la presentación de pruebas de descargo que estén relacionadas con la teoría del caso presentada por el fiscal. El juzgador evaluará de manera objetiva e imparcial cada una de las pruebas y contrapruebas presentadas por las partes, teniendo como finalidad comprobar si se ha llegado o no a desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

Por ello, el estándar de prueba debe formularse de tal forma que permita llegar a una decisión racional sobre la acreditación de los enunciados vertidos en el juicio oral, esto es, a una decisión susceptible de justificación. En el proceso penal el derecho a la presunción de inocencia impone un mandato de prohibición de la arbitrariedad y todas las herramientas procesales que actúan en el proceso deben necesariamente apuntar al ideal de racionalidad y objetividad.

No obstante, como hemos sostenido que la prueba indiciaria es imprescindible el conocimiento lógico que le damos a los indicios como sucesos suficientemente probados para acreditar los hechos de imputación fiscal, a través de una inferencia lógica – razonada, por lo que “lo verdaderamente decisivo a la hora de fijar el valor probatorio de la prueba indiciaria estará exclusivamente en lo que se denomina la "potencia sindrómica del indicio"; es decir, la capacidad que tiene dicho indicio para determinar por sí solo, o acumulado con otros indicios, la certeza jurídica sobre el hecho que se trata de demostrar”. (Pisfil, 2014, p.126).

Según el maestro Sánchez Velarde, la prueba indiciaria como instituto jurídico procesal busca que el pronunciamiento condenatorio esté debidamente fundamentado, correlacionando los indicios plurales, convergentes y concomitantes los cuales deberán ser probados, ciertos y suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, revistiendo el grado de fuerza necesaria en la adecuada motivación de resoluciones judiciales. Al tratarse de una prueba indirecta y una presunción iuris tantum que desvirtúa la presunción de inocencia, el estándar de la prueba es muy alto y se logra a través de un adecuado proceso de inferencia lógica.

ESTÁNDAR DE LA PRUEBA INDICIARIA EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El magistrado Salinas (2019) señala que "administrar, es servir. En consecuencia, administración pública es el servicio público que cumple el Estado por medio de sus funcionarios o servidores para lograr su fin último, cual es el bienestar común" (p. 3).

En efecto, los funcionarios y servidores públicos tienen como obligación primordial servir al Estado y cumplir la función pública encomendada para lograr el bienestar general. Esta misión debe estar enmarcada en los niveles jerárquicos, las entidades, varhos y oficios; es decir, una organización dentro de la cual se debe cumplir esa función pública indistintamente del cargo asignado al funcionario o servidor público.

Los delitos, la lesión o puesta en peligro de la administración pública pone en peligro la organización del Estado, por lo que surge el interés jurídico por proteger a la función pública mediante normas penales y garantizar el bienestar general.

Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano están debidamente señalados en el Titulo XVIII en dos capítulos, el capítulo I regula los delitos cometidos por particulares (del artículo 361 al 375) y el capítulo II regula los delitos cometidos por funcionarios públicos (del artículo 376 al 401-B).

La clandestinidad y la ausencia de testigos y evidencias directas hacen cada vez más difícil para el representante del Ministerio Público la probanza del fenómeno de la corrupción contra la administración pública hasta desvirtuar la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable.

Debido a esta carácterística de los delitos de corrupción resulta muy probable que no se cuente con suficientes medios de prueba directos, por lo que los órganos jurisdiccionales deberán dar como probados o improbados los hechos materia de imputación fiscal con la debida actuación probatoria de indicios plurales y concomitantes para sustentar una condena.

En el Expediente Judicial N° 04690-2015-23-1601-JR-PE-07 de la Primera Sala Penal de Apelaciones de

la Corte Superior de Justicia de La Libertad, por ejemplo, se confirmó la condena de primera instancia emitida por el Octavo Juzgado Penal Unipersonal especializado en delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad a la acusada Catherine Mariel Chico Colugna como autora y a Adrián Evaristo Sánchez Castillo como cómplice primario del delito de peculado doloso por apropiación en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, representado por la procuraduría pública anticorrupción de La Libertad; imponiéndoles cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; inhabilitación por el plazo de cuatro años conforme al artículo 36 incisos 1) y 2) del Código Penal, así como al pago de S/. 8,000.00 soles por concepto de reparación civil; obligación que deberán pagar los sentenciados en forma solidaria a favor de la parte agraviada.

En ejercicio del derecho constitucional de la pluralidad de instancias, la sentenciada Catherine Chico Colugna interpone recurso de apelación postulando la revocatoria de la sentencia venida en grado y reformándola se le absuelva de los cargos imputados, afirmando que no existe razonamiento indiciario válido que establezca un acuerdo y participación entre los acusados para la apropiación de sumas de dinero.

En efecto, según tesis fiscal durante los años 2010 y 2011, la acusada Catherine Mariel Chico Colugna en su condición de cajera de la Unidad de Tesorería de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera se habría apropiado de las sumas de dinero que pagaban los contribuyentes por concepto de impuestos y arbitrios; dinero que era extornado por su persona a fin de evitar su ingreso a la entidad; además, habría contado con la colaboración de su coacusado Adrián Evaristo Sánchez Castillo – jefe de la Unidad de Fiscalización Tributaria- quien a través de su login "asanchezc" descargó de las cuentas de los contribuyentes los árbitros municipales, dejándolas en cero, con el objetivo que los contribuyentes no registren deudas y evitar que hagan reclamos a futuro.

De la revisión de los actuados, la sala superior verificó que el a-quo realizó una correcta motivación de la sentencia venida en grado sustentada en prueba por indicios debido a la múltiple actividad probatoria desarrollada en la audiencia de juzgamiento, alegando, en primer lugar, que siendo la entidad edil una persona jurídica de derecho público interno, que tiene autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia, y estando acreditado el vínculo laboral de los acusados, se establece que Chico Colugna ostentaba la calidad de servidora, toda vez que ejerció funciones para una institución del estado, actuando bajo las órdenes de su jefe inmediato – en este caso del jefe de la unidad de tesorería; mientras que Sánchez Castillo tenía la condición de funcionario, pues además de presar servicios en la esfera pública actuó con poder de decisión o mando al interior de la unidad que representaba. Por tanto, se cumple la cualidad de sujeto activo que requiere el delito de peculado.

El a-quo también argumentó que en el presente caso está acreditado que al desempeñar labores de cajera la acusada Chico Colugna tenía relación directa con los caudales de la Municipalidad. Al momento de ejercer su defensa material, la acusada reconoció que dentro de sus funciones debía recaudar el

pago de los impuestos, tributos y tasas por parte de los contribuyentes, realizar la consolidación de las cajas, entregar el dinero a Prosegur y remitir los reportes a la unidad de tesorería, teniendo bajo su responsabilidad la caja N° 2; en la cual según los reportes de los contribuyentes Miguel Enrique Alcalá Adrianzen, Rodolfo Raza Urbina, Iván Martín Milla Risco y Carlos Manuel Baltodano Tapia se habrían producido los pagos que cuestiona el Ministerio Público.

El tribunal revisor concuerda con el pronunciamiento condenatorio del a-quo, pues de los elementos probatorios obtenidos mediante prueba indiciaria han resultado suficientes para acreditar responssabilidad de la imputada Catherine Mariel Chico Colugna, en su calidad de servidora pública como cajera de la Unidad de Tesorería de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera (relación funcionarial). La testigo Amelia Elisa Vásquez Lozada (jefa de la Unidad de Tesorería de la entidad edil) pemitió verificar que una vez efectuado el extorno el contribuyente no puede tener el recibo original por estar la operación anulada, quedando su deuda pendiente de pago. En el presente caso, sin embargo, cuando se realiza el reclamo por parte del contribuyente Alcalá Adrianzen se presenta el Recibo original N° 222217255 -fs.49 del expediente judicial-, el mismo que según el sistema estaba extornado; es decir, la acusada Chico Colugna nunca hizo la devolución de ningún dinero. Por ello el motivo del reclamo ante la entidad edil por parte del contribuyente. Se descartó la tesis absolutoria de la defensa técnica que sostenía que se trataba de un error en el sistema y de una mera operación administrativa, pues la misma acusada Chico Colugna ha referido en sede plenarial que ella asumió el pago de la deuda del contribuyente, acreditando la tesis fiscal de "apropiación" del dinero de las arcas de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera; pues -como bien señaló el a-quo- si se tratara de un error no se puede explicar cómo podría asumirse el pago de los arbitrios de los contribuyentes si este ya se encontraba dentro de los fondos de la entidad edil, bastando únicamente verificar si en el reporte diario se consignó el recibo indicado; lo cual no sucedió, por cuanto, la acusada era consciente que si bien el pago del contribuyente se registraba como extorno, este no le había sido devuelto, ni tampoco ingresado en las cuentas de la entidad edil, surgiendo la obligación de realizar el pago desde su tarjeta (después de transcurrido un año). Estos indicios permitieron colegir con certeza que la acusada Chico Colugna se apropió del pago de dinero del contribuyente Alcalá Adrianzen por la suma de S/. 518.64 soles.

CONCLUSIONES

A) Se ha podido determinar que el principio-garantía de presunción de inocencia exige que toda persona inmersa en un proceso penal sea tratada como inocente hasta el pronunciamiento judicial que dicte lo contrario. Se produce la vulneración de este principio cuando la actividad probatoria resultare insuficiente o en la motivación de la resolución judicial se evidenciaran defectos de motivación en la justificación de las premisas.

B) Se ha reconocido que el estándar de la prueba por indicios requiere que el indicio como hecho cierto y probado deberá estar correlacionado mediante las reglas de la lógica, máximas de la experiencia

y principios científicos con otros indicios plurales, convergentes y concomitantes que acrediten fehacientemente los hechos materia de imputación fiscal.

C) Los indicios debidamente introducidos en la actuación probatoria deberán ser obtenidos sin la vulneración de los derechos fundamentales y garantías procesales. De esta manera el juzgador, bajo el principio de la libre apreciación de la prueba, obtendrá los suficientes alcances de convencimiento para emitir pronunciamiento condenatorio o absolutorio.

D) En el caso de los delitos contra la administración pública, donde el principal bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de los organismos públicos, la prueba indiciaria adquiere vital importancia para determinar la autoría y la responsabilidad penal del funcionario o servidor público en los hechos materia de la imputación fiscal.

Se una abundante ausencia de pruebas directas debido a las funciones específicas que realiza el sujeto agente dentro de la entidad pública, por lo que la prueba indiciaria adquiere vital importancia en el proceso penal, pues al conectar los hechos lógicamente logra evitar la impunidad de los delitos de corrupción respetando la exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política del Perú de 1993.

Código Penal Peruano de 1991.

Nuevo Código Procesal Penal peruano del 2004.

Oré, A. (2016). 2010). Medios impugnatorios. Lo nuevo del Código Procesal Penal del 2004 sobre medios impugnatorios (Primera ed.). Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal.

Pisfil, D. (2014). La prueba indiciaria y su relevancia en el proceso penal. Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 5(1), 2014, (ISSN 2072-7976), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, [En línea] Disponible en: file:///C:/Users/51945/Downloads/10373-Texto%20del%20art%C3%ADculo-41120-1-10-20140922.pdf

Salinas, R. (2019). Delitos contra la administración pública, Editorial Iustitia S.A.C, Lima, Perú.

Sánchez, P. (2020). El proceso penal. Editorial Iustitia S.A.C, Lima, Perú.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6109

LA IMPORTANCIA DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL PARA EL TRÁFICO INMOBILIARIO Y LA SEGURIDAD JURIDICA

Rossmery Elizabeth Bocanegra Briones

RESUMEN

El notario es depositario de la fe pública, el verdadero representante de la fe y de la verdad al servicio de todos los contratantes. No hay nada más preocupante para las partes que no sentirse seguro de los contratos celebrados y de los derechos adquiridos. Es por ello, que la fe pública notarial la concebimos como una institución jurídica cuyo fundamento es la seguridad del tráfico jurídico, es decir, con la finalidad de asegurar las relaciones jurídicas de los particulares aparece el Notario como funcionario público investido por Ley, para dotar de fe pública a los actos o negocios que ante él se celebran. He allí la importancia de la función notarial para el tráfico inmobiliario y para garantizar la seguridad jurídica, propiciando con ello la circulación de los bienes, el desarrollo y crecimiento económico del país.

Palabras Claves: Fe Pública Notarial/ Tráfico Inmobiliario/ Seguridad Jurídica/Función Notarial.

ABSTRACT

The notary is the depositary of the public faith, a true representative of the faith and the truth at the service of all the contracting parties. There is nothing more worrisome for the parties than not feeling sure of the contracts concluded and of the acquired rights. That is why we conceive the notarial public faith as a legal institution whose foundation is traffic safety, that is, in order to ensure the legal relations of individuals, the Notary appears as the public official invested by Law, to give public faith to the acts or businesses that are celebrated before him. That is the importance of the notarial function for real estate traffic and to guarantee legal certainty, thereby promoting the circulation of goods, development and economic growth of the country.

Keywords: Notarial Public Faith / Real Estate Traffic / Legal Security / Notarial Function.

I. INTRODUCCIÓN

El incremento de la oferta y la demanda de transferencias de bienes inmuebles en el Perú ha convertido a los notarios públicos en actores fundamentales para dar seguridad jurídica a terceros respecto de los actos y contratos que ante ellos se celebran. En el ejercicio de la fe pública que ellos ejercen radica la importancia de la función notarial para el tráfico inmobiliario y la seguridad jurídica en nuestro país.

El boom inmobiliario por el cual atravesó el Perú hace algunos años no solo trajo consigo el aumento de la venta de inmuebles, sino también incrementó las transferencias múltiples e irregulares de estos -con problemas como gravámenes sobre los que no se tiene titularidad y cargas ocultas que afectan a terceros adquirientes -realizadas por personas naturales u organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de inmuebles.

A manera de ejemplo, qué ocurre si se realiza la compraventa de un inmueble y el nuevo comprador no inscribe dicha transferencia en el Registro, por lo que el vendedor (antiguo propietario y titular registral hasta el momento) puede volver a transferir dicho inmueble, configurándose la figura de la doble transferencia del bien. Cabe precisar que si el segundo comprador acude al Registro a inscribir su derecho de propiedad podrá acceder sin ningún problema, afectándose el derecho de propiedad del primer comprador.

En este caso se advierte el papel importante que desempeñan los notarios al formalizar la voluntad de los otorgantes y redactar las escrituras públicas respectivas.

Cabe señalar que la función principal de los notarios, otorgada por el Estado, es dar fe de los actos y contratos que ante ellos se celebran.De ahí la importancia de la función notarial para el tráfico inmobiliario y para garantizar la seguridad jurídica, propiciando con ello la circulación de los bienes, el desarrollo y crecimiento económico del país.

No obstante, la función notarial presenta ciertas falencias que atentan contra el correcto ejercicio de la potestad que le dio el Estado a los notarios de brindar seguridad jurídica plena, dando fe pública de los actos que se celebran ante ellos (quien intervenga como transferente de un inmueble determinado sea efectivamente el legítimo titular y quien adquiera dicho inmueble no deberá ver afectado su derecho posteriormente). Esta labor, sin embargo, no puede ser desarrollada eficazmente debido a que no se cuenta con los mecanismos necesarios que permitan a los notarios y a la sociedad tener la plena seguridad de que los contratos celebrados gozan de fe pública y son plenamente eficaces jurídicamente.

Urge la necesidad de hacer una revisión de la función notarial, ya que de acuerdo a estadísticas e investigaciones realizadas en los últimos años son muchas las denuncias y quejas respecto de transferencias múltiples e irregulares en perjuicio de terceros adquirentes, las cuales incluso llegan a la vía civil y/o penal, originadas por contratos celebrados notarialmente que no gozan de fe pública ni de eficacia jurídica plena.

II. EL NOTARIO INVESTIDO DE FE PÚBLICA

Notario es el profesional del derecho cuya intervención implica una doble función: dar fe pública y dar forma (hacer instrumentos públicos). La primera es intrínseca a este, es decir, es un atributo de la propia calidad de ser notario. Ambas funciones buscan garantizar la seguridad jurídica de las partes y de terceros.

Vallet de Goytisolo sostiene que “ante el hecho, el notario tiene como misión la autenticación, es decir, la de dar fe de lo que ve, oye o percibe con sus sentidos”. (González Collazos, 2016)

El notario esta investido de la “fe pública”, atributo dado por el iusimperium del Estado.

Para la doctrina “dar fe” significa afirmar, con la obligación de todos creer en tal afirmación que se ha celebrado un contrato o se ha realizado un hecho, en los términos que se narran. El notario público es considerado un dador de fe respecto de los actos y contratos que ante él se celebran.

La fe pública notarial le otorga la calidad de ciertos a los actos jurídicos sometidos a su constatación, la calidad de verdaderos, fidedignos, auténticos y conformes al ordenamiento legal, dándoles certeza, firmeza y eficacia jurídica. Por esta razón, la fe pública ratifica que el notario ha presenciado los hechos y dichos de los particulares, de modo que lo contenido en ellos sea tenido por verdadero.

La importancia de la fe pública notarial es que por imperativo jurídico impone una verdad oficial respecto de determinados hechos que se presumen ciertos; permitiendo que la contratación se realice con seguridad y confianza. Por ello, los actos y contratos celebrados ante notario son considerados válidos, sin necesidad de acreditar posteriormente su validez, contribuyendo a garantizar la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario y la circulación de los bienes.

En el Perú la presunción de veracidad únicamente puede ser desvirtuada por disposición de un juez. De ahí que por la fe pública todo lo que el notario certifica es considerado creíble, ayudando de esta manera a la tranquilidad de la sociedad y al orden público. (Torres, 2017)

III. LA FUNCIÓN NOTARIAL

El notario es el profesional del derecho que tiene la calidad de orientador, intérprete, conductor y redactor de la voluntad de las partes; orienta y sugiere la formalidad adecuada para la celebración de un determinado contrato dándolo autenticidad a través de su intervención. En su protocolo el notario mantiene los instrumentos originales respectivos y otorga traslados cuando se le solicite.

En el Decreto Legislativo del Notariado 1049 se define al notario como el profesional del derecho que da forma a las voluntades redactando los instrumentos pertinentes, dotándolos de veracidad y autenticidad. También se encarga de mantener en su poder los originales y da fe respecto de los actos y contratos que ante él se celebran.

El notario ejerce su función de manera personal, la colaboración de dependientes no lo excluye de dicho ejercicio, por lo que asume responsabilidad respecto de su accionar. Asimismo el notario no admite en el ejercicio de su función injerencia alguna o mandato imperativo de otra autoridad, no puede asumir posición en favor de ninguna de las partes, sino por el contrario deberá tratarlas en igualdad de condiciones. Finalmente, el notario deberá realizar su labor de manera exclusiva, encontrándose impedido de realizar actividades que se encuentren prohibidas por el Decreto Legislativo del Notariado.

El Decreto Supremo N° 010-2020-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado del Reglamento del Decreto Legislativo N.° 1049 establece que la función fedante y formalizadora del notario implica una labor de orientación a los particulares, calificación de la legalidad de los actos y contratos que se solicitan, así como la formalización y otorgamiento de los instrumentos públicos correspondientes.

Por otra parte, la función de cautelar y preventiva que realiza el notario implica que los instrumentos públicos cumplan con las normas y requisitos que rigen para cada uno de los casos.

Los principios que rigen la función notarial son los de rogación, autoría, legalidad, protocolo, imparcialidad, secreto profesional, inmediación, carácter formal e instrumental.

En el ejercicio de su función, el notario extiende o autoriza instrumentos públicos notariales protocolares y extraprotocolares, los cuales producen fe respecto de los actos y contratos que se celebran en su presencia.

Los instrumentos protocolares son las escrituras públicas, las actas y demás instrumentos que el notario incorpora a su protocolo notarial, debiendo conservar y expedir los traslados notariales que se le

soliciten, mientras que los instrumentos públicos extraprotocolares son las actas y demás certificaciones de hechos o situaciones que presencien o le consten al notario.

Por otra parte, el protocolo notarial -según Sanahuja y Soler citado por (Tambini Ávila, 2014) -es definido como el instrumento facultado para ejercer la función notarial, en virtud de la garantía de perdurabilidad, de autenticidad y de medio de publicidad.

La ley define al protocolo como una colección ordenada por materias de todos los registros a cargo del notario, los cuales son: De escrituras públicas, testamentos, actas de protesto, actas de transferencia de bienes muebles registrables u otros que determine la ley. Los instrumentos protocolares solo tienen existencia cuando se verifiquen y consten en el protocolo. (Corcuera García, 1994)

El protocolo notarial implica la formalización de un documento privado. Así si nos referimos a un contrato de compraventa, si es realizado bajo una minuta le corresponde la elevación a escritura pública mediante la incorporación física del instrumento original generado extranotarialmente al registro de escrituras públicas. Este instrumento original se adhiere al final del tomo y de esta manera se materializa la fe pública notarial que preservará la manifestación original de la voluntad de los particulares, brindando a los actos contractuales seguridad y permanencia.

La protocolización obligatoria es importante ya que proporciona garantía de perdurabilidad, autenticidad, publicidad y hace tangible (es decir, evidente y palpable) el instrumento protocolizado, lo que permite comunicarlo a las partes contratantes y al público en general.

Por lo antes indicado, la finalidad de la protocolización notarial es:

- Brindar seguridad jurídica. El notario conservará los instrumentos originales de manera directa en su protocolo de escrituras públicas.
- Publicidad para que cualquier persona pueda informarse del instrumento.
- Fuerza probatoria porque al estar incorporado al registro notarial adquiere la calidad de instrumento público y goza de la fe pública.
- Permanencia. El notario es el encargado de su custodia.

IV. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL TRÁFICO INMOBILIARIO

La seguridad jurídica es entendida como certeza, confianza, firmeza y legalidad, cuya finalidad es lograr la armonía y el bienestar de los ciudadanos, sin afectar derechos de terceros.

Para la doctrina, la seguridad jurídica puede ser objetiva y subjetiva. La objetiva entendida como “la

estabilidad de las normas del ordenamiento jurídico" y la subjetiva como "el disfrute de los bienes"; es decir, existirá seguridad jurídica en la medida que exista confianza en que el disfrute de un bien no está amenazado por conductas ajenas que lo perturben. (Barchi, 2016)

Asimismo, en los derechos subjetivos se puede diferenciar la seguridad jurídica estática y la dinámica. La estática obliga a que nadie puede ser privado de su derecho sin su consentimiento y la dinámica impone que el adquiriente de un derecho no vea afectada su adquisición por una causa que no conoció o no debió conocer al momento de su celebración. (Diez-Picazo, 1983)

El derecho nos brinda normas e instituciones legales que otorgan seguridad jurídica al tráfico inmobiliario, protegiendo los derechos y el patrimonio de los contratantes. La seguridad jurídica constituye un valor supremo en el ordenamiento jurídico peruano.

Sin embargo, nos surge la siguiente interrogante: ¿El Derecho Patrimonial es seguro o presenta algunos problemas?

El Derecho Patrimonial presenta algunos problemas que afectan la seguridad jurídica debido a la rigidez del Derecho Civil Patrimonial "numerus clausus" al momento de la constitución de los derechos reales y al estímulo y celeridad de la negociación privada onerosa de inmuebles "libertad contractual". (Cervantes, 2020)

Para otorgar seguridad jurídica a la contratación de inmuebles y a la constitución de derechos reales, el Estado ha promovido dos instituciones jurídicas para garantizar derechos y prevenir conflictos: El notariado y los registros públicos, los cuales tienen a cargo el procedimiento notarial y registral, respectivamente; procedimiento previo y que lo podríamos definir como una seguridad jurídica preventiva. El notario tiene a su cargo la elaboración de la prueba para asegurar el derecho mientras que el registrador publicita los derechos inscritos.

El Código Civil regula la transferencia de inmuebles en su artículo 949, el cual establece que: "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición en contrario"; en otras palabras tenemos un sistema consensual. Por otra parte, el Derecho Registral es facultativo y declarativo, otorga publicidad jurídica a los diversos actos o derechos inscritos, es decir, el Registro no constituye derechos ni convalida vicios del acto jurídico. Por esta razón, si ambas circunstancias no son comprendidas y aplicadas correctamente pueden afectar la contratación y la constitución de derechos, y por ende la seguridad jurídica como valor supremo de nuestro ordenamiento.

Nuestro Código Civil en su artículo 1135 establece que "Se puede elegir al acreedor propietario cuyo título sea de fecha anterior o al acreedor adquiriente de buena fe que primero lo haya inscrito."

El sistema de transferencia de derechos reales es consensual, es decir para que opere la transferencia de inmueble se necesita solo el consentimiento de las partes (título) y para que sea oponible a terceros el

derecho adquirido debe inscribirse dicho título en el Registro.

En tal sentido, surgen algunas interrogantes: ¿Si tengo un título y lo inscribo tendré seguridad jurídica respecto del derecho adquirido? ¿Si a pesar de tener título y de inscribirlo pierdo el derecho adquirido significa que no era seguro jurídicamente? ¿Nunca tuve un derecho real sobre el bien, sino únicamente un derecho obligacional derivado del contrato?

O la pregunta es aún más compleja ¿Cómo obtengo en el ordenamiento jurídico peruano seguridad jurídica de manera absoluta sobre los derechos adquiridos en las transferencias inmobiliarias?

La teoría jurídica de transferencia de inmuebles establece que la adquisición se origina en el título (entendido como el contrato que contiene el consentimiento de las partes). Por ello para la transferencia de inmuebles se requiere de un título.

Ahora bien, si se pretende otorgar seguridad jurídica de la transferencia realizada ya no solo entre las partes sino frente a terceros, para que éstos respeten el derecho adquirido, se requiere de un requisito conocido como el modo, el cual se manifiesta con la entrega del bien (traditio); en otras palabras, el título y el modo otorgarían seguridad jurídica a los derechos adquiridos. (Cervantes, 2020)

¿Nuestro Código Civil recoge el título y modo? Al respecto, el artículo 949 del Código Civil hace coincidir el perfeccionamiento del contrato (título) con el cumplimiento del modo (cesión), salvo disposición en contrario. (Fernandez, 1987).

Ahora bien, ¿cómo se asegura el derecho adquirido frente a terceros?

Nuestro sistema consensual de transferencia de propiedad nos remite a la publicidad en el Registro para la oponibilidad de dichos derechos (reconocer y respetar la transferencia realizada).

El conocimiento o desconocimiento del derecho adquirido se convierte en el mecanismo que otorgaría seguridad jurídica a las transferencias inmobiliarias; vale decir, si se conoce se respeta el derecho adquirido y si está inscrito se presume iuris et de iure y la oponibilidad es erga omnes (no se podría alegar que no se conoce el derecho inscrito). Pero dicha situación también podría tener algunos inconvenientes, como por ejemplo La inexactitud registral (debido a que en el registro no figura el derecho adquirido), los derechos nacen fuera del registro y su inscripción no convalida los vicios que pudiera tener el acto jurídico o contrato, así como muchos inmuebles actualmente no se encuentran inscritos.

De este breve análisis de nuestro ordenamiento jurídico, apreciamos una contradicción notable respecto a las transferencias de un bien inmueble y consecuentemente la adquisición del derecho de propiedad sobre el mismo.

Cabe precisar que, en la compraventa de un predio, sólo tienen pleno conocimiento de tal celebración: el comprador o nuevo adquirente, el anterior propietario o vendedor y el notario. Ahora bien, si uno quiere

que dicha transferencia sea reconocida por terceros se requiere su inscripción en el Registro; en otras palabras, se le impone al ciudadano la obligación de inscribir dicha transferencia aun cuando nuestro sistema registral es facultativo.

Sin embargo, lo que sucede en la práctica, es una situación distinta a esta "obligación" o "imposición" que desarrolla la norma, ya que existe un sector de la población peruana que no inscribe las transferencias inmobiliarias que realiza, más aún cuando no estamos obligados a ello para generar un derecho legítimo de propiedad.

A manera de ejemplo, se realiza la compraventa de un inmueble y el nuevo comprador no inscribe dicha transferencia en el Registro. Dicho situación aunada a la mala fe del vendedor (antiguo propietario y titular registral hasta el momento) lo posibilita a volver a transferir dicho inmueble, configurándose la figura de la doble transferencia del bien. Es preciso indicar que si el segundo comprador acude al Registro a inscribir su derecho de propiedad podrá acceder sin ningún problema, afectándose el derecho de propiedad del primer comprador.

Nadie niega el papel importante que desempeña el notario en el tráfico inmobiliario y la seguridad jurídica, no solo al extender la escritura pública de compraventa, titulo formal que acredita la propiedad de un determinado bien, sino para dar fe pública respecto de dicha transferencia.

No obstante, la función notarial presenta ciertas falencias. No se puede ejercer correctamente la potestad que le dio el Estado a los notarios para brindar seguridad jurídica plena porque, antes que la función de dar fe pública, predomina la función de dar forma a la elaboración u otorgamiento de los documentos que contienen los actos que ante ellos se celebran. En la función de dar fe pública el notario debe garantizar que el que intervenga como transferente de un inmueble determinado sea efectivamente el legítimo titular y quien adquiera dicho inmueble no deberá ver afectado su derecho posteriormente; sin embargo, dicha labor no puede ser desarrollada efectivamentr debido a que no se cuenta con los mecanismos necesarios que les permita a los notarios y a la sociedad tener la plena seguridad de que los contratos celebrados gozan de fe pública y son plenamente eficaces jurídicamente.

Urge la necesidad de hacer una revisión de la función notarial debido al incremento de denuncias y quejas respecto de transferencias múltiples e irregulares en perjuicio de terceros adquirentes, las cuales incluso llegan a la vía civil y/o penal.

En respuesta a dicha situación, los notarios y Registros Públicos han venido implementando una serie de mecanismos de seguridad, a efectos de combatir a las personas naturales u organizaciones criminales destinadas al tráfico ilícito de inmuebles, enervando la seguridad jurídica y perjudicando a personas que adquieren derechos de buena fe; mecanismos tales como la Ley de Oposición al Procedimiento de Inscripción Registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación, alerta registral, bloqueo por presunta falsificación de documentos protocolares, anotación por presunta falsificación de instrumentos extra protocolares y de constancias

de acreditación de quórum, inmovilización temporal de partidas, ley que establece la obligatoriedad del uso del sistema de identificación biométrica en todas las notarías del Perú; sin embargo, no resultan suficientes por cuanto dichos mecanismos se aplican cuando estamos frente a un problema, cuando lo ideal sería evitar llegar a él con un verdadero mecanismo de prevención.

Adicionalmente a los mecanismos señalados se han planteado una serie reformas normativas que buscan cambiar totalmente los sistemas tradicionales y propios de nuestro ordenamiento jurídico, implementando figuras propias de otros ordenamientos extranjeros, cuyas realidades discrepan totalmente de la nuestra. Se sugiere, entre otras medidas, pasar de un sistema registral facultativo a uno constitutivo o cambiar el sistema consensualista para la transferencias de bienes. Estos cambios desde mi punto de vista serían perjudiciales para el libre tráfico y comercio de los bienes.

La solución no es modificar los sistemas tradicionales del Derecho Civil y Registral, sino crear una base de datos digital a nivel nacional de los despachos notariales que ayudan a los notarios a realizar efectivamente su labor y brindar a la sociedad una plena seguridad jurídica.

La fe pública notarial es de suma importancia para el tráfico inmobiliario y la seguridad jurídica; sin embargo, los notarios no otorgan fe pública plena respecto de los actos y contratos que ante él se celebran por cuanto no se cuenta con una base de datos digital completa que permita ayudar a ejercer esta función. De estas manera se evitaría la informalidad propia de nuestra sociedad y más importante aún los ilícitos o infracciones que se generan en el desempeño de la función notarial, como en los casos de doble transferencia de bienes tanto muebles como inmuebles, los procedimientos sucesorios, las rectificaciones de nombre, entre otros. Cabe señalar que implementar esta base de datos digital ayudaría no solo a la sociedad sino también al propio notario que se vería libre de cualquier responsabilidad en el desempeño de sus funciones.

Para ello se deberán realizar las modificaciones necesarias a la Ley del Notariado y a su reglamento para la creación de una base de datos digital de almacenamiento de los contratos celebrados en todos los despachos notariales. Esta base de datos digital permitiría la intercomunicación de todas las notarías a nivel nacional, a efectos de dar fe pública plena y salvaguardar la seguridad jurídica. Dicha base de datos contendría índices de contratantes, actos jurídicos celebrados, fecha de la expedición de los instrumentos públicos, bienes materia de transferencia (dirección y partida registral), lugar de la celebración. De esta manera se eliminaría el obsoleto soporte físico (papel) en los que actualmente se encuentran los índices de los despachos notariales para dar paso a una base de datos digital interconectada en tiempo real en todas las notarías a nivel nacional. Esta base de datos digital deberá ser de uso obligatorio de cada notario antes de elaborar un determinado acto que implique la transferencia de un bien, para tener la certeza y dar fe plena de que el que está este contratando en calidad de transferente es el legítimo titular del bien.

V. CONCLUSIONES

1. La función que realizan los notarios es de suma importancia para el tráfico inmobiliario y la seguridad jurídica, no sólo porque extienden las escrituras públicas de compraventa, sino porque otorgan fe pública respecto de las mismas.

2. El boom inmobiliario en el Perú no solo trajo consigo el aumento en la venta de inmuebles, sino que también incrementó las transferencias múltiples e irregulares del mismo bien que afectan a terceros adquirientes, realizadas por personas naturales u organizaciones criminales destinadas al tráfico ilícito de inmuebles.

3. El Estado ha promovido dos instituciones jurídicas para garantizar derechos y prevenir conflictos: El notariado y los Registros Públicos; vale decir, tenemos un sistema preventivo formal, instrumental y de carácter cautelar.

4. La seguridad jurídica en la transferencia de derechos reales y en la contratación, por ser consensual y tener un sistema registral declarativo, genera problemas para el tráfico jurídico inmobiliario.

5. Para garantizar la seguridad jurídica de las transferencias inmobiliarias se les está imponiendo a los contratantes la obligación de inscribir dicha transferencia aun cuando nuestro sistema registral es facultativo.

6. La función notarial presenta ciertas falencias, no pudiéndose ejercer correctamente la potestad que le dio el Estado a los notarios de dar fe pública debido a que no se cuenta con los mecanismos necesarios que permita a los notarios y a la sociedad tener la plena seguridad de que los contratos celebrados gozan de fe pública y son plenamente eficaces jurídicamente.

7. Los mecanismos adoptados por los notarios y los Registros Públicos se aplican cuando estamos frente a un problema, cuando lo ideal sería prevenirlo. Asimismo, se han planteado una serie de reformas normativas que buscan cambiar totalmente los sistemas tradicionales y propios de nuestro ordenamiento jurídico, pasar de un sistema registral facultativo a uno constitutivo o cambiar el sistema consensualista para las transferencias de bienes.

8. La solución no es modificar los sistemas tradicionales del Derecho Civil y Registral, sino crear una base de datos digital a nivel nacional de los despachos notariales que ayuden a los notarios a realizar efectivamente su labor y brindar a la sociedad una plena seguridad jurídica, debiéndose realizar las modificaciones respectivas en la normatividad notarial vigente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barchi, L. (2016). Derecho Civil Patrimonial vs Derecho de Familia. La disposición de un bien socialpor uno de los cónyuges sin la iintervención del otro. Lima: Gaceta Civil y Procesal Civil.

Cervantes, R. (2020). La seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario. Revista Oficial del Poder Judicial, 165-196.

Corcuera García, M. (1994). Comentarios a la Ley del Notariado. Trujillo: Marsol Perú Editores S.A.

Diez-Picazo, L. (1983). El Derecho Civil Patrimonial. Madrid: Tecnos.

Fernandez, G. (1987). La buena fe en la concurrencia sobre inmuebles. Derecho PUCP, 159-226.

González Collazos, V. (2016). La protocolización obligatoria de los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles proporciona seguridad juridica. Universidad Privada del Norte. Trujillo.

Tambini Ávila, M. (2014). Manual de Derecho Notarial. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

Torres, A. (2017). Teoría general del contrato. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.



Cuarto creciente - Tecnica Mixta - 80 x 70 cm
Héctor Acevedo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6110

LA IMPORTANCIA Y OPORTUNIDAD DE LA COLABORACIÓN EFICAZ EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Enma Acosta Dulanto[1]

RESUMEN

A partir del año 2014[2], a nivel nacional e internacional, se han develado diversos actos de corrupción cometidos por altos funcionarios públicos que distorsionaron su función al dar prioridad a sus intereses privados. La modalidad de la ejecución de este tipo de delitos es clandestina, lo que conlleva a que la investigación por delitos contra la administración pública y el tema de la probanza se torne complejo.

Esta situación ha generado que instituciones públicas cuya función es perseguir, investigar o sancionar este tipo de delito se orienten por la especialización pese a los escasos recursos que se cuenta frente a un grupo de personas que gozan de los medios económicos al haber resultado beneficiado con su mala actuación en una entidad pública.

La presente investigación muestra información estadística de instituciones claves para enfrentar

1 Fiscal adjunta provincial titular designada en el despacho de la fiscalía supraprovincial corporativa especializada en delitos de corrupción de funcionarios. Maestra en Derecho con mención en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas por la Universidad Nacional de Trujillo, casa de estudios donde también cursó estudios de pregrado y doctorando en Derecho en la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo.

2 A raíz que los directivos de la empresa ODEBRECHT se acogen a un proceso de delación en el que confiesan sus crímenes.

la corrupción[3], en la que se establece el aumento de los casos en que funcionarios y servidores públicos han desviado sus funciones e infringido sus deberes. Para lograr la efectividad del proceso penal en este tipo de delito, en la presente investigación se propone al proceso de colaboración eficaz como medio para impedir la impunidad y siempre que la delación del colaborador sea contrastada con otros factores.

Una referencia importante es la primera sentencia emitida en el Perú en el año 2019 relacionada con delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos que se. Desviaron en el ejercicio de sus funciones e infringieron sus deberes y en los que intervino la empresa Odebrecht. En esta sentencia se precisó la importancia de la participación del colaborador eficaz, cuya versión fue corroborada a través de la conjunción de testimonios, de las documentales y de los testigos en reserva. Esta colaboración permitió dar "significado" a las diversas irregularidades advertidas durante la ejecución de la obra Chacas-San Luis.

El análisis de casos es el método empleado para destacar la importancia de la delación del colaborador eficaz en la emisión de una sentencia condenatoria confirmada en segunda instancia. Por otro lado, se presenta a la prueba anticipada como una medida alternativa relacionada con la pertinencia de la delación del colaborador eficaz, a efectos de garantizar su declaración en el proceso principal y con ello la elucidación de la verdad.

Por último, este estudio busca describir el proceso de colaboración eficaz como instrumento procesal y respuesta útil en la lucha contra la corrupción.

Palabras claves: Delito de corrupción de funcionarios, colaboración eficaz, corroboración, delación

ABSTRACT

Since 2014, a number of acts of corruption by senior civil servants have been revealed at the national and international levels, distorting their role in the pursuit of the public interest, on the contrary prioritizing their private interests for the particular benefit. However, the modality for the execution of such offences is carried out clandestinely, which leads to the investigation of crimes against the public administration and the issue of probation becomes complex.

This situation has led to the fact that in public institutions whose role is to prosecute, investigate or punish this type of crime, they are guided by specialization despite the limited resources available to a group of people who enjoy the economic means by having benefited from their poor

3 Como son el Poder Judicial (PJ) y el Ministerio Público (MP).

performance in a public entity.

This investigation shows statistical information from key institutions to deal with corruption, which establishes an increase in cases where public officials and servants have diverted their duties and violated their duties. In order to achieve the effectiveness of the criminal process for this type of crime, this investigation proposes the effective collaborative process as a means of preventing impunity and provided that the partner's delation is contrasted with other factors.

Reference is made to the first judgment issued in Peru in 2019 involving offences committed by civil servants who have diverted their duties and infringed their duties and involving Odebrecht. In this judgment, the importance of the participation of the effective collaborator, the version of which was corroborated through the conjunction of testimonies, documentaries and witnesses in reserve, was stated. Collaboration that allowed to give "meaning" to the various irregularities warned during the execution of the work Chacas-San Luis.

To this end, the method to be used is case analysis to highlight the importance of the effective partner's delegation in issuing a conviction and which was confirmed at second instance. On the other hand, it is being presented as an alternative measure relating to the relevance of the effective partner's delegation, the application of the advance test in order to ensure its statement in the main process and thereby the elucidation of the truth.

Finally, this study seeks to describe the effective collaborative process as a procedural instrument and useful response in the fight against corruption.

INTRODUCCIÓN

Es innegable el desarrollo económico en el Perú. Un componente ha sido el sistema de libre mercado que abrió las puertas al capital extranjero y que inyectó de energía a un empresariado peruano. No obstante, en los últimos años, el desarrollo económico nacional ha venido asociado con la aparición de un gran número de casos que tienen en común la desviación de las funciones de funcionarios y servidores públicos. (Oscar, 2015).

Tal es el caso que, en esta última década en el Perú, así como en Latinoamérica, se han revelado casos graves de prácticas de corrupción en los que han intervenido altos funcionarios públicos de las esferas del estado.

CORRUPCIÓN

San Martín Castro (2012) afirma que la corrupción antes que un tipo penal concreto es un modo de cometer delitos que abarca una serie de conductas, funciones y contextos cuyo punto central es el uso abusivo del poder.

Ahora bien, la corrupción ha sido definida contemporáneamente como el exceso de poder efectuado por un funcionario o servidor público. El objetivo del sujeto que se excede en sus funciones o de la agrupación que integra es conseguir un beneficio directo o indirecto. De esta forma, se incumple la normatividad que regula el actuar de los que trabajan para el Estado (Villoria, 2012).

El preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996) afirma que la desviación del poder debilita la legalidad de las instituciones públicas.

El máximo intérprete de la constitución en el Exp. N° 00017-2011-PI/TC ha señalado que los actos en los que los funcionarios violentan sus funciones contravienen los cimientos mismos del Estado. Por eso luchar contra toda forma de corrupción cuenta con el respaldo constitucional según se deduce de los artículos 39 y 41 de la Constitución.

LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El código sustantivo penal organiza esta clase de delitos cometidos por funcionarios públicos en cuatro secciones. Siendo que en la presente investigación se presentará casuística referida a la sección II: delitos de concusión que comprende al delito colusión simple y agravada, así como de la sección III: delito de peculado respecto al delito de negociación incompatible.

INCREMENTO DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

Las estadísticas muestran cómo la problemática sobre delitos contra la administración pública ha ido en crecimiento. Se tiene el reporte referido a información del sistema nacional especializado de delitos de corrupción de funcionarios (SNEDCF), en los treinta y tres distritos judiciales, en el periodo 2014 al 2017, en los que hubo ocho mil setecientos veinte procesos judiciales por delitos de corrupción. Por su parte, en el año dos mil quince se cuenta con el mayor número de procesos, tres mil doscientos dieciséis y en el dos mil diecisiete el menor número de caso, mil treinta y cuatro. Lima Sur y Lima fueron son los distritos judiciales con más casos de corrupción en el rango detallado.

En los años dos mil diecisiete y dos mil dieciocho se creó el distrito judicial de la selva central y Lima este, siendo los distritos judiciales con menos casos Cañete e Ica. Sumado a esto, según la estadística del Ministerio Público, para el periodo del 2016 al 2018 se registraron un total de dieciocho mil trescientos cuarenta y tres delitos de corrupción de funcionarios. En este rango, en el año 2016 se registraron más casos que en otros años, ocho mil doscientos cincuenta y uno. Durante el periodo indicado los distritos fiscales de Lima, Cusco y Ayacucho cuentan con mayor número de casos de corrupción. El distrito fiscal de Ventanilla cuenta con menos casos (Chanjan Documet, 2018). Se presentan 2 tablas:

Tabla 1: Estadística de casos de corrupción durante el año 2014 a abril del 2017 según el SNEDCF

Distrito Judicial	Casos de corrupción	Porcentaje
Lima Sur	1 504	17.2%
Lima	1 098	12.6
Lima Norte	684	7.8%
Junín	533	6.1%
Ancash	497	5.7%
Cusco	308	3.5%
Moquegua	264	3.0%
Otros	3832	4.3%

La tabla 1 muestra los distritos judiciales, la cantidad y porcentaje de casos por corrupción de funcionarios

Tabla 2: Estadística de casos de corrupción durante el año 2016 y abril del 2018 según el MP

Distrito Fiscal	Casos de corrupción	Porcentaje
Ayacucho	1 297	7.1%
Lima	1 244	6.8%
Moquegua	1213	6.6%
Cusco	1136	6.2%
Junín	1112	6.1%
Arequipa	921	5.0%
Huánuco	798	4.4%
Otros	10 622	57.9%

La tabla 2 muestra los distritos fiscales, la cantidad y porcentaje de casos por corrupción de funcionarios

Por su parte, Omar Tello Rosales (FS), coordinador nacional del subsistema de la FECOF, señaló que en el año dos mil diecinueve se logró un total de un mil quinientos ochenta y uno sentencias condenatorias relacionadas con acusaciones efectuadas a funcionarios y servidores públicos por delitos de corrupción en el Perú. El magistrado señaló que el año dos mil diecinueve ingresaron trece mil cuatrocientos cuarenta y cuatro denuncias, siendo que el indicador mayor se presentó en Áncash (1,070).

Los casos emblemáticos resueltos entre los años 2019 y 2020 son el del exgobernador regional de Cajamarca, Gregorio Santos[4] y el del exgobernador regional de Áncash César Álvarez Aguilar.[5](Gestión, 2020).

SISTEMA NACIONAL ESPECIALIZADO EN CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS (SNECF)

En cada distrito fiscal a nivel nacional se han creado las fiscalías especializadas en corrupción de funcionarios, competentes para conducir las investigaciones por los delitos regulados en las secciones II, III y IV del código adjetivo penal y en los supuestos de los delitos conexos, en concordancia con lo establecido en la Ley No. 29574. Por su parte, se han creado las fiscalías de competencia nacional (fiscalías supraprovinciales y fiscalías superiores nacionales) que se encuentran determinadas por resolución de la fiscalía de la nación[6].

Mediante el D.L. N° 1307, del 30 de diciembre de 2016, se creó el SNECF conformado por los juzgados y salas especializados anticorrupción con competencia nacional para conocer los delitos previstos en el artículo 3, numeral 18 (delitos contra la administración pública) de la Ley 30077, si son realizados en el contexto de una organización criminal.

Para hacer frente a la corrupción y a las organizaciones criminales, en el Perú, a partir del 2017 el Ministerio Público cuenta con el equipo especial de fiscales que se aboca a los casos de Lava Jato [7]tramitado bajo las regulaciones de leyes contra el crimen organizado (Pérez Gómez, 2020).

DIFICULTADES PARA ACREDITAR EL DELITO ESPECIAL

Los delitos de abuso de poder realizados por funcionarios y servidores públicos como son los referidos a negociación incompatible y colusión por la propia redacción del tipo penal abarcan elementos objetivos complejos como son "concertación", "defraudación", "indebidamente", "interesa", "contrato u operación". Ello genera que la etapa de investigación se torne complicada a efectos de acreditar o desacreditar los

4 Sentenciado a diecinueve años y cuatro meses de pena privativa.

5 Condenado a ocho años y tres meses de pena privativa.

6 Delitos señalados en la Res. FN. No. 1833-2012-MP-FN.

7 Son una serie de investigaciones que se siguen en el equipo especial de fiscales del Perú y que tienen un reconocimiento internacional.

hechos materia de investigación. El siguiente paso es determinar si durante la investigación preparatoria se cuenta o no con los suficientes elementos para efectos de emitir un pronunciamiento y pasar a la fase intermedia postulando un requerimiento acusatorio, de sobreseimiento o mixto. Finalmente, de corresponder un requerimiento acusatorio y superar el saneamiento procesal en la fase intermedia, se pasará a la fase de juicio oral. Esta última fase del proceso constituye la más importante del proceso penal[8].

La ejecución de este tipo de delitos se realiza de manera clandestina, por ende el tema de la acreditación se torna complicado. Ante ello corresponde al Ministerio Público hacerle frente utilizando los mecanismos legales establecidos en nuestra normatividad. Para tal efecto, en el código adjetivo penal, en el título III cuenta con medidas para la búsqueda de pruebas como son videovigilancia, pesquisas, allanamiento, incautación, levantamientos. En adición se tiene la sección III: Medidas que restringen la libertad como son detención, prisión preventiva, comparecencia, impedimento de salida y el embargo.

Otra de las formas de hacer frente a la lucha contra la corrupción es recurrir a la prueba indiciaria como mecanismo para sustentar la ejecución del delito; sin embargo, su acreditación se debe sustentar de acuerdo con lo prescrito en el art. 158 numeral 3 del C.P.P. Aunque, en ciertos casos, al no construirse adecuadamente la prueba indiciaria se logra la absolución de la postulación formulada por el Ministerio Público.

En este contexto se presenta un proceso especial que es el de colaboración eficaz, el mismo que se delinea bajo su propia naturaleza, principios y reglas. La colaboración eficaz es un mecanismo fundamental para enfrentar al crimen organizado, la delincuencia económica y la corrupción. Asimismo es un proceso especial independiente, consolidado por el acuerdo entre las partes para luchar contra la delincuencia. (Pisfil, 2018).

ÁMBITO NORMATIVO DE LA COLABORACIÓN

Ante la necesidad de activar respuestas efectivas a las complejas formas de criminalidad, el legislador peruano mediante la Ley N.° 27378 del año 2000 publicó el "proceso especial por colaboración eficaz". Más tarde, con la puesta en funcionamiento del código adjetivo penal según la tercera disposición complementaria transitoria de la Ley N.° 30077[9] se reguló el proceso por colaboración eficaz.

8 Que se realiza sobre la base de la acusación.

9 Publicada el 20 de agosto de 2013.

En el año 2016 se publicó el Decreto Legislativo n.° 1301 que modificó el C. P. P., así como el D. S. n.° 007 – 2017 - JUS "Reglamento del Decreto Legislativo n.° 1301" y el Instructivo General n.° 01 – 2017 – MP - FN "Actuación fiscal en el proceso especial de colaboración eficaz".

EL COLABORADOR

De acuerdo con Sánchez este singular procedimiento corresponde a una nueva clasificación de instrumentos premiales que permite conseguir información para ser contrastada en la investigación. Con este procedimiento se permite obtener información sobre la forma de la comisión del delito, autoría y otros aspectos relacionados con el proceder de la organización criminal.

Asimismo el procedimiento por colaboración eficaz se convierte en el instrumento a través del cual se canaliza esta contribución a la averiguación y, en su caso, al castigo del delito. A pesar de su denominación legal, constituye, según Prieto Castro- referenciado por (Carocca, 1998)- no es un auténtico proceso sino un procedimiento.

La delación del colaborador puede servir para conocer la planificación del delito o las condiciones en que se realizó, así como para revelar el funcionamientto e individualizar a los miembros de la organización, con el fin de desarticularla. Además permite revelar la cuestión relativa a la que ha sido o es su "fuente de financiación y aprovisionamiento".

CONTRASTACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ

Un delator generalmente es uno de los coimputados de una investigación, por lo que resulta razonable pensar que dicho investigado buscará su beneficio. Por tanto, tendrá la posibilidad de expresar hechos que le puedan convenir, pudiendo incriminar a otras personas para evitar que la sanción a imponerse sea mayor. Lo que conlleva a la necesaria contrastación de lo manifestado por el delator, para efectos de control.

El artículo 158 inciso 2 del C.P.P. y las pautas interpretativas del Acuerdo Plenario N° 02-2017-SPN señalan que "Necesariamente debe haber elementos de corroboración interna para el uso de la declaración del aspirante a colaborador eficaz (…). La sola declaración del aspirante a colaborador eficaz no puede ser utilizada sin acompañar los elementos de corroboración del proceso de colaboración".

Uno de los últimos pronunciamientos de los jueces supremos, en la Casación N° 292-2019-Lambayeque, enfatiza que la delación del colaborador o aspirante a colaborador debe ser sustentada con otras pruebas que corroboren su versión incriminatoria.

OPORTUNIDAD DE LA COLABORACIÓN

El artículo 472 del código adjetivo penal establece que antes, durante o después de efectuada la investigación o emitido el proceso penal, la persona natural o jurídica puede solicitar someterse al proceso de colaboración eficaz. Cuando la colaboración eficaz se realiza en la fase de investigación preparatoria o intermedia pasa un tiempo prolongado desde la aprobación del acuerdo de colaboración eficaz hasta llegar a juicio oral. Ello se debe a la propia naturaleza compleja de la investigación en esta clase de delitos.

Así, en esta investigación, se postula que la oportunidad adecuada para que ingrese la declaración del colaborador en el proceso principal[10], si este se ha realizado durante la etapa de investigación, correspondería mediante la figura de la prueba anticipada.

LA PRUEBA ANTICIPADA COMO MECANISMO PARA GARANTIZAR LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR Y LA EFICACIA DEL PROCESO

La prueba anticipada se encuentra regulada en el artículo 242 del C. P. P., siendo que se permite como prueba anticipada la declaración del colaborador eficaz en los delitos contra la administración pública conforme el inciso e) del referido artículo.

Resulta más conveniente instar este tipo de prueba cuando esté por culminar o ya culminada la investigación preparatoria por cuanto en este estadio ya se ha identificado a los que han intervenido en la realización del ilícito. Consecuentemente, al realizarse la prueba anticipada es posible que los abogados de los involucrados en la investigación ejerzan válidamente su derecho de defensa. Este ejercicio se realiza mediante el contrainterrogatorio correspondiente al colaborador eficaz, quien será interrogado como testigo en el proceso principal.

Para tal efecto, un caso que ha sido de conocimiento público fue el pasado 22 de enero de 2020, en que se llevó a cabo la actuación de la prueba anticipada del testigo Josef Maiman Rapaport[11]. En dicha audiencia participaron las defensas técnicas de los investigados, las que pudieron ejercer a través del contradictorio su derecho de defensa. Dicha actuación fue ratificada en segunda instancia, confirmando la resolución que dispuso el testimonio de Josef Maiman mediante la prueba anticipada

10 Proceso en el que se encuentra investigado.

11 Dentro de la investigación realizada al expresidente Alejandro Toledo por el caso Interoceánica.

MATERIAL Y MÉTODOS

Para efectos de su validación científica y siendo un enfoque jurídico social, se emplearon los datos estadísticos oficiales sobre los delitos materia de estudio y un caso en el que a nivel nacional se ha emitido sentencia condenatoria en este tipo de delitos relacionado con la empresa ODEBRECHT. La metodología empleada en la presente investigación es el estudio de casos, por lo que se presenta un caso de conocimiento público relacionado a actos de corrupción en la realización de la obra denominada "Rehabilitación, mejoramiento y construcción de la carretera Callejón de Huaylas Chacas - San Luis". En la citada investigación estuvo involucrado el ex gobernador regional de Ancash y la empresa Odebrecht en el Perú. En primera instancia se emitió sentencia condenatoria y esta fue confirmada en segunda instancia, en la que se destacó la importancia de la corroboración de las declaraciones del colaborador eficaz. Por otro lado, se presentó la prueba anticipada como medida alternativa relacionada con la oportunidad de la colaboración eficaz, a efectos de garantizar la declaración del colaborador en el proceso principal y con ello lograr la eficacia de este proceso especial.

RESULTADOS

A partir del año 2014 en el Perú se han incrementado los procesos judiciales de delitos de corrupción de funcionarios, según información estadística oficial del SNECF. En el Ministerio Público también ha venido en aumento el número de casos desde el año 2016. Por su parte, a nivel nacional durante el año 2019 se han emitido 1581 sentencia condenatoria en este tipo de delitos y reportado 13 444 denuncias, lo que representa el 11.75 % de casos ingresados[12].

Uno de los primeros casos emblemáticos y que se ha expedido sentencia condenatoria fue el pasado 21 de junio de 2019, en el que la jueza[13] emitió la primera sentencia relacionada a la empresa Odebrecht. Entre los sentenciados se encontraba el exgobernador regional de Ancash y otros por el delito de colusión agravada. Se dictó esta pena en el marco de la realización de la obra "Rehabilitación, mejoramiento y construcción de la carretera Callejón de Huaylas Chacas - San Luis".

En cuanto al análisis de la prueba por parte de la jueza, se examinaron tres dimensiones: la primera respecto a las disfuncionalidades presentadas en la acusación fiscal, la segunda la colaboración eficaz que se presentó en la acusación fiscal complementaria y la responsabilidad penal. Por último, quedó acreditado el delito por prueba directa y las responsabilidades penales por prueba indiciaria". (Pacheco, 2020)

12 Además se tiene que los delitos con mayor índice de denuncias fueron peculado con 3,992 y colusión con 1,877; mientras que las prisiones preventivas sumaron 222 medidas cautelares.

13 1 juzgado nacional unipersonal especializado en delitos de corrupción de funcionarios.

En dicha sentencia, la jueza precisó la importancia de la participación del colaborador eficaz. La versión del colaborador dio "significado" a las diversas irregularidades advertidas en los cuatro hechos presentados durante la ejecución de la obra. Estas irregularidades fueron resultado de un pacto colusorio previo entre los funcionarios públicos del Gobierno Regional de Ancash para favorecer al contratista. La importancia del colaborador fue que narró detalles de la intervención del exgobernador regional de Ancash en dicho pacto colusorio. Esta versión fue sometida a un debate contradictorio, que concluyó que efectivamente tenían conexión con cada una de las irregularidades advertidas.

En esta sentencia se precisó la importancia de la participación del colaborador eficaz, cuya versión fue corroborada a través de la conjunción de testimonios, de las documentales y de los testigos en reserva. Colaboración que permitió dar "significado" a las diversas irregularidades advertidas durante la ejecución de la obra Chacas-San Luis. Este pronunciamiento fue ratificado en segunda instancia, el Colegiado señaló que las afirmaciones dadas por el colaborador eficaz N.° 2-2017 corroboraron los testimonios, las documentales y los razonamientos esgrimidos en torno a la convergencia entre los dichos del colaborador eficaz N.° 3-2017, el testigo en reserva N.° 1-2017 y otros testigos que declararon en juicio oral. Esto conllevó a determinar la presencia de indicios importantes que vinculan al sentenciado en un efectivo papel de concertación con el contratista que se encargó de la ejecución de la obra, con la intermediación ejercida por el testigo Valverde Varas para concretar el pacto colusorio con el sentenciado.

CONCLUSIONES

Ante el incremento de casos por actos de corrupción y la compleja redacción de los tipos penales se han implementado paulativamente las fiscalías especializadas en corrupción de funcionarios (FEDCF). Asimismo en los distritos judiciales se cuenta con los juzgados especializados en corrupción de funcionarios (JEDCF). Las fiscalías supraprovinciales y fiscalías superiores nacionales tienen competencia en los casos de repercusión nacional. Además el D.L. N° 1307[14] creó el sistema nacional especializado en corrupción de funcionarios, conformado por los salas y juzgados especializados anticorrupción con competencia nacional que conocen los delitos previstos en el artículo 3, numeral 18[15] de la Ley 30077, siempre que sean cometidos en el contexto de una organización criminal. Cuando no se tipifica esta figura las salas y juzgados especializados de cada distrito judicial asumen la competencia.

El proceso de colaboración eficaz es un procedimiento especial que delinea su propia naturaleza,

14 De 30 de diciembre de 2016.

15 Delitos contra la administración pública.

principios y reglas. Este procedimiento se convierte en el instrumento a través del cual se canaliza esa contribución a la averiguación de la verdad y aal castigo del delito.

La colaboración eficaz es un mecanismo fundamental para hacer frente al crimen organizado, la delincuencia económica y la corrupción porque permite individualizar a los miembros de la organización, con el ambicioso objetivo de desarticularla.

Un colaborador eficaz generalmente es uno de los coimputados de una investigación, por lo que resulta razonable pensar que dicho investigado buscará su beneficio. Debido a la posibilidad de expresar hechos que le puedan convenir, pudiendo incriminar a otras personas para evitar que la sanción a imponérsele sea mayor, las declaraciones del aspirante a colaborador deben ser sometidas a un estricto control. Esta circunstancia corresponde a una exigencia legal de conformidad con el artículo 158 inciso 2 del C.P.P., así como con pautas interpretativas como es el Acuerdo Plenario N° 02-2017-SPN y la Casación N° 292-2019-Lambayeque.

Estas disposiciones han sido adoptadas en uno de los casos emblemáticos relacionado con la empresa Odebrecht y que fue el emitido el pasado 21 de junio de 2019, en el que la jueza emitió sentencia condenatoria contra el exgobernador regional de Ancash, César Álvarez Aguilar, y otros por el delito de colusión agravada. Se dictó esta pena en el marco de la realización de un proyecto de inversión denominado "Rehabilitación, mejoramiento y construcción de la carretera Callejón de Huaylas Chacas - San Luis". En segunda instancia el Colegiado ratificó la sentencia señalando que las afirmaciones dadas por el colaborador eficaz N.° 2-2017 corroboran los testimonios, documentales y razonamientos esgrimidos en torno a la convergencia entre los dichos del colaborador eficaz N.° 3-2017, el testigo en reserva N.° 1-2017 y otros testigos que declararon en juicio oral.

En este proceso se postula que la oportunidad adecuada para que ingrese la declaración del colaborador al proceso principal, si esta se ha realizado durante la etapa de investigación, correspondería mediante la figura de la prueba anticipada considerada como un mecanismo para garantizar la declaración del colaborador y la eficacia del proceso. Ello por cuanto se debe considerar el prolongado tiempo que transcurre entre la investigación y el juicio oral.

Cuando esté por culminar o ya culminada la investigación preparatoria es la etapa más conveniente para instar este tipo de prueba. En esta etapa ya se encuentran plenamente identificados quienes han intervenido en la realización del ilícito, por lo que al realizarse la prueba anticipada los abogados de los involucrados en la investigación pueden ejercer válidamente su derecho de defensa.

REFERENCIAS

Carocca, A. (1998). *En Garantías constitucional de defensa procesal* (pág. 18). Barcelona.

Cevallos Scudin, J. A. (6 de Diciembre de 2016). *http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/A3E808728ABCF85005258321006FE7E1/$FILE/INFORTEMA25-2016-2017.pdf.*

Chanjan Documet, R. y. (2018). Estadísticas del Sistema de Justicia en casos de corrupción. En R. Chanjan Documet, *Sistema de Justicia, Delitos de Corrupción y Lavado de Activos* (págs. 14-20). Perú: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

Gestión. (21 de Enero de 2020). Obtenido de https://gestion.pe/peru/politica/corrupcion-de-funcionarios-ministerio-publico-obtuvo-mas-de-1500-condenas-por-corrupcion-contra-funcionarios-noticia/?ref=gesr

Oscar, D. J. (2015). *Corrupción en el Perú: Visión del Ejecutivo Peruano.* Perú: CENTRUM Católica's Working Paper Series.

Pérez Gómez, J. (2020). La desinformación y las noticias falsas de Montesinos a Lava Jato. En W. y. Gálvez Condori, *Historia y Derecho* (págs. 235-252). Perú: Zela Grupo Editorial EIRL.

San Martín Castro, C. (2012). *Estudios de Derecho Procesal Penal.* Lima: Grijley.

Sánchez Velarde, P. (s.f.). El procedimiento por colaboración eficaz. Revista Jurídica del consejo de defensa jurídica del Estado, 39.

Villoria, M. &. (2012). La corrupción en España (2004-2010). *Revista Española de Investigciones Sociológicas N° 138, 114.*



Paseo de media noche - 150cm x300cm
Héctor Acevedo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6111

LA POLÍTICA CRIMINAL COMO INSTRUMENTO EFICAZ PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN

Alejandro Arturo Rebaza Martell[1]

RESUMEN

El Perú afronta un problema crucial que es la delincuencia o criminalidad en general y la corrupción en el ámbito de la administración pública. La política criminal entendida como el conjunto organizado de medidas y respuestas que el Estado decide aplicar para hacer frente a la criminalidad, al delito y a las conductas desviadas está comprometida a eliminar o por lo menos reducir drásticamente la corrupción, vale decir a luchar contra todo comportamiento que distorsiona la gestión pública.

La corrupción perjudica directamente a los intereses del Estado, retarda o imposibilita el desarrollo integral y sostenido del país, produce sus efectos nocivos cuando el funcionario o servidor público aprovecha el cargo para obtener beneficios particulares para sí o para otros, incurriendo en delitos que lesionan la correcta administración pública. Este fenómeno ha llegado a niveles muy alarmantes tanto por la jerarquía de los autores que están en las más alta esferas del gobierno, como por los caudales que esquilman del erario nacional.

Ante esta dramática realidad se plantea una política criminal efectiva, bien diseñada, fuertemente estructurada y que aplique con contundencia desde el Estado medidas contra la corrupción hasta erradicarlas del sector público y privado.

Palabras clave: Política criminal, funcionario público, corrupción.

1 Abogado, magister en pedagogía universitaria por la Universidad Nacional de Trujillo, maestro en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas obtenido en la Universidad Nacional de Trujillo, egresado de la maestría en Derecho Constitucional y del doctorado en derecho de la UPAO. Profesor ordinario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPAO. Desempeñó el cargo de Congresista de la República en el periodo 2006-2011.

ABSTRACT

In the previous decade and in our days, Peru faces a crucial problem that is delinquency or criminality (a set of all punishable actions or omissions) in general, and corruption in the field of public administration, that is, in all State entities.

Criminal policy understood as the organized set of measures and responses that the State decides to apply to deal with criminality, crime and deviant behaviors that cause social harm, is also committed, within this criminal reality, to eliminate or therefore less drastically reduce corruption, that is to say to fight against all behavior that distorts public management.

Corruption that directly harms the interests of the State, delays or prevents the integral and sustained development of the country, produces its harmful effects when the official or public servant, takes advantage of the position to obtain particular benefits for himself or others, incurs crimes that They damage the correct public administration, reaching very alarming levels, both due to the hierarchy of the perpetrators who are in the highest spheres of the government, and because of the funds that they drain from the national treasury.

Faced with this dramatic reality, it is proposed that effective criminal policy, well designed, strongly structured and firmly, apply anti-corruption measures from the State until they are eradicated from the public and private sectors.

Keywords: Criminal policy, civil servant, corruption.

I. INTRODUCCIÓN

La inseguridad ciudadana en nuestro país es un problema grave, complejo y crónico; el temor al delito ha invadido a toda la ciudadanía. Haciendo un análisis estadístico en una serie histórica se comprueba su incremento permanente, lesiona todos los bienes jurídicos más importantes para la paz social, haciéndose cada vez más frecuente los atentados contra la vida, tan solo por apropiarse de un celular o una mochila. Los delitos contra la administración pública no se excluyen de este grave problema, como consecuencia de la corrupción que distorsiona y desvía con graves perjuicios contra la administración pública.

La política criminal -entendida como una política pública, al igual que las que diseña el gobierno y el Estado en materia económica, de salud, de educación, de empleo, etc. -debe aplicarse con carácter permanente y en forma programada con estrategias bien establecidas para lograr la acción efectiva de la violencia estatal organizada. De este modo la política criminal logrará de la manera más eficaz la prevención especial y general de los delitos de corrupción y la reducción de los delitos.

El objetivo de este artículo es demostrar la efectividad de la política criminal en la lucha contra la corrupción.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

Según el barómetro de las Américas la criminalidad ha traspasado los límites formales del control social llegando en muchos casos a desbordarse, especialmente en Lima y en las más grandes ciudades del país. Según cifras del observatorio del Ministerio Público cada 5 minutos se comete un delito con sus nocivas consecuencias, el 82% de personas se sienten inseguras en las calles. El Perú lidera la mayor tasa de victimización superando a Chile Ecuador y Argentina.

En medio de esta gran variedad delictiva nos preocupa la corrupción perpetrada por delitos contra la administración pública que. Según Patricia Zarate, investigadora principal del Instituto de Estudios Peruanos IEP, la corrupción es considerada el principal problema del Perú. Esta investigadora refiere, sin embargo, que hubo una especie de punto de quiebre a partir del escándalo y difusión de los audios vinculados al caso "cuellos blancos".

La corrupción ha proliferado y extendido a niveles muy perjudiciales en todos los actos y procedimientos que implican el manejo de recursos del Estado. Se hace más evidente y grave especialmente en la compra de bienes para el Estado, la contratación de servicios, la contratación de obras públicas, los contratos de suministros, las concesiones del Estado y otros procesos o procedimientos con fondos del sector público.

El "diezmo" es una coima establecida que consiste en el pago del 10% del presupuesto de apertura de una obra pública al funcionario de mayor nivel que influye en el otorgamiento de la buena pro al contratista corruptor. Una vez recibida la obra valorizada en 3, 4, 5, 10 millones de soles, este presupuesto se incrementaba cada cierto tiempo mediante la aprobación dolosa de presupuestos adicionales muy cuantiosos que duplicaban y hasta triplicaban el presupuesto inicial. Los montos ilícitos del presupuesto modificado van a enriquecer indebidamente a los funcionarios y a los empresarios coludidos.

Las municipalidades distritales o provinciales, los gobiernos regionales, los ministerios y demás unidades ejecutoras son los escenarios propicios para esta modalidad que viene defraudando al Estado en grandes cantidades del tesoro público, poniendo en peligro el bienestar y desarrollo del país. Los más grave, aparte de los cuantiosos daños, es que produce una cultura de convivencia con la inmoralidad que contamina la mentalidad de niños, jóvenes y adultos convirtiéndose en un mal crónico.

La corrupción ha penetrado en todos los espacios del sector público: funcionarios, servidores, autoridades, gobernantes, políticos y también militares de todos los grados aprovechan de sus cargos, apropiándose de recursos de las arcas del Estado o del bolsillo del sujeto interesado que propicia pagos, dádivas o beneficios indebidos a favor del corrupto.

En Lima, sede de todos los poderes, organismos y actividades más importantes del país, sus distritos judiciales, en los años 2007 al 2012 registran 867 casos de abuso de autoridad, 138 casos de cohecho pasivo especifico propio e impropio, 87 casos de concusión, 443 casos de peculado en todas sus

modalidades y 30 casos de tráfico de influencias. Esta situación empieza a crecer a partir de los años 2016, 2017, 2018 hasta alcanzar niveles muy elevados que han convertido a la administración pública en el centro de operaciones de los grupos de poder político, económico, élites y redes de corrupción que cada día hacen saqueos cuantiosos con círculos delictivos dentro y fuera del Perú.

Finalmente, frente a una situación crítica y de mucha gravedad para la gestión pública, delineamos dos componentes orientadores para combatir la corrupción.

PROBLEMA: ¿Cómo debe estructurarse y aplicarse la política criminal del Estado peruano para eliminar, erradicar o reducir drásticamente la corrupción en el país?

HIPÓTESIS: En base al marco teórico y a las experiencias de otros países elaboramos la siguiente respuesta: La política criminal como una política pública de Estado y de gobierno formulada con carácter obligatorio y permanente, aplicada con planes estratégicos de corto, mediano y largo plazo contribuirá de manera efectiva a erradicar la corrupción en el Perú.

III. MARCO TEÓRICO

1. CORRUPCIÓN

El término corrupción desde una perspectiva semántica proviene del latín “rumpere”, que significa romper, dividir, quebrar, violar, anular. También deriva de “corrumpere” que significa alteración, desunión, descomposición, entonces “corrumpere” debería significar “romper con”, romper en unión, pero en realidad quiere decir “echar a perder, pudrir”.

La expresión corromper reconoce la presencia de dos partícipes en el acto, el corruptor y el corrupto; es decir la fuerza que corrompe y aquella persona sobre la cual recae y que, en definitiva, es lo que se echa a perder, lo que se pudre.

Corrupción significa “soborno, cohecho. Destrucción de los sentimientos morales superiores, perversión, degeneración, vicio” (Cabanellas 2006, Tomo IIC) “La corrupción es el mal uso del poder político burocrático por parte de camarillas de funcionarios coludidos con mezquinos intereses privados para obtener ventajas económicas contrarias a las metas de desarrollo social, mediante la malversación o desvió de recursos públicos y la distorsión de las políticas e instituciones” (Quiroz 2013).

“…se define la corrupción como el abuso del poder público para la obtención de un beneficio privado” (Zegarra 1999).

La corrupción no solo socava las bases de la sociedad misma, sino que además vulnera la legitimidad de las instituciones públicas y es responsable en gran medida de los males que aquejan a muchos

países del orbe, como la pobreza, el hambre, la falta de empleo, la falta de educación y atención de la salud.

La corrupción es un obstáculo para el crecimiento económico ordenado y para el desarrollo integral, perjudicando a los más pobres, pues son ellos los que se someten a la extorsión de los servidores públicos y a quienes afecta directamente la escasez de recursos para desarrollar la infraestructura y programas de bienestar, especialmente en educación, salud y vivienda.

La corrupción en el Perú según la Controlaría General de la República ha generado la pérdida de 23 mil millones de soles al tesoro público, privando al país y en especial a los más pobres de cuantiosas obras en salud, educación, agricultura, turismo y otros sectores.

2. POLITICA CRIMINAL

- **Definiciones. –** "Es el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacer frente e a las conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole: social, jurídica, económica, cultural, policial, administrativa. Es una especie de las políticas públicas que tiene como objeto aquellos comportamientos criminalizados frente a los cuales puede proponer un amplio catálogo de medidas y objetivos comprendidos en consideraciones éticas sobre la justicia y el reproche, y, otras referidas y orientadas a la convivencia, la pertinencia y la legitimidad. La política criminal debe ser entendida como lineamientos y normas de carácter prescriptivo, cuyos fines varían en razón de distintas consideraciones sociales" (Corte Constitucional de Colombia – Sentencia 646-2001).

- **Política criminal y el sistema penal. –** Alberto Binder le da un enfoque sistémico a la política criminal afirmando: "Así como las políticas instrumentan sus medios útiles para sus fines, la política criminal también instrumenta el sistema penal que le sirve de correa de transmisión para sus objetivos. El Derecho Penal, El Derecho Procesal Penal, El Derecho de Ejecución Penal y la Criminología integran fundamentalmente el sistema y esa funcionalidad importa son solo el movimiento de polea unidimensional en cada parcela o subsistema, sino también una relación de congruencia entre subsistemas y una coherencia intrasistemática en cada uno de ellos, de modo que las decisiones de la política criminal, sea vertical u horizontalmente arriben a todos los rincones del subconjunto.

  No puede tener un código penal que responda a una orientación, un código procesal penal que responda a otra y una ley penitenciaria que responda a una tercera. La política criminal es la que va a plantear los grandes objetivos de todos los sistemas y cada uno de los subsistemas debe ser coherente con la preservación de esos objetivos" (Binder 1997. Págs. 26 y 27).

- **La política criminal y el control social. –** Las normas sociales que históricamente han regido el orden social no han sido suficientes para garantizar una convivencia pacífica en el seno de la comunidad. Las normas jurídicas con su obligatoriedad vienen a implementar un orden jurídico que propicia la paz pública. En este contexto se destaca el ordenamiento jurídico penal, el cual se distingue por su especial coactividad en las penas o medidas de seguridad para luchar contra el delito.

  De esta manera aparece el control social jurídico penal formalizado a través de normas de ineludible cumplimiento. El derecho penal por la gran lesividad que comporta privar al hombre de sus bienes más preciados debe estar guiado entre otros principios por el de mínima intervención. En consecuencia, esta rama del Derecho solo debe intervenir en los supuestos de ataques graves que afecten a intereses sociales considerados fundamentales para el desarrollo de la vida colectiva.

  Ello le confiere su carácter de última ratio, pues únicamente cuando no existan otros medios diferentes para resolver el conflicto creado se acudirá a esta forma de control. No puede prescindirse entonces del Derecho Penal y de la política criminal como instrumentos de control social formal que posibilitan la convivencia humana a través de la prevención y represión de los actos que agreden los fundamentales bienes jurídicos del hombre y las naciones. La política criminal debe establecer la intervención del sistema penal principalmente en la prevención general, en la represión y en la prevención especial del delito.

• Principios de la política criminal

- **Principio de legitimidad. –** Sustentado en la facultad del Estado para planificar, actuar y adoptar las medidas necesarias para combatir la criminalidad. Dicha facultad radica en la soberanía estatal, la forma de gobierno, el bien colectivo y las bases constitucionales que proveen validez a los actos de autoridad orientados a prevenir y reprimir las conductas delictivas. Se reafirman los valores, la acción penal o IUS PUNIENDI como atribuciones inalienables del Estado de Derecho.

- **Principio de mínima intervención. –** El Derecho Penal es la última ratio, es decir solo cuando los demás instrumentos de control social se ven limitados para resolver los conflictos, interviene la justicia penal por ser un medio sancionador y por la relevancia de los bienes jurídicos que tutela, es decir debe ser la última ley aplicable por su naturaleza coercitiva.

- **Principio de acto o de conducta. –** Se refiere a la necesaria relación delito – conducta: Los delitos o faltas exclusivamente por acciones (un hacer) u omisiones (dejar de hacer lo debido) son sancionadas por la norma. Por ello el Derecho Penal es de acto y no de autor. Se castiga lo que se hace o deja de hacerse ante una norma productiva o una norma preceptiva, pero de ninguna manera por lo que es el sujeto activo.

- **Principio de tipicidad.** – Se relaciona con el principio de legalidad según el cual el tipo penal contenido en la norma jurídica debe tener como respuesta o hipótesis las conductas punibles. Para

sancionar debe existir un encaje preciso entre los elementos descritos como típicos y la conducta denunciada que debe subsumirse en dicha descripción.

- **Principio de culpabilidad. –** Este principio corrobora la condición jurídica de la pena que no debe estar por encima de la responsabilidad del hecho. Es un principio de proporcionalidad entre la conducta delictiva y la gravedad del daño causado.

- **Principio de presunción de inocencia. –** Una eficiente política criminal debe garantizar desde los fundamentos de la constitución política una correcta relación entre antijuricidad y responsabilidad, entre una conducta atípica antijurídica y la existencia o no de culpabilidad o responsabilidad. Por ello el Estado debe proteger el derecho de toda persona a ser considerada inocente hasta que no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

  La política criminal debe procurar un ordenamiento penal equilibrado, que no produzca excesos ni defectos que den lugar a lesiones o protestas de parte del autor o de las víctimas.

- **Principio de prevención. –** La política criminal debe buscar por encima de todo la prevención general y la prevención especial del delito como la forma necesaria de proteger a la persona y a la sociedad. Pero el orden social exige también la función retributiva contra el causante de daños, peligros y perjuicios a los bienes jurídicos protegidos.

  De esta manera se logra disuadir la voluntad delictiva de los individuos que integran la sociedad.

  La política criminal adopta principios y otros elementos del derecho penal, por ser este uno de los subsistemas más importantes en el desarrollo y aplicación de la misma.

• Grandes modelos de la política criminal

Binder afirma que "La organización que la política criminal hace de las diferentes respuestas del cuerpo social al fenómeno del delito, ha ido adoptando diferentes modelos a lo largo de la historia, según la importancia que les ha concedido a los conceptos de libertad, de igualdad y de autoridad" (Binder 1997).

- Modelo autoritario. – Se caracteriza porque subordina plenamente los principios de libertad y de igualdad al principio de autoridad. El alcance de la política criminal, por lo tanto, no tiene límites. Una política criminal que no establece sus propios límites es necesariamente autoritaria. Algunos países de Latinoamérica están marchando con modelos autoritarios nacidos dentro de los tiempos de dictaduras tales como Cuba, Nicaragua, Venezuela y otros.

  Un claro modelo de política criminal autoritaria ha sido el fascismo tanto en su versión italiana como alemana, donde el Estado todopoderoso no tenía límite alguno en su esfera de influencia. Son similares los modelos integristas como algunos del mundo musulmán donde la política criminal

aplicada no es ya un poder estatal sino un poder religioso, igualmente o más ilimitado aún.

- Modelo liberal. – Se basa en la idea de que todo ejercicio de este tipo de política tiene necesariamente limites absolutos. A veces una política no llega a realizarse plenamente debido a la resistencia de los ciudadanos. En el artículo 200 del Código Penal vigente se tipifican dos modalidades de extorsión a las autoridades, una es la toma de locales o vías de comunicación que con violencia y amenaza obstaculiza los servicios públicos; la otra es la huelga en la que intervienen funcionarios con cargo de confianza o poder de decisión. Estos ilícitos son frecuentes y sin embargo no se aplica la ley penal. La política criminal liberal se caracteriza por tomar decisiones de auto limitación basadas en principios de legalidad y certidumbre, es decir en la idea de que el ejercicio de la política criminal debe ser racional y limitado. Le da preminencia a la libertad.

- Modelo igualitario. – Se preocupa particularmente por el hecho de que, a veces, la justicia funciona para algunos individuos de la sociedad y no para todos. Su objetivo primordial es establecer un sistema de igualdad donde la política criminal conceda un trato similar a todos los ciudadanos que se encuentran en idénticas condiciones.

  "Estos 3 modelos descritos no son sino modelos paradigmas que sirven para comprender mejor el complejo fenómeno de la política criminal y que en modo alguno se dan puros en la realidad social". (Binder 1997).

3. UNA POLÍTICA CRIMINAL PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Debe reunir los siguientes requisitos:

- **Visión Clara:** "La política criminal no es una ciencia, es más bien un conjunto de lineamientos políticos generales. Se trata de una praxis correspondiente a una particular concepción del Estado, de la sociedad y tiempos vividos". (Villa Stein. 2014. Derecho Penal. Parte general, pág. 52).

- La política criminal es una especie de las políticas públicas, una forma de violencia estatal organizada, una respuesta frente a comportamientos desviados. La política criminal se ocupa de la prevención general y especial del delito y de la reacción frente a las conductas punibles.

- **Características:** La política criminal diseñada para combatir la corrupción debe reunir las siguientes características:
  a) Conocimiento profundo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios. Entre los principales están el abuso de autoridad en todas sus modalidades, la concusión, el cobro indebido, la colusión simple y agravada, el patrocinio ilegal, el peculado en todas sus formas, la malversación de fondos, el cohecho pasivo propio, el soborno

internacional, el soborno internacional pasivo, el cohecho pasivo impropio, el cohecho pasivo específico, el cohecho en la función policial, el cohecho activo genérico, el cohecho transnacional, la negociación incompatible y el tráfico de influencias previstos del artículo 376 al artículo 400 del Código Penal vigente.

b) Parte del mundo real, es decir su punto de partida debe asentarse en la realidad estudiada y comprobada.

c) Tiene como fundamento la libertad, no puede convertir a las personas en meros instrumentos sino poner al Estado al servicio del individuo y de la sociedad.

d) Corresponde a un Estado social. Exige la socialización del poder de decisión.

e) Es indesligable del Estado de Derecho. Los conflictos deben encausarse por canales regulados previamente en forma pacífica, bajo la dirección del Estado a través del sistema penal y con rigurosa sujeción a la Constitución y a las leyes de un país democrático, constitucional y de Derecho.

f) Permite el diseño de estrategias y acciones que se plasman en programas concretos para solucionar la demanda de seguridad.

g) Tiene como objetivo la prevención del delito.

h) Su construcción es responsabilidad del Estado y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través del Consejo Nacional De Política Criminal.

- **Dimensiones de la política criminal:** La política criminal para la lucha contra la corrupción debe ser integral, es decir un conjunto amplio, complejo y diversificado de medidas, de acciones desarrolladas bajo la dirección del Estado y con amplia participación comunitaria tendente a erradicar, reducir, atenuar o limitar los actos de corrupción y fraude. Además promueve el ascenso social de la población y el desarrollo multisectorial del país. Debe abarcar las siguientes dimensiones:

  a) Social. – Los trabajadores, los sindicatos, los usuarios y los interesados en la inversión o gasto público deben denunciar el primer indicio de corrupción. Se promueven consejos de vigilancia o comités de control. Se debe reforzar el control interno.

  b) Jurídica. – Se impulsa un conjunto de cambios o modificaciones de las normas penales sobrepenalizando, ampliando o precisando sus alcances contra los delitos de corrupción.

  c) Económica. – Se crean incentivos para estimular la colaboración de personas que tienen información importante o denuncias sobre actos de corrupción.

d) Administrativa. – Se fortalece el control interno, cada servidor o funcionario con cargo de jefatura debe cumplir un plan anual de control en su área, ejecutar acciones de fiscalización y verificación programadas e inopinadas, realizar exámenes especiales, inspecciones generales, supervisión especializada, auditorias y otras acciones de control plasmadas en informes que contienen los resultados y medidas correctivas inmediatas.

e) Tecnológica. – La política criminal debe aplicar los medios tecnológicos más avanzados de control, registros, contabilidad, movimientos financieros, pagos, ingresos y egresos de la gestión pública; debe procurarse un control digital de todos los procedimientos administrativos con relevancia económica.

CONCLUSIONES

1. La política criminal es el medio formal y técnico más efectivo para erradicar la corrupción en el Estado peruano.

2. La política criminal es un medio eficaz de control social con principios que la revisten de legitimidad para la necesaria intervención estatal dentro de los parámetros y bases del sistema penal.

3. La política criminal con capacidad para combatir y erradicar la corrupción debe ceñirse a los modelos tanto liberal como igualitario, debe partir del conocimiento profundo de la realidad, actuar directamente contra las conductas punibles que afectan el correcto funcionamiento de la administración pública y programar objetivos claros de prevención general y especial de los actos reñidos con la ley penal.

4. La política criminal debe ser integral, abarcar todos los ámbitos para instrumentalizar sus operaciones, planes y proyectos con el apoyo social, jurídico, administrativo, tecnológico y económico que le permita vencer y erradicar la corrupción a corto y mediano plazo.

5. La formulación participativa de la política criminal del Estado y del gobierno debe tener como ente rector al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través de la dirección general de política criminal y penitenciaria. Una vez aprobada debe ser incorporada al acuerdo nacional y ejecutada con la contribución de todos los actores sociales.

6. La política criminal es una respuesta organizada por el Estado para hacer frente a los comportamientos que causan perjuicio social; vale decir, es una política pública del Estado y del gobierno al igual que las políticas sectoriales. No es una ciencia.

7. La corrupción es una lacra social muy enraizada que debe combatirse de manera permanente y sostenible hasta lograr su eliminación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINDER, Alberto M. (1997) Política criminal, de la formulación a la praxis. 1ra Edición. Buenos Aires. Editorial AD-HOC S.R.L.

CABANELLAS, Guillermo (2006) Diccionario enciclopédico de Derecho usual. Tomo II – C. 29° Edición. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis (2007) Estudios penales y de política criminal. 1era Edición. Lima. Editorial Moreno

QUIROZ, Alfonso W. (2013) Historia de la corrupción en el Perú. 2da Edición. Lima. Colección Popular 05.

ROJAS VARGAS, Fidel (2007) Delitos contra la administración pública. 4ta Edición. Lima. Editorial GRIJLEY E.I.R.L.

ROXIN, Claus (2000) Política criminal y sistema de Derecho Penal. Segunda edición. Buenos Aires: José Luis de Palma. Editor.

SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (2018) Ciencia penitenciaria y Derecho de Ejecución Penal, beneficios penitenciarios. 6ta Edición. Lima. Editorial FFECATT

VILLA STEIN, Javier (2014) Derecho Penal. Parte general. Lima. ARA. Editores E.I.R.L.

ZEGARRA, L. (1999) Causas y consecuencias económicas de la corrupción, un análisis teórico y empírico. Lima. Universidad del Pacífico Centro de Investigación.



Afectos contenidos II - oleo - 100x100 cm
Héctor Acevedo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6112

LA REGULACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD PERUANO

Paola Fernández Atho[1]

RESUMEN

En el Derecho Constitucional la actividad cautelar en procesos de tutela como el habeas corpus y la acción de amparo se ha convertido, en los últimos años, en una institución jurídica de suma importancia en los tribunales constitucionales. Esta situación nos motiva a plantearnos interrogantes como ¿y por qué no en los procesos de inconstitucionalidad?, ¿qué hace diferente a la protección de derechos, más aún cuando el alcance de los procesos de inconstitucionalidad es erga omnes y sus consecuencias giran casi siempre en torno al interés público del Estado?, ¿cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la necesidad de regular las medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad de conformidad con el artículo 105 del Código Procesal Constitucional Peruano?

El método analítico y el fenomenológico fueron utilizados en esta investigación para determinar los fundamentos jurídicos de la regulación de los procesos constitucionales. Los resultados generales y específicos demuestran que su regulación es factible siempre que exista una propuesta de reforma constitucional. Estos resultados se proyectan en cada uno los fundamentos con el objetivo de aportar al estudio doctrinal y práctico de las medidas cautelares en sus fines más nobles: a) la protección de los derechos fundamentales y b) el control constitucional.

1 Abogada. Maestra en ciencias con mención en gestión ambiental por la Universidad Nacional de Trujillo. Egresada del programa de Doctorado en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo – La Libertad. Docente universitaria.

ABSTRACT

In Constitutional Law, precautionary activity in protection proceedings such as habeas corpus and amparo action has, in recent years, become a very important legal institution in constitutional courts. This situation motivates us to ask ourselves questions such as and why not in unconstitutionality processes? What makes the protection of rights different, even more so when the scope of unconstitutionality processes is erga omnes and their consequences almost always revolve around regarding the public interest of the State? What are the legal bases that justify the need to regulate precautionary measures in unconstitutionality proceedings in accordance with article 105 of the Peruvian Constitutional Procedural Code?

The analytical and phenomenological method were used in this research to determine the legal foundations of the regulation of constitutional processes. The general and specific results show that its regulation is feasible as long as there is a constitutional reform proposal. These results are projected in each of the foundations with the objective of contributing to the doctrinal and practical study of precautionary measures in their noblest purposes: a) the protection of fundamental rights and b) constitutional control.

I. INTRODUCCIÓN

Conforme al principio de supremacía, la Constitución tiene la capacidad de ordenar y disciplinar el proceso de producción de leyes y normas con rango de ley. El límite de esta potestad es la legislación producida de manera irregular, por lo que se crea un motivo impugnatorio que puede ser de forma o fondo. El tribunal constitucional examina la constitucionalidad de una ley o norma con rango de ley, si esta se ha excedido de sus límites procedimentales y materiales.

La constitucionalidad de una ley gira en torno al procedimiento y la competencia del órgano. Cuando el tribunal considera que las materias en la ley o normas con rango de ley deban regularse sin afectar los derechos fundamentales. En este caso una ley no debería vaciar el contenido de uno o más derechos humanos. Si una demanda de inconstitucionalidad contra una norma es desestimada por razones de forma, eso no impide cuestionarla posteriormente por cuestiones de fondo.

Auscultando la realidad peruana nos preguntamos con inquietud, ¿qué garantías tiene la población en la eficacia de una sentencia estimatoria en un proceso de inconstitucionalidad por la aplicación o entrada en vigencia de una ley? El artículo 105 del Código Procesal Constitucional prescribe que la aplicación de medidas cautelares en este tipo de procesos es improcedente. En los demás procesos no se regula esta prohibición, la índole del proceso competencial es el control normativo. El fundamento de esta prohibición es que no existiría otra instancia de reexamen de esta decisión, salvo la jurisdicción supranacional. Esta instancia, sin embargo, no es competente para conocer las medidas cautelares sino las decisiones de fondo.

El Tribunal Constitucional realiza dos tipos de control: de forma y de fondo. El primero se refiere al procedimiento que la Constitución prevé para la creación de una norma con rango de ley y el segundo al control sobre la materia regulada. Cabe resaltar que, en este último aspecto, el Tribunal Constitucional ya ha tenido pronunciamientos, como es el caso promovido por tres colegios de abogados contra la ley del presupuesto, cuya decisión fue declarar fundada (por el fondo) la demanda y, por ende, declaró la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley N° 29951 debido a que no permite la realización de negociaciones colectivas.

Aunque se realiza el control en abstracto y no a partir de un caso concreto, resulta admisible que no se permitan medidas cautelares como lo establece el artículo 105 del Código Procesal Constitucional. En esta investigación llegamos a la conclusión que la tutela de los derechos no se debe restringir por esta norma. Cuando la norma restringe o amplía derechos fundamentales que afectan asuntos de interés público, creemos que es oportuna la aplicación de una medida cautelar suspensiva de la eficacia de la norma lesiva.

> España regula esta institución en casos bastante polémicos. Así, por ejemplo, la ley que admite el matrimonio homosexual. Una vez que las parejas homosexuales contraen matrimonio al amparo de esta ley, adquieren los derechos que subyacen a esta institución jurídica mientras dure su vigencia. En el Perú esta situación podría ser factible después que el tribunal constitucional la declare inconstitucional en un proceso de control concentrado; es decir, que esa norma nunca debió entrar en vigencia. El artículo 204 de la Constitución Política establece en estos casos que la sentencia estimativa no tiene efectos retroactivos, lo que generaría que en el Perú coexistan matrimonios heterosexuales y homosexuales, pero estos últimos restringidos a futuro. Desde que entró la norma en vigencia y tras su declaratoria de inconstitucionalidad se genera incertidumbre juridica.
>
> Otros casos como la eutanasia, el aborto, la legalización del uso de la marihuana o la salud reproductiva, entre otros que provocan polémica, revelan la necesidad de considerar una medida cautelar suspensiva de una norma legal. Pues, el momento en que este control de constitucionalidad Al efectuarse el control de constitucionalidad en un momento sucesivo a la entrada en vigor de la ley puede conllevar probables e irreparables daños en el período que discurre desde la entrada en vigor de la ley hasta cuando ésta es declarada inconstitucional.
>
> En esta investigación no se pretende introducir un control previo de la ley, sino suspender la eficacia de las leyes erga omnes hasta la decisión del Tribunal Constitucional. En sus últimos dos periodos, el poder legislativo del Perú ha demostrado prácticas populistas y faltas de técnica para configurarla de manera adecuada.
>
> En lo que va del período 2016-2021 se han presentado 20 acciones de inconstitucionalidad contra decisiones adoptadas por el Congreso de la República. Las que más polémica han causado han sido las presentadas por los mismos legisladores contra la ley antitránsfugas, contra la ley que

cambia las reglas de la censura y cuestión de confianza y, la más reciente, la de publicidad estatal.

Otro caso ocurrió en julio del 2017, cuando la comisión permanente aprobó una ley que dispone que los trabajadores del Congreso, del Banco Central de Reserva y de la Superintendencia de Banca y Seguros se rigen bajo el régimen laboral de la actividad privada y se les excluyó de la Ley de Servicio Civil (conocida como la Ley Servir). La norma colisionaba con una sentencia del tribunal constitucional que declaró inconstitucional la exclusión de trabajadores públicos del referido régimen.

En el año 2018 se admitieron a trámite dos demandas de inconstitucionalidad bastante polémicas, la primera interpuesta por 33 congresistas contra el poder ejecutivo por la ley que prohíbe la publicidad estatal en los medios de comunicación privados.

El artículo 30 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional de España regula que "la admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo ciento sesenta y uno, dos, de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las comunidades autónomas"; es decir, en España se admite un recurso de inconstitucionalidad que suspende la vigencia y la aplicación de la ley, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley de las comunidades autónomas.

Respecto a la imposición de medidas cautelares, el art. 312 del Código General del Proceso del Uruguay establece que "(…) pueden adoptarse cuando se estimen necesarias para la protección de un derecho y siempre que haya peligro de lesión o de frustración del mismo...". El peligro de lesión o frustración debe ser objetivo, no debe considerarse el mero temor, la sospecha o la duda del solicitante, sino que deben existir motivos que lo hagan verosímil para los terceros, apreciándolo según el criterio de un buen padre de familia, así como las consecuencias perniciosas que se derivarían de la no adopción de la medida" (Anuario de jurisprudencia 1-2/2009" RUDP supra, op. cit. pág. 161 - caso 293).

La materia de análisis corresponde a los efectos que produce una ley durante el periodo que va desde su entrada en vigor hasta cuando eventualmente es declarada inconstitucional, por lo que se mostrarán las razones jurídicas por las que resulta necesario modificar el artículo 105 del Código Procesal Constitucional para suspender los efectos de la ley que otorga la facultad constitucional al Tribunal Constitucional, evitando efectos nocivos de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

El objetivo de esta investigación consiste en establecer los fundamentos jurídicos que sustentan las medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad, amparando la supremacía de la

Constitución y la protección de los derechos fundamentales de la sociedad peruana. La autora analiza las ramas esenciales de la tutela efectiva de los derechos fundamentales y del proceso de inconstitucionalidad, así como las medidas cautelares típicamente civiles.

1.1. Aproximación jurídica a las medidas cautelares

Al incorporarse a un determinado ordenamiento jurídico, las medidas cautelares encuentran su justificación. Guasp define el ordenamiento jurídico como aquél que tiene por objeto facilitar el proceso principal garantizando la eficacia de los resultados, y las medidas del mismo nombre en él adoptadas.(GUASP, 1968)

Los procesos constitucionales como mecanismos de tutela de los derechos y libertades fundamentales requieren de una agilidad y garantía procesal idónea a fin de que se cumpla la eficacia tan anhelada.

La tutela cautelar es constitucionalmente exigible cuando pueden desaparecer, dañarse o perjudicarse, irremediablemente, las situaciones jurídicas sustanciales de las partes. El acudir a esta herramienta permite actuar sobre los efectos de cada uno de los elementos de la litis y el tiempo de protección hasta que se pueda resolver concienzudamente el proceso principal.

Amaya, Cortez & Soto (2019) consideran que un proceso asegura a través de las medidas cautelares algún derecho o bien dentro de un proceso o litigio. Las medidas cautelares son definidas como aquellas disposiciones judiciales que tiene por finalidad proteger o garantizar el cumplimiento de la sentencia.

Pérez Ríos (2010) manifiesta que las medidas cautelares aseguran el cumplimiento de las resoluciones judiciales, cuando una de las partes prueba fehacientemente la existencia del peligro a ese derecho o a ese bien.

Raúl Martínez Botos -citado por Jovel Alfaro; Solano Trigueros & Vásquez (2016) -considera que las medidas cautelares son el medio para asegurar que las resoluciones judiciales se cumplan (sean antes o durante el proceso).

Juan Monroy Gálvez -citado por Pérez Ríos (2010)- considera que la medida cautelar es aquel instituto procesal que, por medio de petición de parte, el órgano jurisdiccional adelanta ciertos efectos o todos sobre el fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba.

Las medidas cautelares aseguran o garantizan un derecho dentro del proceso. El órgano jurisdiccional las aprobará y observará si estas medidas corren algún peligro peligro. La medida cautelar o acción cautelar es aplicable a cualquier rama del derecho; sea civil, administrativa, constitucional, penal, etc., específicamente al Derecho Procesal Constitucional. A continuación expondremos alguna de sus características.

1.2. Características

Las características de las medidas cautelares son las siguientes:

a) Instrumentalidad

Las medidas cautelares no son un fin en sí mismo, sino que están indefectiblemente destinadas a la emanación de una resolución definitiva cuyos resultados aseguran preventivamente. Este tipo de medidas se denominan cautelares. pues su objetivo es prevenir lo que pueda dificultar el proceso principal.

b) Provisionalidad

La medida cautelar es provisional porque es considerada como instrumento, es decir, no tiene un carácter definitivo en sí; ya que es accesoria al proceso principal y existirá mientras no quede resuelto el primero. Cortez Domínguez sostiene que su vigencia debe ser limitada al tiempo en que la sentencia tarde en obtenerse, pues lo que se trata de proteger y tutelar es la efectividad de una ulterior sentencia.

c) Temporalidad

Las medidas cautelares son temporales porque van a existir hasta que el proceso principal haya quedado en una situación inútil. Por ello su duración es limitada.

d) Variabilidad

Las medidas cautelares pueden ser modificadas o adaptadas a cambios y/o incidencias que puedan ocurrir o suscitarse en el caso concreto. La ley permite la posibilidad de modificar una medida cautelar cuando dicha variación mejore o cumpla de manera más efectiva la función de tutela efectiva del derecho que se desea proteger.

e) Verosimilitud

Las medidas cautelares son verosímiles porque el juez tendrá en consideración el planteamiento de esta medida, valorando la posibilidad de daños y la certeza de que pueda existir peligro sobre este derecho o bien. Dichas pruebas deben ser presentadas por el peticionante.

f) Urgencia

Las medidas cautelares tienden a ser por la vulneración o peligro inminente de los derechos constitucionales del afectado. Al que le puede ocasionar un perjuicio irreparable.

g) Jurisdiccionalidad

Las medidas cautelares solo pueden ser ordenadas por un órgano con potestad jurisdiccional. Arias Grillo manifiesta que apostar por "las medidas cautelares, en cuanto implica un juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, constituye una potestad jurisdiccional y, se encuentra por ende reservada con carácter exclusivo a los órganos que tienen encomendado su ejercicio". (2008).

1.3. Prespuestos jurídicos

Un sector predominante de la doctrina afirma que dos son los presupuestos jurídicos por excelencia:

a. Periculum in mora: el peligro en la demora consiste en el temor fundado de que la situación jurídica durante el transcurso del tiempo resulte dañada o irreparable ante la sentencia principal.

b. Fumus boni iuris: la apariencia del buen derecho. No es necesario un estudio exhaustivo de los expedientes sino la mera probabilidad de la plena convicción del juez.

El interés público-como señala Hernández- es un elemento objetivo necesario para que operen las medidas cautelares. El juez constitucional valorará si debe rechazar la medida cautelar cuando su imposición cause o amenace con daños inminentes a los intereses públicos.

II. TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

2.1. Teoría de la potestad cautelar

De acuerdo con esta potestad las medidas cautelares pueden consistir en cualquier medida idónea y necesaria para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional reclamada en la vía principal y adoptarse en cualquier proceso, incluso como medida preliminar. Actualmente no se exige una autorización legal específica para adoptar una medida cautelar que se fundamente en las siguientes características:

- Couture advierte que la potestad cautelar no sólo debe verse como un poder –deber sino como un poder-función que requiere de ciertos requisitos previstos legalmente como son el fumus bonis iuris y el periculum in mora, así como del cumplimiento de los principios de legalidad y proporcionalidad.
- Su origen legal es exclusivamente normativo, el Derecho procesal y el derecho objetivo.
- Su carácter instrumental sirve a la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, asegurando de manera cautelar o preventiva el cumplimiento de la sentencia.

- La sujeción gravosa de terceros significa que mientras el otro tipo de potestades públicas afecta positivamente a los que se encuentran sometidos a ella porque amplía sus posibilidades de actuación sobre persona o cosa, la prisión, la detención, el embargo o el depósito respectivamente. Excepcionalmente según esta característica también es factible aplicarse a los órganos del poder público. la intromisión se produce en las facultades que dichos órganos ostentan perjudicando más que todo el interés público que se persigue con su actuación.

2.2. Teoría de los poderes implícitos

Sobre los poderes implícitos, señala Cagnoni que la atribución expresa dada a un órgano público conlleva la facultad (posibilidad) y el deber (obligación) de cumplir su cometido, lo que implica, es decir, supone, implícitamente los poderes indispensables, necesarios, para cumplir los cometidos dados por la atribución. Agrega que la teoría es de aplicación universal y permite crear medios y vías solo para ejecutar poderes expresamente atribuidos. (Cagnoni, 2008).

En el proceso cautelar se podría disponer de oficio o a petición de parte, otorgándole en algunos casos la facultad al tribunal de apreciar la necesidad y graduar para disponer una menos rigurosa que la solicitada si lo considera suficiente. Este es el caso del Código General de Proceso de Costa Rica, que en su artículo 313 numeral 4 regula los procesos cautelares.

Se afirma que la teoría de los poderes implícitos deja abierto el camino para una solución afirmativa; es decir, que de ellos emana la potestad de la corte de disponer medidas cautelares. Para que se aplique esta teoría deben darse tres supuestos: (i) que sea imprescindible, (ii) que no esté conferido a otro órgano del Estado y (iii) que no viole reglas de Derecho[2].

Principio de igualdad

De acuerdo con algunos tratadistas las medidas cautelares pueden adoptarse en un proceso constitucional de amparo, habeas corpus, habeas data y en los procesos de inconstitucionalidad.

2.3. Argumentos a favor de las medidas cautelares aplicables al proceso de inconstitucionalidad en el derecho comparado

Uno de los principales argumentos destaca la tutela efectiva de los valores, los preceptos y principios constitucionales, lo que solo se logrará en plenitud y satisfactoriamente cuando se cuente con un sistema procesal que los proteja. Los gobernantes y los habitantes tienen derechos y deberes que la

2 Sobre la sentencia de control de leyes, Joaquín Urías Martínez. Cuadernos de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Madrid. Año 2007.

carga constitucional les otorga y si alguno de ellos los excede al surgir el conflicto constitucional con su acción u omisión el resultado es la infracción de preceptos constitucionales.

El Tribunal Constitucional que no tenga competencia para el control de constitucionalidad de la ley no es propiamente una institución con los fines que se pregona en un Estado Constitucional de Derecho. Esta es, sin duda, la tarea más trascendente: velar por la supremacía de la Constitución. (Delpiazoo, Carlos. 1999).

Algunos países latinoamericanos como Chile, mediante reforma constitucional en el año 2005, ampliaron las facultades del Tribunal Constitucional hasta el punto de declarar la inaplicación de un precepto legal contrario a la Constitución.

El objetivo de este proceso es defender la supremacía de la Constitución y prevenir posibles perjuicios derivados de la aplicación de una norma cujestionada que atenten los derechos fundamentales y se deriven de la aplicación de una norma cuestionada.

Eduardo García de Enterría sostiene que las medidas cautelares no son distintas a las actuaciones jurisdiccionales. En ambos casos se trata de enjuiciar, declarar y asegurar anticipadamente la eficacia de la decisión de fondo, evitando su frustración cuando no se presta el requerido auxilio cautelar. La función jurisdiccional no solo consiste en declarar sino en realizar el derecho declarado, lo que se convierte en una exigencia de garantía para el cumplimiento de su propio deber y mandato constitucional. (García de Enterría Martínez-Carande, E. 1990).

Hay quienes aseguran que los jueces constitucionales no necesitan de habilitación legal para emitir medidas cautelares específicas. La determinación de las medidas cautelares depende de cada una de las circunstancias del caso bajo juzgamiento y no de la determinación a priori por el legislador. En el caso peruano el legislador ha prohibido su determinación según lo establecido en el artículo 105 del Código Procesal Constitucional.

Ecuador ha regulado de manera expresa en su Constitución y en el artículo 12 de la Ley de Control Constitucional la suspensión de la norma. En Guatemala también se ha decretado que esta suspensión sea de oficio siempre que sus gravámenes fueran notorios e irreparables. E n El Salvador no está regulado sino más bien nace a partir de su solicitud de acción urgente en una demanda amplia de inconstitucionalidad contra la Ley de Integración Monetaria hasta obtener una sentencia definitiva, en esa acción arguyeron los ciudadanos solicitantes que, las medidas cautelares son de la misma naturaleza jurídica que cualquier acto jurisdiccional. Son, por lo tanto, potestades propias, inherentes consustanciales, inmanentes a la función jurisdiccional, es una acción de garantía para el cumplimiento de su propio deber y mandato constitucional, así también plantearon que “los tribunales no necesitan habilitación legal para poder emitir medidas cautelares específicas, en puridad de derecho la determinación de las medidas cautelares el legislador lo único que puede realizar respecto de la aplicación de medidas cautelares es prohibirlas pero no habilitarlas”.

Aunque no se configura legalmente el proceso de inconstitucionalidad salvadoreño, ello no ha impedido que de manera excepcional pueda decretarse la suspensión de la norma objeto de control asegurando así la eficacia de la ejecución de la sentencia, siempre que exista necesariedad y razonabilidad, dos principios importantes para elaborar argumentos justos.

En Chile en el marco de la reforma de la Constitución Política de la República del año 2005, se ampliaron las facultades del Tribunal Constitucional, otorgándole competencia en el artículo 93 de su Carta Fundamental. Este texto prescribe que procedente la suspensión siempre que se resuelva "por mayoría de sus miembros en ejercicio la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un Tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución"

Antes la Corte Suprema chilena gozaba de la facultad de imponer medidas cautelares -como la medida cautelar de no innovar -con el objetivo de paralizar el proceso en el que se generó el conflicto de constitucionalidad de la ley. De esta manera se incorporará al sistema procesal un elemento necesario e indispensable para que la sentencia produzca los efectos previstos y deseados por la carta fundamental. Asimismo puede determinarse de oficio siempre que exista motivo fundado.

En algunos ordenamientos jurídicos existe un sistema de control concentrado de constitucionalidad, el tribunal o sala constitucional ejercen de forma exclusiva la competencia para expulsar leyes que adolezcan de vicios de inconstitucionalidad y que de forma coherente puedan asumir potencialmente la potestad cautelar frente a aquellas leyes sometidas a su consideración por los órganos que la constitución legitima. En el caso de Costa Rica dispone la admisión de una acción de inconstitucionalidad o consulta judicial para suspender el dictado de la resolución final en los casos en que se discuta la norma cuestionada hasta que no haya pronunciamiento del caso.

El efecto de esta suspensión sería, en efecto, una modalidad de medida cautelar automática por mandato legal expreso. Esa es la regla, sin embargo hay excepciones en los casos en que deba aplicarse la norma impugnada durante la tramitación del proceso. La suspensión opera en el momento procesal en que se hace necesario aplicarla (es decir, el proceso no debe suspenderse hasta que se encuentre en la etapa procesal de la decisión final, lo cual tiene una finalidad de aseguramiento procesal.

Otra excepción es la que conlleva una superposición del interés público sobre la regla general. En estos supuestos, es evidente y manifiesta la necesidad del juez constitucional para negar la tutela cautelar y librar el efecto suspensivo que supone la admisión de la acción de inconstitucionalidad y las consultas de constitucionalidad (judicial y legislativa) a los procesos.

En España leyes autonómicas regulan la suspensión cautelar en circunstancias en que se considera por excepción o salvedad el interés público que existe en la ejecución del acto impugnado. En este contexto, el tribunal constitucional dispone en una resolución que "el juicio cautelar se convierte básicamente en un juicio de ponderación de los daños que la ejecución podría causar a los intereses

públicos cuya cautela tienen encomendada el Estado, para el caso de no adoptarse la suspensión cautelar o levantarse la ya acordada (…) de tal forma, que la solución adoptada sea la más conveniente al interés general y la que menos perjuicios pueda causar sea cual sea la decisión final"[3].

2.4. Argumentos en contra de la suspensión de la norma impugnada

Un sector de la doctrina rechaza la suspensión de la norma por ser subjetiva e incluso peligrosa. Hay que considerar que se parte de que la ley es constitucional, la "presunción de constitucionalidad de la ley", pues está democráticamente aprobada. Por ello la suspensión solo estaría permitida en los casos en que el órgano constitucional legitimado argumente de manera fehaciente que la ley vulnera algún precepto constitucional.

En nuestro país eso no tendría lugar dado que el legislador ha prescrito la prohibición en los procesos de inconstitucionalidad. El maestro García Belaunde refería que "la constitucionalidad sólo debe ser planteada en casos muy serios y abordado con la máxima de las cautelas, porque ella puede dejar de lado a parte del ordenamiento jurídico y crear inestabilidad en el sistema". (Brage Camzano, Joaquín, 2000).

Esta postura del efecto no suspensivo de la admisión de la acción es propia de los sistemas austriaco, italiano y español. Cabe señalar que en estos dos últimos casos se permite la eficacia retroactiva en el tiempo de las resoluciones del tribunal constitucional.

DOS CASOS RELEVANTES

1. El caso salvadoreño de la ley de integración monetaria

En el año 2001 fue presentado ante la Sala Constitucional un recurso de inconstitucionalidad impugnando la ley de integración monetaria, la cual entró en vigencia en enero de ese año, y que permitiría la circulación del dólar en ese país. Los principales argumentos que las medidas cautelares son de la misma naturaleza jurídica que cualquier acto jurisdiccional y, por lo tanto, son propias, inherentes, circunstanciales, e inmanentes a la función jurisdiccional. La sala constitucional declaró no ha lugar a la petición hecha por los demandantes, al igual que declaró no ha lugar a la inconstitucionalidad alegada, porque "advirtió" que la potestad de decretar medidas cautelares en la substanciación del proceso no se encuentra prevista y que la apariencia fundada en el derecho no aparecía debidamente configurada para el juicio de probabilidad efectiva sobre la transgresión de principios constitucionales.

3 Auto del Tribunal Constitucional Español 382/1983, de 5 de agosto, folio jurídico 1.

2. El caso uruguayo: medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad. Análisis de la sentencia 1897/2012 de la Suprema Corte de Justicia

El caso planteado aborda la siguiente situación controversial: el artículo 236 de la ley 18.834 dispuso que el poder judicial debía reasignar créditos presupuestales para financiar los programas de capacitación permanente del Centro de Estudios judiciales del Uruguay, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Gelman".

Por otro lado, el artículo 241 también dispuso que el poder judicial debía reasignar los créditos, pero esta vez para financiar cargos creados para un nuevo tribunal de apelaciones de trabajo. El poder judicial decidió solicitar la declaración de inconstitucionalidad de las normas mencionadas, fundándose en que violaban los artículos 86, 215 y 220 de la Constitución, así como el principio de separación de poderes prescrito en el artículo 82 de la carta en mención, solicitándose además como medida cautelar la suspensión de la ejecución de los artículos. El argumento esgrimido por el poder judicial es que no se podían efectuar las reasignaciones dispuestas pues para hacerlo se debía desatender otros programas y gastos ya comprometidos. La decisión fue aceptada por el alto tribunal.

Barbosa, X., & Romero, R. (2013) comentan que dicha sentencia es relevante porque la Corte sostuvo históricamente que la adopción de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad debe hacerse con mesura y reservarse solo para los casos claros y palmarios con la exclusiva finalidad de evitar un grave perjuicio o un daño inminente. La teoría en la que la Corte justifica su admisibilidad es la de la potestad cautelar genérica que se contradecía con lo que este órgano jurisdiccional había argumentado en otro momento.

III. CONCLUSIONES

1. Los procesos constitucionales como mecanismos de tutela requieren de una agilidad y garantía procesal idónea para lograr el resguardo, atención, tutela y eficaz en el cumplimiento de los derechos fundamentales, entre ellos las medidas cautelares constitucionales.
2. Aunque tienen una tipología distinta a la de los procesos civiles, las medidas cautelares constitucionales se distinguen de ellas por su naturaleza inhibitoria (impedir el ejercicio de facultades), restitutoria o de restablecimiento (llevar algo al estado que antes tenía), y preventiva o anticipatorio (anticipación de un daño o perjuicio).
3. La razón de ser de estas medidas es la potestad cautelar de carácter instrumental e insustituible en cualquier sistema jurisdiccional, por lo que deben aplicarse en la medida que la declaración del derecho pueda ir en perjuicio del titular de éste. El juez evaluará la apariencia del derecho invocado y si es o no relevante como para otorgar o denegar la potestad cautelar en base a criterios sustanciales, ejerciendo el poder-deber de los jueces de emitir las medidas provisionales idóneas para asegurar cautelarmente los efectos de la decisión jurisdiccional.

4. La potestad cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que es fundamental la incorporación al orden procesal constitucional peruano y evitar situaciones irreparables o de difícil reparación.
5. Se deben asumir argumentos doctrinarios y jurídicos adoptados por otros países de diferentes sistemas de control concentrado y difuso y flexibilizar su inclusión en determinados casos que no cedan a razones políticas o partidarias. Esto podría consignarse en un reglamento propio como sería en los casos del derecho a la vida, la dignidad, estabilidad financiera, entre otros.
6. La regulación de las medidas cautelares constitucionales en procesos de inconstitucionalidad es de suma importancia. Debe tomarse en cuenta sus características básicas de instrumentalidad, provisionalidad, jurisdiccionalidad, funcionalidad y variabilidad. Su prohibición limita la función de juzgar del magistrado porque lo haría de manera excepcional a fin de evitar que la situación controversial cause daños irreversibles en los derechos de la población.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barbosa, X., & Romero, R. (2013). Medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad. En Revista de Derecho, 12(24), 141-151.

Camazano, J. B. (2000). La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español. Revista Española de Derecho Constitucional, (58), 375-379.

Cagnoni, Aníbal; "¿Qué son los poderes implícitos?". En Revista de Derecho Público, Número 33, FCU, Montevideo, 2008, pág. 196

Campbell, J. C. (2008). La suspensión del procedimiento como medida cautelar en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la Ley. Revista de Derecho Público, (70), ágs-49.

Couture Eduardo Juan (1958). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ª Ed. (póstuma), Buenos Aires: Roque Depalma Editor.

Delpiazzo, Carlos (1999). Contratación administrativa. Universidad de Montevideo, Montevideo, págs. 251 y 252

Eguiguren Praeli, F. (s.f.). El nuevo Código Procesal Constitucional peruano. Perú.

Eto Cruz, G. (2008). El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Lima: Gráfica CARVIL S.A.C.

García de Enterría Martínez-Carande, E. (1990). La suspensión cautelar inmediata de una ley nacional por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (auto de 28 de junio de 1990, Comisión c Alemania).

Grillo, R. A. (2008). La actividad cautelar en los procesos constitucionales de protección de derechos fundamentales, control de constitucionalidad y conflictos de competencia: Especial

referencia al ordenamiento jurídico costarricense. Revista de Ciencias Jurídicas.

Guasp, J. (1968). Derecho Procesal Civil. 3ra. edición, tomo segundo, Madrid, página 683.

Jovel Alfaro, L. S. (Junio de 2016). La necesidad de regulación de las medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad en El Salvador. Obtenido de http://ri.ues.edu.sv/11450/1/T-MEDIDAS-CAUTELARES-ENTREGAR.pdf

Pérez Ríos, C. (2010). Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano. Obtenido de Universidad Nacional Mayor de San Marcos: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/1480/Perez_rc.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Priori Posada, G. (s.f.). La oposición a las medidas cautelares. ADVOCATUS(24), 413-431.

Quiroga León, A., & Blume Fortini, E. &. (2005 de Octubre de 13). Medidas cautelares en el Proceso Civil y en materia constitucional. Derecho & Sociedad(25), 95-120.

LINKOGRAFÍA

Aguilar, R., & Carolina, A. &. (Diciembre de 2003). Aplicabilidad de medidas cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad en el Salvador . Obtenido de Universidad de El Salvador: http://ri.ues.edu.sv/4233/1/50100967.pdf

Amaya, J., & Cortez, D. &. (2019). La Implementación y aplicación de las medidas cautelares en los procesos constitucionales de la Sala Constitucional. San Salvador. Obtenido de

http://ri.ues.edu.sv/20335/1/LA%20IMPLEMENTACION%20Y%20APLICACION%20DE%20LAS%20MEDIDAS%20CAUTELARES%20EN%20.pdf

Arias Grillo, R. (2008). Actividad cautelar en los Procesos constitucionales de protección de Derechos fundamentales, control de constitucionalidad y conflictos de competencia. Ciencias Jurídicas, 77-110. Obtenido de https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/9759/9205/0

Canizales, C., & Rivas, B. &. (Marzo de 2012). La aplicación de medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad. Recuperado el Octubre de 2019, de http://ri.ues.edu.sv/2704/1/La%20aplicación%20de%20Medidas%20Cautelares%20en%20el%20Proceso%20de%20Inconstitucionalidad.pdf

Figueroa Gutarra, E. (2013). El Proceso de inconstitucionalidad. Desarrollo, límites y retos. Pensamiento Constitucional, 18, 199-222. Obtenido de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/8954/9362/

García Belaúnde, D. (2005). El nuevo Código Procesal Constitucional. Provincia, 401-419. Obtenido de https://www.redalyc.org/pdf/555/55509913.pdf

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6113

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA POR OMISIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL EN CASOS CONCLUIDOS CON SENTENCIA ABSOLUTORIA O AUTO DE SOBRESEIMIENTO[1]

Ana Bazán Collantes[2]

RESUMEN

El objetivo de este artículo es determinar cómo se vulnera, en el Recurso de Casaciòn Nº 1803-2018/Lambayeque, la tutela procesal efectiva del perjudicado en un proceso penal por la omisión del pronunciamiento sobre reparación civil en casos que concluyen con sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento. Para arribar a esta conclusión se analizaron en cinco tópicos fundamentales los hechos que dieron lugar a tal vulneración. La estructura metodológica se encuentra dentro del tipo jurídico puro o básico, describiéndose el Recurso Casación N.° 1803-2018/Lambayeque desde el punto de vista de la jurisdicción peruana. La posibilidad de fijar reparación civil no solo se da en caso de sobreseimiento o absolución, sino cuando el delito se declara prescrito.

Palabras claves. Tutela procesal efectiva, sobreseimiento, sentencia absolutoria, reparación civil.

1 El presente artículo deriva de la investigación titulada “Vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva del perjudicado en un proceso penal por la omisión de pronunciamiento a obtener una reparación civil en los casos que concluyen con sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento”.

2 Magister en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Chiclayo obtenido con la tesis denominada “Nivel de eficacia de la prueba de oficio requerida por los jueces de juzgamiento y sus efectos en las sentencias en la vìa penal en los juzgadois del distrito de Bagua Grande 2014-2015”. Estudiante de doctorado de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego, 2020.

ABSTRACT

The objective of this article is to determine how the effective procedural protection of the injured party is violated in a criminal proceeding due to the omission of a pronouncement to obtain civil reparation in cases that conclude with acquittal or dismissal order, considering Cassation Appeal No. 1803-2018 / Lambayeque. For this, the facts that gave rise to such violation were analyzed. For which five fundamental topics were developed. The methodological structure is within the pure or basic legal type, describing the Appeal No. 1803-2018 / Lambayeque under Peruvian jurisdiction. In conclusion, it was stated that said possibility of establishing civil damages not only occurs in the event of dismissal or acquittal, but also when the crime was declared prescribed.

Keywords. Effective procedural protection, dismissal, acquittal, civil reparation.

INTRODUCCIÓN

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentra el concepto clave de tutela judicial efectiva, el cual se presentó originalmente en la Constitución Italiana del año 1947. Ya en los tratados internacionales como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se menciona el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (artículo 47). Mucho antes, en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948 se prescribe el derecho de la persona a ser oída de forma igualitaria en público y con justicia por un tribunal de forma imparcial (Marcheco, 2020).

En varios documentos se manifiesta la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva. Este es el caso de Argentina que en su artículo 12 hace referencia a los derechos del perjudicado con el objetivo de proteger integralmente a la persona como a su familia y bienes (Código Procesal Penal de Argentina, 2019).

En el ordenamiento jurídico del Ecuadror tambièn se describe a la reparación civil como un derecho privado. Esta reparación se manifiesta moral y psicológicamente, para ello se requiere hacer un cálculo eficiente de la indemnización para satisfacer al máximo a la víctima (Castellanos, Calle, Regalado & Salazar, 2020).

En el artículo 16, pàrrafo 2 del Código Procesal Penal Argentino de 1991 se manifiesta que, al absolver al procesado, el tribunal penal no podrá impedir pronunciarse sobre la reparación civil en la sentencia prevista (Gropengiesser, 1992).

Además, en el artículo 12 inc. 3 del Código Procesal Penal del Perú, y conforme al Decreto Legislativo N° 957, se manifiesta que:

> "La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida cuando proceda (Ministerio de Justicia, 2018, p. 15)."

Aunque parezca fuera de lugar, el juez debe realizar un pronunciamiento sobre la reparación civil proveniente del acto delictivo, dado que tiene como principio la paz social; es decir, no solo aplicar una pena a la persona que ha incurrido en contra del ordenamiento jurídico penal. (Ministerio de Justicia, 2018)

En este artículo se busca determinar cómo se vulnera la tutela procesal efectiva del perjudicado en un proceso penal por omisión del pronunciamiento a obtener reparación civil en los casos que concluyen con sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, considerándose el Recurso Casación N.° 1803-2018/ Lambayeque.

El marco teórico del presente artículo describe lo siguiente:

En el estudio realizado por Pantoja (2019) se describió, después de aplicar encuestas y fichas de lectura, la naturaleza de la reparación civil en sentencias penales absolutorias de la ciudad de Huancavelica entre los años 2017 al 2019. Uno de los resultados fue determinar que la naturaleza de tales sentencias es autónoma, garantizándose de tal forma el derecho resarcitorio de la víctima.

En otro estudio ejecutado por Quevedo (2019) se planteó determinar qué relación existe entre la acción civil y el sobreseimiento de la acción penal bajo el nuevo modelo procesal penal. Se llevó a cabo un estudio de tipo descriptivo y básico, aplicándose un cuestionario a 48 profesionales. Se demostró que existe una relación alta entre las variables de acción civil con el sobreseimiento de la acción penal dentro del nuevo modelo procesal penal.

Además, en el estudio realizado por Véliz (2018) se buscó determinar cuáles son las relaciones jurídicas entre la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal, en cuanto al auto sobreseimiento y sentencias absolutorias. Para lo cual se fundamentó en un estudio de tipo descriptiva y correlacional, bajo un esquema no experimental, aplicándose un cuestionario a 58 abogados. La conclusión es que la incidencia resultante es baja en un promedio de 56%, y que en la mayoría de los casos no existe homogeneidad al momento de esclarecer el monto de la reparación civil del daño.

I. Tutela pro cesal efectiva

En el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú de 1993 se manifiesta que ninguna persona puede ser sujeto de una jurisdicción que no se encuentre estipulada en la ley, de no ser subyugado a un proceso sin previo aviso y de no ser juzgado por un órgano jurisdiccional cualquiera sea su denominación. (Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico, 2016)

II. Responsabilidad civil

La responsabilidad civil no es lo mismo que el concepto de ley en general. Tampoco puede reducirse a un cuerpo legal sustantivo particular, como agravios, contratos o restitución. Más bien, cuando los abogados aplican la ley de agravios o contratos a un conjunto de hechos, construyen un argumento cuya conclusión será "el acusado es responsable" o "el acusado no es responsable". En

términos generales, la reflexión sobre la responsabilidad civil como tal se divide en dos campos: la responsabilidad como deber y la responsabilidad como costo. Estos campos, a su vez, se mapean en divisiones más amplias dentro de la teoría legal entre las teorías morales del derecho versus las teorías económicas del derecho. Sin embargo, tanto la teoría del deber como la teoría del costo caracterizan erróneamente la forma en que la responsabilidad relaciona a los demandantes y a los acusados entre sí y, al hacerlo, oscurece el papel de la responsabilidad civil en un orden político liberal. Es cierto que la responsabilidad civil limita drásticamente el alcance tanto de la vulnerabilidad del acusado como de las líneas de ataque del demandante. El demandante no puede actuar contra el acusado hasta que un tribunal haya declarado responsable al acusado; en general, el demandante debe actuar a través de un agente del gobierno, como un alguacil, y el alcance de lo que un demandante victorioso puede hacer con la persona y la propiedad de un acusado derrotado está limitado. Aun así, la declaración de responsabilidad significa que el acusado ahora es vulnerable a la agencia del demandante de una manera que antes no era vulnerable (Oman, 2014).

Una teoría del deber de la responsabilidad civil, sin embargo, requiere más que simplemente el incumplimiento de un deber legal. Después de todo, ser declarado culpable de un delito también es una conclusión de que uno no ha cumplido con un deber legal. Sin embargo, la división entre culpabilidad penal y responsabilidad civil es importante. Hablamos en ocasiones de responsabilidad penal, pero estamos hablando de algo bastante diferente a la responsabilidad civil. Ser declarado culpable de un delito tiene diferentes consecuencias legales, diferentes repercusiones sociales y un significado cultural diferente (Oman, 2014).

III. Reparación civil

La reparación es el complemento indispensable ante la falta de aplicación de una convención; es un deber del Estado infractor y no un derecho del lesionado, y es un deber que surge automáticamente de la comisión del ilícito. La reparación debe, en la medida de lo posible, borrar las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si ese acto no se hubiera cometido. La reparación puede consistir en la restitución, la compensación, la satisfacción y garantías de no repetición (Díaz & Mendoza, 2019).

IV.Sentencias absolutorias

Son aquellas que no impiden al tribunal de justicia pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria que resulte válida cuando se proceda (Buenaga, 2018). Sin embargo, dentro de los derechos del agraviado mencionado en el artículo 95, se menciona que este puede impugnar cuando exista una situación de sobreseimiento o sentencia absolutoria (Comisión Especial de Alto Nivel, 2004).

Además, en el artículo 398 se menciona que la motivación de dicha sentencia se describirá en la existencia o no de un hecho imputado, mencionándose las causas de por qué el hecho destacado

no es considerado como un delito. Asimismo se menciona que los medios probatorios no son tan suficientes para que se culpe a una persona o que no se haya probado una causal que exima de la responsabilidad penal. En estso casos se ordena la libertad del imputado. (Comisión Especial de Alto Nivel, 2004).

V. Sobreseimiento

Es considerada la desestimación de un caso, a veces llamada absolución sin fundamento, basada en una variación o una acusación o información defectuosa que no es un obstáculo para un procesamiento posterior. La preocupación operativa en torno al efecto de un sobreseimiento previo al juicio es si el sobreseimiento es "equivalente a una absolución", en contraposición a un sobreseimiento por mera insuficiencia técnica. Además, un acusado no puede ser procesado por el mismo delito después de que el cargo haya sido previamente desestimado por razones de juicio rápido (Appellate Court, 2019).

Como parte de un caso, se evidenció que un arresto legal no es requisito previo para el enjuiciamiento. Por ello el hallazgo de que Bieneman carecía de causa probable para arrestar no actúa para impedir un enjuiciamiento posterior o como una desestimación efectiva de los cargos. Debemos rechazar, por lo tanto, el argumento del acusado de que si Bieneman no tuvo causa probable para arrestar, el Estado tampoco debió haber tenido causa probable que procesar. Como se implica en Jordania, incluso cuando se realiza un arresto sin causa probable, el Estado puede, no obstante, tener otras pruebas suficientes para condenar. Después de todo, si Bieneman tenía una causa probable para el arresto es una cuestión que solo tiene que ver con "los hechos conocidos por el oficial en el momento del arresto"(Appellate Court, 2019).

Recurso de Casación N.° 1803-2018/Lambayeque

En el caso del encausado Fonseca Sánchez Segundo Darío y de la agraviada Rosalía Vílchez Leyva, quienes convivieron durante los años 1990 al 2005, se manifiesta una situación de sentencia absolutoria, puesto que el encausado indujo a la agraviada a solicitar a la SUNAT un RUC y boletas de ventas de "Transportes Juyan", las cuales fueron usadas para cobrar importantes sumas de dinero a la Municipalidad Distrital de Ramada, provincia de Cutervo, departamento de Cajamarca. El monto total ascendió a 47,676.80 soles. De esta acusación fiscal se derivan otras como una de falsificación de documentos en agravio a Vilchez Leyva, además de colusión agravada, negociación incompatible o aprovechamiento en agravio de la municipalidad referida.

Sin embargo, el día 27 de junio del año 2017 se dictaminó la extinción de la acción penal incoada por el imputado por falsificación de documentos, además se retiró la acusación por delito de colusión agravada, pero se condenó por el delito de negociación incompatible en agravio de la referida municipalidad. De acuerdo con el Código Procesal Penal, apartado 3 del artículo 12, se destinó una reparación civil a favor de la agraviada.

La defensa del encausado Fonseca Sánchez interpuso una apelación de fojas 168 el 11 de setiembre del año 2017, en la cual se cuestionó la posibilidad de que se condene a una reparación civil por un delito ya prescrito. Sin embargo, en las fojas ciento setenta y tres del tres de octubre del año dos mil diecisiete se declaró de forma improcedente por ser extemporáneo tal recurso de apelación. Pese a ello, dicho imputado solicitó recurso de queja, el cual resultó amparado declarándose procedente la apelación mediante un auto superior de fojas ciento ochenta y ocho del día diez de enero del año dos mil dieciocho.

Después de confirmarse la sentencia de primera instancia y la reparación civil a la agraviada, la defensa del imputado solicitó recurso de casación argumentando la inobservancia del precepto constitucional, el quebrantamiento del precepto procesal, la infracción de precepto material y la vulneración la garantía motivacional, por lo cual se refiere que no tiene lugar la reparación civil cuando el delito ya prescribió, citándose al artículo 427 en el numeral 4 del Código Procesal Penal.

CONCLUSIONES

Se vulnera la tutela procesal efectiva en casos de sobreseimiento o sentencias absolutorias, puesto que el agraviado pierde el derecho de reparación civil cuando el delito prescribe o los plazos se encuentran vencidos.

En el caso de la agraviada Rosalía Vílchez Leyva, esta no resulta ofendida por el delito de falsificación de documentos, sino que fue perjudicada patrimonialmente debido al comportamiento del imputado que generó daño económico en agravio de ella y de la municipalidad.

De acuerdo a lo expuesto a la prescripción de la acción penal no se determina la prescripción de la acción civil, el artículo 100 del Código Procesal Penal prescribe que la acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras la acción penal se encuentra presente. En este caso hay un supuesto de interrupción de la prescripción extinguida de la acción civil. Por tal motivo, se solicitó por concepto de reparación civil una suma de veinte mil soles, cuyo monto fue determinado por las sentencias de mérito. Dicha posibilidad de fijar reparación civil, no solo se da en caso de sobreseimiento o absolución, sino también cuando el delito se declaró prescrito. Como resultado, el recurso de casación fue declarado infundado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Appellate Court. (2019). *People v. Atchison, 2019 IL App (3d) 180183*. Docket: Illinois Official Reports. Obtenido de https://courts.illinois.gov/Opinions/AppellateCourt/2019/3rdDistrict/3180183.pdf

Buenaga, O. (2018). I*ntroducción al Derecho y a las Ciencias Jurídicas: La dogmática jurídica.* Madrid: Dykinson, S.L.

Castellanos , S., Calle , C., Regalado , J., & Salazar , B. (2020). Reparación integral de las personas naturales inocentes que sufren daños patrimoniales, psicológicos y morales como consecuencia de la acción delincuencial. *Journal of Business and entrepreneurial studies, 4(2), 271-283*. Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/342819486_Reparacion_integral_de_las_personas_naturales_inocentes_que_sufren_danos_patrimoniales_psicologicos_y_morales_como_consecuencia_de_la_accion_delincuencial_-_JULIO_2020

Código Procesal Penal Argentina. (2019). *Código Procesal Penal Federal (T.O. 2019)*. Buenos Aires: SAIJ. Obtenido de http://www.saij.gob.ar/27063-nacional-codigo-procesal-penal-federal-to-2019-lns0006496-2019-02-07/123456789-0abc-defg-g69-46000scanyel?

Comisión Especial de Alto Nivel. (2004). *Nuevo Codigo Procesal Penal.* Lima: Comisión Especial de Alto Nivel. Obtenido de http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cod_procesal.pdf

Díaz, I., & Mendoza, G. (2019). ¿Caducidad o prescripción? De la reparación civil en los casos de sentencias derivadas de procesos penales por delitos contra la Administración pública en el ordenamiento jurídico peruano. *Derecho PUCP(82)*, 407-434. Obtenido de http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n82/a14n82.pdf

Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico. (2016). *Constitución Política del Perú.* Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Obtenido de http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Const-peru-oficial.pdf

Gropengiesser, H. (1992). *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación Argentina*. Nuevo Foro Pena(58), 473-500.

Marcheco , B. (2020). *La dimensión constitucional y convencional del derecho a la tutela judicial efectiva (no penal) desde la perspectiva jurisprudencial europea y americana.* Estudios constitucionales, 18(1), 91-142. Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v18n1/0718-5200-estconst-18-01-91.pdf

Ministerio de Justicia. (2018). *Codigo penal. Lima: Ministerio de Justicia*. Obtenido de http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E6186057450525832800 52F800/$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf

Oman, N. (2014). *A Theory of Civil Liability.* Faculty Publications, 21(2), 380-408. Obtenido de https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2709&context=facpubs

Pantoja, J. (2019). *La naturaleza juridica de la reparacion civil en sentencias penales absolutorias de acuerdo al Codigo Procesal Penal Huancavelica* (2017-2019). Huancavelica: Universidad Nacional De Huancavelica. Obtenido de http://repositorio.unh.edu.pe/bitstream/handle/UNH/3142/TESIS-2019-DERECHO-PANTOJA%20DE%20LA%20CRUZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Quevedo, G. (2019). *Ejecucion de la accion civil en el sobreseimiento de la accion penal bajo el nuevo modelo procesal penal. Lima: Universidad Nacional Federico Villarreal.* Obtenido de http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/2874/PAREDES%20ROJAS%20%20NELLY%20MARGOTH%20-%20MAESTRIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Véliz, R. (2018). *La reparación civil en el nuevo código procesal penal, frente a la sentencia absolutoria y el auto de sobreseimiento.* Lima: Universidad Nacional Federico Villarreal. Obtenido de http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/2370/VELIZ%20%20SARAVIA%20ROBERT%20MARIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6114

ARCHIVAMIENTO DE LOS CASOS DE INCENDIOS FORESTALES Y DAÑO MEDIOAMBIENTAL EN LAS PROVINCIAS DE CHACHAPOYAS Y LUYA, REGIÓN AMAZONAS

Héctor Miguel Manríquez Zapata[1]

RESUMEN

Objetivo: Identificar las causales del archivamiento de casos de incendios forestales de Chachapoyas y Luya, pese al daño que causan en los recursos naturales. Material y métodos: el estudio fue de nivel descriptivo, de enfoque cuantitativo, corte transversal y retrospectivo, la muestra estuvo constituida por 24 expedientes fiscales sobre los casos de incendios entre el 2016 y 2019, siendo seleccionados por un muestreo no probabilístico. El instrumento aplicado fue una ficha de recolección de datos elaborado por el investigador. Resultados: se observa que el 79.2 % de incendios forestales ocurrieron en la provincia de Chachapoyas y el 20.8 % en la provincia de Luya, en dichos incendios se afectaron una variedad de especies de flora y fauna. El total de casos (100 %) de incendios forestales fueron archivados por atipicidad legal. Conclusión: las causales de archivamiento de caso por atipicidad fueron porque el área afectada en el incendio forestal no se ajustaba al concepto de bosque según normatividad técnica y legal y, por tanto, no podía ser tipificado como delito ambiental, pese a los numerosos recursos naturales que se afectaron entre fauna, flora y otros.

Palabras claves: archivamiento, atipicidad legal, incendios forestales

1 Docente asociado a tiempo completo en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas, Perú. Docente en las escuelas de posgrado de la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas y de la Universidad César Vallejo, doctor en Derecho. Email: hecmanza71@hotmail.com. ORCID: 0000-0001-5947-9050

ABSTRACT

Objective: To identify the causes of archiving of cases in the forest fires of Chachapoyas and Luya, despite the damage they cause to natural resources. Material and methods: the study was descriptive, quantitative, cross-sectional and retrospective, the sample consisted of 24 tax files on fire cases between 2016 and 2019, being selected by non-probabilistic sampling; The instrument applied was a data collection sheet prepared by the researcher. Results: it is observed that 79.2% of forest fires occurred in the province of Chachapoyas and 20.8% in the province of Luya, in these fires a variety of fauna species were affected among birds, mammals, amphibians and insect varieties. Regarding the affected flora were species such as Pine, Eucalyptus, Alder, Huarango, Morocho, Cedar, Ishpingo, Lucmito and Taya among others. The total cases (100%) of forest fires were filed due to legal atypicality. Conclusion: the causes of case filing due to atypicality were because the area affected in the forest fire did not conform to the concept of forest according to technical and legal regulations, therefore it could not be classified as an environmental crime, despite the numerous natural resources that were affected between fauna, flora and others.

Keywords: filing, legal atypicality, forest fires

INTRODUCCIÓN

La ausencia de una correcta respuesta penal ante en los incendios forestales en diversos países ha creado una sensación de impunidad en la sociedad. En algunos lugares quemar el monte no tiene consecuencias. En los últimos años se han producido sentencias absolutorias que revelan la poca idoneidad de este tipo de juicios por jurado, así como la falta de una correcta investigación y búsqueda de pruebas concluyentes (Greenpace, 2008).

Los incendios forestales queman en su mayoría (70-90 por ciento) pastizales y arbustos. Los primeros se recuperan totalmente en los primeros días de la temporada de lluvias, mientras que los arbustos tardan en hacerlo desde unas semanas hasta un par de años. En el caso de las zonas arboladas (aproximadamente del 10 al 30 por ciento de vegetación que se quema), tardan en recuperarse entre 15 y 50 años, según la especie y otros factores. Un incendio forestal de consecuencias devastadoras para el medio ambiente, incluso para la salud y seguridad de las personas (CNF, 2010).

Las zonas forestales son imprescindibles para la vida en el planeta. Además de ser parte fundamental en los ciclos de producción y distribución del agua, purifican el aire que respiramos al capturar bióxido de carbono y liberar oxígeno. También regulan la temperatura y la humedad, con lo que se equilibra el clima; proporcionan alimento, medicina y refugio a los seres vivos; y son fuente de materia prima en muchas actividades humanas (CNF, 2010).

Actualmente, el mundo y en especial nuestro país sufre grandes problemas ambientales, el cambio climático, la deforestación, la destrucción de la capa de ozono, la contaminación del suelo, el aire y

el agua, el ruido, el mal manejo de residuos sólidos, la extinción de bosques, la depredación de flora, fauna y recursos genéticos, entre otros, que afectan a la colectividad sin distinción alguna. Así, pues, el Derecho Penal juega un rol trascendental en la defensa del bien jurídico del medio ambiente. En esa misma línea, el papel que desempeñan los fiscales especializados en materia ambiental es fundamental para investigar y acusar a los imputados, con elementos de convicción suficientes para que el juez resuelva sancionar a los responsables por sus conductas antijurídicas (Torres, 2010).

Uno de los problemas medioambientales en el país son los incendios forestales, los cuales afectan a más de 3,000 familias campesinas y nativas con incendios y quemas y anuales, son más de 50,000 ha. las arrasadas por el fuego cada año. Los incendios afectan a especies forestales y animales vertebrados e invertebrados de forma adversa. En los incendios perecen venados, osos, jaguares, gatos monteses, serpientes, cuyes silvestres, ratones, aves e insectos. Se queman huevos de aves, reptiles, semillas, huevos y pupas de insectos, se destruyen hábitats y la diversidad de las comunidades (Gil, 2014).

El Derecho Penal no puede estar ajeno a lo que hoy en día cobra mayor relevancia como es la protección del "medio ambiente; bien jurídico protegido por esta rama del Derecho. Asimismo, a pesar de las posibles deficiencias, vacíos o complejidades que pueda presentar los tipos penales del Título XIII del libro segundo del Código Penal, denominados delitos ambientales conviene exaltar la intención del legislador de tipificar algunas conductas que atentan contra este bien jurídico, pues el medio ambiente y sus componentes están siendo tutelados ante posibles amenazas o riesgos creados por la actividad humana que puedan alterarla o dañarla (Torres, 2010).

De acuerdo con cifras del Instituto Nacional de Defensa Civil del 2017, entre el 2012 y el 2016 se registraron 587 incendios forestales en el Perú que afectaron 93,365.8 hectáreas de cobertura natural, 94,239.9 hectáreas de cobertura vegetal y 5,540.8 hectáreas de cultivos agrícolas (INDECI, 2019).

Un monitoreo realizado en el año 2019 por el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Serfor) identificó 21 incendios forestales localizados principalmente en la zona centro y sur del país, los cuales han afectado los ecosistemas silvestres de pajonal andino y matorral arbustivo. Según los reportes, en solo un día del mes de agosto se habían alertado incendios forestales en los departamentos de Cusco (4), Apurímac (2), Puno (4), Áncash (2), Amazonas (2), Huancavelica (2), La Libertad (2) y Ayacucho (3). (Serfor, 2019).

Como se ha visto los incendios forestales son un problema inconmensurable, debido a las múltiples vertientes en que se manifiestan sus consecuencias. Tienen unos efectos devastadores en la naturaleza (Rodríguez, 2017). La vida vegetal, animal y humana se transforma y tienen que pasar cientos de años para que el bosque recupere su forma primigenia (INDECI, 2019).

En razón fr la problemática descrita es importante mencionar que entre los expertos existe el debate sobre la conveniencia y/o necesidad de tipificar delitos medioambientales. Por un lado, quienes están a favor de castigar penalmente las contaminaciones que han causado grave daño al ambiente. Por el

otro, quienes se han manifestado en contra o más escépticos sobre la necesidad de un derecho penal ambiental. Ellos consideran que la creación de nuevos tipos penales sólo es admisible en cuanto se trate de un bien jurídico susceptible de protección penal (LD, 2019).

Una de las acciones que no se encuentra tipificada claramente como delito es la quema de bosques o formaciones boscosas, que son prácticas tradicionales utilizadas para habilitar tierras para agricultura o ganadería y para recuperar la productividad de pastizales existentes, sin contar con la autorización para ello. Lo previsto por el artículo 310 del Código Penal no es suficiente para para proteger de manera eficaz el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado o para procurar que el agente responsable de la acción repare o remedie el daño generado. Esta ineficacia normativa representa un problema jurídico (Bellido, 2017).

El objetivo del estudio fue identificar las causales de archivamiento de los casos en los incendios forestales de Chachapoyas y Luya, pese al daño que causan en los recursos naturales.

MATERIAL Y MÉTODOS

El estudio fue de enfoque cuantitativo, de nivel descriptivo porque se reconocieron características de las variables de estudio atipicidad legal medioambiental en los casos de incendios forestales y los daños causados en los recursos naturales. Asimismo el estudio fue de tipo retrospectivo porque los datos se tomaron de fuentes secundarias de expedientes fiscales de la Fiscalía Especializada Medio Ambiental de casos ya suscitados; transversal porque la variable de estudio fue medida en una sola ocasión. La muestra estuvo conformada por 24 expedientes fiscales de los incendios forestales ocurridos en las provincias de Chachapoyas y Luya entre los años 2016 y 2019, los que se encuentran registrados, procesados y archivados. Se excluyeron expedientes de incendios recientes por estar en proceso de investigación preparatoria. Se siguió un muestreo no probabilístico por conveniencia considerando criterios de inclusión y exclusión.

Para la recolección de datos se hizo uso de la técnica de revisión documentaria y el instrumento fue una ficha de recolección de datos elaborado por el investigador donde se consignó los datos referidos al lugar del incendio, fauna afectada, flora afectada y las disposiciones fiscales de archivamiento de los casos revisados. Para complementar la información se revisaron datos del ARA (Autoridad Regional Ambiental) de Amazonas.

Se obtuvieron los permisos en la Fiscalía Especializada Medio Ambiental para el acceso a los expedientes, guardando durante todo el proceso los criterios éticos de confidencialidad de la información, se recogió la información durante varias visitas.

La información fue procesada en el programa estadístico SPSS versión 20 y la hoja de cálculo Excel 2013. Se utilizó el análisis estadístico descriptivo mediante frecuencias absolutas y relativas.

RESULTADOS

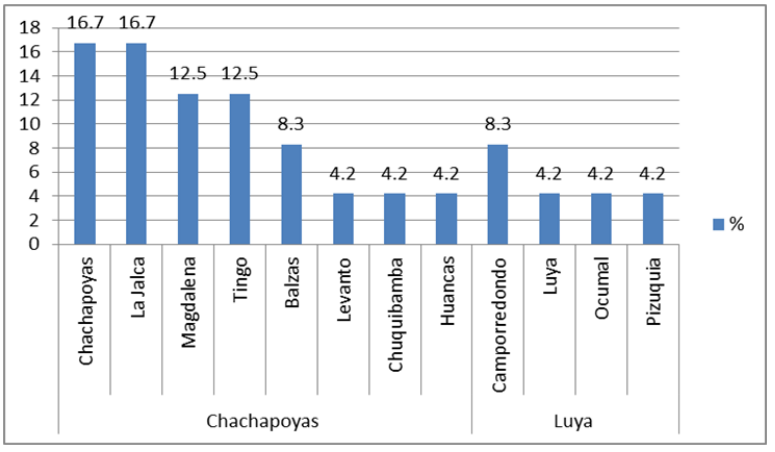
Tabla 01: Distribución de los incendios forestales ocurridos entre los años 2016 al 2019 según provincia de acuerdo con la Fiscalía Especializada Medio Ambiental de Amazonas.

Provincia	fi	%
Chachapoyas	19	79.2
Luya	5	20.8
Total	24	100

Fuente: elaboración propia a partir de la información de carpetas fiscales

En la tabla 01 se observa que del 100 % (24) de incendios forestales considerados en el estudio, el 79.2 % (19) ocurrieron en la provincia de Chachapoyas y el 20.8 % (5) en la provincia de Luya.

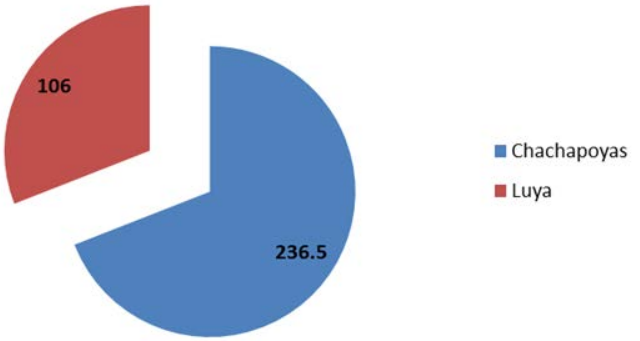
Figura 01: Distritos donde ocurrieron los incendios forestales entre los años 2016 al 2019 según la Fiscalía Especializada Medio Ambiental de Amazonas.



Fuente: elaboración propia a partir de la información de carpetas fiscales

En la figura 01 se observa que del 100 % (24) de incendios forestales, el 16.7 % ocurrieron en el distrito de Chachapoyas, y un porcentaje igual (16,7 %) en el distrito de La Jalca y en menores porcentajes en otros distritos. En cuanto a los incendios ocurridos en Luya, el 8,3 % ocurrió en Camporredondo y en un 4.2 % en Ocumal, mismo Luya, y Pizuquia.

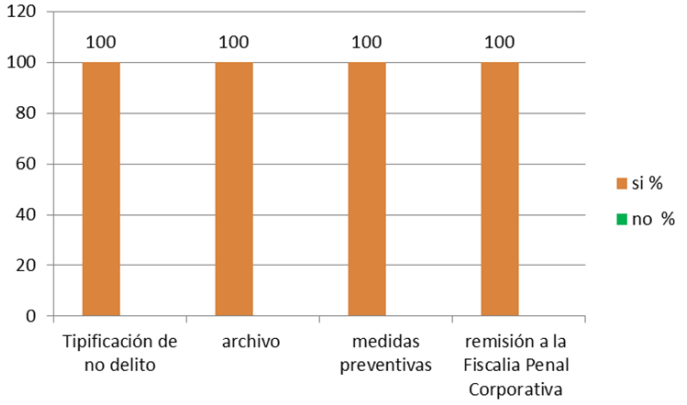
Figura 02: Hectáreas afectadas (ha) por los incendios forestales ocurridos entre los años 2016 al 2019 según provincia.



Fuente: elaboración propia a partir de la información de carpetas fiscales

En la figura 02 se aprecia que del total de hectáreas (ha) afectadas (324.50), se encontró que en la provincia de Chachapoyas existe una mayor cantidad de hectáreas afectadas (ha) con un total de 236.50 ha y la provincia de Luya un total de 106 ha.

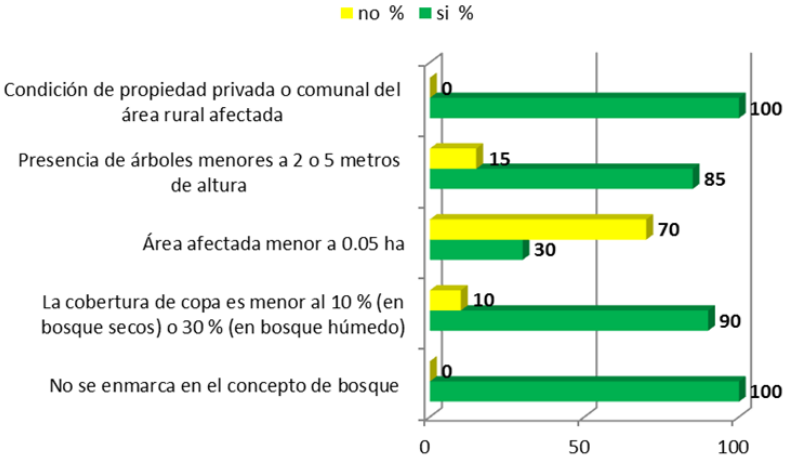
Figura 03: Disposiciones fiscales en los casos de incendios forestales en Chachapoyas y Luya.



Fuente: carpetas fiscales de los incendios forestales FEMA Chachapoyas.

En la figura 03 se observa las disposiciones fiscales realizadas por la Fiscalía Especializada Medio Ambiental, en el 100 % de casos se tipificó como no delito, por ello se dispuso su archivo definitivo, indicándose medidas preventivas a los responsables de los incendios, solamente exhortándoles a que se abstengan de realizar actos depredatorios o destructivos como quema de árboles, arbustos y pastos naturales ya que dicha acciones dañan el medio ambiente.

Figura 04: Causales de archivamiento de los casos de incendios forestales por atipicidad según la Fiscalía Especializada Medio Ambiental.



Fuente: carpetas fiscales de los incendios forestales FEMA Chachapoyas.

En la figura 04 se puede observar las causales de archivamiento por atipicidad, en el 100 % de expedientes fiscales, el área afectada no se ajustaba al concepto de bosque según normatividad técnica y legal. No podía, por tanto, ser tipificado como delito ambiental, pese a las numerosos recursos naturales que se afectaron entre fauna, flora y otros.

En el 100 % de los casos revisados por parte de la Fiscalía Especializada Medio Ambiental se observó que el área afectada fue de propiedad privada o propiedad comunal, en un 15 % existían arboles mayores a 2 o 5 metros según la especie. Asimismo se afectó un área mayor a 0.05 ha en un 70 %, la cobertura de copa fue menor al 10 % en la mayoría de casos de incendio (90 %).

Tabla 02: Reporte de daños causados en la fauna por los incendios forestales ocurridos en Chachapoyas y Luya (Amazonas) entre los años 2016 al 2019.

Provincia	%	Fauna afectada
Chachapoyas	79.2	Variedad de aves nativas (lechuza, tangara, carpintero, colibrí, estrellita chica, colaespina) Mamíferos (canchul, ratón campestre, majas de montaña, zorro andino, manco, zorrillo, venado gris) Anfibios (rana común, rana marsupial) Reptiles (culebra verde) Variedad de insectos
Luya	20.8	

Fuente: Reportes de informes del ARA Amazonas 2019

Tabla 03: Reporte de daños causados en la flora por los incendios forestales ocurridos en Chachapoyas y Luya (Amazonas) entre los años 2016 al 2019.

Provincia	%	Flora afectada
Chachapoyas	79.2	Variedad de árboles (Pino, Eucalipto, Aliso, Huarango, Morocho, Cedro, Ishpingo, Lucmito, Taya) Pastizales y otras especies como: yamanchi, quishuar, chamaya, helecho arbóreo, chozo, tayancales, shisca, cortaderas, pencas azules, cactus, balsas palmeras, desangra, pacañau, cuerivaca, tullango, chamana, azucena, siogue, tola, puy, quillatuctos y toche sacate.
Luya	20.8	

Fuente: Reportes de informes del ARA Amazonas 2019

DISCUSIÓN

En los resultados de la investigación se pudo observar daños considerables en la flora, fauna y otros recursos naturales por los incendios forestales ocurridos en las provincias de Chachapoyas y Luya. La conducta y hechos de los responsables de dichos incendios, sin embargo, no fue tipificada como delito ambiental puesto que las áreas afectadas no se ajustaban a los criterios de definición de bosque considerada por los entes técnicos y legales. Las denuncias fueron archivadas definitivamente, solamente con una

exhortación de que no se vuelva a dañar el medio ambiente. Una copia del expediente fue derivada a la Fiscalía Penal Corporativa para su evaluación como delito común. Frente a esta situación surge la preocupación de ciertos vacíos legales que generan la atipicidad legal medioambiental y permiten un daño considerable al medio ambiente.

Al respecto se revisaron diferentes estudios que evidencian problemática similar tanto en el contexto nacional e internacional, tales investigaciones son de Bellido (2017) en Cusco; LD (2019) en Chile; Cevallos (2016) en Ecuador; Salom (2018) & Rodríguez (2017) en España; Vallecillo (2016) en Costa Rica y Hip (2019) en Chile.

En su estudio realizado en Cusco, Bellido (2017) afirma que en el caso de incendios forestales o de bosques los fiscales no pueden proceder a formalizar la investigación preparatoria a razón de que, consideran declarar el archivamiento de los casos en los cuales la conducta del agente fue culposa y no se llega a comprobar la existencia de dolo por parte del sujeto activo del delito. La situación antes descrita ocurre actualmente en la fiscalía especializada en materia ambiental del Cusco. Además del resultado de las encuestas, entrevistas y el análisis documental se llegó a determinar que existe una alta incidencia de incendios forestales y que estos incendios quedan en gran medida impunes considerando que nuestra ley penal no contempla el delito de quema de bosques culposa. La repercusión de la atipicidad de la quema de bosques en la política de protección del medio ambiente es negativa porque crea en la comunidad un clima de inseguridad. Existe la necesidad de incorporar al Código Penal un tipo que sancione de manera específica el delito de quema de bosques o formaciones boscosas.

Similar situación se evidencia en un estudio realizado por la entidad Libertad y Desarrollo (LD) (2019) en Chile, quienes encontraron que la actual legislación tanto administrativa como penal se ha mostrado insuficiente como mecanismo disuasivo y punitivo para proteger y castigar los daños al medio ambiente, específicamente el caso de los incendios forestales. No existe suficiente evidencia respecto a la efectividad de un Derecho Penal sancionatorio en materia ambiental; por ello debe avanzarse en la tipificación de estos delitos. Sin embargo el hecho que se tipifiquen delitos ambientales no asegura necesariamente la debida protección ni reparación del medio ambiente.

Por otro lado, un estudio realizado en Ecuador por Cevallos (2016) encontró que los incendios forestales y de vegetación tienen una alta incidencia en el país, pues miles de hectáreas de territorio ecuatoriano han sido consumidas y devastadas. Una de las graves consecuencias que provocan los incendios forestales en contra del medio ambiente es que ocasionan la extinción de las especies de flora y fauna en las zonas afectadas por este tipo de incendios. La normativa que integra el régimen punitivo previsto en el Código Orgánico Integral Penal, para sancionar a los responsables del delito de incendios forestales y de vegetación, no es suficiente para reprimir este tipo de ilícitos y para proteger de manera eficaz el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano.

Según Vallecillo (2009) un estudio realizado en Costa Rica señala que la mayoría de profesionales involucrados en el tema ambiental consideran que quizás la razón más fuerte para su desinterés para tipificar el delito de responsabilidad en la quema de bosques es que la consideran una figura de difícil aplicación por diversas razones, entre las que sobresale el hecho de que no existen elementos precisos de valoración que puedan aplicarse para fijar el daño y mucho menos para restaurarlos a su estado original.

Otra investigación realizada en España por Rodríguez (2017) concluye que la ubicación sistemática de los delitos de incendio dista mucho de ser acertada, puesto que bajo un mismo epígrafe se aglutinan delitos de naturaleza diversa. Asumiendo la dificultad de determinar un bien jurídico común que permita aglutinar estas formas delictivas bajo un mismo título, hubiese sido más acertado que los incendios forestales se encontrasen entre los delitos contra el medio ambiente, puesto que de su contenido se desprende que este elemento prevalece sobre otros tales como la propiedad, la integridad física e incluso la seguridad colectiva

Por su parte, Hip (2019) en su estudio realizado en Chile afirma que la legislación es más bien magra en cuanto al trasfondo de la protección del medio ambiente, limitándose a extender un delito genérico a un objeto particular, teniendo aquello como principal elemento diferenciador. Por otro lado, sin que sea necesariamente contradictorio con lo que se acaba de señalar, debiendo ser el incendio forestal un delito autónomo en relación al incendio "común", por no compartir el mismo trasfondo ni los mismo bienes jurídicos protegidos (al menos, en parte) debe formar parte de un sistema de leyes penales destinadas a la protección del medio ambiente, entendido como un bien jurídico propio a un nivel macro, compuesto de varios sub-elementos, como los son, para este caso particular, las áreas silvestres y los bosques del país, incluyendo toda la biodiversidad animal y vegetal que se sustenta en estos ecosistemas.

Finalmente, en un estudio realizado en España por Salom (2018) se afirma que en lo que respecta al análisis de los elementos del tipo penal, los incendios forestales se hayan contemplados en el título de seguridad colectiva. Se dice que es un bien jurídico pluriofensivo por cuanto no solo afecta la seguridad sino además el medio ambiente, afectando la vegetación, la fauna, el suelo, el ciclo hidrológico, el clima, la vida e integridad física de las personas. El sujeto activo puede ser cualquier persona, la conducta consiste en incendiar el objeto material está constituido por los montes o masas forestales.

Esta realidad de atipicidad del delito ambiental de quema de bosques o incendios forestales existe también en otros contextos y es una preocupación dado que muchos de estos eventos quedan impunes. Esta realidad obliga a reflexionar sobre la legislación, si está realmente adaptándose a la realidad actual y es un factor de protección de los recursos naturales.

Si bien es cierto según Torres (2010) el Código Penal prevé los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, considerando al medio ambiente como un bien jurídico de carácter socio económico, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos. Su protección es un elemento fundamental para la existencia y supervivencia del mundo.

Los controles sociales extra penales y una adecuada legislación administrativa al respecto, deberán operar junto a la normatividad penal.

Sin embargo, LD (2019) debe avanzarse en la materia legal tipificando el delito. Asimismo debe velarse por la adecuada armonía entre el sistema penal y el administrativo sancionador, al mismo tiempo que la acción penal debe ser ejercida por la entidad técnica competente y con la debida justificación.

En tal sentido Torres (2010) complementa que los delitos ambientales tipificados en el título XIII del libro Segundo del Código Penal son tipos penales en blanco porque remiten a las normas administrativas. Es decir, la conducta antijurídica del agente va está determinada por su incumplimiento en sede administrativa. Por ello se requiere de un sistema normativo ambiental unificado, también son tipos penales de peligro ya que la conducta del agente puede causar un riesgo potencial al medio ambiente o causar el riesgo ambiental verificable.

Respecto a la tipicidad, Euseda (2007) señala que el estudio de los elementos que conforman el delito es el punto medular del estudio del derecho para poder desarrollar un estudio completo del mismo. Es esencial conocer y saber el concepto de tipicidad, en virtud de que sin éste, el delito no existiría y por ende no sería posible el encuadramiento del mismo, ni saber que causas originaron que el sujeto actuara de forma antijurídica.

Gil (2014) hace énfasis en que muchos países han implementado, en alguna medida, políticas, legislaciones y disposiciones de emergencia para controlar y combatir los incendios de vegetación, la contaminación del aire, así como para minimizar sus consecuencias.

CONCLUSIONES

1. El 79.2 % de incendios forestales ocurrieron en la provincia de Chachapoyas y el 20.8 % en la provincia de Luya.
2. Los incendios forestales afectaron una variedad de especies de fauna entre aves, mamíferos, anfibios y variedades de insectos.
3. Las causales de archivamiento de casos por atipicidad fueron porque el área afectada no se ajustaba al concepto de bosque según normatividad técnica y legal. No se podía, por lo tanto, tipificarlo como delito ambiental, pese a los numerosos recursos naturales afectados entre fauna, flora y otros.

AGRADECIMIENTOS

A los fiscales de la Fiscalía Especializada en Material Ambiental de Chachapoyas por permitirme la recolección de datos relevantes para el trabajo de investigación.

CONTRIBUCIÓN DEL AUTOR

El autor del presente artículo ha contribuido en su totalidad en todo el proceso de investigación y elaboración del presente artículo con la finalidad de analizar la información referida a la atipicidad legal en los casos de incendios forestales ocurridos en los últimos años en las provincias de Luya y Chachapoyas de la región Amazonas y que están consignadas en expedientes de la fiscalía. Esta información podrá ser útil para que tanto la población como las autoridades tomen conciencia de la problemática del daño del medio ambiente que causan los incendios y la falta de protección que permiten los vacíos legales a nuestros recursos naturales y elaboren algunas propuestas de solución. El autor considera que el presente artículo podrá servir de referencia a posteriores estudios, considerándose que son pocas las investigaciones que se han realizado sobre el tema en la región.

CONFLICTO DE INTERÉS

No existe ningún conflicto de interés dado que solo existe un autor

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bascur, G. (2018). *Análisis de los cuasidelitos de incendio y otros delitos vinculados previstos en el Decreto Supremo Nº 4.363 ("Ley de Bosques").* Universidad de Talca y Universitat Pompeu Fabra. España.

Bellido, P. (2017). *La atipicidad de la quema de bosques culposa y el daño al medio ambiente en el departamento del Cusco. Tesis para optar el Título profesional de Abogado.* Universidad Andina del Cusco.

Cevallos, M. (2016). *La tipificación del delito de incendios forestales y de vegetación en el código orgánico integral penal, y la falta de una protección eficaz para el medio ambiente.* Tesis previa a la obtención del Título de Abogada. Universidad Nacional de Loja, Ecuador.

CNF. (2010). *Incendios forestales. Guía práctica para comunicadores.* Comisión Nacional Forestal. México.

Euseda, R. (2007). *La tipicidad. Trabajo de investigación.* Universidad Tecnológica del Salvador.

Gil, J. (2014). *Incendios Forestales: Causas y efectos.* Revista Ciencia y Tecnología Ambiental, Consultorías en temas de Gestión Ambiental.

Greenpace. (2008). *Incendios forestales ¿El fin de la impunidad?.* Recuperado de: www.greenpace.es.

Heredia, M. (2013). *Incorporación de delitos ambientales, para el establecimiento de sanciones penales por contaminación hídrica, al Código Penal.* Universidad Savio. Bolivia.

Hip. F. (2019). *El delito de incendio forestal y su rol en la protección del medio ambiente. Memoria de Pregrado para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.* Universidad de Chile.

INDECI. (2019). *Prevención de incendios forestales.* Recuperado de: https://elperuano.pe/noticia-prevencion-incendios-forestales-87737.aspx.

Libertad y Desarrollo (LD). (2019). *Delitos ambientales: una iniciativa preocupante.* Revista Temas Públicos N° 1411-2.

Minaverry, C. (2016). *Estado de situación y análisis jurídico de la regulación de los incendios forestales en argentina y Uruguay.* ARS BONI ET AEQUI (AÑO 12 N° 1): PP. 11-32.

Rodríguez, J. (2017). *Los delitos de incendio.* Universidad de Vigo. España.

Salom, A. (2018). *Incendios forestales e instrumentos de prevención en la Comunidad de Madrid.* Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid. España.

Serfor. (2019). *Serfor registró 21 incendios forestales en las últimas 24 horas.* Recuperado de: https://www.actualidadambiental.pe/serfor-registro-21-incendios-forestales-en-las-ultimas-24-horas.

Torres, R. (2010). *Los Delitos Ambientales y la Actuación Procesal de los Fiscales Especializados en Materia Ambiental.* Revista Derecho & Sociedad 35. Asociación Civil.

Vallecillo, Y. (2009). *La reparación civil por daño ambiental en delitos forestales: propuesta de plan de reparación aplicable al área de conservación Tortuguero.* Tesis para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.



Dama de azul - oleo - 200x300cm
Héctor Acevedo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6115

AUGUSTA FUNCIÓN DEL JUEZ: EL JUZGAMIENTO ANTICIPADO EN EL PROCESO CIVIL

Teófilo Idrogo Delgado[1]

RESUMEN

Al promulgarse el Código Procesal Civil en 1993, los jueces civiles a nivel nacional no estábamos preparados para aplicar este nuevo sistema publicístico porque no fuimos formados en la Academia de la Magistratura para ingresar a la carrera judicial como fue con los códigos procesales penal, laboral, contencioso administrativo, etc. Esta situación se agravó con la provisionalidad alarmante producto de la intervención política en el sistema de justicia como el poder judicial, el ministerio público y otros órganos constitucionales autónomos. La Corte Suprema a través de la comisión ejecutiva del poder judicial con facultades de designar presidentes de cortes superiores, cesar y nombrar jueces titulares por provisionales, respectivamente.

Los jueces civiles del distrito judicial de La Libertad tuvieron que aplicar el nuevo instrumento procesal científico, dogmático y filosófico, con doctrina propia, con principios procesales en el Título Preliminar, con facultades de juzgar y expedir sentencia por medio del juzgamiento anticipado y dar por concluido los procesos haciendo efectivo los derechos materiales o sustanciales.

Solo trataré del juzgamiento anticipado previo saneamiento procesal, cuando se trate de cuestiones de derecho o, siendo también de hecho no hay necesidad de actuación de medio probatorio alguno en la audiencia respectiva y no de aquellos que requieran de actuación en la audiencia de pruebas;

1 tidrogod@upao.edu.pe

y cuando la declaración de rebeldía causa presunción relativa de verdad.

La sentencia expedida por el juez utilizando esta institución declarando fundada o infundada la demanda es apelable con efecto suspensivo y puede ser materia de recurso de casación la sentencia de vista.

Palabras claves: Augusta función del juez. Juzgamiento anticipado. Proceso Civil.

ABSTRACT

When the Civil Procedure Code was promulgated in 1993, the national civil judges were not prepared to apply this new publicity system because we were not trained as less prepared lawyers in the Academy of the Magistracy to enter the judicial career, as was the case with the Procedural Codes: criminal, labor, contentious-administrative, etc., was aggravated with the alarming provisionally product of the political intervention to the justice system as well as to the Judicial Power, Public Ministry and other Autonomous Constitutional Bodies. The Supreme Court, through the Executive Commission of the Judiciary, with powers to appoint presidents of Superior Courts, dismiss and appoint provisional judges, respectively.

The civil judges of the Judicial District of La Libertad had to apply the new scientific, dogmatic and philosophical procedural instrument, with its own doctrine, with procedural principles in the Preliminary Title, with powers to judge and issue a sentence by means of an early trial and conclude processes making material or substantial rights effective.

I will only deal with the anticipated trial prior to procedural sanitation, when it comes to questions of law or, being also in fact there is no need for any evidence in the respective hearing and not those that require action in the hearing of evidence; and when the declaration of rebellion causes a relative presumption of truth.

The sentence issued by the Judge using this institution declaring the claim founded or unfounded, is appealable with suspensive effect and the hearing sentence may be a matter of appeal.

I. INTRODUCCIÓN

El juzgamiento anticipado es una institución procesal propia del derecho portugués y brasileño que el legislador del Código Procesal Civil de 1993, consideró útil incorporarlo como una forma de conclusión anticipada de los proceso en el nuevo sistema procesal en la etapa postulatoria en los procesos de conocimiento y abreviados, que los jueces civiles innovadores pueden aplicar en los procesos sumarísimos o de urgencia, de ejecución cuando hay contradicción y supletoriamente en los procesos laborales, de familia, contenciosos administrativos, etc.

Con este nuevo instrumento procesal, se inicia el nuevo sistema publicístico que reemplaza al sistema dispositivista o privatístico del Código de Procedimientos Civiles de 1912; con principios fundamentales del proceso, del procedimiento, prueba, decisiones judiciales y de ejecución en los procesos contenciosos y no contenciosos; se fortalece las técnicas de oralidad en las audiencias de conciliación, de fijación de puntos controvertidos y admisión de pruebas en los procesos de conocimiento y abreviado; y, en los procesos sumarísimos o de urgencia y de ejecución cuando medie contradicción al mandato ejecutivo con audiencia única, por el juzgamiento anticipado, en casos concretos donde los jueces pueden sentenciar, previo saneamiento procesal o al final de la audiencia o reservar su decisión para hacerlo dentro de los diez o cinco días respectivamente.

Las reformas del 2006 y 2014 del Código Procesal Civil, so pretexto de la excesiva carga procesal y mora judicial, se mutiló la conciliación intraprocesal, la casación pura o francesa por la casación bastarda o española, se entrega a la competencia notarial los procesos abreviados, sumarísimos y no contenciosos que generó la corrupción organizada con los casos de prescripción adquisitiva, títulos supletorios, rectificación o delimitación de áreas o linderos de predios urbanos y rústicos no solamente de los bienes de los particulares, comunidades campesinas y nativas sino también del Estado, separación convencional y divorcio ulterior, entre otros donde advertimos con estupor que abogados y notarios públicos perseguidos por la justicia penal; de lo que se establece, que las modificaciones introducidas en su estructura original del CPC resultaron perjudiciales al sistema publicístico.

Este nuevo instrumento procesal, con su propia doctrina y filosofía se erige con sus principios procesales en el título preliminar, a diferencia de las reglas del derogado código de 1912 como los pilares del sistema procesal; parte material y parte procesal, postulación del proceso, el derecho de acción y de contradicción, presupuestos procesales (competencia, capacidad procesal y requisitos de la demanda), condiciones de la acción: (interés y legitimidad para obrar), relación jurídica material y relación jurídica procesal, reconvención y contrapretensión, excepciones con efectos anulatorios, etc.; es decir, que la tutela jurisdiccional que preste el Estado debe ser rápida, gratuita y con plena certeza; que solo depende del trabajo del juez independiente e imparcial, del abogado con principios morales y éticos y de auxiliares jurisdiccionales idóneos y probos, soportes de la magistratura nacional.

Con la implementación de la sentencia en juzgamiento anticipado en el proceso civil, en la etapa postulatoria se ha dotado a los organismos jurisdiccionales y a los justiciables de un instrumento eficaz para que previo saneamiento procesal y rechazada la fórmula conciliatoria en la audiencia de conciliación y el juez advierte que la cuestión debatida es solo de derecho o siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medios probatorios y cuando queda consentida o ejecutoriada la resolución que declara saneado el proceso, en los casos en que la declaración de rebeldía del demandado produce presunción relativa de verdad[2].

Los reformadores anónimos, con el D. Leg. N° 1070 modificaron los Título VI y VII de la Sección Cuarta del texto original del C. P. C, con la denominación de audiencia de conciliatoria o de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio, derogando precisamente los artículos 469, 470, 471 y 472 del mismo cuerpo de leyes respecto de la conciliación intraprocesal como estadío procedimental obligatorio para el juez civil pueda solucionar los conflictos cuando las partes se avenían libremente o aceptaban su fórmula conciliatoria como ocurrió en el distrito judicial de La Libertad en San Pedro de Lloc-Pacasmayo, privilegiando la mal llamada conciliación extrajudicial y generando conciliadores extrajudiciales sin facultades para obligar a las partes a admitir fórmulas conciliatorias y adelantar opinión sin causal de recusación al juez e imposición de multas. Finalmente, el propio Poder Judicial ahora observamos la denominada oralización del proceso civil, tan costosa en su implementación y que no se ha resuelto la carga procesal y la mora judicial.

La sentencia que expidan utilizando el juzgamiento anticipado, creemos que los jueces reivindicarán la pronta impartición de justicia, observando el debido proceso al que tienen derecho las partes. No es posible, que no cumplan con la finalidad concreta del proceso como se viene observando realizar todos los estadíos procedimentales retardando la pronta impartición de justicia poniendo fin a conflictos judiciales haciendo efectivos los derechos materiales; por otro lado, si ya hay presunción relativa de verdad sobre los hechos expuestos en la demanda cuando el demandado declarado rebelde se ha mostrado desobediente cumplir con absolver el traslado de la demanda pronunciándose sobre los hechos facticos y la pretensión del demandante, el Juez no tiene otra alternativa que expedir sentencia de mérito.

Esta institución creada en nuestro ordenamiento procesal dependerá en gran medida de la eficiencia procesal de los jueces civiles para satisfacer la pretensión o contrapretensión procesal del demandante o del demandado expidiendo un pronunciamiento con efectos de cosa juzgada, sin descuidar la tutela del rebelde.

Para lograr un mejor esclarecimiento del juzgamiento anticipado del proceso y sus implicancias que podrían afectar a toda sentencia de mérito, tenemos que analizar y contrastar las causas que tienen que

2 Cfr. art. 473 del texto original del C. P. C. de 1993.

ver en los diferentes procesos que van a resolver los jueces civiles en su augusta misión de impartir justicia en aplicación del principio de dirección del proceso para evitar la indefensión de los sujetos de relación procesal que se pueden ver afectados en sus derechos materiales o sustanciales por el mal uso de esta institución. Del análisis de los hechos de la realidad observada por más de un cuarto de siglo de aplicación del Código Procesal Civil, contrastamos que los jueces civiles no tienen voluntad de cambio para usar esta importante institución, pese a que los peruanos vivimos en un Estado de Derecho Constitucional, con un instrumento procesal civil legislado dentro de ese contexto, con un Tribunal Constitucional (TC) y con un poder judicial autónomo e independiente.

El juzgamiento anticipado y su aplicación en la provincia de Trujillo no sólo está dentro del marco constitucional, sino que lo encontramos con mayor utilidad en los procesos civiles de conocimiento y abreviados, en los procesos laborales, contenciosos administrativos y otros; todo dependerá de la actividad procesal que realice el juez al expedir sentencias justas y sin dilaciones.

El planteamiento del problema está dentro de los objetivos de este trabajo titulado Augusta función del juez: El juzgamiento anticipado en el proceso civil, donde las partes en conflicto, en ejercicio de sus derechos de acción y contradicción a través de un debido proceso puedan alcanzar la restitución de sus derechos materiales o sustanciales conculcados.

Con el acopio de datos que se obtenga de la doctrina, de la legislación y de la jurisprudencia, estaremos en condiciones de encarar el problema del juzgamiento anticipado previo saneamiento procesal, donde contrastaremos a las partes en conflicto que si pueden alcanzar el fin concreto y abstracto del proceso, con celeridad, oportunidad y economía procesal; y, además con toda objetividad veremos a nuestros jueces civiles que ponen en aplicación esta importante institución, les permitirá reducir la excesiva carga procesal y mora judicial que tanto daño hacen a los justiciables.

En este contexto se plantea el siguiente problema: ¿Por qué la aplicación del juzgamiento anticipado del Código Procesal Civil no ha solucionado la carga procesal existente en los procesos de conocimiento y abreviados en los Juzgados Especializados en lo Civil de Trujillo?

II. MATERIAL Y MÉTODOS

a. Material de estudio

Bibliográfico: Tratados y estudios especializados relativos al tema del juzgamiento anticipado del proceso.

Textos Normativos: Producción normativa del Estado peruano respecto al juzgamiento anticipado del proceso

Jurisprudencia: Resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional y la Sala Civil de la Corte Suprema.

b. Métodos y técnicas

Utilizaremos el método científico, hermenéutico jurídico, el inductivo y deductivo, así como el comparativo, siguiendo al diseño de nuestro trabajo de investigación en materia procesal civil.

En cuanto a la técnica, para el acopio y registro de la información, se emplearán las que corresponden para el estudio y la investigación.

III. RESULTADOS

Juzgamiento anticipado en el proceso civil

1. GENERALIDADES

El juzgamiento anticipado en el proceso civil es una institución fundamental, propia del nuevo sistema procesal incorporado en 1993, que no sólo fortalece a la tutela jurisdiccional sino que contribuye al desarrollo de las ciencias procesales; porque de su aplicación dependerá la celeridad y economía procesal en los procesos civiles, laborales, contenciosos administrativos y en otros que se van creando, haciendo la justicia más oportuna, eficaz y eficiente para que los justiciables que comparecen ante los organismos jurisdiccionales en busca de la restitución de sus derechos materiales o sustanciales conculcados no estén desprotegidos por el Estado.

Durante el desarrollo del proceso, la tutela jurisdiccional deberá ser real y para eso debemos tener jueces probos e idóneos, capaces de romper esquemas tradicionales y aplicar instituciones procesales que den mayor certeza; porque el Estado es el más interesado en que los procesos terminen en el menor tiempo. Al respecto, nuestro esclarecido procesalista MONROY GÁLVEZ afirma: "El derecho en el proceso, llamado también debido proceso objetivo o garantía de defensa en juicio, es en realidad el derecho a recibir del Estado prestación de justicia al caso concreto. Para expresarlo de manera distinta, es el derecho a que un juez natural (competente) resuelva un conflicto con conocimiento, imparcialidad, aplicando el derecho que corresponda al caso concreto y cumpliendo con el procedimiento establecido"[3].

De expedirse las sentencias aplicando el juzgamiento anticipado, los jueces cumplirán con su augusta

3 MONROY GÁLVEZ, Juan; Teoría General del Proceso; Edit. PALESTRA; Lima-Perú; 2007; p. 458.

función de respetar el derecho al debido proceso que tienen las partes. No se justifica la realización de los todos los estadíos procedimentales del proceso, porque retardan en resolver el conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales[4]. Así como, cuando se advierta que se trata de cuestiones de pleno derecho, o siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medios probatorios en la audiencia de pruebas o cuando el demandado se encuentra en situación de contumaz o rebelde, con una presunción legal relativa de verdad sobre los hechos expuestos por el demandante sólo porque el demandado (rebelde) se ha mostrado desobediente a absolver el traslado de la demanda pronunciándose sobre el contenido de ella y la pretensión del demandante, al juez no le quedará otra alternativa que proceder a expedir sentencia, por haber precluido el derecho de contradicción y sólo él sabe porque no ha contestado la demanda. Además, esta presunción legal relativa no es una presunción juris et de jure, sino para supuestos expresamente dispuestos en la ley procesal.

Esta institución es útil y necesaria, creada por nuestro sistema procesal, que está dentro del proceso civil y supeditada a la voluntad, idoneidad y eficiencia procesal de los jueces para cumplir con su augusta función de impartir justicia al hacer una aplicación correcta del juzgamiento anticipado con plena certeza poniendo fin a la instancia. y capaz de generar una sentencia inmutable con efectos de cosa juzgada y no como sucede, que hay muchos jueces que se resisten aplicar este sistema procesal y prefieren seguir aquellas prácticas ritualísticas, heredadas del sistema dispositivista.

Para que el juez pueda expedir una sentencia válida, utilizando el juzgamiento anticipado tanto en los procesos contenciosos como en los que se aplique en forma supletoria, previamente deberá cumplir con ciertos presupuestos procesales, como con el saneamiento procesal del proceso, porque si no hay relación jurídica procesal válida no hay juzgamiento anticipado, asimismo no siempre la declaración de rebeldía causa presunción relativa de verdad, por lo que es necesario también ocuparse de la rebeldía donde no causa presunción juris tantum y de otras instituciones procesales conexas.

2. DECLARACION DE REBELDÍA DEL DEMANDADO

El demandado al ser emplazado con la demanda puede optar por tres alternativas inmediatas: comparecer al proceso y absolver el traslado de la demanda, apersonarse al proceso y no contestar la demanda; y la otra, permanecer en silencio sin comparecer al proceso.

Esta última es la contestación tácita o en rebeldía, denominada también contestación presunta, se produce cuando el demandado no contesta la demanda dentro del plazo de emplazamiento, por lo que de oficio o a petición de parte se da por absuelto el traslado en rebeldía del demandado.

4 Cfr. art. III del T. P. del C.P.C.

A esta rebeldía del demandado también se le conoce como incomparecencia procesal, que se produce cuando el demandado no se ha apersonado en las *actuaciones judiciales* dentro del plazo del emplazamiento; por consiguiente, la incomparecencia de las partes en segunda instancia o en casación no puede ser equiparable a la rebeldía, su ausencia no puede considerarse desobediencia porque es una simple actividad, que constituye la preclusión de los actos procesales que debe realizar o su abstención hacer uso de algún medio de defensa.

La incomparecencia del demandado puede ser voluntaria, la cual se conoce como rebeldía propia, o involuntaria que se produce por la incomparecencia del demandado debido a diversas situaciones: falta de emplazamiento o citación o debido a fuerza mayor, lo que tiene incidencia en el derecho del demandado a la tutela jurisdiccional efectiva que debe prestarle el Estado.

El origen de la rebeldía o contumacia se remonta (in ius vocatio) a cuando el juez estaba facultado para hacer comparecer al demandado conjuntamente con el actor ante su despacho; procedía conforme a lo prescrito en las XII Tablas, es decir, hacía comparecer a su presencia por medio de la fuerza, en caso de que el demandado ofrezca resistencia.

Durante el período formulario no hay referencias sobre si podía constituirse válidamente un *proceso de cognición o de conocimiento* de no concretarse la *in ius vocatio*, razón por la cual, frente a la incomparecencia del demandado, se iniciaba un proceso ejecutivo de derecho pretoriano, por el cual se le permitía al actor pedir al magistrado para que le pongan en posesión en los bienes del ausente (*missio in possessionem)*, a cuya venta eventualmente podía procederse a (*venditio bonorum*) si no se realizaba la comparecencia del demandado dentro de los plazos que se le confería. En el *in iudicio,* en los primeros tiempos la ausencia del demandado era causa suficiente para que se le condenara, y si era el actor se le absolvía al demandado.

En el período extraordinario existen dos variantes: una consistía en la invitación que mediante tres edictos se le hacía al demandado, a fin de que comparezca a juicio (*denuntiatio*); la otra se refería a la opción que se acordaba al actor, en caso de que no comparezca el demandado cuando se trataba de una pretensión real. En este caso, se abría el proceso en rebeldía o el actor requería la posesión de la cosa litigiosa. Una vez obtenida la posesión, al demandado le quedaban dos caminos: presentarse dentro del plazo de un año, obtener mediante fianza la restitución de la cosa y asumir su defensa, o, transcurrido ese lapso, interponer una pretensión autónoma frente al actor. No debemos perder de vista que, durante el procedimiento extraordinario, existía la posibilidad de conducir al demandado a la sede del tribunal, por la fuerza[5].

5 IDROGO DELGADO, Teófilo; Derecho Procesal Civil: Proceso de conocimiento. T.I. 2da. Edic. Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo-Perú; 2014; pp. 336 y 337.

VERGER GRAU acota: "En cualquier caso en el derecho justinianeo se contempla expresamente en el Digesto (4.1.7.) y en el Codex (c.2.52.7) en donde se reconoce su aplicación, no sólo a los menores de edad, sino también a los mayores ausentes y a los asistidos de tutor o curador"[6].

En suma, la rebeldía es la sanción impuesta por la ley procesal a las partes o a terceros por su incomparecencia procesal al no cumplir con una resolución judicial. En el fondo, el rebelde es la persona desobediente, renuente, que pese a estar debidamente notificado, se muestra indiferente y prefiere que el proceso se siga en rebeldía; porque cree que su derecho de contradicción está garantizado.

Al respecto, Humberto CUENCA afirma: "Incurre en rebeldía todo aquel que desacata la autoridad del Juez, bien desobedeciendo la orden de comparecencia o dejando de cumplir las resoluciones dictadas por el magistrado en el propio recinto del Tribunal"[7].

Por su parte, los procesalistas españoles CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA afirman: "Al ser la rebeldía la situación procesal contraria a la comparecencia, es evidente que el actor nunca puede estar en situación de rebeldía, pues el simple hecho de demandar implica la comparecencia o personación ante el órgano judicial, y no hay posibilidad de entender que el proceso se ha iniciado si no es con la personación del actor al momento de presentar la demanda"[8].

En el proceso de conocimiento, al no cumplir con absolver el traslado de la demanda, el juez le declara rebelde al demandado y queda en una situación desfavorable, porque ya no tendrá oportunidad de contestar la demanda. Muchas veces el rebelde desobedece la resolución judicial, para evitar los gastos que le podrían ocasionar; otras veces, porque no tiene nada que cumplir con el demandante. Por ejemplo: si A demanda a B sobre obligación de dar suma de dinero por cinco millones de soles y éste no absuelve el traslado de la demanda, se le declara rebelde y continúa en esa situación de renuente hasta que el juez expide sentencia, declarando fundada la demanda, tiene el demandado la oportunidad de interponer recurso de apelación y, en la etapa de absolución de agravios, alega nuevos hechos: falsificación del contenido y su firma en el documento que se ha ordenado tener por reconocido.

6 VERGER GRAU, Joan; La rebeldía en el proceso civil. En Revista Peruana de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Lima, Perú, Setiembre de 1997; p. 192.

7 CUENCA, Humberto; Proceso Civil Romano. Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, Argentina; 1973; p. 166.

8 CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor; Derecho Procesal Civil; 2ª Ed.; Edit. Colex; Madrid, España; 1997; p. 176.

Si el demandado demuestra en revisión en la Sala Civil, a través de los diferentes medios probatorios, que se ha falsificado el documento donde aparece la obligación de dar suma de dinero y su firma, quedará establecido que aparecen indicios razonables de la comisión de un delito de persecución pública; en consecuencia, la Sala Civil de oficio o a pedido de parte, oficiará al Ministerio Público para que inicie la investigación correspondiente, quien luego de las primeras diligencias decide continuar con la investigación preparatoria lo comunicará a la Salas Civil, la que suspenderá el proceso civil, siempre que consideren que la sentencia penal pueda influir en la resolución de vista que les corresponde dictar[9].

También será declarado rebelde aquél que se apersona señalando domicilio procesal y no contesta la demanda dentro del plazo de treinta días cuando se trata de un proceso de conocimiento, de diez días en el proceso abreviado y cinco en el proceso sumarísimo, con las consecuencias que produce su declaración, como las referidas a las notificaciones, presunciones, medidas cautelares. Asimismo, se declarará la rebeldía del demandado, cuando éste se apersona proponiendo tachas u oposiciones a los medios probatorios, excepciones o defensas previas a los defectos de forma y de fondo de la demanda, pero no contesta la demanda.

Igual puede suceder cuando el demandante no contesta la reconvención dentro del plazo de treinta días en los procesos de conocimiento y de diez días en algunos procesos abreviados, limitándose solamente a proponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, excepciones o defensa previas sin absolver el traslado de la reconvención. El efecto de esta situación es que el juez puede considerar como presunción legal relativa de verdad los hechos alegados por la otra parte, por reconocidos los documentos que se alega le fueron enviados, toda vez que el pretensor se convierte en demandado cuando en uso del derecho de contradicción el demandado ha interpuesto reconvención.

2.1. Requisitos de la rebeldía

El juez para la declaración de rebeldía debe tener en cuenta los presupuestos procesales siguientes:

9 "Artículo 10.- Indicios de delitos en proceso extra-penal
1. Cuando en la sustanciación de un proceso extra-penal aparezcan indicios de la comisión de un delito de persecución pública, el juez de oficio o a pedido de parte, comunicará al Ministerio Público para los fines consiguientes.

2. Si el Fiscal luego de las primeras diligencias decide continuar con la Investigación Preparatoria lo comunicará al Juez extrapenal, quien suspenderá el proceso, siempre que considere que la sentencia penal puede influir en la resolución que le corresponde dictar"

2.1.1. Emplazamiento válido

Tanto la demanda como la reconvención debe notificarse válidamente al demandado como al demandante para garantizar el derecho de contradicción y de defensa de quien tiene la condición de parte demandada. En el supuesto que el demandado no hubiera conocido el proceso iniciado en su contra, se establecerá que no pudo decidir si comparece o no contesta la demanda o la reconvención en el proceso del cual no tuvo conocimiento.

Al declararse la rebeldía indebidamente, porque se ha señalado domicilio falso, el demandado tan pronto la parte tenga conocimiento y en el primer escrito que presente al Juez apersonándose deberá solicitar la nulidad de lo actuado o del acto jurídico procesal que limita a su derecho. En el hipotético caso de haberse expedido sentencia, al ser notificado puede interponer el recurso de apelación; de haber quedado consentida o ejecutoriada (cosa juzgada) hará uso de la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta siempre que se den los presupuestos contenidos en el art. 178 del C.P.C., por no habérsele emplazado válidamente en su domicilio real o no haberse notificado en la forma prevista por la ley procesal.

2.1.2. Transcurso del plazo

El vencimiento del plazo concedido para contestar la demanda es otro presupuesto para la declaración de la rebeldía. Si el demandado no contesta la demanda o el demandante no absuelve el traslado de la reconvención dentro del plazo establecido para cada vía procedimental, en aplicación de los principios de preclusión, dirección del proceso e impulso procesal de oficio, el juez con los poderes que le confiere la jurisdicción al vencerse los 30 días, el Juez dará por absuelto el traslado de la demanda en rebeldía de la parte que no cumplió con esta carga procesal, siendo responsable por cualquier demora ocasionada por su negligencia[10].

El art. 458 del C.P.C. parte de una presunción de rebeldía verdadera, porque si el demandado no contesta la demanda en forma voluntaria dentro del plazo que se le ha concedido. Tal como refiere MONROY GÁLVEZ: “Es el caso del código vigente, éste, manteniendo el esquema tradicional, sanciona la rebeldía como una contestación negativa del demandado a los hechos expuestos en la demanda. En la práctica, esto significa que el código actual sólo le otorga a la rebeldía un efecto impulsorio del proceso; incluso se pasa a otra etapa, pero manteniéndose intacto el deber del demandante de probar lo que afirma”[11].

10 IDROGO DELGADO, Teófilo; Principios Fundamentales de Derecho Procesal Civil; 2ª Ed.; Marsol Perú Editores; Lima, Perú; 1999; p. 34.

11 MONROY GÁLVEZ, Juan, CARRION LUGO, Juan y RAMIREZ JIMÉNEZ, Nelson; Comentarios al Código Procesal Civil; Edit. Cultural Cuzco; Lima-Perú; 1994; pp. 284 y 285.

2.1.3. Incomparecencia o no contestación

Al ser notificado el demandado con la demanda tiene muchas alternativas: comparecer al proceso personalmente o designar apoderado que lo represente o no comparecer.

En el primer caso, el demandado puede cumplir con la pretensión procesal, allanarse aceptando la pretensión demandada, reconocer la veracidad de los hechos, además de la pretensión demandada[12], proponer tachas u oposiciones, excepciones y defensas previas, negar los hechos y el derecho sustancial. Podrá también no contestarla, no obstante haberse apersonado e incluso haber propuesto tachas u oposiciones a los medios probatorios, excepciones y defensas contra los defectos de forma y de fondo de la demanda.

En esta hipótesis, mientras que ALSINA afirma que si comparece sin contestar la demanda no es considerada como un caso de rebeldía[13], PEYRANO sostiene que "En sentido más genérico existe también rebeldía cuando esa inactividad procesal ocurre en el curso del proceso, como cuando el demandado no contesta la demanda o no asiste a una audiencia. No obstante, esta es una rebeldía menor, no relacionada con la totalidad del proceso sino con el acto incumplido"[14]. En conclusión, la carga procesal que tiene el demandado es absolver el traslado que se le ha hecho con el emplazamiento, pronunciándose sobre el contenido de la demanda y la pretensión procesal del demandante y si no lo hace en forma expresa incurre en rebeldía.

Cuando el demandado no se apersona ante el juez, su no comparecencia tiene que tomarse como un acto de desobediencia o renuncia a cumplir con las resoluciones judiciales; y, por lo tanto, si no contesta la demanda o la reconvención, el juez como director del proceso de oficio o a petición de parte tiene que declarar la rebeldía como sanción legal contra el omiso a la absolución de un trámite, cuya declaración de rebeldía necesita de una resolución que la declare expresamente.

Al respecto, nuestro ordenamiento procesal ha normado otra hipótesis sobre la declaración de rebeldía, cuando el demandado ha comparecido al proceso a través de la representación voluntaria; y es notificado con la resolución de la conclusión del patrocinio de su abogado en la prosecución del proceso o con la renuncia de su representante o apoderado, si aquel no comparece dentro del plazo máximo de treinta días, el proceso se seguirá en rebeldía del demandado que ha omitido su comparecencia, siempre y cuando se le haya notificado con la resolución correspondiente observando

12 Cfr. art. 330 del C. P. C.

13 ALSINA, Hugo; Derecho Procesal Civil y Comercial; T.T. III; 2da. Edic. Edit. Ediar Editores; Bs. As. Argentina; 19956; p.368

14 PEYRANO, Jorge W.; Código Procesal Civil y Comercial de la provincial de Santa, análisis doctrinario y jurisprudencial; T.I; Edit. Juris; Rosario-Provincia de Santa Fe; Argentina; 2000; p. 298.

las formalidades legales, en la cual se ha tenido que precisar el apercibimiento de continuar el proceso en rebeldía en caso de no comparecer al proceso[15].

2.2. Notificación de la rebeldía

Al demandado declarado rebelde que tiene su domicilio real dentro de la competencia territorial del Juez, se le notificará por cédula con las garantías procesales a que tiene derecho, las resoluciones siguientes: la que declara saneado el proceso, las que citen a audiencia, la citación para sentencia, la sentencia misma y la que requiera su cumplimiento; porque las otras resoluciones se tendrán por notificadas el mismo día que lo fueron a la otra parte.

El legislador de 1993 dispuso que al demandado que se ha apersonado señalando domicilio real y procesal, pero que no ha contestado la demanda, y luego abandona su domicilio en el cual se le ha notificado con la demanda, ignorándose el nuevo domicilio que ha fijado, no se le puede designar curador procesal para que ejerza su representación, pues hubo emplazamiento válido con la demanda y se ha apersonado al proceso, lo único que no ha contestado la demanda, en consecuencia, al Juez solamente le queda declararlo rebelde de oficio o a petición de parte.

Al demandado rebelde que no tiene domicilio conocido se le notificará por edictos[16]. Para este caso, el demandante para interponer su demanda ha tenido que manifestar bajo juramento o promesa de decir la verdad que ha agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien se va a notificar. Si se prueba que la afirmación hecha es falsa o se acredita que pudo conocerla empleando la diligencia normal, se anulará todo lo actuado, y el juez condenará a la parte que falseó la verdad, al pago de una multa no menor de cinco ni mayor de 50 unidades de referencia procesal, que se impondrá según la naturaleza de la pretensión procesal y la cuantía del proceso[17].

Al demandado indeterminado, incierto y con domicilio o residencia ignorados se le notificará por edictos bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal en los procesos de conocimiento para que absuelvan el traslado de la demanda dentro del plazo de sesenta días si se encuentran en el

15 Cfr. arts. 458 y 79 del C. P. C.

16 "Artículo 459.- Notificación de la rebeldía. - La declaración de rebeldía se notificará por cédula si el rebelde tiene dirección domiciliaria. En caso contrario, se hará por edictos.

De la misma manera se le notificarán las siguientes resoluciones: la que declara saneado el proceso, las que citen a audiencia, la citación para sentencia, la sentencia misma y la que requiera su cumplimiento. Las otras resoluciones se tendrán por notificadas el mismo día que lo fueron a la otra parte."

17 Cfr. arts. 165 y 441 del C. P. C.

territorio nacional y de noventa días si están domiciliados en el extranjero[18], por consiguiente no procede declarar rebelde a quien se encuentra representado en el proceso por un abogado que es su curador procesal, cuyo nombramiento debe ser realizado por el Juez a pedido del demandante[19].

2.3. Efectos de la declaración de rebeldía

La declaración de rebeldía produce los efectos siguientes:

2.3.1. Con relación a las notificaciones

Se tendrán por notificadas todas las resoluciones el mismo día que fueron notificadas a la otra parte, salvo la que declara saneado el proceso, las que citen a audiencias, la citación para sentencia, la sentencia y la que requiera su cumplimiento, las que se notificarán observando las mismas formalidades del emplazamiento del demandado con la demanda. Declarada la rebeldía, el Juez se pronunciará sobre el saneamiento procesal y si declara la relación procesal válida, procederá a expedir sentencia sin admitir otro trámite, salvo las excepciones previstas en el art. 461 del acotado código[20], como lo trataremos infra 2.3.

2.3.2. Sobre el curso del proceso

Declarada la rebeldía, el Juez procede al saneamiento procesal, siempre y cuando uno de los litisconsortes emplazados ha contestado la demanda, la pretensión se sustente en un derecho indisponible, así como la pretensión demandada deberá probarse con documento y no se ha acompañado como anexo a la demanda y cuando el Juez en resolución motivada se pronuncie que los hechos y los medios probatorios no le producen convicción; es decir, que la declaración de rebeldía debe producir presunción legal relativa de verdad de los hechos expuestos en la demanda, una vez consentida o ejecutoriada la resolución que declara la relación jurídica procesal válida, el Juez procederá a expedir sentencia, con tal fin comunicará previamente a las partes su decisión de expedirla sin admitir otro trámite realizando un juzgamiento anticipado del proceso ,

2.3.3. Apreciación de los hechos expuestos en la demanda

La presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, se refiere a una presunción relativa o juris tantum, en virtud de la cual la carga de la prueba se invierte a

18 Cfr. arts. 435 y 61 inc. 1 del C. P. C.

19 IDROGO DELGADO, Teófilo|; Op. Cit. T. I.; 2da. Edic.; pp. 343 y 344

20 Cfr. art. 460 del C. P. C.

favor del demandante, por el principio de inversión de la prueba. Empero, de ser el caso éste ha de acreditar la realidad del hecho que a esta parte le sirve[21]. Pues, tratándose de una presunción relativa, de producirse la comparecencia del rebelde, tiene todo el derecho de aportar pruebas tendientes a desvirtuar las de la otra parte, siempre y cuando el ofrecimiento se haya realizado ad eventum, como en el caso del demandante cuando se le declara rebelde y no absuelve el traslado de la reconvención, pero tiene sus pruebas ofrecidas en su demanda.

Otras veces la presunción legal de verdad sobre los hechos expuestos en la demanda es una presunción relativa, como ocurre en el proceso abreviado de expropiación, en que la declaración de rebeldía del demandado hace presumir únicamente su conformidad con la tasación acompañada en la demanda por el Estado (art. 524 del C.P.C.).

Sin embargo, la admisión de hechos es facultad del Juez y no una presunción vinculante. Nuestro ordenamiento procesal ha dispuesto excepciones en los casos siguientes respecto a que no toda declaración de rebeldía del demandado causa presunción relativa de verdad:

2.3.3.1. Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda

El Código ha normado para los casos del litisconsorcio necesario, porque la decisión a recaer afecta a todos los litisconsortes de manera uniforme, como cuando un cónyuge demanda la nulidad de un contrato de compraventa de un bien común, por haber sido vendido por su cónyuge sin su intervención; sin embargo la demanda la dirige únicamente contra el comprador, dejando fuera de la relación procesal a su cónyuge por ser parte material y procesal como demandantes o demandados[22], mas no se refiere para los litisconsortes facultativos, porque estos litigan independientemente[23]; en consecuencia, es suficiente que uno de los litisconsortes necesarios codemandados conteste la demanda en ejercicio de su derecho de contradicción y de defensa negando los hechos que sustenta la pretensión del demandante y aporte los medios probatorios que contribuyan a enervar el valor probatorio del derecho de acción del demandante, de ninguna manera les puede perjudicar con la declaración de rebeldía a este único demandado que no cumplió con contestar la demanda; pues, si el Juez con el aporte de las pruebas del litisconsorte necesario demandado que compareció declara infundada la demanda, favorece a todos los codemandados porque en nada afecta a sus derechos y no sólo al que contestó la demanda; motivo por el cual la

21 Cfr. art. 279 del C.P.C.

22 MONROY GALVEZ, Juan; Formación del Proceso Civil Peruano; 3ra. Edic.; Edit. COMMUNITAS; Lima-Perú; 2010; p. 344.

23 Cfr. arts. 93 y 94 del C.P.C.

declaración de rebeldía contra varios demandados, no hay la presunción juris tantum para expedir sentencia con la declaración de rebeldía cuando uno de ellos contesta la demanda.

2.3.3.2. Cuando la pretensión se sustente en un derecho indisponible

Los derechos indisponibles son aquellos de carácter personal o personalísimos. Se trata de derechos no negociables, no cesibles[24], aun podríamos afirmar que se trata de derechos que no dependen de la autonomía de la voluntad y no pueden ser objeto de acto jurídico, por ser intrasmisibles en determinados casos, como por ejemplo las acciones que protegen al nombre: contestación, usurpación, exclusión, cambio o adición, impugnación judicial, cambio o adición del nombre, de negación de la paternidad matrimonial (art. 363 del C.C.), de declaración judicial de paternidad extramatrimonial (art. 402 del C.C.), invalidez de matrimonio por las causales de nulidad absoluta o de anulabilidad (arts. 274, 277 del C.C.), divorcio (art. 349 del C.C.), etc.

2.3.3.3. Cuando la ley exige que la pretensión demandada se pruebe con documento

En determinadas pretensiones procesales que se demandan, las partes deben acreditar con documento público, el que se debe anexar a la demanda, en consecuencia, los hechos que se sustentan no solamente deben ser alegadas por el demandante sino también deben estar contenidos en documentos públicos, que le permitan al juzgador llegar a la convicción de expedir sentencia con plena convicción, porque hay muchos casos donde los demandantes pretenden sorprender con documentos privados cuando su derecho material o sustancial debe probarse con documentos públicos y no con simples afirmaciones del demandante[25].

En algunas pretensiones como en la demanda de reivindicación, no solamente se debe acreditar el derecho de propiedad sino también el de dominio que ejerce el titular con documento público registrado, los contratos de donación de bienes inmuebles (Art. 1625 del C. C.), del mutuo entre cónyuges (Art. 1650 del C. C.), mutuo hipotecario, anticrético,

24 MONROY GÁLVEZ, Juan, CARRIÓN LUGO, Jorge y RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson; Op. Cit.; p. 285.

25 "... el juez declara que los hechos sustento de la demanda no le producen convicción, anotamos que ellos se justifican en la necesidad de cumplir a través del proceso con el principio de justicia. Debe buscar el juez la justificación del fallo que va a dictar, no únicamente en las afirmaciones de una parte, sino por lo menos en la tranquilidad de que esas afirmaciones tengan siquiera la posibilidad de ser ciertas. Ya que si la ley ha establecido una sanción tan severa para la rebeldía, la aplicación de esas normas debe concretarse a aquellos casos en los que la demanda y sus anexos satisfacen la natural inquietud del magistrado, aunque sostenemos que el Código debería establecer la exigencia de la comprobación de los hechos afirmados por la parte actuante (rebeldía unilateral total), suprimiendo la vigencia de la presunción legal relativa y el art. 460, con su carga extinguidora del proceso, que son contrarios al principio de equidad". MONTENEGRO CANNON, Marcela; La Rebeldía en el Nuevo Proceso Civil; En Revista de Derecho Vox Juris; Año 5; 1995; Lima, Perú; p. 227.

etc., deben hacerse por escritura pública. En estos casos las normas de derecho material o sustancial disponen la formalidad ad solemnitatem para probar el derecho que invocan sus titulares que se encuentran en conflicto.

2.3.3.4. Cuando el juez declara en resolución motivada que los hechos no le producen convicción

Cuando el juez por resolución fundamentada declara que los hechos expuestos en la demanda no le producen convicción, para expedir sentencia contra el demandado declarado rebelde en aplicación de la institución del juzgamiento anticipado, la norma procesal le faculta al director y conductor del proceso no realizarlo, porque esa declaración de rebeldía no le causa presunción legal relativa de verdad, porque está buscando la verdad procesal y para lograrlo tiene que verificar con los medios probatorios aportados por el demandante.

De esta manera está tomando excepcionalmente la presunción legal relativa de verdad que no le produce la declaración de rebeldía, sino asume en la presunción judicial para expedir sentencia con la autoridad que le otorga la jurisdicción, valorando los medios probatorios aportados por el demandante cuando se hayan agotado todos los estadíos procedimentales que le permitan juzgar y emitir un fallo que les de seguridad a los sujetos de la relación procesal.

2.4. Preclusión de contestar la demanda

Con la resolución que declara la rebeldía del demandado, precluye para éste toda posibilidad para realizar actos procesales como titular del derecho de contradicción que pudo ejercitar dentro del plazo de la contestación de la demanda; es decir, ya no podrá proponer tachas a testigos, peritos, documentos; oposiciones a la exhibición de documentos, declaración de parte, inspección judicial y a otros medios probatorios; tampoco, podrá interponer excepciones y defensas previas y aun no podrá contestar la demanda con posterioridad.

La preclusión, sin embargo, no le impide al rebelde incorporarse al proceso en cualquier momento respetando el estado en que éste se encuentre[26]. Así, por ejemplo, si el rebelde se incorpora al proceso cuando se ha expedido la sentencia haciendo uso del juzgamiento anticipado, podrá interponer el recurso de apelación contra esa resolución y si el superior jerárquico confirma en revisión puede interponer el recurso de casación. Como apreciamos, con la declaración de la rebeldía caduca todo derecho del demandado como parte procesal para realizar actos procesales que precedían a tal declaración, beneficiando al demandado y en perjuicio del demandante.

26 "Artículo 462º.- Ingreso del rebelde al proceso. - El rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento, sujetándose al estado en que éste se encuentre".

3. SANEAMIENTO DEL PROCESO

3.1. GENERALIDADES

Esta institución como el juzgamiento anticipado tienen su origen en el derecho procesal portugués con la denominación de despacho regulador del proceso desde el 29 de mayo de 1907 y en el Código vigente se regula en el art. 510 con la denominación de despacho saneador. Actualmente, desde 1926 el art. 24 del Decreto Nº 12353, obliga imperativamente a los jueces emitir despacho saneador para resolver cualquier nulidad, legitimación de las partes y su representación y de cualquier otra cuestión que pudiese afectar el fondo del conflicto judicial.

ALZAMORA VALDEZ reconoce que el profesor DOS REIS fue quien lo denominó Despacho Saneador y que esta institución tiene por finalidad "limpiar el proceso de las cuestiones que puedan obstar el conocimiento del mérito de la causa"[27] .

El Código Procesal Civil del Brasil de 1939, en el art. 294 reguló el Despacho Saneador con la finalidad de eliminar los vicios y defectos de forma que pudiese encontrarse en el proceso.

Por la Ley Nº 5,869 de 1973 se promulgó el Código Procesal Civil de Brasil y en la Sección III, en el inc. 9º del art. 331 modificado por la Ley Nº 8952/94, se dispuso que si resulta infructuosa la conciliación, el juez deberá en la misma audiencia declarar saneado el proceso[28].

En Colombia por el Decreto Nº 2289 de 1989 se modificó el art. 101 del Código de Procedimiento Civil, con relación a la audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio. Ese dispositivo faculta al Juez a adoptar las medidas que considere necesarias para evitar nulidades y sentencias inhibitorias en el acto de sanear el proceso[29], como un sistema de prevención de nulidades procesales.

En el Perú, siguiendo al sistema publicístico, el juez como director del proceso está investido de la autoridad que careció en otros tiempos para legitimar la actividad de las partes haciéndola más dinámica, funcional y directriz, con tal fin debe exigir preliminarmente el cumplimiento de los requisitos de una relación procesal válida; esto es, cuando califica la demanda debe controlar los requisitos de admisibilidad y procedencia[30]; pues, de advertir algún defecto de forma, tiene la

27 ALZAMORA VALDEZ, Mario; Teoría del Proceso Ordinario; 3ra. Edic.; Edit. Tipográfica Peruana S.A.; Lima-Perú; 1966; p. 81.

28 Cfr. art. 331 inc. 9º del C.P.C. de Brasil.

29 Cfr. art. 101 inc. 5º del C. de P. C. de Colombia.

30 "Artículo 128º.- Admisibilidad y Procedencia. - El Juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o éste se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de

potestad de declarar la inadmisibilidad de y devolver los anexos y si no cumple con subsanar la de rechazar la demanda.

En la legislación procedimentalista derogada, los que estuvimos inmersos en la augusta tarea de servir en la administración de justicia, observamos con mucha ironía la actividad pasiva del Juez, razón por la cual se hizo urgente un Código que establezca un Juez director, sin que esto signifique un juez inquisidor como muchos creen sino un Juez con rostro humano, prudente, racional, idóneo, probo, dotado de la autoridad jurisdiccional y funcional. Tal como afirma MONROY GÁLVEZ "Una de las causas más importantes del desprestigio de la justicia civil, se origina en el considerable número de procesos que, luego de un penoso y largo transcurso, acaban en una decisión que no resuelve el conflicto, sino que simplemente exige se vuelva a iniciar el proceso, subsanándose los vicios cometidos"[31].

Con esta regulación procesal, se evitan los fallos inhibitorios que no resolvían el fondo de las pretensiones procesales demandadas y al haber conferido al Juez potestades directrices contribuirá a que en el Perú haya seguridad jurídica, se expidan sentencias de mérito que resuelvan el fondo de la controversia, haciendo posible lograr la paz social en justicia[32].

3.2. Conceptos previos

Un Estado de derecho reposa en la organización judicial, con la finalidad de dar seguridad jurídica interna y externa, y ésta a su vez en un buen sistema procesal que asegure que la justicia impartida sea eficiente, oportuna y dinámica; porque si no ofrece estas garantías, la justicia no es justicia sino injusticia.

Con tal propósito, el proceso civil está revestido de todas las garantías para que se expida una sentencia de mérito con plena certeza, alejada de toda sospecha, evitando las maniobras dilatorias que fueron ritual del procedimiento civil abrogado; asimismo, con el saneamiento procesal, un Juez imparcial en este estadío procedimental verificará los presupuestos procesales, los vicios, defectos y todos aquellos actos procesales que pudieran desnaturalizar la validez del proceso para evitar un pronunciamiento inhibitorio, sino por el contrario para resolver un conflicto judicial pronunciándose

fondo".

31 MONROY GÁLVEZ, Juan, CARRIÓN LUGO, Jorge y RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson; Op. Cit.; pp. 268 y 269.

32 Cfr. art. III del T. P. del C.P.C.

sobre el fondo con imparcialidad[33] y con plena certeza.

La verdad es que el saneamiento procesal, conforme al nuevo sistema adoptado y las corrientes modernas, reviste gran importancia porque tiene por finalidad declarar la relación procesal válida, con la cual precluye toda petición referida, directa o indirectamente a la validez de tal relación[34]; esto es, un estadío procedimental de gran trascendencia, porque expedido el auto de saneamiento procesal que declara la relación procesal válida, el Juez procederá a expedir sentencia en juzgamiento anticipado o a fijar la audiencia de saneamiento probatorio.

3.3. El juez civil y el saneamiento procesal

En ejercicio de su augusta función jurisdiccional, el Juez deberá analizar si el proceso ha sido tramitado observando las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, si no está afectado de alguna causal de nulidad sustancial que pudiera afectar la relación jurídica procesal válida y convertirla en insubsanable; para lo cual vuelve a revisar los presupuestos procesales: competencia, capacidad procesal y requisitos de la demanda, y además, si concurren las condiciones de la acción como legitimidad e interés para obrar; porque al Estado le interesa que los Jueces en la impartición de justicia presten buen servicio a su comunidad, para la seguridad jurídica de las partes, del Juez y de extraños a la relación procesal.

Con la nueva concepción del proceso, el Juez ya no es simple espectador de la actividad procesal, sino que se le ha otorgado potestades para dirigir el proceso y evitar causales de nulidad insubsanables

33 "En el drama que es el proceso no se pueden representar por una misma persona el papel de juez y el de parte. El que el juez fuera también parte no implicaría principalmente negar la imparcialidad, sino desconocer la esencia misma de lo que es la actuación del Derecho objetivo por la Jurisdicción en el caso concreto.

Es evidente que si un juez puede ser también parte en un proceso que ha de tramitar y decidir, aquél no actuaría con imparcialidad, pero con todo lo que resultaría vulnerado, en primer lugar, no sería la imparcialidad, sino el requisito de la Jurisdicción de que ha de conocer de asuntos de otros. Naturalmente no es lo mismo referir a la alienta a la Jurisdicción, como función del Estado, que, al juez, considerado éste como persona, pero también en este segundo supuesto, lo que entra en juego no es tanto la parcialidad como la negación de algo que hace a la esencia de la Jurisdicción, la denominada partialidad.

La verdadera imparcialidad, en tanto que desinterés subjetivo, no puede simplemente suponer que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser parte en el proceso de que está conociendo, sino que implica, sobre todo, que el juez no sirve a la finalidad subjetiva de alguna de las partes en un proceso, esto es, que su juicio ha de estar determinado sólo por el correcto cumplimiento de la función que tiene encomendada, es decir, por la actuación del Derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena al ejercicio de esa función influya en la decisión. Adviértase que, así como la no consideración de parte es algo objetivo, la influencia o no en el juez de circunstancia ajena al cumplimiento de la función es algo subjetivo, afecta a su ánimo y, por lo mismo, no cabría constatar objetivamente la imparcialidad". MONTERO AROCA, Juan; Sobre la Imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales; Edit. Tirant lo Blanch; Valencia, España; 1999; pp. 187 y 188. WACCH, Adolfo; Manual de Derecho Procesal Civil; T. II. Traducción de Tomás A Banzahaf; Buenos Aires, Argentina; 1936; p. 36

34 Cfr. art. 466 del C. P. C.

que conviertan en un proceso inexistente, porque si está plagado de defectos esenciales no se podría pronunciar sobre el fondo de la controversia.

Cuando el Juez en la conducción del proceso permite un acto inválido, la relación procesal será inexistente; como por ejemplo si admite una demanda presentada por un incapaz cuando éste debió comparecer por medio de su representante o cuando expide cualquier resolución en el curso del proceso quien no tiene potestad para impartir justicia.

Al comentar el saneamiento procesal AYARRAGARAY afirma: "Pero esta institución procesal aún puede repetirse, luego de dispuestas las diligencias, por otros nuevos saneamientos; lo esencial es ventear atentamente el proceso, para que así llegue a su fin libre de impurezas. Esta institución llena de una función semejante a la cuidadosa revisión mecánica de una maquinaria, para su eficiente rendimiento. Y así se llega, sin preocupación ni temores de los litigantes, a la sentencia de mérito. Dado el despacho a que nos referimos, queda decretado el regulador proseguimiento del proceso, contrariamente se resuelve el mérito del mismo con carácter definitivo"[35].

3.3.1. Examen de los presupuestos procesales

El juez para expedir el auto de saneamiento procesal tendrá en cuenta tres presupuestos: la competencia del Juez, la capacidad procesal de las partes y los requisitos de la demanda.

3.3.1.1. De la competencia

El conocimiento de los diferentes procesos civiles depende de la naturaleza o la cuantía de la pretensión del demandante. A este tipo de potestad jurisdiccional se denomina competencia objetiva, por la materia o por la cuantía; más no por el turno porque no se ha legislado en el C. P. C. de 1993.

Por otra parte, al haberse normado las distintas etapas del proceso y varios grados de la jurisdicción, se tendrá que determinar qué órgano judicial está llamado a conocer y resolver los recursos, aplicándose debido a que los órganos judiciales están jerárquicamente predeterminados el criterio de la competencia funcional.

Finalmente, en la mayoría de los casos existen juzgados de primera instancia encargados de conocer y resolver los conflictos en un proceso civil, debido a que muchas veces surgen conflictos entre ellos (Juez Civil de Lima, Trujillo, Tumbes, Tacna). En este caso se trata de la competencia territorial.

35 AYARRAGARAY, Carlos; El Despacho Saneador; Edit. Juris; Buenos Aires, Argentina; 1989; p. 147.

De la combinación de estos tres criterios de competencia, es indispensable saber con anterioridad al proceso qué órgano jurisdiccional debe conocer para que pueda comparecer el demandante; esto es lo que da derecho al juez natural, denominado juez ordinario, que está predeterminado por la ley.

El derecho al juez natural exige el cumplimiento de las normas sobre el repartimiento cuando existan varios Juzgados de la misma competencia, distribución de asuntos y composición de los órganos jurisdiccionales que garanticen la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión requiere, que muchas veces puede ser burlado si se mantiene inescrupulosamente el órgano jurisdiccional.

La competencia objetiva puede ser por razón de la persona del demandado, por la materia, por la cuantía y por el territorio, que deben tener un tratamiento especial sobre los conflictos negativos de competencia[36], porque puede ser el Juez el que se declara incompetente y en el conflicto negativo de competencia, como la contienda de incompetencia que sólo puede ser interpuesta por el demandado ante el Juez que considera competente dentro de cinco días[37].

Si el Juez al sanear el proceso, luego de analizar la competencia, concluye que es incompetente por razón de la materia, cuantía y territorio, con las potestades que le confiere el art. 427 del C.P.C., declarará nulo todo lo actuado, improcedente la demanda y por concluido el proceso.

3.3.1.2. De la capacidad procesal de las partes

La capacidad procesal permite comparecer en un proceso personalmente o ejerciendo la representación voluntaria de personas naturales o en ejercicio de la representación legal cuando se trata de personas jurídicas o de otras que la ley expresamente les faculta; es decir, que la capacidad procesal de las partes, se fundamenta en la aptitud legal de ellas (capacidad para el ejercicio de todos los derechos civiles) de comparecer válidamente al proceso ya sea en nombre propio, o en representación de otra persona, o ejerciendo la representación legal, convencional o judicial, conocida como representación procesal .

La capacidad procesal permite a las partes el ejercicio de todos los derechos civiles cuando hacen uso del derecho de acción y de contradicción, es decir, la capacidad de ejercer el derecho material que sustenta la pretensión procesal del demandante y del demandado cuando ha interpuesto reconvención. Sin embargo, no todos los sujetos de derecho que tienen calidad de parte en una relación jurídica material, tienen capacidad procesal, porque

36 Cfr. art. 36 del C.P.C.

37 Cfr. art. 38 del C.P.C.

a esta se le suele identificar con la capacidad civil de ejercicio, percepción que no es exacta, sino un desconocimiento de la ciencia procesal[38]

Al referirse a la capacidad procesal, ALVARADO VELLOSO acota: "Sin embargo, cabe reiterar aquí que el tópico en cuestión se vincula con la aptitud que debe tener el sujeto (gente o ente jurídicamente capaz) que asume el carácter de parte procesal para ejercer por sí mismo los derechos, deberes, obligaciones y cargas que genera todo proceso"[39].

Cuando falta este presupuesto procesal, el demandado puede cuestionar la capacidad procesal a través de las excepciones de incapacidad del demandante o de su representante, representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado[40].

El demandante también hará uso de estas excepciones si el demandado al contestar la demanda ha hecho uso de pretensiones procesales en la reconvención o contrapretensión, porque en este caso tiene condición de parte demandada.

Si la parte demandada no ha propuesto ninguna de las excepciones, el Juez al sanear el proceso deberá verificar la capacidad procesal de las partes, pues si faltara o fuese defectuosa le concederá un plazo para que el incapaz comparezca legalmente asistido o representado o subsane el defecto o la insuficiencia de representación del demandante y suspenderá el proceso; pero si no cumpliera con lo ordenado, declarará la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso, por tratarse de una relación procesal inválida subsanable[41].

3.3.1.3. De los requisitos de la demanda

En el saneamiento procesal el juez volverá a examinar los requisitos de forma y de fondo de la demanda con la finalidad de que la sentencia a expedir no adolezca de alguna causal de nulidad. Si falta algún presupuesto procesal de la demanda, la relación procesal es inválida

38 "Artículo 58º.- Capacidad para comparecer en un proceso. - Tienen capacidad para comparecer por sí a un proceso o para conferir representación designando apoderado judicial, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer, así como aquellas a quienes la ley se lo faculte.

Las demás deben comparecer por medio de representante legal.

También pueden comparecer en un proceso, representando a otras personas, las que ejercen por sí sus derechos.

Pueden continuar un proceso quien durante su transcurso cambia de nombre, sin perjuicio de la causa que motivó tal hecho".

39 ALVARADO VELLOSO, Adolfo; Introducción al estudio del Derecho Procesal; Segunda Parte; Edit. Edit. Rubinzal Culzoni Editores; Bs. As. Argentina; 1998; p. 90.

40 Cfr. art. 446 incs. 2 y 3 del C.P.C.

41 Cfr. art. 451 del C.P.C.

insubsanable en algunos casos y otras veces subsanable.

El nombre del demandante y el del demandado en el escrito de demanda deben estar perfectamente individualizados aun con sus direcciones domiciliarias, el petitorio que constituye la pretensión procesal debe ser claro y concreto, por constituir el petitum que expresa la exigencia jurídica de la parte que solicita al juez la tutela jurisdiccional efectiva para no incurrir en defecto legal en el modo de proponer la demanda, los hechos en que se funda el petitorio deben ser expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad, sin prestarse a la ambigüedad u oscuridad, por constituir la causa petendi.

Cuando se trata de pretensiones procesales por la cuantía, el monto del petitorio es importante porque puede darse el caso de que un proceso de conocimiento se está tramitando como proceso abreviado; el lugar y fecha de la demanda para determinar la competencia territorial y la caducidad de la pretensión procesal, la autorización del letrado[42].

El procesalista español RAMOS MÉNDEZ acota: "Por último hay que señalar que el contenido subjetivo y objetivo de la demanda es el dato que se toma en consideración para diferenciar un juicio de otro, extremo también de la mayor importancia práctica. Identifican a un juicio las personas, el petitum y la causa petendi. Esta triple identidad cualifica definitivamente a un juicio. Sin embargo, en instituciones concretas, se tiene en cuenta la coincidencia parcial entre los elementos de un juicio en orden a determinados efectos"[43].

El juez al sanear el proceso debe examinar los requisitos de la demanda prescritos en los art. 424 y 425 del C.P.C., si son de forma, cuando el demandado ha denunciado la existencia de una relación jurídica procesal inválida por alguna omisión o defecto de algún presupuesto procesal de la demanda proponiendo una excepción y si declara fundada suspenderá el proceso concediendo un plazo hasta que el demandante subsane la omisión o defecto dentro del plazo que le ha concedido en el auto de saneamiento procesal. Si son defectos de fondo, como en los casos que no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio, el petitorio fuese jurídica o físicamente imposible, la demanda contenga un indebida acumulación de pretensiones[44], si el Juez no ha declarado improcedente la demanda cuando la ha calificado, deberá hacerlo en el saneamiento procesal por resolución motivada declarando que la

42 "Si el Juez al calificar la demanda, o el demandado al proponer excepciones, no advirtieron que a la demanda le falta un requisito de ley, el juzgado en vía de saneamiento debe examinar si se ha cumplido con los requisitos de la demanda, y en caso negativo, procederá a emitir la resolución correspondiente". TICONA POSTIGO, Víctor; El debido proceso y la demanda civil; 2da. Edic.; Edit. GRIJLEY; Lima-Perú; 2009; p. 555.

43 RAMOS MÉNDEZ, Francisco; Enjuiciamiento Civil; T. I; Edit. J. M. Bosch Editor; Barcelona-España; 1997; p. 203.

44 Cfr. art. 427 incs. Inc. 5, 6, 7 del C.P.C.

relación procesal es inválida insubsanable, nulo todo lo actuado y por concluido el proceso.

Cuando el juez declara la nulidad de lo actuado al sanear el proceso lo hará desde el auto de admisibilidad de la demanda hasta cuando expide el auto de saneamiento procesal. En estos supuestos no opera el principio de convalidación procesal, por consentimiento de las partes, por no tratarse de una nulidad formal si no de una nulidad que está sancionada expresamente por el art. 465 inc. 2º de la ley procesal[45] y por consiguiente el demandante no puede alegar que el demandado ha consentido los actos procesales inválidos.

3.3.2. Examen de las condiciones de la acción

3.3.2.1 Interés para obrar

Se refiere al interés procesal que tiene el titular del derecho de acción que después de haber agotado todos los medios indispensables con la parte material no le queda otra alternativa de pedir la intervención urgente de la tutela de los organismos jurisdiccionales para que le solucionen su conflicto judicial.

Este interés procesal debe ser personal, propio, es decir, quien pide la tutela al poder judicial debe tener la condición de parte, además debe ser concreto, inminente y actual.

El interés procesal debe referirse a una pretensión específica contenida en la demanda, de necesidad urgente de la intervención de los organismos jurisdiccionales, que la tutela jurisdiccional sea actual para proteger derechos presentes y no futuros ni inciertos, que el demandante no tenga otra alternativa de solución del conflicto judicial surgido[46].

---

45 "Artículo 173º.- Extensión de la nulidad. - La declaración de nulidad de un acto procesal no alcanza a los anteriores ni a los posteriores que sean independientes de aquél.

La invalidación de una parte del acto procesal no afecta a las otras que resulten independientes de ella, ni impide la producción de efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo disposición expresa en contrario".

46 "El interés para obrar tiene las siguientes características:

a. No tiene contenido patrimonial, económico ni moral. El art. VI del Título Preliminar del Código Civil actual dispone: "Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral". Esta norma no tiene relación con el interés procesal sino con el interés material o sustancial, es decir el que está referido a la cosa misma.

b. Es por naturaleza egoísta. Implica que quien invoca, es decir, quien re curre al órgano jurisdiccional debe solicitar la solución de un conflicto propio, es decir, en el que él es parte. No podrá solicitar la solución de un conflicto que padece un tercero, salvo casos específicos en los que la ley lo permite.

c. Es inminente y actual. Es decir, se presenta cuándo no existe otra alternativa para la solución del conflicto, se han agotado todas las posibilidades civilizadas". MONROY GALVEZ, Juan; Curso de Capacitación en Materia Procesal Civil. Para Abogados del Registro Público de Minería de Lectura. Primera Parte; T. I. Estudio De Belaunde&Monroy; Lima-Perú; 1998; p. 226.

3.3.2.2. Legitimidad para obrar

Es la relación jurídica material y procesal que existe entre el demandante y demandado; es decir, que son las mismas personas que conforman la parte material o sustancial y la parte procesal.

La legitimidad para obrar no se debe tomar como sinónimos de titularidad de derechos materiales o sustanciales, como si se tratase de un contrato de compra venta, donde hay un comprador y vendedor. Como puede verse en este ejemplo que se trata de una relación eminentemente material o sustancial o propiamente de derecho civil; sin embargo, en esta relación puede surgir un conflicto judicial, por lo que la parte afectada puede comparecer ante el juez solicitando la tutela jurisdiccional para que solucione su conflicto con relevancia jurídica a través de una demanda.

Cuando el juez emplaza válidamente al demandado con la pretensión procesal, recién se entabla la relación procesal, surgiendo así una nueva relación jurídica de naturaleza eminentemente procesal, donde el pretensor afirma ser el titular del derecho de acción y al demandado se le atribuye la calidad de obligado y titular del derecho de contradicción. En esta relación de demandante y demandado que son las mismas personas de la relación jurídica material o sustancial y que necesariamente están legitimados como partes para comparecer válidamente en busca de tutela jurisdiccional efectiva.

3.4. Resoluciones de saneamiento procesal

Contestada la demanda y la reconvención cuando ha hecho uso el demandado, el Juez de oficio debe expedir resoluciones respecto a la relación procesal, a fin de que el proceso se desarrolle sin ningún defecto que pudiera generar problemas como los que se crearon hasta 1993 con el derogado Código de Procedimientos.

3.4.1. Relación jurídica procesal válida

Cuando el demandado es emplazado con la demanda que contiene una o más pretensiones procesales, se origina la relación jurídica procesal entre el juez y las partes. Antes que se interponga la demanda puede darse que las partes tengan una relación jurídica sustantiva o material, la cual una vez que se inicia el proceso se traslada a la relación jurídica procesal, si el pretensor tiene manifiesto interés para obrar y el Juez con las potestades que le confiere la jurisdicción procede a calificar si existe una relación jurídica procesal válida, con tal objeto en la audiencia de saneamiento procesal vuelve a examinar todos los presupuestos procesales y si lo encuentra conforme procederá a expedir la resolución pertinente.

CARRIÓN LUGO, citando a Eduardo B. CARLOS, acota: "El complejo de actividades que realiza el Juez y las partes que en el proceso intervienen establece nexos y ligámenes de carácter jurídico que los vincula entre sí, porque es la ley la que les atribuye derechos y deberes recíprocos. Se crea así una relación jurídica de carácter público, autónomo y compleja. La intervención del Juez, órgano de Estado, por cuyo intermedio se presta la función jurisdiccional, singulariza particularmente a esta teoría y la desplaza hacia la zona de derecho público" [47].

Lo que interesa a la concepción publicista de nuestro ordenamiento procesal, es que el Juez en el saneamiento procesal expida una resolución declarando la relación jurídico procesal válida e independiente del derecho sustancial o material, porque el proceso debe llegar al estado de sentencia sin ningún defecto para pronunciarse sobre el derecho material que pudieran tener las partes. De ahí que, para declarar la relación jurídica procesal válida, se tiene que examinar la capacidad procesal de las partes, la de sus representantes si hubiesen comparecido por medio de ellos, si el Juez es competente para conocer válidamente las pretensiones procesales que se han interpuesto, etc. y si confluyen todos los presupuestos procesales, podemos afirmar que la relación jurídica procesal es válida[48].

3.4.2. Relación jurídica procesal invalida insubsanable

Cuando el juez en el acto de sanear el proceso, advierte que la relación jurídico procesal es insubsanable, debe expedir la resolución correspondiente precisando los defectos que no podrían subsanarse, anulando todo lo actuado y dando por concluido el proceso[49].

La resolución que declara la nulidad de todo lo actuado y por concluido el proceso es apelable con efecto suspendido, por tratarse de una resolución que pone fin al proceso y si el superior jerárquico en revisión al reexaminar la resolución impugnada la confirma procede el recurso de casación. Pero si la revoca dispondrá que el a quo proceda a declarar la relación jurídica procesal válida o inválida subsanable; contra esta resolución no procede el recurso de casación.

El juez en la audiencia de saneamiento procesal o cuando se ha contestado la demanda en forma expresa o en rebeldía, tiene que proceder sin necesidad de audiencia a sanear el proceso, si advierte que se ha emplazado al demandado con la demanda y el pretensor no tiene legitimidad de obrar, hay caducidad de la pretensión, etc. y el demandado no ha propuesto las excepciones correspondientes como medios de defensa. En estos supuestos y otros, el Juez por resolución debidamente motivada declarará que la relación jurídico procesal es inválida insubsanable, nulo todo lo actuado y por

47 CARRIÓN LUGO, Jorge; Op. Cit.; Tratado de Derecho Procesal Civil; T. II; Edit. GRIJLEY; Lima-Perú; 2000; p. 520

48 Cfr. art. 465 inc. 1º del C.P.C.

49 Cfr. art. 465 inc. 3º del C.P.C.

concluido el proceso, disponiendo el archivamiento del proceso.

3.4.3. Relación jurídica procesal inválida subsanable

Al expedir la resolución de saneamiento procesal por la cual declara que la relación procesal es inválida subsanable, el juez debe conceder un plazo para la subsanación. Así en los procesos de conocimiento concederá un plazo perentorio de diez días para subsanar los defectos advertidos en la relación procesal[50] y en el proceso abreviado deberá conceder el plazo perentorio de cinco días para subsanar los defectos que se hubiese advertido al expedir el auto de saneamiento procesal[51].

Si el demandante dentro del plazo concedido cumple con el mandato de subsanación, el juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida; pero en el caso que el demandante no hubiese cumplido con subsanar los defectos advertidos o transcurrido el plazo sin que se haya subsanado, resolverá declarar la nulidad de todo lo actuado y por concluido el proceso, imponiendo al demandante la condena de costas y costos. Esta resolución y la que concede plazo para subsanar los defectos advertidos, son apelables con efecto suspensivo y si por auto de vista son confirmadas las resoluciones recurridas, contra cualquiera de ellas es procedente el recurso de casación[52]. En los procesos sumarísimos o llamados también procesos de urgencia no se concede plazo alguno para subsanar los defectos formales que se pudieran haber advertido.

3.5. Efectos del saneamiento del proceso

3.5.1. Efectos de la declaración de la relación procesal válida

Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida, precluye toda petición referida, directa o indirectamente, a la validez de la relación procesal[53]. En consecuencia, no solamente tendrá efectos preclusivos sino también genera la imposibilidad jurídica de cualesquiera de las partes para realizar peticiones con relación a los actos procesales anteriores o posteriores a la declaración de la validez de la relación procesal; esto es, que las partes no podrán proponer tachas u oposiciones contra los medios probatorios, excepciones y defensas previas contra los defectos de forma y de fondo de la demanda, ni aun contestar la demanda en caso del demandado declarado rebelde que pudo ejercer estos actos hasta antes del auto de saneamiento

50 Cfr. art. 478 inc. 8º del C.P.C.

51 Cfr. art.493 inc. 1º del C.P.C.

52 Cfr. arts. 465 inc. 3º y 467 del C.P.C.

53 Cfr. art. 466 del C.P.C.

procesal y después de que el juez haya declarado la relación procesal válida, precluye todo pedido de nulidad de algún acto procesal tendientes a entorpecer la prosecución del proceso.

Sin embargo, puede darse el caso, que consentida o ejecutoriada la resolución que declara el saneamiento procesal, para las partes ha precluido toda petición tendiente a cuestionar y enervar la validez de la relación jurídica procesal, consideramos que esto no limita los a los poderes que confiere la jurisdicción al juez para volver a revisar el auto de saneamiento procesal y pronunciarse expresamente sobre la relación procesal siempre y cuando se advierta una nulidad sustancial como cuando el derecho en que se sustenta la pretensión procesal ha caducado o el demandante no tiene legitimidad para obrar; y que al calificar la demanda ni el juez de oficio ha declarado la improcedencia ni tampoco el demandado ha denunciado la omisión o defecto formal de la demanda a través de las excepciones de caducidad y de falta de legitimidad para obrar, para que el juez al sanear el proceso, se hubiera pronunciado sobre la improcedencia de la demanda.

Cuando se advierten nulidades procesales que afectan la relación procesal válida, también puede el Juez declararla de oficio, reponiendo el proceso al estado donde se cometió el vicio que lo invalida, porque en estos casos no son de aplicación los principios de convalidación y subsanación del proceso.

3.5.2. Efectos de la declaración de la relación procesal inválida

Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la invalidez de la relación procesal o vencido el plazo sin que el demandante subsane los defectos que la invalidan, el Juez declara concluido el proceso imponiendo al demandante el pago de las costas y costos[54].

El numeral en comentario tiene dos supuestos: 1) cuando el juez declara la relación jurídico procesal inválida insubsanable y 2) cuando el demandante no lo subsana dentro del plazo que le confiere el Juez de acuerdo a cada procedimiento.

En el primer caso, la resolución que expide el juez deberá quedar consentida o ejecutoriada, con la finalidad de que pueda condenar al demandante con el pago de costas y costos, la que será regulada por el juez que la expidió.

En el segundo supuesto, cuando el juez ha conferido un plazo al demandante, como en el proceso de conocimiento el plazo de diez días para que subsane los defectos formales de la demanda, si no se ha impugnado y tampoco ha cumplido con lo ordenado; no le quedará otra posibilidad que declarar la relación jurídica procesal inválida insubsanable, nulo todo lo actuado y concluido el proceso; y una vez que quede consentida o ejecutoriada la referida resolución se le condenará al pago de costas

54 Cfr. art. 467 del C.P.C.

y costos al demandante. Por ejemplo. en los litisconsortes pasivos, cuando no se han demandado a todos los que son parte en una misma relación jurídica material o sustancial, no existe identidad de partes en la relación procesal, por lo que se está frente a la ausencia de legitimidad de obrar del demandado, que el juez está obligado a conceder un plazo al demandante para que se subsane esa relación jurídico procesal en el plazo de diez días en el proceso de conocimiento y si no cumple dentro del plazo que le concede anulará todo lo actuado y dará por concluido el proceso.

La condena de costas y costos se le impone al demandante, porque es renuente al mandato judicial y porque su actuación no se sujeta a los principios de probidad, lealtad, y buena fe que debe imperar entre los sujetos de la relación procesal[55]. A lo que Devis Echandía, considera a la "lealtad procesal como consecuencia de la buena fe en el proceso, y que excluye las trampas judiciales, los recursos torcidos, la prueba deformada, la inmoralidad de todo orden"[56].

4. JUZGAMIENTO ANTICIPADO DEL PROCESO

4.1. Generalidades

Juzgar un conflicto de intereses o una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica[57] en un proceso determinado, es tan importante y sin muchas dilaciones como hemos observado en el siglo pasado, donde los jueces sólo podíamos juzgar cuando se expedía sentencia en los denominados juicios ordinarios, de menor cuantía y ejecutivos; por eso era urgente para el Estado dotar de un nuevo instrumento procesal, que permita a la justicia ser accesible a los justiciables en virtud del principio de socialización del proceso y a todos los operadores de justicia.

Al leer el proyecto del nuevo Código Procesal Civil, en el Título Preliminar observo con esperanza el principio de gratuidad en el acceso a la justicia, que al promulgarse se erigía la auténtica justicia para los pobres del Perú que son la mayoría; sin embargo, al publicarse la Ley N° 26846 el 27 de julio de 1997 el principio de gratuidad en toda su extensión sufre modificaciones, al limitar sus alcances el T.P. del C.P.C.: "… y disposiciones administrativas del Poder Judicial"[58], que fueron creadas por el propio Poder Judicial con el nombre de tasas judiciales como fondos propios de justicia, que ahora

55 IDROGO DELGADO, Teófilo; Op. Cit.; T. I.; 2da, Edic.; p. 368.

56 DEVIS ECHANDÍA, Hernando; Teoría General del Proceso; T.I.; 14 Edic.; Edit. ABC. Santa Fe de Bogotá – Colombia; 1984; p- 46

57 Cfr. art. III del T. P. del C. P. C.

58 Cfr. Art. VIII del T.P. del C.P.C

resultan onerosas a los usuarios que comparecen en busca de tutela jurisdiccional.

Esto me lleva afirmar que no ha perdido vigencia lo que Taruffo nos refiere en el siglo pasado: "Sin embargo, al mismo tiempo el legislador muestra una neta desconfianza frente a esa prudencia del juez y de su capacidad para formular inferencias fácticas aceptables y lógicamente fundamentales, introduciendo al respecto límites legales …"[59].

Con la promulgación del Código Procesal Civil, se abandona el sistema dispositivista en el cual nos habíamos formado y entra en vigencia el sistema procesalista en un momento de crisis política generado por el autogolpe de Estado de abril de 1992, donde se interviene al sistema de justicia: poder judicial, ministerio público, tribunal constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura hoy Junta Nacional de Justicia, Academia de la Magistratura, entre otros. La Corte Suprema estuvo dirigida por la denominada comisión ejecutiva del poder judicial y su secretario ejecutivo Cdte. (R) José Dellepiane Massa, con facultades de nombrar presidentes de cortes superiores de todos los distritos judiciales del Perú y de jueces provisionales y suplentes en reemplazo de sus titulares que no fueron ratificados en sus cargos en nombre del poder judicial, porque su titular fungía de presidente sin importarle su independencia e imparcialidad como juez supremo.

En estas condiciones de autoritarismo político del poder ejecutivo contra otro poder del Estado, bien conocido por los operadores del derecho y de defensa de la justicia nacional, entró en vigencia el Código Procesal Civil, con nuevas instituciones propias del nuevo sistema procesal que se edificaba: que recusa al juez espectador del proceso y lo convierte en el juez director y conductor, dotado con grandes principios procesales y con la autoridad que antes le negaron y con plenas facultades para juzgar por mandato constitucional desde el inicio de proceso, mediante los resoluciones motivadas para resolver la admisibilidad y rechazo de la demanda o de la reconvención, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de las medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento[60].

El juzgamiento anticipado no se conoció en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, pese a ser importante, ya existente en la legislación comparada y necesario instrumento procesal, que contribuye a que la tutela jurisdiccional que presta el Estado a las partes para ser un mejor servicio público antes y durante el desarrollo del proceso haciendo a la justicia eficiente e idónea; es decir, que

59 TARUFFO, Michelle, Prueba de los Hechos; Edit. Trota; Bologna-Italia; 2002; pp. 471 y 472

60 Cfr. art. 121 del C. P. C.

esta institución proporcione a los justiciables de los elementos materiales y humanos indispensables para "un acceso al servicio de justicia gratuito"[61], no oneroso, convirtiendo a un acceso posible y sin dilaciones.

Como sostiene el esclarecido constitucionalista BIDART CAMPOS: "El derecho a la tutela jurisdiccional es un supuesto de la actividad procesal que, en su primera etapa, aparece como previo al proceso, pero que, no agotándose con el acceso al órgano judicial se desenvuelve al hilo del proceso hasta la sentencia firme"[62], haciendo que ante la eventualidad de un conflicto judicial el servicio de justicia sea el más adecuado.

Durante el proceso, la tutela jurisdiccional debe ser verdadera, real y efectiva, para lo cual se necesitan de jueces idóneos y probos para impartir justicia en materia civil con independencia e imparcialidad, tal como afirma el maestro MONROY GÁLVEZ: "El derecho en el proceso, llamado también debido proceso objetivo o garantía de defensa en juicio, es en realidad el derecho a recibir del Estado prestación de justicia al caso concreto. Para expresarlo de manera distinta, es el derecho a que un juez natural (competente) resuelva un conflicto con conocimiento, imparcialidad, aplicando el derecho que corresponda al caso concreto y cumpliendo con el procedimiento establecido"[63].

Al expedir sentencia realizando un juzgamiento anticipado, creemos que el juez cumplirá con el debido proceso y su augusta función de impartir justicia. No hay razón para que realicen todos los estadíos procedimentales dispuestos en cada proceso y retardar en resolver el conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales[64]; pues, si se tratan de cuestiones de derecho o siendo de hechos no hay necesidad de actuación de medios probatorios en la audiencia respectiva y presunción relativa de verdad sobre los hechos expuestos en la demanda cuando el demandado (rebelde) se ha mostrado renuente para pronunciarse sobre el contenido de la demanda y la pretensión del demandante al no haber absuelto el traslado que se le ha corrido, tenemos que presumir que el demandado no tiene nada que alegar en su defensa; de modo que el Juez procederá a expedir sentencia utilizando el juzgamiento anticipado.

Esta institución, creada en nuestro ordenamiento procesal, dependerá en gran medida de la preparación de nuestros operadores jurídicos y más que todo de la eficiencia procesal de los jueces civiles para satisfacer adecuadamente la pretensión procesal del demandante o del demandado en

61 Cfr. art. VIII del T. P. del C.P.C.

62 BIDART CAMPOS, Germán; Régimen legal y jurisprudencia del amparo; Ediar Editores; Buenos Aires, Argentina; 1969; p. 17

63 MONROY GÁLVEZ, Juan; Teoría General del Proceso; Op. Cit.; p. 458.

64 Cfr. art. III del T. P. del C.P.C.

caso de reconvención o contrapretensión expidiendo un pronunciamiento válido con celeridad, menor esfuerzo y convicción, que genere firmeza y seguridad jurídica, utilizando el juzgamiento anticipado en la eta postulatoria, antes de continuar con los estadíos procedimentales de las etapas probatoria y decisoria fijados por la ley procesal y sin descuidar la tutela que tiene derecho el demandado rebelde; asimismo, es notorio observar en ciertos casos, que hay jueces que se resisten aplicar el sistema procesalista, abandonar las prácticas ritualísticas propias del sistema procedimentalista ya abrogado, que tanto daño hizo a la justicia peruana generando la carga procesal y mora judicial insoportables en los juzgados civiles de Trujillo.

4.2. Sentencia en juzgamiento anticipado

Constituye la resolución anticipatoria y definitiva que expide el juez poniendo fin a la instancia, sin realizar un mayor desarrollo del proceso porque terminará en ese momento y tendrá efectos de cosa juzgada una vez que queda consentida o ejecutoriada.

La sentencia que expida utilizando esta institución, sin audiencia de pruebas, será previa la declaración de la relación procesal válida en el auto de saneamiento procesal y cuando no hay medio probatorio alguno que requiera de actuación en la audiencia de pruebas no se aplica a todos los procesos sino en casos concretos que la ley procesal civil ha previsto, para los procesos de conocimiento, abreviados, sumarísimos, etc.; y otros jueces especializados por mandato expreso de sus propias leyes vienen expidiendo sentencias en forma supletoria, como en los contenciosos administrativos, laborales y en otros procesos.

El juzgamiento anticipado, muchos creen que se ha legislado en beneficio del demandante y en perjuicio del demandado, nosotros pensamos distinto. No todas las sentencias que se expidan en aplicación de esta institución deberán ser fundadas, creemos que tampoco contra los demandados rebeldes, porque puede darse la presunción relativa de verdad, en casos concretos, como cuando el demandado no absuelve el traslado de la demanda, cuando el demandante no tiene legitimidad para obrar, ha caducado su derecho, entre otros casos; que pasaría si el juez al calificar la demanda no declara improcedente la demanda ni al sanear el proceso declara la relación jurídica procesal inválida insubsanable y da por concluido el proceso. En estos supuestos si el Juez advierte al emitir sentencia en juzgamiento anticipado, resolverá los casos de improcedencia de la demanda y otros.

Asimismo, pueden darse casos reales que, al presentarse la demanda, el pretensor no cumple con anexar los medios probatorios con los cuales debe probar su derecho de acción con documentos públicos, como aquellas demandas de mutuo hipotecario o anticrético que son contratos solemnitatem, tampoco el demandado tenía la obligación de contestar la demanda y si lo ha contestado, lo ha hecho para cumplir con absolver el traslado de la demanda. El juez ha admitido la demanda, ha saneado el proceso, en juzgamiento anticipado puede expedir sentencia declarando infundada la demanda.

Al respecto, los procesalistas españoles, CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO

CATENA afirman: "Sea cual sea la posición doctrinal que se tenga de los grandes conceptos del Derecho Procesal, la sentencia es, ante todo, un acto del juez (y, por consiguiente, un acto del Estado) que supone una declaración de voluntad del Estado en la que se afirma existente o inexistente el efecto jurídico pedido en la demanda. Desde este punto de vista, la sentencia es un mecanismo aplicador del Derecho, ya se entienda el Derecho como resultante de la propia sentencia, ya sea entendido aquél como el elemento determinante de sentencia"[65].

Nuestro Código Procesal, considera a la sentencia como un acto procesal "del juez que pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal"[66], así como a las demás resoluciones judiciales.

En cambio, los procesalistas españoles, consideran a la sentencia como un acto procesal del juez y por consiguiente un acto de voluntad del Estado, para finalmente afirmar que la sentencia es fundamentalmente también un acto de pensamiento. Esta dualidad nunca se podrá entender, que la sentencia es la esencia de la jurisdicción, pero tampoco se podrá entender el qué y el porqué del proceso si no analizamos la sentencia como acto de pensamiento que proviene del propio juez[67].

Creemos, que hasta hoy pese a la avanzada reforma de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 2000, se mantiene aún todavía el asentado sistema procedimentalista que no se compatibiliza con nuestra legislación procesal publicista.

La sentencia que expida el juez, ya sea en juzgamiento anticipado, o como acto final que pone término al proceso no solamente está condicionada a las pretensiones procesales de la demanda y la contestación, sino que el Juez debe pronunciarse sobre las pretensiones procesales que han hecho valer las partes, en aplicación del principio de congruencia del proceso. La sentencia no se podrá pronunciar más allá de la pretensión ejercitada por el demandante (o por el demandado), porque se atentaría contra el principio de la tutela jurisdiccional efectiva y la imparcialidad del juez, actuando extra o ultra petita, porque éste se pronunciaría sobre puntos no demandados, no controvertidos y no probados.

Expedida la sentencia en esas condiciones, está dotada de autoridad para poner fin al conflicto judicial; pero no se trata sólo de eso, las partes y la comunidad esperan ser convencidas mediante

65 CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor; Derecho Procesal Civil; 2da. Edic.; Edit. Colex; Madrid-España; 1997; p. 299.

66 Cfr. art. 121 3ra. parte del C. P. C.

67 CORTEZ DOMINGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor; Op. Cit.; pp. 299 y 301.

una sustentación dilucidadora la cual oriente, informe, instruya para enfrentar una realidad que en cada época presenta características particulares, como un trasunto fiel de la realidad, de parte del juez, que conociendo el espíritu de la ley, la aplica, para resolver el conflicto judicial sometido a su competencia, en la ardua tarea de una certera interpretación, para cumplir a cabalidad con la sublime misión que el Estado le ha encomendado.

Al tratar sobre las contradicciones actuales de la justicia civil peruana, sobre el nuevo juez del tercer milenio, nuestro gran procesalista MONROY GÁLVEZ acota: "En armonía con los postulados de la doctrina contemporánea, el Código Procesal Civil exige la presencia de un juez creativo, con el criterio jurídico suficiente como para administrar con solvencia la discrecionalidad que la nueva normatividad le otorga. Es necesario un juez que esté en condiciones de advertir que la experiencia jurídica es un fenómeno de conducta que es calificado de antemano a través de una norma que no siempre refleja o se identifica con el sistema de valores predominantes en una sociedad, específicamente en un contexto histórico determinado"[68].

Parodiando a Cappelletti con nuestra legislación procesal hemos alcanzado un sistema procesalista, con grandes transformaciones e importantes conquistas logradas, pero seguimos en el principio, por las reformas que se realizaron y continúan haciéndose sin tener en cuenta los derechos de las mayorías, quizás seamos escépticos con tales reformas del acceso a la justicia, pero no perdemos de vista los riegos y limitaciones con que se cuenta en los órdenes sociales son fundamentalmente injustos, pero no perdemos de vista los riesgos y limitaciones con que se cuenta en los órdenes sociales son fundamentalmente injustos[69]. Parodiando, afirmamos nuestro ordenamiento procesal, no sólo se hizo pensando en la justicia del siglo pasado, de los denominados juicios que se emitía al final del proceso sino también en la del nuevo sistema procesal del futuro, donde el juez debe ser un hombre de espíritu renovado y con idoneidad jurídica para solucionar conflictos de su tiempo, conocedor de la realidad de nacional donde se desempeña, de los valores predominantes y de las pobrezas de su comunidad.

No ha perdido actualidad Peyrano Peyrano, citando a Carlos Ayarragaray, al afirmar que: "desde siempre el costo del proceso fue un obstáculo para que cada cual gozara de sus derechos. Es

68 MONROY GÁLVEZ, Juan; A cinco años de vigencia del Código Procesal Civil; En Revista Peruana de Derecho Procesal; T. III; Estudio De Belaunde & MONROY Abogados; diciembre 1998; Lima, Perú; p. 192

69 "Es necesario subrayar que, aunque ya se han obtenido logros sorprendentes, seguimos solo en el principio. Todavía falta mucho por hacer para que los derechos de la gente común sean verdaderamente respetados. Más aún, al recibir con agrado el surgimiento de audaces reformas al acceso, no debemos perder de vista sus riesgos y limitaciones. Quizás seamos escépticos, por ejemplo, ante el potencial de las reformas de acceso a la justicia en ordenes sociales fundamentalmente injustos. Las reformas judiciales y procesales, debe reconocerse, no son sustitutos suficientes de la reforma política y social". CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant; El Acceso a la Justicia; Edit. Fondo de Cultura Económica; México; 1996; p. 97.

suficiente, lo que afirma recordar la justicia medieval, que se presentaba previo pago de espórtulas, gabela especialmente creada para engrosar las ar¬cas de los señores feudales, con lo cual, quien no contaba con recursos suficientes para satisfacerla se encontraba imposibili¬tado de peticionar el ejercicio de la función jurisdiccional"[70].

Por tales motivos, el legislador creó la oralidad en las audiencias y a esta institución en el art. 473 del C.P.C., facultando al juez a expedir sentencia en ciertos supuestos, cumpliendo con su alta función de impartir justicia oportuna, sin continuar con los cauces normales del proceso hasta el final, entorpeciendo su alta función y atentando contra los principios de celeridad, inmediación y economía procesal injustamente dilatando con tanto formulismo en desmedro de la tutela jurisdiccional efectiva que debe prestar el Estado a los justiciables por medio del juzgamiento anticipado en la etapa postulatoria, en los casos de excepción dispuestos expresamente en la ley procesal y por su propia decisión como juez director y conductor del proceso, en las siguientes hipótesis:

4.2.1. Cuando la cuestión debatida es sólo de derecho

Fijado los puntos controvertidos, la admisión o rechazo de los medios probatorios y ordena llevar a cabo o que se prescinde de la audiencia de pruebas, aunque sea impugnada el juez procederá al juzgamiento anticipado[71], cuando advierte que la cuestión debatida sólo es de derecho, comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia pronunciándose sobre los puntos controvertidos, previo informe oral de las partes o sus abogados que lo hubiesen solicitado, toda vez que no hay nada que probar ni mucho menos necesidad de realizar otros actos de procedimiento, porque las cuestiones de derecho no son objeto de prueba, como por ejemplo, cuando afirmo esta demanda no es de preterición de herencia sino de caducidad de herencia, las demandas de exclusión de nombre cuando el hijo no es reconocido, no se discute la filiación sino el derecho que tiene el hijo de llevar los nombres de quien lo ha reconocido, etc.

En aplicación de los principios de dirección, inmediación, celeridad y economía procesal, el Juez deberá realizar un juzgamiento anticipado del proceso pronunciándose sobre la pretensión procesal demandada, la que tendrá efectos de cosa juzgada una vez que queda consentida o ejecutoriada.

4.2.2. Cuando la cuestión debatida es de hechos

Este supuesto, igual que el anterior, ocurre cuando el juez una vez expedido el auto de saneamiento procesal, declarando la relación procesal válida y advierte que la cuestión controvertida es de hechos,

70 PEYRANO, Jorge Walter; El Proceso Civil. Principios y Fundamentos; Edit. Astrea; Bs. As. Argentina; 1978; p. 289.

71 Cfr. art. 468 del C. P. C.

y que no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia de pruebas, comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia[72], porque la demanda y su eventual anexo le han producido convicción que es fundada.

Así ocurre, por ejemplo, si se ha demandado reivindicación y el pretensor ha acompañado a su demanda el testimonio de escritura pública debidamente registrada, el juez procederá a expedir sentencia con plena certeza pronunciándose sobre los puntos controvertidos que han originado el conflicto judicial a través del juzgamiento anticipado poniendo fin a la instancia, cuya decisión por el principio de plenitud de la motivación que nos refiere Taruffo y otros, tiene dos implicaciones al problema de la prueba y al juicio sobre los hechos, que se refieren a la justificación interna y la justificación externa entre las premisas de derecho y la de hecho, en que se funda la decisión final que el juez ha reconstruido y ha fijado de un cierto modo los hechos de la demanda, acerca de la verdad o falsedad de los hechos y la racionalidad de los argumentos que vinculan las pruebas sobre los hechos[73]; de modo, que esta sentencia, generará efectos de cosa juzgada con relación a las partes, al juez y a terceros una vez que queda consentida o ejecutoriada. De no producirle convicción la demanda y su eventual anexo expedirá sentencia en juzgamiento anticipado, declarándola infundada.

4.2.3. Cuando la declaración de rebeldía causa presunción relativa de verdad

Cumplido con los presupuestos procesales para la declaración de la rebeldía: como son emplazamiento válido, transcurso del plazo para contestar la demanda e incomparecencia del demandado al proceso, el Juez después de verificar que estos actos procesales se han realizado con todas las formalidades, procede a declarar la rebeldía del demandado; porque el hecho de que éste no haya comparecido al proceso pueden ser por varios motivos que él sólo conoce como el de haber sido mal emplazado, que

72 Cfr. art. 473 inc. 1º del C.P.C.

73 "El principio de plenitud de la motivación tiene dos implicaciones más que atañen, especialmente, al problema de la prueba y al juicio sobre los hechos. La primera implicación es que una motivación completa debe incluir tanto una justificación interna, relativa a la conexión lógica entre la premisa de derecho y la premisa de hecho (llamada subsunción del hecho en la norma) que funda la decisión final, como la llamada justificación externa, es decir, la justificación de la elección de las premisas de las que se deriva la decisión final. La justificación externa de la premisa de hecho de la decisión se refiere a las razones por las que el juez ha reconstruido y fijado de un cierto modo los hechos de la causa: estas razones se refieren, básicamente, a las pruebas que el juez utilizó para decidir acerca de la verdad o falsedad de los hechos (en el sentido que ya se aclaró anteriormente). Por lo tanto, la justificación externa de la fijación de los hechos implica que el juez tiene que proporcionar argumentos racionales sobre como valoró las pruebas y acerca de las inferencias lógicas por medio de las cuales llegó a determinadas conclusiones sobre los hechos de la causa. Dicho de otra forma: la determinación de los hechos estará o no justificada según las pruebas sobre las que la misma se funde y la racionalidad de los argumentos que vinculan el resultado de las pruebas a juicio sobre los hechos". TARUFFO, Michele. ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto y CANDAU PEREZ, Alfonso; Consideraciones sobre la prueba judicial; 2da. Edic.; Edit. FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO; Madrid. España; 2010; pp. 39 y 40.

no tiene nada que alegar en su defensa o que ha advertido algún vicio de procedimiento, entre otros[74].

Declarada válidamente la situación de rebeldía del emplazado, el juez procederá al saneamiento procesal, tal como hemos sostenido precedentemente: si considera que la relación procesal es válida, expedirá la resolución pertinente al saneamiento procesal, para lo cual previamente volverá a revisar los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, a fin de que se expida la resolución correspondiente debidamente fundamentada[75], para evitar cualquier fraude procesal a que hace referencia RAMÍREZ JIMÉNEZ al tratar del saneamiento procesal[76]. Pero, si considera que la relación procesal es invalida subsanable le concede al demandante el plazo de diez días en el proceso de conocimiento y de cinco días en el proceso abreviado para que lo subsane los defectos que la invalidan, si la subsana expide el auto de saneamiento procesal; pero si considera que la relación procesal es inválida insubsanable así como si el demandante no ha cumplido con subsanar los defectos que la invalidan dentro del plazo concedido, declarará concluido el proceso[77].

74 "Consiguientemente, en caso de que se produzca una discordancia entre la declaración del juez, y la situación real acaecida en el proceso, la que prevalecerá será ésta última. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que se produzca una contestación a la demanda fuera de plazo, pero antes de que se haya llegado a dictar la resolución declarando la rebeldía o al contrario, que por ser nula la diligencia de emplazamiento, el juez declare irregularmente la rebeldía del demandado. Tal declaración será nula. Y, si concurriendo los presupuestos de la rebeldía, el juez no la declara, no por ello se producirá la nulidad del resto del proceso". SAMANES ARA, Carmen; La tutela del rebelde en el proceso civil; J.M. Bosch Editor; Barcelona, España; 1993; p. 87.

75 "Donde tal vez mejor se contemple esta afinidad con la presunción es cuando se procede a la descomposición del hecho. Allí hemos podido ver como la visión molecular del hecho es muy seguro que revele soterradas interrelaciones inferenciales entre sus diversas partículas. Por la misma razón, como decíamos antes, toda combinación de pruebas o prueba compuesta conlleva un tratamiento complejamente inferencial difícil de distinguirlo de una presunción" MUÑOS SABATÉ, Lluís; Curso Superior de Probática Judicial. Cómo probar los hechos en el proceso; Edit. La Ley; Madrid-España; 2012; p. 162.

76 "Un tercer tema que hemos detectado es que el despacho saneador busca no solo sanear el proceso también intenta un elemento muy importante: evitar el fraude en el proceso. Normalmente, fíjense el fraude más grave, el de difícil control (porque los fraudes cuando son unilaterales tienen contrapesos en la contradicción que generan la defensa contraria, el contradictorio de este dialecto tiene evidentemente una síntesis final que ayuda que el juez detecte donde está el entuerto) es el del proceso simulado —como especie de proceso fraudulento-. Allí tenemos un serio problema, ¿cómo detectarlo si las dos partes están en la lógica del fraude? Pues bien, para eso, está la astucia del juez, que le permita encontrar que en efecto el fraude está presente ante sí y que por tanto pudiera desarrollar una tesis que le permiten algunas instituciones del propio Código. Por ejemplo, el artículo 106, el "llamamiento en caso de fraude". Un momento culminante para integrar la litis en protección de un tercero que posiblemente se vea afectado por este proceso fraudulento, es justamente la audiencia de saneamiento o despacho saneador"; RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson; Saneamiento del Proceso; En Revista Peruana de Derecho Procesal; T. II; marzo 1998; Lima-Perú; pp. 530 y 531.

77 "Artículo 461.- Efectos de la declaración de rebeldía. La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que:
1. Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda;
2. La pretensión se sustenta en un derecho indisponible;
3. Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda; o
4. El Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción".

Expedido el auto de saneamiento procesal, el juez notifica a las partes para que dentro del plazo de tres días propongan por escrito los puntos controvertidos en el proceso, vencido el plazo con o sin la propuesta de las partes el juez procederá a expedir el auto de fijación de puntos controvertidos y a la admisión de los medios probatorios o a su rechazo con o sin audiencia de pruebas. Si prescinde de la audiencia de pruebas procederá al juzgamiento anticipado, aunque fuera impugnada la resolución que la prescinde, toda vez que esta decisión es apelable sin efecto suspensivo y con calidad de diferida.

Producido el saneamiento probatorio, el juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia sin otro trámite que el informe oral que lo soliciten las partes o sus abogados, para lo cual señalará día y hora para para la audiencia de juzgamiento anticipado, ya sea que asistan las partes o sus abogados para informar sobre hechos o cuestiones de derecho, respectivamente; con o sin los informes orales, expedirá sentencia por juzgamiento anticipado, poniendo fin al proceso.

Al expedir sentencia, en juzgamiento anticipado contra el demandado rebelde, el Juez tendrá en cuenta que no se den los casos de excepción expuestos precedentemente, donde no hay presunción relativa de verdad, contenido en nuestra Ley Procesal[78], en aplicación de los principios de dirección, celeridad, inmediación y economía procesal[79], terminando los procesos con oportunidad y eficiencia.

La sentencia que expida el juez no tiene efectos de cosa juzgada, mientras no sea notificada formalmente al demandado rebelde, quien al comparecer y apersonarse al proceso tiene expedito su derecho de contradicción y de defensa, para hacer uso del recurso de apelación, porque esta resolución que expide el juez haciendo uso de la institución del juzgamiento anticipado no es inimpugnable.

En este medio impugnatorio no solamente cuestionará los agravios que le causa tal sentencia sino también la validez del emplazamiento, el saneamiento procesal y cualquier defecto de forma o de fondo de los actos procesales realizados por las partes y por el juez en la postulación del proceso al expedir sentencia poniendo fin a la instancia. En revisión, según los agravios, los fundamentos de hecho y de derecho, la Sala Civil de la Corte Superior respectiva resolverá confirmar, revocar o declarar la nulidad de lo actuado cuando advierten nulidades sustanciales que han sido alegadas en el recurso de apelación.

En suma, la institución del juzgamiento anticipado que se ha legislado en nuestro ordenamiento procesal no es para que todas las demandas se declaren fundadas en favor del demandante sino también para que el Juez pueda expedir sentencias declarando infundada las demandas y otras veces observando todas las etapas del proceso porque no le causan presunción relativa de verdad para hacerlo en juzgamiento anticipado.

78 Cfr. art. 473 del C. P. C.

79 PEYRANO, Jorge; El Proceso Civil. Principios y Fundamentos; Edit. Astrea; Bs. As. Argentina; 1978; p. 289.

En todos los supuestos que se ha previsto para el juzgamiento anticipado pueden darse casos de demandas manifiestamente infundadas, como observamos en la práctica judicial, donde los jueces no hacen uso de esta institución procesal, ni tienen en cuenta la perentoriedad de los plazos y los principios que lo regulan a nuestro ordenamiento procesal, haciendo ilusoria la tutela jurisdiccional efectiva en perjuicio de los justiciables.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACCIONES

1. Al entrar en vigencia el nuevo sistema procesal, los jueces civiles tuvieron que afrontar a un instrumento procesal dogmático con sus principios procesales en el Título Preliminar, a diferencia de las reglas del sistema privatístico de 1912. En la postulación del proceso advertimos el derecho de acción y el derecho de contradicción, los presupuestos procesales (competencia, capacidad procesal y requisitos de la demanda), las condiciones de la acción (interés y legitimidad para obrar), la relación jurídica material y la relación jurídica procesal, la contestación y contrapretensión, las excepciones con efectos anulatorios, etc.

   En lo filosófico advertimos un cuerpo orgánico coordinado por principios, con actos procesales lógicos y con una finalidad concreta, objetiva para resolver conflictos de derecho material o sustancial y abstracta de alcanzar la paz social de las partes con celeridad y oportunidad a través de una sentencia justa por medio del juzgamiento anticipado, que emerge del proceso, que la tutela jurisdiccional que preste el Estado sea rápida, gratuita y con plena certeza del juez idóneo y probo, del abogado con principios morales y éticos y de los auxiliares jurisdiccionales, soportes de la magistratura nacional.

2. El juzgamiento anticipado es una institución como el saneamiento procesal, que tiene su origen en el derecho portugués y brasileño, se implementó en el Código Procesal Civil de 1993 y fue modificado por el Dec. Leg. N° 1070 de 28.06.2008, donde el juez debería sentenciar en la audiencia de conciliación, cuando las partes rechazaban la fórmula conciliatoria y advierte que la cuestión debatida es de derecho o, siendo también de hecho no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia de pruebas y, en los procesos cuando queda consentida o ejecutoriada la resolución que declara saneado el proceso, en los casos, en que la declaración de rebeldía causa presunción relativa de verdad.

   A partir de la reforma de nuestro sistema procesal, esta institución que se resolvía en la conciliación intraprocesal como un estadío procedimental obligatorio y privilegiar la conciliación extrajudicial, los legisladores no se dieron cuenta que los jueces civiles con plenas facultades de dirección y conducción del proceso que les otorga la jurisdicción para proponer fórmulas conciliatorias, adelantar opinión sin ser causal de recusación, expedir sentencia en juzgamiento anticipado y dar por concluido los procesos, no pudieron obtener los resultados que se esperaban.

Solo en el distrito judicial de La Libertad un probo e idóneo juez en la provincia de Pacasmayo-San Pedro de Lloc aplicó en la práctica judicial hasta cuando se modificó el Título VII de la Sección Cuarta; lo que nos lleva afirmar que no pueden solucionar conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas con conciliadores extrajudiciales, sin autoridad propia y más que todo onerosa que encareció la justicia por hacerla obligatoria para ciertos procesos y como un estadío pre procesal para que las partes puedan comparecer ante los jueces ejercitando su derecho de acción.

Tampoco se dieron cuenta que esta forma de resolución de conflictos en la legislación comparada había fracasado, como en España a cargo de los cabildos; en Argentina y otros países latinoamericanos dirigida por los grandes estudios jurídicos; de tal modo que los jueces se resisten a sentenciar en juzgamiento anticipado los procesos contenciosos en materia civil en la provincia de Trujillo, menos aplicar supletoriamente los jueces en procesos laborales, no obstante tener su pleno jurisdiccional laboral realizado en la ciudad de Arequipa y su Código Procesal en esta materia con norma expresa del juzgamiento anticipado.

Peor todavía algunos jueces de Trabajo retardan más de seis meses para dar lectura de sus sentencias generando incertidumbre, carga procesal y mora judicial que tanto daño hacen en la impartición de justicia en perjuicio de los justiciables.

3. El juez civil en cumplimiento de su augusta función de impartir justicia, ejercitando las potestades que le confiere la jurisdicción deberá dirigir personalmente el proceso, estará en relación directa con las partes, auxiliares jurisdiccionales, abogados y terceros que intervienen en la audiencia, resolverá todos los actos procesales que se presenten y finalmente expedirá sentencia en juzgamiento anticipado, con su parte expositiva, considerativa y resolutiva declarando fundada o infundada la demanda a fin de que la tutela jurisdiccional que presta el Estado sea eficaz y eficiente ni ocasionar mayores gastos a los justiciables que comparecen ante él para que sus derechos materiales o sustanciales que han sido conculcados sean restablecidos en aplicación de los principios de dirección del proceso, inmediación, concentración, celeridad y economía procesal.

   Los jueces civiles de la provincia de Trujillo han perdido su augusta función de impartir justicia expidiendo sentencia utilizando la institución del juzgamiento anticipado.

4. Se recomienda a los jueces civiles de la provincia de Trujillo que, en cumplimiento de su excelsa función de impartir justicia, cuando menos en los procesos de conocimiento y abreviados, en la etapa postulatoria expidan sentencia en juzgamiento anticipado para evitar la excesiva carga procesal que tanto daño causa a los justiciables que comparecen en busca de tutela jurisdiccional efectiva.

5. Se recomienda a los jueces laborales y contenciosos administrativos de la provincia de Trujillo expedir sentencia en juzgamiento anticipado por tener previsto esta institución procesal expresamente en la ley laboral N° 29479.

V. BIBLIOGRAFIA

Alsina, Hugo (1956). Derecho Procesal Civil y Comercial. Edit. Ediar S. A. Editores: Bs. As.-Argentina.

Alvarado Velloso, Adolfo (1998). Introducción al estudio del Derecho Procesal. Edit. Rubinzal Culzoni Editores: Bs. As.-Argentina.

Alzamora Valdez, Mario (1966). Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso. Edit. Tipográfica Peruana: Lima-Perú.

Ayarragaray, Carlos (1989). El Despacho Saneador. Edit. Juris: Bs. As. -Argentina.

BIDART CAMPOS, Germán (1969). Régimen legal y jurisprudencia del amparo. Ediar Editores: Bs. As, Argentina.

Calamandrei, Piero (1962). Instituciones de Derecho Procesal Civil. Edit. Ediciones Jurídicas Europa América: Bs. As. Argentina.

Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant (1996). El acceso a la justicia. Edit. Fondo de Cultura Económica: México.

Carrión Lugo, Jorge (2000). Tratado de Derecho Procesal Civil. Edit. GRIJLEY: Lima-Perú.

Cortés Domínguez, Valentín, Gimeno Sendra, Vicente y Moreno Catena, Víctor (1997). Derecho Procesal Civil. Edit. Colex: Madrid, España.

Couture, Eduardo (1985). Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Edit. de Palma: Bs. As. Argentina.

Cuenca, Humberto (1993). Proceso Civil Romano. Ediciones Jurídicas Europa-América: Bs. As. Argentina.

Devis Echandía, Hernando (1996). Teoría General del Proceso. Edit. ABC: Santa Fe de Bogotá-Colombia.

Idrogo Delgado, Teófilo (1999). Principios fundamentales de Derecho Procesal Civil. Edit. Marsol Perú Editores: Lima-Perú.

Idrogo Delgado, Teófilo (2014). Derecho Procesal Civil. Proceso de conocimiento. Fondo Editorial de la UPAO: Trujillo-Perú.

Monroy Gálvez, Juan, CARRION LUGO, Juan y RAMIREZ JIMÉNEZ, Nelson (1994). Comentarios al Código Procesal Civil. Edit. Cultural Cuzco. Lima-Perú.

Monroy Gálvez, Juan (1998). Curso de capacitación en materia procesal civil para abogados del registro público de minería. T. I. Estudio de Belaunde&Monroy. Lima-Perú.

Monroy Gálvez, Juan. A cinco años de vigencia del Código Procesal Civil. En Revista Peruana de Derecho Procesal. T. III. Estudio De Belaunde & MONROY Abogados. Diciembre de 1998. Lima, Perú; p. 192.

Monroy Gálvez, Juan (2007); Teoría General del Proceso. Edit. Palestra Editores. Lima-Perú.

Monroy Gálvez, Juan (2010). La formación del proceso civil peruano. Edit. Communitas: Lima-Perú.

Monroy Gálvez, Juan (2017). Temas de Derecho Procesal. Edit. Communitas: Lima-Perú.

Montenegro Cannon, Marcela; La rebeldía en el nuevo Proceso Civil. En Revista de Derecho Vox Juris. Año 5. 1995. Lima- Perú; p. 227.

Muñoz Sabaté, Luis (2012). Curso superior de probática judicial. Cómo probar los hechos en el proceso. Edit. La Ley: Madrid-España.

Palacio, Lino (1970). Derecho Procesal Civil. Sujetos del proceso. Edit. Abeledo Perrot: Bs. As.-Argentina

Peyrano, Jorge Walter (1978). El Proceso Civil. Principios y fundamentos. Edit. Astrea: Bs. As. -Argentina.

Peyrano, Jorge Walter (2000). Código Procesal Civil y Comercial: análisis doctrinario y jurisprudencial.Edit. Juris: Rosario-provincia de Santa Fe; Argentina.

Ramírez JIMÉNEZ, Nelson. Saneamiento del proceso. En Revista Peruana de Derecho Procesal. Marzo de 1998. Lima-Perú; pp. 530 y 531.

Ramos Méndez, Francisco (1997). Enjuiciamiento Civil. J. M. Bosch Editor: Barcelona-España.

Samanes Ara, Carmen (1993). La tutela del rebelde en el proceso civil. J.M. Bosch Editor: Barcelona-España.

Ticona Postigo, Víctor (2009). El debido proceso y la demanda civil. Edit. Grijley: Lima-Perú.

Taruffo, Michele, Andrés Ibáñez, Perfecto y Candau Pérez, Alfonso (2010). Consideraciones sobre la prueba judicial. Edit. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: Madrid-España.

Taruffo, Michele (2002); Prueba de los Hechos; Edit. Trota; Madrid- España.

Verger Grau, Joan (1997). La rebeldía en el proceso civil. En Revista Peruana de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Setiembre.

Wacch, Adolfo- Manual de Derecho Procesal Civil (1936)- T. II. Traducción de Tomás A Banzahaf-Bs As-Argentina.



coctell II-120x120cm
Héctor Acevedo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6116

EL REFERÉNDUM Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Víctor Hugo Chanduví Cornejo

RESUMEN

El presente trabajo aborda la figura jurídica del referéndum como un sistema de participación ciudadana, en el contexto político de la lucha "anticorrupción" propiciada por el expresidente Martín Vizcarra, quien convocó a referéndum para el 9 de diciembre de 2018, a fin de someter a consideración de la ciudadanía las cuatro reformas constitucionales que presentó el ejecutivo al Congreso y que este aprobó. El referéndum permitió desfogar el generalizado sentimiento sintetizado en la frase que "se vayan todos", luego de conocidos los audios de la corrupción judicial y sus ramificaciones políticas. Esta irritación alcanzó un pico alto cuando la crisis de PPK y los audios de Lava Jato que amenazó con llevarse de encuentro a todo el statu quo político.

Al convocar a referéndum Vizcarra sintonizó muy bien desde el punto de vista político con la ciudadanía, logrando subsistir algún tiempo más en palacio de gobierno.

ABSTRACT

This work addresses the legal figure of the referendum as a participation systemc itizen, in the political context of the "anti-corruption" fight promoted by the former president Martín Vizcarra, who called a referendum for December 9, 2018, in order to submit for the citizens to consider the four constitutional reforms presented by the executive to Congress and that it approved. The referendum allowed to vent the general sentimentsynthe sized in the phrase that "they all go away", after acquaintance with the audios of corruption judicial and its political ramifications. This irritation reached a high peak when the crisis of PPK and the Lava Jato audios that threatened to bring the entire political status quo together.

When calling a referendum, Vizcarra tuned in very well from the political point of view with the citizenship, managing to survive some more time in the government palace.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años nuestro país está atravesando un proceso de transformación que, entre otros rasgos, se caracteriza por una mayor participación de la sociedad nacional en la administración del Estado, ya sea de forma directa o indirecta.

Tratando de adaptarse a este proceso, el Estado viene procurando mejorar la prestación de los servicios públicos y atender a la mayor parte de la sociedad.

En este contexto la ciudadanía ha mantenido una actitud más proclive a tomar conocimiento de las decisiones del Estado, principalmente por el alto interés que implica el desarrollo de una determinada política estatal.

En este sentido, la transformación se hace palpable en determinadas situaciones, como cuando el Estado accede, cede o plantea un mecanismo propuesto en forma inicial por la misma ciudadanía, en forma pacífica o mediante una reacción social.

“Para comprender las razones por las cuales el Estado adopta una decisión a partir del desarrollo de conflictos sociales, empezaremos por dejar en claro que el análisis de la relación ciudadanía-Estado no sólo depende de las posiciones de ambos, sino también del contexto en el cual se adopta una medida” (Chanduví- Bermúdez, 2014)

Un factor aleatorio que debe ser tomado en cuenta para comprender los alcances de la decisión política de una autoridad de turno, usualmente sujeta a criterios de discrecionalidad, es la personalidad generalmente caudillista.

II. LA DEMOCRACIA Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Existen dos percepciones de la democracia en el ámbito de la ciencia política:

a) La primera percepción de la democracia hace referencia a un cierto tipo de poder popular, en el cual los ciudadanos se autogobiernan y autorregulan.

b) Una segunda percepción implica un mecanismo que facilita el proceso de elaboración de decisiones y confiere autoridad a quienes son periódicamente elegidos para ocupar los cargos políticos.

Ambas percepciones han provocado una definición más compleja de los modelos en los cuales la democracia se ejercita:

Una democracia directa o participativa.

Una democracia representativa o liberal.

Una democracia unipartidista, que se limita a una descripción formal de la democracia en determinados países y hace más énfasis en el modelo práctico antes que en una categoría dogmática.

> "La noción de la participación ciudadana es un elemento de importancia significativa en todas estas concepciones, principalmente porque este mecanismo permite resolver, de manera directa, dinámica e interactivamente los problemas que afectan a las capacidades de representación político electoral, a la gobernabilidad y a la legitimidad de las instituciones político públicas en las circunscripciones políticas en las cuales se ejerce la participación democrática en elecciones." (Chanduví- Bermúdez, 2014)

La activa participación de la ciudadanía en los procesos electorales permite generar y propiciar un constante movimiento de legitimación de la democracia en términos orgánicos, por cuanto es la propia comunidad la que manifiesta su posición.

Según las circunstancias, la democracia puede ser estable, radical (con el surgimiento de posiciones políticas de tendencia extrema, tanto de izquierda como de derecha) o destructiva, principalmente cuando la clase política deslegitima el valor de la democracia, con actos de corrupción e ineficiencia en la gestión pública.

La participación ciudadana es de vital importancia porque de esta manera la comunidad valida la gestión institucional de una entidad pública en forma constante (por la legitimidad que otorga) y en forma periódica (por la institucionalidad).

III.LAS DECISIONES PÚBLICAS

Si bien la participación ciudadana es un elemento de vital importancia, ello no implica necesariamente que el Estado a través de sus diferentes órganos de línea adopte una decisión correcta en el buen sentido de la palabra.

El gran inconveniente en la generación de las decisiones públicas pasa por definir esta atribución y los mecanismos que se generan al interno del aparato público para promover la participación ciudadana.

Debemos señalar algunos elementos referenciales con los cuales se toma una decisión pública:

En primer lugar, las decisiones dependerán de los mecanismos legales y administrativos internos de una determinada entidad.

Dependiendo de las circunstancias, la mayoría de las decisiones responden a un factor más político que técnico. Las decisiones públicas usualmente toman como elementos referenciales los informes técnicos y los sustentos necesarios para el debate, adopción y ejecución de las decisiones públicas, pero finalmente en el debate político estos pueden ser alterados o no son tomados en cuenta.

Las decisiones públicas que requieren una elevada implementación, como por ejemplo las decisiones del gobierno central que involucran la participación de técnicos y especialistas de diferentes sectores, pueden quedar supeditadas a la arbitrariedad de la línea de dirección máxima de la entidad.

La priorización de temas, decisiones y niveles de ejecución igualmente se encuentran perfilados en los planes de gestión de cada entidad.

Estas características nos permiten señalar que el Estado puede establecer unas líneas de trabajo coherentes, pero que en el camino la decisión pública puede ser modificada en la medida que se requiera para garantizar su ejecutabilidad.

Eventualmente, la presión social puede incidir en la toma de decisiones con un costo económico y social incluso mayor que el presupuestado inicialmente.

Sin embargo, en función de su naturaleza, algunas decisiones públicas se convierten en excluyentes y exclusivas para determinados ámbitos públicos. Por ejemplo, la defensa nacional, la política exterior son muestras de cómo el ejecutivo (presidencia de la República) puede administrarlas sin un límite objetivo en cuanto a su diseño y ejecución, principalmente porque estas decisiones son de competencia constitucional y tienen una naturaleza que exige una única toma de posición.

En las demás situaciones en las cuales el Estado ejecute una decisión pública, eventualmente y aun en contra de toda predicción se puede lograr un fracaso como resultado final, por cuanto el Estado no está necesariamente mejor preparado para adoptar una decisión.

La función política no necesariamente es compatible con las decisiones técnicas y estas a su vez no necesariamente coinciden con las líneas de política y de interés que los sectores políticos en ejercicio del poder tienen como ejes de gestión.

Por ello, al Estado usualmente se le imputa falta de coherencia en las tomas de decisiones públicas. Esta situación se agrava en cuanto a la ejecución de dichas decisiones, con un resultado mucho más perjudicial para la población.

Cuantificar esta ineficiencia en la gestión pública resulta una labor casi imposible, principalmente porque el panorama político es mutable y circunscrito a los tiempos electorales, lo cual limita en demasía la planificación y estructuración de las decisiones públicas.

La situación parte por diferenciar una decisión ordinaria del ente público de una decisión orgánica que implique una acción inmediata de dicha entidad, por cuanto una decisión ordinaria puede ser limitada a la parte administrativa, como puede ser la contratación de personal o la adquisición de determinados bienes.

Una decisión orgánica implica eventualmente la toma de una decisión pública sujeta a un procedimiento especial, lo que implica una coordinación con otras entidades públicas.

Así, por ejemplo, la planificación del presupuesto público nacional es una decisión pública que involucra a casi todo el Estado, en todos sus niveles e instancias y que se aprueba finalmente por una ley que emite el Congreso, en la cual se da cuenta de todo el procedimiento de determinación del monto del presupuesto anual y de los porcentajes atribuibles a cada entidad gubernamental.

IV.LAS DECISIONES PÚBLICAS TÉCNICAS Y POLÍTICAS

Las decisiones de Estado las toman los políticos en el poder y, salvo que se haya determinado la gestión de un informe, su evaluación resulta de poco conocimiento entre los ciudadanos.

Esta situación no implica necesariamente un perjuicio a la ciudadanía, por cuanto la clase política toma en cuenta que las decisiones a las cuales arriba parten de la premisa de atender el bien común y los intereses nacionales (o locales), según sea el caso.

La arbitrariedad de las decisiones dependerá en cierta medida del carácter y exigibilidad de dicha decisión en el ámbito de la relación clase política-ciudadanía.

De esta relación surge un elemento intermedio que pondera la génesis de una decisión pública, y es el elemento económico que surge de la elección social o Public Choice, desarrollada sobre la base del análisis económico del Derecho.

Para esta corriente, los sistemas democráticos pueden ser vistos como mercados (figurativamente) en los que los partidos políticos son empresas que ofrecen servicios administrativos a la comunidad.

En su publicidad dicen qué harán y cómo lo harán. Tratan de captar el mayor número posible de clientes-votantes. Cuando están en posiciones de poder —local, regional o estatal— tratan de satisfacer los deseos del mayor número posible de ciudadanos con el fin de maximizar el número de votos en las siguientes elecciones.

Este panorama, objetivamente cuestionable, es el resultado del clima político sujeto a las imprevisiones que usualmente suelen suceder, debido entre otras situaciones a las exigencias de la ciudadanía de atención de determinadas necesidades (servicios públicos).

Eventualmente, en caso de una situación de grave crisis (desastres naturales, crisis económicas, crisis políticas, guerras, etc.), las entidades gubernamentales toman decisiones sujetas a la temporalidad en cuanto a la decisión y se encuentran liberadas de rendir cuentas, principalmente por la naturaleza de la causa que lo provocó.

Caso diferente es cuando se trata de la atención de necesidades y servicios públicos ordinarios, en que la ciudadanía y la misma clase política tienen un conocimiento previo y preliminar de las condiciones en las cuales se adoptará una decisión pública.

En situaciones de interés común y general, las decisiones públicas pueden tener la legitimidad de la exigibilidad social de por medio, por ejemplo en la atención de servicios de salud, seguridad, transporte público o educación.

En otros casos, las decisiones públicas deberán ajustarse a un criterio sujeto a las condiciones del tiempo en que sean tomadas y estas dependerán de la decisión política de mantenerlas.

Un claro ejemplo de esta situación acontece con las decisiones políticas de control de la economía. Salvo las políticas de Estado, las demás políticas son decisiones públicas sujetas a la temporalidad de los gobiernos y administraciones de turno.

V.PLANIFICACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS COHERENTES

Descrito el panorama en el cual se toma una decisión pública debemos tomar en cuenta que existen tanto elementos objetivos (técnicos, económicos, sociales, etc.) que inciden en su diseño, como también elementos subjetivos (discrecionalidad política, interés político, etc.) que condicionan su diseño y posterior ejecución.

En estas circunstancias, debemos tomarse en cuenta que una decisión pública para que sea ejecutable debe ajustarse a un procedimiento.

En este procedimiento de desarrollo, se identifican las siguientes condiciones básicas para su diseño:

Formulación: En particular para determinar los objetivos a largo, mediano y corto alcance.

En dicho proceso de formulación se perfilan los elementos que condicionan el problema a ser atendido o resuelto, así como las razones de la planificación de atención al requerimiento.

Búsqueda de alternativas.

Ante la exigencia social, requerimiento técnico o propuesta política, en el diseño de una política pública que requiera una decisión pública se tomará en cuenta una serie de sugerencias y alternativas que permitan seleccionar la posición más próxima al ideal de atención de un problema o exigencia social.

Diseño de pronóstico.

Para atender los elementos especiales, circunstanciales, económicos, temporales, sociales que rodean a la exigencia social de la política pública.

Este elemento permitirá a las autoridades públicas perfilar el éxito o viabilidad del proyecto y el sustento que lo viabilice debe atender elementos objetivos y subjetivos.

Podríamos concluir, en términos objetivos, que las decisiones públicas adoptadas sobre la base de decisiones políticas cuentan con un elemento orgánico para su adopción y ejecución.

A pesar de este elemento orgánico y funcional, como toda decisión política esta no necesariamente se sostendrá en un informe técnico que permita evaluar un impacto positivo o si su costo de implementación y de ejecutabilidad resulta perjudicial para la sociedad.

En un contexto político-administrativo se debe dejar en claro que la toma de decisiones puede estar condicionada a los intereses y situaciones que se presenten en el diálogo ciudadanía-Estado, por lo que estos deben tomarse en cuenta durante dicho debate.

La racionalidad de una decisión política debe ajustarse, por lo tanto, a un elemento supeditado a la direccionalidad o elaboración de modelos. Esto permitirá construir y diseñar modelos de resultados para sustentar la continuidad o reformas aplicables al caso.

Evaluación

La política pública será evaluada principalmente para que una posterior reforma o continuidad pueda ser sustentada, cuando deba nuevamente recurrirse a una decisión pública.

Como toda decisión política esta no necesariamente se sostendrá en un informe técnico que permita evaluar un impacto positivo o si su costo de implementación y de ejecutabilidad resulta perjudicial para la sociedad.

En un contexto político-administrativo se debe dejar en claro que la toma de decisiones puede estar condicionada a los intereses y situaciones que se presenten en el diálogo ciudadanía-Estado, por lo que estos deben tomarse en cuenta durante dicho debate.

La racionalidad de una decisión política debe ajustarse, por lo tanto, a un elemento supeditado a la direccionalidad que un determinado ente gubernamental le impregne a su posición ante la ciudadanía.

Elaboración de modelos.

Para construir y diseñar modelos de resultados, en los cuales se pueda pronosticar resultados para sustentar la continuidad o reformas a ser aplicables al caso.

Evaluación

La política pública será evaluada principalmente para que una posterior reforma o continuidad pueda ser sustentada, cuando deba nuevamente recurrirse a una decisión pública.

Complementariamente, en función a las características atendibles por el ente estatal, las condiciones para la toma de una decisión pública partirán de la premisa de que las necesidades públicas tienen prioridad en los proyectos a largo plazo.

De esta manera, podemos encontrar los siguientes elementos confluyentes que nos permitirán una base previa de estudio para justificar una decisión pública

Principalmente el costo beneficio de una acción gubernamental en la sociedad.

Estudios de análisis de costo-beneficio. Principalmente cuando se involucre un presupuesto económico a ser aplicado a corto, mediano y largo plazo.

Una planificación económica.

Una prevención económica. Principalmente para la atención de emergencias sociales en función a su predictibilidad en el tiempo.

Por ejemplo, la planificación de prevención social en caso de desastres naturales.

Análisis e investigación de operaciones y sistemas vinculados a la decisión a ser evaluada.

Evaluación y análisis de resultados.

Análisis de los indicadores sociales.

El punto final nos permite señalar si, a pesar de un elevado costo económico y social, el resultado puede generar un elemento positivo a ser valorado en la toma de una decisión o cuando dicho proceso de ejecución permitirá al Estado, a través de alguno de sus órganos, desarrollar una acción significativamente superior en beneficio de la comunidad.

VI. EL REFERÉNDUM

El artículo 31 de la Constitución Política del Perú establece que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Para el ejercicio de este derecho se requiere estar inscrito en el registro correspondiente. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad. La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana. Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.

El referéndum es una institución constitucional que desarrolla la Ley 26300 -Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos -que establece la revocatoria como uno de los derechos de participación de la ciudadanía para destituir a las autoridades elegidas como los alcaldes y regidores.

En el contexto político de la lucha anticorrupción el presidente Martín Vizcarra convocó a referéndum para el 9 de diciembre del 2018, a fin de someter a consideración de la ciudadanía las cuatro reformas constitucionales que presentó el Ejecutivo al Congreso y que este aprobó. Al convocar a referéndum, el presidente Vizcarra recogió la voluntad popular en su máxima expresión efectiva.

El referéndum permitió desfogar el generalizado sentimiento de que “se vayan todos”, acentuado en la ciudadanía luego de conocidos los audios de la corrupción judicial y sus ramificaciones políticas. Esta irritación ya se venía larvando desde hace muchos años y alcanzó un pico alto cuando la crisis de PPK y con los audios de Lava Juez, y amenaza con llevarse de encuentro a todo el statu quo político.

Estudios etológicos señalan que cuando en una manada de gorilas fallece el líder, su sustituto, una

vez designado para el cargo, inmediatamente, en automático, desarrolla gran musculatura. El mandato lo empodera. Lo mismo le ha sucedido a Vizcarra, por quien pocos daban algún crédito antes de que asumiese la jefatura del Estado.

Su carácter provinciano le permitió lograrlo. En otras regiones fuera de Lima no se puede hacer política sin la calle. Las autoridades regionales o locales deben tener el radar popular prendido las 24 horas del día. Si no, no sobreviven. Así, en su condición de expresidente regional de Moquegua, Vizcarra pudo darse cuenta del problema de gobernabilidad entre manos y reaccionar rápidamente, remontando la ola y evitando ser ahogado por ella.

El referéndum, por supuesto, no es la panacea, no resuelve todos los problemas políticos existentes, pero en el caso de Vizcarra sin el referéndum el país hubiera sido un polvorín político, su estabilidad presidencial hubiera sido mínima y muy probablemente el país estaría sumergido en una espiral de zozobra que a nada bueno conduciría el 2021. Nadie imaginaba lo que habría de deparar el futuro a Vizcarra.

VII. CONCLUSIONES

Al convocar al referéndum, el presidente VIzcarra recogió la voluntad popular en su máxima expresión efectiva.

El referéndum permitió desfogar el generalizado sentimiento de que "se vayan todos", acentuado en la ciudadanía luego de conocidos los audios de la corrupción judicial y sus ramificaciones políticas.

Si Vizcarra no hubiese atendido la furia popular y la hubiese representado políticamente con la convocatoria al referéndum, probablemente no hubiera durado en Palacio de Gobierno. Habría sido devorado por la ola de indignación popular y seguramente ello habría conducido a la mayoría fujiaprista a vacarlo.

Los resultados favorables al gobierno dieron a Vizcarra varios triunfos políticos en la lucha contra la "corrupción", sumando la inauguración de la Junta Nacional de Justicia y –al prohibirse la reelección- abría un espacio político favorable que el expresidente no supo aprovechar.

VIII. BIBLIOGRAFIA

Constitución Política del Perú de 1993

Chanduví Cornejo- Bermúdez Tapia. (2014). Gestión pública. Fondo Editorial de UPAO. Trujillo.

Ley N°26300. Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos

ANEXO

Decreto Supremo de Convocatoria a Referéndum Nacional

DECRETO SUPREMO Nº 101-2018-PCM EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 206 de la Constitución Política del Perú dispone que toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso de la República con mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificada mediante referéndum;

Que, el referéndum, como derecho fundamental, se encuentra reconocido en el numeral 17 del artículo 2 y el artículo 31 de la Constitución Política del Perú, como también ha sido establecido por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 0003-1996-AI/TC;

Que, el numeral 1 del artículo 32 de la Constitución Política del Perú determina que es posible someter a referéndum la reforma total o parcial de la Constitución;

Que, el numeral 5 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú prescribe la atribución del presidente de la República de convocar a procesos electorales;

Que, de conformidad con los artículos 80 y 81, y el literal c) del artículo 83 de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, corresponde al Presidente de la República iniciar el proceso electoral convocando a elecciones, mediante Decreto Supremo, norma que debe incluir, entre otras materias, la fecha de las elecciones, los temas por consultar, y la autorización del presupuesto;

Que, el artículo 82 de la Ley Orgánica de Elecciones establece que la convocatoria a referéndum se hace con una anticipación no mayor de noventa (90) días calendario ni menor de sesenta (60);

Que, con fecha 03 de octubre de 2018, el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones remite al Presidente del Consejo de Ministros, un informe sobre el procedimiento que se debe seguir para la convocatoria a referéndum ratificatorio de reformas constitucionales (Oficio N° 393-2018-P-JNE), concluyendo, entre otros temas, que "corresponde al Presidente formular las preguntas que se someterán a referéndum en el mismo acto de su convocatoria"; Que, el numeral 5 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú prescribe la atribución del Presidente de la República de convocar a procesos electorales;

Que, de conformidad con los artículos 80 y 81, y el literal c) del artículo 83 de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, corresponde al Presidente de la República iniciar el proceso electoral convocando a elecciones, mediante Decreto Supremo, norma que debe incluir, entre otras materias, la fecha de las elecciones, los temas por consultar, y la autorización del presupuesto;

Que, el artículo 82 de la Ley Orgánica de Elecciones establece que la convocatoria a referéndum se hace con una anticipación no mayor de noventa (90) días calendario ni menor

de sesenta (60);

Que, con fecha 03 de octubre de 2018, el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones remite al Presidente del Consejo de Ministros, un informe sobre el procedimiento que se debe seguir para la convocatoria a referéndum ratificatorio de reformas constitucionales (Oficio N° 393-2018-P-JNE), concluyendo, entre otros temas, que "corresponde al Presidente formular las preguntas que se someterán a referéndum en el mismo acto de su convocatoria";

Que, el numeral 5 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú prescribe la atribución del Presidente de la República de convocar a procesos electorales;

Que, de conformidad con los artículos 80 y 81, y el literal c) del artículo 83 de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, corresponde al Presidente de la República iniciar el proceso electoral convocando a elecciones, mediante Decreto Supremo, norma que debe incluir, entre otras materias, la fecha de las elecciones, los temas por consultar, y la autorización del presupuesto;

Que, el artículo 82 de la Ley Orgánica de Elecciones establece que la convocatoria a referéndum se hace con una anticipación no mayor de noventa (90) días calendario ni menor de sesenta (60);

Que, con fecha 03 de octubre de 2018, el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones remite al Presidente del Consejo de Ministros, un informe sobre el procedimiento que se debe seguir para la convocatoria a referéndum ratificatorio de reformas constitucionales (Oficio N° 393-2018-P-JNE), concluyendo, entre otros temas, que "corresponde al Presidente formular las preguntas que se someterán a referéndum en el mismo acto de su convocatoria";

Que, con fecha 04 de octubre de 2018, el Presidente del Congreso de la República remite al Presidente de la República las autógrafas de la reforma constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia (Oficio Nº 084-2018-2019-ADP/PCR); el financiamiento de organizaciones políticas (Oficio Nº 085-2018-2019-ADP/PCR); la bicameralidad dentro de la estructura del Congreso de la República (Oficio Nº 086-2018-2019-ADP/PCR); y, la prohibición de la reelección inmediata de parlamentarios de la República (Oficio Nº 087-2018-2019-ADP/PCR);

De conformidad con el numeral 17 del artículo 2, el artículo 31, el numeral 1 del artículo 32, el numeral 5 del artículo 118, y el artículo 206 de la Constitución Política del Perú, y la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones;

DECRETA:

Artículo 1.- Convocatoria

Convócase a Referéndum Nacional que se realizará el día domingo 09 de diciembre de 2018.

Artículo 2.- Objeto

La convocatoria al Referéndum Nacional tiene por objeto someter a consulta de la ciudadanía

la ratificación de las siguientes cuatro (04) autógrafas de las leyes de reforma constitucional, aprobadas por el Pleno del Congreso de la República, que se anexan al presente decreto supremo:

1. "Ley de reforma constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia".

2. "Ley que modifica el artículo 35 de la Constitución Política del Perú para regular el financiamiento de organizaciones políticas".

3. "Ley de reforma constitucional que prohíbe la reelección inmediata de parlamentarios de la República".

4. "Ley que modifica diversos artículos de la Constitución Política de 1993, para establecer la bicameralidad dentro de la estructura del Congreso de la República".

Artículo 3.- Temas por consultar

De acuerdo con el artículo 2 del presente Decreto Supremo, las cuatro (04) preguntas que son sometidas a Referéndum Nacional son las siguientes:

1. ¿Aprueba la reforma constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia (antes Consejo Nacional de la Magistratura)?

2. ¿Aprueba la reforma constitucional que regula el financiamiento de las organizaciones políticas?

3. ¿Aprueba la reforma constitucional que prohíbe la reelección inmediata de parlamentarios de la República?

4. ¿Aprueba la reforma constitucional que establece la bicameralidad en el Congreso de la República?

Artículo 4.- Sistema Electoral Corresponde al Jurado Nacional de Elecciones, a la Oficina Nacional de Procesos Electorales y, al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, en el marco de sus competencias y atribuciones, expedir los reglamentos y demás normas que resulten necesarias para la realización del presente referéndum.

Artículo 5.- Presupuesto

El Ministerio de Economía y Finanzas adopta las medidas pertinentes para la habilitación y entrega del presupuesto que se requiere para la ejecución del Referéndum Nacional.

Artículo 6.- Refrendo

El presente decreto supremo es refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas, y el Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los nueve días del mes de octubre del año dos mil dieciocho.



Dama de negro - oleo - 80x100cm
Héctor Acevedo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6117

EVOLUCIÓN Y LÍMITES A LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LA CODIFICACIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

Ambulay Rueda, Rosita

RESUMEN

El análisis del régimen jurídico de la responsabilidad internacional de los organismos internacionales por hechos ilícitos atribuidos a los mismos implica abordar el estudio de un proceso evolutivo iniciado el año 2000 por la Comisión de Derecho Internacional, con el aporte de los Estados y los mismos organismos internacionales para elaborar una codificación que resulte útil en las relaciones internacionales. No obstante, tras 20 años de estudio que han generado la creación y modificación de proyectos normativos internacionales, se podría preguntar ¿se ha logrado cumplir con tal objetivo?, ¿acaso se puede afirmar que se cuenta con una codificación precisa para abordar la responsabilidad internacional de los organismos internacionales?, ¿tiene viabilidad la aplicación efectiva en las relaciones internacionales?

Para dar respuesta a tales cuestionamientos hemos realizado una síntesis del proceso evolutivo sobre el proyecto de artículos que pretende regular la responsabilidad de las organizaciones internacionales, así como expresar las críticas generadas tras la invitación de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas para aplicar tal proyecto. También abordamos las limitaciones a fin de que tales enfoques puedan ser tomados en cuenta en posteriores investigaciones dirigidas al perfeccionamiento de esta codificación cada vez más apremiante tras el evidente dinamismo social internacional y la necesidad de que se logre optimizar y aplicar una normativa que permita la efectiva regulación y sanción de actos ilícitos atribuidos a estos organismos internacionales.

Palabras clave: responsabilidad internacional- hecho ilícito- organismos internacionales.

ABSTRACT

Refer to a legal regime concerning the international responsibility of international organisations for illicit acts attributed to them, means to approach the study of a whole evolutionary process initiated since 2000 in terms of the continuous work by the International Law Commission, its respective management group, with the contribution of the States and the organisations themselves exercising a collective work aimed at complying with the purpose of elaborating a codification that is useful in international relations, which certainly focuses on the general interest of protecting human rights as expressed in all those international instruments adopted by States and Organizations to guarantee them. Nevertheless, after 20 years of study, which has led to the creation and modification of international normative projects, would can maintain that this objective has been achieved? Perhaps we can state that there is a precise codification to cover the International Responsibility of International Organizations, and if so, is it feasible to apply it in international relations?

The present study is intended to respond to these questions by presenting a summary of the evolutionary process of the draft articles that seek to regulate the responsibility of international organizations, as well as to express the criticisms generated by the invitation of the General Assembly of the United Nations Organization to implement such a project, There are certain limitations that will be developed so that such approaches can be taken into account in subsequent investigations aimed at helping to perfect this increasingly pressing codification in the wake of the evident international social dynamism and recent events that undoubtedly expose the need to optimise and apply rules that allow for the effective regulation and punishment of illegal acts that can be attributed to international organisations, acts that clearly violate international commitments made in order to ensure the guarantees of every human.

Key words: international responsability- illegal act- International organizations

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES: GENERALIDADES.

Desde fines del año 1945, con la fundación de la Organización de las Naciones Unidas, la cantidad de organizaciones internacionales, ya sean universales como regionales, ha ido variando a lo largo del tiempo[1] manteniéndose un número considerable de las mismas, motivo por el cual el estudio de estos organismos ha tomado gran importancia dentro de la labor del Derecho Internacional.

Si bien es cierto, actualmente no se puede encontrar una concepción estándar que defina uniformemente a una Organización Internacional, ni mucho menos una noción oficial determinada por alguno de los mismos organismos, la jurisprudencia internacional brinda varias percepciones de aquellas; en este caso, se puede citar al jurista español Manuel Diez de Velasco (2003) quien en su libro "Las Organizaciones Internacionales" define a las mismas como "Asociaciones voluntarias de Estados, establecidas por acuerdo internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídicamente distinta de la de sus miembros" (Diez , 2003)

Cuatro características generales de las organizaciones internacionales se derivan del concepto anterior, las cuales se describen brevemente a continuación:

a) Son creadas mediante acto voluntario interestatal, pues parten de la negociación multilateral realizada por varios Estados para su creación, fijándose como fecha de fundación de esta organización internacional la misma fecha que da comienzo a la vigencia del tratado celebrado, firmado y ratificado entre las partes.

b) Presentan una organización permanentemente institucionalizada, fijada en el tratado o documento fundacional, contando siempre con un órgano o asamblea plenaria, un órgano de participación restringida y uno de participación exclusiva.

c) Son entes autónomos en relación con los Estados inmersos en ella, pues la organización cuenta con voluntad jurídica propia reconociéndosele a cada uno de sus miembros personalidad jurídica dentro de su espacio territorial.

d) Su funcionabilidad se rige estrictamente por su documento constituttivo, solo podrán realizar las funciones establecidas, ya sea de manera amplia o restringida, en el tratado o documento fundacional de esta.

1 Tal como lo indica Martínez (1999), "en el año 1909 fueron creadas 37 organizaciones internacionales, alcanzando en 1985 la cifra de 378 y disminuyendo en los años '90 a 97". (Martínez, E. ,1999). *"Privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales frente a terceros"*. Montreal, pág.1

Por consiguiente, la actividad internacional y el ejercicio tanto de derechos como obligaciones que les corresponden a estas organizaciones genera responsabilidad que trataremos de desarrollar en este artículo.

HECHO ILÍCITO ATRIBUIBLE A UNA ORGANIZACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El hecho ilícito, conformado por una acción u omisión de la organización, radica "en el actuar trasgresor o conducta omisora realizada por una organización internacional que es imputable a ella" (Gaja, 2011, pág. 1)[2], de tal manera que el sujeto pasivo puede realizar acciones que certifiquen motivadamente la presunta responsabilidad de la organización y que ésta se dé por notificada, enterada de tal reclamación y brinde posibilidades para el reparo del daño ocasionado[3]. De tal manera que, en cuanto a las consecuencias jurídicas de esta responsabilidad, el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales establece que a "la organización internacional responsable" se le exigirá cesar en su comportamiento ilícito, comprometerse en formular garantías de no repetición y brindar una reparación por el perjuicio causado.

En virtud del párrafo anterior se podrá afirmar que, en líneas meramente teóricas y generales, la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales comprendería estos supuestos. No obstante es un hecho que cada uno de los 67 artículos del proyecto intentan cumplir con el propósito de elaborar una codificación que resulte útil en las relaciones internacionales y concreten consecuencias jurídicas tras actos irregulares de los organismos. Alcanzar tal objetivo es un proceso que aún se mantiene en pie y merece ser estudiado.

EVOLUCIÓN DE LA CODIFICACIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LAS ORGANIZACIONES

La sistematización de la responsabilidad de las organizaciones internacionales surge a partir del 2000, pues desde ese año la Comisión de Derecho Internacional (CDI), desarrollando su quincuagésimo segundo ciclo de asambleas, reconoció como adecuado y beneficioso el poder adicionar esta cuestión dentro de su proyecto de labor a plazo prolongado. El Grupo de Planificación de la CDI formuló un

2 Artículo 4 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de Las Organizaciones Internacionales. Aprobado en segunda lectura en 2011.

3 Artículos 43 y 44 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de Las Organizaciones Internacionales

listado de dieciséis temas[4] que debían ser examinados a fondo, ya que eran consideradas importantes alternativas para dar respuesta a las apremiantes circunstancias de necesidad de los Estados en asunto de codificación y constante desarrollo uniforme del Derecho Internacional. EL objetivo era brindar una solución a las distintas circunstancias en el plano de la comunidad internacional, añadiendo nuevas percepciones y problemáticas jurídicas.

La CDI calificó como prioridad de elección la responsabilidad de las organizaciones internacionales, debido a que su importancia evidenciaba una razón lógica para el fortalecer el plano internacional de los Estados.

Posteriormente, la Asamblea General, en el párrafo 8 de su resolución 56/82, de 12 de diciembre de 2001, requirió a la Comisión que iniciara su labor sobre el tema de la "Responsabilidad de las organizaciones internacionales" (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2005, pág. 80). El l8 de mayo del año 2002 la Comisión llevó a cabo su 54 periodo de sesiones, designó un equipo integrado por quince individuos capaces de ejercer una investigación detallada con respecto al tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, distinguiendo a Giorgio Gaja como relator especial para el tema en cuestión. Este grupo de trabajo presentó un informe preliminar en agosto de ese mismo año, donde describen sus "consideraciones sobre el alcance del tema, las relaciones entre la responsabilidad de las organizaciones y la de los Estados; los criterios de atribución de responsabilidad; la responsabilidad de los Estados miembros por conductas atribuibles a la organización; los modos de hacer efectiva la responsabilidad; la solución de controversias y la práctica imperante[5]". (ONU, 2002, pág. 97)

Ya en el año 2003, en su 55 período de sesiones, la Comisión de Derecho Internacional pidió a la Secretaría que distribuyera anualmente el capítulo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales incluido en su informe a la Asamblea General, a las organizaciones internacionales para que las mismas tengan a bien manifestar sus comentarios al respecto con el objetivo de obtener de ellas consideraciones adicionales importantes para el desarrollo del tema (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2006, pág. 137). Atendiendo a tal requerimiento se pidió a varias organizaciones internacionales que presentaran sus comentarios sobre los apartados que consideren más relevantes en los informes de la Comisión 2005, pidiéndoles que realicen las observaciones y proporcionen a la Comisión toda la información pertinente que dispusieran.

4 Entre los temas se encontraban los siguientes: "El crimen organizado transnacional, protección humanitaria, derecho de asilo, recursos naturales compartidos por los Estados y el derecho relativo a la expulsión de extranjeros" (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2000)

5 Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución, A/57/10, 2002

Desde el año 2003 hasta el 2011 la Comisión de Derecho Internacional expidió un total de ocho informes evaluados en sesiones periódicas, siendo las mismas un total de ocho, las cuales fueron dirigidas por Giorgio Gaja. En cada informe se presentó un grupo de artículos del proyecto, tomando en cuenta las consideraciones de los Estados y las organizaciones.

N° INFORME	RESOLUCIÓN	PERIODO DE SESIONES	AÑO	ARTÍCULOS
1°	A/CN.4/532	55°	X	01-03
2°	A/CN.4/541	56°	2004	04-07
3°	A/CN.4/553	57°	2005	08-16
4°	A/CN.4/564	58°	2006	17-24
	A/CN.4/L.687			25-30
	A/CN.4/L.687			
5°	A/CN.4/564	59°	2007	31-45
6°	A/CN.4/597	60°	2008	46-57
7°	A/CN.4/610	61°	2009	Se reformula contenido o ubicación de los artículos: 1, 2, 3, 4, 8, 15, 19 y 43. Se elimina el artículo: 18 Aprueban en 1° lectura 66 artículos
8°	A/CN.4/640	62°	2011	Aprueban en 2° lectura 67° artículos

Elaboración propia. Ambulay 2020.

En virtud de lo ya expuesto y continuando con la vista panorámica de todo este proceso de codificación, el 9 de diciembre de 2011 la Asamblea General de la ONU emite la Resolución 66/100 en la cual establece "tomar nota de un proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, y señala a la atención de los gobiernos y organizaciones internacionales, sin perjuicio de su eventual aprobación o de la adopción de otra medida"[6].

Posteriormente, en el año 2013 la Asamblea General reanudó su interés por este tema en el desarrollo de su 69 período de sesiones[7]. Por Resolución 69/126 del 18 de diciembre de 2014 decide "tomar nota una vez más del proyecto de artículos sugiriéndolos a la atención de los gobiernos y organizaciones internacionales". En esta oportunidad , la Asamblea "solicita además al Secretario General preparar una recopilación inicial de decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales relativas a los artículos; así como invitar a los gobiernos y a las organizaciones internacionales a presentar información sobre su práctica relativa a esta cuestión; asimismo invitando a presentar observaciones sobre cualquier medida futura que corresponda, y presentar el material recopilado a la Asamblea General con suficiente antelación al 72 período de sesiones a celebrarse en 2017" (Asamblea General de las Naciones Unidas,

6 Resolución 66/100. Asamblea General de las Naciones Unidas.2011

7 Tema N° 85 del programa. Asamblea General de las Naciones Unidas.2013

2014)[8]. Hasta la fecha, sin embargo, aún no existe aprobación del mismo y su aplicación efectiva es ilusoria generando críticas y evidenciándose una serie de limitaciones que obstaculizan el objetivo del mismo.

Críticas al proyecto

Las primeras críticas al proyecto de artículos se centraban en mencionar que la Comisión habría reemplazando la expresión "Estado" simplemente por la de "organización internacional" en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado. No obstante, cabe recordar que el relator especial desde el primer informe acordó que solamente cuando una cuestión relativa a la responsabilidad de las organizaciones internacionales parecía ser paralela a una que ya se había examinado respecto de los Estados, y no habiendo razón alguna para determinar una norma diferente, se adoptará una solución idéntica; no obstante con el fin de no desalentar las críticas informadas y las sugerencias de mejoras de parte de ningún comentarista aquellas apreciaciones fueron analizadas con el fin de incentivar una labor colectiva dirigida a cumplir con el propósito de preparar un texto que resulte útil en las relaciones internacionales. (Gaja, 2008, pág. 19).

Aunque los proyectos de artículos son ciertamente similares en lo concerniente a varias cuestiones sobre las que no hay una razón para establecer una distinción entre los Estados y las organizaciones internacionales, también es importante mencionar que hay varios artículos del proyecto que contienen importantes modificaciones con objeto de hacer repercusión de la situación particular de las organizaciones internacionales abordándose cuestiones que no figuran en el proyecto sobre la responsabilidad del Estado.

Por otro lado, otro de los puntos importantes a considerar tras la aprobación de los proyectos de artículos es la gran variedad de Organismos Internacionales, con funciones, competencias y objetivos distintitos, lo que genera una complejidad no observada para el caso de la responsabilidad internacional de los Estados donde la situación de los mismos es evidentemente más homogénea. Por ello, en lo que se refiere a las organizaciones internacionales la responsabilidad internacional ha de examinarse a la luz de los propósitos y las funciones de las organizaciones según se indican en forma expresa o implícita en sus instrumentos constitutivos y los que se desarrollan en la práctica, puesto que las organizaciones no tienen competencia general. La variedad de organizaciones internacionales constituye un hecho innegable que a su vez ayuda a explicar por qué algunos artículos no ofrecen respuestas precisas a posibles interrogantes, surgiendo de esta manera diversas limitaciones a la efectiva aplicación de los mismos, limitaciones que en líneas posteriores iré exponiendo, compartiendo como bien señala en su tesis doctoral Carrillo Zamora (2017) puesto que las mismas se deben, entre otros aspectos, a la

8 Resolución 69/126. Asamblea General de las Naciones Unidas.2014

inmunidad de las organizaciones internacionales, la cual no ha sido tomada en cuenta para la elaboración del mencionado proyecto.

Limitaciones a la efectiva aplicación del proyecto

Para desarrollar el aspecto relativo a las limitaciones, se ha considerado partir por denotar el vacío que existe en el proyecto sobre responsabilidad de los organismos internacionales de la Comisión de Derecho Internacional, pues no responde a la disposición de examinar si un hecho u omisión que suponga infracción a un deber de naturaleza internacional que este siendo atribuido a una organización es verdaderamente propio de ella, y una vez así determinado, resulte inequívoco que la organización es responsable directamente con respecto a tal acto u omisión.

Tampoco se especifica quién corrobora que tal conducta imputada tenga un vínculo de causalidad y proporcionalidad con el menoscabo apelado por el sujeto que ha sufrido el agravio. Aunque se dispone de artículos que consideran el período de génesis en cuanto a la invocación de la responsabilidad, se tiene también artículos que se enfocan la última fase, aquellos que dan por sentada la responsabilidad de la organización; pero el proyecto carece de artículos que envuelvan la etapa intermedia que correspondería a la apreciación de los fundamentos del sujeto que se ve perjudicado, quien presenta la reclamación con el propósito de esclarecer si indudablemente el hecho ilícito que se atribuye a la organización le concierne a la misma, pues la mera apelación de la responsabilidad no puede presumir la atribución del comportamiento.

Recordando que, por lo general, esta etapa intermedia en el ámbito internacional, como lo menciona Carrillo Zamora "suele efectuarse a través del personal de la Secretaría General en conjunto con paneles locales revisores de demandas que son conformados por la ONU de manera ad hoc en el contexto de una operación de mantenimiento de la paz cumpliendo la función de examinar, formular recomendaciones y adoptar decisiones para la solución de disputas ocasionadas por lesiones a particulares o bienes ocasionados por los agentes de la organización en el ejercicio de sus funciones". (Carrillo Zamora, 2017, pág. 218)

Ahora bien, todo este desarrollo fundamental para tratar estas cuestiones no ha sido incluido en el proyecto, lo que genera justamente serias dificultades para la efectiva aplicabilidad del mismo, ello debido a que sería la misma organización demandada quien tendría la facultad de calificar si el hecho ilícito que es objeto de imputación es propio de esta o no y, en el caso sea así, calificará el sistema de indemnización que implicará acciones relacionadas a convenir con el perjudicado.

Por ello, al no existir un órgano externo e imparcial que realice tal valoración, podrían generarse evidentemente reclamaciones no resueltas debido a los fundamentos a su favor elaborados por la propia organización demandada.

Otra de las limitaciones es la imposibilidad de los particulares de invocar responsabilidad de estos

organismos internacionales, pues si revisamos el artículo 43 del proyecto de la CDI, este menciona que "podrán demandar la responsabilidad de una organización internacional un Estado lesionado o una organización internacional" (Gaja, 2011), de tal manera que las implicaciones de naturaleza jurídica de estos acontecimientos que constituyen violaciones direccionadas a sujetos particulares no podrán reglamentarse por este proyecto de artículos, salvo que las reclamaciones fueran expuestas a través del Estado al que pertenecen por intermedio de la protección diplomática. De tal manera que la invocación de responsabilidad por personas naturales o por un conjunto de las mismas no sería factible.

La inmunidad de las organizaciones como principal obstáculo

Las organizaciones internacionales cuentan con la capacidad para celebrar los actos jurídicos necesarios a fin de que la misma pueda cumplir cabalmente las funciones conferidas en su documento fundacional, es decir, poseen personalidad jurídica.

En cuanto a esta característica se trae a colación la opinión consultiva de 1949, en la que la Corte Internacional de Justicia, al desarrollar la controversia sobre reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, establece que esta organización presenta la condición de persona jurídica, lo que denota que es "sujeto de Derecho Internacional, capaz de poseer derechos y deberes internacionales, y que tiene capacidad para mantener sus derechos interponiendo reclamaciones internacionales" (CIJ, 1949, pág. 174)

Considerando los mencionados derechos que les corresponden a estas organizaciones, uno de los más relevantes son justamente las inmunidades que les son conferidas con el objetivo de garantizar la funcionalidad de éstas. Siendo reconocidas tanto para la organización como tal, así como para los representantes de los Estados miembros de la misma. Este reconocimiento de sus inmunidades se expresa en el artículo 105, incisos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas[9].

De tal manera que, continuando con el desarrollo de las inmunidades, recurrimos a Fernández y Torres quienes, en su estudio "Privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales", citan a Leopoldo Godio, quien señala que "la inmunidad otorgada a una Organización es una eximición de sometimiento a la jurisdicción local de un Estado" (Godio, pág. 3)

Agregando también "que la inmunidad de jurisdicción implica que un Estado no puede someter a juicio ni a medida de apremio la propiedad, los bienes, oficinas, ni tampoco al personal de la Organización que

9 Artículo 105° de la Carta de las Naciones Unidas. Inciso 1." La Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos.

Inciso 2. "Los representantes de los Miembros de la Organización y los funcionarios de ésta, gozarán asimismo de los privilegios e inmunidades necesarios para desempeñar con independencia sus funciones en relación con la Organización"

goce de la misma, sin existir una renuncia expresa de la inmunidad por parte del funcionario jefe de la Organización" (Fernández & Torres, 2016, pág. 23)

Justamente en cuanto a la inviolabilidad de los bienes que forman parte de la organización como consecuencia de la inmunidad que se le otorga a partir de su carta constitutiva, es importante observar lo establecido en la II Sección de la Convención general de las Naciones unidas, en el año 1946, pues manifiesta que las Organizaciones Internacionales tienen inmunidad de jurisdicción, lo que a su propia letra dispone que: "las Naciones Unidas, así como sus bienes y haberes en cualquier parte y en poder de cualquier persona gozarán de inmunidad contra todo procedimiento judicial, a excepción de los casos en que renuncie expresamente a esa inmunidad"(ONU,1946,pag.24)

Se entiende, sin embargo, que esa renuncia no se aplicará a ninguna medida judicial ejecutoria. Esta prerrogativa para el tema de la responsabilidad internacional de estas organizaciones, evidentemente genera cierta protección frente a todo clase de interferencia, de tal manera que no se podría ejecutar algún embargo, expropiación, medida de allanamiento, confiscación u otro tipo de mecanismo orientado a su ejecución por instituciones nacionales de un Estado como por órganos de la comunidad internacional. Esto significa que todo dictamen originado por la intervención del sujeto agraviado por la organización en sedes judiciales o arbitrales, que implican la obligación de resarcir a causa de la comisión de un acto ilícito, no está plenamente garantizada, debido a que la misma se encontraría siempre supeditada a la disposición de la organización para desprenderse de su inmunidad de ejecución sobre sus bienes a fin que estos sean designados para cumplir una obligación de reparación por el daño irrogado.

Aquí se manifiesta el límite sustancial para la efectiva aplicación del proyecto, puesto que al omitir toda acotación sobre las inmunidades con las que cuenta una organización internacional, no proporcionaría seguridad jurídica, pues impide asegurar el pertinente cumplimiento de la obligación a reparar generada tras la comprobación de que un determinado hecho ilícito u acto omisivo le es atribuible.

De tal manera que, en el supuesto de que entre en vigencia legítima este proyecto, su eficacia se observaría ampliamente restringida, debido justamente a ese poder discrecional que se le ha otorgado a la organización en cuanto a establecer no solamente en qué supuestos le corresponde la indemnización, sino a indicar cuándo opta por renunciar a su inmunidad de jurisdicción.

Esta omisión en el proyecto llama la atención, ya que si comparamos, por ejemplo, el caso de la responsabilidad internacional de los Estados, este fue un aspecto sumamente importante puesto que inclusive alcanzó la adopción de una convención especializada denominada "Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes"(2004). En este documento se brinda un respaldo jurídico capaz de dar seguridad dual referido a personas tanto naturales como jurídicas vinculadas a los Estados. El fin de la Comisión, al regular el tema de los Estados, fue exigir que éstos renuncien a la inmunidad de jurisdicción que les fue conferida por un bien mayor, siendo este el pago de indemnizaciones, para garantizar el cabal cumplimiento de su obligación de reparar.

CONCLUSIONES

Se puede concluir señalando que, si bien es cierto la Comisión de Derecho Internacional se mantiene trabajando, ya casi 20 años, en la elaboración y perfeccionamiento de una codificación sobre responsabilidad internacional de los organismos internacionales, generando un proyecto conformado por 67 artículos que pretenden regular tal cuestión, éstos presentan varios obstáculos descritos en líneas anteriores que impedirían su aplicación efectiva. Al ser el resarcimiento una de las metas más anheladas tras imputar un acto ilícito u omisión como propia de una organización internacional, vemos que la misma se ve obstaculizada en su cumplimiento cabal por estos sujetos demandados, debido a aquellas inmunidades que les han sido conferidas, prerrogativas que para el caso de la responsabilidad internacional de estos organismos no han sido tomadas en cuenta en el proyecto.

Consideramos que debe existir un trato igualitario en la regulación de la responsabilidad atribuida tanto a los Estados como a las organizaciones, pues tal cual se les han conferido las mismas prerrogativas inherentes sería ilógico apartarles de la obligación de indemnizar, resarcir y reparar los daños generados por comportamientos ilícitos u omisiones ocasionados por la misma organización.

Por tal motivo, compartiendo la propuesta de Carrillo Zamora, sería necesaria la incorporación de un nuevo artículo en el proyecto. El objetivo de este artículo sería exigir a la organización que no apele a su inmunidad de jurisdicción y ejecución en casos en los que la atribución del acto u omisión que origina la reclamación internacional esté pendiente de sentencia o en casos de divergencia entre la organización y el sujeto agraviado sobre una reparación. Esta acción permitiría subsanar el obstáculo de la inmunidad de ejecución, siendo una propuesta pertinente, factible, y conveniente para prevenir abusos de estos organismos al ejercer acciones basadas en los privilegios e inmunidades internacionales que les son inherentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2006). La Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales - Documento A/CN.4/568 y Add.1

Carrillo Zamora, M. (2017). La inmunidad de las organizaciones internacionales: límites e implicaciones sobre el proyecto de responsabilidad de las organizaciones internacionales. Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

Comisión de Derecho Internacional.Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales

Fernández Toro, P., & Torres Moraga, D. (2016). Privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales y sus acuerdos de sede con Chile. Santiago.

Gaja, Giorgio (2003): Primer Informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales - Documento A/CN.4/532.

Gaja, G. (2008). Responsabilidad de Las Organizaciones Internacionales. Documento A/CN.4/597.

Gaja, G. (2011). Responsabilidad de Las Organizaciones Internacionales. Documento A/CN.4/640

Godio, L. M. (s.f.). Evolución, actualidad y tendencias en materia de Privilegios e Inmunidades de Organismos Internacionales".

Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63º período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), ILC Report A/66/10, 2011.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional 61º período de sesiones (4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2008) A/64/10,2008.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional 57º período de sesiones (2 de mayo a 3 de junio y 11 de julio a 5 de agosto de 2005) A/60/10,2005.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 55º período de sesiones (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2003), ILC Report, A/58/10, 2003.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 54º período de sesiones (29 de abril a 7 de junio y 22 de julio a 16 de agosto de 2002), ILC Report, A/57/10, 2002.

Velasco, M. D. (2003). La Organizaciones Internacionales. Madrid.830p

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6118

LA APLICABILIDAD DE LA GARANTÍA DE NO REPETICIÓN CONVENCIONAL EN EL ÁMBITO JUDICIAL NACIONAL[1]

Alfonso Jaime Martínez Lazcano[2]
Universidad Nacional Autónoma de Chiapas

Manuel Bermúdez-Tapia[3]
Universidad Privada San Juan Bautista

1 Documento vinculado al proyecto de investigación: "Análisis de la institucionalidad democrática en el Perú" desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista. Fue aprobado por Resolución de Vicerrectorado de Investigación Nº 061-2019-VRI-UPSJB. https://investigacion.upsjb.edu.pe/wp-content/uploads/2017/08/RESULT_CONVOC_-2020.pdf

2 Abogado, doctor en Derecho Público, profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas, profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Director de la Revista Jurídica Primera Instancia y presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, vicepresidente en investigaciones de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx

3 Abogado graduado con la mención de summa cumme laude por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho, doctorado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesor investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Contacto: manuel.bermudez@upsjb.edu.pe, mbermudeztapia@gmail.com RENACYT PO140233, ORCID: http://orcid.org/0000-0003-1576-9464

RESUMEN

El principio de la relatividad de las sentencias en el ámbito jurisdiccional constituye una regla en el derecho procesal constitucional que requiere ser reinterpretada desde una perspectiva del derecho convencional, especialmente por la aplicabilidad del principio de no repetición convencional.

Desde esta perspectiva, cuando una ley se declara inaplicable respecto de la esfera del demandante, se confirma la naturaleza negativa de la norma y a pesar de ello mantiene una vigencia que puede afectar a otras personas, con lo cual se genera una contradicción al principio convencional que establece la garantía de no repetición, lo que obliga a erradicar cualquier acto u omisión que viole los derechos de los ciudadanos, de conformidad al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El contenido conceptual del presente texto sigue una metodología hermenéutica de tipo cualitativo bajo un enfoque sistemático, comparativo y aplicativo que, como principal objetivo, procura desarrollar el principio de no repetición en el derecho nacional. Consecuentemente se plantea modificar la realidad normativa nacional para evitar que se puedan extender a otras personas los efectos de una norma con un alcance negativo como se observa en la actualidad.

Palabras clave: Convención Americana de Derechos Humanos; Derecho convencional; garantía de no repetición; juicio (proceso) de amparo; proceso de inconstitucionalidad; Derecho Procesal Constitucional

ABSTRACT

The principle of relativity of judgments in the jurisdictional sphere constitutes a rule in constitutional procedural law that needs to be reinterpreted from a conventional law perspective, especially due to the applicability of the principle of conventional non-repetition.

Under this perspective, when a law declared inapplicable with respect to the plaintiff's sphere, the negative nature of the norm is confirmed and despite this it maintains a validity that can affect other people, thereby generating a contradiction to the conventional principle that establishes the guarantee of non-repetition, which requires the eradication of any act or omission that violates the rights of citizens, in accordance with Article 2 of the American Convention on Human Rights.

Thus, the conceptual content of this text follows a qualitative hermeneutical methodology under a systematic, comparative and applicative approach that seeks to develop the principle of non-repetition in national law, as its main objective. Consequently, it is proposed to modify the national normative reality to avoid that the effects of a norm with a negative scope can extend to other people, which is the result observed to date.

Keywords: American Convention on Human Rights; Conventional Law; Guarantee of non-repetition; Amparo trial (process); Unconstitutionality Process; Constitutional Procedural Law.

1. INTRODUCCIÓN

El juicio de amparo (Ruiz, 2005, p. 296) en México y el proceso de amparo en el Perú (Eto, 2013, p. 625) son procedimientos judiciales que procuran proteger y garantizar los derechos humanos de las personas que han sido desarrollados en la Constitución (Bermúdez-Tapia, 2007) y en los documentos internacionales suscritos por los países en el ejercicio de su soberanía respecto de la asunción de obligaciones internacionales.

Comparativamente, tanto el juicio de amparo como el proceso de amparo en el Perú resultan equivalentes al presentar las siguientes características:

a) La esencia del proceso consiste en evaluar el petitorio de un ciudadano que denuncia la violación de sus derechos provocada por algún órgano estatal o por algún particular y plantea la restitución de los mismos.

b) Tienen un objetivo temporal inmediato que consiste en la tutela de un derecho afectado, lo que implica el uso de principios y reglas procesales que resultan vinculantes al trámite judicial y lo hacen expeditivo (Lazcano, 2020, p. 53).

c) Procuran tutelar y restablecer mediante la reparación integral los derechos afectados del ciudadano y ejecutar una acción complementaria que consiste en la imposición de una sanción a los responsables de dicha acción.

d) Permiten el desarrollo del principio pro homine porque algunas normas nacionales resultan incongruentes con la realidad contemporánea debido al hecho material de que durante la época de su promulgación los elementos que la legitimaron o legalizaron fueron diferentes.

Sin embargo, tras una evaluación de la practica judicial convencional es posible observar que los parámetros judiciales nacionales, como ocurre en México y en Perú, no logran ser expuestos en la misma dimensión y condición por cuanto se asume que aquellos casos en los cuales el amparo ha logrado su objetivo no puedan extenderse a terceras personas porque la norma cuestionada sigue estando vigente (Lazcano, 2019, p. 624-625).

2. ELEMENTOS TRADICIONALES EN EL JUICIO DE AMPARO Y PROCESO DE AMPARO EN MÉXICO Y PERÚ

La principal importancia del juicio de amparo y el proceso de amparo en México y en Perú es la búsqueda de una acción de tutela inmediata, oportuna, diligente y eficiente que pueda restablecer un derecho afectado, con lo cual su valor es esencial en el ámbito de una sociedad que procura estar bajo el alcance del Estado de Derecho (Bermúdez-Tapia et al, 2020 a) guiándose por las siguientes condiciones:

a) El inicio del procedimiento y el proceso judicial exige una acción activa y objetiva de parte del afectado, quien deberá acreditar su legitimidad e interés para obrar y la lesión de su derecho, excluyéndose toda acción oficiosa o de iniciativa de algún órgano jurisdiccional.

   La afectación debe ser objetiva, material, inmediata y que obligue al afectado a ejecutar una acción judicial porque en estos ámbitos no existe la opción de que se pueda realizar una evaluación general sobre su validez o legitimidad en el ámbito del sistema jurídico nacional.

b) La acreditación del daño o afectación requiere la identificación de una ley, la cual a criterio del accionante contraviene la Constitución, un tratado internacional o la Convención Americana de Derechos Humanos (Bermúdez-Tapia et al, 2020 b).

   En este ámbito, la acreditación de la legitimidad e interés para obrar puede extenderse a la evaluación de derechos difusos, en particular en aquellos procesos que procuran tutelar derechos vinculados al ámbito ambiental, a la accesibilidad a servicios públicos o a la positivización de un derecho natural, los cuales extienden el ámbito de aplicabilidad del amparo en una dimensión superior.

c) Los órganos jurisdiccionales deberán resolver la controversia formulada limitándose a la evaluación del petitorio en la demanda, así como su efecto a una condición particular y exclusiva del demandante.

   En este sentido, al no tener estos procesos una naturaleza procesal ordinaria limitan la ejecución de la defensa del ciudadano afectado a un punto específico, no siendo restrictiva la opción de evaluar otro mecanismo judicial.

   El resultado de este proceso, sin embargo, está limitado a un aspecto que no implica la atención completa de la situación en la cual se encuentra el ciudadano y por tanto debe evaluarse el contexto en su integridad porque una limitación a sus derechos se podría extender a otros ámbitos, lo que condicionaría su propia condición de sujeto de derechos (Bermúdez-Tapia, 2001).

3. LA GARANTÍA CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La protección de los derechos humanos ha dejado de ser una competencia exclusiva de los Estados en sus jurisdicciones internas, ampliándose el alcance del sistema jurídico nacional por la inclusión de los tratados internacionales suscritos y ratificados en función del ejercicio de su soberanía.

De este modo, la complementación de normas de carácter internacional y las normas nacionales en México y en Perú desarrolla la vinculación del sistema interamericano de Derechos Humanos (SIDH). EL SIDH está conformado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). De este modo se genera un Corpus Iuris que resulta ser

más latinoamericano que continental porque Canadá y Estados Unidos de América, los países más poderosos del continente, no forman parte del sistema interamericano (Nogueira, 2012, p. 1188).

En reiteradas ocasiones la Corte IDH ha determinado que además de los principios, reglas y directrices previstas en los tratados internacionales también es obligatorio observar la jurisprudencia que esta emite como fuente de derecho convencional de los derechos humanos.

Surge entonces una doble perspectiva que permite diferenciar:

a) El Derecho Convencional desarrollado por la Corte IDH respecto de los casos que evalúa, identificando un Estado y una situación específica que genera una referencialidad extensible a todos los estados integrantes del SIDH.

b) La jurisdicción supranacional es el ámbito jurisdiccional que se desarrolla luego de que los órganos jurisdiccionales nacionales han finalizado la evaluación de un hecho expuesto en un expediente judicial. En la jurisdicción supranacional no sólo se evaluarán los "hechos" detallados en el ámbito jurisdiccional nacional sino también la responsabilidad del Estado respecto de la atención de un derecho no atendido en su jurisdicción.

En el mismo sentido, la complementación de elementos jurisdiccionales permite señalar que todos los jueces de los países forman parte del SIDH, porque están obligados a:

a) Jerarquizar los tratados internacionales y aplicarlos al ámbito nacional, especialmente cuando una ley nacional resulta contraria a lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme a lo detallado en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Corte IDH, 2006).

b) Interpretar las decisiones de la corte IDH en el ámbito nacional, especialmente cuando se evalúan actos que pudieran tener una contradicción con la Convención Americana de Derechos Humanos, inclusive cuando el contenido material no se vincula a la realidad nacional como sucedió en el caso caso Gelman Vs. Uruguay (Corte IDH, 2013) en el que se fundamentó la importancia de extender los alcances del Derecho Convencional (Cubides-Cardenas et al, 2016), por lo que en todo momento deben ejercer el control difuso de convencionalidad.

De este modo, el control de convencionalidad consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resulta incompatible con el derecho convencional y disponer, en consecuencia, la reforma o la abrogación de dichas prácticas o normas, según corresponda para proteger los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo (Martínez et al, 2015, p. 97).

4. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD QUE PRODUCE UN PROCESO DE AMPARO

En los juicios y procesos de amparo en México y en el Perú las sentencias que se dictan, cuando se ha acreditado el no respeto a los derechos humanos, solo protegen al quejoso/demandante no pudiendo se extensible dicha condición a terceras personas al no tener la sentencia efectos erga omnes (Bermúdez-Tapia et al 2020 c).

Contrariamente a una lógica fundamentada en el hecho que si una norma contiene un elemento inconstitucional, esta puede seguir siendo vigente hasta que se promueva una derogación de la norma o se plantee un proceso de inconstitucionalidad en el Perú. Una situación que en México ha sido resuelta a través del juicio de amparo bajo la "Fórmula Otero" (Fix, 1999, p. 12).

A través de la "Fórmula Otero" es posible anular los efectos de una ley nacional después de realizar una evaluación convencional en el trámite de un amparo en el Perú, así como el que se sigue en México. Se podrá ejecutar el siguiente procedimiento:

a) Cuando en la vía judicial se evalúe la constitucionalidad de una norma general en un proceso de amparo, el poder judicial notificará al Congreso de la República el resultado de dicha evaluación detallando el contexto inconvencional que decidió la inaplicabilidad a favor del demandante. De este modo se sugerirá una reforma normativa para evitar que se extienda el perjuicio de dicha norma a terceras personas.

b) Cuando en el Tribunal Constitucional se evalúa la afectación de un derecho fundamental y el resultado determine una condición negativa que pueda afectar la vigencia de la norma, se planteará una reforma normativa para evitar que se extienda el perjuicio de dicha norma a terceras personas.

CONCLUSIONES

La relatividad de la sentencia del juicio de amparo en México y del proceso de amparo en el Perú es una regla aplicable en el desarrollo de un proceso con incidencia en el ámbito constitucional. Por este motivo debe detallarse que es una consecuencia ordinaria del resultado de una contienda judicial.

El alcance del principio de relatividad de la sentencia en el juicio de amparo y en el proceso de amparo debe reinterpretarse conforme al desarrollo procesal, convencional y sustantivo en la tutela de derechos humanos. No resulta válida la condición dogmática estática frente a la obligación de los Estados, como México y Perú, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

La garantía de no repetición es un principio fundamental vinculante en todo Estado de derecho democrático y social porque al tener un alcance social y no individual permite hacer efectivo los derechos humanos en las sociedades contemporáneas.

La relatividad de la sentencia del juicio de amparo y el proceso de amparo en casos en los que se cuestiona la legitimidad y legalidad de una disposición general, obligatoria y abstracta, resulta ser inconvencional por ser contraria a la garantía de no repetición, cuya fuente es la jurisprudencia obligatoria de la Corte IDH y el principio de efecto útil convencional. Por este motivo se faculta a los órganos judiciales de todos los países integrantes del sistema interamericano de Derechos Humanos a promover la derogación de la norma cuestionada aplicando el bloque de convencionalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arellano García, C. (2000) El juicio de amparo. Porrúa,

Bermúdez-Tapia, M. (2001) Categorías de Ciudadanía en el Perú por el goce de derechos fundamentales. BIRA Boletín del Instituto Riva Agüero. (28), 333-343

Bermúdez-Tapia, M. (2007) La constitución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional. Lima: Ediciones Legales

Bermúdez Tapia, M. A., Sierra Zamora, P. A., y Fernandez Osorio, A. E. (Eds.) (2020 a). La tutela de derechos individuales y colectivos en el Estado de derecho. Sello Editorial ESMIC

Bermúdez Tapia, M. A., Sierra Zamora, P. A. y Arango Calderón, I. Y. (Eds.) (2020 b). Elementos judiciales y procesales en contextos de cambios sociales. Sello Editorial ESMIC

Bermúdez Tapia, M. A., Sierra Zamora, P. A., y Fernandez Osorio, A. E. (Eds.) (2020 c). El Estado ante emergencias sociales. Sello Editorial ESMIC

Chávez del Castillo, R. (1997) Diccionario jurídico del juicio de amparo. Editorial Harla

Corte IDH (2006, 26 de septiembre). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Cubides-Cárdenas, J., Cárdenas Contreras, L., Carrasco Soulé, H. y Martínez Lazcano, A. J. (2016) El control de convencionalidad (CCV): fundamentación e implementación desde el sistema interamericano de derechos humanos. Universidad Católica de Colombia.

Dlitzky, A. (2017). Derechos Humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano. Modelos para (des) armar, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado Querétaro.

Eto Cruz, Gerardo (2013). Constitución y procesos constitucionales. Tomo I. Adrus Editores

Fix Zamudio, H. (1999) Ensayos Sobre el Derecho de Amparo. Porrúa

Hernández Cruz, A. (2010) Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano. UNAM

Loianno, A. (2014) Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. Revista Primera Instancia. 2(3), 65-75.

Martínez Lazcano, A. J. (2014) El control difuso de convencionalidad y su recepción en México. Revista jurídica valenciana, (31).

Martínez Lazcano, A. J. (2015) Tópicos de convencionalidad. Nuevas respuestas. Derecho procesal convencional de los derechos humanos. Editorial Primera Instancia

Martínez Lazcano, A. J. (2016 agosto) Principios legales de la convención americana de derechos humanos y su aplicación en casos mexicanos. Revista Emerging Rights en la Sociedad Global. 4(2) 43-76. http://dx.doi.org/10.5902/2316305421239 .

Martínez Lazcano, A. J. (2019). Inconvencionalidad del amparo mexicano por la eficacia en la protección judicial de derechos humanos. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), 7(2), 624-659.

Martínez Lazcano, A. J. y Cubides-Cárdenas, J. (2015) Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Universidad Católica de Colombia

Nogueira Alcalá, H. (2012) Los desafíos del control de convencionalidad del Corpus Iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año LXV, (135), 1167-1220

Ruiz Torres, H. (2005) Diccionario del Juicio de Amparo. Editorial Oxford,

Sagües, N. P. (2010). International obligations and "conventionality control". Estudios constitucionales, 8(1), 117-136. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100005&lng=es&nrm=iso

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6119

LA CONDUCTA FINANCIERA Y LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FRENTE A LA EMISIÓN DE CHEQUES SIN FONDO

Omar Alfredo Damián Medina[1]

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La presente investigación trata sobre las consecuencias de la emisión de cheques sin fondo, en el marco de las relaciones de consumo desde un enfoque interdisciplinario que parte por analizar la ley de títulos valores, la normativa propuesta por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) y el Código de protección y defensa del consumidor.

Analizaremos la normativa descrita y su aplicación en las resoluciones Nros. 818-2010/SC2, 811-2010/SC2 y 378-2008/SC2, expedidas por la sala especializada en protección al consumidor (anteriormente sala de defensa de la competencia Nro. 2) del tribunal de defensa de la competencia y de la propiedad intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI.

1 Abogado principal de Almerco Abogados & Consultores. Director ejecutivo de Mercado & Competencia. Estudios de posgrado en la maestría en Derecho Civil y Comercial por la UNMSM. Estudios de posgrado y especialización en libre competencia por la Universidad ESAN y Derecho de la competencia y Derecho de consumo en la Escuela de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico. Abogado por la USMP. Registro ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0630-8060. Contacto: odamian@almercoabogados.com

2. EL ROL DE LA SALA ESPECIALIZADA EN PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA EMISIÓN DE CHEQUES SIN FONDO

En especial referencia al supremo intérprete –en sede administrativa– de la legalidad de las disposiciones contenidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor y sus normas adherentes, el mismo INDECOPI (2015) resalta en sus memorias que:

La Sala Especializada en Protección al Consumidor es una de las salas que integran el Tribunal del INDECOPI[2]. Es el órgano funcional que conoce y resuelve, en última instancia administrativa y con alcance nacional, las apelaciones presentadas en los procesos ordinarios relacionados con la protección de los derechos de los consumidores y los recursos de revisión interpuestos contra las resoluciones de segunda instancia, en los procesos sumarísimos de la misma materia[3].

Asimismo resuelve los reclamos en queja interpuestos contra la Comisión de Protección al Consumidor y sus comisiones desconcentradas, contra la sala de defensa de la competencia o algún funcionario que labore en ellas por presuntos defectos en la tramitación de un proceso.

Adicionalmente, la sala especializada en protección al consumidor se pronuncia respecto de los pedidos de aclaración, ampliación y enmienda de sus propias resoluciones.

---

2 Debemos señalar que la actual Sala Especializada en Protección al Consumidor, creada a partir del Decreto Supremo Nro. 107-2012-PCM, halla las prerrogativas de su actuación independiente a partir de la escisión del extinto cuerpo colegiado de la Sala de Defensa de la Competencia Nro. 2, que en razón a la Resolución Nro. 084-2008-INDECOPI/COD tenía a su cargo actuar en el ámbito de los procedimientos de protección al consumidor y los procedimientos concursales que eran sometidos a su competencia, como órgano de última y definitiva instancia dentro del pliego administrativo.

3 La primera disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo Nro. 1308, decreto que modifica el Código de Protección y Defensa del Consumidor, se modificó el numeral 1 del artículo 14 y el artículo 21 del Decreto Legislativo Nro. 1033, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, elimina el recurso de revisión bajo los términos siguientes:

«Artículo 14.- Funciones de las Salas del Tribunal.-

14.1 Las Salas del Tribunal tienen las siguientes funciones:

a) Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa las apelaciones interpuestas contra los actos que ponen fin a la instancia, causen indefensión o determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, emitidos por Comisiones, Secretarías Técnicas o Directores de la Propiedad Intelectual, según corresponda. En tal sentido, podrán conocer y resolver sobre la imposición de multas por la realización de infracciones administrativas o multas coercitivas por el incumplimiento de resoluciones finales, de medidas cautelares, preventivas o correctivas, de acuerdos conciliatorios y de pagos de costas y costos, salvo que las mismas no resulten apelables de acuerdo a la ley de la materia; así como sobre el dictado de mandatos o la adopción de medidas cautelares, correctivas o complementarias».

Es posible advertir que la línea de interpretación que proyecte la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, cuando resuelva los conflictos de consumo que llegan a su conocimiento en última y definitiva instancia, generará un camino de predictibilidad por parte de los operadores del mercado (Bermúdez-Tapia, 2018, 53).

La problemática de la emisión de cheques sin fondo no obedece a una situación única y exclusiva de la dinámica mercantil sino a las relaciones jurídico-económicas que se establecen entre consumidores y proveedores. A este respecto la práctica jurisprudencial de la Sala Especializada en Protección al Consumidor no ha sido evasiva.

Criterio expedido en la Resolución Nro. 378-2008/SC2-INDECOPI
Jurisprudencia frente a la emisión de cheques sin fondo

«El artículo 183º de la Ley Nro. 27287, Ley de Títulos Valores, señala que las empresas del sistema financiero se encuentran obligadas a cerrar las cuentas corrientes de quienes emitan cheques sin fondos. Dicha norma impone un deber de conducta, siendo el caso que, la no observancia de la misma, genera la sanción de cerrar la cuenta corriente respecto de la cual se emitió el cheque.

En tal sentido, el cierre de la cuenta corriente elimina el riesgo para los tomadores de recibir de un emitente descuidado o desordenado, cheques que carezcan de fondos lo que justifica el cierre obligatorio de la cuenta corriente. Si bien no existe un plazo expreso para realizar el cierre en caso de reincidencia, se puede aplicar extensivamente el plazo de seis (06) años previsto por la Resolución SBS 089-98».

Criterios expedidos en las resoluciones Nros. 818-2010/SC2-INDECOPI y 811-2010/SC2-INDECOPI
Jurisprudencia frente al cierre de cuentas sin causa justificada

«Para el caso de las cuentas corrientes, las normas del sector bancario han establecido una garantía legal a favor de los consumidores, disponiendo que los bancos deben señalar en los contratos correspondientes las causales específicas y objetivas que los faculten a resolver unilateralmente los contratos de cuentas corrientes de sus clientes.

Para el caso de otros tipos de cuentas bancarias, el artículo 1398º del Código Civil invalida aquellas estipulaciones que establezcan a favor de quien las ha redactado facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo. En aplicación de dicho artículo, las entidades financieras no pueden pactar en los contratos de adhesión, a favor de sí mismas, la facultad de resolución de un contrato sin expresión de causa y sin asumir responsabilidad alguna, aun cuando dichas cláusulas hayan sido aprobadas administrativamente. De lo contrario, se estarían atribuyendo una facultad exorbitante para deshacer la relación establecida con el consumidor, pese a que se obligaron frente a éste a brindar determinadas prestaciones».

3. ANÁLISIS DE LA EMISIÓN DE CHEQUES SIN FONDO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEY DE TÍTULOS VALORES Y LA NORMATIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDOS DE PENSIONES (SBS)

3.1. Análisis de la Ley de Títulos Valores

El artículo 182 de la Ley Nro. 27287, Ley de Títulos Valores, expresamente consagra que el emitente es quien responde por el pago del cheque, salvo prescripción de la acción cambiaria, agregando que toda cláusula eximente de responsabilidad se tiene por no puesta.

El artículo 96 de la norma sustantiva en mención describe los plazos de prescripción de las acciones cambiarias derivadas de los títulos valores[4], consagrando las siguientes reglas:

a) A los tres años, a partir de la fecha de su respectivo vencimiento, la acción directa contra el obligado principal y/o sus garantes.

b) Al año, a partir de la fecha de su vencimiento, la acción de regreso contra los obligados solidarios y/o garantes de éstos.

c) A los seis meses, a partir de la fecha de pago en vía de regreso, la acción de ulterior regreso contra los obligados y/o garantes de éstos, anteriores a quien lo ejercita. Dentro de este mismo plazo debe ejercitarse la acción de repetición que corresponda al garante del obligado principal contra éste.

4 Ley Nro. 27287, Ley de Títulos Valores

Artículo 96.- Plazos de prescripción de las acciones cambiarias

96.1 Las acciones cambiarias derivadas de los títulos valores, prescriben:

a) A los tres años, a partir de la fecha de su respectivo vencimiento, la acción directa contra el obligado principal y/o sus garantes;

b) Al año, a partir de la fecha de su vencimiento, la acción de regreso contra los obligados solidarios y/o garantes de éstos;

c) A los seis meses, a partir de la fecha de pago en vía de regreso, la acción de ulterior regreso contra los obligados y/o garantes de éstos, anteriores a quien lo ejercita. Dentro de este mismo plazo debe ejercitarse la acción de repetición que corresponda al garante del obligado principal contra éste.

96.2 En el caso de los Cheques, los plazos de prescripción señalados en los incisos a) y b) se computan a partir del último día del plazo de presentación a cobro señalado en esta Ley; y, en el caso de los demás títulos valores con vencimiento a la vista, el cómputo se hará a partir del día de su presentación a cobro o, de no haberse dejado constancia de ello, a partir del día de su respectivo protesto o de la formalidad sustitutoria; y, de no estar sujeto a ello a partir del último día para su presentación al pago conforme a ley o del señalado para ello en el mismo título.

96.3 Sin perjuicio de lo señalado en el segundo párrafo del artículo 95, los plazos de prescripción establecidos en el presente artículo son perentorios y no admiten interrupción, ni suspensión. El reconocimiento judicial del título valor vencido no interrumpe los plazos de prescripción señalados en el presente artículo para el ejercicio de las acciones cambiarias derivadas de él.

El referido artículo precisa que, en el caso de los cheques, los plazos de prescripción señalados en los incisos a) y b) serán computados a partir del último día del plazo de presentación a cobro señalado en esta ley. No obstante, como dato de especial relevancia, la norma cumple con agregar que, en el caso de los demás títulos valores con vencimiento a la vista, el cómputo se hará a partir del día de su presentación a cobro o en caso no se haya dejado constancia de ello será desde el día de su respectivo protesto o de la formalidad sustitutoria; y, de no estar sujeto a ello, a partir del último día para su presentación al pago conforme a ley o del señalado para ello en el mismo título.

El precitado artículo concluye dejando en salvedad que, sin perjuicio de lo señalado en el segundo párrafo del artículo 95 de la Ley Nro. 27287, Ley de Títulos Valores[5], los plazos de prescripción establecidos en el presente artículo son perentorios y no admiten interrupción ni suspensión.

Hernando Montoya (2004) anota que: «Desde el punto de vista administrativo, el artículo 183 sanciona al titular de una cuenta corriente con chequera con el cierre de dicha cuenta por girar cheques sin fondos; además se dispone la publicación, que deberá hacer la Superintendencia de Banca y Seguros, en el Diario Oficial El Peruano, de la relación de las cuentas corrientes cerradas. La sanción reviste gravedad desde el momento en que el artículo 183.3 inciso d) incluye como una obligación de los bancos cerrar la cuenta corriente de algún titular que resulte incluido en la relación que publique la Superintendencia» (p. 531).

El artículo 183 de la Ley Nro. 27287, Ley de Títulos Valores, enumera una serie obligaciones que deberán ser aplicadas por los múltiples sujetos a quienes se destina, entre ellas:

1. Los bancos se encuentran obligados a cerrar las cuentas corrientes de quienes hubiesen girado cheques sin fondos.

2. La SBS publicará la relación de las cuentas corrientes cerradas, por lo menos, con una periodicidad mensual, en el diario oficial El Peruano.

3. El cierre de la cuenta corriente que opere con giro de cheques es obligatorio para el banco girado, cuando sea de su conocimiento cualquiera de los siguientes hechos:

5 Ley Nro. 27287, Ley de Títulos Valores

Artículo 95.- Ejercicio de las acciones cambiarias

95.1 Para el ejercicio de las acciones cambiarias derivadas de los títulos valores se requiere cumplir con los requisitos y formalidades señaladas en el artículo 91 según la naturaleza de cada valor en título o representado por anotación en cuenta; y, ser exigidos dentro de los plazos de prescripción que se señalan en el artículo 96.

95.2 El proceso judicial o arbitral cuya demanda haya sido presentada ante la respectiva autoridad judicial o arbitral antes que venzan los plazos de prescripción no será afectado por la conclusión de dichos plazos en el curso del respectivo proceso; salvo que éste sea declarado en abandono.

- Cuando en un período de seis (06) meses, el banco girado deje constancia de la falta de pago por carecer de fondos, totales o parciales, en dos (02) cheques.

  En este acápite, Montoya (2004), destaca que: «La conducta se tipifica con la reincidencia en la falta, y para tal efecto se precisa un periodo límite, como son los seis meses. El cómputo de este plazo no tiene que coincidir con el ejercicio económico, sino que se inicia con la fecha de la constancia que acredita el no pago del cheque por carecer de fondos, y termina con el rechazo del segundo cheque por el mismo motivo, estos hechos tienen que ocurrir dentro de un periodo de seis meses. Al respecto cabe tener presente que el cheque puede ser presentado para su pago, no tener fondos, pero el titular puede pedir no dejar constancia de la falta de pago, sino tan solo dejar constancia del rechazo, dado que tiene la intención de volverlo a presentar dentro del plazo de vigencia, que es de treinta días desde la fecha de giro. Esta presentación que no da lugar a la constancia de la falta de pago, no es suceso para el inicio del cómputo; el inciso a del artículo 183.3 inciso a) hace referencia a la constancia de rechazo» (p. 531).

  De igual forma, el referido autor (2004) es categórico al señalar que «Las constancias de un cheque no pagado por falta de fondos colocada en un periodo mayor a seis meses, no conllevan el cierre de la cuenta corriente. En tal caso habrá que estar a la resulta del inicio del proceso judicial por el delito de libramiento indebido, o de proceso civil instaurado para su pago derivado del rechazo por falta de fondos. En lo que se refiere al proceso civil debemos entender que se trata de una acción cambiaria que pretenda el pago del cheque; más no a la acción causal, es decir, al proceso judicial cuya pretensión sea el pago de la obligación originaria y causal» (p. 532).

- Cuando en el período de un año, el banco girado rechace diez (10) veces el pago de uno o más cheques, por carecer de fondos totales o parciales, sea que deje o no la constancia de ello en el mismo título. El rechazo de un mismo cheque se computará a razón de uno por día.

- Cuando de acuerdo con el artículo 88, sea notificado del inicio del proceso penal por libramiento indebido o de cualquier proceso civil para su pago, de cheque girado a su cargo, rechazado por falta de fondos.

  Montoya (2004) interpreta que: «De conformidad con lo señalado en el artículo 88 de la Ley de Títulos Valores, las autoridades jurisdiccionales tienen la obligación de notificar a la empresa o banco girado y a la Cámara de Comercio, el inicio y culminación del proceso penal por libramiento indebido de cheque rechazado por falta de fondos. La misma obligación le corresponde al juez civil en los procesos de cobro de los cheques. Se puede apreciar que basta con la notificación del inicio del proceso penal, o de la interposición de la demanda, para que se tipifique la causal para el cierre de la cuenta corriente; y debe hacerse extensivo al proceso

arbitral desde el momento en que la ley hace referencia a "cualquier proceso civil" que tenga por objeto el pago del cheque» (p. 533).

- Cuando algún titular de cuenta corriente resulte incluido en la relación que publique la Superintendencia, conforme al punto 2 del precitado artículo.

  De acuerdo con el citado autor (2004), creemos que «La publicidad de los actos perniciosos para el tráfico mercantil encuentra su mayor exponente en la publicación que debe hacer la Superintendencia de Banca y Seguros de todas aquellas cuentas cerradas en cada uno de los bancos; ello permitirá que los otros bancos se vean obligados a cerrar las otras cuentas corrientes que pudiera tener ese titular, una forma de sancionarlo en todo el sistema financiero y no permitirle tener cuentas corrientes con chequera en banco alguno» (p. 533).

- Otros hechos que por disposición legal conlleven el cierre de la cuenta corriente.

  Finalmente, con acertado análisis, Montoya (2004) apunta que «[…] el artículo 183.3 hace referencia a otros hechos que por disposición legal conlleve el cierre de la cuenta corriente; se trata de disposiciones existentes que, sin tener jerarquía de ley, determinan el cierre de la cuenta corriente, como es el caso del Reglamento de Tarjeta de Crédito aprobado por una Resolución de la SBS que establece que el banco debe cerrar la cuenta corriente con giro de cheques cuando anule una tarjeta de crédito expedida a nombre del titular de dicha cuenta, o cuando al usuario de dicha tarjeta se le incluye en la relación de tarjetas de crédito anuladas que publica la SBS. Nada impide que puedan dictarse por autoridades administrativas otras causales que determinen el cierre de la cuenta corriente» (pp. 533-534).

4. Las cuentas corrientes a las que se refieren los numerales anteriores son las que operan con cheques.

5. Los bancos podrán acordar con sus cuentacorrentistas otras condiciones de cierre de la cuenta corriente por giro de cheques sin fondos, las que no pueden ser menos exigentes que las antes señaladas.

6. En el caso de los incisos d) y e) anteriores, el cierre de la cuenta corriente se deberá efectuar dentro de los plazos que señale la Superintendencia; mientras que en los casos señalados en los incisos a), b) y c), el cierre debe hacerse de inmediato, debiendo informarse de ello a la Superintendencia dentro de los plazos que ésta fije.

7. En las cuentas corrientes con pluralidad de titulares, la sanción de cierre se aplicará a todos ellos, salvo que se traten de cuentas a cuyo cargo dichos titulares pueden emitir cheques indistintamente. En tal caso la sanción es aplicable al titular o titulares que hayan dado origen a la causal de cierre.

8. En caso de errores en la inclusión de personas en las publicaciones señaladas en el segundo párrafo del presente artículo, podrá corregirse en la siguiente publicación, en cuyo mérito se podrán reabrir las cuentas corrientes que hubiesen sido cerradas en virtud de la publicación errada. Las centrales de información públicas o privadas que hubieren registrado la información errada igualmente, bajo responsabilidad, procederán a corregir sus registros por el solo mérito de la publicación aclaratoria.

9. La Superintendencia queda encargada de establecer el procedimiento, control y verificación del cierre efectivo y oportuno de las cuentas corrientes de acuerdo a los términos del presente artículo y a la ley de la materia, así como de imponer las sanciones y demás medidas que correspondan.

3.2. Análisis de la normativa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS)

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) a través de la Resolución SBS Nro. 89-98, denominada Reglamento de Cuentas Corrientes –oportunamente modificada por la Resolución SBS Nro. 22-2001– a través del artículo 7, concordante con el tenor del artículo 183º de la Ley Nro. 27287, Ley de Títulos Valores, reconoce que las entidades financieras se encuentran obligadas a cerrar las cuentas corrientes de quienes hubiesen girado cheques sin fondos, siendo que, para este efecto, deberán tener en consideración que:

- La entidad financiera deberá rechazar el cheque y, a petición del tenedor, dejará constancia de ello en el mismo título, expresando el motivo del rechazo, la fecha de la presentación del cheque y la firma del funcionario autorizado de la empresa, pudiendo ser efectuada en cualquier oficina a nivel nacional.

- Si el cliente no solicita la constancia antes mencionada, la empresa queda obligada a consignar la fecha de presentación del cheque rechazado, la misma que solo se registrará una vez por día.

- Ante el rechazo injustificado de la entidad financiera de la petición del tenedor, la empresa se niega injustificadamente a poner la constancia del referido rechazo, ésta asumirá la responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasione. Si existiesen fondos disponibles, deberá realizar el pago parcial del título hasta donde estos alcancen.

- Con independencia de haber dejado constancia o no, las entidades financieras deben llevar un registro de los cheques rechazados por falta de fondos, consignando la causal de cierre.

- La Superintendencia sancionará a las entidades financieras que incumplan con las obligaciones antes descritas, extendiendo su mandato incluso a los trabajadores que resulten responsables, de conformidad con el artículo 361 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros

y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros[6].

- Los períodos de acumulación de seis (06) meses y de un (01) año señalados en los incisos a) y b) del artículo 183.3 de la Ley de Títulos Valores se computarán desde la fecha en que se rechazó el primer cheque girado con cargo a las cuentas que se mantengan en la misma empresa.
- Las entidades financieras deben colocar en lugares visibles de sus oficinas, avisos en los que se señale el derecho del tenedor del cheque a exigir la constancia de su rechazo en las condiciones establecidas en la normatividad vigente sobre la materia.
- Las entidades financieras remitirán por medio magnético a la Superintendencia dentro de los primeros cinco (05) días hábiles de cada mes, una relación de las cuentas corrientes cerradas por giro de cheques sin fondos correspondientes al mes anterior, de acuerdo con el «Diseño de Registro del Sistema de Cierre de Cuentas Corrientes» establecido por la Superintendencia. En los meses en que no se produzca cierre de cuentas corrientes, deberá indicarse tal situación dentro del mismo plazo. Conjuntamente al medio magnético antes señalado, las entidades financieras deben remitir un reporte impreso que sustente la información que éste contiene, debidamente suscrito por el gerente general y el funcionario responsable de dicha información.

---

6 Ley Nro. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros

Artículo 361º.- Sanciones: La Superintendencia aplicará, según la gravedad de la infracción cometida, las siguientes sanciones:

1. Amonestación.
2. Multa a la empresa de monto no menor a diez UITs ni mayor a doscientas, a menos que la presente ley señale de manera específica un importe diferente.
3. Multa al director o trabajador responsable no menor de punto cinco UITs ni mayor de cien.
4. Suspensión del director o trabajador responsable, por plazo no menor de tres días ni mayor de quince, y remoción en caso de reincidencia.
5. Destitución.
6. Inhabilitación del director o trabajador en caso de ser responsable de la intervención o liquidación de la institución a su cargo.
7. Prohibición de repartir dividendos.
8. Intervención.
9. Suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento.
10. Disolución y liquidación.

La aplicación de las sanciones antes mencionadas no exime a los infractores de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar.

Las sanciones previstas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del presente artículo serán impuestas por los funcionarios autorizados. La escala de multas será establecida por la Superintendencia.

Las infracciones susceptibles de sanción son las previstas en la presente ley y aquellas que de modo previo y general, a través de reglamento, tipifique la Superintendencia.

Modificado por la Ley N° 28184 publicada el 02.03.2004.

- Los titulares de las cuentas corrientes cerradas por haber girado cheques sin la correspondiente provisión de fondos, quedan impedidos de abrir nuevas cuentas corrientes con giro de cheques en cualquier empresa del sistema financiero, durante el plazo de un (01) año contado a partir del cierre respectivo. Durante el mismo tiempo, las empresas deben abstenerse de otorgar avances o sobregiros en favor de los titulares cuyas cuentas corrientes hubieran sido cerradas por haber girado cheques sin fondos. En caso de reincidir por primera vez, dicho impedimento y obligación de cierre durará tres (03) años. Si reincide por segunda vez, la inhabilitación será permanente[7].
- Los titulares de las cuentas corrientes cerradas deberán entregar los talonarios de cheques de las respectivas cuentas cerradas a las entidades financieras. Dicha obligación deberá ser consignada en los correspondientes contratos de cuenta corriente.

Es importante anotar que el artículo 8 del referido Reglamento de Cuentas Corrientes describe que, atendiendo al mandato del artículo 228 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros[8], la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) publicará mensualmente en el diario oficial, dentro de los diez (10) primeros días calendarios de cada mes, la relación de cuentas corrientes cerradas por giro de cheques sin fondo, indicando el plazo de duración de la sanción de cierre impuesta. En la misma nota la Superintendencia dispondrá que las demás entidades financieras cierren las cuentas de los titulares cuyas cuentas hayan sido cerradas por girar cheques sin fondo, en un plazo no mayor a diez (10) días calendarios que serán computados a partir del día siguiente a la publicación. Al vencimiento del plazo previsto en el numeral 7.5 del Reglamento de Cuentas Corrientes, las entidades financieras quedan facultadas para abrir cuentas corrientes a dichas personas, sin necesidad de comunicación alguna a la Superintendencia.

---

7 La misma norma describe que se considerará reincidencia cuando el titular de una cuenta corriente gire un (01) cheque que sea rechazado por falta de fondos en cualquier empresa, se deje o no constancia de la falta de pago por carecer de fondos en el correspondiente título o incurra nuevamente en alguna de las causales de cierre señaladas en los incisos c) o e) del artículo 183.3 de la Ley de Títulos Valores, dentro del plazo de cómputo de reincidencia establecido en el último párrafo del presente numeral. Dicha reincidencia deberá reportarse conforme el numeral 7.4 del mismo Reglamento.

8 Ley Nro. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros

Artículo 228º.- Cierre de cuenta corriente

[…] Las empresas cerrarán las cuentas corrientes de quienes registren el rechazo de cheques por falta de fondos, conforme a los términos que determine la Superintendencia. Dicho organismo sancionará a quienes incumplan con esta obligación. La relación de las cuentas corrientes cerradas por esta razón, será publicada mensualmente por la Superintendencia, en el Diario Oficial El Peruano. […]

3.3. Situaciones especiales

3.3.1. Pluralidad de titulares de cuentas cerradas

Un aspecto que conviene destacar se encuentra descrito en el numeral 7.5 de la Resolución SBS Nro. 89-98, denominado reglamento de cuentas corrientes, referido al cierre de cuentas con pluralidad de titulares. En este caso la afectación, en principio, resulta conjunta a todos ellos, «salvo que el giro de cheques esté a cargo de algunos de ellos, en estas circunstancias la sanción deberá recaer sobre estos últimos. Es el caso de las cuentas conjuntas, donde puede figurar la disyunción "o" e "y"» (Montoya: 2004, p. 534).

La sanción que impone la norma consiste en el impedimento de abrir nuevas cuentas corrientes con giro de cheques en cualquier empresa del sistema financiero, durante el plazo de un (01) año contado a partir del cierre respectivo, además de la prohibición a dichas empresas de otorgar avances o sobregiros en favor de los titulares de las cuentas cerradas. En el caso de la reincidencia por primera vez, el cierre durará tres (03) años y si la reincidencia ocurre por segunda vez la inhabilitación será permanente.

3.3.2. Saldo deudor de cuentas cerradas

La tercera disposición final y transitoria del reglamento de cuentas corrientes, con motivo del cierre de las cuentas corrientes sin fondo, advierte que el saldo deudor de una cuenta corriente cerrada, cualquiera que fuese la parte que hubiera tomado la decisión, se incrementa con los intereses pactados, los que continúan devengándose hasta que se cumpla con el plazo previsto en el último párrafo del artículo 228 de la Ley Nro. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros[9].

9 Ley Nro. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros

Artículo 228º.- Cierre de cuenta corriente

La cuenta corriente se cierra por iniciativa de la empresa o del cliente. La empresa puede negarse a la solicitud que le formule el cliente para el cierre de la cuenta en el caso que la misma mantenga saldo deudor o que el cliente tuviese obligaciones pendientes de pago con ésta.

Salvo pacto en contrario, la empresa podrá compensar los saldos de las distintas cuentas que el cliente mantenga con ella, inclusive cuando se realice el cierre de una cuenta corriente. […]

4. ANÁLISIS DE LA EMISIÓN DE CHEQUES SIN FONDO DESDE LA PERSPECTIVA DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

4.1. Consideraciones preliminares

El derecho a la protección y defensa del consumidor es una rama especializada que parte del Derecho positivo y se ejecuta a través del poder Estatal para desplazar su actividad tuitiva de prevención y reacción ante las distorsiones que se presentan en las innumerables relaciones jurídico-económicas de consumo. Por una parte, entre un consumidor o usuario que acude al mercado con el propósito de atender a una necesidad o interés económico, continuo e ilimitado que se manifiesta en su vida cotidiana –dentro de su esfera personal como social– y, por otra, los proveedores, quienes expenden la oferta de sus distintos bienes (Rodríguez, 2016).

Las distorsiones que se producen en las relaciones de consumo se sustentan en la siempre presente e inevitable asimetría informativa, descrita por Jean Paul Calle como «la incapacidad de una de las partes de la relación de consumo para acceder a información relevante y, en algunos casos, para procesar la información compleja» (2002, 72).

Asimismo, para un sector de la doctrina, representada por Horacio Bersten «La desigualdad está en la realidad. En la sociedad de consumo existe una enorme desproporción entre proveedores y consumidores –de la que son ejemplos muy evidentes los usuarios de servicios públicos o de algunas contrataciones bancarias, casos en los que la concentración de poder económico, saber técnico, información privilegiada, concentrada y reservada, se encuentran en un solo polo y en el otro sólo parecen subsistir obligaciones, generalmente de pago. El derecho del consumidor constituye, entonces, un intento –no siempre exitoso– de paliar el desbalance objetivo» (2003, 3).

Por ese motivo, los diferentes ordenamientos jurídicos, ante esta inevitable situación, justifican el intervencionismo del Estado y admiten en la legislación un Derecho tuitivo sobre los consumidores y usuarios (Bermúdez-Tapia, 2018, 48). Con gran acierto, Gaspar Ariño (2004) anota que «El fin de esta regulación es proteger al público, pues en caso contrario, se situaría en indefensión o debilidad contractual. Son límites a la libertad derivados del derecho de los demás a la necesaria protección de la igualdad de las transacciones. Esta regulación del sujeto y de la actividad es una regulación conforme al mercado. La mayor parte de las veces la regulación tiende a preservar el buen funcionamiento del mercado, a asegurar o introducir competencia allí donde ésta no exista o esté amenazada» (p. 296).

Así, el Derecho, en la máxima expresión de su esencia normativa, se abre paso por sí mismo y se convierte en oportunidad y respuesta para afrontar y avasallar nuevos retos a través del derecho a la protección y defensa del consumidor, el mismo que contiene en su dosis normativa y de reforma, principios, normas, lineamientos y directrices que lo conducen hacia el inquebrantable tráfico consumerista en el mundo,

que debe apuntar hacia la consolidación de mecanismos ágiles, expeditivos y flexibles para el agente más débil a las fallas del mercado, el consumidor final.

4.2. ¿Relación de consumo?

Una de las interrogantes que probablemente se susciten en el marco de nuestra exposición consiste en saber si, frente al cierre de cuentas corrientes del titular o titulares que emiten cheques sin fondo, estamos ante una relación de consumo (Bermúdez-Tapia, 2016, 50).

Por este motivo conviene remitirnos a la lectura del inciso 5 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley Nro. 29571, denominado Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el cual el referido cuerpo legal comprende que una relación de consumo: «Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica; esto, sin perjuicio de los supuestos contemplados en el artículo III».

Siguiendo la misma línea de estudio, Julio Durand (2007) expone que «[…] la relación de consumo no es solamente una relación formal directa, es decir no es un mero acto traslativo de cosa precio, sino que va mucho más allá y que es en esencia una relación de correspondencia entre quien vende un producto o presta un servicio con aquel que adquiere el producto o recibe el servicio» (pp. 228-229).

En la misma sintonía, Juan Farina (1995) describe que una relación de consumo son «Todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios. La relación de consumo es el elemento que decide el ámbito de aplicación del Derecho del consumidor y debe comprender por tanto todas las situaciones posibles» (p. 7).

Realizando una interpretación integral de los hechos económicos que engloban nuestra problemática, resulta posible inferir que el cierre de cuentas corrientes del titular o titulares que emiten cheques sin fondo supone que existe una relación de consumo –a largo plazo– entre el titular o los titulares de la cuenta corriente, quienes ostentan la calidad de consumidor o consumidores y la entidad financiera que desarrolla el rol de proveedor, por lo que resultan aplicables todas las normas que se esgrimen en materia de protección y defensa del consumidor.

4.3. Derecho y deber de información

Un estudio preliminar de Pablo Fernández Burgueño señala que «El consumidor o usuario tiene derecho a recibir, de forma gratuita, información previa al contrato. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario, de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias, información relevante, veraz y suficiente, sobre las características esenciales del contrato, en particular, sobre sus condiciones jurídicas y económicas y de los bienes o servicios objeto de aquél» (2013, 71).

En la misma sintonía, Carlos Rojas (2012) describe que «[E]l Deber de Información de los proveedores o el Derecho a la Información de los consumidores se constituye como uno de los principales derechos en torno al cual se sostiene la legislación de Protección al Consumidor, y consiste en el derecho que tienen los consumidores o usuarios a recibir de los proveedores la información necesaria sobre los productos o servicios que desean adquirir, así como para efectuar un uso adecuado de los mismos. En tal sentido, la carga de informar corresponde a los proveedores en la medida que se entiende que éstos tienen un mejor manejo en cuanto a la calidad y cantidad de dicha información» (pp. 66-67).

Baldo Kresalja y César Ochoa (2009) advierten que «El tema del derecho a la información está directamente vinculado a otro que ya antes hemos mencionado que es el relativo a la existencia de asimetría informativa en los mercados imperfectos, debido a que la colocan o publicitan los agentes no suele –y a veces no puede– ser completa, por razones de costo o imposibilidad material, por ejemplo, lo que constituye para el consumidor una situación de desventaja o inferioridad» (p. 323).

El artículo 7 de la Resolución SBS Nro. 89-98, denominada reglamento de cuentas corrientes –oportunamente modificada por la Resolución SBS Nro. 22-2001– concordante con el tenor del artículo 183 de la Ley Nro. 27287, ley de títulos valores, reconoce que las entidades financieras se encuentran obligadas a:

- Informar y colocar en lugares visibles de sus oficinas avisos en los que se señale el derecho del tenedor del cheque a exigir la constancia de su rechazo en las condiciones establecidas en la normatividad vigente sobre la materia.
- Informar a los titulares de las cuentas corrientes cerradas que deberán entregar los talonarios de cheques de las respectivas cuentas cerradas a las entidades financieras. Dicha obligación deberá ser consignada en los correspondientes contratos de cuenta corriente.

4.4. Deber de idoneidad

La importancia del deber de idoneidad parte por comprender que estamos frente a una norma bipartita que se instaura desde una doble perspectiva, la cual: «(i) Por una parte, ampara el Derecho del Consumidor, de exigir el cumplimiento de lo que espera recibir (ex ante) frente a lo que efectivamente recibe (ex post), en función a la oferta e información que previamente le fue proporcionada —lo cual no necesariamente hace referencia a la publicidad— además de las circunstancias y condiciones de la transacción; y, (ii) por otra, resalta el Deber del Proveedor de cumplir todas las expectativas legítimas y razonables que el consumidor origine en virtud a lo previamente ofrecido e informado y que aquello que recibirá, se ajuste a las circunstancias del caso, así como a la aptitud y naturaleza propia del producto o

servicio[10] para atender a la finalidad por la cual ha sido puesto en el mercado» (Damián, 2019: p. 455).

A la luz de lo expuesto, las expectativas legítimas y razonables de los consumidores tendrán lugar en la interpretación de las garantías legales y explícitas que envuelven a cada relación de consumo, que en este ámbito tiene también un alcance constitucional conforme detalla el artículo 61 de la Constitución política peruana de 1993 (Bermúdez-Tapia, 2008)

Por ese motivo, una primera línea de determinación tiene lugar en el literal a) del artículo 20 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, cuando expone que: «Una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita».

Por su parte, para Velarde y Gonzáles (2011) una garantía legal representa la «obligación del proveedor cuya fuente se encuentra en normas imperativas o que interesan al orden público. Esta garantía no puede ser limitada ni excluida por la garantía expresa» (p. 312).

A su turno, una segunda línea de determinación tiene presencia en el literal b) de nuestro Código, el cual reza que: «Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita». Sin embargo, en un acápite no menos importante, el artículo 21 de la precitada norma, en lo referido a la protección de las expectativas del consumidor prescribe que «A falta de garantía explícita, la garantía implícita vincula al proveedor».

10 En mérito de la Resolución Nro. 1179-2015/SPC, la evaluación del deber de idoneidad de los servicios supone un análisis que parte de la atención de la naturaleza obligacional de los mismos. A la luz de lo expuesto, el objeto de la prestación de los servicios podrá suponer, en algunos casos, una obligación de medios, mientras que en otros una obligación de resultados.

- Las obligaciones de medios son aquellas relaciones jurídico-obligacionales cuyo objeto de la prestación, por su naturaleza aleatoria, no asegura al consumidor un resultado específico por no resultar previsible. Sin embargo, se exige que la ejecución de la prestación del servicio se despliegue con la debida diligencia y máxima dedicación, utilizando todos los medios que sean necesarios para alcanzar el objeto de la contratación.
- Las obligaciones de resultados son aquellas relaciones jurídico-obligacionales cuyo objeto de la prestación, en razón a su naturaleza, deberá asegurar al consumidor un resultado específico y nunca aleatorio por ser plenamente previsible. Asimismo, en este supuesto, frente a su incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, no operará el parámetro de la debida diligencia, como eximente de responsabilidad del proveedor.

En ese sentido, Alonso Morales (2008) acota que «La garantía expresa se refiere a los términos y condiciones expresamente ofrecidas por el proveedor, que siendo conocidas o conocibles por el consumidor razonable utilizando su diligencia ordinaria excluyen la garantía implícita» (p. 36).

Sin perjuicio de lo expuesto, existe otro grupo de garantías denominadas implícitas que operan frente a la ausencia de garantías legales y explícitas que enmarcan la relación de consumo; sin embargo, no serán objeto de nuestro estudio, toda vez que la actuación de los proveedores se encuentra plenamente definida por los cánones normativos que se han descritos a lo largo del presente estudio.

Aterrizando en el estudio de las garantías que configuran el deber de idoneidad frente al cierre de cuentas corrientes por la emisión de cheques sin fondo, desde el tenor del artículo 183 de la Ley Nro. 27287, ley de títulos valores, nos invita a reconocer que las entidades financieras se encuentran obligadas a:

1. Cerrar las cuentas corrientes de quienes hubiesen girado cheques sin fondos, cuando sea de su conocimiento cualquiera de los siguientes hechos:
    - Cuando en un período de seis (06) meses el banco girado deje constancia de la falta de pago por carecer de fondos totales o parciales en dos (02) cheques.
    - Cuando en el período de un año, el banco girado rechace diez (10) veces el pago de uno o más cheques por carecer de fondos totales o parciales, sea que deje o no la constancia de ello en el mismo título. El rechazo de un mismo cheque se computará a razón de uno por día.
    - Cuando de acuerdo con el artículo 88 sea notificado del inicio del proceso penal por libramiento indebido o de cualquier proceso civil para su pago, de cheque girado a su cargo, rechazado por falta de fondos.
    - Cuando algún titular de cuenta corriente resulte incluido en la relación que publique la Superintendencia, conforme al punto 2 del precitado artículo.
    - Otros hechos que por disposición legal conlleven el cierre de la cuenta corriente.
2. Respetar que los acuerdos con sus cuentacorrentistas sobre otras condiciones de cierre de la cuenta corriente por giro de cheques sin fondos no podrán ser menos exigentes que las antes señaladas.
3. En las cuentas corrientes con pluralidad de titulares, la sanción de cierre se aplicará a todos ellos, salvo que se traten de cuentas a cuyo cargo dichos titulares pueden emitir cheques indistintamente. En tal caso la sanción es aplicable al titular o titulares que hayan dado origen a la causal de cierre.
4. En caso de errores en la inclusión de personas en las publicaciones, podrá corregirse en la siguiente publicación, en cuyo mérito se podrán reabrir las cuentas corrientes que hubiesen sido cerradas en virtud de la publicación errada. Las centrales de información públicas o privadas que hubieren

registrado la información errada igualmente, bajo responsabilidad, procederán a corregir sus registros por el solo mérito de la publicación aclaratoria.

5. Atender el procedimiento establecido por la Superintendencia, la que a su vez quedará encargada del control y verificación del cierre efectivo y oportuno de las cuentas corrientes de acuerdo con los términos del presente artículo y con la ley de la materia, así como de imponer las sanciones y demás medidas que correspondan.

Las garantías que configuran el deber de idoneidad frente al cierre de cuentas corrientes por la emisión de cheques sin fondo, desde la Resolución SBS Nro. 89-98, denominada reglamento de cuentas corrientes, impone que las entidades financieras están obligadas a:

1. Rechazar todo cheque carente de fondos y, a petición del tenedor, dejar constancia de ello en el mismo título, expresando el motivo del rechazo, la fecha de la presentación del cheque y la firma del funcionario autorizado de la empresa y permitir que ello sea efectuado en cualquier oficina a nivel nacional.

2. Si el cliente no solicita la constancia antes mencionada, la empresa queda obligada a consignar la fecha de presentación del cheque rechazado, la misma que sólo se registrará una vez por día.

3. Ante el rechazo injustificado de la entidad financiera a la petición del tenedor, la empresa se niega injustificadamente a poner la constancia del referido rechazo, ésta asumirá la responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasione. Si existiesen fondos disponibles, deberá realizar el pago parcial del título hasta donde estos alcancen.

4. Con independencia de haber dejado constancia o no, las entidades financieras deben llevar un registro de los cheques rechazados por falta de fondos, consignando la causal de cierre.

5. Impedir que los titulares de las cuentas corrientes cerradas por haber girado cheques sin la correspondiente provisión de fondos puedan abrir nuevas cuentas corrientes con giro de cheques en cualquier empresa del sistema financiero, durante el plazo de un (01) año contado a partir del cierre respectivo. Durante el mismo tiempo las empresas deben abstenerse de otorgar avances o sobregiros en favor de los titulares cuyas cuentas corrientes hubieran sido cerradas por haber girado cheques sin fondos. En caso de reincidir por primera vez, dicho impedimento y obligación de cierre durará tres (03) años. Si reincide por segunda vez las empresas deberán inhabilitarlos de manera permanente.

5. REFLEXIONES FINALES

El Derecho Mercantil y cambiario converge con la dinámica consumeril propuesta por el Derecho a la Protección y Defensa del Consumidor y nos expone un catálogo de obligaciones que deberán atender las entidades financieras, motivo por el cual, nos encontramos de acuerdo con el tenor expuesto por la Resolución Nro. 378-2008/SC2-INDECOPI sobre el cierre de cuentas corrientes por emisión de cheques sin fondo y que ello no constituye infracción a la normativa de consumo, toda vez que en razón a las resoluciones Nros. 818-2010/SC2-INDECOPI y 811-2010/SC2-INDECOPI obedece a una causa justificada.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ariño Ortiz, G. (2004). Principios de Derecho Público Económico. Lima: Ara Editores.

Bermúdez-Tapia, Manuel (2008) La Constitución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional con Prólogo de Domingo García Belaúnde. 2º Edición. Lima: Ediciones Legales

Bermúdez-Tapia, M. (2018) La protección constitucional del consumidor. Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad. (150), 53-57

Bermúdez-Tapia, M. (2018, febrero) Seguridad jurídica en función de la regulación estatal de datos personales. Administración Pública y Control. (50), 48-51

Bermúdez-Tapia, M. (2016, septiembre) La disfuncionalidad de los procedimientos administrativos cuando no hay políticas públicas. Administración Pública y Control.(33), 50-52

Bersten, Horacio L. (2003). Derecho Procesal del Consumidor. Buenos Aires: La Ley.

Calle Casusol, J. P. (2002). Responsabilidad Civil por publicidad falsa o engañosa. Lima: Ara Editores.

Damián Medina, O. (2019) Análisis de las instituciones del comercio electrónico a la luz del Código de Protección y Defensa del Consumidor Peruano, en Instituto Pacífico (Ed.) Tratado de Protección y Defensa del Consumidor. Lima: Instituto Pacífico, pp. 417-485.

Durand Carrión, J. (2007). Tratado de Derecho del consumidor en el Perú. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.

Espinoza Espinoza, J. y Elvira, Gonzáles Barbadillo (2004). Ley de protección al consumidor. Comentarios, precedentes jurisprudenciales y normas complementarias. Lima: Editorial Rodhas.

Farina, J. (1995). Defensa del consumidor y del usuario. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Fernández Burgueño, P.; Molina Ávila, Manuel y Alejandra Porto Cortés. (2013). Manual de

Derecho de Consumo. Valladolid, Thomson Reuters y LexNova.

Kresalja, B., y Ochoa, C. (2009). Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Montoya Alberti, H. (2004), El cheque y las principales innovaciones incorporadas en la ley de títulos valores. En Gaceta Jurídica (Ed.) Tratado de Derecho Mercantil. Tomo II: Títulos Valores. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 507-551.

Morales Acosta, A. (2008). Temas de protección al consumidor y buenas prácticas de mercado: La asimetría informativa. Lima: Asesorandina.

Rodríguez García, G. (2016) Saliendo de la isla: superando un sistema de protección al consumidor en guerra consigo mismo. Lima: Themis

Rojas Klauer, C. (2012). El alcance del deber de información en materia de protección al consumidor: Un replanteamiento desde el Derecho y la economía conductual y el neuromarketing. Themis · Revista de Derecho (62), pp. 65-79.

Velarde Saffer, L. y Gonzáles La Rosa, D. (2011). Los accidentes producidos a causa de un servicio aéreo defectuoso: su tratamiento normativo y la distribución de las responsabilidades, en Sumar, Oscar (Editor). Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú. Lima: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, p 309-322

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI (2015). Recuperado de: www.indecopi.gob.pe



El brindis ii - oleo - 48x36 cm
Héctor Acevedo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6120

LA IDEA DE JUSTICIA EN HESÍODO

Gustavo Adolfo Pozas Marquez[1]
Universidad Autónoma del Estado de Morelos

RESUMEN

Dos fueron los grandes iniciadores de la literatura en la antigua Grecia: Homero, cuya fama se extendió después de sus obras maestras, la Ilíada y la Odisea, dentro de todos los espacios conocidos y conquistados por los griegos, y Hesíodo que, a partir de la competencia en la que pronunció su famoso trabajo denominado *Teogonía* superó a Homero y logró integrarse al grupo intelectual de la época. A partir de la visión de este último pensador se ha logrado obtener información sobre el tema de la justicia y la forma en que era pensada en aquella época. Este concepto fue retomado, desde diversas aristas, en *Trabajos y días y en Escudo*, de ahí que sea necesario exponer el concepto a través de la cosmovisión hesiodica y establecer la forma en que el concepto "justicia" fue hilvanado en diversos pensadores pasados y actuales.

1 Doctor en Derecho y globalización por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM) y doctor en Ciencias Políticas y Sociales por el Colegio de Morelos. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UAEM. Sus líneas de investigación jurídica son Derechos Humanos, Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Filosofía del Derecho. Contacto: gustavo.pozas@uaem.mx

ABSTRACT

Two were the great initiators of literature in ancient Greece, Homer who after his masterpieces, the Iliad and the Odyssey, his fame spread into all spaces known and conquered by the Greeks, and Hesiod, who from the competition where I pronounce his famous work called Theogony I overcome in full contest to Homer and managed to integrate within the intellectual group of the time; it is from the vision of this last thinker that information has been obtained on the subject of justice and the way in which it was thought at that time, a concept that is repeated in Works and Days, and in Escudo, from different angles, hence, it is necessary to speak of all together and separately to be able to present the concept, through the hesiodic worldview and establish the way in which the concept of "justice" was or can be stitched together in various past and current thoughts.

I. ¿QUIÉN DEBE ADMINISTRAR JUSTICIA?

En la visión de Hesíodo la justicia es administrada desde lo alto del olimpo por Zeus, quien a través de sus designios reordena el mundo de los mortales y administra justicia en el escenario de las deidades, es decir la justicia existe bajo un sistema centralista y solo puede ser ejercida por el poder superior. Esta justicia solo entra en acción en el momento en el cual surge un problema, siendo este el indicativo de que los iguales no lograron superar sus contradicciones o llegar a una solución de cualquier controversia.

La justicia que imparte Zeus se transporta hasta el mundo de los mortales a través de mensajes que se hacen llegar por diversas deidades a los hombres; es decir, la justicia divina intenta ser impartida desde los dioses mismos y es expuesta a los hombres en su lenguaje para ser entendida y atendida, so pena de acarrear algún castigo por la desobediencia[2].

> Pues al instante corre el juramento tras de los veredictos torcidos; cuando la *Dike* es violada, se oye un murmullo allí donde la distribuyen los hombres devoradores de regalos e interpretan las normas con veredictos torcidos, aquella va detrás quejándose de la ciudad y de las costumbres de sus gentes, envuelta en niebla, y causando mal a los hombres que la rechazan y no la distribuyen con equidad. [*Trabajos y Días*] (Hesiodo, s/f, p. 215-220)
>
> Y he aquí que existe una virgen, *Dike*, hija de Zeus, digna y respetable para los dioses que habitan el Olimpo; y siempre que alguien la ultraja injuriándola arbitrariamente, sentándose junto a su padre Zeus Cronión, proclama a voces el propósito de los hombres injustos para

2 Se debe decir que los dioses hacen llegar a los hombres, los mandatos de los dioses, sin embargo, estos tienen en algunas ocasiones la osadía de enfrentarse a dichas órdenes y acarrean con ello una serie de penalidades o perecen en el intento.

> que el pueblo pague la loca presunción de los reyes que, tramando mezquindades, desvían en mal sentido sus veredictos con retorcidos parlamentos [*Trabajos y días*] (Hesiodo, s/f, p. 260-270).

Aunado a lo anterior, los dioses siempre encontrarán la manera de reestablecer el orden que requieren, de ahí que Zeus, en alguna ocasión, se empleó de Heracles para poder reestablecer el orden de las cosas y así Heracles ataca Cicno, quien resulta un ser que atenta en contra de la justicia que imparten las divinidades, pues despojaba a las personas de las ofrendas que llevaban a Pitia, y al enfrentarse a este y arrancar la vida del impío Cicno, Heracles también combate con Ares, pero es herido en un muslo, con lo que termina la batalla [*Escudo*] (Hesiodo, s/f, p. 320-480).

Lo anterior nos hace ver que la justicia se debe imponer por la fuerza física, en el entendido de que esta solo le es permitido usar a ciertas personas y no a todas; es decir, solo el soberano debe indicar quién es el que puede hacer uso de la fuerza para poder cumplir con los mandatos de la justicia, pues frente al intento de desarticular el orden preestablecido solo el uso de la violencia puede reintegrar el estado de las cosas a su habitualidad.

Por otro lado, hay una manera en la cual los hombres pueden servir como una herramienta de materialización de justicia, se advierte entonces la existencia de ciertas personas a las cuales se les encomienda dicha tarea por parte de los dioses mismos, de ahí que se pueda entender a la manera de un don que los dioses depositan en algunos hombres, pues únicamente un grupo selecto puede pronunciarla frente a las divergencias que surjan entre los mortales, y estos solo pueden ser aquellos a los que los dioses mismos les han investido con el poder de dirigir a los grupos poblacionales, lo que implica que los reyes [Teogonía] (Hesiodo, s/f, p. 85) los dioses les han delegado la tarea de impartir justicia, en principio, obligados a dictar solución a los problemas surgidos en el grupo poblacional, pero siguiendo los lineamientos de las deidades.

> Todos fijan en él su mirada cuando interpreta las leyes divinas con rectas sentencias y el con firmes palabras en un momento resuelve sabiamente un pleito por grande que sea [*Teogonía*] (Hesiodo, s/f, p. 85-90).

Los dioses deciden entonces dejar en manos del dirigente la tarea de administrar justicia; sin embargo, el mismo no puede hacer de su actividad un ente decisionista, sino que debe seguir parámetros preestablecidos por los dioses, los mismos que no arriban a la manera de ideas espontaneas, sino que los dirigentes han sido preparados a lo largo de su existir para hacer nacer en él cualidades, hábitos, conocimientos e intuiciones que le permitan materializar la justicia bajo una mirada objetiva. Su actuar será siempre juzgado por los dioses, de ahí que deba obrar de una manera recta para no desagradar a estos.

II. CUALIDADES DE QUIEN IMPARTE JUSTICIA

Una vez que se ha establecido quien debe ser el encargado de impartir justicia entre las personas y en nombre de los dioses, conviene especificar como ha de ser investido de tal capacidad, es decir cuál es el camino a seguir para formar a una persona capaz de entender los propósitos de los dioses y vaciar estos en el mundo de lo material.

Aquellos que deban encargarse de la impartición de justicia tienen la obligación de acumular experiencia en el campo específico, la misma que solo se adquiere a partir de una práctica constante y por lo tanto el envejecimiento dentro de las funciones encomendadas, lo que se traduce en estar dentro del andamiaje de personal que se encuentra inmerso en el tema, ya como defensor de alguno, como parte de la institucionalidad o como persona que coloca en el escenario de los publico los problemas particulares; es decir, en cualquiera de sus aristas, pero se debe haber estado inmiscuido en la búsqueda de la justicia desde cualquier escenario y personaje, hasta haber adquirido la experiencia suficiente que dé cuenta de quien está habilitado para ser el encargado de su distribución.

> El Ponto engendró al sincero y veraz Nereo, el mayor de sus hijos. Además le llaman Viejo, porque, infalible y benévolo, no se le ocultan las leyes divinas, sino que conoce justos y sabios designios…[*Teogonía*] (Hesiodo, s/f, p. 235)

El conocimiento adquirido a través del estudio arduo y serio de las cosas es el adecuado para adquirir la experticia, cuando se tiene el conocimiento la fluidez del discurso es notable, y beneficia a todo aquel que escucha, pues se tiene el conocimiento adecuado de quien se ha formado con rigor en los temas específicos. Por eso cuando el conocimiento es usado de la manera correcta y en beneficio de la humanidad, a ello se le denomina sabiduría.

> Pues aquí radica el que los reyes sean sabios, en que hacen cumplir en el ágora los actos de reparación a favor de la gente agraviada fácilmente, con persuasivas y complacientes palabras [Teogonía] (Hesiodo, s/f, p. 85-90).

Así para poder actuar en cuestiones de justicia se debe tener sabiduría, de tal manera que cada uno de los veredictos beneficien a los que se hicieron en el problema, pero también al resto de la sociedad, logrando hacer sentir a aquellos que merecen una pena, que es lo que les corresponde en virtud de su actuar y concientizando a quien ha obtenido el beneficio de que, no por haber obtenido un triunfo se debe hacer mal alguno a la contraparte, lo que implica que a todos se les debe persuadir de encaminar sus pasos por el camino del bien.

Como complemento del conocimiento, rumbo a tornarlo en sabiduría, se necesita una sólida formación moral, la misma que solo puede ser obtenida a partir de la práctica de los valores y virtudes. De ahí que los reyes deban estar formados también en esos términos, para que logren correctamente destrabar los problemas que se presentan entre mortales, a través de sus sabios veredictos, ello les provocará no solo

una aceptación institucional, sino una admiración y liderazgo social que lo elevará por encima del vulgo con una reputación digna de un rey.

> Y cuando se dirige al tribunal, como a un dios le propician con dulce respeto y el brilla en medio del vulgo [*Teogonía*] (Hesiodo, s/f, p. 85-90).

La solidez moral como característica de los administradores de justicia debe ser interiorizada de tal forma, que su efecto irradiador alcance a su cotidianidad y en conjunto con la formación académica arriben a buen puerto, en la toma de sus decisiones. La justicia es más allá del mero conocimiento científico, se nutre también del alma de quien la imparte.

Pero si quien imparte justicia dobla las enseñanzas morales, pretendiendo burlar al designo de las leyes y dejándose corromper por las malas intenciones, dádivas y cualquier otro tipo de beneficios, ello es el indicativo de que la educación moral no logró cimentar adecuadamente, por lo que se incorpora en la palestra de discusión si hay que mantenerlo o darle la oportunidad de reivindicarse en su actuar. En este punto se Hesíodo indica que debe brindarse la oportunidad a estos de reencontrarse con la naturaleza de un juzgador:

> Teniendo presente esto, ¡reyes!, enderezad vuestros discursos, ¡devoradores de regalos!, y olvidaros de una vez por todas de torcidos dictámenes [*Trabajos y días*] (Hesiodo, s/f, p. 260-270).

Los hombres, a diferencia de los dioses, se ven constantemente ligados a sus pasiones y, por regla general, su actuar se define a partir de estas y no de los ideales de justicia divina, de ahí que la perpetua revisión de la forma en la que la justicia está siendo administrada sea convertida en una actividad necesaria para evitar que los reyes y los hombres se corrompan y desvaríen en sus propósitos primordiales en tanto justicia.

III. LA HUMANIDAD Y EL PODER EN AUXILIO DE JUSTICIA

Si bien la justicia siempre encuentra la forma de restablecer los cauces, ello lo hace a partir del auxilio de la humanidad, iniciando con el auxilio de quienes imparten la justicia, pues a pesar de ser una idea de la divinidad, la justicia suele hacer llegar la misma a través de las personas. Por ello los reyes, quienes son al final del día seres humanos, estos dictan sentencias y son a quienes todos prestan atención en ese momento, pues colocan una cuestión de interés común en el escenario de lo público.

> Todos fijan en él su mirada cuando interpreta las leyes divinas con rectas sentencias y el con firmes palabras en un momento resuelve sabiamente un pleito por grande que sea [*Teogonía*] (Hesiodo, s/f, p. 85-90).

Al ser los reyes ese vehículo empleado por la divinidad para hacer llegar la justicia a la humanidad; impartir justicia adecuadamente implica ir limpiando el espacio de impurezas, entendiendo por estas

aquellas malas prácticas sociales de algún grupo, sector o persona; por lo que la justicia ahora se convierte en la herramienta con la cual se dibuja el mundo fáctico, en consecuencia su correcto empleo es origen de la corrección de aquello que no es debido y hace públicas, a su vez, las buenas formas de la justicia y la idea colectiva de esta depende entonces, el comportamiento social.

> Para aquellos que dan veredictos justos a los forasteros y ciudadanos y no quebrantan en absoluto la justicia, su ciudad se hace floreciente y la gente prospera dentro de ella; la paz nutridora de la juventud reside en su país y nunca decreta contra ellos la guerra espantosa de Zeus de amplia mirada, Jamás el hambre ni la ruina acompañan a los hombres de recto proceder…[*Trabajos y días*] (Hesiodo, s/f, p. 225-235)

De tal manera la justicia construye los puentes adecuados para la prosperidad social, pero para poder consolidar el proyecto deviene en necesario que la idea de materialización de justicia, logre permear dentro del pensamiento común social, lo que se traduce en las cotidianidades de la población, de no hacerlo así, una antípoda de la justicia se apropia del escenario y torna todo a su opuesto, dejando de lado incluso el ejemplo indicado por los reyes al aplicar justicia, los mandatos divinos y demás cuestiones.

> …aquella va detrás quejándose de la ciudad y de las costumbres de sus gentes, envuelta en niebla, y causando mal a los hombres que la rechazan y no la distribuyen con equidad [*Trabajos y días*] (Hesiodo, s/f, p. 215-220).

De ahí que la población en su totalidad debe albergar la idea de justicia y llevarla a sus costumbres cotidianas; entonces la forma de distribuir la justicia en la cotidianidad es a partir de todos los actos que realizan las personas, por lo que se debe entender que la justicia no solo es un acto de quien se encarga de administrarla en última instancia, sino que se auxilia de todos.

En lo particular, si una persona no auxilia a materializar la justicia, a pesar de estar observando actividades injustas, la persona se coloca en un estado de angustia frente a la idea particular de saber que ha hecho un mal y no lo que debido le era, peor aún si causó un mal. Hesíodo sostiene en este punto "El hombre que trama males para otro, trama su propio mal; y un plan malvado perjudica más al que lo proyectó [*Trabajos y días*] (Hesiodo, s/f, p. 260-270).

IV. EFECTOS DE LA JUSTICIA BAJO LA COSMOVISIÓN HESÍODICA

Si se mantienen los efectos y designios divinos sobre el tema de la justicia. Esto produce diversos efectos para los actores inmersos en la cuestión, es así que la figura de quien administra justicia forja al realizar bien su labor un respeto que lo coloca como una figura de respeto, constituyéndose en un ejemplo para su sociedad.

> Y cuando se dirige al tribunal, como a un dios le propician con dulce respeto y el brilla en medio del vulgo [*Teogonía*] (Hesiodo, s/f, p. 90).

Las personas al seguir su ejemplo pacificarán su espíritu y estarán en condiciones de despreciar el uso de la fuerza para la solución de conflictos o como parte de una cotidianidad.

> Preferible el camino que, en otra dirección, conduce hacia el recto proceder; la justicia termina prevaleciendo sobre la violencia, y el necio aprende con el sufrimiento [*Trabajos y días*] (Hesiodo, s/f p. 215-220).

Siguiendo la dinámica de interiorización de la idea de justicia, la resiliencia de las personas que han equivocado sus actuares es parte esencial en el derrotero hacia la construcción total de justicia, y a pesar de haber sido castigados como consecuencia de la misma deben orientar sus pasos hacia ella misma. La justicia tiene entonces el efecto de constituirse como un corrector de prácticas humanas, de esas que prefieren la razón a la imposición, en donde la violencia termina siendo asumida por la justicia a la manera de una herramienta quizás para incrustarse en la mente de cada persona.

En conclusión, Hesíodo propone a la justicia como remedio de los males de la humanidad- Esta justicia debe ser materializada por todos, pero principalmente por quien tiene el poder de administrarla entre los mortales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Hesíodo (S/F). *Trabajos y días.* Documento histórico

Hesíodo (S/F). *Escudo.* Documento histórico

Hesíodo (S/F). *Teogonía.* Documento histórico



Mujer con paraguas - oleo - 70x60cm
Héctor Acevedo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6121

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS MINERAS PERUANAS EN MATERIA MEDIO AMBIENTAL[1]

Mariana Luisa Palacios Apaestegui[2]

RESUMEN

En el Perú existe una relación de amor y odio con la minería. La contribución de la minería a la economía del país, como hecho histórico, ha permitido la generación de beneficios financieros y materiales, pero todo ello se ve ensombrecida debido a hechos que acreditan un alto índice de impacto ambiental.

En este panorama nace el concepto de responsabilidad social de la empresa como un mecanismo que permite mitigar los efectos del problema antes advertido, siendo aún necesario que el Estado regule el tema de manera rigurosa estableciendo que las políticas y prácticas de responsabilidad social empresarial sean de carácter obligatorio y no voluntario tal y como lo regula la ley general del ambiente y la ratio legis de esta rigurosidad está representada en el derecho de todos los ciudadanos peruanos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de nuestras vidas.

Palabras clave: Responsabilidad social, estado peruano, empresa minera, minería, medio ambiente, rigurosidad legal.

1 En el presente artículo se exponen ideas que han sido extraídas de la tesis titulada "Las exigencias de responsabilidad social del Estado a las empresas mineras en materia medioambiental" presentada por la autora en el Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para obtener el grado académico de maestro en Derecho con mención en Constitucional y Gobernabilidad.

2 Abogada, egresada de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, con estudios concluidos de maestría en Derecho Constitucional y Gobernabilidad en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

INTRODUCCIÓN

Desde la Declaración Universal de los derechos humanos en 1948 se ha esbozado ideas genéricas con referencia al derecho que tiene toda persona a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Prueba de ello es que figura en el Constitución política peruana de 1993, en los artículos 2, inciso 22, 67, 68 192 y 195 (Bermúdez-Tapia, 2008). Las naciones tienen que garantizar a cada ciudadano condiciones adecuadas y un ambiente de calidad que les permita llevar una vida digna y gozar de bienestar (Kuramoto, 2002).

Ante la existencia del derecho de todo ser humano a tener un ambiente sano y equilibrado y el desarrollo masivo de una actividad empresarial en la mayor parte de los países, nace el concepto de responsabilidad social empresarial o corporativa (en adelante RSE) que ha calado profundamente en las orientaciones estratégicas de las empresas de vanguardia. Siendo esto así la responsabilidad social reconoce que la empresa tiene obligaciones que van más allá de las simples empresariales, en la actualidad la empresa no debe ser concebida como un instrumento para satisfacer los intereses privados sino que es un agente económico-social que debe tender a conseguir objetivos y metas que favorezcan al sector social en donde se desenvuelve (Glave, 2002).

De este modo, al tratar sobre la responsabilidad social de la empresa en temas medioambientales y en específico de la responsabilidad social de la empresa minera en temas medioambientales, estamos hablando de una nueva vertiente del derecho a la protección de los bienes jurídicos fundamentales básicos ligados a la vida y la integridad física, que tendría por objeto la creación de las infraestructuras necesarias para asegurar una tutela elemental del medio en que dichos bienes se desarrollan.

I. La deficiencia de la legislación peruana en materia ambiental

El Estado peruano hace uso de la legislación ambiental para enfrentar los problemas ambientales que se presentan en la sociedad; sin embargo, surge la cuestión sobre la eficiencia de la Ley General del Ambiente respecto de la evaluación del impacto ambiental negativo que genera la industria minera y gasífera en el país. Una condición que permite detallar el análisis de la responsabilidad social de las empresas en materia ambiental y en la cual por extensión se debe evaluar el comportamiento de las empresas mineras respecto de las consecuencias ambientales que van generando (Aspíllaga, 2010).

¿Es posible enfrentar las consecuencias ambientales con un régimen de responsabilidad social respecto de las acciones de prevención y de la inmediata y eficiente reparación del daño?

Una condición que permitiría desarrollar la responsabilidad ambiental como un instrumento fundamental para que el Estado cumpla debidamente con el mandato convencional y constitucional de tutela ambiental, distinguiendo entre la responsabilidad por causar un daño y la responsabilidad por causar un riesgo y sancionando ambas situaciones (León, 2012).

¿Las exigencias de responsabilidad social que realiza el estado peruano a las empresas mineras en materia medio ambiental son suficientes para preservar el derecho humano fundamental y constitucional a gozar de un ambiente sano y equilibrado?.

Esta cuestión se deriva de la interpretación que se hace al artículo 78 de la Ley General del Ambiente – Ley Nº 28611, que señala de manera expresa lo siguiente:

> "… de la responsabilidad social de la empresa: el estado promueve, difunde y facilita la adopción voluntaria de políticas, prácticas y mecanismos de responsabilidad social de la empresa, entendiendo que ésta constituye un conjunto de acciones orientadas al establecimiento de un adecuado ambiente de trabajo, así como de relaciones de cooperación y buena vecindad impulsadas por el propio titular de operaciones…".

Cabe indicar que es la propia legislación la que faculta a las empresas mineras y gasíferas en el país a ejecutar acciones y mecanismos de responsabilidad social frente a la población en la cual desarrollan sus actividades y que superan el contexto administrativo, constitucional, laboral y social.

El artículo 79 del mismo cuerpo legal señala lo siguiente:

> "… de la promociòn de normas voluntarias el estado, en coordinación con los gremios y organizaciones empresariales, promueve la elaboraciòn y adopciòn de normas voluntarias, asi como la autorregulaciòn por los titulares de operaciones, para mejorar su desempeño ambiental, sin perjuicio del debido cumplimiento de la normatividad vigente…".

Al regularse la adopción voluntaria de políticas, prácticas y mecanismos de responsabilidad social de la empresa, podríamos evaluar si esta regulación es la correcta y resultaría suficiente para garantizar un derecho cuya naturaleza jurídica es "derecho natural, humano, convencional, fundamental, constitucional y progresivo", como es el de gozar de un ambiente sano y equilibrado (Bermúdez Tapia et al, 2020, p. 253).

En este contexto nace el concepto de la responsabilidad social de las empresas, el cual desde sus inicios desarrolla la concepción de que las empresas de manera voluntaria deberían decidir contribuir al logro de una sociedad mejor (Benavides, 2012).

En el Perú el marco normativo ambiental, constitucional y administrativo sobre la materia ha implementado tímidamente la responsabilidad social empresarial, porque no solo debe ser considerada parte de la agenda empresarial, dado que se le otorga una condición voluntaria y unilateral cuando de por medio existe un contexto económico, social y ambiental mucho más complejo, que impone la condición de que se establezca una política pública mucho más eficiente que garantice la exibilidad de una legislación que desarrolla la obligación legal de resguardar los derechos medioambientales (Balmaceda, 2012).

II. La relación entre la minería y la población en las zonas de exploración y explotación ambiental

En el Perú se alienta las prácticas voluntarias de responsabilidad social corporativa para fortalecer la coherencia entre los objetivos económicos y sociales, entre la empresa privada y las comunidades generalmente ubicadas en zonas alto andinas y amazónicas, especialmente porque en dichos ámbitos existe la posibilidad de explorar o de explotar recursos naturales minerales o gasíferos.

Sin embargo, esta relación es muy compleja no tanto por la imposición de la legislación, sino por la propia acción que se ha venido registrando en el país, lo cual ha provocado:

a) El incremento gradual de violencia entre las comunidades campesinas y nativas ubicadas en zonas de exploración o explotación de recursos minerales y gasíferos en el país.

b) El desarrollo de nuevos sistemas de relación económica, laboral y social entre la población ubicada en las proximidades a zonas de exploración y explotación minera y gasíferos, lo que ha provocado que en muchos casos no se genere una condición armoniosa o estable entre las partes involucradas.

   No solo se trata de contextos sociopolíticos en crisis sino también de conflictos judicializados que exponen entre otros elementos la evaluación de derechos individuales, colectivos e intereses difusos y que eventualmente tienen un tiempo de evaluación muy prolongado y, por lo general, llegan a instancias del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia (Bermúdez-Tapia, 2016 a, p. 319).

c) La desatención de pasivos ambientales, en particular cuando se ha dejado de operar en la zona de explotación o de exploración minera o de gas, generando un problema ambiental en ciernes que no es atendido por la empresa minera.

La tenue efectividad de la legislación debido al carácter difuso y voluntario que comporta el cumplimiento de dichas prácticas, especialmente si está contenido en una herramienta de derecho blando, ha provoado que la mayor parte de las empresas mineras en el país pueda optar por acogerla, renunciarla o no seguirla (Luna, 2000), desnaturalizando el contexto de los derechos de las comunidades campesinas y nativas afectadas y provocando la inacción del Estado peruano (Bermúdez-Tapia, 2016 b, 539).

Consecuentemente, es necesario modificar el sistema voluntario de responsabilidad social empresarial para generar una normatividad de obligatorio cumplimiento en temas de responsabilidad social (Balmaceda, 2012) que permita la optimización de los derechos vinculados al ámbito de la protección del medio ambiente, conforme se ha evaluado en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los fallos del Tribunal Constitucional peruano.

En el presente artículo proponemos un sistema de responsabilidad social empresarial obligatoria en temas mineros partiendo de las siguientes premisas:

a) Se debe establecer una obligatoriedad de la políticas de responsabilidad social ambiental a las empresas mineras de gran capital.

   En este punto fundamentamos nuestra posición en la necesidad de controlar de mejor manera la ejecución de actos de control de daños ambientales, que forma parte de cualquier iniciativa de exploración y de explotación ambiental y, por tanto, está vinculado al plan de acción de toda gran empresa minera.

   En caso de que se genere daño ambiental este sería evaluado y atendido en forma eficiente.

b) En una segunda etapa generar de manera gradual y paulatina la aplicación de dichas políticas de responsabilidad social en materia ambiental obligatorias a las empresas mineras de mediano y pequeño capital.

   En este punto, sin embargo, existe el inconveniente de que el legislador peruano ha confundido mucho al "pequeño minero" con el "minero artesanal" y prueba de ello es que ha logrado generar proyectos de ley que inclusive han especificado que el "minero artesanal" puede tener 100 hectáreas bajo su dominio para exploración o explotación minera, lo cual es un sinsentido.

   De esta confusión se deriva del gran impacto de la minería informal e ilegal en el ámbito de las acciones del Congreso de la República, especialmente porque muchos de los candidatos a dicho órgano estatal provienen de las áreas de influencia de la minería informal y, por tanto, requieren "defender sus intereses".

c) Para las empresas mineras de gran capital deberá ser obligatoria la adopción de prácticas, políticas y planes de responsabilidad social en materia ambiental. El Estado deberá regular a través de su ordenamiento jurídico y como una exigencia de cumplimiento obligatorio que las empresas mineras grandes desplieguen todo su esfuerzo para realizar sus actividades (desde la preparación del terreno para su explotación hasta la etapa posterior del cierre de la mina) de extracción minera de manera diligente con la continua y constante implementación de prácticas, políticas y planes de responsabilidad social obligatoria para el cuidado del medio ambiente.

   Creemos, además, que resulta necesaria la modificación de los artículos 78 y 79 de la Ley General del Ambiente y la promulgación de una ley de responsabilidad social empresarial que regule más específicamente el tema de responsabilidad social obligatoria de la empresa minera de gran capital en materia medioambiental.

   De este modo es posible ejecutar una acción mucho más coherente con el proceso de inclusión social y adaptabilidad de las actividades mineras y gasíferas en la realidad social, económica y laboral de las comunidades campesinas y nativas en el país, tomando en cuenta que son estas las que pueden generar un personal que pueda trabajar en las zonas mineras (previa capacitación) y también dar legitimidad a los procesos de consulta previa que se puedan implementar (Bermúdez-Tapia, 2013, 587).

III. La implementación de la RSE de forma obligatoria como una solución a los conflictos socio ambientales

Las exigencias de responsabilidad social que realiza el estado peruano a las empresas mineras en materia medio ambiental no son suficientes para preservar un derecho que tiene una naturaleza jurídica como derecho natural, humano, convencional, fundamental, constitucional y progresivo de gozar de un medio ambiente sano y equilibrado.

La causa de esta problemática ha sido la ausencia en el Perú de un riguroso marco normativo en materia medio ambiental para las empresas mineras, muy en particular para las empresas mineras de gran capital debido a las grandes ganancias que ostentan anualmente. Esta ausencia se refleja en nuestro ordenamiento jurídico, partiendo de la ley general del ambiente y otros cuerpos legales analizados, al señalar estos que el establecimiento de políticas, prácticas y estrategias de responsabilidad social empresarial en general y por extensión en materia medioambiental son de carácter voluntario y no obligatorio (Bermúdez-Tapia, 2013, 231).

En el ámbito comparado ya se están ensayando cambios en el sistema, proponiendo la adopción de un sistema de responsabilidad social empresarial obligatorio mas no voluntario. Aunque con cierta discrepancia para no tornar en abusivo y arbitrario el sistema de responsabilidad social empresarial, compartimos esta propuesta propuesta.

Actualmente resulta una tendencia el tema de fortalecer la institución de la responsabilidad social empresarial como una alternativa para dotar de mayor rigurosidad a la normativa medio ambiental.

Es posible plantear la modificación de los artículos 78 y 79 de la Ley General del Ambiente generando una implementación de políticas, prácticas y mecanismos para que la responsabilidad social empresarial de las empresas mineras de gran capital sea obligatoria.

Sin embargo, tomando en cuenta que su implementación puede estar condicionada a muchos factores, entre ellos la incidencia política, económica y social que pudiera provocar, es importante detallar que este proceso puede ser progresivo y sujeto a algunas condiciones de regulación de beneficios o regulaciones tributarias. Estas acciones deben estar vinculas a un proceso de evaluación que proviene de una política pública que evalúe el contexto ambiental y la tutela de dicho derecho en el pais.

CONCLUSIONES

El medio ambiente, como sistema, debe ser objeto de protección jurídica en todos los países y por su naturaleza forma parte del bagaje de la tutela de los derechos humanos haciéndose necesario que el ordenamiento jurídico vigente en nuestro país garantice de manera completa su vigencia mediante mecanismos de protección eficientes y exigentes.

Los articulos 78 y 79 de la Ley General del Ambiente promueven, difunden y facilitan la adopción voluntaria de políticas, prácticas y mecanismos de responsabilidad social de la empresa. Esta regulación podría también aplicarse a las empresas privadas que realizan actividades de extracción de minerales en nuestro país.

En nuestro país se considera que la responsabilidad social empresarial no se puede imponer, sino que se debería promover, con la finalidad de fomentar las buenas prácticas empresariales; es decir, se opta por un sistema de responsabilidad social empresarial voluntaria. Dicha regulación de antaño se muestra actualmente ineficiente e insuficiente y en otras realidades ya se están ensayando cambios en el sistema, proponiendo la adopción de un sistema de responsabilidad social empresarial obligatorio mas no voluntario.

Se requiere la modificación de los artículos 78 y 79 de la Ley General del Ambiente para establecer que "La implementación de políticas, prácticas y mecanismos de responsabilidad social empresarial en materia medio ambiental para las empresas mineras de gran capital debe ser obligatoria".

BIBLIOGRAFÍA

Aspíllaga, V. (2010). La responsabilidad social empresarial. Conciencia, solidaridad y eficiencia. Lima: Derecho PUCP.

Balmaceda, J. (2012). Hacia un compromiso medioambiental regional. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina (CEPAL).

Benavides, R. (2012). La Minería Responsable y sus Aportes al Desarrollo del Perú. Lima: Comunica SAC.

Bermúdez-Tapia, M. (2008) La Constitución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional, con Prólogo de Domingo García Belaúnde. 2º Edición. Lima: Ediciones Legales

Bermúdez-Tapia, M. (2013, marzo) El derecho a la consulta previa y su desarrollo en un estado unitario descentralizado. Diálogo con la Jurisprudencia. 18(174), 231-236.

Bermúdez-Tapia, M. (2013) La ley de consulta previa en el Perú, en Aguilar Cavallo, Gonzalo (Dir.) Evaluación medioambiental, participación y protección del medio ambiente. Santiago de Chile: Librotecnia, pp. 587-596.

Bermúdez-Tapia, Manuel (2016 a) Derechos Humanos en el ámbito judicial. La tutela del plazo razonable y de la economía procesal, en Escalante López, Sonia; Armienta Hernández, Gonzalo; De Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc; López Castro, Marín y Martínez Lazcano, Alfonso (Coordinadores) Derecho procesal convencional y la inconvencionalidad. Textos jurídicos en homenaje a Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Ciudad de México: Editorial Porrúa, p. 319-332

Bermúdez-Tapia, Manuel (2016 b) La defensa de los derechos comunitarios en la jurisprudencia constitucional peruana, en Cucarella Galiana, Luis Andrés. Derecho Procesal Convencional, el nuevo desafío de la Justicia Constitucional. Bogotá [Colombia], Ediciones Nuevas Jurídica, Universitat de Valencia, pp, 539-545

Bermúdez-Tapia, M. y Sierra-Zamora, P. (2020) La evaluación probatoria en los procesos constitucionales de tutela del medio ambiente en el Perú, en Eduardo Andrés Velandia Canosa (Dir.). Derecho Procesal Constitucional. Pruebas Judiciales. Bogotá: Universidad La Gran Colombia y ACDPC, pp. 253-272

Glave, M (2002). La Minería Peruana: Lo que sabemos y lo que aún nos falta por saber. Lima: PUCP.

Kuramoto, J (2002). La minería peruana. Lima: PUCP.

León, C. (2012). Minería y los límites de la responsabilidad social. En Desarrollo Territorial y Extractivismo. Lima: CBC Cooperación.

Luna, H. (2000). Perú Panorama y Proyecciones del sector minero, Inversiones y operaciones para los próximos años. Lima: Ministerio de Energía y Minas

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6122

LÍMITES DE LA JUSTICIA CONTENCIOSA INTERNACIONAL

Jemima Ysabel Ruiz Borrero[1]

RESUMEN

En este artículo se analizan las repercusiones jurídico -políticas de la aplicación de la justicia contenciosa internacional en los principales tribunales supranacionales como, por ejemplo, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Corte Internacional de Justicia y en la Corte Penal Internacional. Asimismo se plantean cuestionamientos a los alcances de la justicia supranacional y a la presunta vulneración al principio de soberanía estatal de los Estados-miembros; se analizan en qué casos resultarían justiciables porque constituyen materias de protección internacional de los derechos humanos y responsabilidad internacional de los Estados. En este artículo también se cuestionan los pronunciamientos en casos no justiciables que conllevan decisiones de índole política – democrática del poder constituyente de cada ordenamiento jurídico interno. De este modo se presentan los límites a la justicia contenciosa internacional y su no intervención en el ejercicio del poder político y de reformas a la estructura orgánica estatal en materias no vinculantes a los derechos humanos.

Palabras clave: Justicia internacional – soberanía estatal – orden democrático – derechos humanos – tribunales internacionales

1 Estudiante del décimo segundo ciclo de la carrera profesional de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego – Filial Trujillo.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the legal-political repercussions of the application of international contentious justice in the principal supranational tribunals, such as the Inter-American Court of Human Rights, the International Court of Justice, and the International Criminal Court, as well as to examine past challenges to the scope of supranational justice and the alleged violation of the principle of state sovereignty of member states; It also analyzes which cases are subject to prosecution insofar as they involve matters of international protection of human rights and the international responsibility of States, and it questions the rulings in non-justifiable cases that involve decisions of a political-democratic nature made by the constituent power of each domestic legal system, which would reveal the limits of international contentious justice and its non-intervention in the exercise of political power, and reforms to the organic structure of the State in matters that are not binding on human rights.

Key words: international justice - constituent power - democratic order - human rights - international courts

INTRODUCCIÓN

Al Estado, como sociedad jurídica-políticamente organizada, en el ejercicio de su soberanía interna se le han atribuido determinadas libertades, prerrogativas y competencias frente al ordenamiento jurídico y a la comunidad internacional. No obstante también se le han designado obligaciones que en el ámbito internacional se conceptualizan como límites y parámetros en el avance progresivo del derecho internacional. Por ello es oportuno considerar que la referida soberanía estatal se encuentra disgregada en un conglomerado de atribuciones y normas que regulan las relaciones entre Estados soberanos y formalmente semejantes; por lo que estimamos a la soberanía estatal como el principio fundamental del derecho internacional público, del cual derivarán otros principios-garantías como el de no intervención en los asuntos internos de los Estados o la inmunidad de los Estados en los órganos jurisdiccionales de otros países.

Haciendo una recapitulación histórica, el siglo XIX implicó un inédito progreso-continuidad para la humanidad. Desde la Primera Revolución Industrial, los cruentos episodios de dos guerras mundiales hasta la caída del Muro de Berlín en 1989, lo cual significó el surgimiento de los primigenios estatutos de justicia internacional y de los años aurorales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo que la humanidad se ha visto enfrentada a variaciones de todo tipo.

Con la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas el 26 de marzo de 1945 en la ciudad de San Francisco, se conformó la nueva sociedad de naciones unidas y se estableció el estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En este contexto los estados miembro de estas entidades supranacionales reconocieron la protección internacional de derechos fundamentales imprescindibles como la dignidad

humana, la libertad y la igualdad entre los pueblos. Aunque sin interferir en la soberanía de cada Estado ni menoscabar la supremacía interna de los Estados, estos aceptaban el cumplimiento de sus obligaciones internacionales emanadas de tratados internacionales u otras fuentes del derecho internacional válidamente reconocidas.

Sin embargo, con los progresivos avances del derecho internacional y la conformación de nuevas sociedades convencionales, el ejercicio de la soberanía y supremacía interna de cada Estado se ha visto perjudicada con los acontecimientos internacionales suscitados, poniendo en relieve la defectuosa práctica de la igualdad soberana y su utilidad como ficción jurídica debido a la controversiales decisiones optadas por los tribunales internacionales de cada región. A esto hay que añadir la deficiente legislación interna que no otorga garantías suficientes para la protección de los derechos humanos y el cumplimiento de obligaciones internacionales. La ilegítima ascensión de poderes u órganos estatales permitió que los fragmentados tribunales internacionales realizaran modificaciones jurídicas para ejecutar la responsabilidad internacional de cada Estado infractor y, a su vez, adoptar medidas necesarias para establecer uniforme jurisprudencia en la jurisdicción supranacional y garantizar el efecto vinculante en cada Estado-parte.

Pero esta nueva demarcación de justicia contenciosa internacional se ha visto limitada en sus diversas competencias personales, materiales, temporales y territoriales debido a las reiteradas inobservancias por parte de los Estados. A estas circunstancias debe añadirse la carencia de recursos económicos, la inestabilidad política, la insuficiente financiación de las políticas públicas y el no reconocimiento competencial de esta nueva justicia supranacional por el poder constituyente de cada Estado en materias no vinculantes a la protección internacional de los derechos humanos, sino en aquellas que presuntamente involucran una interferencia en decisiones soberanas internas. Esto genera un impacto en las resoluciones de los tribunales internacionales regionales, comprometiendo la fragmentación de la justicia internacional y su restringida capacidad para ejecutar sus propias resoluciones emitidas.

En ejercicio legítimo de su soberanía estatal, diversos estados han refutado la competencia de los tribunales internacionales cuando sus pronunciamientos no han significado presuntas vulneraciones a la protección internacional de los derechos humanos; sino más bien intromisiones en el orden democrático interno, desvirtuando las potestades política – jurídicas de los Estados, como por ejemplo la imposibilidad de sancionar a los altos funcionarios públicos por comisión de infracciones constitucionales o delitos de función. De esta manera han surgido disentimientos en materias justiciables y no-justiciables de la función jurisdiccional del organismo internacional.

En materia de protección internacional de derechos humanos, ha quedado plausiblemente consentido que los Estados están obligados a cumplir los tratados internacionales suscritos; y, por lo tanto, no pueden invocar normatividad interna para argumentar un presunto desconocimiento de las estipulaciones de cualesquiera de los tratados que hayan consagrado, lo que acarrearía responsabilidad internacional para el Estado infractor.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha predefinido limitaciones para la aplicación del control de convencionalidad ni la especificación de incumplimientos internacionales de naturaleza política por parte de los Estados, suscitando disputas entre los Estados y los tribunales internacionales regionales. Una de ellas trata sobre la supremacía supranacional versus la supremacía nacional citando los viejos paradigmas kelsenianos sobre la coexistencia de dos sistemas jurídicos independientes y la preeminencia de uno en cuanto al otro.

PODER CONSTITUYENTE Y SOBERANÍA ESTATAL

Definimos el sistema político como aquel conjunto de organismos, entidades y procesos de carácter político que regulan la vida democrática y todas aquellas decisiones políticas emanadas de los poderes públicos. Esto requiere de democracia representativa y pluralismo político para conducir los lineamientos gubernamentales en beneficio de la sociedad.

El sistema político es producto de la evolución histórica. Así surgieron los Estados liberales, con especial transcendencia en Inglaterra, Francia y Estados Unidos con la división de poderes y sus respectivos mecanismos de control político, recayendo principalmente este control en el Parlamento como palmario representante del pueblo.

Los Estados liberales dieron procedencia a las normas constitucionales a través de pactos sociales entre el Estado y el pueblo. De este modo definieron los sistemas de gobierno, la estructura del Estado y los derechos fundamentales de sus habitantes. Tres aspectos imprescindibles de la vida política son los siguientes: (i) El representante del gobierno tenía que garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas; (ii) la democracia representativa como forma de gobierno donde las decisiones se expresan en mayoría política; (iii) Se dio paso a la separación de poderes: el ente ejecutivo, el ente legislativo y el ente judicial.

En cuanto a la conceptualización del poder constituyente, sostenemos que es la máxima expresión de la soberanía interna de cada Estado mediante el cual se constituirá un sistema de gobierno bajo un orden constitucional democrático. Esto surgirá a través de la conformación de una Asamblea Constituyente con autoridades válidamente escogidas por la sociedad para suscribir la máxima norma constitucional que regirá los alcances de esta soberanía estatal y la estructura orgánica – interna del aparato estatal.

La teoría del poder constituyente surgió cuando ocurrieron los hechos que provocaron la Revolución Francesa; por lo que Emmanuel Sieyès sostuvo que la nación es un "cuerpo de asociados que viven bajo

una ley común y representados por una misma legislatura".[2]

Según lo referido por este autor, el poder constituyente significa la conformación política de un grupo de asociados (representantes del pueblo), quienes a través de la legislatura suscriben la Constitución Política del pueblo en la que se normará la protección fundamental de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el sistema de gobierno y el control del poder político.

Por otra parte, los miembros de la sociedad política utilizando su poder constituyente pueden modificar la Constitución que ellos mismos han aprobado anteriormente, debido a que "una nación no puede ni alienarse, ni prohibirse el derecho de querer algo; y cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho a cambiarla si su interés lo exige".[3]

El poder constituyente establecerá la norma suprema de la sociedad, en la que se reconocen principios trascendentales para el idóneo desarrollo de la vida democrática. Principios como el de igualdad y soberanía estatal no solamente reconocidos en los ordenamientos jurídicos internos, sino más bien son protegidos internacionalmente por los máximos organismos supranacionales.

Para una mayor comprensión, el principio de soberanía estatal lo apreciamos en reiterados estudios doctrinarios como el núcleo del orden constitucional interno y del derecho internacional público. En este último se establecieron qué Estados – de acuerdo a su estructura orgánica – era menester considerarlos "como iguales", prevaleciendo así la homogeneidad normativa en la comunidad internacional.

La consagración convencional del principio de igualdad soberana de los Estados llega con la Carta de las Naciones Unidas en un momento histórico en el que había tenido éxito el proceso de estatalización, que extendió el modelo de organización política territorial de Estados occidentales por todo el mundo.

Los principios de soberanía e igualdad de los Estados frente a sus similares implican aceptar que están revestidos de la independencia para establecer su propia normatividad interna, regular procedimientos de control político a los altos funcionarios públicos, salvaguardar la seguridad nacional, organizar el sistema de administración de justicia y los principales mecanismos y/o formas de protección de los derechos humanos. Estos últimos han sido asumidos a través de tratados internacionales suscritos e incorporados al derecho interno. Aquí se encuentran los límites de la justicia internacional, la que se verá impedida de emitir pronunciamientos y resoluciones respecto a materias no vinculantes de derechos humanos, puesto que si ello sucediera estaríamos frente a la vulneración de la no intervención estatal y un excesivo ejercicio del derecho internacional.

2 Cairo, O. (s/f)., p. 138.

3 Ibidem, p.139.

Estos elementos de la igualdad soberana sobrepasan la mera idea de igualdad de los Estados, en la medida en que tratan de preservar su soberanía interna y externa, así como su independencia.[4]

ESTADO E INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL

Al hacer mención de la esencia del derecho internacional, el maestro Kelsen menciona que este surge por la vía consuetudinaria de los actos voluntaristas de los Estados que se sometieron a organismos internacionales para que estos regulen las relaciones interestatales y que los Estados - de manera unilateral - adecuen estas normas a sus ordenamientos jurídicos.

No obstante, Kelsen sostiene que el derecho internacional solo abarca el elemento material debido a que el elemento personal que contiene la conducta humana será determinado por el Estado en su jurisdicción interna. El Estado establecerá a los sujetos responsables de determinados actos de connotación global. Así surge la concepción clásica del dualismo.

En el sistema de incorporación dualista, tanto el derecho interno como el derecho internacional son dos sistemas jurídicos independientes; empero coexisten en una misma realidad social, con fuentes y relaciones diferentes. Por ello, el contenido esencial del derecho internacional será incorporado en el derecho interno por medio de un procedimiento especial. El Estado prestará su consentimiento para que una norma internacional sea obligatoria en su derecho interno y desde ese momento se encontrará formalmente sometido a la justicia supranacional y al cumplimiento de los pactos internacionales en materias vinculantes

En estas delimitaciones encuentra su sustento el derecho internacional para dotar a los tribunales supranacionales de legitimidad -salvaguardando las normas de ius cogens y delimitando la responsabilidad internacional de los Estados-parte cuando estos incumplan sus obligaciones internacionales constituyentes en materias de protección de derechos humanos u obligaciones antes organismos internacionales -como económicas – por ejemplo, cumplir con la cuota de financiación para entidades como la Organización Mundial de la Salud; con los acuerdos del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas o con las resoluciones de los tribunales de justicia internacional.

Cabe resaltar que las organizaciones internacionales intergubernamentales surgieron como una necesidad de los tiempos modernos para encargarse del manejo de los intereses comunes de los Estados en determinadas áreas de las relaciones internacionales. Además, el temor a una Tercera Guerra Mundial motivó que estas agencias intergubernamentales tuviesen cada vez más poderes y autonomía

4 Ibidem.

para imponer restricciones a los Estados.[5]

Con el apoyo de los tribunales internacionales e intergubernamentales, se consideró la libertad de los Estados para adoptar en sus ordenamientos jurídicos aquellos principios conformes a su soberanía estatal, mientras no esté prohibido por una norma del derecho internacional que limite o sancione ese actuar, alegando que la esencia sustancial de las normas internacionales es regular los actos que tendrán repercusión en la comunidad internacional, evitando la interferencia de un Estado sobre el territorio de otro arrogándose jurisdicción que no le compete; o la intervención de un organismo internacional en la soberanía estatal de cada derecho interno.

Sin embargo, ¿podríamos estimar la aplicación del derecho internacional en asuntos relativos a las decisiones del poder constituyente o de otros órganos constituidos de los Estados? He aquí las primeras aseveraciones sobre casos justiciables y no justiciables en los tribunales internacionales.

CONFLICTOS INTERNACIONALES JUSTICIABLES Y NO JUSTICIABLES

El debate sobre la supuesta inhabilidad de los tribunales internacionales para resolver algunas tipologías de disputas ha sido de larga data. En 1928, sir Hersch Lauterpacht destinó uno de sus influyentes trabajos a refutar los postulados de la denominada "doctrina de la no-justiciabilidad", según la cual existiría una cierta clase de disputas interestatales que no sería susceptibles de ser sometida a procedimientos de adjudicación, al tener una naturaleza esencialmente política, en contraposición a una jurídica.[6]

Se ha pretendido demarcar líneas divisorias entre los casos justiciables que revisten naturaleza jurídica y aquellos no justiciables de índole política. Estos últimos considerados conflictos que no involucran la protección de los derechos fundamentales o asuntos relativamente irrelevantes para la comunidad internacional. En cuanto a las controversias justiciables, una vez incorporada la justicia supranacional en sus ordenamientos jurídicos mediante normas receptoras internas, la justicia nacional se encontrará ciertamente "limitada" ante esta nueva jurisdicción debido a que en un conflicto de normas prevalecerán las normas convencionales frente las normas internas; por lo que los organismos constitucionales estarán obligados a su aplicabilidad en sus respectivos pronunciamientos mientras el caso revista naturaleza jurídica. En aquellos de naturaleza política, los Estados han comenzado a exigir su no sometimiento a los procedimientos de resolución de conflictos internacionales -como el arbitraje internacional- afirmando

5 Rey, S. (s/f), p.76.

6 Bellei, C. (2015), p.95.

que acarrearía una ofensa a la igualdad soberana.

Un acontecimiento de relevancia para el desarrollo de la doctrina de la no-justiciabilidad se produjo con la celebración de las dos Conferencias de Paz de La Haya, de las cuales surgieron —entre otros instrumentos— las convenciones de La Haya sobre resolución pacífica de las controversias internacionales (1899 y 1907). Ambas convenciones tienen en común el reconocimiento explícito que los signatarios efectuaron respecto del arbitraje, al calificarlo como el medio más "eficaz" y "justo" para el arreglo de disputas internacionales no resueltas por la vía diplomática.[7]

Para los asuntos de no justiciabilidad se regularon procedimientos de resolución de conflictos de manera pacífica cuando la vía diplomática o la justicia internacional resultaran manifiestamente incompetentes. Empero, en la práctica jurídica internacional esto se ha visto desnaturalizado, debido a que los Estados sostuvieron la aplicación de estos mecanismos para aquellos conflictos de naturaleza jurídica y evitar un eventual conflicto armado o una ruptura de la paz internacional que permita colegir la intervención justificada en el ordenamiento jurídico interno.

Por ello la Carta de las Naciones Unidas en su artículo 33 inciso 1) explícitamente prescribe que las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

De acuerdo con la norma anteriormente mencionada, cualquier Estado-miembro de la comunidad de las naciones unidas, que suscribiese su carta en su derecho interno, estará facultado para reconocer la competencia de la Corte Internacional de Justicia para en las disputas de naturaleza jurídica relativas a (i) la interpretación de un tratado internacional; (ii) cualquier controversia de derecho internacional público; (iii) la responsabilidad internacional ante hechos internacionalmente ilícitos y (iv) la obligación de efectuar la reparación o restitución de aquellos casos de vulneraciones a las obligaciones internacionales.

Cabe agregar que en materia de derechos humanos los compromisos internacionales son superiores a cualquier norma de carácter interno, ya sea en su aplicación o en su interpretación en cualquier conflicto que implique la violación deestos derechos. Este criterio adoptado por el derecho internacional, sin embargo, no es asumido por la algunos estados-miembros o no miembros de la comunidad internacional.[8]

7 Ibidem, p.97.

8 Quiroga, A. (2018), p.605.

La justicia internacional se encuentra plausiblemente limitada debido a los vacíos normativos del derecho internacional. Esto encuentra sustento en la indisponibilidad de la norma jurídica en el sistema internacional; esto es, la imposibilidad del tribunal internacional de acudir a una norma jurídica internacional, principio general del derecho, costumbre internacional o jurisprudencia presuntamente aplicable para intentar dar resolución a una disputa no justiciable, debido a que el derecho internacional público carece de un órgano legislador propiamente dicho que genere nueva normas jurídicas según la coyuntura internacional. Además porque no existe procedimiento alguno en el derecho internacional que regule la integración de estas posibles lagunas normativas.

La insuficiencia del Derecho existente para dar respuesta a ciertas situaciones - dice Lauterpacht- ha sido utilizado como argumento para defender la existencia de disputas no-justiciables y limitar artificialmente la función judicial sobre la base de que el derecho internacional sería un sistema incompleto de normas.[9]

En suma, la justicia contenciosa internacional tendría lugar en aquellos asuntos relativos a conflictos de naturaleza jurídica suscitados entre los Estados con sus ciudadanos, entre otros Estados o con organismos internacionales. Cuando estas disputas impliquen efectivas vulneraciones de los pactos internacionales de los derechos humanos suscritos por el Estado-parte conforme al artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Los límites de esta presuntuosa justicia supranacional se han visto severamente cuestionados en casos en que el Estado se haya visto obligado a realizar una reforma constitucional a su Carta Magna, puesto que se ha considerado una grave intromisión del sistema internacional en asuntos exclusivamente estatales. El Estado, según su legislación, establecerá cuáles serían los mecanismos de aplicación y efectivo cumplimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que no conlleven modificaciones sustanciales a las máximas normas constitucionales o que no afecten la autonomía de los poderes públicos ni sus decisiones en asuntos políticamente internos.

Por otra parte, el propio derecho de los tratados admite como excepción a esta primacía del derecho internacional sobre el derecho interno los supuestos de nulidad de un tratado por haberse brindado el consentimiento a un Estado manifiestamente una disposición de su derecho interno, concerniente a la competencia para celebrar tratados.[10]

Coexisten multitud de acontecimientos en la práctica de la justicia internacional, en los cuales los magistrados han coadyuvado significativamente en el progresivo avance de las recientes apreciaciones

9 Bellei, C. (2015), p.100.

10 Rey, S. (s/f), p.79.

y figuras jurídicas del derecho internacional, concepciones que se asemejan al derecho de los tratados o el derecho internacional de los derechos humanos, acuerdos bilaterales o la regulación de la responsabilidad internacional de los Estados y la garantía de la reparación a las víctimas. La mayoría de estos pronunciamientos provenían de casos justiciables y que implicaron reformas a las normas constitucionales de los Estados o modificación de los dispositivos legales y administrativos.

No obstante, en los asuntos relativamente de índole política o de no justiciabilidad, no podríamos dilucidar incumplimientos internacionales por parte de los Estados cuando los pronunciamientos del juzgador internacional involucran una afectación a la estabilidad política, a la autonomía de los poderes constituidos o a la defensa del orden democrático – constitucional; como por ejemplo decisiones emitidas por el poder legislativo en procedimientos de acusaciones constitucionales a altos funcionarios de la república como magistrados de las cortes constitucionales.

En estos casos, en los que los pronunciamientos de los poderes constituidos han producido afectaciones profundas al sentimiento de identidad nacional e igualdad soberana, y para su conclusión estarían dispuestos los procedimientos políticos de resolución de controversias mediante los cuales se mantendrá el respeto irrestricto de la soberanía estatal; asegurando la autonomía de valores esenciales pertinentes al Estado, sin interferencia decisiva de la justicia internacional.

No obstante, el reconocimiento de las controversias no justiciables o de naturaleza política, donde se pondere la relevancia de los materias en conflicto, no ha significado el fin primordial perseguido por la institucionalización de los procedimientos de resolución de conflictos ni de la justicia contenciosa internacional; puesto que, es esta última quien decide intervenir por ser asuntos que presuntamente se alternarían en amenazas a la paz internacional o a la seguridad pacífica de los Estados. Esta situación se ha visto en múltiples ocasiones en las que ha intervenido reiterativamente el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la Corte Internacional de Justicia en conflictos políticos, en los que ha tenido que disociar los intereses particulares de los Estados y el derecho internacional.

Conocidos los criterios más relevantes, conviene señalar que la calificación de una disputa como justiciable o no-justiciable tiene un significativo impacto en la acción de la jurisdicción internacional, específicamente en el establecimiento de sus limitaciones. Cualquiera que fuere el parámetro adoptado, el efecto práctico que se deriva es la sustracción del campo de acción de la CIJ de materias que —de otro modo— serían capaces de ser resueltas por dicho órgano judicial internacional.[11]

La Corte Internacional de Justicia no ha encontrado razón suficiente para estimar que una disputa como no justiciable radica en la no voluntad del Estado en el cumplimiento en las resoluciones judiciales

11 Bellei, C. (2015), p.105.

del tribunal internacional. Empero, estas circunstancias se han visto mayormente en situaciones en las que se han suscitado modificaciones que han suprimido el carácter litigioso de la controversia, convirtiéndola en una situación hipotética. El requisito inicial es una idónea calificación de justiciable de una controversia, de modo que la jurisdicción interna decida someterse a la justicia contenciosa internacional, siendo el elemento cualitativo de mayor trascendencia que el referido tribunal lo haya calificado como disputa internacional dentro de su competencia.

JUSTICIA INTERNACIONAL VERSUS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL POLÍTICO ESTATALES

No cabe duda de que nos encontramos en la era convencional, empero hay que detenernos en esta transición y avocar que el Estado tiene el deber de velar por la oportuna observancia de estas limitaciones de poder como parte de su soberanía estatal. El tribunal internacional -como por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos- no puede pretender desconocerle esta atribución, por más tratado de por medio que exista.

El 3 de marzo del 2017, el Tribunal Constitucional del Perú emitió un "Auto de subsanación de error material" que señaló que la sentencia del Expediente 01969-2011-PHC/C no contaba con los votos suficientes, toda vez que el magistrado Vergara Gotelli manifestó en su fundamento de voto una voluntad contraria a la de dicha sentencia y por eso esolvió tener por no incorporados en la resolución el fundamento 68 y el punto 1 de la parte resolutiva de dicho fallo. Este auto contó con el voto a favor de los magistrados Espinoza Saldaña Barrera, Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Miranda Canales (denunciados); y los votos singulares de los magistrados Urviola Hani, Blume Forrtini y Sardón de Taboada (párrafo extraído de la denuncia constitucional N.º 110).

En el auto de subsanación de error material, el colegiado del Tribunal Constitucional distorsionó drásticamente lo resuelto con calidad de cosa juzgada por el anterior Colegiado, originando una situación de indefensión frente a la seguridad jurídica penal de los coprocesados. La situación se revirtió haciéndoles merecedores de la imputación por delitos de lesa humanidad por lo ocurrido en el establecimiento penitenciario El Frontón, en junio de 1986.

Los magistrados denunciados ante la Subcomisión de acusaciones constitucionales del Congreso de la República del Perú, ejerciendo su derecho de defensa argumentaron en síntesis que el Tribunal Constitucional, al ser supremo intérprete de la norma constitucional, no está subordinado a ningún tipo de control político parlamentario; que se ha respetado la cosa juzgada y el debido proceso, puesto que el auto de subsanación de error material no ha sido expedido a pedido de parte y solo se limitaba a verificar un extremo de la sentencia del Expediente N° 01969-201 (párrafo extraído de la denuncia constitucional Nº110).

Así pues, se advierte que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos legitima la posibilidad de que los magistrados del Tribunal Constitucional sean sometidos a un juicio político, conforme a la Constitución Peruana; empero, exige para ello que se respeten las garantías del debido proceso. Por lo que los miembros del Tribunal Constitucional pueden ser responsables por sus votos, cuando pudieran cometer excesos o deficiencias en el ejercicio de la función (extracto sustraído de la denuncia constitucional Nº110).

El rol que juega la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el presente caso es imprescindible, puesto que va a conllevar a un bizarro enfrentamiento con el Estado peruano en defensa de los magistrados denunciados, a propósito del caso Durand & Ugarte vs. Perú, que conoció materialmente los hechos suscitados en el caso El Frontón.

En respuesta, en octubre del 2017, los miembros acusados acudieron a las instancias internacionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la finalidad de denunciar que el Congreso de la República amenazaba la independencia de sus funciones; solicitando con carácter de urgencia la imposición de medidas provisionales para tutelar el ejercicio en sus puestos y el orden constitucional democrático.

Una semana después de la audiencia en Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió ordenando que el Congreso de la República del Perú archive definitivamente el proceso de acusación constitucional en contra de los cuatro magistrados del Tribunal Constitucional acusados por el auto de subsanación de error material en el caso El Frontón; así como también que el Estado peruano emita un informe sobre el cumplimiento de las obligaciones de reparación a las víctimas en el caso Durand & Ugarte vs. Perú.

Los tratados internacionales con rango constitucional en nuestra legislación tienen carácter subsidiario, siempre y cuando las normas internas vulneren gravemente los derechos fundamentales de las personas, activando el mecanismo del acceso a la jurisdicción internacional y poder responsabilizar al Estado por incumplimiento de sus obligaciones internacionales, como el respeto a la soberanía estatal en concordancia con la protección supranacional.

No obstante, consideramos que el objetivo primordial de los tratados internacionales suscritos por los Estados en concordancia con lo asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es promover y consolidar el orden constitucional democrático y el principio de no intervención en la soberanía estatal del tribunal internacional en casos que no revisten de justiciabilidad, como respeto al principio de la independencia del Estado peruano.

Por estas razones consideramos que acatar la decisión del archivamiento definitivo de la acusación constitucional contra los magistrados acusados no es procesalmente atendible. El Estado peruano no está obligado a cumplir dicho mandato internacional -siendo un límite trascendental a la justicia contenciosa internacional- puesto que no se están vulnerando indefectiblemente derechos humanos ni ocasionando

daños irreparables. Esta acusación constitucional forma parte de sus atribuciones como aparato estatal de sancionar a sus altos funcionarios públicos que transgredan los preceptos constitucionales.

CONCLUSIONES

Es importante que la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas supere estas carencias normativas en cuanto a los límites de la justicia contenciosa internacional en casos que no revisten de justiciabilidad, predominantemente los de naturaleza política, puesto que implicaría vulneraciones a los pronunciamientos legítimos de los poderes constituidos de los Estados e intromisión a la soberanía estatal. De esta manera se podría generar un nefasto precedente para las futuras generaciones; puesto que consideramos que existe una eventual imposibilidad en emitir resoluciones y/o pronunciamientos de los importantes tribunales internacionales en asuntos políticamente internos de los estados.

Asimismo es oportuno reconocer la loable labor del Consejo de Seguridad promoviendo los mecanismos de solución de conflictos internacionales de naturaleza jurídica antes de acudir a lo jurisdicción contenciosa, en defensa de la paz internacional, la seguridad y la protección internacional de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Bellei, C. (2015). "¿Existen aún disputas internacionales no-justiciables en virtud de su carácter político? La práctica de la Corte Internacional de Justicia". Volumen 15, Anuario Mexicano de Derecho Internacional. [En línea] Disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870465415000045

Cairo, O. (s/f). "Poder Constituyente y la Democracia Constitucional". Revista Derecho & Sociedad, Asociación Civil 25, [En línea] Disponible en: file:///C:/Users/51945/Downloads/17015-Texto%20del%20art%C3%ADculo-67571-1-10-20170425.pdf

Carta de las Naciones Unidas, en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf

Denuncia Constitucional Nº 110 recaída en la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, [En línea] Disponible en: file:///D:/Usuario/8331/Downloads/INFORME%20FINAL%20CASO%20TC%20(1).pdf

Espósito, C. (2010). "Soberanía e igualdad en el derecho internacional". Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, [En línea] Disponible en: file:///C:/Users/51945/Downloads/12675-1-31620-1-10-20110610.pdf

Exp. 01969-2011-PHC/TC, [En línea] Disponible en: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/01969-2011-HC.html

Medidas provisionales caso Durand & Ugarte vs. Perú ante la Corte IDH, [En línea] Disponible en: file:///D:/Usuario/8331/Downloads/CIDH%20-%20ARCHIVA%20DENUNCIA%20TC.pdf

Quiroga, A. (2018). "El indulto presidencial y el control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los actos políticos internos". Volumen I, XII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Perú.

Rey, S. (s/f). " Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales. ¿Tres conceptos incompatibles?" [En línea] Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34469.pdf

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6123

VULNERACION DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA DE LAS VÍCTIMAS EN EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO

Silvia María Tito Ascue[1]

RESUMEN

El objetivo de este artículo es analizar los efectos negativos de la corrupción en la democracia peruana, destacando la percepción de los índices de victimización causados por este fenómeno social. Por ello el control del accionar de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones siempre ha sido objeto de preocupación en todos los países. En nuestro ordenamiento jurídico se regula el delito de cohecho pasivo en los artículos 393 y 395-A, capítulo II del título XVIII del Código Penal, a fin de que en determinadas circunstancias, dentro de los procesos penales por delitos de corrupción de funcionarios, cabe la posibilidad de considerar a las víctimas-particulares-como parte agraviada tanto en sede fiscal como jurisdiccional; y, por ende, sostener que les corresponde una reparación civil, así como los demás derechos inherentes a la parte agraviada. En caso contrario, se vulneraría el derecho de las víctimas a acceder a una tutela jurisdiccional efectiva.

Palabras clave: cohecho pasivo propio – reparación civil – tutela jurisdiccional efectiva – corrupción de funcionarios – funcionario público

1 Doctorado en Derecho en la Universidad Privada Antenor Orrego.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the negative effects that the serious impact of the phenomenon of corruption has had on Peruvian democracy, highlighting its perception in relation to the victimization rates caused by its commission. Therefore, the control of the actions of public officials in the exercise of their functions has always been a matter of concern for all countries. Our legal system has provided for its regulation in Chapter II of Title XVIII of the Criminal Code, including the crime of passive bribery, regulated in Articles 393 and 395-A, in order to verify that in certain circumstances, within the criminal proceedings for corruption of public officials, it is possible to consider the victims-individuals-as an aggrieved party both in the prosecutorial and jurisdictional venue; and therefore, to sustain that they are entitled to the granting of a civil reparation, as well as the attention of the other rights inherent to the aggrieved party; otherwise, in our consideration, the right of the victims to have access to an effective jurisdictional protection would be violated.

INTRODUCCIÓN

Nuestro actual modelo procesal penal proviene del sistema acusatorio- adversarial en el que el juzgador ya no es el principal protagonista, sino más bien las partes procesales debidamente constituidas; entre ellas el representante del Ministerio Público, que por mandato legal se encuentra obligado y tiene a su cargo tanto el ejercicio de la acción penal pública como el ejercicio de la pretensión civil; y de la otra parte, al investigado que goza de ciertos derechos y principios constitucionales con las debidas garantías procesales tales como el derecho de presunción de inocencia; a la defensa, el de contradicción, entre muchos otros que garantizarán la igualdad de armas entre los sujetos procesales, transparencia y debido proceso, exigidos en un Estado Constitucional de Derecho como en nuestro ordenamiento jurídico.

Para recabar los elementos de convicción necesarios y exigidos por la ley para la acreditación de los hechos materia de incriminación en su requerimiento acusatorio, el Ministerio Público requerirá determinadas diligencias, entre ellas convocar a declaración en sede fiscal de aquellas personas que han presenciando los hechos de imputación directa o indirectamente en calidad de testigos para el esclarecimiento de los hechos.

En tal sentido, con el objetivo de alcanzar el interés común mediante el Estado como sociedad jurídicamente organizada, los funcionarios o servidores públicos tienen el deber de salvaguardar el correcto funcionamiento del aparato estatal en todos sus niveles jerárquicos, buscando el idóneo, correcto y eficaz desenvolvimiento de las entidades públicas.

Cuando estos funcionarios o servidores públicos vulneran los mandatos legales y constitucionales ponen en peligro o lesionan el desempeño de la administración pública, generando no solo un perjuicio

contra el correcto funcionamiento del aparato estatal sino contra el tesoro público. Por ello el Ministerio Público como persecutor de la acción penal pública y cumpliendo el derecho-principio de la tutela jurisdiccional efectiva deberá recabar todos los elementos de convicción pertinentes y suficientes para la acreditación de las conductas delictivas o infracciones administrativas.

No obstante, en cuanto a la protección jurídico-penal otorgada con especial relevancia a la administración pública y sus fines específicos, dentro de la identificación de los elementos objetivos de los delitos de corrupción de funcionarios, respecto a la individualización del sujeto pasivo, el legislador ha considerado circunscribir únicamente al Estado como parte agraviada, sin considerar que los particulares podrían verse afectados en la comisión de estas actividades ilícitas de la función pública, como por ejemplo en la prestación de los servicios públicos esenciales, vulnerando su ejercicio como sujeto procesal en un futuro proceso penal para la obtención de un pago por concepto de reparación civil.

En la jurisprudencia peruana se considera como titular del bien jurídico de los delitos de corrupción y por ende como único agraviado, al Estado, verificando lo señalado en el Recurso de Nulidad N° 2081-2012, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se determinó que el sujeto pasivo en el delito de cohecho pasivo propio es el Estado y no los particulares.

Sin embargo, en esta investigación identificaremos que, en determinadas circunstancias en la comisión del delito de cohecho pasivo propio (delito que se ha tomado como muestra en la presente investigación), el agraviado es primariamente el ciudadano, siendo amparable su protección, de conformidad con lo regulado en el artículo 94 del Código Procesal Penal que precisa que “es agraviado quien resulte directamente ofendido por el delito¨ o ¨perjudicado por las consecuencias del mismo.

Las legislaciones tienden a reforzar las garantías reconocidas en el proceso penal y a incorporar una nueva que nos permita alcanzar el objetivo de combatir estos nuevos fenómenos que tanto nos afligen de manera rápida y eficiente. Por ello comenzaron a darle el carácter de punibilidad a los simples actos preparatorios, más endurecimiento de penas, y, sobre todo, proteger aquellas personas que colaboraban con la actividad punitiva del Estado.

Debido a los graves actos ilícitos de corrupción en agravio del aparato estatal, que distorsionan las políticas públicas del Estado por la conducta de funcionarios o servidores públicos que obtienen algún beneficio, ventaja u otro tipo de promesa del tesoro público y causan perjuicio a la atención al ciudadano y a la ejecución de los servicios y/o obras públicas, el delito de cohecho pasivo propio ocupa el primer lugar en la comisión de los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú.

Por otra parte, aplicando una interpretación sistemática del artículo 44 de la Constitución Política del Perú de 1993 se busca garantizar eficiente y eficaz participación de las autoridades competentes del aparato estatal en la lucha contra la corrupción, la criminalidad organizada y la protección de la soberanía nacional, teniendo en cuenta la política exterior, con el propósito de proteger a la población de cualquier tipo de amenaza que atente contra el bienestar general o su seguridad.

DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO

El delito de cohecho pasivo propio se encuentra prescrito entre los artículos 393 al 395- A del Código Penal en sus distintas modalidades y, según Salinas (2019), tenemos que:

> El delito de cohecho pasivo propio en agravio de El Estado, se describe entendiéndolo como la aceptación hecha por un funcionario público o por la persona encargada de un servicio público, para sí o un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el actor que se espera que se ejecute, omita o retarde el funcionario público […]. (p.556).

En efecto, el tipo penal en mención desarrolla tres supuestos de comportamientos delictivos: "(i) El que se configura cundo el sujeto agente, ya sea funcionario o servidor público, acepta o recibe donativo, promesa u otro tipo de ventaja o beneficio, para realizar un acto en perjuicio de sus deberes funcionales; (ii) Cuando el sujeto agente acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para omitir un acto de sus deberes funcionales; (iii) Se perfecciona cuando el sujeto agente acepta el donativo, promesa o cualquier otro tipo de ventaja o beneficio a consecuencia de haber incumplido sus deberes funcionales".

En el segundo párrafo del citado artículo se regulan otras tres modalidades delictivas claramente definidas: "(i) Cuando el sujeto agente, en su calidad de funcionario o servidor público, solicita, de forma directa o indirectamente, donativo, promesa u otro tipo de ventaja o beneficio, para realizar un acto en incumplimiento de sus deberes funcionales; (ii) Cuando el sujeto agente solicita directa o indirectamente, donativo, promesa u otro tipo de ventaja, para omitir un acto de sus deberes funcionales; (iii) Cuando el sujeto agente solicita directa o indirectamente, donativo, promesa u otro tipo de ventaja o beneficio a consecuencia de haber incumplido sus deberes funcionales".

Estas modalidades delictivas ya expuestas se encuentran intrínsecamente vinculadas a la función pública propiamente dicha, conllevando a las actuaciones recíprocas entre el funcionario o servidor pública que acepta el provecho económico o cualquier tipo de ventaja o beneficio y el particular que se beneficiará del del acto, omisión o retardo funcional.

Algunos tratadistas consideran que lo que se protege es la confianza de la sociedad en el cumplimiento de los deberes funcionales y el normal desempeño de la administración pública, lo que en la opiniòn pública involucra principalmente la actuación de funcionarios o servidores públicas y de los particulares para garantizar la transparencia de la administración pública.

Respecto al bien jurídico protegido en este tipo penal, Martínez (2019) señala lo siguiente:

> […] lo protegido penalmente se encuentra vinculado a la expectativa que la sociedad tiene sobre el adecuado desarrollo de la Administración Pública, específicamente, en el delito de cohecho pasivo propio, la expectativa que el funcionario no direccione (motive) su actuación

> pública en base a un incentivo externo, es decir no privatice su actuar. Así, el funcionario que acepta, recibe o solicita una dádiva, está actuando fuera de todo procedimiento regular (acorde o no a sus funciones), pues únicamente se debe a la Administración Pública que representa. (p.4).

En consecuencia, el tipo penal de cohecho asume la calidad de pasivo debido a la calidad del sujeto activo, esto es, el funcionario o servidor público que ha corrompido sus obligaciones funcionales, desplegándose mediante las conductas como el solicitar, recibir o aceptar promesa, beneficio, donativo u otro tipo de ventaja. Y Espinoza (2020) agrega:

> Aun cuando los verbos rectores solicitar o condicionar impliquen fenomenológicamente una conducta "activa", a diferencia de los verbos rectores aceptar o recibir que presuponen comportamientos "pasivos", la modalidad de cohecho será la pasiva, atribuible siempre al intraneus funcionario o servidor público —cohecho pasivo genérico—; al magistrado, árbitro, fiscal, perito o miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo —cohecho pasivo específico—; al secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo —cohecho específico de auxiliares jurisdiccionales y afines.

Por otra parte, el 9 de diciembre de 2005, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 15 señala que la referida convención no ha tipificado al tipo penal de cohecho pasivo propio en sus diversas modalidades delictivas como si lo ha reconocido nuestro ordenamiento jurídico. Este artículo se limita a regular que cada Estado podrá adoptar las medidas legislativas suficientes y de otra índole si fuera necesario para tipificar estos hechos delictuosos propios de la corrupción de funcionarios, cuando estas acciones se cometieran intencionalmente como solicitar o aceptar, el funcionario o servidor público, directa o indirectamente, una ventaja, beneficio u otro tipo de promesa indebida que le origine algún provecho económico o de otro tipo en él o tercero con el objetivo de que este realice u omita algún deber funcional. Además, el artículo 65 de la mencionada Convención prescribe que los Estados podrán adoptar todas aquellas medidas legislativas estrictas en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado.

Sin embargo, algunos autores han considerado como único sujeto pasivo del tipo penal de cohecho pasivo propio al Estado, al ser el único titular del bien jurídico protegido; empero, resulta amparable la protección del particular como parte agraviada cuando ha sido víctima, en los siguientes presupuestos:

"Cuando el funcionario o servidor público, solicita directa o indirectamente donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o en consecuencia de haber faltado a ellas" (segundo párrafo del artículo 393 Código Penal)

"Cuando el miembro de la Policía Nacional que solicita directa o indirectamente donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o a consecuencia de haber faltado a ellas" (segundo párrafo del artículo 395-A del Código Penal).

Por lo tanto, consideramos que identificar a la parte agraviada dentro del proceso penal, en base a quien posee la titularidad del bien jurídico protegido no sólo vulnera los derechos de los ciudadanos agraviados; sino que no tiene correlación con lo regulado en el artículo 94 del Código Procesal Penal.

Finalmente, el análisis de nuestra investigación podría hacerse extensivo a los demás delitos de corrupción de funcionarios en los que se ha verificado un perjuicio en contra de un particular, desterrando la concepción y valoración de que los delitos de corrupción únicamente tienen como parte agraviada al Estado.

Los funcionarios y servidores públicos tienen la obligación primordial de servir al Estado y cumplir la función pública encomendada para lograr el bienestar general; empero este probo cumplimiento debe estar enmarcado en organismos estatales descentralizados con ddiversas jerarquías, niveles, entidades, cargos y oficios. Hay una organización dentro de la cual se debe cumplir esa función pública indistintamente del cargo asignado al funcionario o servidor público.

"Es por ello que en los delitos contra la administración pública, la lesión o puesta en peligro de la administración pública pone en peligro la organización del Estado, por lo que surge como necesidad para el propio Estado, el interés jurídico por proteger la corrección de la función pública en tanto solo así se puede mantener la organización del Estado en pro del bienestar general. Esto lo hace a través de las normas penales". (Sánchez, 2020)

En la lucha contra el fenómeno de la corrupción y la diversificación de las economías de los países de la región, en un contexto en el que los hechos ilícitos en contra del correcto funcionamiento de la administración pública se han realizado en la clandestinidad, con ausencia evidente de testigos y evidencias directas, el representante del Ministerio Público debe actuar con diligencia para desvirtuar la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable.

EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA FRENTE AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

Este precepto constitucional se encuentra prescrito en el artículo 139 inciso 3) de la Constitución Política del Perú vigente, que señala:

> "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".

El articulo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil vigente regula en cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses […]".

Tanto la norma constitucional como la legislación procesal civil desarrollan explícitamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de que goza el ciudadano que recurre al órgano jurisdiccional para resolver o que cese un conflicto jurídico. Para el cumplimiento de este precepto no solo se debe garantizar un proceso imparcial y justo; sino que luego de haberse llegado a la etapa final con la emisión de una resolución judicial con un mandato de cumplimiento, este se haga debidamente efectivo.

Como expusimos líneas arriba, la norma procesal penal en cumplimiento del derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva ha dotado de garantías procesales al agraviado o víctima de la comisión de un hecho delictivo, conforme lo prescribe el artículo 94 del referido texto normativo.

El artículo IX, inciso 3) del Título Preliminar del Código Procesal Penal prescribe que se garantiza el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal de la persona agraviada o perjudicada por el delito y obliga a la autoridad pública a velar por la protección del afectado mediante un trato acorde a su situación.

Los derechos procesales del agraviado, según Sánchez (2020), son los siguientes:

- A ser informado de los resultados del procedimiento aun cuando no haya intervenido en él cuando lo solicite.
- A ser escuchado antes de cada decisión judicial que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite.
- A recibir un trato debido y respetuoso, conforme a la dignidad que tiene una persona; a la protección de su integridad y la de su familia. Se preservará su identidad en los casos de agresión sexual.
- A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.
- Debe ser informado de sus derechos cuando interponga una denuncia.
- Debe ser informado de su derecho a declarar ante la autoridad judicial.
- Tratándose de menores incapaces, estos tienen derecho a ser acompañados por una persona de su confianza.

Es menester señalar que también es un derecho y regla procesal de la parte agraviado a rendir su declaración testimonial durante el proceso penal, cuando se le requiera y sea debidamente citado para ello.

El testigo - agraviado mantiene la obligación procesal de concurrir a las sesiones de nivel de investigación como a las audiencias de juzgamiento cuando haya sido citado por algunas de las partes procesales y responder a las preguntas formuladas en el examen y contraexamen que se le practicará. En caso de inasistencia se solicitará su conducción compulsiva.

Por otra parte, cabe diferenciar entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción, conforme lo indica Martínez (2019):

> Es válido acotar la diferencia entre sujeto pasivo del delito y agraviado o perjudicado, este último es la persona natural o jurídica que ha sufrido un daño patrimonial o extrapatrimonial (moral) producido por la comisión del hecho ilícito, que no necesariamente tiene que ser penal, pero sí civil. Por lo que, hablamos de sujeto pasivo en el ámbito penal-material y de perjudicado (agraviado) en el ámbito civil, deducido en el proceso penal a través de la constitución en actor o parte civil. Sin embargo, en muchos casos sucede que sujeto pasivo y perjudicado confluyen en una sólo persona30 (p.j. en lo ilícitos de robo, hurto, etc.). (p.6).

Esta diferencia cobra especial implicancia en el proceso penal para determinar la reparación civil y los obligados a concurrir a su pago, conforme a uniforme jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el Recurso de Nulidad N° 2081-2012/Lima Norte de la Sala Penal Permanente, con fecha 22 de enero de 2013. En su considerando noveno este recurso señaló que en los delitos de cohecho pasivo propio, el sujeto pasivo estará constituido por el Estado, en representación de la sociedad, como titular del correcto funcionamiento de la administración pública en todos los niveles de gobierno y negaba a los particulares la condición de parte agraviada. Este despropósto deberá ser enmendado.

Debido a la reparación civil el agraviada ejerce la facultad de constituirse en actor civil para el legítimo ejercicio de la pretensión civil dentro del proceso penal. Esta situaciòn se concreta en una pretensión patrimonial por el peligro o lesión del bien jurídico protegido, ya no solo al Estado como sociedad jurídicamente organizado. También le correspone al particular por ser el receptor directo del desempeño de las entidades públicas, por lo que el negársele la restitución del daño ocasionado derivado de un delito de corrupción de funcionarios se genera una evidente vulneración al precepto constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a acceder al pago de una reparación civil por la comisión de los actos corruptores de los funcionarios públicos.

LA REPARACIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público prescribe que “El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales […] la reparación civil […]”.

Para cumplir con esta finalidad la legislación procesal penal le ha otorgado al fiscal instrumentos procesales para que como titular de la acción civil pueda al término del proceso penal hacer efectivo el pago por concepto de la reparación civil (siempre y cuando no se haya constituido el actor civil), sin contar con la participación del agraviado particular como sujeto pasivo de ser resarcido.

Al respecto, hay que sostener la relación entre el pago por concepto de reparación civil con el resultado típico del hecho delictivo para reconocer el daño objeto de resarcimiento porque la responsabilidad civil no solo es originada por el resultado típico de la comisión del hecho delictivo, sino como ha sostenido Silva (2001):

> […] que dicha responsabilidad alcanza a daños trascendentes al resultado típico, pero, en todo caso, imputables a la conducta típica según las reglas de imputación objetiva y subjetiva que rigen en el ámbito de la responsabilidad extracontractual; y la tercera, que entendería que la responsabilidad civil va incluso más allá de la reparación de los daños objetiva y subjetivamente imputables a la conducta típica en los términos de Derecho civil de daños. Los tribunales, oscilando entre la segunda y la tercera posibilidad, se han inclinado en ocasiones por la más amplia. Así, queda claro, por un lado, que la Jurisprudencia efectúa pronunciamientos de responsabilidad civil aunque se dé un relativo distanciamiento entre el daño a cuya reparación se condena y el delito por el que se condena. En efecto, para que surja un título de responsabilidad civil "derivada de delito" no se requiere que el daño causado por el delito sea un daño penalmente típico. En otras palabras, no es necesario que el resultado dañoso constituya un elemento del delito por el que se condena (no lo será en delitos de peligro, por ejemplo). (p.3).

Cabe señalar que si bien es cierto en un pronunciamiento absolutorio por parte del operador judicial en un delito de corrupción de funcionarios, porque solo constituyó una presunta infracción administrativa, esto no conllevará a la no imposición de una reparación civil a favor de la parte agraviada, al ser dos acciones ulteriores del proceso penal. No es admisible sostener que el único perjudicado de las conductas ilícitas contra la función pública sea el Estado o sus entidades públicas, sino el agraviado particular al ser el perjudicado directamente por los servicios estatales en todos los niveles jerárquicos.

El delito de cohecho pasivo propio es condicionado por cuanto el funcionario o servidor público condiciona su conducta funcional, que pueden ser acciones u omisiones derivadas del cargo o empleo que desempeña, a fin de que se le haga entrega o promesa de algún medio corruptor. En esta descripción típica el particular, quien actúa de cohechante activo, realiza la conducta ilícita para que el funcionario o servidor público cumpla con su conducta funcional, lo que causa grave agravio en contra del particular directamente ofendido por la solicitud condicionante ilícita del funcionario o servidor público. En este supuesto consideramos, por tanto, que corresponde considerar al particular como parte agraviada en el proceso penal y que eventualmente goce de las prerrogativas de los agraviados, como es la recepción de un pago por reparación civil.

CONCLUSIONES

A) El tipo penal de cohecho pasivo propio lesiona una pluralidad de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, entre ellos el correcto desenvolvimiento de la administración pública, la imparcialidad de la función pública, la fidelidad de las labores funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos y, en este caso, los intereses de los agraviados particulares como receptores de los servicios estatales.

B) El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en los delitos de corrupción de funcionarios también implicará reconocer al agraviado particular como sujeto pasivo de estos delitos especiales a efectos de solicitar el pago por concepto de reparación civil, al ser derecho inherente de la parte agraviada en el proceso penal, sin desconocer su situación jurídica por el incumplimiento de las obligaciones funcionales.

C) La lucha contra la corrupción es uno de los fenómenos más complejos que enfrentan los gobiernos, en los que indubitablemente se han visto exhortados a traspasar sus fronteras en busca de cooperación internacional en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, la delincuencia y, sobre todo, la corrupción de funcionarios que ocasionan perjuicios patrimoniales contra el tesoro público y los particulares.

BIBLIOGRAFÍA

1. Constitución Política del Perú de 1993.
2. Código Penal peruano de 1991.
3. Espinoza, A. (Febrero,2020). El delito de cohecho pasivo propio. Aspectos específicamente doctrinarios. [En línea] Disponible en: https://lpderecho.pe/delito-cohecho-pasivo-propio-especificamente-doctrinarios-amelia-espinoza/
4. Nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004.
5. Ley Orgánica del Ministerio Público.
6. Martínez, R. (2019). Cohecho pasivo propio, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20191208_03.pdf
7. Recurso de Nulidad N° 2081-2012/Lima Norte de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.
8. Organización de las Naciones Unidas (2003). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Oficina contra la Droga y el Delito, Mérida, [En línea] Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
9. Salinas, R. (2019). Delitos contra la aadministración pública. Editorial Iustitia S.A.C, Lima, Perú.
10. Sánchez, P. (2020). El Proceso Penal. Editorial Iustitia S.A.C, Lima, Perú.
11. Silva Sánchez, J. (2201)"¿Ex Delicto?: Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal" http://www.indret.com/pdf/055_es.pdf

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6124

LA MUJER COMO ELEMENTO SUBJETIVO DE LOS ILICITOS PENALES DE AGRESIONES CONTRA LAS MUJERES Y FEMINICIDIO PREVISTOS EN EL CODIGO PENAL PERUANO

Lucy Ysabel Gastañadui Ybañez[1]

RESUMEN

El presente artículo trata sobre el elemento subjetivo del tipo penal previsto en el artículo 122-B del Código Penal. Este tipo penal, regulado en el dispositivo 108-B del texto adjetivo, consiste en las agresiones cometidas en contra de las mujeres "por su condición de tal" y del feminicidio. El objetivo principal es determinar cuál es el contenido de la expresión "por su condición de tal" y cuál es la importancia de este elemento en la investigación de los delitos relacionados con el género. En el abordaje de este tema se investigarán las teorías sobre este elemento del tipo penal y se discernirá en torno a la utilidad de estas para la investigación de este tipo de delitos. En las conclusiones estableceremos cuál de las teorías debería ser aplicada en aras del reguardo de los derechos fundamentales de la mujer víctima de agresiones o muerte.

Palabras claves: Mujer, agresiones contra las mujeres, feminicidio

1 Abogada, doctorando en Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego de Truillo. magister en Derecho Civil y Comercial. Fiscal civil y de familia de la ciudad de Trujillo.

ASTRACT

This article deals with the subjective element of the criminal offense provided for in article 122-B of the Penal Code. This criminal type, regulated in device 108-B of the adjective text, consists of in the aggressions committed against women "due to their condition as such" and femicide.

The main objective is to determine what is the content of the expression "due to its condition as such" and what is the importance of this element in the investigation of crimes related to the gender. In addressing this issue, theories about this element of the criminal type will be investigated and the usefulness of these for the investigation of this type of crime will be discerned. In the conclusions we will establish which of the theories should be applied in order to safeguard the fundamental rights of women who are victims of aggression or death.

Keywords: Woman, aggressions against women, femicide

INTRODUCCIÓN

El artículo 122-B del Decreto Legislativo 1323, que regula el ilícito penal de agresiones en desmedro de las mujeres o de miembros del clan familiar, fue incorporado en el Código Penal del Perú el 7 de enero del 2017. En este articulo trataremos sobre uno de los sujetos pasivos de este delito: La mujer. Esta reforma jurídica introdujo un elemento novedoso en el tipo penal: el concepto tan discutido en el medio académico y jurisprudencial que consiste en que los actos de violencia en desmedro de la integridad y hasta la vida de las féminas debe producirse "por su condición de tal".

Ante ello se deriva la interrogante: ¿Todos los hechos de agresión en agravio de una mujer, en cualquier contexto, se pueden penalizar en los referidos dispositivos legales? O, en todo caso, que se entiende por la expresión "por su condición de tal" y cuál es su incidencia en la investigación de los delitos de género.

El origen de esta discusión se encuentra en el Acuerdo Plenario No. 001-2016/CJ-116, obrante en el diario oficial El Peruano, del 17 de Octubre de 2017, en el cual se establece en materia de delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar- específicamente en relación a su máxima expresión, el feminicidio- que el legislador al intentar independizarlo del homicidio le añade un matiz subjetivo ajeno al clásico dolo, por lo cual resulta insuficiente la conciencia por parte del sujeto agente, del tipo objetivo, ya que en este caso se requiere además que se haya producido por su "condición de tal."

De esta forma no solo se requiere que el agente tenga conocimiento y deseo de realizar el acto prohibido por la ley, sino también que la víctima sea mujer y que su muerte se haya dado en un escenario de odio, discriminación y relaciones superiores de poder hombre-mujer. Este elemento ha sido criticado por algunos académicos que consideran que no era necesaria esta modificación del tipo penal, puesto que la introducción de este elemento subjetivo del tipo penal dificulta la probanza. En esta investigación recopilamos opiniones muy interesantes y valiosas para tratar de aclarar esta polémica.

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Los actos violentos contra las mujeres son entendidos como todo tipo de agresiones cometidos por varones o mujeres y que repercuten en forma negativa en su esfera psicofísica y más aún patrimonial como lo establece la Ley 30364, incluyendo el ámbito sexual. Vemos cómo a lo largo de la evolución legislativa emergen nuevos entornos de protección, pues en la actualidad y dejando de lado la concepción privada de protección a la mujer en casos de violencia, nuestra legislación acoge el resguardo, incluso en el espacio público donde se desarrolla la víctima, sea de cualquier edad. Esto se comprende y se explica porque en asuntos de transgresión de derechos básicos inherentes al ser humano, como es el derecho a vivir libre de violencia, mantener incólumes las condiciones psicológicas y físicas, como parte de la vida misma, no puede establecerse una distinción entre la esfera pública y privada, pues no se trata de ámbitos de afectación diferenciados, más aún si el Estado tiene alguna limitación para la intervención en la segunda esfera. Schneider (2010) manifiesta:

> "(…) la esfera de la privacidad no puede ser ubicada en un área material determinada, y que se trata de un ámbito móvil, tal como claramente lo ejemplifican los cambios en los abordajes realizados en los refugios de mujeres golpeadas una vez que comenzaron a recibir financiamiento estatal. (…) ello demuestra que la identificación de lo público sobre lo privado requiere algo más que una intervención formal del Estado, esto es una acción concreta que reconozca que la violencia padecida por las mujeres es el resultado de una histórica condición social común." (Di Corleto, 2010: 11-12).

De este modo se ha avanzado legislativamente como pasaremos a examinar; sin embargo también verificamos que la legalidad dista de la realidad por muchos factores, llámese desenvolvimiento de quienes aplican la norma, deficiente ejecución de medidas de protección, la no adecuada relación de éstas con el riesgo valorado en la víctima, entre otros.

Resulta palmario que las agresiones contra las mujeres, amén de ser un problema local, se suscita a nivel mundial. Esta situación se ha agudizado con la crisis sanitaria mundial del COVID-19, lo que a su vez ha conllevado al confinamiento de las personas en sus propios hogares, muchos de ellos sin las condiciones materiales para albergar en forma permanente y adecuada a la totalidad de sus miembros, desarrollando, en muchos casos, factores desencadenantes de violencia en el seno familiar.

ACTOS DE AGRESIÓN A LA MUJER POR SU CONDICIÓN DE TAL

Los actos de fuerza en desmedro de una mujer no sólo se desenvuelven en el ámbito doméstico, privado, al interior de los hogares, sino en todo escenario. Así se ha venido evidenciando y en nuestro país se viene legislando considerando este contexto, convencidos de que los actos de agresión contra las féminas tiene un transfondo de discriminación, superioridad, poder y total transgresión a las libertades y derechos humanos de los mujeres. Esto ha dado lugar al llamado "enfoque de género".

El Perú confirmó el 4 de noviembre de 1996 y el 13 de febrero de 1982 los alcances del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer Do Belem Do Pará. Estos instrumentos internacionales se han convertido en verdaderos instrumentos legales de defensa de las mujeres bajo un enfoque más garantizador que el doméstico, esto es, el de género. Así, la referida Convención establece en su articulado:

> "Artículo 1. Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género que cause muerte, o daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2. Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

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

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

C. Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.[2]"

De acuerdo con estos instrumentos legales internacionales, se publica la Ley Nº 30364 en El Peruano, el 23 de Noviembre del año 2015, que intenta superar la efectividad de su antecesora número 26260, pues mientras esta última se limitaba a establecer las acciones del Estado y de la sociedad frente la violencia intrafamiliar y las medidas de protección que correspondan, la Ley 30364 tiene por finalidad la prevención, sanción y erradicación de los actos de agresión contra las mujeres por su condición de tales y de los miembros del grupo familiar. Esta norma, por lo tanto, protege a la mujer como víctima de transgresión de derechos, tanto en el ámbito público como privado, en todo ámbito, no se circunscribe solo al entorno familiar.

Al comentar la Ley 30364, Castillo (2016) precisa que la introducción en forma taxativa de la expresión "mujer" se debe a que las féminas se han convertido en los objetos directos de agresión por constituir un grupo vulnerable, sin embargo no se ha desdeñado la inclusión otros integrantes de la esfera familiar. El indicado dispositivo legal establece como beneficiarios de las medidas de resguardo a la mujer a lo largo de su ciclo de vida, entendiéndose desde niña hasta alcanzar la edad adulta, incluso la adultez mayor. Los cuadros estadísticos reseñados a nivel local, nacional e internacional solo confirman que los

2 CONVENCION DO BELEM DO PARA: Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Consulta 14.02.2106. Disponible en www.oas.org.

conglomerados más sensibles, objeto de hechos de violencia, lo constituyen las mujeres, clasificadas en diversos subgrupos, de acuerdo a sus edadas, incluyendo niños, niñas y adolescentes.“ (Castillo, 2016: 57).

Una de las diferencias mas saltantes entre la novísima Ley Nº 30364 y la Ley Nº 26260 es que las órdenes de resguardo destinadas a proteger la integridad de las agraviadas, ya no son dictadas por el fiscal de familia, sino por el juez especializado de violencia contra las mujeres, utilizando el poder coercitivo del que no disponía el fiscal de familia. Además la Ley Nº 30364 está diseñada con enfoques de interculturalidad, género, integralidad, interseccionalidad, generacional y derechos humanos. Por ello el artículo 4 del reglamento de esta ley prescribe en el acápite e), del artículo 3, que los hechos de agresión en torno a féminas, por su condición de tal, se refieren a las actividades o inactividades que constituyen uso de fuerza excesiva en todo aspecto, por cuestión de género, lo que a su vez implica exteriorización de trato desigual sin justificación válida y que le genera limitaciones en cuanto al desarrollo de sus libertades y derechos, en similares condiciones.

Esta situación se logra mediante interacciones de subyugación, dominio, desigualdad de poder, tratándose de un proceso contínuo, por lo que debe procederse a identificar cuáles son los elementos que intervienen directamente en la interacción entre la víctima y su agresor, valorando caso por caso, sin tener que dar una solución uniforme a todos, precisamente por tratarse de casos humanos.

RESULTADOS

A continuación expondremos cómo es que se ha venido dando el tratamiento a estos temas de violencia en agravio de la mujer por su condición de tal y que es lo que se ha logrado hasta el momento.

Yván Saravia Quispe, juez titular de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, sostiene que el concepto de “la mujer en su condición de tal“ debe ser analizado bajo el enfoque de tres teorías: La teoría finalista, la teoría del rol social en el contenido jurídico de “matar a una mujer por su condición de tal“ y la teoría del “enfoque de género“[3].

La teoría finalista en el concepto de matar a una mujer por su condición de tal

En la obra “Derecho Penal Fundamental“ (1995), respecto de la teoría finalista en el concepto de matar a una mujer por su condición de tal, Juan Fernández Carrascal precisa que actuar significa acción humana, no implicando el causar efectos. Señala que la acción causal no distingue, por ello el fin es

3 SARAVIA QUISPE, José Iván: ¿Qué quiere decir “matar a una mujer por su condición de tal?. En la Pasión por el Derecho. Marzo 2018. Consulta 14.02.2021. Disponible en lpderecho.pe

obvio. Entonces, el contenido de la finalidad es un conglomerado de varias causas que finalmente tendrán como resultado un efecto único, verificable en algún espacio y tiempo. Esto significa que el ser humano establece objetivos, finalidades y basándose en experiencias previas y otros elementos está en la capacidad de prever la respuesta a su actividad, pero dentro de los límites de un espacio. Añade que el agente está en capacidad de agenciarse de los instrumentos indispensables para llegar a ese fin propuesto y finalmente echar a andar el conjunto de procedimientos tendientes al objetivo final. En este proceso –acota Fernández Carrascal -incluso puede escoger las mejores herramientas afines a su plan y llegar a la meta trazada. En ese sentido nos ilustra que la voluntad va en primer lugar rumbo al fin propuesto, ya que el agente es capaz de representársela. Desde esta posicion incluso puede volver a buscar los instrumentos para finalmente llegar al objetivo trazado poniendo en marcha el plan total. (1995: 268-269)

El inconveniente de esta teoría en cuanto al ilícito penal de feminicidio y de agresiones en contra de la mujer estriba en que es casi imposible probar que un agente mata, agrede o causa daño a una mujer por ser ella. Se trata de un tema complicado debido a que la mayoría de los operadores del derecho se han formado al amparo de la teoría finalista de la acción de Hanz Welzel, lo que si permitiría resolver otro tipo de delitos. No sabemos si la mata para robarle, para quedarse con sus bienes o solo porque es mujer. Esto, evidentemente, genera impunidad porque ya no se usa el feminicidio sino el homicidio, lesiones u otro.

Así lo establece Mendoza Garay, en Feminicidio, cuando afirma: "Este punto es de vital importancia, por cuanto es un tema que la realidad práctica , es decir en la administración de justicia trae consigo problema referente a la probanza de este contenidoo subjetivo. Por cuanto el legislador no solo ha previsto que el tipo penal del feminicidio sea eminentemente doloso, por cuanto en este sentido no hay mayor problema, pero el legislador en su afán de populista y de usar el derecho penal como un simbolismo, introdujo adicionalmente un contenido especial, un móvil en el sentido que no bastaba matar a una mujer a sabiendas de los elementos objetivos del tipo penal, sino también era necesario que la conducta fuera por su condición de tal, es decir por el hecho de ser mujer (…)" (Mendoza Garay, 2016).

Este elemento ha sido objeto de muchas críticas como ya ha quedado anotado.

La teoría del rol social en el concepto de matar a una mujer por su condición de tal

La perspectiva del rol social implica ventaja, puesto que en la anterior debe estar en la psiquis del agresor, una especie de radiografía. Esta teoría aterriza en el Derecho Penal, lo objetiviza, porque adecuamos nuestras conductas al orden jurídico vigente, debido a ello tenemos responsabilidades y roles que cumplir cotidianamente. Nos coloca en un espacio de responsabilidades, adecuamos la conducta a derechos, pero también a deberes que se nos impone. Esta teoría es defendida por el jurista Luis Pacheco Mandujano, quien sostiene que si cumplimos nuestros roles impuestos por la ley, en todo ámbito, no será necesario ir por la vía finalista del delito, con el peligro de perder el caso. (2019)

Doctrinariamente, esta teoría tiene el siguiente alcance:

> "El rol social como presupuesto delimitador en la imputación penal. El punto de partida para el sistema de imputación y el entorno social donde cualquier construcción dogmática de esa naturaleza pretende tener aplicación es necesariamente la persona autorresponsable a partir de la posición social que ésta ocupa en su entorno y que la determina a desarrollar determinado papel en la sociedad. Y es que cada sujeto no es responsable de la totalidad de los sucesos del mundo social en que se desenvuelve, sino tan solo de una parcela muy limitada de realidad. Este segmento parcial se asigna a cada persona como miembro de la comunidad y el que está sometido enteramente a su vigilancia, de modo tal que deberá administrar correctamente esa esfera de responsabilidad para que no lesione ni invada otras ajenas. Por ello, se afirma que el rol social desempeñado por cada persona en concretos espacios de interacción (v.gr. taxista, padre, policía, juez, profesor, médico etc.) define la medida de su propia responsabilidad en la gestión de cada parcela social" (Medina Frisancho, 2011).

La teoría del enfoque de género en el concepto de matar a una mujer por su condición de tal

Esta teoría resultaría siendo la más aceptada por cuanto incorpora un enfoque nuevo y favorable con miras a la igualdad de género. Ha recibido, sin embargo, numerosas críticas por cuanto se indica que ahonda más las diferencias entre hombres y mujeres. No existe un delito exclusivo para varones como en el caso del feminicidio, ni tampoco el hombre se encuentra amparado de forma especial como se hace con la mujer, en el caso de algunos delitos como el de agresiones en contra de las mujeres, previsto en el artículo 122-B del Código Penal.

A tenor de lo dispuesto por la Ley 30364, entendemos por teoría del enfoque de género lo siguiente:

> "Reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construida sobre la base de diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres. Este enfoque debe orientar el diseño de las estrategias de intervención orientadas al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres"[4].

DISCUSIÓN

El elemento característico del tipo penal de feminicidio y agresiones en contra de las mujeres y otros miembros del grupo familiar, previstos en los artículos 108-B y 122-B del Código Penal, es el odio contra la mujer, no tiene otro transfondo. Pero es necesario seguir investigando porque los delitos de género no son pocos y en su mayoría afectan un bien tan valioso como la vida humana.

4 Ley no. 30364- Congreso. Consulta 14.02.2021. Disponible en: leyes.congreso.gob.pe.

El elemento antes mencionado ha venido siendo abordado a través de diferentes teorías, las que ya han sido recapituladas y con resultados y ópticas completamente diferentes y poco alentadores en muchos casos.

Así mientras para la teoría finalista agredir o quitar la vida a una fémina por su condición de tal genera una doble probanza en cuanto al elemento subjetivo del tipo penal, esto es la intención de dañar a una mujer y el móvil porque es una mujer. Esto último no solo es de difícil probanza sino que añade un sentimiento de odio hacia la mujer.

Para la teoría del rol social nada de ello sucedería si los ciudadanos actuáramos de acuerdo al rol que nos asigna la ley, por lo tanto si cumplo mi deber de pareja no incurriré en excesos, menos en agresiones. Esta teoría, sin embargo, también ha recibido muchas críticas, atendiendo a que para Jakobs el injusto se produce por la violación de un rol. La crítica va en el sentido que lo que se quiere es eliminar a aquellos que no están de acuerdo con el orden existente y generalizar valores y reglas dadas, crear una sociedad ideal. El derecho penal, sin embargo, no puede establecer un catálogo de conductas ni ocuparse de todas ellas desde el ámbito penal, desfigurando su naturaleza, fines y contenido.

La teoría del enfoque de género nos presenta este problema-en cuanto al elemento de la mujer en su condición de tal- como caiusa de lesiones físicas psicológicas, sexuales o de daño de algún tipo, incluso la muerte de una mujer, dentro de un escenario de género, lo que a su vez implica que en este escenario de agresión, se dan o existen indicadores que entorpecen el disfrute de los derechos de la mujer por cuestiones de subyugación, superioridad, dominio y discriminación; entonces que es lo que se busca? La respuesta es igualdad de oportunidades, disminuir o desaparecer las cifras de agresiones hacia las mujeres, pero teniendo como norte, un cambio de cánones culturales con los que la sociedad nos ha formado, propiciando la erradicación de todo atisbo de trato diferenciado sin justificación, en perjuicio de la mujer.

Entonces, ¿a qué referirnos o qué es lo se debe investigar cuando hacemos alusión a muertes y agresiones en contra de las mujeres en su condición de tal? Existe una corriente muy arraigada con la cual comulgamos en el sentido de que se violenta a una mujer “en su condición de tal” cuando ésta desobedece o quebranta un estereotipo de género. Si bien es verdad estos estereotipos están en el acervo cultural de las personas y por ende son distintos en cada sociedad, por tratarse de un conglomerado de ideas pre establecidas que “regulan” el comportamiento de los diferentes componentes de la sociedad, sea hombre o sea mujer; también es cierto que dada su raigambre en la cultura de cada país juegan un papel importante al momento de regular conductas al interior de cada sociedad.

Ingrid Díaz Castillo[5], profesora de la Facultad de Derecho de la PUCP, indica que los roles o estereotipos asignados a la mujer en la sociedad peruana son básicamente el de pertenencia a su pareja. La mujer ama de casa debe cuidar a los hijos mientras el varón trabaja, entre otros y a éste se le asigna el estereotipo de macho proveedor, lo que genera una posición dominante en las interacciones de género.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. LIBROS

Castillo, J. (2016). Comentarios a la nueva ley de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Primera parte. Ubilex asesores.

Di Corleto, J (2010). Justicia, género y violencia. Libraria Ediciones. 1era edición. Setiembre 2010.

B. WEB

Clínica jurídica de violencia de género. Entrevista Dra. Ingrid Díaz Castillo. Agosto del 2019. Consulta 14.02.2020. Disponible en: m.facebook.com.

Convención do Belem do Para: Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Consulta 14.02.2106. Disponible en www.oas.org.

Pacheco Mandujano, Luis (2019). "La teoría del rol social es más eficaz para solucionar un caso de feminicidio". En La pasión por el Derecho. Junio 2019. Consulta 14.02.2021. Disponible en lpderecho.pe

Fernández Carrascal, Juan. Derecho penal fundamental. Segunda edición, Temis- Bogotá, 1995, Vol.I, pp. 268-269. En: El finalismo de Hans Welzel y la antijuricidad. 2003. Instituto de Investigaciones Jurídicas- Universidad Nacional Autónoma de México. Consulta 13.02.2106. Disponible en archivos.juridicas.unam.mx. https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv.

Ley no. 30364- Congreso. Consulta 14.02.2021. Disponible en: leyes.congreso.gob.pe.

Mendoza Garay, Ampelio (2020). Feminicidio: Por su condición de tal. En: Revista de Facultad de Derecho de México 70(276-2):659: Marzo 2020 Consulta 13.02.2106. Disponible en www.researchgate.net.

Saravia Quispe, José Iván (2018). ¿Qué quiere decir "matar a una mujer por su condición de tal?. En La pasión por el Derecho. Marzo 2018. Consulta 14.02.2021. Disponible en lpderecho.pe

5 Clínica jurídica de violencia de género. Entrevista Dra. Ingrid Díaz Castillo. Agosto del 2019. Consulta 14.02.2020. Disponible en: m.facebook.com.



Mascarada ii - oleo - 48x36cm
Héctor Acevedo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6125

CRITERIOS PARA ASEGURAR LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO PROTEGIDO EN LOS PROCESOS PENALES

Cinthia Elias Chafalote[1]

RESUMEN

En este artículo se analizan la forma y circunstancias en que se efectúan las declaraciones testimoniales en un proceso penal y los riesgos de afectar el derecho de defensa de la parte imputada de la investigación que no desea aportar o colaborar. Utilizando las herramientas que el Código Procesal Penal le brinda, el fiscal puede llevar a cabo esta declaración con las prevenciones adoptadas cuando se considera al testigo como testigo protegido, con reserva de identidad, de sus datos, de su ubicación, etc. De esta manera, tomando como base un problema de la administración de justicia penal a nivel naciona se propone optimizar las características de la declaración del testigo protegido y hacerlas extensivas a otros casos para culminar con éxito el juicio oral, sin vulnerar el derecho de defensa de la parte imputada.

Palabras clave: Ministerio público – testigo protegido – medidas de protección – derecho de defensa – reserva de identidad

1 Doctoranda del doctorado en Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego

ABSTRACT

The objective of this article is to explain the form and circumstances in which the testimonial statements are made within the framework of a criminal proceeding, in which those who may be harmed by the accused party of the investigation, do not wish to contribute or collaborate with said case process, it is then that the Prosecutor, using the tools that the Criminal Procedural Code provides, makes this statement, but considering it as a Protected Witness, which in this case would be with a reserve of identity, of their data, location, etc. Therefore, based on this problem at the national level, we will present a suitable optimization of the statement of the protected witness, in his intervention in the entire criminal process, so that the same inconvenience does not exist in the future, and that its culmination is also achieved in the oral trial, and this also in order not to violate the right of defense of the accused party, a situation that is always invoked by the Prosecutor.

INTRODUCCIÓN

Nuestro actual modelo procesal penal es del sistema acusatorio- adversarial; esto es, el juzgador ya no es el principal protagonista, sino más bien las partes procesales debidamente constituidas entre las cuales apreciamos, por una parte, al representante del Ministerio Público, quien por mandato legal se encuentra obligado y tiene a su cargo tanto el ejercicio de la acción penal pública como el de la acción civil; ambas derivadas de un hecho punible, y de la otra parte, al investigado que goza de ciertos derechos y principios constitucionales con las garantías procesales tales como el derecho de presunción de inocencia; a la defensa, el de contradicción, entre muchos otros que garantizarán la igualdad de armas entre los sujetos procesales, la transparencia y el debido proceso, exigidos en un Estado Constitucional de Derecho como en nuestro ordenamiento jurídico.

Cabe destacar que el proceso penal común se divide en cinco fases o etapas, las cuales son concatenadas y preclusivas; es decir, para proceder a la siguiente fase es necesario cumplir determinados presupuestos legales: diligencias preliminares, investigación preparatoria, la etapa intermedia , el juzgamiento (juicio oral) y etapa de ejecución.

Para recabar los elementos de convicción necesarios y exigidos por la ley, y acreditar los hechos materia de incriminación en el requerimiento acusatorio, tras asumir la conducción de la investigación junto con el apoyo de la Policía Nacional, el ministerio público -como persecutor de la acción penal pública- requerirá determinadas diligencias, entre ellas la declaración en sede fiscal de aquellas personas que han presenciando los hechos de imputación directa o indirectamente en calidad de testigos.

El testigo surgirá como órgano de prueba, como primera fuente de información que proporciona datos

sobre la forma y circunstancias en que se suscitaron los hechos delictivos, individualiizándose a los agentes del delito, las características del contexto físico-temporal, entre otros. Nuestro legislador ha regulado aspectos importantes de la declaración testimonial: (i) Deberá rendir su declaración sobre la percepción de los hechos que presenció; (ii) Si se tratare de un testigo indirecto, se va requerir su corroboración periférica; (iii) No puede manifestar opiniones personales sobre cualesquiera de las partes procesales y se evitará preguntas de la misma índole; (iv) Si por alguna razón se le brindara medidas de protección, será conocido mayormente como testigo protegido.

El testigo mantiene la obligación procesal de concurrir a las audiencias de juzgamiento cuando haya sido citado por algunas de las partes procesales y responder a las preguntas formuladas en el examen y contraexamen. En caso de inasistencia se solicitará su conducción compulsiva.

Al testigo se le preguntará sobre los hechos que ha presenciado y conocido directa o indirectamente, la forma y circunstancias de los mismos, las personas que han participado en la comisión del hecho delictivo, así como las acciones desplegadas por cada una de ellas. Tales preguntas deberán ser formuladas de manera objetiva, clara y concisa, evitando recaer en ambigüedades, preguntas sugestivas o capciosas, previo control de legalidad del interrogatorio por parte del juzgador.

El representante del ministerio público como persecutor de la acción penal pública y de la aplicación del ius puniendi estatal, defensor de la legalidad y de los intereses de la sociedad tiene la labor fundamental de asegurar la concurrencia de los testigos en la audiencia de juzgamiento y de adoptar aquellas medidas de protección como la reserva de la identidad, la reserva de los datos y de las características personales que posibilitarían su identificación, seguridad personal, entre otros.

En consecuencia, los denominados testigos de reserva o de identidad reservada se han convertido en un instrumento valioso en la lucha contra el fenómeno de corrupción, en los delitos de crimen organizado, en los delitos de tráfico ilícito de drogas y sus formas agravadas, entre otros, en el marco del proceso penal.

No obstante, en este proceso de sometimiento a la declaración del testigo protegido, la parte imputada en el ejercicio de su derecho de defensa obtiene la identidad del testigo a través de formas ilícitas, como la intimidación al personal fiscal o jurisdiccional, o acciones de reglaje contra los sospechosos. Al percatarse de esto, los testigos protegidos desisten de brindar su declaración en el juicio oral y muchas veces traen abajo los procesos.

Debido a estas complicaciones las legislaciones reforzaron las garantías conocidas en el proceso penal e incluso incorporaron una nueva para combatir con eficacia los diversos fenómenos delictivos. Además se criminalizaron los simples actos preparatorios, se endurecieron las penas y aprobaron medidas de protección de aquellas personas que colaboraban con la actividad punitiva del Estado.

TESTIGO PROTEGIDO Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN

El Código Procesal Penal ha regulado los presupuestos legales para la declaración del testigo protegido, considerándolo como aquel sujeto procesal que presenció directa o indirectamente los hechos materia de imputación fiscal, el que será debidamente llamado a concurrir a juzgamiento, manteniendo su identidad en estricta reserva, bajo responsabilidad penal en caso de que se revelara su identidad.

Campos (2018) sostiene lo siguiente sobre el testigo protegido:

> Es importante indicar que un testigo protegido es una persona que ha presenciado un hecho punible y concurre a juicio, y no debe confundírsele con un colaborador eficaz, quien es un delincuente arrepentido, que tiene conocimiento de la forma como funciona una organización criminal, se ha separado en forma oportuna, proporciona relevante información y goza del derecho penal premial. El testigo es un colaborador de la impartición de justicia, en cambio un colaborador eficaz es un soplón que accede a beneficios penales.

El artículo 247 del Código Procesal Penal ha regulado expresamente quienes podrían ser considerados como destinatarios de las medidas de protección:

Artículo 247.- Personas destinatarias de las medidas de protección

1. Las medidas de protección previstas en este Título son aplicables a quienes en calidad de testigos, peritos, agraviados o colaboradores intervengan en los procesos penales.
2. Para que sean de aplicación las medidas de protección será necesario que el Fiscal durante la investigación preparatoria o el Juez aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ellas, su cónyuge o su conviviente, o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

Y el artículo 248 del mismo cuerpo normativo ha prescrito objetivamente lo siguiente:

Artículo 248. Medidas de protección

1. El fiscal o el juez, según el caso, apreciadas las circunstancias previstas en el artículo anterior, de oficio o a instancia de las partes, adoptará según el grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asista al imputado.

Esto genera un peligro para aquellas personas, tal como lo establece el artículo 248 inciso d), que prescribe lo siguiente:

Art. 2 inciso d: Reserva de su identidad y demás datos personales en las diligencias que se practiquen, y cualquier otro dato que pueda servir para su identificación, pudiéndose utilizar para ésta un número

o cualquier otra clave.

Esto conlleva a que el juez haga una evaluación, verifique la admisión de pruebas en la etapa del juicio oral. La reserva de identidad, de los testigos y/o peritos, en el proceso penal, podría significar una vulneración de principios y derechos, estableciendo una limitación de derechos como el debido proceso. esta figura está siendo aceptada hoy en día por ejemplo En los juzgados del distrito judicial del Santa, por ejemplo, se acepta esta figura.

El artículo 250 de la ley procesal penal permite la incoación de la variación de la medida de protección:

Artículo 250.- Variabilidad de las medidas

1. El órgano judicial competente para el juicio se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección adoptadas por el fiscal o el juez durante las etapas de la investigación preparatoria o Intermedia, así como si proceden otras nuevas.

2. Si cualquiera de las partes solicita motivadamente, antes del inicio del juicio oral o para la actuación de una prueba anticipada referida al protegido, el conocimiento de su identidad, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el órgano jurisdiccional en el mismo auto que declare la pertinencia de la prueba propuesta, y si resulta indispensable para el ejercicio del derecho de defensa, podrá facilitar el nombre y los apellidos de los protegidos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en este título.

3. Dentro del tercer día de la notificación de la identidad de los protegidos, las partes podrán proponer nuevas pruebas tendentes a acreditar alguna circunstancia que pueda incluir en el valor probatorio de su testimonio.

Como expusimos líneas arriba, este testigo adquiere la calidad de "protegido" al rendir su manifestación poniendo en grave e inminente riesgo su vida, integridad física, su seguridad personal y la de sus familiares; por lo que resultará imprescindible su acceso al programa de protección de víctimas y testigos protegidos por el ministerio público. Esto también limita el derecho de defensa de las personas que son culpadas, puesto que es difícil para ellos confrontar la prueba adversa y cuestionar la credibilidad de los testimonios presentados por los testigos. Por ello también es necesario aprobar modificaciones al Código Procesal penal para la declaración del testigo protegido en la prueba anticipada y fortalecer el programa de protección a víctimas y testigos del ministerio público.

El artículo 409- B del Código Penal ha prescrito también que el que, indebidamente, revela la identidad de un colaborador eficaz, agraviado, perito, agente especial o encubierto y testigo, que permita su identificación, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. El dispositivo añade que si el agente es funcionario o servidor público, la pena será no menor de cinco ni mayor de siete años de pena privativa de libertad.

En el proceso penal la reserva de la identidad del testigo protegido se aplicará con el previo y estricto control de legalidad por parte del a-quo, considerando la proporcionalidad y necesidad de la medida, verificando la situación de riesgo del testigo y su aplicación excepcional, previo examen de la implicancia de la situación de riesgo con el derecho de defensa del imputado.

Es importante comprender que los órganos jurisdiccionales deberán realizar un profundo análisis del acervo probatorio actuado en sede del juicio oral. Castillo (2017) afirma lo siguiente:

> La reserva de identidad del testigo limita el ejercicio del derecho de defensa puesto que impide realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona declarante, así como otras que permiten argumentar que la declaración es falsa o equivocada. Si la defensa no tiene conocimiento de la identidad de la persona que busca cuestionar, puede ser privado de los datos que le permitan demostrar que él (o ella) tiene prejuicios, es hostil o poco fiable. (pp.223-224).

En aplicación del correcto sistema de administración de justicia, aquellas medidas de protección que restrinjan el ejercicio del derecho de defensa de la parte imputada deberán ser pertinente y palmariamente necesarias; por lo que su excepcional uso deberá fundamentarse en la medida de lo posible si otra medida resultará menos gravosa, aplicándose los principios-garantías antes referidos, previa resolución judicial debidamente motivada.

La identidad del testigo protegido se encuentra mayormente justificada en casos de que: (i) el acusado perteneciere a una organización criminal, delitos conexos o de extrema gravedad, como terrorismo, trata de personas, lavado de activos o tráfico ilícito de drogas; (ii) el imputado es poseedor de armas de fuego o blancas de su libre disposición que implicaría un eventual ataque a la integridad física del testigo protegido o de sus familiares; (iii) Otros motivos circunstanciales que revistan de extrema gravedad la situación del testigo.

El artículo 249 del Código adjetivo ha previsto explícitamente las suficientes medidas posibles con el objetivo de garantizar la protección del testigo protegido, peritos y/o demás colaboradores y el ocultamiento de su identidad. En la práctica jurídica es de difícil cumplimiento, puesto que mantener la reserva de la identidad y garantizar una idónea protección se ha visto limitada por la excesiva carga procesal, la escasez de recursos materiales y/o económicos. Por ello cada vez a las autoridades competentes les resulta cada vez más difícil acceder a una idónea información.

PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

El artículo 252 de nuestro Código Procesal Penal ha prescrito que es potestad del poder ejecutivo, previo informe de la Fiscalía de la Nación y del consejo ejecutivo del Poder Judicial reglamentar los alcances del Título V del Código Procesal Penal peruano. Asimismo, en coordinación con la Fiscalía de la Nación

definirá el programa de protección de agraviados, testigos, peritos y colaboradores de la justicia.

Este mencionado programa integral fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2010-JUS con fecha 13 de febrero de 2010, el cual fue conceptualizado en su artículo 4 como aquel programa que tiene por objeto operativizar las medidas de protección reguladas en la mencionada ley a favor de testigos, peritos, agraviados u otro tipos de colaboradores que participen en el proceso penal e investigaciones, salvaguardando la validez de la información proporcionada, aportes y corroboración periférica, sin interferencia alguna que pretenda poner en riesgo esta colaboración.

En cuanto a los ejecutores de este procedimiento y seguimiento tanto la autoridad fiscal como judicial se encontrarán facultados para su actuación de oficio – si fuera necesario – en la adopción de todas aquellas medidas de protección reguladas en la norma procesal penal y el presente reglamento integral. El representante del ministerio público tiene la obligación de supervisar la correcta aplicación y/o ejecución de estas medidas impuestas, requiriendo la información necesaria de carácter reservada al coordinador general o los distritales.

No obstante, si la actuación se realizara de parte, conforme al artículo 13 de mismo texto normativo, el procedimiento sería el siguiente:

1. La solicitud debe formularse en el formato de requerimiento de protección diseñado por la unidad central de protección con este propósito. En caso de no contar con el formato, la solicitud se realizará por escrito en la que se consignará la identificación del solicitante, los factores de riesgo y peligro, y su relación directa con el proceso penal.

2. La carpeta de protección estará a cargo de las unidades operativas y deberá contener el formato de requerimiento de protección, el acta de compromiso del programa de protección, el formato de exclusión del programa de protección, el formato de renuncia voluntaria del programa; contendrá, además, los informes previstos que solicite el fiscal o el juez a fin de verificar la información relacionada con el riesgo o peligro y demás comprobaciones o actuaciones que se realicen dentro del procedimiento.

3. Recibida la solicitud, para efectos de disponer o aceptar la admisión del peticionante al programa de protección, se deberá tener en cuenta los siguientes criterios:

    a) Nexo entre la participación del solicitante en el proceso penal y los factores de riesgo o vulnerabilidad.

    b) Si el testigo, perito, agraviado o colaborador se encuentra en una situación de riesgo comprobado

    c) Si el aporte de información del peticionante reviste interés relevante para el esclarecimiento del hecho.

d) Contar con el consentimiento expreso y voluntario del peticionante para incorporarse al programa.

e) Existencia de actos de intimidación, perturbación o grave riesgo, tomando en cuenta las características personales de los agentes y del delito cometido.

f) La gravedad del delito, la existencia de una organización crimina y el bien jurídico afectado.

g) Características personales del solicitante, tales como si tiene acceso a armas, cuenta con antecedentes penales por delito doloso, tiene relación de subordinación o dependencia o vínculo de parentesco con el imputado.

h) Que el candidato a proteger no tenga una motivación distinta que el de colaborar con la justicia.

i) Si la medida de protección a dictarse puede ser implementada por otro organismo estatal.

4. Admitida la solicitud

a) El fiscal firmará el formato de requerimiento de protección diseñado por la unidad operativa correspondiente para que se agregue a la carpeta de protección y se inicie el procedimiento.

b) El fiscal encomendará a la unidad central o distrital de protección que dentro del término máximo de cinco (5) días hábiles la evalúe teniendo en consideración los criterios mencionados en el artículo precedente

Después del proceso de seguimiento y verificación del cumplimiento de los presupuestos legales mencionados, dentro de un plazo no mayor a tres días hábiles, el ministerio público determinará la incorporación o no al aspirante al programa integral de protección; dicha decisión final será transmitida a la unidad central del referido programa y a la persona solicitante.

El artículo 18 del referido programa Integral contempla las principales medidas de protección, entre ellas tenemos la protección policial, que abarca la designación de efectivos policiales de manera permanente en la residencia de la persona y el seguimiento cotidiano en sus desplazamientos diarios a su centros de laborales, de formación, entre otros, manteniendo en reserva su paradero y destinos de circulación.

A su vez, encontramos la reserva de la identidad de la persona protegida, que abarca su protección en todas aquellas diligencias de las investigaciones en las que participe, evitando el registro de sus datos personales en las actas suscritas u otro tipo de documentos que permitiera su posible identificación; por lo que se designará una clave secreta de la cual solo el Ministerio Público o autoridad judicial tendrán único acceso, como aquellos servidores que intervengan en la aplicación de la medida de protección.

Finalmente, tenemos la utilización de procedimientos mecánicos o tecnológicos, tales como videoconferencias u otros medios adecuados, siempre que el órgano jurisdiccional cuente con los recursos necesarios para su implementación.

COLABORADORES EFICACES Y AGENTES ENCUBIERTOS O ESPECIALES

El Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 04750-2007-PHC/TC, en la parte sobre "El agente encubierto", fundamento 15, lo define como: "El agente encubierto o secreto es aquella persona seleccionada y adiestrada que con identidad supuesta [simulando ser delincuente] se infiltra o penetra por disposición de autoridad competente a una organización criminal, con el propósito de proporcionar desde adentro de la información que permita el enjuiciamiento de los miembros que la componen. Y es que, estando a que hay delitos que son susceptibles de ser descubiertos y probados sólo si los órganos encargados de la investigación son admitidos en el círculo en el que ellos tienen lugar, resulta necesario su empleo para que de modo encubierto se introduzcan [como un integrante más] en el corazón mismo de dicha organización criminal, a fin de proporcionar [desde su interior] información sobre sus integrantes, funcionamiento y financiación.

Lo dicho hasta aquí supone afirmar, que el papel de agente encubierto lo tiene que realizar una persona con la profesionalización requerida, en la mayoría de los casos un miembro de la policía, que se va infiltrar en la organización criminal con el único fin de identificar el modus operandi de la estructura de poder, sus integrantes y cuáles son los recursos con los que se financian, por un tiempo determinado y con labores específicas que aseguren su permanencia en ese plazo dentro de la organización criminal. Esto facilitará, efectivamente, la obtención de medios probatorios con un alto grado de certeza de todos los involucrados en el hecho delictivo perseguido.

El recurso de nulidad N° 3020-2015 expedido por la sala penal permanente de la Corte Suprema de justicia ha manifestado en su considerando décimo tercero que:

> "Dentro de las estrategias para combatir la criminalidad organizada la legislación procesal penal ha incorporado la figura del agente encubierto y agente especial, el primero es un efectivo policial registrado que cuenta con autorización del fiscal. El segundo lo dispone el fiscal y es un ciudadano que por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar evidencias".

El agente encubierto es toda aquella persona o personal policial, que mediante el ocultamiento de su verdadera identidad se infiltra en una organización criminal u otro tipo de grupo delictivo, con el propósito de identificar sus elementos personales, jerárquicos, materiales, funcionamiento, depósitos, para con ello obtener toda la información necesaria en la lucha contra el crimen organizado y las actividades ilícitas derivadas de estas.

También señalamos que se admitirá la aplicación mientras se garantice el irrestricto cumplimiento de los derechos del imputado, manteniendo en reserva la identidad del efectivo policial y de sus familiares.

El colaborador eficaz ofrece información suficientemente trascendental para el esclarecimiento de los hechos, con el objetivo de obtener beneficios gremiales al momento de la determinación judicial

de la pena. A diferencia del testigo protegido esta información es brindada por aquella persona que ha participado en la comisión del hecho delictivo imputado. Este tipo de delitos son comunes en los delitos cometidos por organizaciones criminales, tráfico ilícito de drogas con sus formas agravadas y terrorismo.

Para la declaración de un imputado como colaborador eficaz es necesaria la celebración de un acuerdo de acceso a beneficios penitenciarios y colaboración entre el representante del ministerio público y el colaborador, previa negociación entre las partes procesales sometida al control de judicialidad y su debida corroboración periférica.

CONTROL DE JUDICIALIDAD DEL TESTIGO PROTEGIDO

Cabe señalar que el operador judicial deberá realizar un examen minucioso de la aplicación de las medidas de protección de los testigos protegidos cumpliendo con la exigencia constitucional de las resoluciones judiciales.

En tal sentido, el juez deberá exponer las razones suficientes que sustentan su decisión. Según Castillo (2018):

> El primer requisito para examinar la constitucionalidad o convencionalidad del testimonio de cargo en los casos de testigos anónimos es verificar si existen razones y fundamento material para que ostenten dicha condición. No basta realizar una referencia genérica a la solicitud formulada, por ejemplo, por el Ministerio Público que solo se amparaba en la "naturaleza", las "características", "circunstancias" y "gravedad" del caso, sin especificar cuáles eran los criterios objetivos y pruebas verificables que justifiquen el alegado riesgo para los testigos y sus familias. (p. 226).

Por lo tanto, la indebida motivación, la motivación aparente o inexistente para sustentar un pronunciamiento condenatorio a los testigos protegidos contraviene los principios de los tratados internacionales; sin embargo, se genera la disputa de su debida aplicación generando dificultades a la defensa técnica por la evidente posición de desventaja en el presente proceso.

En consecuencia, la resolución judicial que admite la aplicación de estas medidas de protección a favor de los testigos protegidos, deberá asegurar determinadas condiciones que salvaguarden aquella posición de desventaja de la defensa técnica, siendo las siguientes:

- Mediante principio de inmediación el operador judicial deberá cotejar el comportamiento y actitudes durante el interrogatorio y contrainterrogatorio del referido testigo, para que pueda determinar la fiabilidad de su declaración, impidiendo su sustitución por la del personal policial que la recibió primigeniamente.

- No se impedirá la participación de la defensa técnica en la observación del comportamiento del testigo, de especial implicancia cuando se le esté formulando preguntas abiertas, pues en este tipo de interrogantes se verifica la fiabilidad de su testimonio.
- La defensa técnica debe verificar que se le haya concedido una debida participación en la toma de declaración del testigo protegido, excepcionalmente sobre cuestiones que impliquen su identidad y datos personales.
- Se le deberá permitir a la defensa técnica que presente cuestionamientos, niegue o desacredite la fiabilidad del testimonio.
- El juzgador deberá verificar el control permanente de la reserva de la identidad y datos personales del testigo protegido.

CONCLUSIONES

A) La figura procesal del testigo protegido o de identidad reservada se encuentra ampliamente desarrollada en el Código Procesal Penal. Esta figura se aplica a aquellas personas que puedan brindar información sobre la comisión de hechos delictivos de extrema gravedad, salvaguardando sus datos personales, domicilio, identidad, destinos de circulación propios y el de sus familiares, para evitar represalias por la parte imputada o terceros.

B) La aplicación de la figura procesal del testigo protegido no genera estado de indefensión a la parte imputada por la no revelación de su identidad. Asimismo la fiabilidad de su testimonio se verificará mediante el control de judicialidad por el órgano jurisdiccional a través del principio de inmediación en el examen y contraexamen del referido testigo.

C) De acuerdo con la normatividad procesal penal, doctrina y jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, los testigos protegidos deberán proporcionar información sobre la forma y circunstancias en que se suscitaron los hechos materia de imputación fiscal, lugar y modo en que sucedieron, personas involucrados, actividades ilícitas en casos de organizaciones criminales, para su debida corroboración periférica.

D) La resolución que declara fundada la medida de protección del testigo de identidad reservada deberá cumplir con la exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales, los parámetros internacionales, la observancia de las normas procesales, en irrestricto cumplimiento del principio de defensa y contradicción

BIBLIOGRAFÍA

Castillo, J. (2017). El derecho a interrogar a los testigos. Bases y límites convencionales. (Primera edición), Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

Campos, E. (2018). ¿Quién es el testigo protegido?. Área Penal Legis Derecho, [En línea] Disponible en: https://lpderecho.pe/testigo-protegido-edhin-campos-barranzuela/

Código Penal Peruano de 1991.

Constitución Política del Perú de 1993.

Decreto Supremo N° 003-2010-JUS del 13 de febrero de 2010: Reglamento del programa integral nacional de asistencia a víctimas y testigos.

Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004.

Recurso de Nulidad N° 3020-2015 de la Sala Penal Permanente.

Sentencia Constitucional recaída en el EXP. N.º 04750-2007-PHC/TC.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6126

PRUEBA DE OFICIO Y TERCERÍA DE PROPIEDAD APUNTES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DOS PLENOS CASATORIOS CIVILES

Mirtha Pacheco Villavicencio[1]

RESUMEN

El presente ensayo se ocupa de una cuestión poco atendida en nuestra doctrina: la prueba de oficio en los procesos de tercería de propiedad. La interrogante que se plantea es si el X pleno casatorio civil ha modificado o no al VII pleno casatorio civil, al establecer que, en los procesos sobre derechos reales, toda actuación probatoria de oficio es facultativa, no obligatoria; y qué repercusiones puede tener esta supuesta modificación en la tutela del crédito en los procesos de tercería de propiedad.

Palabras clave: prueba de oficio – tercería de propiedad – embargo inscrito – propiedad no inscrita- VII pleno casatorio civil- X pleno casatorio civil.

1 Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Civil y Comercial. Profesora de Derecho Civill de la Universidad Nacional de Tumbes. Juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de Tumbes.

ABSTRACT

His essay deals with a question that is not very well attended in our doctrine, referring to the ex officio test in third-party property processes. Thus, the question has been raised as to whether or not the X Plenary Civil Casatorio has modified or not the VII Plenary Civil Casatorio, by establishing that in real rights proceedings, any ex officio probative action is optional, not mandatory; and what repercussions this supposed modification can have in the protection of the credit in the processes of third-party property.

1.INTRODUCCIÓN

Tras la publicación de la sentencia del X pleno casatorio civil, mucho se ha discutido sobre sus implicancias en la aplicación del artículo 194 del Código Civil. Empero, no se ha discutido mucho sobre las implicancias de esta sentencia en la aplicación de reglas vinculantes de otros plenos casatorios civiles. Esto es importante, pues tales reglas vinculantes no constituyen compartimientos estancos. Al contrario, las reglas vinculantes de las sentencias de los plenos casatorios civiles deben entenderse como normas jurídicas en general, como un conjunto de preceptos jurisprudenciales que aspiran a ser sistemáticos y coherentes. Por ello constituye una necesidad sistemática la interpretación de las diversas reglas vinculantes de los plenos casatorios. Pretender una aplicación aislada de dichas reglas nos conduciría a una visión sesgada y a una aplicación equívoca de ellas.

Así las cosas, cada vez que se publica una sentencia del pleno casatorio civil conviene evaluar la incidencia de esta en las reglas casatorias vinculantes que previamente se hayan emitido. En este caso resulta de interés la relación que existe entre los plenos casatorios civiles VII y X. No se pretende señalar que el X pleno solo tiene solo relación con el VII. Ciertamente guarda relación con otras sentencias de pleno casatorio. Un sector de la opinión pública ha planteado una discusión en torno a este asunto, llamando la atención sobre una posible "modificación tácita" o un overruling implícito que habría tenido lugar con la expedición de la sentencia del X pleno casatorio sobre las reglas vinculantes del VII pleno casatorio.

Al analizar la interrelación entre las reglas vinculantes de los diferentes plenos casatorios civiles, en general se puede pensar en una relación de complementariedad entre estas reglas. Una relación de contradicción entre las mismas, sin embargo, sería algo preocupante. Por eso es importante para la judicatura dejar sin efecto reglas jurisprudenciales vinculantes, pues la aplicación de una regla, cuando esta ya ha sido dejada sin efecto, puede acarrea serios problemas no solo en el ámbito de las labores jurisdiccionales, sino incluso a nivel de responsabilidad administrativa.

A pocos días de la publicación del X pleno casatorio civil, se planteó la cuestión sobre si este pleno modificó las reglas del VII en el sentido de que la actuación probatoria de oficio es obligatoria en los procesos de tercería de propiedad. Hasta entonces se consideraba que la actuación probatoria era

facultativa o potestativa. En otros términos, se interpretó que la prueba de oficio en los procesos de tercería de propiedad había dejado de ser obligatoria y pasado a ser facultativa (Ninamancco, 2020, Portal especializado LP; Ninamancco, 2020, Portal especializado La Ley).

El planteamiento de esta cuestión ha generado algunos puntos de vista interesantes, señalándose que el X pleno casatorio contiene una grave incongruencia como precedente implícito, pero sin alterar las reglas vinculantes del VII pleno casatorio (Santos, 2020, Portal especializado LP)[2].

En estas páginas trataremos de adoptar y justificar una toma de posición al respecto, pronunciándonos sobre si cabe hablar de una modificación o alteración de las reglas vinculantes del VII pleno casatorio y de la posible presencia de incongruencias en el X pleno casatorio. Se trata, pues, de aspectos sobre los cuales-cabe repetirlo- muy poco dice nuestra doctrina. Además, bien se ha dicho que "es necesario que empecemos a discutir sobre este asunto; una lectura que entiende que hay un overruling implícito sobre el VII PCC, por obra del X PCC, definitivamente terminaría dejando desprotegido al crédito inscrito representado por el embargo" (Ninamancco, 2020; portal especializado La Ley).

2. LA ACTUACIÓN PROBATORIA DE OFICIO EN LOS PROCESOS DE TERCERÍA DE PROPIEDAD: EL VII PLENO CASATORIO CIVIL

En el debate sobre la cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad -esto es determinar qué derecho debe prevalecer: si la propiedad no inscrita o el embargo inscrito -, el VII pleno casatorio advirtió la necesidad de tomar recaudos frente a posibles fraudes en sede notarial. En efecto, se pueden presentar casos en los que un tercerista pretende fundamentar su derecho de propiedad en minutas con legalizaciones de firmas fraudulentas, sea por falsificación, sea por un actuar indebido del notario o del funcionario que expide la certificación de fecha cierta.

En casos como estos, por ejemplo, un sujeto con un bien inmueble embargado busca la "ayuda" de un tercero y simula una transferencia de propiedad de dicho bien, la cual constará en una minuta con firmas legalizadas supuestamente en una fecha previa a la inscripción del embargo. Así, este supuesto adquirente se presentará como tercerista, buscando que se levante el embargo y aduciendo que, al momento de la inscripción del embargo, él ya era propietario del bien. De este modo, postulará que se embargó un bien que no era de propiedad del deudor.

2 Percy SANTOS APOLINARIO. El X Pleno Casatorio Civil no deroga nada del VII Pleno Casatorio Civil, pero sí contiene una grave incongruencia como precedente implícito. En: https://lpderecho.pe/x-pleno-casatorio-civil-no-deroga-vii-pleno-casatorio-civil-grave-incongruencia-como-precedente-implicito/

El problema central radica en que, al no ser un acto protocolar, la legalización o certificación notarial de las firmas no cuenta con un mecanismo de fiscalización adecuado. Un notario, ejerciendo mal sus funciones, podría expedir una certificación con una fecha inexacta o falsa, dando pie así a un proceso de tercería con origen fraudulento y perjudicial para el titular del derecho de crédito que se encuentra tutelado o protegido por el embargo.

Al respecto, la sentencia del VII pleno casatorio civil señala:

> "Aunque el Código Civil privilegie la propiedad no inscrita del tercerista, al no ser aplicable el principio de prioridad registral, no puede negarse que existe un alto riesgo de que se emplee la tercería de propiedad para concretar objetivos fraudulentos, en perjuicio de los acreedores. Tomando en cuenta que basta que el tercerista acredite su derecho de propiedad con un documento privado de fecha cierta, no es difícil que tal documento pueda ser producto de una falsificación o actuar fraudulento" (Salas civiles reunidas de la Corte Suprema, 2015, fundamento VI.5).

Claro está: el juzgador no puede permanecer impasible ante esta situación crítica para los acreedores. Es cierto que la propiedad inmueble no requiere más que el acuerdo de las partes para su transferencia, como manda el artículo 949 del Código Civil; sin embargo, la tercería no es una cuestión de determinación de una titularidad real, sino de la oponibilidad de tal titularidad. No se trata de establecer quién es el dueño, sino de definir si un derecho es oponible a otro o no.

El VII pleno casatorio optó por privilegiar a la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito; sin embargo, debido a la posibilidad de fraude que se ha descrito, el juez de la tercería debía realizar actos destinados a impedir que tal fraude logre su cometido en perjuicio de los acreedores. Este pleno casatorio señaló lo siguiente:

> "Para tratar de evitar la situación descrita en el párrafo anterior, cabe invocar lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 51 del Código Procesal Civil, a efectos de que el Juez realice los actos necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, en caso que los medios probatorios no le causen convicción. Por consiguiente, tomando en cuenta el riesgo de fraude descrito y ante la falta de convencimiento y certeza de la veracidad de los documentos presentados, será necesario que el Juez efectué actos procesales conducentes a la verificación de la regularidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista en su demanda. Fundamentalmente, el Juez deberá comunicarse con el funcionario o notario público que haya emitido la certificación, a efectos de establecer la autenticidad de la misma, si fuera el caso. Si el Juez, a pesar de su actuar de oficio o con la colaboración de las partes, no obtiene la confirmación de la certificación del documento, no deberá estimar la demanda, puesto que sería claro que la certificación adolece de irregularidades que, por razones obvias, no pueden servir de sustento a una demanda de tercería de propiedad. La demanda, en consecuencia, tendría que ser declarada infundada" (Salas Civiles reunidas de la Corte Suprema, 2015, fundamento VI.5).

Como es fácil notar, el pleno casatorio hace referencia a las facultades generales del juez, no a la prueba de oficio. No obstante, es obvio que se está exigiendo que la judicatura actúe pruebas de oficio, destinadas a verificar si el tercerista está o no valiéndose de documentación fraudulenta para acreditar su derecho real inmobiliario. Y es que, al final, se trata de pruebas que forman parte del proceso, es decir aquellas que aportan información relevante sobre los hechos que se juzgan (Taruffo, 1992, pp. 337 y ss). Es claro que, en este caso, el oficio y las comunicaciones al certificador son pruebas.

Una posible lectura de este extremo de la sentencia podría sugerirnos que el juez debe limitarse a expedir un oficio o comunicación a la persona que ha emitido la certificación y no hacer más. Esto podría plantearse en base al carácter excepcional que tiene la prueba de oficio, de modo que se interprete que más allá del oficio o comunicación no podría hacer más el juez a nivel de pruebas de oficio, pues lo contrario sería violentar el carácter excepcional de este tipo prueba.

No obstante, bien visto el asunto, habría dos razones para no atender a esta lectura: i) una razón práctica y ii) una razón textual.

La primera nos parece evidente, si el notario o funcionario certificador se encuentra coludido con el tercerista, naturalmente responderá afirmativamente a las consultas o requerimientos de información de la judicatura. Por otro lado, en tanto el notario no está obligado a guardar archivos del acto de legalización de firmas, es posible que declare tener algunos inconvenientes si lo asaltan dudas sobre la veracidad del documento, máxime si es uno de cierta antigüedad.

La segunda encuentra sustento en el propio texto del pleno casatario. Si bien el texto señala que "fundamentalmente" el juez de tercería deberá tomar contacto con la persona que emitió la certificación, el pleno nunca señala que el juez deba limitarse solo a ello. Más bien, al utilizar el término "fundamentalmente", el pleno casatorio da a entender que es posible que el juez de tercería realice otras actuaciones probatorias de oficio. En tal sentido, la segunda regla vinculante de este pleno casatorio prescribe lo siguiente:

> "El Juez de Primera Instancia, de oficio, una vez que sea admitida la demanda, deberá velar por la legalidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista. Para tal fin, podrá oficiar al notario, juez y/o funcionario que haya emitido tal certificación, a efectos de que informe sobre la autenticidad o falsedad de la misma".

Como puede observar, la comunicación u oficio son tan solo una posibilidad ("podrá" oficiar), no agotan las posibilidades de que el juez cumpla con su deber de "velar" por la legalidad de la certificación que invoca el tercerista como sustento de su demanda.

Por lo expuesto, es difícil compartir la perspectiva de quien entiende que la actuación probatoria de oficio del juez se limita o reduce a la comunicación u oficio dirigido a comprobar la autenticidad. Así, se dice lo siguiente:

> "(…) se establece como precedente vinculante -en el VII PCC- que el juez, una vez admitida la demanda de tercería de propiedad, deberá -de oficio- notificar (oficiar) al notario, juez o funcionario que intervino en la formalidad de la fecha cierta, a fin de confirmar la autenticidad de dicha formalidad; y ello, finalmente, como manifestación del poder del juez, referido al control de admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, porque –como es evidente- el juez no admitiría un documento privado con fecha cierta, cuya formalidad no ha sido confirmada por el funcionario oficiado. En ese sentido, nótese que la actuación de oficio que el juez debe ejercitar en los procesos de tercería de propiedad, por disposición del VII PCC, no se trata de un supuesto de ejercicio de la facultad de la prueba de oficio, contenido en el X PCC" (Santos, 2020, Portal especializado LP).

Además, en la opinión citada, no queda claro el porqué se señala que el oficio o la comunicación del juez al certificador, se refiere a un asunto de control de oficio de admisión de medios probatorios de las partes, si se entiende que tal oficio o comunicación no es ofrecido por las partes. En todo caso, cabe repetirlo, si se trata de neutralizar o buscar impedir los fraudes, es claro que el solo oficio o comunicación del juez al certificador se torna ineficaz o claramente insuficiente. Durante el andamiento del proceso de tercería de propiedad, el juez puede -debe mejor dicho- actuar uno o más medios de prueba de manera oficiosa.

Es lamentable, por lo tanto, que la sentencia del VII pleno casatorio nada haya dicho sobre la prueba de oficio y que haya pretendido "disfrazar" el asunto bajo el manto de las "facultades generales".

3. LA PRUEBA DE OFICIO EN LOS PROCESOS SOBE DERECHOS REALES: LO QUE DICE EL X PLENO CASATORIO CIVIL

El X pleno casatorio dispone, en su primera regla, que las actuaciones probatorias de oficio son producto del ejercicio de una facultad excepcional. Se niega, de entrada, que la prueba de oficio sea una "obligación". El juez no tiene el deber de realizar pruebas de oficio, conforme al artículo 194 del Código Procesal Civil.

Si solo se tiene en cuenta esta regla vinculante, podría entenderse que al no versar sobre el artículo 194, el VII pleno casatorio no guarda relación con este asunto; no obstante, ya vimos que una consideración como esta no se sostiene, pues el VII pleno hace referencia y regula a la prueba de oficio en los procesos de tercería de propiedad.

Es más, si quedasen dudas sobre la vinculación entre ambos plenos casatorios, la décima regla del X pleno despeja toda duda:

> "En los procesos relacionados con derechos reales, el juez puede utilizar especialmente como prueba de oficio: i) inspección judicial en el bien materia de debate; ii) prueba pericial para identificar correctamente el inmueble, su ubicación, sus dimensiones, numeración, colindancias, superposiciones, entre otros; iii) documentos consistentes en a) partida

> registral y/o título archivado del bien emitido por Registros Públicos o registro análogo; b) certificado catastral expedido por SUNARP donde precise que el predio no está inscrito independientemente ni que pertenece a uno de mayor extensión; c) copia literal íntegra de la partida registral en caso de haber superposición registral; d) cualquier otra información registral, notarial o a cargo de algún funcionario público, que resulte relevante para el caso" (Salas Civiles reunidas de la Corte Suprema, 2020, regla vinculante décima).

El literal d), como es fácil advertir, evoca a la segunda regla del VII pleno. La tercería de propiedad es, claramente, un proceso relacionado con derechos reales, por lo que le resulta aplicable esta décima regla.

Al respecto, se dice lo siguiente:

> "Habría, pues, una contradicción entre estos dos PCC. Mientras uno acaba de establecer que las actuaciones probatorias de oficio son una facultad, el otro dispuso que son un deber.

La presencia de esta contradicción quedaría confirmada en virtud de la regla décima del X PCC, la cual dispone que, en los procesos sobre derechos reales, el juez puede (no debe) utilizar de forma especial como prueba de oficio, entre otros, cualquier otra información registral, notarial o a cargo de algún funcionario público, que resulte relevante para el caso. Y resulta que la tercería de propiedad es un claro ejemplo de proceso relacionado a derechos reales.

Así las cosas, se podría sostener que el X PCC contiene un overruling implícito o una modificación tácita si se quiere, que actúa sobre las reglas vinculantes del VII PCC" (Ninamancco, 2020, portal especializado La Ley).

Llama la atención que el autor citado no afirme que efectivamente existe la "modificación tácita" de la segunda regla del VII pleno casatorio. Presenta la posibilidad y problematiza sobre ella. En rigor, reserva la exposición de su postura para otra oportunidad.

Incluso, en el supuesto negado que se entienda que la actuación probatoria de oficio del juez se refiere solo al oficio o comunicación dirigida al certificador, de todos modos resulta aplicable el literal d) de la décima regla vinculante en mención.

En efecto, en la tercería el juez dirige una comunicación al notario o funcionario a cargo de la certificación. Aunque ninguna de las partes lo solicite, es una actuación probatoria de oficio. Por su parte, el literal d) citado señala que, en los procesos sobre derechos reales, el juez puede- por excepción- solicitar información a un notario o funcionario para resolver el caso.

La segunda regla vinculante del VII pleno y el literal d) de la décima regla vinculante del X pleno claramente no son compatibles. Mientras la primera la exige al juez que actúe de oficio en búsqueda de elementos de comprobación de la fecha cierta que es alegada por el tercerista; la segunda señala que el juez no tiene deber alguno, sino que tan solo se encuentra facultado, de manera excepcional, para realizar actuaciones probatorias de oficio relativas a la fecha cierta del tercerista.

4. ¿EXISTE UN OVERRULING IMPLÍCITO?

Al margen de estar o no de acuerdo con lo resuelto por el VII pleno c asatorio civil, lo cierto es que sí se entiende que el X pleno ha modificado al VII pleno con respecto al "control" de oficio de la fecha cierta del tercerista, el crédito quedaría un tanto desprotegido.

No creo, sin embargo, que sea algo tan grave. Sería tarea del acreedor embargante, demandado en la tercería de propiedad, ofrecer como medios de prueba el oficio o comunicación que debe dirigirse al notario o funcionario certificador. Y es que en el fondo el mensaje del X pleno es ese: que la actividad probatoria debe ser desenvuelta y formulada por las partes, no por el juez. Si el juez no actúa pruebas de oficio, pues las partes deben preocuparse por actuar con eficacia y diligencia de cara a las cuestiones probatorias.

Así las cosas, haya o no haya overruling, eso no debería afectar en nada a la capacidad que tiene la parte demandada; es decir el acreedor embargante, para que actúe o solicite la actuación de todos los medios probatorios que se consideren pertinentes. Y aquí debe destacarse un dato fundamental: considerar que existe overruling de ninguna manera debe significar que la sola fecha cierta del documento del tercerista es suficiente para declarar fundada la demanda, sin que pueda aceptarse que el acreedor embargante demandado pueda cuestionar la legitimidad o veracidad de tal fecha cierta. Debe quedar claro que, con o sin overruling implícito, el acreedor demandado tiene la posibilidad abierta para demostrar o acreditar que la fecha cierta que sirve de base al tercerista es dudosa o falsa; esto en ejercicio de su derecho constitucional a la prueba (Ferrer Beltrán, 2007, pp. 52 y ss).

Quizá sea un tanto injustificado alarmarse ante un posible overruling. Claro, siempre y cuando quede claro que el demandado, acreedor embargante, mantiene las posibilidades probatorias plenamente abiertas, de manera que si puede cuestionar y poner en evidencia que la legalidad de la certificación no es tal, la demanda de tercería es infundada.

Sería inaceptable considerar que un posible overruling tiene como efecto automático el amparo inmediato de la demanda de tercería, por el simple hecho de que existe una supuesta o aparente fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo. Siempre deben dejarse las puertas abiertas para que el acreedor embargante demandado, ejercitando su derecho a la prueba, pueda someter a control la certificación de dicha fecha y, de poner en evidencia elementos irregulares en la misma, se proceda a declarar infundada la demanda.

No se pretende quitar relevancia práctica al debate sobre si hay realmente un overruling o no. Ello, qué duda cabe, puede ser importante, pero también debe aceptarse que es un asunto que puede depender de la interpretación de la judicatura y que, por ejemplo, podría ser resuelto en algún pleno jurisdiccional civil al amparo del artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por nuestra parte, cabe decir que en tanto y en cuanto el X pleno casatorio no altera ni modifica los argumentos o fundamentos que sirvieron de base al VII pleno, difícilmente podría decirse que existe un auténtico overruling. El VII pleno responde frente al problema de fraudes en las certificaciones de fechas ciertas, que es un específico asunto que no ha sido tratado en el X pleno. Por eso se puede considerar que difícilmente se puede hablar de un overruling; empero, debe admitirse que el asunto puede tonarse polémico, pues la letra o texto de las reglas vinculantes apuntan a que, en efecto, sí hubo un cambio.

5. CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto, se pueden formular las siguientes conclusiones:

5.1. El X pleno casatorio se refiere a la prueba de oficio y, al tener una regla vinculante específica sobre procesos relacionados a derechos reales, resulta aplicable a los procesos de tercería de propiedad.

5.2. El VII pleno casatorio civil establece una regla vinculante que busca neutralizar los actos fraudulentos en los procesos de tercería de propiedad. Esta regla consiste en que el juez de tercería, de oficio, recabe medios de prueba destinados a la verificación de la legalidad de la fecha cierta.

5.3. En nuestra doctrina se ha planteado la preocupación en torno a la posibilidad de que la actuación de oficio establecida en el VII pleno casatorio civil haya quedado suprimida por obra de la décima regla vinculante del X pleno casatorio civil. Esta preocupación se justificaría en el hecho de que la desaparición de la actuación de oficio del juez podría dejar desamparado el derecho de crédito.

5.4. Desde una interpretación finalista o teleológica de las reglas vinculantes del VII pleno casatorio, es difícil sostener que el X pleno casatorio lo haya alterado o modificado, puesto que este pleno no hace referencia alguna a la prueba de oficio frente al fraude en la certificación de las fechas ciertas en la tercería de propiedad. No obstante, a nivel de interpretación literal de las reglas, es difícil negar una modificación o cambio. Esto debiera solucionarse convocando a un pleno jurisdiccional civil, conforme al artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o vía un encuentro jurisdiccional.

5.5. Al margen del debate que pudiera suscitarse, debe quedar claro que conforme al VII pleno casatorio civil siempre el demandado, acreedor embargante, debiera tener las posibilidades abiertas para demostrar que la certificación es ilegal, de modo que se pueda producir un debate al respecto entre las partes, no siendo suficiente la mera fecha cierta del título del tercerista.

BIBLIOGRAFÍA

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

Ninamancco Córdova, Fort (2020). ¿El X pleno casatorio civil ha modificado al VII pleno casatorio civil? Disponible en: https://lpderecho.pe/x-pleno-casatorio-civil-modifico-vii-pleno-casatorio-civil/

Ninamancco Córdova, Fort (2020) ¿El crédito en peligro? A propósito de un posible overruling implícito en el X pleno casatorio civil. Disponible en: https://laley.pe/art/10125/el-credito-en-peligro-a-proposito-de-un-posible-overruling-implicito-en-el-x-pleno-casatorio-civil

Salas civiles reunidas de la Corte Suprema (2015). VII pleno casatorio civil.

Salas civiles reunidas de la Corte Suprema (2020). X pleno casatorio civil.

Santos Apolinario, Percy (2020). El X pleno casatorio civil no deroga nada del VII pleno casatorio civil, pero sí contiene una grave incongruencia como precedente implícito. Disponible en: https://lpderecho.pe/x-pleno-casatorio-civil-no-deroga-vii-pleno-casatorio-civil-grave-incongruencia-como-precedente-implicito/

Taruffo Michele (1992). La prova dei fatti giuridici. Milán: Giuffrè.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política del Perú.
- Ley Orgánica del Poder Judicial.
- Código Civil.
- Código Procesal Civil.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6127

OPTIMIZACIÓN DE LA EFICACIA DE LOS COMITÉS DE FRONTERA PERUANO ECUATORIANOS

Carlos Obando Peralta

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo identificar y analizar los avances y logros de actores ubicados en diversas fronteras internacionales, a fin de evaluar la propuesta de modificaciones normativas en el reglamento de los "Comités de frontera peruano ecuatorianos" (CFPE) orientadas a continuar optimizando su eficacia respecto al desarrollo fronterizo.

Palabras clave: Frontera, comité de frontera, desarrollo fronterizo, integración fronteriza.

ABSTRACT

The objective of this article is to identify and analyze the progress and achievements of actors located in various international borders in order to, on that basis, evaluate the proposal for regulatory modifications in the Regulations of the "Ecuadorian Peruvian Border Committees" (CFPE), oriented to continue optimizing their efficiency with respect to border development.

Keywords: Border, Border Committee, Border Development, Border Integration.

INTRODUCCIÓN

Históricamente, en los límites geográficos entre grupos humanos, incluidos aquellos que forman parte de los estados modernos, primaba la visión de líneas de separación, de desconfianza o de disputa territorial. Así, la problemática fronteriza era gestionada con un criterio de "suma cero"[1].

Esta percepción también pudo reflejarse en la frontera entre el Perú y el Ecuador. Después del conflicto de ambos países, se firmó el Tratado de Paz de Brasilia, en 1998. Entre estos acuerdos, se incluyó al reglamento de los "Comités de frontera peruano ecuatorianos", en adelante CFPE, que busca restablecer y mejorar el bienestar de sus habitantes.

Al implementarse este reglamento hasta el 2021, se han instalado 3 comités de frontera: Tumbes-El Oro, Piura-Loja y Zamora Chinchipe-Cajamarca. Estos órganos suelen reunirse anualmente, en actividades en las que participan sus gobernadores, prefectos, funcionarios de los ministerios de RR.EE. de los dos países, incluidos cónsules y directores de oficinas desconcentradas (Perú) y coordinar zonal 7 (Ecuador), alcaldes; autoridades de las fuerzas armadas y policiales; y representantes de la sociedad civil (cámaras, universidades, institutos, gremios, etc.), entre otros.

En este sentido, la labor precisa de los tres comités de frontera también es regulada por el citado reglamento. Así, si una acción institucional no es prevista en esa norma tendrá pocas posibilidades de ser implementada; por el contrario, sí lo está, éstas se incrementarán significativamente. Por ello, su contenido resulta particularmente importante para las respectivas autoridades y poblaciones.

La problemática fronteriza abarca diversos aspectos inherentes a cualquier organización humana (tránsito de personas y bienes, cooperación, salud, educación, medio ambiente, lucha contra el crimen organizado, etc.). A estos desafíos se suma la lejanía geográfica de la frontera hacia la capital del país o región y, por tanto, del sistema político y económico. Esta característica puede resultar en limitados servicios públicos o escasa oferta de bienes y servicios, o a precios elevados.

El reglamento de los CFPE establece que, a través de la denominada paradiplomacia, las autoridades y población de frontera se reúnan regularmente para gestionar estos asuntos con aquellas del Ecuador. Esta aproximación implica instrumentalizar la asociatividad, tanto dentro de cada frontera nacional (asociatividad intrafronteriza) como, principalmente, entre ambas fronteras (asociatividad transfronteriza).

Cabe señalar que, respecto al Perú, la situación de las fronteras implican de acuerdo al Ministerio

1 Colacrai, Miryam. (Julio-Diciembre de 2016). Cuando la frontera dialoga: Singularidades de la relación argentino-chilena en las últimas. (U. A. California, Ed.) Estudios Fronterizos, 17(34), 85-99. Obtenido de http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=53046485005

de RR.EE.[2] a nueve regiones con límites internacionales, el 59% del territorio nacional, 24% de la población nacional y el 14% del PBI del país.

En realidad, la creación de comités de frontera o equivalentes, en los que participa nuestro país, es parte de una tendencia internacional para atender el desarrollo fronterizo. Como se detallará, estos órganos han alcanzado significativos progresos, los que serán examinados.

Considerando la experiencia exitosa de los CFPE y, en general, de los actores de fronteras internacionales, propondremos modificaciones en el reglamento para optimizar la eficacia de los CFPE, con miras a afianzar el desarrollo fronterizo.

1.- Teorías del liberalismo y de la interdependencia compleja

A fin de comprender la naturaleza de la interlocución de los habitantes de una frontera internacional, en la búsqueda del afianzamiento de su bienestar, a continuación nos referiremos a estas teorías.

Como corriente filosófica de naturaleza jurídica, política y económica, el liberalismo promueve, como lo evidencia su nomenclatura, la libertad de acción de los individuos dentro del marco del Estado de Derecho. Consecuentemente, cada individuo puede desenvolverse independientemente al reducirse el poder del Estado u otro actor, y asociarse con otras personas de manera voluntaria y pacífica, lo que colectivamente resulta en el progreso del íntegro de la sociedad.

En su aproximación jurídica, el liberalismo resulta en la defensa de los derechos individuales, como la libertad de asociación, la libertad de expresión, la igualdad ante la ley, etc.

Así, desde la perspectiva del liberalismo, la interlocución de los habitantes de una frontera internacional se realiza sobre la base de su libertad para, de manera voluntaria, gestionar colectivamente sus desafíos a fin de superarlos y tender al desarrollo.

Por su parte, desde una elaboración política, dentro de las teorías de las relaciones internacionales, la de la interdependencia compleja, concebida por Robert Keohane y Joseph Nye, establece que, junto al Estado, importan otros actores, que también son centrales en el sistema internacional tales como personas, empresas, asociaciones, etc., las cuales han logrado establecer redes de interdependencia preponderantes de carácter global, con destacada capacidad de influencia.

Desde este enfoque, el de la interdependencia compleja, la gestión del desarrollo fronterizo involucra

2 "Diálogo sobre Política Regional e Integración Fronteriza", Ministerio de RR.EE. y Dirección General de Política Regional y Urbana de la Unión Europea. Recuperado el 09 de 01 del 2021, de https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/cooperate/international/innov-al/reunion%20Lima_Peru_MRE.pdf

el rol relevante de las municipalidades, gobiernos regionales, población, asociaciones, empresas y gremios, universidades, etc. versus el papel exclusivo del Estado (gobierno central).

La constitución y funcionamiento de los CFPE implementa tanto la concepción filosófica liberal como la teoría política de la interdependencia compleja en la gestión del desarrollo fronterizo.

2.- Límite fronterizo, frontera, desarrollo e integración fronteriza

A continuación, se revisarán estos términos, con el objeto de analizar con precisión los diversos componentes conceptuales respecto al tema del presente artículo.

El límite fronterizo es la línea que demarca el territorio de los Estados, a fin de identificar sus perímetros sobre la base de un tratado internacional, materializado a través de hitos sobre el terreno[3].

Definir frontera es una tarea compleja debido a que este término involucra connotaciones jurídicas, políticas, geográficas, sociales o económicas, entre otras. Por otra parte, cada Estado entiende la frontera desde su particular punto de vista, en relación a cómo se ve a sí mismo y al país limítrofe. En otras palabras, "la frontera es lo que los Estados hacen de ella"[4].

Para Sergio Boisier, las regiones fronterizas son espacios sub nacionales limítrofes a países vecinos, en los que se concretizan formas particulares de relación y superposición de dos o más sistemas o estilos económicos, y de modelos de política económica[5].

Desde una visión geográfica, que incide en los demás ámbitos, la acepción de frontera tiene dos aproximaciones: una "lineal" y otra "zonal". La primera la concibe como una línea de soberanía que delimita el espacio dentro del cual cada Estado ejerce jurisdicción (énfasis legal). El enfoque "zonal", en cambio, entiende a la frontera como aquel territorio, situado en ambos lados de un límite internacional, caracterizado por la interrelación de sus respectivas poblaciones (énfasis socioeconómico).

Son tres las escalas territoriales asociadas a frontera. El "área de frontera" ubicada junto a la línea limítrofe. La "zona de frontera" corresponde a un espacio más amplio, pudiendo abarcar los

3 Montero Jaramillo, Patricio (Junio de 1997). Sociedad Geográfica de Colombia. Academia de Ciencias Geográficas. Recuperado el 2 de Diciembre de 2020, de Chile: Nuevo concepto de fronteras interiores.: https://www.sogeocol.edu.co/documentos/front_int.pdf

4 Colacrai, 2016.

5 Boisier, Sergio. (2003). Globalización, Geografía política y Fronteras. Anales de Geografía de la Universidad Complutense (23), 21-39. Recuperado el 16 de Diciembre de 2020, de https://core.ac.uk/download/pdf/38823072.pdf

territorios de provincias limítrofes o vecinas a ellas. La "región fronteriza" refleja un espacio mayor que coincide con unidades político administrativas más extensas.

Desde el punto de vista de su consolidación[6], se puede clasificar en "frontera ausente o no activa", cuando no se registra población; "frontera embrionaria" si hay segmentos de periferia no activa, y otros en los que hay elemental y espontánea interacción; "frontera en construcción" si la integración viene evolucionando hacia áreas de cooperación económica, social y técnica; y "frontera consolidada", que constituye la última etapa en la evolución fronteriza, caracterizada por su dinamismo e integración.

Por otra parte, definir desarrollo fronterizo implica, como base, referirse a otro concepto: el desarrollo humano. Según el "Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo" (PNUD), este comprende al ambiente en el que cada persona alcanza su máximo potencial, llevando adelante una vida productiva y creativa, de acuerdo con sus propias necesidades e intereses.

En el mismo sentido, según Sergio Boisier[7], el desarrollo no se debe referir a logros concretos y materiales sino al establecimiento de un contexto o situación que posibilita la transformación del ser humano a su plena dignidad, en su doble carácter individual y social[8].

Desde la perspectiva de la normativa nacional, el desarrollo en el ámbito fronterizo es definido en la "Ley Marco para el Desarrollo e Integración Fronteriza" (Ley Nº 29778).

> **Artículo 3, inciso 1:**
> "El desarrollo fronterizo es el proceso de satisfacción de necesidades básicas de la población en los espacios de frontera y su incorporación a la dinámica del desarrollo nacional, mediante el despliegue de iniciativas públicas y privadas orientadas hacia los campos económico, ambiental, social, cultural e institucional, así como el fortalecimiento de las capacidades de gestión local y regional, según criterios de sostenibilidad, desarrollo humano y seguridad nacional."

Por su parte, la definición de integración fronteriza puede tener acepciones desde la óptica política (adopción de políticas coordinadas), social (integración de políticas sociales) o económica (reducción o eliminación de aranceles para favorecer el comercio).

La idea de integración en el ámbito fronterizo, entre dos o más países, tiene como objetivo central que el desarrollo alcanzado permanezca en el tiempo, como lo precisa la citada "Ley Marco para el

6 Comunidad Andina. Secretaría General. (31 de 07 de 2002). Comunidad Andina. (D. L. Oliveros, Ed.) Recuperado el 02 de 12 de 2020, de http://intranet.comunidadandina.org/documentos/DInformativos/SGdi439.pdf

7 Boisier, 2003.

8 Idem.

Desarrollo e Integración Fronteriza" (Ley Nº 29778):

> **Artículo 3, inciso 1**
> "La integración fronteriza contribuye a la sostenibilidad del desarrollo de los espacios de frontera y es un proceso orgánico convenido por dos o más Estados en sus espacios fronterizos colindantes."

Similarmente, para Franco Cossio[9], la integración fronteriza es un proceso en el que dos Estados destinan sus espacios fronterizos colindantes a la promoción del desarrollo, a través del aprovechamiento complementario de sus potencialidades, recursos, costos y beneficios compartidos. Para tal efecto, precisa, corresponde a los respectivos Estados desempeñar un rol promotor y vigilante, con la aprobación de acuerdos sobre régimen fronterizo, la implementación de comisiones y grupos de trabajo, entre otros.

De manera compatible con esta línea argumental, el reglamento de los CFPE considera a la integración y al desarrollo fronterizo como sus mayores objetivos:

> **Artículo 1:**
> "Los Comités de Frontera constituyen mecanismos de coordinación binacional que tienen por objeto impulsar y supervisar la aplicación de los acuerdos de régimen fronterizo peruano – ecuatoriano, así como proponer procedimientos y soluciones ágiles y oportunas a los problemas del tránsito de personas, bienes y medios orientados a promover la cooperación, integración y el desarrollo de la región fronteriza." (El subrayado ha sido añadido).

El avance doctrinario del desarrollo fronterizo también ha resultado en la concepción del de la "microintegración fronteriza", la que, de acuerdo al embajador colombiano Fabio Torrijos[10] implica implementarla en un nivel territorial limitado y específico, dentro del proceso de integración y desarrollo fronterizo concebidos a una escala mayor.

Aproximaciones relativas al desarrollo fronterizo

La concepción vigente sobre desarrollo fronterizo es el resultado de una compleja evolución cognitiva y práctica que conlleva aspectos jurídicos, filosóficos, geopolíticos, económicos e incluso ecológicos.

En este marco, la percepción inicial del desarrollo restringía este proceso al ámbito económico, a

9 Cossio Montero, F. A. (Diciembre de 2001). Trabajo de investigación presentado para la obtención del Título de Magíster en Diplomacia y el Título de Diplomático de Carrera. Academia Diplomática del Perú. Evaluación de la Estrategia de Desarrollo Fronterizo Colombiana: Una aproximación desde el Perú. Lima, Perú.

10 Torrijos, F. (1998). Colombia y los proceso de Microintegración Fronteriza. Santafé de Bogotá: Fondo Editorial Cancillería de San Carlos.xxxxxxxxx

partir de la libertad de mercado y el Estado mínimo. Posteriormente, su concepto se extendió desde una perspectiva unidimensional a otra multidimensional.

Respecto al interrelacionamiento con otros Estados, la visión de cómo alcanzar este tipo de desarrollo también evolucionó. Desde la fallida industrialización por sustitución de importaciones, se ha ido alcanzando un mayor consenso sobre la relevancia de la integración regional. Sin embargo, este proceso sigue enfrentando resistencias políticas (posturas nacionalistas) y económicas (temor de empresas a perder mercados), a pesar de su potencial de beneficio para la población[11].

Evaluando el posible método para construir una institucionalidad que impulse el desarrollo fronterizo, existe un amplio consenso en que este proceso puede realizarse "desde arriba hacia abajo" (top-down) o "desde abajo hacia arriba" (bottom-up). El primero implica medidas adoptadas por el gobierno nacional que tengan efecto en los actores locales; el segundo, en cambio, implica que las acciones de estos actores locales ocasionen un resultado en el gobierno nacional[12].

En la perspectiva de Sergio Boisier[13], alcanzar el desarrollo fronterizo implica posicionarse en el escenario globalizado a través de las "regiones asociativas fronterizas", término acuñado por este experto. Coincidiendo en este enfoque orientado al mercado internacional, para Pablo Wong-González[14], lograr el desarrollo fronterizo implica construir una alianza estratégica que consolide una "región asociativa-transfronteriza" que busque elevar su competitividad, sobre la base de sus complementariedades y su localización geográfica, accediendo a fuentes de inversión y mercados y a la innovación tecnológica. Este autor precisa que la firma de acuerdos de libre comercio ha favorecido la conformación de las citadas "regiones asociativas fronterizas".

3.- Derecho de la integración: Contenido y relevancia para el desarrollo e integración fronteriza

Hasta hace algunas décadas, el Derecho Internacional era estudiado como un reflejo de la independencia de los Estados[15]; sin embargo, en la actualidad, se registran en ellos dos corrientes

11 Bedoya Barco, Fernando. (Mayo de 2000). Desarrollo, Globalización e Integración Fronteriza. Revista Tendencias, 1(1). Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5029692.pdf

12 Colacrai, 2016

13 Boisier, 2003

14 Wong-González, Pablo (2005). La emergencia de regiones asociativas transfronterizas: Cooperación y conflicto en la región Sonora-Arizona. Recuperado el 12 de Julio de 2019, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-73722005000100004

15 Sutter Schneider, Eduardo. (Marzo de 1968). El Derecho de la Integración: Sus caraterísticas. Obtenido de Biblioteca Virtual de la Universidad Nacional del Litoral: https://hdl.handle.net/11185/4657

contrapuestas: la fragmentación (basada en causas políticas y el resurgimiento de nacionalismos sub estatales) y la integración (motivada, principalmente, por razones económicas, como parte de la globalización).

Respecto a la integración, como lo precisa Sutter Schneider[16], este proceso implica un nivel de fusión, con el costo de ceder ámbitos de competencias en la expectativa de obtener diversos beneficios; y suele implementarse en el ámbito geográfico sobre la base de Estados limítrofes o correspondientes a una misma región.

La integración puede ser supranacional o subnacional. La primera (también denominada regionalismo) es gestionada por el Estado central de manera formal a través de tratados. La integración subnacional (microregionalismo), en cambio, implica la cooperación transnacional de entidades subestatales, tales como gobiernos regionales o municipales, en un fenómeno conocido cono paradiplomacia[17], al que se ha hecho referencia en la introducción de este trabajo. Cabe precisar que la integración puede ser negativa (al desmantelarse restricciones transfronterizas) o positiva (al implementarse medidas comunes).

En este dinámico y complejo contexto, el Derecho de la Integración está constituido por el conjunto de principios, normas y acuerdos, que regulan ese proceso entre dos o más Estados, extendiéndose a, en la práctica, la totalidad de las actividades humanas[18]. El Derecho de la Integración tiene su origen en el Derecho Internacional, específicamente en el Derecho de los Tratados, debido a que el proceso de integración surge de la firma de un instrumento jurídico de ese tipo.

Cabe precisar que las fuentes del Derecho de la Integración son el derecho originario y el derecho derivado. El primero está conformado por los tratados que originan el proceso de integración y el segundo por aquellas normas aprobadas por los órganos decisorios creados mediante el derecho originario.

Ambos componentes, el derecho originario y el derecho derivado crearán un nuevo ordenamiento jurídico, un derecho comunitario, que evolucionará con el proceso de integración, en la medida que los Estados lo aprueben.

Diversos principios caracterizan al Derecho de la Integración. El "de primacía" implica que, en caso de conflicto, el derecho comunitario prevalecerá sobre las normas internas del Estado. El "de

16 Idem.

17 Malamud, Andrés. (2011). Conceptos, Teorías y Debates sobre la Integración Regional. NORTEAMÉRICA(2), 219-249.

18 Sobrino, José Manuel. (2001). El Derecho de la Integración. Revista de Derecho "Themis", 42, 7-27. Obtenido de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11617

efecto directo" significa que las normas comunitarias establecen derechos y obligaciones, tanto para los Estados miembros e instituciones, como para las personas naturales y jurídicas. El "de efecto inmediato" se refiere a que la norma comunitaria será vigente tan pronto el acuerdo es firmado o perfeccionado en cada Estado.

Retomando el tema de la integración subnacional, como lo subraya María Prado Sifontes[19], en los tiempos modernos en que, culminados un amplio número de conflictos territoriales, se han definido y formalizado casi la totalidad de los límites internacionales, se ha consolidado un consenso global sobre la importancia del proceso de integración a fin de atender la situación de la población de las fronteras, en particular, en los países en vías de desarrollo, incluidos los latinoamericanos.

En efecto, en esta línea, han sido los comités de frontera o equivalentes, los órganos bilaterales más empleados con el propósito de favorecer la integración entre actores públicos y privados, para, en última instancia, alcanzar el desarrollo fronterizo (intrafronterizo y transfronterizo). Por su naturaleza binacional, estos órganos han sido establecidos por acuerdos formales entre dos o más Estados, el que incluye el respectivo reglamento.

Los comités de frontera

Los Comités de Frontera (o de Integración) son mecanismos de coordinación bilateral (o multilateral) implementados en las fronteras de dos (o más) Estados colindantes, cuyo objetivo es mejorar el tránsito de personas, bienes y servicios, a través del respectivo límite internacional mediante la interlocución directa de representantes de entidades públicas.

Posteriormente, estos órganos bilaterales han evolucionado al también propender al "desarrollo" común, con todo lo que este comprehensivo objetivo implica. En este sentido, se han incorporado a sus encuentros representantes de la sociedad civil residente en las zonas de frontera.

Consecuentemente, como se precisó en la primera parte del presente documento, en concordancia con los alcances de la Teoría de la Interdependencia Compleja[20], los comités de frontera implican una amplia "asociatividad" de los actores públicos y privados de frontera.

19 Prado Sifontes, María Elena (2009). El Derecho y su incidencia en el Proceso de Integración. (I. d. C., Ed.) IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.(23), 61-86. Recuperado el 22 de 06 de 2019, de IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.: http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222963004.pdf

20 Keohane, Robert (1988). Después de la Hegemonía. Cooperación y discordia en la política económica mundial. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano S.R.L.

Este atributo se implementa en tres niveles diferenciados de actores: el interestatal (gobiernos centrales), el transgubernamental (diversos organismos gubernamentales como gobiernos regionales y municipales, y oficinas desconcentradas) y el transnacional (actores no gubernamentales)[21].

En Argentina, por ejemplo, estos comités son "encuentros binacionales que se realizan entre regiones fronterizas de dos países para el tratamiento de temas de interés mutuo y que comprenden diferentes aspectos con respecto a la problemática local"[22].

Para Eugenio Valenciano, los comités de frontera "constituyen mecanismos internacionales cuya función principal es resolver o bien encauzar para su decisión a otros niveles de decisión, ya sea nacionales, provinciales o departamentales, asuntos de diverso contenido referidos a la relación fronteriza en sus distintas manifestaciones"[23].

En general, los comités de frontera definen su estructura y funcionamiento por un reglamento o pautas generales. La presidencia o la secretaría general puede ser asumida por la mayor autoridad subnacional de la zona fronteriza o del cónsul. Las reuniones pueden ser anuales o de mayor frecuencia. Con un criterio de balance, se realizan alternadamente en cada circunscripción nacional.

Los acuerdos se alcanzan por consenso, pudiendo otorgarse en este proceso igual ponderación a las opiniones de los representantes de entidades públicas o de la sociedad civil. Aunque estos compromisos no son vinculantes, sí resultan esenciales para el funcionamiento de los comités. Las sesiones pueden dividirse en mesas de trabajo simultáneas, cuyos entendimientos se plasman en única acta.

Las decisiones adoptadas pueden ser concretadas en acciones e incluir metas, entidades responsables, plazos y lugares de reuniones adicionales, las que pueden contemplar encuentros para la revisión de avances o cumplimiento. Para este efecto, se suelen constituir grupos de trabajo o comisiones temáticas.

La participación de los ministerios de RR.EE. de los países participantes es de significativa relevancia en las reuniones de los comités de frontera, tanto al impulsarlas, como al apoyar en su organización (definición de las agendas en coordinación con los actores de frontera, facilitación

21 Alvarez Torres, Camila (2019). Comité de Integración y Desarrollo Fronterizo Perú-Chile: aproximaciones al mundo social y empresarial en la frontera. Sí Somos Americanos. Revista de Estudios Transfronterizos, 49-67.

22 Calleja, Marcos, & Safarov, Alejandro (27 - 28 de Septiembre de 2007). La importancia de los Comités de Frontera en la Política exterior del Estado Argentino. Recuperado el 12 de Diciembre de 2020, de https://core.ac.uk/download/pdf/296373763.pdf

23 Valenciano, E. (1990). Los Comités de Frontera: funcionamiento y experiencia. Identificación, preparación y evaluación de proyectos de integración fronteriza. Santiago: INTAL.

en el logro de consensos, etc.) En algunos países, como en el Perú, las cancillerías cuentan con funcionarios diplomáticos que son designados en oficinas desconcentradas en zonas de frontera, lo que permite afianzar la labor de este sector, al afianzar la comprensión de la situación en la zona de frontera e interrelacionarse con las autoridades y líderes civiles. Esta aproximación se complementa con aquella del cónsul nombrado en la frontera del país vecino.

De acuerdo a lo que el autor de este artículo ha podido identificar en la elaboración del presente artículo, el primer antecedente de estos mecanismos fronterizos, a nivel sudamericano, data del 3 de octubre del 1978, cuando se constituye el "Comité Permanente de Frontera Ciudad Presidente Stroessner" (hoy Ciudad del Este, Paraguay) – Foz do Iguaçu, (Brasil).

Los comités de frontera peruano ecuatorianos

En lo que atañe al presente análisis, el reglamento de los CFPE define al respectivo comité de frontera en los siguientes términos:

> **"Artículo 1º**
> Los Comités de Frontera constituyen mecanismos de coordinación binacional que tienen por objeto impulsar y supervisar la aplicación de los acuerdos de régimen fronterizo peruano – ecuatoriano, así como proponer procedimientos y soluciones ágiles y oportunas a los problemas del tránsito de personas, bienes y medios orientados a promover la cooperación, integración y el desarrollo de la región fronteriza."

De acuerdo a esta norma, respecto a la membresía del comité de frontera, además de los servidores públicos de los centros nacionales de atención fronteriza y de los puestos de control fronterizo, puertos y aeropuertos habilitados, también se incluye a los cónsules de ambos países. En el caso del Perú, específicamente se hace referencia a la "Superintendencia Nacional de Aduanas; Dirección General de Migraciones y Naturalización, Policía Nacional del Perú; Servicio Nacional de Sanidad Agropecuaria (SENASA); Ministerio de Transportes, Comunicaciones Vivienda y Construcción; Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales; Comité Transitorio de Administración Regional." Complementariamente, se indica que podrán asistir los representantes de los sectores público y privado de las correspondientes circunscripciones departamentales y provinciales, de los rubros turismo, comercio, industria y otros afines, cuando el temario corresponda.

En la escasa bibliografía relativa a los desafíos pendientes en el funcionamiento de los comités de frontera o de integración se han podido encontrar los siguientes, identificados por diversos autores[24]

24 Calleja & Safarov, 2007.

argentinos, relativos a aquellos en los que participa ese país[25]:

- Escasa participación de representantes de la sociedad civil y algunas entidades públicas;
- Insuficiente implementación de lo acordado y registrado en las respectivas actas de cada comité;
- Nula o insuficiente difusión acerca de la importancia de estos foros hacia y para la sociedad civil que habita en la respectiva frontera;
- Insuficiente articulación de las acciones de los comités de fronteras con los procesos de integración sub regionales y redes de universidades.

A nivel latinoamericano se han establecido comités de frontera, o equivalentes entre Perú y Ecuador, Perú y Colombia, Perú y Brasil, Perú y Bolivia, Perú y Chile, Chile y Argentina, Bolivia y Argentina, Paraguay y Argentina, Brasil y Argentina, Argentina y Uruguay, entre otros.

4.- Normativa de la Comunidad Andina relativa al desarrollo e integración fronterizo

En el año 1969, representantes del Ecuador, Colombia, Perú y Venezuela firmaron el "Acuerdo de Integración Sub Regional Andino" (o "Acuerdo de Cartagena"), instrumento jurídico internacional mediante el cual se conformó la "Comunidad Andina".

Entre los diversos objetivos previstos destacan, respecto al tema materia del presente artículo, "[…] promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social […]. Asimismo, se señala que los resultados de la integración deberán evaluarse periódicamente. Se señala que para alcanzar los objetivos se empleará, entre otros, la armonización gradual de políticas económicas y sociales, y acciones en el campo de la integración fronteriza. Por otra parte, en el capítulo correspondiente a la cooperación económica y social, se precisa que "Los países miembros emprenderán acciones para impulsar el desarrollo integral de las regiones de la frontera e incorporarlas efectivamente a las economías nacionales y subregionales andinas" (el subrayado ha sido añadido).

Posteriormente, sobre la base de este marco legal, en el año 1999 la "Comunidad Andina" adoptó la Decisión 459, a través de la cual se define la "Política Comunitaria de Integración y Desarrollo Fronterizo", orientado al fortalecimiento y consolidación del proceso de integración entre los Estados miembros. Asimismo, con este entendimiento se creó el "Grupo de trabajo de alto nivel para la integración y desarrollofFronterizo".

25 Chiani, Ana María (25 de Septiembre de 2019). XVII Congreso Internacional "América Latina": Rescatar la Democracia. Repensar la Integración. Recuperado el 20 de Diciembre de 2020, de ¿Qué rol cumplen los Comités de Integración en el Proceso de Integración Regional?: https://www.congresso2019.fomerco.com.br/resources/anais/9/fomerco2019/1568766529_ARQUIVO_e16babe4d0a34bd9a9f357bb001401bb.pdf

En atención a la recomendación de este grupo de trabajo, en el 2001 el Consejo de Ministros de la "Comunidad Andina" adoptó la Decisión 501, a través de la cual establece a las "Zonas de Integración Fronteriza" (ZIF). Estas estarán constituidas por los territorios fronterizos adyacentes de los países integrantes de la Comunidad Andina, respecto a las cuales se adoptarán políticas y ejecutarán planes, programas y proyectos, para impulsar la integración fronteriza y el desarrollo sostenible, de manera conjunta, compartida y coordinada[26].

En este sentido, en el ámbito institucional, la Decisión 501 promueve "la participación activa de las instituciones públicas y privadas de las ZIF en los procesos de planificación, seguimiento y evaluación de los planes, programas y proyectos que permitan consolidar el desarrollo de estos ámbitos, buscando compartir obligaciones y responsabilidades" (el subrayado ha sido añadido).

En cumplimiento de esta Decisión 501, los países miembros de la Comunidad Andina establecieron las siguientes ZIF: Colombo-Ecuatoriana, Colombo-Peruana, Ecuatoriano-Peruana y Boliviano-Peruana.

5.- El desarrollo e integración fronteriza en la normatividad peruana

En el ámbito nacional, el desarrollo e integración fronteriza están regulados por diversa normatividad, entre la que destaca:

a.- Constitución Política del Perú: Nuestra Carta Magna se refiere a la integración y desarrollo fronterizo en el siguiente artículo:

> "Artículo 44.- Deberes del Estado […] es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior."

Se aprecia que, en este acápite, la Constitución asume una postura estato-céntrica respecto al desarrollo e integración fronteriza, al no referirse a los actores privados, lo que contrasta con los alcances de la teoría de la interdependencia compleja[27].

b.- Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (Ley Nº 27867): Esta norma únicamente aborda la integración fronteriza, sin incluir su propósito más importante: el desarrollo fronterizo, a pesar del rol protagónico de los gobiernos regionales de frontera en esas zonas de nuestro país y de que, en total, como se señaló, abarcan al 59% del territorio nacional:

26 (CAN), Decisión 501, 2001.

27 Keohane y Nye,1988.

> "Artículo 15.- Atribuciones del Consejo Regional
> Son atribuciones del Consejo Regional: […]
> r. Proponer y desarrollar acciones de integración fronteriza de conformidad con los Convenios y Tratados Internacionales, en acuerdo con el Ministerio de Relaciones Exteriores."

c.- Ley Orgánica de Municipalidades (Ley Nº 27972): Este dispositivo contiene varios artículos respecto a la frontera, los que, a continuación, se analizan.

El artículo 136, que define a las comunas de frontera, incurre en imprecisión conceptual al equiparar ese carácter, "fronterizo", al "limítrofe", lo que, si se aplica literalmente, imposibilitaría a los ayuntamientos fronterizas no limítrofes a participar en los CFPE:

> "Artículo 136. Definición.
> Las municipalidades de frontera son aquellas que funcionan en las provincias o los distritos limítrofes con un país vecino, por lo cual no puede tener la condición de municipio de frontera una provincia o distrito que no tenga esa condición aun cuando pertenezca a la misma región."

Por su parte, el artículo 137 de esta ley tampoco incorpora, de manera específica, a los actores privados en los objetivos de desarrollo e integración fronteriza, ni adopta un enfoque de promoción económica:

> "Artículo 137. Integración.
> Las municipalidades de frontera pueden celebrar convenios y protocolos de integración entre sí y con sus similares nacionales, con la asistencia técnica del Consejo Nacional de Descentralización, e internacionales, en este último caso con participación del Ministerio de Relaciones Exteriores, con el objeto de promover el intercambio de experiencias sobre la gestión municipal y planes de desarrollo conjunto, así como brindar o recibir apoyo financiero y asistencia técnica."

d.- Ley Marco para el Desarrollo e Integración Fronteriza (Ley Nº 29778): Esta norma, entre otros aspectos, define el desarrollo e integración fronteriza, y, adecuadamente, incorpora a los actores privados en esos propósitos:

> "Artículo 3. Desarrollo e integración fronterizos
> 3.1 El desarrollo fronterizo es el proceso de satisfacción de necesidades básicas de la población en los espacios de frontera y su incorporación a la dinámica del desarrollo nacional, mediante el despliegue de iniciativas públicas y privadas orientadas hacia los campos económico, ambiental, social, cultural e institucional, así como el fortalecimiento de las capacidades de gestión local y regional, según criterios de sostenibilidad, desarrollo humano y seguridad nacional.
> 3.2 La integración fronteriza contribuye a la sostenibilidad del desarrollo de los espacios de frontera y es un proceso orgánico convenido por dos o más Estados en sus espacios fronterizos colindantes. "

6.- El desarrollo e integración fronteriza entre otros Estados.

A continuación, con afán sumario, se identifican solo algunos de los diversos avances o logros alcanzados por actores de frontera, comités o equivalentes, en los límites internacionales distintos al peruano ecuatoriano, y que serán tomados como referente para continuar optimizando la eficacia de los CFPE a través de propuestas de modificación en el respectivo reglamento.

a.- Frontera entre Colombia y Ecuador

i.- Universidad Binacional de Frontera (UBF):

Esta frontera carece de una UBF. Por ello las autoridades de esta circcunscripción política y del departamento colindante colombiano han realizado diversas gestiones para que la Universidad Politécnica Estatal del Carchi (UPEC), ubicada en la provincia límitrofe ecuatoriana del mismo nombre, adquiera este carácter. Aunque todavía no se ha logrado este objetivo, merecen destacarse estas gestiones.

En efecto, gracias a la voluntad de sus autoridades y alumnos, las actividades de la UPEC le han permitido alcanzar los sigiuientes importantes avances en cuanto al objetivo de convertirse en una universidad binacional:

- Oferta de carreras profesionales estrechamente vinculadas a la realidad fronteriza binacional (turismo, comercio internacional, administración de empresas, transporte y logística, industria de alimentos, ciencias agropecuarias e informática).
- Investigaciones, publicaciones, proyectos sociales, en ámbitos vinculados a la provincia de Carchi y el departamento de Nariño, con miras a aprovechar sus potencialidades.
- Todas las carreras cuentan con la participación de estudiantes provenientes de Colombia, mientras que catedráticos de este país imparten cursos en diversas facultades.
- Congresos y talleres de carácter binacional, acuerdos con otras universidades colombianas e intercambios de docentes y alumnos.

ii.- Planificación binacional fronteriza

Las autoridades del Ecuador y Colombia establecieron, en la correspondiente frontera (Carchi y Nariño respectivamente), un “Plan Binacional de Integración Fronteriza” para el período 2014-2022. En este documento, establecieron los siguientes ejes estratégicos: equidad, cohesión social y cultural; seguridad integral y movilidad humana; conectividad e infraestructura; complementariedad productiva y comercial; y sustentabilidad ambiental.

iii.- Observatorio de frontera

En el 2017, autoridades públicas y privadas de esta frontera (Colombia: gobernación de Nariño, municipalidad de Ipiales, Cámara de Comercio de Ipiales, Corporación Autónoma Universitaria de Nariño, Universidad de Nariño, Universidad Centro de Estudios Superiores María Goretti, etc. Ecuador: prefectura del Carchi, UPEC, etc.) crearon el "Observatorio binacional de la zona de integración fronteriza Ecuador – Colombia" (OZIFEC). En el documento fundacional se precisa que su objetivo es "contar con un sistema de información que permita recopilar, procesar datos y transformar en información útil para el desarrollo de investigaciones, proyectos, formulación de políticas públicas de la Zona de Integración Fronteriza, requeridos por los diversos actores."[28]

b.- Frontera entre Perú y Chile

Entre los logros del respectivo "Comité de integración y desarrollo fronterizo" cabe referirse al proyecto educacional binacional "Diplomado sobre integración y cultura de paz", implementado conjuntamente por la Universidad de Tarapacá (Arica) y la Universidad Privada de Tacna (Tacna), y gestionado por la ONG CORFAL[29].

Esta actividad incluye temas tales como fundamentos históricos, políticos, filosóficos y sociales orientados a la integración Arica-Tacna y de una cultura de paz entre ambos países. El primer diplomado fue dictado en el año 2016.

Cabe destacar la frecuencia de reuniones (4 anual) de las cámaras de turismo de Tacna y Arica, cuyos acuerdos son remitidos al comité de integración y desarrollo fronterizo.

c.- Frontera entre Perú y Colombia

En este ámbito cabe referirse a la ejecución de diversos proyectos binacionales orientados a, por ejemplo, promover la salud[30] (servicios de telemedicina, acuerdo de urgencias y emergencias, y el proyecto "Mamás de la frontera") y la producción local sostenible (rehabilitación y construcción de infraestructura piscícola y de parcelas agrícolas para cacao de aroma), especialmente en zonas afectadas por actividades ilegales[31].

28 Observatorio Binacional de la Zona de Integración Fronteriza Ecuador - Colombia, 2019.

29 Alvarez Torres, 2019.

30 https://andina.pe/agencia/noticia-peru-y-colombia-desarrollaran-proyectos-salud-zonas-frontera-674606.aspx

31 https://andina.pe/agencia/noticia-buscan-ampliar-proyectos-integracion-productiva-frontera-colombia-557294.aspx

El respectivo "Comité técnico binacional de desarrollo de integración fronteriza" organizó la capacitación de autoridades locales respecto a la gestión de proyectos, con el apoyo de la "Agencia Peruana de Cooperación Internacional para el Desarrollo" (AECID).

Asimismo, se debe destacar que gracias al respaldo de la Organización de Estados Americanos (OEA) se ha realizado un diagnóstico de la zona[32].

d.- Frontera entre Perú y el Brasil

La Provincia de Purús (Ucayali), colindante con Brasil, formuló un "Plan de acción" que, desde el período 2007-2011 ha venido renovándose a fin de mejorar los servicios de salud, educación, saneamiento urbano y rural, energía y telecomunicaciones; así como la conectividad y la producción[33].

Por otra parte, en esta frontera se estableció el "Foro de municipios fronterizos" con miras a promover el debate y la reflexión sobre la problemática en la frontera y facilitar la interlocución entre las autoridades regionales de ambos países[34].

Cabe señalar que, en este espacio limítrofe, el mecanismo de integración ha sido adaptado en un enfoque regional (Comité de frontera norte y sur).

e.- Frontera entre Chile y Argentina

i.- Reuniones de alcaldes e intendentes

Miryam Colacrai[35] destaca que, en la evolución de los "Comités de integración" en esta área común, se hayan concretado reuniones de los alcaldes e intendentes de las regiones y porovincias involucradas.

ii.- Atención a temas educativos

Durante la décimo octava reunión del "Comité de integración Noa – Norte Grande" (2006), se trataron materias como los encuentros de las universidades de frontera, la suscripción de convenios de cooperación e intercambio entre esas casas de estudio; la oferta de carreras profesionales, el

32 Novak, Fabián., & Namihas, Sandra (2011). PERÚ - COLOMBIA La Construcción de una asociación estratégica y un desarrollo fronterizo. Lima: R&F Publicaciones y Servicios S.A.C.

33 Dirección de Desarrollo e Integración Fronteriza del Ministerio de RR.EE., 2012

34 Vela Málaga, L. E. (Noviembre de 2013). Tesis para obtener el Grado Académico de Magíster en Diplomacia y Relaciones Internacionales. Academia Diplomática del Perú. Los Mecanismos de Integración y Desarrollo Fronterizo Perú - Brasil: Desafíos y Perspectivas del Proceso de Integración y Desarrollo Fronterizo. Lima, Perú.

35 Colacrai, 2016.

intercambio de alumnos de nivel polimodal y la conformación de una base de datos digitalizada con los aportes de entidades culturales de ambos países.

iii.- Participación de circunscripciones políticas no fronterizas

En esta zona de frontera también se destaca que los "Comités de integración" han ampliado su radio de acción, al concitar el interés en la participación de provincias no fronterizas, pero que se beneficiarían con, por ejemplo, la construcción de obras de infraestructura en las áreas de los respectivos pasos de frontera[36].

f.- Conformación de la zona de integración centro-oeste de América del Sur (ZICOSUR):

Según su página web, este espacio fue constituido por actores ubicados en las zonas fronterizas de Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay en búsqueda del desarrollo económico social[37]. El ZICOSUR aglutina a una población cercana a los 77 millones de habitantes, en una extensión de 5 millones de km2. En el caso de nuestro país, se indica, incluye a Arequipa, Puno, Moquegua y Tacna.

Este foro responde a un proyecto de complementación económica, comercial y cultural, así como de cooperación intergubernamental y empresarial. En el ámbito económico tiene como una de sus prioridades alcanzar la inserción internacional competitiva de la región. En este sentido, se destaca la búsqueda en el incremento de los intercambios comerciales con Asia. Con este objetivo buscan mejorar la infraestructura vial, ferroviaria e hidrovial, así como agilizar los trámites en los puntos fronterizos.

g.- Fronteras entre El Salvador, Guatemala y Honduras

En 1986, El Salvador, Guatemala y Honduras, la secretaría general de la Organización de los Estados Americanos y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura formularon el plan de desarrollo integral en la región fronteriza ("Plan Trifinio"), el que cuenta con una activa participación de los gobiernos locales.

Paralelamente, diversas comunas de los referidos países conformaron la "Mancomunidad trinacional fronteriza Río Lempa"[38] (MTFRL), integrada por 26 gobiernos locales, lo que involucra a 58,000

36 Idem.

37 Idem.

38 De acuerdo a su página oficial (www.trinacionalriolempa.org), la Mancomunidad trinacional tiene como misión ser una asociación trinacional de municipios, de derecho público, que promueve la cohesión social, la integración territorial transfronteriza, políticas públicas y la descentralización; fortaleciendo capacidades en los municipios socios y mancomunidades aliadas, con solidaridad, compromiso y transparencia.

habitantes, en una extensión de 3,698 km2. Entre sus actividades, la MTRFL organiza diplomados y talleres destinados a la respectiva población[39].

h.- Fronteras entre México, EE.UU. y Canadá

Según Pablo Wong-González[40], América del Norte se caracteriza por la conformación de regiones económicas transnacionales, las que han sido impulsadas por diversos acuerdos, tales como el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre México, EE.UU. y Canadá.

El experto precisa que estos espacios se han constituido en virtud de la iniciativa de cámaras y grupos empresariales, asociaciones y gobiernos locales, a fin de incrementar flujos comerciales, la localización y la planeación del tránsito fronterizo, entre otros aspectos.

A modo de ejemplo destaca la región "Sonora-Arizona", constituida formalmente en el año 1993, que incluye a los Estados del mismo nombre, de México y EE.UU., respectivamente. Sus objetivos consisten en ser concebida como un espacio económico conjunto orientado a elevar los niveles de complementariedad y competitividad internacional. La membresía involucra a gobiernos de los Estados, agencias de desarrollo privadas y sociales, comisiones binacionales Arizona-México y Arizona-Sonora, y consorcios universitarios. La población conjunta incluye a 6 millones de habitantes y un monto total de exportaciones conjuntas ascendentes a US$ 12 mil millones.

i.- Fronteras en Europa

De acuerdo a lo investigado, el continente europeo ha sido la cuna en los esfuerzos de afianzar la gobernanza bilateral o multilateral en las áreas transfronterizas. Estas acciones surgieron a finales de la Segunda Guerra Mundial[41] hasta involucrar, prácticamente, a todas las autoridades regionales o locales de los actuales bordes estatales[42].

En este sentido, por ejemplo, en 1991, se constituyó la "Comunidad de trabajo Galicia – Norte de Portugal", cuyos órganos de gestión son la presidencia, el consejo directivo, el comité de coordinación

39 Celata, Filippo; Coletti, Raffaella & Sanna, Venere; 2013. La Cooperación Transfronteriza en la Región del Trifinio y la Difusión de Modelos Europeos de Gobernanza de las Fronteras en América Latina (U. A. (INTE), Ed.) Sí Somos Americanos, 13(2), 165 - 189. Recuperado el 24 de Diciembre de 2020, de http://dx.doi.org/10.4067/S0719-09482013000200008

40 Wong-González.

41 Celata, Coletti, & Sanna, 2013.

42 Perkmann, Markus (18 de Mayo de 2010). Cross-Border Regions in Europe. Significance and Drivers of Regional Cross-Border Co-operation (S. Publications., Ed.) Perkmann, Markus, Cross-Border Regions in Europe: Significance and Drivers of Regional Cross-Border Cooperation (May 18, 2010). European Urban and Regional Studies, Vol. 10, No. 2, pp. 153-171, 2003, Available at SSRN:, 10(2), 153-171. Recuperado el 24 de Diciembre de 2020, de https://ssrn.com/abstract=1610093

y los comités sectoriales. En este esquema, el consejo directivo asigna al comité sectorial la función de estudio y análisis de problemas transfronterizos y la elaboración de propuestas de solución[43].

7.- Propuestas de modificaciones normativas a partir de los avances registrados en otras fronteras internacionales

A partir de estos progresos registrados por actores públicos y privados y comités de frontera o equivalentes, en las fronteras de Perú-Chile, Perú-Brasil, Chile-Argentina; Colombia-Ecuador; México-EE.UU.-Canadá; España-Portugal; El Salvador-Guatemala-Honduras, y Argentina-Bolivia-Brasil-Chile-Paraguay-Perú-Uruguay. A continuación se proponen modificaciones normativas en el reglamento de los CFPE a través de un acuerdo bilateral para optimizar la eficacia de esos órganos bilaterales, con el objetivo de continuar afianzando el desarrollo fronterizo.

i.- Participación de actores públicos y privados provincias y departamentos no fronterizos en el comité de frontera: Sobre la base de la experiencia de Argentina y Chile, entre otros, este involucramiento podría contribuir a una mayor integralidad y sostenibilidad de los proyectos de integración y desarrollo, así como a una mayor población beneficiada por las siguientes modificaciones.

> **CAPITULO III**
> **Composición**
> **Artículo 8º**
> Podrán asistir a las reuniones del Comité de Frontera representantes del sector público y privado de la circunscripciones departamentales y provinciales que corresponda, [así como de aquellos no fronterizos, que puedan estar vinculados a temas y proyectos de desarrollo que las involucren] provenientes de las áreas de turismo, comercio, industria y actividades afines de ambos países, a quienes [el Gobierno Provincial en el Ecuador y Regional en el Perú] [se] invitará cuando el temario haga pertinente su participación y puedan contribuir a la tarea de orientación y asesoramiento en las materias propias del Comité. [Los actores públicos o privados no fronterizos pueden, con la debida argumentación, solicitar, a las citadas autoridades, ser invitados a las reuniones del Comité de Frontera]. [Texto propuesto aparece destacado].

ii.- Planificación binacional fronteriza: Considerando la experiencia en la frontera Colombia – Ecuador, esta útil herramienta de gestión podría ser considerada a través del artículo 14 del reglamento referido al funcionamiento de los CFPE.

43 Calderón Vázquez, 2017.

CAPITULO IV
Funcionamiento
Artículo 14º
El acta de cada reunión contendrá las conclusiones y recomendaciones del plenario del Comité de Frontera e incluirá, además, los informes presentados por los Grupos de Trabajo. Asimismo, incluirá un plan de trabajo anual que orientará la labor del Comité, por un año o más, hasta la siguiente reunión principal. [Texto propuesto aparece destacado].

iii: Alianzas estratégicas fronterizas: Con el ejemplo de los avances registrados en América del Norte (México, EE.UU. y Canadá), se podría enfatizar la relevancia de la promoción económica a través de la complementación, la tecnología e innovación, para insertarse conjuntamente en los mercados internacionales. Como es evidente, se espera que esta acción tenga efecto colateral en otras áreas (capacitación, infraestructura, etc.) y que, finalmente, resulte en un significativo impacto social.

CAPITULO IV
Funcionamiento
Artículo 14º
El acta de cada reunión contendrá las conclusiones y recomendaciones del plenario del Comité de Frontera e incluirá, además, los informes presentados por los Grupos de Trabajo. Asimismo, incluirá un plan de trabajo anual que orientará la labor del Comité hasta la siguiente reunión principal. Podrán considerar la potenciación de la complementación de los recursos de ambos lados de la frontera, y el uso de la tecnología e innovación, para su inserción conjunta en los mercados internacionales [Texto propuesto aparece destacado].

iv: Elaboración de diagnóstico fronterizos y propuestas de solución: Con miras a contar con un registro de la problemática de frontera y de promover aproximaciones que permitan atenderla, sobre la base de la experiencia de la frontera entre España y Portugal, estas tareas podrían ser asignadas a los "Grupos de Trabajo". Asimismo, considerando las acciones en la frontera peruano colombiana, estos grupos podrían proponer proyectos específicos.

CAPITULO V
Grupos de Trabajo
Artículo 19º
Cada Comité de Frontera podrá crear Grupos de Trabajo que tendrán como responsabilidad el análisis y la formulación de propuestas de solución, que también podrían incluir proyectos productivos y sociales, entre otros, con relación a asuntos y problemas específicos comprendidos en las atribuciones del Comité.

Los Grupos de Trabajo estarán integrados por representantes de sectores nacionales o de actividades privadas que sean afines a los temas materia de su competencia. Su labor será coordinada por la autoridad en ejercicio de la Secretaría Permanente, conforme al Artículo 6º. [Texto modificado aparece destacado].

v.- Reuniones complementarias de actores locales y propuestas a los comités de frontera: La experiencia en las fronteras de Perú-Chile, Perú-Brasil, Chile-Argentina y El Salvador-Guatemala-Honduras en encuentros complementarios podría ser considerada en el siguiente nuevo artículo 20.

En este apartado también se podría tener en cuenta el ejemplo de planificación registrado en la frontera peruano brasileño por los gobiernos municipales.

> **CAPITULO VI**
> **Reuniones complementarias de entidades públicas y privadas integrantes de los Comité de Frontera.**
> **Artículo 20º**
> Las entidades públicas y privadas integrantes de los Comités de Frontera podrán realizar reuniones periódicas complementarias, cuyos acuerdos pueden ser remitidos a la Secretaría Permanente del Comité de Frontera, con el objeto de ser distribuidos a los demás actores, a fin de puedan ser consideradas por los participantes, si así se estima pertinente, en las reuniones y acuerdos de esa entidad.
> En cada sección nacional, las entidades públicas y privadas podrán desarrollar planes de trabajo que contribuyan a la labor y objetivos del Comité de Frontera.

vi.- "Universidad Binacional de Frontera" (UBF): A partir de la experiencia de la "Universidad Politécnica Estatal del Carchi" (frontera Colombia-Ecuador) y la organización de diplomados sobre temas fronterizos (frontera Perú y Chile) se podría considerar un nuevo artículo (21).

> **CAPITULO VII**
> **Universidades Binacionales de Frontera**
> **Artículo 21º**
> Cada Estado podría implementar Universidades Binacionales de Frontera, a partir de nuevas entidades o la adaptación de las existentes, cuyo objetivo sería, respecto a las necesidades específicas de la zona fronteriza en la que está ubicada: ofertar diplomados, carreras universitarias, cursos de posgrado, investigar, proporcionar apoyo técnico a las entidades públicas de la localidad, favorecer la movilidad de estudiantes y docentes investigadores a nivel intra y transfronterizo, y contribuir a la integración fronteriza. Asimismo, al inicio de cada año, remitirían, a las entidades públicas y privadas que participan en los Comités de Frontera, un documento actualizado sobre la problemática fronteriza a nivel socioeconómica.

vii.- Capacitación de representantes de entidades públicas y privadas integrantes de los comités de frontera: Esta importante experiencia del comité técnico binacional de desarrollo de integración fronteriza Perú - Colombia podría ser contemplada a través de un nuevo artículo (22).

> **CAPITULO VIII**
> **Capacitación de representantes de entidades públicas y privadas integrantes de los Comités de Frontera**
> **Artículo 22º**
> Las entidades públicas y privadas integrantes de los Comités de Frontera podrán buscar la

capacitación de sus representantes en áreas vinculadas a la gestión de asuntos fronterizos, para lo cual podrían considerar la cooperación internacional.

viii.- Observatorio de frontera: Esta valiosa herramienta, implementada en la frontera de Colombia y Ecuador, podría ser normada mediante un nuevo artículo (23).

CAPITULO IX
Observatorios de Frontera
Artículo 23º
Cada Estado podría implementar Observatorios de Frontera con la participación conjunta de las entidades públicas y privadas que conforman el Comité de Frontera. Sus objetivos serían gestionar un sistema de información que permita recopilar, procesar y transformar datos en información útil para la realización de investigaciones, y la formulación de proyectos y políticas públicas, relativas a las necesidades del poblador de frontera.

ix: Creación de un foro de concertación de actores públicos y privados de frontera: La importante experiencia del ZICOSUR (espacio conformado por zonas fronterizas de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay) permite analizar y concertar acciones colectivas que integren amplios espacios, con miras a la integración y el desarrollo fronterizo. En este sentido, se podría considerar un texto como el siguiente:

CAPITULO X
Foro de Concertación de Actores Públicos y Privados de la Frontera Peruano Ecuatoriana
Artículo 24º
Los integrantes de los Comités de Frontera Peruano Ecuatoriano pueden conformar un Foro de Concertación orientado a analizar los temas de frontera y, en ese sentido, realizar recomendaciones que afiancen su desarrollo e intercambiarán sus experiencias exitosas, para lo cual sostienen reuniones anuales entre sus representantes.

CONCLUSIONES

A partir de la información analizada, se ha arribado a las siguientes conclusiones:

1.- En su mayoría, las zonas de frontera poseen características que las diferencian de aquellas del resto del país, entre otras, por la distancia del sistema político y económico nacional y la accesibilidad geográfica, que ameritan políticas ad hoc, a lo que contribuye su condición de proximidad a otro(s) Estado(s),

2.- A raíz de los cambios registrados en las relaciones internacionales, el Derecho de la Integración, a nivel subnacional, se va convirtiendo en una respuesta actualizada de las ciencias jurídicas a los múltiples desafíos que impone la globalización a los Estados respecto a sus zonas fronterizas.

3.- La particularidad e importancia de las zonas de frontera justifican la necesidad de que las universidades fomenten el estudio de su integración y el desarrollo en sus múltiples aristas.

4.- La normativa nacional, como la analizada, podría seguir siendo ampliada respecto a los objetivos de integración y desarrollo fronterizo; a las políticas nacionales sobre el particular; a la importancia de involucrar a los actores privados, además de los públicos, en los respectivos procesos de interlocución y decisión; a la relevancia de la promoción económica (complementariedades, economías de escala, tecnología e innovación, etc.) y a la diferenciación entre límite y frontera.

5.- Finalmente, la experiencia de otras fronteras internacionales, la mayoría creadas antes que los CFPE, ofrece amplios referentes respecto a mejoras en el reglamento de los CFPE.

BIBLIOGRAFÍA

(CAN), C. A. (1999). Decisión 459. La Política Comunitaria de Integración y Desarrollo Fronterizo.

(CAN), C. A. (2001). Decisión 501. En Zonas de Integración Fronteriza (ZIF).

Alvarez Torres, C. (2019). Comité de Integración y Desarrollo Fronterizo Perú-Chile: aproximaciones al mundo social y empresarial en la frontera. . Sí Somos Americanos. Revista de Estudios Transfronterizos. , 49-67.

Bedoya Barco, F. (Mayo de 2000). Desarrollo, Globalización e Integración Fronteriza. Revista Tendencias, 1(1). Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5029692.pdf

Bobbio, N. (1996). Liberalismo y Democracia. México: Fondo de Cultura Económica.

Boisier, S. (2003). Globalización, Geografía política y Fronteras. Anales de Geografía de la Universidad Complutense(23), 21-39. Recuperado el 16 de Diciembre de 2020, de https://core.ac.uk/download/pdf/38823072.pdf

Borensztejn, C. (Marzo de 2017). Derecho de la Integración. Recuperado el 22 de Diciembre de 2020, de https://salud.gob.ar/dels/entradas/derecho-de-la-integracion

Boza Páiz, F. J. (1975). La Integración desde el Punto de Vista Jurídico. Obtenido de Repositorio Universitario de Nicaragua: http://repositorio.cnu.edu.ni/Record/RepoUCA2024

Caldani, C. M. (2006). Filosofía y Sistema del Derecho de la Integración (El complejo problemática del Derecho de la Integración. Hacia la autonomía científica del Derecho de la Integración). Revista del Centro de Investigac iones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, 27-48. Recuperado el 22 de Diciembre de 2020, de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6775524

Calderón Vázquez, F. J. (2017). Fronteras intraeuropeas, desactivación fronteriza, cooperación transfronteriza e instituciones: El caso de La Raya ibérica. (U. A. California, Ed.) Estudios

Fronterizos, 18(36), 78 - 101. Recuperado el 23 de Diciembre de 2020, de https://doi.org/10.21670/ref.2017.36.a04

Calleja, M., & Safarov, A. (27 - 28 de Septiembre de 2007). "La importancia de los Comités de Frontera en la Política exterior del Estado Argentino". Recuperado el 12 de Diciembre de 2020, de https://core.ac.uk/download/pdf/296373763.pdf

Celata, F., Coletti, R., & Sanna, V. S. (2013). LA COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA EN LA REGIÓN DEL TRIFINIO Y LA DIFUSIÓN DE MODELOS EUROPEOS DE GOBERNANZA DE LAS FRONTERAS EN AMÉRICA LATINA. (U. A. (INTE), Ed.) Sí Somos Americanos, 13(2), 165 - 189. Recuperado el 24 de Diciembre de 2020, de http://dx.doi.org/10.4067/S0719-09482013000200008

Chiani, A. (25 de Septiembre de 2019). XVII Congreso Internacional "América Latina": Rescatar la Democracia. Repensar la Integración. Recuperado el 20 de Diciembre de 2020, de ¿Qué rol cumplen los Comités de Integración en el Proceso de Integración Regional?: https://www.congresso2019.fomerco.com.br/resources/anais/9/fomerco2019/1568766529_ARQUIVO_e16babe4d0a34bd9a9f357bb001401bb.pdf

Colacrai, M. (Julio-Diciembre de 2016). Cuando la frontera dialoga: Singularidades de la relación argentino-chilena en las últimas. (U. A. California, Ed.) Estudios Fronterizos,, 17(34), 85-99. Obtenido de http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=53046485005

Comunidad Andina. Secretaría General. (31 de 07 de 2002). Comunidad Andina. (D. L. Oliveros, Ed.) Recuperado el 02 de 12 de 2020, de http://intranet.comunidadandina.org/documentos/DInformativos/SGdi439.pdf

Comunidad Trinacional Fronteriza Río Lempa. (2019). Comunidad Trinacional Fronteriza Río Lempa (Guatemala, Salvador y Honduras). Recuperado el 23 de Diciembre de 2020, de www.trinacionalriolempa.org

Congreso de la República del Perú. (8 de Noviembre de 2002). Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Lima, Perú.

Congreso de la República del Perú. (26 de Mayo de 2003). Ley No 27972. Ley Orgánica de Municipalidades. Lima, Perú.

Congreso de la República del Perú. (26 de Julio de 2011). Ley No 29778. Ley Marco para el Desarrollo e Integración Fronteriza. Lima, Perú.

Consejo Nacional de Desarrollo de Fronteras. (Febrero de 2006). ‘‘Bases de la Estrategia Nacional de Desarrollo e Integración Fronterizos 2007-2021".

Cossio Montero, F. A. (Diciembre de 2001). Trabajo de investigación presentado para la obtención del Título de Magíster en Diplomacia y el Título de Diplomático de Carrera. Academia Diplomática

del Perú. Evaluación de la Estrategia de Desarrollo Fronterizo Colombiana: Una aproximación desde el Perú. Lima, Perú.

Cruz Prados, A. (1987). Historia de la Filosofía Contemporánea. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A.

Dirección de Desarrollo e Integración Fronteriza del Ministerio de RR.EE. (11 de Agosto de 2012). Política Nacional de Desarrollo e Integración Fronterizos. Obtenido de https://www.bcrp.gob.pe/docs/Proyeccion-Institucional/Encuentros-Regionales/2012/Ucayali/EER-Ucayali-AnaTeresa-Lecaros.pdf

Durt, A. M. (2002). Integración y desarrollo de la región fronteriza peruano ecuatoriana: entre el discurso y la realidad, una visión local. Bulletin de l'Institut Français d'e études Andines., 39-99.

Ecuador., R. d.-R. (1998). Reglamento de los Comités de Frontera Peruano Ecuatorianos . Brasil.

El Diario. (15 de Octubre de 2019). Brasil, Argentina y Uruguay crean primer Comité de Integración Trinacional. Recuperado el 20 de Diciembre de 2020, de https://www.eldiario.es/politica/brasil-argentina-uruguay-integracion-trinacional_1_1313887.html

García, M. M. (2014). Derechos Fundamentales, Estados e Integración. Ciudad autónoma de Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Instituto Nacional de Informática y Estadística. (Febrero de 2020). Mapa de pobreza monetaria provincial y distrital del 2018. Obtenido de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1718/Libro.pdf

Keohane, R. O. (1988). Después de la Hegemonía. Cooperación y discordia en la política económica mundial. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano S.R.L.

Keohane, R. O. (1993). Instituciones Internacionales y Poder Estatal. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano S.R.L.

Keohane, R. O., & Nye, J. S. (1997). Poder e Interdependencia. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano S.R.L.

Lapid, J. (2001). "Introduction. Identities, Borders, Orders: Nudging International Relations Theory in a New Direction",. En M. D. Albert, Identities, Borders, Orders. Rethinking International Relations Theory (págs. 1-20). Minneapolis y Londres: University of Minnesota Press.

Ley de Bases de la Descentralización. (17 de Julio de 2002). Ley No 27783. Lima, Perú.

Liszcynski, M. (. (2014). Derechos Fundamentales, Estados e Integración. El lugar de la Persona, el Estado y el Derecho en los Bloques Regionales y sus Territorios. Buenos Aires : Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - Thomson Reuters La Ley.

Malamud, A. (2011). Conceptos, Teorías y Debates sobre la Integración Regional. NORTEAMÉRICA(2), 219-249.

Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social. (27 de Noviembre de 2020). Reporte Regional de Indicadores Sociales del Departamento de Cajamarca. Obtenido de http://sdv.midis.gob.pe/RedInforma/Upload/regional/CAJAMARCA.pdf

Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social. (27 de Noviembre de 2020). Reporte Regional de Indicadores Sociales del Departamento de Piura. Obtenido de http://sdv.midis.gob.pe/RedInforma/Upload/regional/PIURA.pdf

Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social. (27 de Noviembre de 2020). Reporte Regional de Indicadores Sociales del Departamento de Tumbes. Obtenido de http://sdv.midis.gob.pe/RedInforma/Upload/regional/TUMBES.pdf

Ministerio de Relaciones Exteriores. (Noviembre de 2012). Portal del Congreso de la República del Perú. Obtenido de http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7D7D09C4DFBA4CDD05258123006A957B/$FILE/cancilleria.pdf

Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. (Junio de 2018). Comisión Europea. Recuperado el 15 de Diciembre de 2020, de Diálogo sobre Política Regional e Integración Fronteriza entre el Ministerio de RR.EE. del Perú y la Dirección General de Política Regional y Urbana de la Comisión Europea: https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/cooperate/international/innov-al/reunion%20Lima_Peru_MRE.pdf

Montero Jaramillo, P. (Junio de 1997). Sociedad Geográfica de Colombia. Academia de Ciencias Geográficas. Recuperado el 2 de Diciembre de 2020, de Chile: Nuevo concepto de fronteras interiores.: https://www.sogeocol.edu.co/documentos/front_int.pdf

Murakami, Y. (2013). América Latina en la era posneoliberal: democracia, conflictos y desigualdad. Lima: Instituto de Estudios Peruanos - Center for Integrated Area Studies, Kyoto University.

Novak, F., & Namihas, S. (2011). PERÚ - COLOMBIA La Construcción de una asociación estratégica y un desarrollo fronterizo. Lima: R&F Publicaciones y Servicios S.A.C.

Observatorio Binacional de la Zona de Integración Fronteriza Ecuador - Colombia. (2019). OZIFEC. Obtenido de http://www.ozifec.org/

Pampillo Baliño, J. P. (2014). La Integración Jurídica Americana, su historia, actualidad y futuro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales "Nueva Época", 17(1), 273-291. Obtenido de https://doi.org/10.5209/rev_FORO.2014.v17.n1.45818

Pando, O. P. (Noviembre de 1993). Trabajo de Tesis para optar el Grado en Doctor en Letras y Ciencias Humanas. Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco. Facultad de Ciencias Sociales. Microesquemas de Integración: Una Estrategia para el Desarrollo Fronterizo Perú Bolivia Brasil. Lima, Perú.

Perkmann, M. (18 de Mayo de 2010). CROSS-BORDER REGIONS IN EUROPE. SIGNIFICANCE AND DRIVERS OF REGIONAL CROSS-BORDER CO-OPERATION. (S. Publications., Ed.) Perkmann, Markus, Cross-Border Regions in Europe: Significance and Drivers of Regional Cross-Border Cooperation (May 18, 2010). European Urban and Regional Studies, Vol. 10, No. 2, pp. 153-171, 2003, Available at SSRN:, 10(2), 153-171. Recuperado el 24 de Diciembre de 2020, de https://ssrn.com/abstract=1610093

Prado Sifontes, M. E. (2009). El Derecho y su incidencia en el Proceso de Integración. (I. d. C., Ed.) IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.(23), 61-86. Recuperado el 22 de 06 de 2019, de IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.: http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222963004.pdf

Presidencia del Consejo de Ministros. (22 de Mayo de 2001). Decreto Supremo N° 057-2001-PCM. Consejo Nacional de Desarrollo de Fronteras (CNDF) . Lima, Perú.

Roncagliolo Higueras (Editor), N. (2020). Reflexiones a los veinte años de los Acuerdos de Paz Peruano-Ecuatorianos. Lima: Fundación Académica Diplomática del Perú.

Salazar Bondy, A. (2013). Historia de las ideas en el Perú contemporáneo. ¿Existe una filosofía de nuestra América? Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú - Banco Central de Reserva del Perú.

Schembri Carrasquilla, R. (2001). Teoría Jurídica de la Integración Latinoamericana. São Paulo: Parlamento Latinoamericano.

Sobrino, J. M. (2001). El Derecho de la Integración. Revista de Derecho "Themis", 42, 7-27. Obtenido de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11617

Sutter Schneider, E. (Marzo de 1968). El Derecho de la Integración: Sus caraterísticas. Obtenido de Biblioteca Virtual de la Universidad Nacional del Litoral: https://hdl.handle.net/11185/4657

Torrijos, F. (1998). Colombia y los proceso de Microintegración Fronteriza. Santafé de Bogotá: Fondo Editorial Cancillería de San Carlos.

Valenciano, E. (1990). Los Comités de Frontera: funcionamiento y experiencia. Identificación, preparación y evaluación de proyectos de integración fronteriza. Santiago: INTAL.

Vela Málaga, L. E. (Noviembre de 2013). Tesis para obtener el Grado Académico de Magíster en Diplomacia y Relaciones Internacionales. Academia Diplomática del Perú. Los Mecanismos de Integración y Desarrollo Fronterizo Perú - Brasil: Desafíos y Perspectivas del Proceso de Integración y Desarrollo Fronterizo. . Lima, Perú.

Wong-González, P. (2005). La emergencia de regiones asociativas transfronterizas: Cooperación y conflicto en la región Sonora-Arizona. Recuperado el 12 de Julio de 2019, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-73722005000100004

Ynouye Arévalo, R. J. (Noviembre de 2000). Trabajo de Investigación presentado para la obtención del Título de Magíster en Diplomacia y el Título de Diplomático de Carrera. Academia Diplomática del Perú. El Transporte Aéreo Fronterizo y su Importancia para el Desarrollo Nacional. Lima, Perú.

Zona de Integración Centro-Oeste de América del Sur (ZICOSUR). (1 de Enero de 2018). Recuperado el 19 de Diciembre de 2020, de http://zicosur.co/



Bañistas
Héctor Acevedo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6128

EFICACIA DE LA COMISIÓN ESPECIAL DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS REFUGIADOS VENEZOLANOS EN EL PERÚ

Ena Cecilia Obando Peralta[1]

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo analizar la eficacia de la Comisión Especial del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú para los refugiados. El propósito de esta comisión es proteger y hacer valer el derecho de los refugiados que ingresan al territorio peruano debido a que Venezuela atraviesa una profunda crisis política, económica, sanitaria, educativa, entre otra. Tras haber sido uno de los países que recibía gran cantidad de migrantes acogiéndolos bajo estricto respeto de sus derechos, Venezuela ahora afronta un problema inverso. El Perú, país que acoge un gran número de migrantes venezolanos, se ve en la responsabilidad de garantizar los derechos de los refugiados y respetar acuerdos internacionales suscritos en virtud del Derecho del refugiado. En el desarrollo de este artículo se analizará la situación y las políticas públicas adoptadas por el Estado peruano en vista del incremento de ciudadanos venezolanos en este país.

Palabras clave: Migración – Derecho de los refugiados – Venezuela– Ministerio de Relaciones Exteriores – Comisión especial

1 Economista y abogada
Doctora en Educación.
Doctoranda en Derecho en la Universidad Privada Antenor Orrego
Maestra en Educación, con mención en didáctica de la educación superior.
Maestra en Derecho con mención en Derecho Civil Empresarial.
Maestra en Administración con mención en recursos humanos.
Maestra en Educación con mención en gestión educativa y acreditación.
Maestra en Educación con mención en investigación científica.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the main legal scope of the effectiveness of the Special Commission for Refugees, a commission attached to the Ministry of Foreign Affairs of Peru, in its role as a state agency whose purpose is to protect and enforce the rights of refugees entering Peruvian territory. As we know, Venezuela is going through a deep political, economic, health and educational crisis, among others, as a result of the poor governmental policies of President Nicolás Maduro and his predecessor. Even before, Peru was one of the countries that received a large number of migrants, welcoming them under strict respect for their rights. That is why Peru, as a country with a large number of Venezuelan migrants, is responsible for guaranteeing their rights as refugees and respecting international agreements signed under refugee law. In this sense, this article will analyze the situation and public policies adopted by the Peruvian State in view of the increase of Venezuelan citizens in the country.

Keywords: Migration - Refugee Law - Venezuela - Ministry of Foreign Affairs - Special Commission

INTRODUCCIÓN

Uno de los acontecimientos más resaltantes en Latinoamérica, que cada vez adquiere mayor implicancia socio-jurídica, es la situación de los ciudadanos venezolanos, quienes por factores políticos, sociales, sanitarios, laborales y económicos se han visto desplazados de su territorio hacia los países de la región en búsqueda de una adecuada calidad de vida.

Esta población migrante se dirige sobre todo a los Estados Unidos, donde espera que sus derechos no sean transgredidos y que se les reconozca una serie de principios-garantía consagrados en documentos internacionales que garantizan la defensa de la dignidad humana.

En este contexto, uno de los países de acogida de los migrantes venezolanos ha sido la república del Perú. En nuestro país la institución del refugiado se encuentra regulada en la Ley N° 27891, la que la tipifica como refugiado a aquella persona que, por razones surgidas en su país de nacionalidad o residencia, no desea volver por temer a sufrir persecución. Al respecto, esta norma precisa que la finalidad de la ley es poder regular el ingreso y el reconocimiento de relaciones jurídicas del Estado con el refugiado.

De acuerdo con la normatividad interna anteriormente referida, los ciudadanos venezolanos, al solicitar refugio ante el Ministerio de Relaciones Exteriores (Lima u otras ciudades) recibe una "constancia" de haber procedido en ese sentido y una "constancia de trabajo". La primera les permite identificarse y demostrar su legalidad temporal. La segunda les posibilita laborar mientras que su pedido es evaluado. No obstante solo una fracción es atendida positivamente y recibe su "carné de refugiado", lo que le otorga un estatus equivalente al de poseer un "carné de extranjería".

En este informe se explica el grave y veloz deterioro del trato a la población venezolana residente en el Perú. Tras demostrar al inicio una admirable generosidad con los venezolanos que buscaban defensa, en el Perú se está viviendo un sentimiento de rechazo a los venezolanos, a los que se les está negando rotundamente su derecho a buscar refugio y defenderse de la nefasta situación que atraviesa su país de origen.

Desde el punto de vista crítico, en este artículo se pretende evaluar si es eficaz la labor que desempeña la comisión especial para los refugiados en nuestro país. Se trata de una pregunta pertinente puesto que la sobrepoblación de venezolanos, la gran mayoría de ellos indocumentados, no garantiza que se les esté respetando a cabalidad sus derechos.

Por lo tanto, expondremos la situación que ha originado la inestabilidad en Venezuela y la migración masiva de sus ciudadanos. Posteriormente, detallaremos algunas cifras importante sobre la población en cada territorio de Latinoamérica para arribar a nuestro país y analizar las medidas que adopta como Estado Democrático y Constitucional de Derecho. De esta manera podremos obtener conclusiones acertadas con base en los conocimientos dogmáticos, doctrinarios y prácticos sobre esta problemática que se ha convertido en un tema de capital importancia y que requiere ser analizado desde el punto de vista socio-jurídico.

LATINOAMÉRICA, MIGRACIÓN MASIVA. VENEZUELA EN CRISIS

Etimológicamente, "migrar" representa la salida o la partida que realiza una persona de su lugar de residencia; y es que en el transcurrir de estos últimos años el desplazamiento masivo de ciudadanos venezolanos en Latinoamérica se ha convertido en un fenómeno sudamericano sin precedentes, cambiando así el panorama de esta parte del mundo y planteando el reto de que los países que reciben a esta población les brinden la protección internacional que requieren con urgencia. Si bien ciertos recursos deberían promover la integración, como por ejemplo compartir el mismo lenguaje o la misma creencia, otros como la variedad cultural de cada territorio, el entorno histórico estructural de discriminación y diferencia en la zona complejizan este proceso.

Además de los inconvenientes estructurales como por ejemplo la informalidad, la centralización, las deficiencias en las políticas públicas y la carencia de métodos oportunos de regularización migratoria y de decisión de la condición de refugiado, la integración de una población que huye de la crisis debería ser tratada a partir de una visión de los derechos humanos.

Cuando Nicolás Maduro tomó el poder después del deceso de Hugo Chávez en el año 2013 , la economía afrontaba graves inconvenientes. La caída de los costos del petróleo y la reducción de la producción petrolera en el 2014 hicieron subir los costos y la inflación.

Algunas políticas públicas del régimen, entre otros factores, propiciaron una grave y compleja crisis económica. La población venezolana empezó a protestar contra las políticas gubernamental en el 2014,

en el 2017 y en el 2019 hubo protestas multitudinarias. El gobierno adoptó medidas represivas, por lo que la crisis política incrementó la tensión entre el poder ejecutivo de Nicolás Maduro y el poder legislativo encabezado por Juan Guaidó.

Venezuela atraviesa una emergencia humanitaria y una enorme crisis de derechos humanos, iniciadas en el 2014 cuando más de 4,8 millones de venezolanos tuvieron que escapar de su paísdebido al gobierno chavista y hoy en día de Nicolas Maduro, y de la. En un contexto marcado por manifestaciones sociales generalizadas, las autoridades han cometido graves violaciones de los derechos humanos como detenciones arbitrarias, torturas y otros malos tratos, ejecuciones extrajudiciales, uso desmesurado de la fuerza, desapariciones obligadas y violaciones del derecho a la salud y a la ingesta de alimentos. Esta situación fue promovida por la dictadura chavista para silenciar las múltiples protestas acontecidas a lo largo de ese país, cometiéndose como ya lo mencioné variadas transgresiones a los derechos humanos.

Amnistía Internacional (2020) se ha pronunciado sobre las violaciones masivas de derechos humanos y afirma lo siguiente:

> La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) interpreta el término "masivo" como relacionado en parte con el grado o magnitud de las violaciones denunciadas y con situaciones donde los efectos de las violaciones alcanzan no sólo a la víctima real, sino también a segmentos enteros de la población o incluso a la sociedad en su conjunto. Con respecto a los casos de personas cuya vida, seguridad y libertad se han visto amenazadas por "violaciones masivas de los derechos humanos", los expertos consideran que, aunque los pronunciamientos de la CIDH o la Corte IDH no son requisitos previos necesarios para calificar una situación como de violaciones masivas de derechos humanos, la existencia de tales pronunciamientos o de medidas cautelares o de protección provisional sería un fuerte indicio de que tal situación se está dando.50 En 2016, la CIDH otorgó medidas cautelares en casos relacionados con la situación en Venezuela, más que todas las otorgadas en el periodo comprendido entre 2002 y 2015. (p. 15)

"Tras años de crisis humanitaria, la población venezolana batalla por sobrevivir a todas las carencias que sufren debido a las políticas tomadas, y millones de individuos no tienen la posibilidad de saciar siquiera sus necesidades mínimas de alimentos, agua, atención de la salud y servicios básicos, los cuales son un derecho fundamental para todos. El territorio ha sufrido un profundo colapso social, económico e institucional. La hiperinflación fuera de control y la fuerte inestabilidad económica hicieron que los salarios no tengan costo en la práctica, pues, el monto de una remuneración según el gobierno digna, no alcanza a sus ciudadanos, ya que, los precios de absolutamente todo han subido de forma desmesurada. Se calcula así, que, en abril de 2019, el sueldo mínimo perteneció a 7 dólares estadounidenses al mes, porción que sólo cubría el 4,7 % de la cesta elemental de alimentos. La pobreza de ingresos se ha agravado todavía más con el creciente índice de desempleo, que se prevé que alcance el 48 % en 2020". (Anmístia Internacional, 2020)

"El más grande número de los venezolanos que huyen del territorio son personas refugiadas y poseen derecho a defensa universal, así sea en ventaja de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, de carácter universal, o del testimonio de Cartagena de 1984, de carácter regional. Esta última tiene más que nada por objeto contestar a los peligros colectivos, y su definición ampliada de persona refugiada se ha incorporado a la legislación nacional en muchas naciones, integrado el Perú. Colombia es el territorio que aloja el más grande número de individuos venezolanas, con 1,6 millones. Perú, no obstante, tiene la mayor población de individuos venezolanas solicitantes de la condición de refugio (377.047), en lo que otros territorios además reciben a un enorme conjunto de individuos venezolanas: Chile (371.163), Ecuador (385.042), Brasil (224.102) y Argentina (180.267). Perú, es el país que tiene más personas que solicitan con gran urgencia la condición de refugiados de Venezuela, que cualquier otro territorio de todo el mundo y, acoge a bastante más de 800.000 venezolanos y venezolanas en general, cifra que merece el debido reconocimiento. Sin embargo, esta generosidad histórica no supone que el Perú logre no cumplir sus obligaciones de todo el mundo presentes y futuras". (Amnistía Internacional, 2020)

La enfermedad pandémica del coronavirus no ha hecho más que agudizar las brechas en la atención poblacional refugiada y migrante. Esta crisis podría ser usada por el Estado como un componente catalizador para minimizar desigualdades, por medio de la reformulación de políticas públicas a partir de un enfoque inclusivo y de custodia de derechos para esta población, siendo ésta la posibilidad para empezar una nueva dinámica de convivencia.

En suma, el informe de la Defensoría del Pueblo (2020)manifiesta lo siguiente:

> La Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) han reportado que la movilidad venezolana ha cambiado y se ha intensificado en los últimos tres años a un ritmo de salida asombroso. En el año 2015, más de 695,000 personas venezolanas vivían en el exterior y para el 2019 se incrementó exponencialmente a 4 millones3. A Julio 2020, se reportan 5,2 millones de personas venezolanas fuera de su país4. Esta cifra contempla a las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de la condición de refugiado reportados por los países de destino, mas no refleja los ingresos irregulares. (p. 13)

En cuanto a la edad de los venezolanos que han ingresado a nuestro país, ya sea de manera regular o irregular, la Defensoría del Pueblo (2020) manifiesta lo siguiente:

> Según el Banco Mundial, los refugiados y migrantes venezolanos que han llegado al Perú son principalmente población joven en edad de trabajar, de entre 16 y 35 años7, proveniente de áreas urbanas y altamente calificada. El 67% de las personas en edad de trabajar cuenta con algún tipo de estudios superiores, técnicos o universitarios y, de ellos, aproximadamente la mitad ha culminado los estudios universitarios. En contraste con ello, el informe elaborado por BBVA Research indica que gran parte de esta población no cuenta con permiso legal para trabajar y no ha convalidado sus estudios en el país. (p. 14)

Lo mencionado anteriormente evidencia que gran parte de los ciudadanos venezolanos son profesionales o técnicos. En otras palabras, son personas que tienen estudios y que contaban en su pais con un trabajo estable y gozaban de una remuneración digna que les permitía cubrir sus gastos económicos. Sin embargo, debido a las dificultades y barreras legales, burocráticas y económicas no pueden actualmente ejercer profesionalmente o desempeñarse como profesionales, viéndose en la obligación de aceptar realizar labores ajenas a su especialidad y para las cuales se encuentran sobrecalificados, con la finalidad de subsistir en el país de acogida y enviar dinero a sus familiares para que estos tengan un sustento económico.

En nuestro país la informalidad ocupa un porcentaje importante dentro del rubro empleo y trabajo, siendo esta la vía más rápida pero no la más idónea para obtener ingresos. A pesar de ser trabajos riesgosos y que los exponen a situaciones de vulnerabilidad que pueden verse potenciadas debido a su condición de refugiados y migrantes.

> A este respecto, la Defensoría del Pueblo (2020) señala lo siguiente:
> (…) un 89% de trabajadores venezolanos dependientes no contaba con un contrato de trabajo en 201910, perciben remuneraciones por debajo del sueldo mínimo vital (S/. 930) e, incluso, son aprovechados por empleadores que los hacen pasar "semanas de prueba" que nunca son pagadas. Para escapar de estas condiciones abusivas de trabajo dependiente, muchas personas venezolanas han optado por insertarse en el comercio ambulatorio. Por otro lado, respecto del acceso al servicio de salud público, solo el 8,5% del total de refugiados y migrantes venezolanos recibe atención mediante seguros de salud y, de ellos, el 4.6%12 cuenta con acceso al Seguro Integral de Salud (SIS). Esta situación genera que la atención médica sea vista como un gasto adicional, por lo que, con frecuencia, las personas venezolanas solo acuden a los centros médicos cuando padecen malestares e, incluso, prefieren recurrir únicamente a las farmacias para automedicarse. (p.15)

Es necesario, además, conocer el marco jurídico internacional que ampara a los migrantes venezolanos en su condición de refugiados.

- Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y protocolo de 1967

> "La convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados (en adelante La Convención de 1951) es el instrumento legal más importante sobre la defensa universal de los refugiados. Esta Convención ofrece una definición del término refugiado -llamada definición convencional -e instituye los derechos de los refugiados, así como las obligaciones que los Estados tienen que asegurar y respetar a partir del instante en que una persona solicita el reconocimiento de su condición de refugiada o cuando ya ha sido reconocida. La Convención instituye principios claves para la defensa universal, siendo el de mayor relevancia el inicio importante de Non-Refoulement o no devolución (Art. 33), que confirma que una persona refugiada no debería ser devuelta a un territorio donde se confronta a graves amenazas a su historia o su independencia. Este inicio ya se estima una regla de derecho universal

> consuetudinario. Otros principios importantes son el apoyo administrativo (Art. 25) y la no sanción por ingreso o permanencia irregular (Art. 31). El Estado peruano ratificó este tratado el 21 de diciembre de 196419 y lo implementó en la legislación nacional por medio de la Ley 27891, Ley del Refugiado y su Reglamento"

- Declaración de Cartagena de 1984

> "En la zona americana, en 1984 los Estados aprobaron un archivo nombrado "Declaración de Cartagena sobre refugiados" que planteó una definición ampliada sobre refugiados. Este testimonio, como manifiesta la Corte IDH ha resaltado la naturaleza contextual del territorio americana que exigió la configuración de una definición más vasta para brindar una contestación de custodia a las novedosas dinámicas de movimiento forzado".

Existen otros documentos internacionales como la convención sobre el estatuto de los apátridas de 1954, la convención para reducir los casos de apatridia de 1961 y la convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990). Este conjunto de convenios lo que hace es establecer un marco jurídico de protección a aquel grupo de personas que atraviesan por diversas crisis en sus países, tal como es el caso de la población venezolana.

De acuerdo a los citados instrumentos internacionales e internos, los ciudadanos venezolanos, al solicitar refugio en el Ministerio de Relaciones Exteriores (Lima u otras ciudades) reciben una "constancia" de haber procedido en ese sentido, y una "constancia de trabajo". La primera les permite identificarse y demostrar su legalidad temporal. La segunda les posibilita laborar, mientras que su pedido es evaluado.

Sin embargo, solo una fracción de los que solicitan refugio es atendida positivamente y recibe su "carné de refugiado", lo que le otorga un estatus equivalente al de poseer un "carne de extranjería".

PRINCIPIOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS

Entre los principios interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas -aprobados mediante Resolución 04/19 de la Comisión IDH el 7 de diciembre de 2019 -, el principio número seis regula el Non-refoulement (no devolución) prescribe que ningún ciudadano será expulsado, devuelto, extraditado o trasladado de manera informal o entregada en las fronteras de territorio extranjero, independientemente de su nacionalidad, donde su vida o libertad se encuentren en grave peligro, que pudiera implicar tortura, tratos degradantes en contra de la dignidad humana, penas crueles o inhumanas. Todo ciudadano que buscare asilo o que ha sido designado como refugiados mantiene protección especial contra la devolución originada de las obligaciones acaecidas de los tratados internacionales de los refugiados.

El artículo 33, inciso 2) de la Convención de el Estatuto de los Refugiados de 1951, prevé las excepciones al principio de no devolución. Esta norma, dictada conforme a las normas internacionales de los derechos de los refugiados, deberá ser interpretada estrictamente conforme al principio de proporcionalidad.

Queda totalmente prohibido las devoluciones sin ningún tipo de excepciones cuando preexistan motivos sustancialmente concretos que permitan colegir que el ciudadano estaría en presunto riesgo de sufrir tortura, trato inhumano o algún tipo de daño irreparable en el país de destino al que se pretende devolver a la persona. La responsabilidad internacional del Estado de proteger a los ciudadanos contra la devolución será independiente de si este ingresó a su territorio de manera legal y/o ha pasado los controles de inmigración.

Continuando con el mismo cuerpo normativo, el principio número cincuenta y cinco regula la protección del asilo y refugio que goza todo ciudadano en territorio extranjero, conforme a la normatividad interna y buenas prácticas de cada país, así como a los convenios internacionales suscritos por los mismos. Toda persona solicitante de asilo o refugo tiene el derecho de acceder, siguiendo los procedimientos de manera justa y eficiente, a la condición de refugiado según la jurisdicción de cada Estado y sus autoridades de control.

Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 22 prescribe:

> Que todo ciudadano tendrá el derecho de buscar y ser recibido en el país de destino, asilo en territorio extranjero en cuyos casos que su integridad física y/o vida se palmariamente amenazadas por la evidente y grave persecución de delitos políticos o conexos con los mismos, de conformidad con el derecho interno de cada jurisdicción y el derecho internacional de los refugiados suscritos por los Estados.

COMISIÓN ESPECIAL PARA LOS REFUGIADOS, ¿PROTECCIÓN REAL?

Fernando Mariño, citado por el autor Rubio (s.f), señala a los siguientes tres elementos que, de acuerdo a la Convención de 1951, constituyen la figura del refugiado.

a) Presencia de un temor fundado se sufrir persecución

Esta expresión sostiene dos elementos, uno subjetivo, que se refiere al estado de ánimo de la persona interesada, y otro elemento objetivo, el cual se configura con el conocimiento que se tenga de la situación del país al cual los refugiados no pueden regresar.

b) Presencia del elemento discriminatorio en la persecución

El ACNUR aporta criterios para determinar la condición de refugiado, entre estos cualquier amenaza contra la vida o la libertad de una persona, las violaciones de derechos humanos.

c) Encontrarse fuera del país de nacionalidad o residencia

En el momento en que se solicite el refugio, el individuo no debe encontrarse en su territorio nacional. Y debe tener la condición de estar impedido de volver o no hacerlo por temor. Este es un elemento fundamental debido a que aun existiendo pruebas evidentes de una persecución con riesgo para la vida o la salud de una o más personas por alguna de las causas ya mencionadas en el punto anterior, éstas no podrán ser consideradas como refugiadas por la Convención, sino hasta que crucen la frontera del país donde se están produciendo tales hechos.

En ese sentido el Derecho de los refugiados comprende una variedad de derechos entre los cuales podemos encontrar los siguientes:

- "Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona
- Derecho a buscar asilo y a disfrutar de él
- Garantía contra la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes
- Garantía contra la esclavitud y la servidumbre
- Reconocimiento de la personalidad jurídica
- Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión
- Garantía contra las detenciones y los arrestos arbitrarios.
- Garantía contra las injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia y el domicilio
- Libertad de opinión y de expresión
- Derecho a la educación
- Derecho a tomar parte en la vida cultural de la comunidad"

El sistema de protección de refugiados y el procedimiento de determinación de la condición de refugiado se rige por la Ley N° 27891 y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 119-2003-RE. Ambas disposiciones legislativas se aplican en cuanto a la definición de refugiado y los principios contenidos en la Convención sobre la condición de refugiado e incluso incorporan la "definición ampliada de refugio", adoptada en la Declaración de Cartagena de 1984.

El procedimiento para reconocer la condición de refugiado fue de carácter administrativo. La agencia especial responsable de recibir, evaluar y atender las solicitudes es principalmente la Comisión Especial de Refugiados (CEPR), dependiente del Departamento de Relaciones Exteriores. El límite de tiempo legal para el procesamiento es de 60 días hábiles, que puede extenderse por motivos razonables. Y, de hecho, puede prorrogarse por un período de más de un año.

Las razones por las que un Estado reconoce a un ciudadano ingresante a su territorio nacional como refugiado son múltiples. Entre ellas persecuciones y/o desplazamientos por índoles de raza, sexo, nacionalidad, ideología política y/o religiosa, conflictos armados internos o con otros países,

membresía en un determinado grupo social y los demás reconocidos en los estatutos de protección internacional de los refugiados y conforme al derecho internacional suscrito por los países de la región.

Cabe resaltar, que algunos Estados mantienen criterios extremadamente legalistas, esto es, basta que no concurriera alguna de las causales o requisitos para expedir la condición de egresado, la que será plenamente rechazada. Los criterios de interpretación de los pactos internacional de protección de los refugiados dependerán de la idiosincrasia de cada país, la costumbre del asilo o refugio por parte de su población, el interés por la práctica del refugio por la Cancillería. Estos presupuestos son indispensables para la evaluación del ciudadano solicitante.

La decisión de la CEPR puede apelarse ante la Comisión de Revisión de Asuntos de Refugiados. Esta Comisión es el órgano responsable de la resolución final y definitiva de las denuncias contra las resoluciones de la CEPR en un plazo de 30 días hábiles.

Al comienzo del proceso de determinación del asilo, un extranjero tiene derecho a recibir una "tarjeta de solicitante de asilo", que es un documento temporal que permite al solicitante permanecer temporalmente en el país hasta que esté disponible la decisión final sobre la protección. También a solicitar y autorizar al refugiado a realizar temporalmente actividades remuneradas de manera dependiente e independiente.

“Una vez expedida la resolución de reconocimiento de la condición de refugiado, el órgano competente emite una comunicación a Migraciones para que proceda al registro y emisión del carné de extranjería con la calidad migratoria residente por Convenios Internacionales”. (Defensoría del Pueblo, 2020)

“Cabe señalar que a la persona reconocida como refugiada en el país le asiste el derecho de reunificación familiar, es decir, puede hacer extensiva su calidad de refugiado a su cónyuge, concubino, hijos u otra persona dependiente económicamente”. (Defensoría del Pueblo, 2020)

La Defensoría del Pueblo (2020) manifiesta lo siguiente:

La Secretaría Ejecutiva de la Comisión Especial para los Refugiados indicó que reconoció la condición de refugiado a 882 personas venezolanas. De estos, 53 fueron reconocidos en el año 2016; 119, en el 2017; 350, en el año 2018; y 360, de enero a junio 2019. Finalmente, se debe mencionar que, de acuerdo a la Ley 27891 y a su reglamento, toda persona que invoque el reconocimiento de la condición de refugiado puede ingresar a territorio nacional, no pudiendo ser rechazada, devuelta, expulsada, extraditada o sujeta a medida alguna que pueda significar su retorno al país donde su vida, integridad o su libertad estén amenazadas. (p.27)

Ahora bien, de acuerdo con Rubio (s.f), secretario ejecutivo de la Comisión Especial para los

Refugiados del Ministerio de Relaciones Exteriores,"la aplicación de la Convención de Cartagena no es automática. Adicionalmente, indica que el Perú no considera que la situación en Venezuela ha llegado al umbral de violencia, en el que todo venezolano debe ser reconocido como refugiado".

En contraste, la politóloga Feline Freier asegura "que los venezolanos sí deberían ser considerados refugiados por el Gobierno del Perú de acuerdo con la definición propuesta por la Declaración de Cartagena (1984), porque el derecho a la protección se extiende a las personas que huyen por la violencia masiva de los derechos humanos".

Asimismo, La Portilla (2019), "oficial de información pública de la Agencia de la Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), reconoce que cada gobierno decide cómo aplicar sus leyes. Pero agradece que, al menos, el Perú haya hecho esfuerzos para garantizar que los venezolanos que ingresan al país en calidad de solicitantes de refugio no sean devueltos a Venezuela, y que tengan acceso al trabajo y la educación". "Los refugiados representan un impacto para el país. Pero cuanto más rápido puedan integrarse más rápido van a contribuir al crecimiento económico".

Debido a la situación económica, política y social de Venezuela, el fenómeno de la inmigración venezolana es una de las agendas regionales y nacionales. El número de venezolanos que residen en Perú ha aumentado significativamente. Por tanto, es necesario realizar un análisis riguroso de los procesos de integración que vive esta población con el fin de propiciar un debate público sobre las políticas necesarias para facilitar una sociedad más cohesionada.

Sin duda, el primer paso en esta dirección es mostrar que aún no existe una definición clara desde las ciencias sociales del concepto de integración. Cabe destacar que los procesos de integración han sido poco estudiados y discutidos en América Latina y especialmente en Perú.

En cuanto a la masiva migración venezolana, Berganza y Solorzano (2019) manifiestan lo siguiente:

Los procesos de integración de la población venezolana en el país son complejos. Así, respecto al ámbito de la ciudadanía, nos encontramos ante una colectividad que ha accedido progresivamente a la regularización de su situación migratoria. A pesar de las dificultades para ello, muestran confianza en las instituciones públicas debido a que reconocen el esfuerzo realizado para dar respuesta ante las barreras encontradas en el sistema. Sin embargo, en cuanto a la ciudadanía entendida como participación, las personas venezolanas encuentran mayores problemas para desarrollar dicha faceta ya que el trabajo les absorbe su tiempo. Por lo tanto, es un reto promover la ciudadanía desde un concepto amplio, que no sea reducido a encontrarse residiendo de manera regular en el país. (p.99)

No obstante, según información proporcionada por el ACNUR hasta diciembre de 2014, en el territorio peruano residía una población mayor de 1,300 refugiados provenientes de países de Cuba, Colombia, Medio Oriente y otros de Sudamérica. Entre sus principales estadísticas se verificó que la población femenina representaba al 40% de la cantidad total de los refugiados que residían en

el Perú. Del mismo modo se apreciaron solicitudes de más de cuatrocientos ciudadanos entre ellos la población venezolana, colombiana y cubana para la condición de refugiados, huyendo de los devastadores conflictos armados y persecuciones políticas.

Entre los principales requisitos legales para optar por la condición de refugiados destacan la convalidación de títulos universitarios o técnicos ante la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria – SUNEDU, otorgamiento y/o aprobación de permisos temporales de trabajo para la población venezolana, acceso gratuito al sistema integral de salud (SIS), acceso a empleos formales y otorgamiento de derechos laborales, obligaciones tributarias en casos de aperturas de negocios, acceso a los servicios de las entidades públicas para la debida celebración de actos jurídicos, contratos, entre otros.

"Ante ello, el Perú ha demostrado una gran solidaridad con las personas refugiadas y migrantes. Además, hemos sido testigos de importantes políticas públicas para ampliar la protección de las personas forzadas a huir de sus países. Estamos ante una situación excepcional que requiere un esfuerzo extraordinario por parte del Gobierno del Perú, así como de instituciones como la Defensoría del Pueblo". (Defensoría del Pueblo, 2020)

"El contexto actual interpela a los Estados a reformular de manera coordinada y responsable la gobernanza migratoria y el sistema de protección de personas refugiadas de cada país y, por ende, de la región, en coherencia con las obligaciones asumidas en materia de protección internacional de los derechos humanos". (Defensoría del Pueblo, 2020)

"En ese orden de ideas, resulta imprescindible la formulación de medidas concretas a corto, mediano y largo plazo que planteen soluciones duraderas y partan de la premisa de que la movilidad internacional debe ser vista como una oportunidad en el desarrollo de los países". (Defensoría del Pueblo, 2020)

CONCLUSIONES

- Desde un punto de vista práctico existe un incremento del tránsito migratorio. Al Perú han ingresado aproximadamente 800 mil personas de nacionalidad venezolana. Por tal razón se hace necesario implementar mecanismos ágiles y efectivos para regular la situación migratoria.
- Los ciudadanos venezolanos que huyen de su territorio son personas refugiadas y poseen derecho a la protección y respeto de sus derechos, tanto por la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, de carácter universal, como del testimonio de Cartagena de 1984, de carácter regional.
- A través de la Comisión Especial para los Refugiados, el Perú hace su mejor esfuerzo por tratar de brindar esperanza y calidad de vida a los mismos. La gran demanda y numero de migrantes que

a veces pasan la frontera de manera informal, sin embargo, no favorece el correcto desempeño de la comisión.

- El nivel de eficacia de la Comisión Especial para los Refugiados del Ministerio de Relaciones Exteriores en la protección de los derechos de los refugiados venezolanos en el Perú, 2019 es bajo debido a la no valoración como refugiados de los venezolanos.
- El destino de esta población migrante se orienta hacia Estados donde sus derechos no se vean transgredidos, así como también donde se les garantice sus derechos como seres humanos. Estos derechos son reconocidos por órganos internacionales como tratados, convenciones y la normatividad nacional. Sin embargo, en países como el nuestro donde no solo enfrentamos el problema de la migración, sino también incluso una pandemia y además una crisis política, el índice de pobreza que ha aumentado hace difícil garantizar por completo el control de los ciudadanos venezolanos

BIBLIOGRAFÍA

Amnistía Internacional. (2020). BUSCANDO REFUGIO. PERÚ DA LA ESPALDA A QUIENES HUYEN DE VENEZUELA. Reino Unido: Amnistía Internacional .

Defensoría del Pueblo. (2020). Personas Venezolanas en el Perú, análisis de la situación antes y durante la crisis sanitaria generada por el Covid-19. Lima: Defensoría del Pueblo.

Rubio, P. (s.f). El concepto de refugiado en la convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951. Tratamiento normativo y realidad. Lima.

Berganza, I., & Solorzano, X. (2019). El proceso de integración social de la migración venezolana en el Perú. Después de la llegada: realidades de la migración venezolana., 83-100.



Los guardianes ii - Oleo sobre tela - 100x80cm
Héctor Acevedo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6129

LA AFECTACIÓN AL DERECHO DE FILIACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ

Angela Roxana Meléndez Lipa[1]

RESUMEN

El objetivo de este artículo es analizar los cuestionamientos socio-jurídicos al empleo de las tecnologías de la reproducción asistida, específicamente en el caso de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico peruano y, a su vez, exponer la ausencia de un marco normativo apropiado para la celebración de este tipo de convenios entre los padres biológicos y la madre subrogada, la ausencia de intervención estatal en los centros médicos que ofrecen este servicio, sin establecer protocolos y lineamientos válidos para evitar la afectación al derecho de filiación de los padres y el interés superior del niño. Asimismo expondremos las principales características de la maternidad subrogada, los principales conflictos con los derechos inherentes a los grupos familiares, las formas de contratación y validez de los referidos acuerdos, así como los beneficios de la cooperación con las parejas infértiles.

Palabras clave: maternidad subrogada – reproducción asistida – derecho de filiación – infertilidad – padres biológicos

1 Abogada por la Universidad Católica de Santa María (UCSM). Maestra en Derecho Civil por la misma casa de estudios. Cuenta con título de segunda especialidad profesional en Derecho Procesal Constitucional y Administrativo por la UCSM. Juez de paz letrado titular de la Corte Superior de Justicia de Tumbes.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the socio-legal questions of the use of assisted reproductive technologies, specifically in the case of surrogate motherhood in our Peruvian legal system and, in turn, to expose the absence of an appropriate regulatory framework for the conclusion of this type of agreements between the biological parents and the surrogate mother, the absence of state intervention in the medical centers that offer this service, without establishing valid protocols and guidelines without affecting the right of filiation of the parents and the best interest of the child. Likewise, we will support the main characteristics of surrogate motherhood, main conflicts with rights inherent to the family groups, forms of contracting and validity of the referred agreements, exposing the benefits of these cooperation scenarios for infertile couples, considering the value load of its repercussion in the socio-legal phenomenon of the new millennium, as the new reproductive revolution.

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El legislador peruano presta atención a los fenómenos sociojurídicos al momento de emitir sus leyes, debido a la relevancia de los nuevos avances científicos realizados por los organismos internacionales, en busca de nuevos prospectos de solución a los problemas de salud pública, étnico-culturales, económicos, de grupos familiares, de género, entre otros. De acuerdo con los resultados del censo nacional de población del año 2017, realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, el 48% de los peruanos, esto es, 14'993,945 (entre mujeres y varones) se encuentran en edad fértil; sin embargo, la Sociedad Peruana de Urología indica que el 15% (2 millones 249 mil) de ellos padecen de problemas relacionados con la infertilidad.

Por ello diversas parejas deciden someterse a las nuevas tecnologías en salud pública para tener hijos, entre ellas las técnicas de reproducción humana asistidas que producen la figura de la maternidad subrogada. Pero esta solución ha generado innumerables cuestionamientos desde el punto de vista solidario por coadyuvar dilemas entre la necesidad humana y, por otro lado, críticas infamantes al proceso de la concepción humana.

Cabe recordar que en el año 1976 se realizó el primer acuerdo sobre maternidad subrogada aplicando la técnica de la inseminación artificial por medio del Noel Keane. De ste modo se creó la Surrogate Family Service Institute; con el objetivo primordial de brindar apoyo a las parejas con problemas de concepción, facilitándoles el acceso a los insignes vientres de alquiler, con todos los acuerdos previos para efectuar la subrogación. Hay casuística sobre la maternidad subrogada predominantemente conocida como "Baby M.", que pone de relieve algunos enfrentamientos sociales en Estados Unidos, un presuntuoso

acuerdo de maternidad sustituta, donde el cual la mujer que había brindado el servicio de gestación después de nacido el bebé, se afligió al entregar el bebé a la pareja contratante y, unánimemente optó por la decisión de quedársela, suscitándose problemas contractuales entre las partes. En estos casos los tribunales estadounidenses resolvieron otorgar legítimamente los derechos de tenencia al padre y de visita a la madre sustituta.

Reafirmando las aseveraciones precedentes, las mencionadas técnicas de reproducción asistida constituyen una inédita renovación tecnológica en el nuevo milenio para brindar soluciones a los problemas de infertilidad en un gran sector de la población peruana (entre un 16 % a 20 % según el referido censo. No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico no existe mayor abundamiento legislativo que elprimer pàrrafo del proscrito artículo 7, de la Ley General de la Salud N° 26842 que palmariamente indica que toda persona tiene el derecho de emplear las técnicas de reproducción asistida para tratar el problema de infertilidad, toda vez que la condición de madre genética y madre gestante recaen en la misma persona, con autorización expresa de los padres biológicos. Esto limita el derecho de filiación de los padres biológicos cuando se vean inmiscuidos en la búsqueda de vientre subrogado.

Ahora bien, desde el punto de vista del derecho de filiación de las parejas peruanas, estos nuevos avances tecnológicos en la salud pública y los paulatinos progresos legislativos han conllevado novedosas transformaciones en la realidad socio-jurídica como la noción de revolución reproductiva. Al quedar desligada la reproducciòn humana de la sexualidad de los padres biológicos han surgido colisiones e incongruencias en las estructuras jurídicas preexistentes del derecho de familia peruano.

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ

La maternidad subrogada deriva de la aplicación de una técnica diseñada para el cuerpo femenino con ausencia del órgano uterino o por la inexistente capacidad embrionaria.

“La maternidad subrogada es el proceso por el cual una mujer se compromete a llevar a cabo la gestación durante nueve meses a favor una pareja estéril con la que se responsabiliza a entregar al bebe después del alumbramiento. La mujer subrogada acepta ser fecundada con el semen del marido o puede recibir el implante del embrión mediante la fecundación in Vitro”. (Saavedra, 2017, p.20).

Siguiendo la línea del referido autor, la maternidad subrogada se constituye del acuerdo entre una pareja imposibilitada de procrear hijos debido a la infertilidad y otra mujer conocida como madre sustituta quien reemplazará a la madre genética, con el objetivo de que la primera geste al bebé en su útero durante todo el lapso del embarazo y, al momento de su nacimiento, la madre subrogada o sustituta lo entregue a los padres biológicos. Esta maternidad subrogada es mayormente definida como el cambio del estado de madre.

"La maternidad subrogada se refiere a la implantación de un embrión creado por la tecnología de la fecundación in vitro en una madre sustituta, o madre gestante, mediante un contrato con ella. Puede implicar a las familias naturales (mujer y hombre) con problemas de infertilidad o no, o a familias monoparentales o bioparentales del mismo sexo". (Jouve de la Barreda, 2017, p.153).

En el II Encuentro Internacional de Derecho Notarial, celebrado en Lima el año 2016, surgieron cuestionamientos jurídicamente válidos respecto a esa presuntuosa permuta de células germinales con el fin de coadyuvar a la reproducción humana. Este evento académico convocó a numerosos estudiosos que plantearon los nuevos retos de las técnicas de reproducción asistida, destacándose la maternidad subrogada y/o la fecundación in vitro.

Se trató sobre la ausencia de un marco normativo y el rol del notario, como servidor de autenticidad de fe pública en los actos celebrados por los ciudadanos, el que debería tener mayor participación en estos tipos de convenios garantizando el debido consentimiento voluntario de los padres biológicos y de la tercera persona, evitando que el notario solo ejerza el el papel diminuto de legalizar firmas de las partes, sino que se pronuncie sobre el contenido de esos documentos. Además de ofrecer servicios como la fecundación asistida, el banco de gametos femeninos y masculinos, la crioconservación, entre otros, el aparato estatal debería intervenir contribuyendo a la elaboración de guías médicas y protocolos de intervención sin previa autorización del funcionario legal competente.

"Debe considerarse que la ley peruana, en especial la de salud, no se ha pronunciado sobre la madre sustituta, cuando una mujer acepta ser inseminada con material genético del marido de otra a fin de entregar a la criatura una vez nacida. Aquí, la maternidad genética coincide con la biológica. La madre lo concibe y lo gesta, restando solo entrega. La prohibición indicada en la Ley general de salud resultaría inaplicable pues ambas maternidades guardan equidad. Lo ilícito se generaría con la vulneración del Código civil en su norma citada (artículo 409)". (Varsi, 2010, p.84).

El derecho a la filiación del neonato es otro de los principales problemas derivados de la ausencia de legislación sobre la maternidad subrogada en el Perú. Uno de estos problemas se origina cuando la madre sustituta, que ha celebrado contrato con los padres biológicos para gestar a un nuevo ser, después del nacimiento no quiere entregar al bebé a sus padres genéticos. En este caso se tomará en cuenta la casación N° 563-2011/Lima, presentada por la casacionista Isabel Castro Muñoz contra la resolución del 30 de noviembre de 2010 que declara fundada la demanda de adopción por excepción, declarando a la niña Victtoria Palomino Castro, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Felicitas Palomino Quicaño.

El referido recurso casacional resuelve un caso de inseminación artificial por el que el matrimonio entre Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone solicitaron a Isabel Zenaida Castro Muñoz la gestación de su bebé debido a problemas de procreación, siendo la madre sustituta esta última y Giovanni Sansone el padre genético, puesto que se encargó de brindar sus gametos para que se efectúe

la inseminación artificial.

El conflicto surgió cuando la madre sustituta, conviviente de Paúl Palomino Cordero (sobrino de la madre biológica Dina Palomino Quicaño), después del nacimiento de la neonata con iniciales V.P.C. inscribió su filiación como hija de Paúl Palomino Cordero. Así, aun cuando Paúl Palomino sabía que no era el padre biológico de la menor de edad, esta pareja terminó convirtiéndose en los padres legales de la menor.

Los padres legales entregaron a la bebé dentro de los plazos legales para que ellos emprendieran el proceso de adopción según lo prescrito en el artículo 248 del Código de Niños y Adolescentes peruano.

A pesar de haber desistido del proceso de adopción, en las dos instancias jurisdiccionales civiles se declaró fundada la demanda de adopción por excepción interpuesta por la pareja Palomino-Sansone. La pareja Castro-Palomino interpuso recurso de casación por infracción normativa del artículo 115 del Código de Niños y Adolescentes. al ser el presunto padre biológico el padre adoptante, al artículo 128 inciso b) del mismo cuerpo normativo, aduciendo que Felicita Palomino Quicaño no tiene relación de parentesco con la menor de edad, debido a que Giovanni Sansone figura como padre biológico y no Paúl Palomino Cordero, al solo presentar la calidad de padre legal y, finalmente infracción normativa a los artículos 378, incisos 1) y 5) del Código Civil.

En este proceso quedó fehacientemente comprobado que Isabel Castro Muñoz y Paúl Palomino Cordero presentaban insolvencia moral, de ahí el interés al recibir la cantidad de $18,900 dólares americanos de los padres biológicos Sansone-Palomino, quienes manifestaron que eran víctimas de extorsión por la pareja Castro-Palomino con la interrupción del embarazo y/o dar en adopción a la bebé después del nacimiento, sosteniendo el juzgador que Isabel Castro Muñoz aceptó voluntariamente la mencionada técnica de maternidad subrogada junto con el consentimiento de su pareja Paúl Palomino Cordero..

En el presente proceso, la Corte Suprema resolvió bajo el amparo del principio del interés superior del niño, debido a la coexistencia de intereses legales de ambas parejas referente al justo derecho de filiación del menor de edad, protegiendo el derecho al crecimiento en un ambiente equilibrado y que contribuya a la correcta formación de la menor, estableciéndose un adecuado vínculo emotivo de relación padres e hija.

La maternidad subrogada no está explícitamente aprobada en nuestro país debido a que la madre gestante deberá ser la misma que la madre biológica. El artículo 7 de la Ley General de la Salud como anteriormente señalamos, debido a que algunos médicos consideran que efectivamente la maternidad subrogada no está explícitamente aprobada en nuestro país. Conforme al artículo V del Título Preliminar del Código Civil, inspirándose en el principio romano-germánico mater semper certa est, esto es, todo acuerdo o convenio celebrado entre los particulares es nulo de pleno derecho si contraviene los referidos artículos, por lo que la madre gestante no se vería coaccionada a entregar al neonato a sus padres biológicos, a pesar de haber otorgado su libre declaración de voluntad en celebrar el referido acuerdo a

cambio de un beneficio económico durante todo el proceso de gestación con la condición de entregar al bebé a sus padres genéticos.

CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE MATERNIDAD

La forma de manifestación de la voluntad entre las partes en el derecho civil es la celebración de acuerdos, contratos o negocios jurídicos en los cuales se plasma la intención bilateral de las mismas, se determinarán los derechos y obligaciones que deberán cumplirse en amparo del principio de la autonomía de las partes. El contrato de maternidad subrogada es de obligatorio cumplimiento entre las partes

"En relación a la maternidad por sustitución, no existe acuerdo entre juristas. Algunos opinan que debiera permitirse la maternidad por sustitución o arrendamiento de útero, siempre y cuando se acredite la imposibilidad de la mujer de llevar a cabo el proceso de gestación, y se convenga un contrato de prestación de servicios con la madre sustituta, donde se estipule claramente los derechos y deberes de las partes, y ésta renuncie expresamente a la maternidad del hijo. Para esto sería necesario hacer una enmienda a la legislación que reconozca la maternidad sin gestación". (Tejada, 2019, p.20).

Al respecto, los especialistas en Derecho de Familia consideran que la maternidad subrogada sería plenamente legal siempre y cuando se apruebe un marco normativo específico, con el objetivo de otorgar familia a aquellas parejas que por sus condiciones físicas están imposibilitadas, por lo que debe intervenir una segunda mujer, la que prestará su vientre durante todo el período de gestación. Otros especialistas señalan que la referida materia no puede estar comprendida dentro de los parámetros del contrato de prestación de servicios. En este caso se trata de garantizar bienes jurídicos de máxima importancia y un dercho que es indisponible.

El derecho a formar una familia según el Código Civil Peruano no presenta restricciones algunas, debido a que actualmente han surgido nuevas conceptualizaciones de criterios y estados de familia debido a factores sociales, políticos, culturales y económicos que desintegran el concepto de familia tradicional.

"En lo que respecta a la naturaleza jurídica del contrato de madre sustituta o subrogada, entendemos que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos, es entonces que surge la interrogante sobre si es propiamente un contrato, ya que ello representa una relación de índole patrimonial y naturaleza privada; confiriéndole poder a las partes para decidir sobre el objeto del acuerdo de voluntades, si ello fuera así, convalidaríamos el hecho que la vida humana en formación, sea de disposición de los contratantes, y que su vida sea objeto de una cláusula, dado que ello no es posible sin contravenir el orden público y los derechos humanos". (Sally, 2018, p.43).

El mencionado acuerdo entre las partes no reviste en su totalidad el carácter de privado, al tener inmerso el interés público, esto es, el interés superior del niño en el que predomina la dignidad de la vida humana desde su concepción y el derecho a la salud de la madre gestante, bienes jurídicos supremos protegidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Al aparato estatal le compete regular estas relaciones jurídicas, considerando los principios de tutela efectiva propios de un ordenamiento jurídico positivista y el cumplimiento de la protección de los derechos humanos, reconocidos por nuestro Estado en los documentos internacionales. El Estado, por lo tanto, está llamado a establecer el alcance de licitud de este tipo de contrato y su necesidad en el sector de salud, con la participación de los agentes del sistema de administración de justicia.

Sin embargo, exponiendo la dicotomía de estas relaciones, otro sector de especialistas en la materia señalan que una eventual regulación de este tipo de contratos contravendrían a la moral y las normas de orden público, generando reproche social. Esta postura, sin embargo, agravaría la controversia, ocasionando que las parejas infértiles recurran a centros médicos clandestinos sin los debidos protocolos, poniendo en peligro su salud e integridad física. A este respecto cabe adoptar un enfoque ecléctico que tome en cuenta tanto el Derecho de Familia como la reproducción humana.

CAUSAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

La mayoría de parejas que recurren a la técnica de reproducción asistida desean tener descendencia con su misma carga genética, debido a múltiples valores tradicionales familiares y sociales, usando donantes anónimos de los gametos sexuales para la procreación y/o gestación de la nueva vida, manteniéndose así el vínculo biológico y fortaleciendo los lazos emotivos y paternales.

Entre las diversas causas por las cuales las parejas infértiles recurren a las técnicas de reproducción asistida, específicamente a la maternidad subrogada, destacan la infertilidad de algún miembro de la pareja o problemas físicos para procrear, y diversos defectos genéticos de la pareja.

“La esterilidad es la incapacidad de lograr un embarazo, pese a mantener relaciones sexuales sin medidas anticonceptivas dentro de un periodo de doce meses. Por su parte, la infertilidad es la imposibilidad de que el embarazo llegue a término con el nacimiento (conocida como aborto habitual o de repetición). En este sentido, se puede afirmar que los varones exclusivamente pueden presentar problemas de esterilidad, a diferencia de las mujeres, que pueden verse afectadas, tanto por problemas de esterilidad como de infertilidad”. (Delgado, 2019, p.l4).

Entre las principales causas de índole social para recurrir a la técnica de reproducciòn las siguientes: evitar la interrupción de proyectos académicos o culminar estudios; emprender oportunidades laborales, específicamente de la fémina al ser la repercutora del proceso de gestación, conservar el estado joven

del cuerpo humano como necesidad estética-física, etc.

Pero la principal causa de la celebración de este tipo de contratos es la infertilidad de la pareja, la cual se debe a dos factores mayormente presentes: la edad y la capacidad de gestación por parte de la fémina. El primer caso se debe a la calidad de los gametos femenino, puesto que mientras más joven es la mujer mayor será la calidad y cantidad de los óvulos. Aunque la presencia de ovarios poliquísticos en la mujer es otra de las causas de los problemas de infertilidad.

DERECHO DE FILIACIÓN VERSUS INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El artículo 4 de la Constitución Política vigente ha prescrito que 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.

De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23 también prescribe que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Así pues, considerando la relevancia que le otorgan a la familia estos documentos normativos se pueden inferir distintas aseveraciones: la familia como figura del derecho natural y fundamental en el orden social, que cobra especial reconocimiento y protección jurídica para garantizar su autonomía, conformación y libre desarrollo en la comunidad.

Dicho lo anterior, definimos a la filiación como "la identidad o características únicas de la persona en base a su origen biológico, o sea, el individuo será miembro natural de una determinada familia dependiendo de identidad genética que este individuo concuerde con sus ascendientes". (Salazar, 2020, p.42).

No obstante, en la filiación que surge de las técnicas de reproducción asistida, especialmente en la maternidad subrogada, la condición de paternidad y/o maternidad genética no va coincidir con la puramente formal o legal; por lo que se ha hecho evidente la impetuosa necesidad de regularizar las legislaciones civiles de la región, considerando los principales cuestionamientos a favor y en contra de esta técnica de procreación.

En efecto, la doctrina mayoritaria ha discernido abundantemente sobre el derecho de filiación en el caso de la maternidad subrogada, debido a que un sector ha sopesado esta forma de filiación como próxima a la forma de procreación natural, como ocurre con la inseminación médica artificial homóloga. Otros la comparan con la filiación adoptiva dada la aplicación de la fertilización artificial heteróloga (con embrión donado) o maternidad subrogada. Tratándose de distintas situaciones terminó convirtiéndose en una

tercera modalidad de filiación, debido al progresivo avance científico de las técnicas de reproducción asistida, por lo que se creó un nuevo fenómeno socio-jurídico resultando imprescindible estructurarla en el ordenamiento jurídico peruano y definir el proceso de intervención estatal y la autonomía entre las partes con la libertad de contratar.

Los juristas han distinguido dos importantes sistemas de filiación: el realista y el formalista. El sistema realista, también conocido como verdad biológica, señala que la filiación jurídica no siempre será la verdad biológica en la realidad, por lo que se permitirá el acceso a mecanismos legales para conseguir la paternidad y/o maternidad del neonato. Según el principio de verdad biológica, madre es toda aquella que ha dado luz a la nueva vida y padre es quien la ha fecundado a través del acto sexual. El derecho de filiación, por lo tanto, se determinará por la condición sanguínea y material genético, atribuyéndose en un mismo rol la realidad fisiológica de ser progenitor con la realidad jurídica.

Por otro lado, en cuanto al sistema formal, se exonera la realidad biológica, predominando los valores tradicionales como por ejemplo la paz, la unidad familiar, el afecto y la situación jurídica, estableciendo nuevos parámetros que fijarán las nuevas formas de filiación.

La controversia surge cuando se pretende correlacionar la realidad biológica con la situación jurídica, puesto que la filiación puede constituirse sin una verdad biológica; esto es, sin procreación mediante la adopción o mediante una verdad biológica sin filiación, como es el caso de los expósitos; o no existir ninguna de las dos situaciones por estar inmersos en una técnica de reproducción asistida, lo que conlleva a problemas de identidad en la definición del interés superior del niño.

Varsi define al derecho de reconocer la identidad como "la facultad del ser humano sustentada en el principio de la verdad biológica que le permite saber quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible". (2010, p.79).

Entre el derecho de identidad y la verdad biológica coexiste una relación intrínseca a través del cual el neonato encontrará su posición en la familia y obtendrá los derechos que le correspondiesen; es decir, el derecho a conocer a sus progenitores y a conformar un hogar. Al no estar debidamente legalizadas las técnicas de reproducción asistida limitan este derecho, negándole al hijo la facultad de definir su identidad personal, afectando su interés propio como niño.

"El fin de las técnicas de reproducción asistida es permitir descendencia a las parejas estériles por lo que deben estar acompañadas de un sistema de atribución de la filiación eficiente, que no imponga, que no solo construya sino que establezca la filiación de todos los concebidos y nacidos por estos medios". (ídem).

Por ello un gran sector del Derecho peruano considera que cuando entran en conflicto el derecho de filiación versus el interés superior del niño en estas situaciones de maternidad subrogada deberá prevalecer la autonomía de las partes, desplazando a la realidad biológica. Esto quiere decir que en

la filiación civil de los bebés nacidos por reproducción asistida no importa tanto la distinción entre la verdad biológica y la legal sino que predomina el acuerdo entre las partes.

Esta nueva corriente de filiación civil se sustenta en la declaración de la voluntad entre las partes intervinientes, es decir, manifestación de procrear y conformar una familia aportando el material genético, así como la voluntad de aportar el órgano por excelencia para el proceso de gestación, sin asumir algún derecho en la determinación de paternidad y/o maternidad frente a los padres biológicos. En este caso pierde trascendencia la filiación natural, predominando los valores tradicionales como el afecto y apoyo familiar, los criterios sociológicos y culturales versus los biológicos.

"La paternidad es un concepto social que trasciende a lo biológico representado por el progenitor. La descendencia corresponde aquellos que la desearon. El régimen de la filiación para las técnicas procreáticas se asemeja al de la adopción dado que ambas se sustentan en la voluntad y no el dato biológico". (ídem, p.80).

De esta manera, surgen cuestionamientos sobre cuál debería ser el actuar de nuestro legislador ante esta evidente realidad que cada vez es creciente. Y han surgido dos posibles respuestas: (i) regular una nueva forma de filiación por las técnicas de reproducción asistida, especialmente la maternidad subrogada, y (ii) adaptar esta nueva forma de filiación en nuestras instituciones jurídicas preexistentes, dirigiendo la solución únicamente a determinar una filiación matrimonial o extramatrimonial. En el derecho natural, la filiación ha dependido mayormente de la figura del matrimonio, donde queda claramente determinada la paternidad y/o maternidad biológica, lo cual ha sido legítimamente aceptado por los grupos sociales, resultando irrelevante la voluntad de procrear por la pareja, lo cual no se suscita en la reproducción asistida; donde primará la manifiesta voluntad del padre o madre, sin importar que varíe el elemento biológico.

En consecuencia, consideramos que en salvaguarda del principio del interés superior del niño en defensa de su identidad personal, se hace imperiosa la necesidad de regular en nuestro país no solo el reconocimiento de la maternidad y/o paternidad biológica, sino además fortalecer el vínculo materno y/o paterno filial con las personas que considera padres y, subsecuentemente familia, porque tendrán especial trayectoria en el desarrollo de la personalidad del menor de edad.

PROTECCIÓN INTERNACIONAL AL DERECHO GENÉTICO

Como hemos expuesto, la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida es producto de los nuevos avances científicos en salud reproductiva, expandiéndose alrededor de los países de la región, por lo que se hace necesaria su protección internacional por los principales organismos y tribunales supranacionales.

En primer lugar, encontramos el documento internacional de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada en la Conferencia General de la UNESCO en la reunión número veintinueve. Este documento marca el comienzo de la normativa en derecho genético y en su elaboración participaron múltiples Estados con sus aportes científicos, evitando la trasgresión de la dignidad del ser humano y promoviendo el respeto a la vida.

En esta declaración universal se define el genoma humano de la siguiente manera:

> "Artículo.1: El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad".
> "Artículo 2: a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características. b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad".

El principal objetivo del referido documento internacional es brindarle a los Estados lineamientos para una idónea regulación en el campo de las innovaciones científicas, de modo que estas sean permitidas dentro de los límites impuestos en la referida declaración, tomando todas las medidas posibles para permitir las condiciones materiales e intelectuales para el libre ejercicio de la investigación sobre el derecho genético y el genoma humano. Así se coadyuva a la solución de problemas que abarcan a la familia y a la sociedad, considerando las limitaciones éticas, culturales, sociales y económicas. El Estado tiene el deber de participar activamente como regulador oficial en el campo de la ciencia cuando sus investigaciones involucren derechos como a la vida, salud, familia e integridad física.

En segundo lugar, la Declaración de Bioética y Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO con fecha 19 de octubre de 2015, considera los principales avances de la ciencia y nuevas tecnologías que afectan mayormente a la procreación humana y a la vida humana. Este documento regula principios que surgen en el campo de las ciencias médicas y de la tecnología. Sus principales directrices son las siguientes:

> "Artículo 2.- objetivos:
> a.- Proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados en la formulación de legislaciones, políticas, u otros instrumentos en el ámbito de la bioética.
> (…).
> c.- Promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos".

Esto quiere decir que se protege el interés superior del niño desde su condición de embrión, considerando su especial situación jurídica con el objetivo de otorgarle de acuerdo con cada Derecho interno protección frente a las manipulaciones genéticas, salvaguardando su futuro derecho como vida independiente y

dignidad humana, lo cual no limita la voluntad de sus padres biológicos a adoptar otro tipo de decisiones, sin trasgredir dichos derechos.

Finalmente, la Declaración Internacional de los Datos Genéticos Humanos, con fecha 16 de octubre del 2003, prescribe lo siguiente:

> "Artículo 1: Objetivos y alcance
> a) Los objetivos de la presente Declaración son: velar por el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos, los datos proteómicos humanos y las muestras biológicas de las que esos datos provengan, en adelante denominadas "muestras biológicas", atendiendo a los imperativos de igualdad, justicia y solidaridad y a la vez prestando la debida consideración a la libertad de pensamiento y de expresión, comprendida la libertad de investigación; establecer los principios por los que deberían guiarse los Estados para elaborar sus legislaciones y políticas sobre estos temas; y sentar las bases para que las instituciones y personas interesadas dispongan de pautas sobre prácticas idóneas en estos ámbitos".

En efecto, el referido documento internacional se sustenta principalmente en la protección del manejo de la carga genética obtenida de los datos otorgados por la pareja, salvaguardando la dignidad del concebido como vida independiente y evitando la manipulación de las muestras biológicas por parte de los centros médicos que brindan el servicio de la reproducción asistida. Asimismo, al modificar la legislación se promueve el rol activo del aparato estatal para otorgar mayor protección a estas nuevas tecnologías o regular específicos marcos normativos para su coexistencia con las demás instituciones jurídicas, prevaleciendo los derechos fundamentales anteriormente expuestos.

CONCLUSIONES

A) Se ha podido determinar que en el ordenamiento jurídico peruano existe una ausencia de regulación normativa en cuanto a las técnicas de reproducción asistida, especialmente sobre la maternidad subrogada, claramente diferenciada de lo prescrito en el artículo 7 de la Ley General de la Salud, desconociendo el principal factor de concurrencia a estas técnicas como es la infertilidad, evitando que la carga genética y proceso de gestación recaiga en la misma mujer; quedando al libre albedrío la celebración de los contratos de vientres de alquiler.

B) Se han reconocido importantes avances en la relación entre la verdad biológica y la situación jurídica de las familias, prevaleciendo valores tradicionales como el libre derecho a formar una familia, el afecto, vínculos paternales y el interés superior al niño. Los Estados, con su debida intervención legal en los nuevos fenómenos genéticos y sociales, están reconociendo la primacía de la voluntad de las partes.

C) Una de los principales directrices de la maternidad subrogada es la protección del derecho a la identidad personal del neonato, que abarca el derecho a reconocer a sus padres y conformar un grupo familiar, derecho al nombre y apellido y al desarrollo integral de su personalidad, conforme al artículo 6 del Código del Niño y Adolescente. Por eso resulta imprescindible la intervención estatal en los centros médicos de reproducción asistida para garantizar la optimización de sus servicios, con el apoyo de los agentes del sistema de administración de justicia.

D) La regulación de la maternidad subrogada en el Perú deberá permitir su plena realización, considerando el libre ejercicio de los padres biológicos intervinientes con la madre gestante, procurando la defensa de la dignidad humana del neonato, la libertad contractual, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a conformar una familia.

BIBLIOGRAFÍA

Hidalgo, S. (2018). La maternidad subrogada y afectación a la teoría general de la contratación contenida en el Código Civil peruano. Tesis para obtener el título profesional de abogada, Universidad Nacional Santiago Santúnez Mayolo, Huaraz, Perú. [En línea] Disponible en: http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/2733/T033_%2046707672_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Saavedra, S. (2017). Aspectos jurídicos relevantes en la maternidad subrogada: Un análisis a la realidad peruana, Tesis para obtener el título profesional de abogada, Universidad César Vallejo, Nuevo Chimbote, Perú, [En Línea] Disponible en: https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/10276/saavedra_ps.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Salazar, A. (2020). Implicancias jurídicas de la regulación en la maternidad subrogada como parte de una realidad social. Tesis para obtener el título profesional de abogada, Universidad de Huánuco, Perú. [En línea] Disponible en: http://200.37.135.58/bitstream/handle/123456789/2592/SALAZAR%20CHAUCA%2c%20ANDR%c3%89S%20ALEJO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Tejada, J. (2019). Análisis jurídico de la maternidad subrogada dentro de nuestro ordenamiento legal peruano, Arequipa, 2017. Tesis para obtener el grado académico de maestro en Derecho Civil, Universidad Católica de Santa María, Perú. [En línea] Disponible en: http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/9033/91.1899.MG.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Varsi, E. (noviembre, 2010). Filiación y reproducción asistida. Revista DF Y P, Año II, N° 10. [En línea] Disponible en: https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/3258/Varsi_Rospigliosi_Enrique.pdf?sequence=1&isAllowed=y

LEGISLACIÓN NACIONAL Y DECLARACIONES UNIVERSALES

- Código del Niño y Adolescente
- Constitución Política del Perú de 1993.
- Código del Niño y Adolescente.
- Declaración Internacional de los Datos Genéticos Humanos con fecha 16 de octubre de 2003.
- Declaración de Bioética y Derechos Humanos con fecha 19 de octubre de 2015.
- Declaración Universal sobre Genoma Humano y los Derechos Humanos.
- Hidalgo, S. (2018). La maternidad subrogada y afectación a la teoría general de la contratación contenida en el Código Civil peruano. Tesis para obtener el título profesional de abogada, Universidad Nacional Santiago Santúnez Mayolo, Huaraz, Perú. [En línea] Disponible en: http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/2733/T033_%2046707672_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Saavedra, S. (2017). Aspectos jurídicos relevantes en la maternidad subrogada: Un análisis a la realidad peruana, Tesis para obtener el título profesional de abogada, Universidad César Vallejo, Nuevo Chimbote, Perú, [En Línea] Disponible en: https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/10276/saavedra_ps.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Salazar, A. (2020). Implicancias jurídicas de la regulación en la maternidad subrogada como parte de una realidad social. Tesis para obtener el título profesional de abogada, Universidad de Huánuco, Perú. [En línea] Disponible en: http://200.37.135.58/bitstream/handle/123456789/2592/SALAZAR%20CHAUCA%2c%20ANDR%c3%89S%20ALEJO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Tejada, J. (2019). Análisis jurídico de la maternidad subrogada dentro de nuestro ordenamiento legal peruano, Arequipa, 2017. Tesis para obtener el grado académico de maestro en Derecho Civil, Universidad Católica de Santa María, Perú. [En línea] Disponible en: http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/9033/91.1899.MG.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Varsi, E. (noviembre, 2010). Filiación y reproducción asistida. Revista DF Y P, Año II, N° 10. [En línea] Disponible en: https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/3258/Varsi_Rospigliosi_Enrique.pdf?sequence=1&isAllowed=y



La anunciación - 155x220cm
Héctor Acevedo


IONAS



ARTE

- Héctor Acevedo



IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/61.6130

HÉCTOR ACEVEDO: BAJO EL SILENCIO DE LOS SUEÑOS

El artista plástico peruano se refirió a su búsqueda estilística y al panorama pictórico de su país, entre otras cosas.



Por Camila Reveco

Consciente de las demandas que impone el actual mercado artístico y lejos de tentarse por propuestas ligeras que estén de moda, el artista plástico peruano Acevedo se mantiene fiel a la pintura figurativa; cuida el oficio y logra que todo su mundo plástico se comunique y llegue al público de forma directa,

sin la necesidad de interlocutores. La obra del creador latinoamericano se defiende por sí sola. “El arte conceptual intenta acabar con el arte tradicional, según expresan algunos de sus seguidores, por lo que me obliga a estar en total desacuerdo porque para un artista plástico tradicional la obra es el resultado de muchos años de estudio e investigación, años de perfeccionamiento de la técnica”, de esta forma piensa Héctor Acevedo, nacido en Lima en el año 1963.

Estudiante arrepentido de Ingeniería Civil, el artista se inclinó a mediados de la década del 80, por los lápices y pinceles y cursó sus estudios formales en la Escuela Nacional de Bellas Artes.

Ha trabajado desde siempre con los mitos, rituales tradicionales y aspectos propios de su cultura desde una mirada onírica, privilegiando el mundo de los sueños y el inconsciente, dándole especial protagonismo a las sombras y la noche. Las mujeres que representa no tienen boca, permanecen calladas, pero sus posturas y sobre todo sus miradas son las responsables a la hora de expresar sentimientos y emociones. ¿Qué buscan? ¿Qué piensan? Aparecen además acompañadas por animales, nubes, árboles, pájaros, hojas de coca, paraguas y casas; a veces surge una figura masculina desdoblada. Son ambientes silenciosos, surrealistas y mágicos en donde prima un “especial interés en la expresividad del color y la armonía, sin duda, los pilares de lo que es mi obra actual”, sostiene el pintor. Un artista sorprendente con una obra llena de revelaciones, de clara impronta latinoamericana, que mantiene viva a la pintura y la llena de fuerza.

¿Cómo se inicia en las artes plásticas?

- Me inicio en las artes plásticas a mediados de los 80, inicialmente estudiaba ingeniería civil en Lima, fue obra del destino pasar por la Escuela Nacional de Bellas Artes justo en las fechas de convocatoria al concurso de admisión, desde el momento que pisé la escuela, me sentí fascinado por el recinto, los bellos patios rodeados de calcos de las obras más representativas del arte griego y de Miguel Ángel, se convirtieron en refugios donde mitigar la tensión generada por la violencia terrorista de aquella época. Estudié ambas carreras por un tiempo, optando, finalmente por el arte. La decisión de dejar la ingeniería no fue muy celebrada por mis padres, consideraban que del arte, no se podía vivir, afortunadamente eso no es tan cierto.

¿Qué le aportó la educación formal?

- -Mi paso por la Escuela de Bellas Artes marcó un derrotero en mi carrera como pintor, con la consigna "antes de destruir la forma, primero debes conocerla". Me inicié en el estudio académico de la figura humana, que luego he ido estilizando, y en el manejo del color y la composición, despertando en mí, un especial interés en la expresividad del color y las armonías, sin duda, los pilares de lo que es mi obra actual.

¿Cómo vivió, siendo estudiante, la tensión entre su incursión en el arte y el ambiente violento de esa época?

- Fue una época muy sangrienta, los grupos terroristas del MRTA y Sendero Luminoso operaban generalmente por las noches, con la voladura de torres de alta tensión dejaban la ciudad a oscuras, para hacer explotar un coche bomba en alguna zona sensible de la ciudad dejando muchos muertos y heridos. El gobierno decretó la suspensión de garantías y el toque de queda, se caminaba por las calles esquivando comisarias, embajadas canales de televisión o cualquier edificio, que se nos ocurriera, pudiera ser blanco de los terroristas, esto se hizo casi cotidiano. El arte fue una cura para todo esto, era la vida ante tanta muerte.

Su obra pictórica representó -en una primera etapa- personajes huanchaqueros ¿De qué se trata? ¿Qué aspecto de su cultura quiere rescatar?

- Al norte del Perú se encuentra situado el balneario Trujillano de Huanchaco, donde aún se mantiene la tradición prehispánica de pescar en pequeñas embarcaciones llamadas caballitos de totora. Estas imágenes de pescadores montados enfrentándose con destreza al inmenso mar son parte de los recuerdos más gratos de mi infancia y adolescencia. En el año 1992 regreso a Trujillo, después de casi una década de vivir en Lima y realicé una serie de pinturas costumbristas, las cuales fui simplificando hasta llegar a formas casi geométricas, eliminando la perspectiva y fusionando el fondo y la forma con colores planos.Logré cierto dominio del color gracias a una obsesiva búsqueda del equilibrio a través de las armonías cromáticas, eran largas sesiones de trabajo para encontrar el color exacto…Gane mucha experiencia en el manejo del color, sin embargo, mi pintura se volvió muy esquemática, por lo que decidí ser más flexible en la ejecución. Dejé de realizar bocetos previos y me enfrenté directamente al bastidor, apoyado en el automatismo.

Por eso mismo su búsqueda estilística recorrió los caminos del surrealismo, pero siempre depurando la técnica y el oficio que exige la buena pintura ¿cierto?

- Fui abriendo una puerta al subconsciente, del cual fueron surgiendo miradas, en un inicio, convirtiéndose luego, en personajes silenciosos que poco a poco han ido poblando mi obra. En ellos, trato de poner especial énfasis en sus miradas.

- Héctor Acevedo



Su obra me recuerda mucho a Marc Chagall... ¿reconoce influencias?

- Marc Chagall es sin duda, un icono de la pintura contemporánea, reconozco algunas coincidencias, como la visión mágica del entorno y representación lúdica de los sueños.

Hay elementos recurrentes: madonas sin boca, pájaros enjaulados o en vuelo, árboles, telas

- La ausencia de boca sugiere una comunicación más allá de la verbal, como en los sueños donde no existen palabras, sino certezas. Los pájaros son tordos, y representan el valor supremo de la libertad, los árboles son como universos aislados que interactúan entre sí.

Existe cierto componente religioso en su trabajo?

- Fui criado en una familia católica muy activa, la presencia de mi abuela y mi tío sacerdote durante mi infancia fue fundamental. Solía pasar la temporada de verano, lo que duraba las vacaciones del colegio, con ellos. Mi tío era párroco de una iglesia en un pueblo rural, dedicado íntegramente a su labor sacerdotal y a su comunidad, muy querido y respetado por su pueblo por el trabajo social que realizó. Sin embargo esto no era muy bien visto y recibió algunos hostigamientos por parte de sectores más conservadores de la iglesia. Eso me motiva a pintar una serie de arcángeles y obispos…Las obras, dotadas de cierta ironía, expresan mi incomodidad con una iglesia desfasada a estos tiempos, la crítica iba dirigida a los altos miembros.

Veo una pintura de mucha "elegancia" incluso con un componente erótico, pero se trata de un "erotismo tácito"… está presente pero no termina de manifestarse ¿Le interesa el tema?

- El tema del erotismo es algo que tengo pendiente. Surgieron algunas obras sueltas incorporando la manzana como elemento transgresor. Intenté hacer una serie pero las obras tomaron otro rumbo. Si hay algo que aprendí en estos años es a no forzar las cosas y esperar el momento propicio para ejecutarlas.El erotismo, para mí, debe ser abordado con cierta sutileza, enmarcado en una atmósfera onírica y sensual, mostrando sólo lo necesario.

La censura por parte de los sectores más conservadores de la iglesia afectó directamente a las artes plásticas y a muchos artistas -sobran los ejemplos a lo largo de la historia-. El desnudo, sin ir más lejos, es considerado todavía inmoral, indecoroso y obsceno ¿Qué piensa?

- Sin duda, la influencia de la iglesia es muy fuerte desde la época de la conquista, todavía nos quedan algunos rezagos de la colonia de considerar obsceno e inmoral un desnudo. Existe una doble moral que se hace evidente en los medios de comunicación, en las noticias un desnudo puede escandalizar más que un crimen sangriento.

- Héctor Acevedo



¿Cómo es el ambiente pictórico en Perú?

- En el Perú, cómo en todo sitio, hay una gran apertura al arte innovador, con nuevos soportes tecnológicos, pero paralelamente existe un mercado para la pintura figurativa más tradicional. Me parece que hay una tendencia a retomar la pintura figurativa por parte de los artistas jóvenes.

¿Qué opina de ese "arte innovador" que nombra y qué cree de las propuestas ligadas a las performances, el happening o las instalaciones?

- El happening, las performances y las instalaciones son parte del arte conceptual que surge en los años 50s y tiene como antecesor al movimiento dadaísta, su característica principal es el predominio del concepto sobre la realización artística. El arte conceptual intenta acabar con el arte tradicional, según expresan algunos de sus seguidores, por lo que me obliga a estar en total desacuerdo porque para un artista plástico tradicional, la obra es el resultado de muchos años de estudio e investigación, años de perfeccionamiento de la técnica. Como mencionaba un viejo maestro, " el pintar un cuadro me lleva unos días, el hacerlo, toda una vida ", y no le falta razón, la obra es el resultado de la experiencia de vida.

Por último, si tuviera que pensar en una pintura que siempre le haya causado profunda admiración ¿Cuál elegiría y por qué?

- "Guernica" de Picasso, por su extraordinaria expresividad, sintetiza el profundo dolor que deja la guerra.



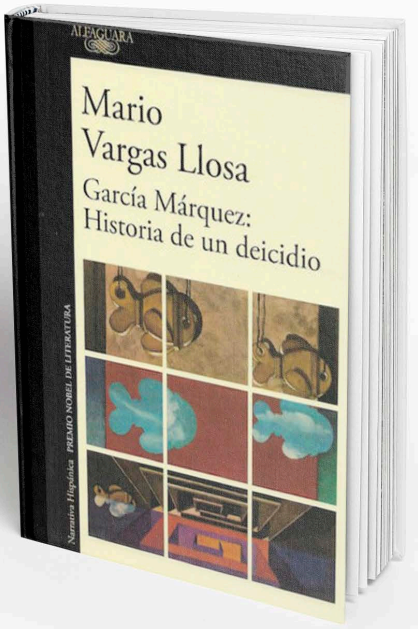


RESEÑAS DE LIBROS

http://doi.org/10.22497/iura/61.6131

REGRESO DE UN DEICIDIO

Por Alonso Rabí Do Carmo



Una de las reediciones más esperadas de los últimos años es Historia de un deicidio, el libro que Vargas Llosa dedicara en 1971 a examinar con gozo y rigor la obra narrativa conocida hasta entonces de Gabriel García Márquez, aunque la parte más significativa de este estudio es una lectura de la potencia fundacional, realista y alegórica de Cien años de soledad (1967), sin duda, su libro crucial. Una enemistad nunca resuelta hizo que Vargas Llosa decidiera no autorizar reediciones de este libro, excepción hecha para sus Obras completas en Galaxia Gutemberg, una edición ciertamente impecable, pero muy costosa.

Cincuenta años después, Historia de un deicidio reaparece en edición masiva. Vargas Llosa ha escrito memorables ensayos literarios, dotados de una meticulosidad poco común y, en más de un caso, de indudable brillo. Carta de batalla por Tirant Lo Blanc (1969), La orgía perpetua (1975), La verdad de las mentiras (1990) o El viaje a la ficción (2008) son cuatro ejemplos del ejercicio de un lector lúcido y apasionado. Mención aparte para La utopía arcaica (1996), el libro sobre Arguedas que despertó enconos, aun a pesar de su adhesión a Los ríos profundos, su gran novela.

La lectura de Vargas Llosa no está guiada por principios teóricos rígidos, se basa sobre todo en un íntimo diálogo con el propio texto. Sus armas provienen de la mejor tradición estilística (la de Martí de Ricquer) y apela a una metodología que se aproxima en varios sentidos al close reading, a esa búsqueda, en el propio texto, de la contradicción, los principios estructurales de la obra, sus componentes históricos y universales. A eso se suma la pasión propia de un lector que encuentra en el texto un espejo en el que se reflejan también sus obsesiones. Esa regla es la que domina claramente la mirada vargasllosiana en los textos de otros, donde se descubre a sí mismo.

¿Y qué ve Vargas Llosa en García Márquez? Principalmente el poder de la ficción en las formas que el propio escritor practica: la capacidad de crear mundos verbales autónomos y que funcionen con una sólida coherencia interna; la ansiedad por emular a dios y acaso superarlo (de ahí el deicidio)

traduciendo el mito de la creación del universo en el trabajo con las palabras; las obsesiones y demonios del propio escritor (algo tan caramente romántico) y un elemento que marcó la etapa inicial del boom: la idea de crear novelas "totales", que se atrevieran a competir con la mismísima realidad en su avidez constructiva.

Cito, sin más: "Cien años de soledad es una novela total sobre todo porque pone en práctica el utópico designio de todo suplantador de Dios: describir una realidad total, enfrentar a la realidad real una imagen que es su expresión y negación. Esa noción de totalidad, tan escurridiza y compleja, pero tan inseparable de la vocación del novelista, no solo define la grandeza de Cien años de soledad: da también su clave. Se trata de una novela total por su materia, en la medida en que describe un mundo cerrado, desde su nacimiento hasta su muerte y en todos los órdenes que lo componen (… y por su forma, ya que la escritura y la estructura tienen, como la materia que cuaja en ellas, una naturaleza exclusiva, irrepetible y autosuficiente" (p.478).

El libro se divide básicamente en dos capítulos: "La realidad real" y "La realidad ficticia". El primero no deja de asombrarnos, en la medida en que revela las fuentes familiares de la imaginación de García Márquez, al punto de poder afirmar, sin caer en simplismos, que ya el niño Gabito había imaginado Macondo escuchando, detrás de la cortina, las historias de su abuelo y sus parientes, sus correrías en las guerras civiles, ese drama sin concesiones que es la historia colombiana.

"La realidad ficticia" ingresa, en cambio, en el terreno de la realización literaria, que es desmenuzada con detallismo de cirujano. Vargas Llosa examina los primeros libros de García Márquez: La hojarasca (1955), El coronel no tiene quien le escriba (1961), los cuentos de Los funerales de la mamá grande (1962) y La mala hora (1962), culminando con Cien años de soledad (1967), libros que establecen un gran sistema de vasos comunicantes, en la medida en que Cien años de soledad es la culminación estética de un mundo que venía construyéndose desde inicios de los años cincuenta en la "cocina" del escritor colombiano.

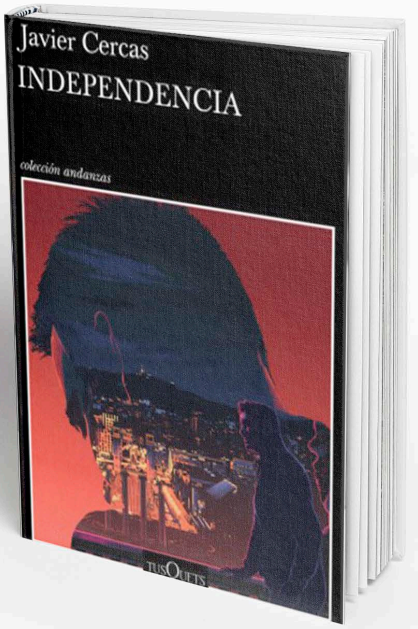
Por si fuera poco, además de este libro, que demuestra mantener intacto el poder de hechizar a lectores de hoy, aparece también un documento de primera mano para el buen entendimiento del boom, una importante compilación hecha por el acucioso Luis Rodríguez Pastor y que nos devuelve al auditorio de la UNI, un día de 1967, cuando García Márquez y Vargas Llosa sostuvieron un inolvidable diálogo. Dos soledades. Un diálogo sobre la novela en América Latina, incluye además un prólogo de Juan Gabriel Vásquez, una intervención de José Miguel Oviedo, los testimonios de Abelardo Sánchez León, Abelardo Oquendo y Ricardo González Vigil, además de las dos entrevistas concedidas por el colombiano en Lima, a cargo de Carlos Ortega y Alfonso La Torre. Cierra el volumen un conjunto de fotografías, algunas poco conocidas, relacionadas a este irrepetible encuentro. Deleite asegurado.

http://doi.org/10.22497/iura/61.6132

'INDEPENDENCIA' DE JAVIER CERCAS

Por Domingo Ródenas de Moya

El escritor ha bordado en esta nueva peripecia de su 'mosso' Melchor Marín el mejor engranaje narrativo de su trayectoria



EFE

Inspirándose en el mosso d'esquadra que abatió en 2017 a los terroristas de Cambrils, Javier Cercas creó Terra Alta (2019) un detective de novela policiaca tan original como cargado de futuro: Melchor Marín, hijo de una prostituta asesinada, expresidiario, lector impenitente de novelas (sobre todo de 'Los miserables' de Víctor Hugo), sagaz y expeditivo en su desempeño profesional, que tras perder a su esposa Olga se queda solo con su hija Cosette. Este policía astillado, en el que caben la timidez y la delicadeza junto a una violencia aplicada sin impulsividad, se agiganta en esta 'Independencia' para integrarse por derecho propio en la galería de insignes protagonistas de novela negra de las últimas décadas, junto al Pepe Carvalho de Vázquez Montalbán o el Kurt Wallander de Henning Mankell. Su irrupción justiciera al comienzo de la novela, que evoca los preliminares 'in medias res' de las películas de acción de los 80, sirve de recordatorio y presentación de cómo opera.

Si bien es Marín el foco narrativo, estamos lejos de una novela de caracteres, porque el mecanismo interno que la anima —y lo hace, además, con un ritmo indesmayable que amarra la atención del lector— es la trama y su minucioso engranaje, quizá uno de los mejor engrasados de toda la narrativa del autor. El resorte que lo activa es la extorsión que sufre la alcaldesa de Barcelona por un vídeo sexual, para cuya resolución Melchor es requerido por Blai, su antiguo jefe y ahora inspector, para que colabore con otro conocido, el sargento Vàzquez. No se trata de Ada Colau, porque el chantaje tiene lugar en un 2025, cuando la actual alcaldesa es ya pasado, como lo es el 'procés', lque se da por fracasado. Esta maniobra anticipatoria es esencial en la novela, porque crea la ilusión de un futuro desde el que divisar con distancia el presente y, a través del caso imaginario, enjuiciar la Cataluña sacudida por el movimiento soberanista, sin que esto sea, en absoluto, el propósito de la novela. El juicio se desprende



de las opiniones de los representantes de la sociedad rica y poderosa (Casas, Vidal y Rosell), hijos de papá, acostumbrados a actuar impunemente como los dueños naturales de Cataluña, quienes reconocen lo que el 'procés' tuvo de embaucamiento colectivo.

El tratamiento que se hace de esos pijos es inmisericorde: depravados hasta la náusea, cínicos, corruptos, manipuladores de las vidas ajenas desde su altura social y económica, donde preservan la auténtica independencia, la de su clase. Frente a ellos, Ricky Ramírez, compañero suyo en Esade, hijo de un sindicalista, encarna al pobre que confía ingenuamente, como Lazarillo de Tormes, en que arrimarse a los 'buenos' ayuda a convertirse en uno de ellos. En él se traza al antihéroe solapado, al pobre diablo destinado a perder siempre en la telaraña irrompible del dinero y del poder, al desdichado al que se utiliza y desprecia. Cercas ha resuelto con gran inteligencia técnica el contrapunto del discurso de Ramírez con el avance en la investigación del chantaje, buscando una convergencia de ambas líneas en el Epílogo, donde, por añadidura, enlaza con la novela anterior en una certera catarsis.

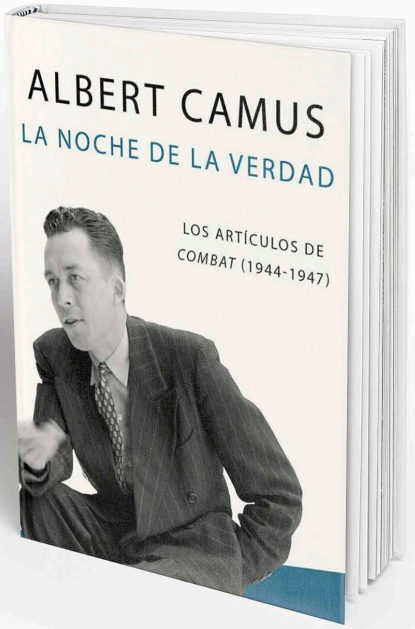
La sostenida tensión de la intriga, que hace galopar la lectura, no ofusca lo que 'Independencia' tiene de severa reflexión sobre la situación política catalana, como tampoco impide que Cercas, tan irreductiblemente fiel a sí mismo, vuelva a sus cervantinos juegos de espejos (Marín, como don Quijote, se sabe protagonista de un libro sobre él: 'Terra Alta') y a la línea de sombra entre la verdad de las mentiras y viceversa, Altamente recomendable.

http://doi.org/10.22497/iura/61.6133

Artículos de Camus en 'Combat'

LA VOZ DE LA CONCIENCIA

Jordi Corominas i Julián



Olvidamos a menudo pequeños detalles. En 1944 los nazis proseguían el exterminio en los campos de la muerte y Albert Camus vivía para elevarse como la conciencia de un mundo coherente y, por ende, utópico. En un país más civilizado sus artículos de 'Combat' hubieran visto la luz mucho antes. La voz del Nobel de 1957 resuena aún como un bien atemporal; esta recopilación puede y debe leerse como una crónica autobiográfica, un ensayo escrito a partir del día a día y un alegato inmortal para enhebrar el diálogo entre los seres humanos, defender las verdaderas esencias democráticas y la independencia del periodismo ante la presión de tantos extremos partidistas.

El Camus de 1944 es un joven anómalo, con capacidad de imponerse desde lo intelectual en Francia pese a su origen argelino. Ello fue posible por el inminente cambio de época, con la consecuente renovación de las élites culturales, y una energía insobornable basada en dos axiomas ya emanados por Baudelaire: el derecho a contradecirse e irse. El primero, tan denostado hoy en día, implica evolucionar en su pensamiento y tener la inteligencia de releer la evolución de los eventos, cruciales por la conclusión de la Segunda Guerra Mundial y sus consecuencias, con el surgimiento de dos bloques bien definidos en pugna por el poder mundial.

El autor de 'El extranjero' inició esa fase de su trayectoria desde una vinculación absoluta con la Resistencia, a posteriori pervertida desde el interés patriótico cuando, en realidad, fue el asunto de una minoría heroica en medio de la ocupación nazi. Combat emerge de este contexto, fundándose en 1941 hasta alcanzar relevancia en agosto de 1944, cuando las piezas editoriales de Camus cobran un curso sólido y más visible en pos de abordar las problemáticas de su contemporaneidad, con unos balbuceos muy determinados hacia la Democracia Popular para orientarse con el transcurso de los meses hacia otros paradigmas más acordes con la idea de un gobierno mundial al asumir la imposibilidad de conservar el



viejo concierto de naciones, mancillado desde la fría división auspiciada en sus letras incluso antes del Telegrama Largo de George F. Kennan o el discurso de Fulton, pronunciado por Winston Churchill el 5 de marzo de 1946.

Depuración, justicia y libertad

La liberación de París, acaecida el 25 de agosto de 1944, fue el preludio de la expulsión de los invasores, y este factor sobrevuela la prosa camusiana de esos meses, hilvanada en torno a reflexiones sobre la construcción de un futuro desde las ruinas del presente, urgido de una purificación nacional con el fin de eliminar de la vida pública todos aquellos colaboradores con el enemigo. La Depuración, en apariencia temible, planteó una agria, aunque lúcida, discusión con François Mauriac. El Premio Nobel de Literatura en 1952 planteaba la caridad como máxima insustituible. Su posición de católico practicante descartaba ejecuciones sumarias si se pretendía un mundo sin heridas del pasado, mientras Camus abogaba por una justicia digna para resarcir a tantos inocentes damnificados por esa traición a los valores democráticos y republicanos, franceses y globales. Este intercambio de golpes es un ejemplo

de conversación y enriquecimiento mutuo al permitir el lanzamiento de otras temáticas y converger en alguna ocasión, como cuando ambos firmaron un manifiesto en protesta contra la ejecución del escritor Robert Brasillach.

CAMUS REFLEXIONA SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE UN FUTURO DESDE LAS RUINAS DEL PRESENTE

Para nuestro protagonista su mayor deseo era la conciliación de la justicia con la libertad. Justicia sería el estado social donde cada individuo tiene igualdad de oportunidades en la casilla de salida, algo sólo probable en un país exento de la indignidad de ser manejado por una minoría de privilegiados. La libertad correspondería a un clima político respetuoso con sus habitantes, sin trabas para exprimirse o, simplemente, ser sin cortapisas, algo elemental, aunque quizá no tanto si se observa el progreso de su filosofía a lo largo de los decenios.

Durante ese periodo abundan las referencias al pueblo alemán, sin derecho a reclamar independencias por carecer de cualquier autocrítica. Esta criminalización sólo se desvanecerá con su visita a los territorios ocupados al comprender su irrelevancia histórica, y con ella la de Europa, sólo reformable si se refundaba fundiéndose en lo económico como antesala a su unión política.

La obsesión española

Camus siempre se significó en su lucha antifascista, y desde su perspectiva Franco debía equipararse a Hitler y Mussolini al aplicar el totalitarismo en la Península Ibérica. A lo largo de 1944 y 1945 las noticias sobre un pronto derrumbe del régimen eran cotidianas en la prensa internacional, hasta anunciar por error la dimisión del dictador, tan cínico como para pedir la incorporación de España a las sucesivas conferencias de paz, algo denegado, así como su ingreso en las Naciones Unidas tras los acuerdos de San Francisco.

Albert Camus y su hija Catherine

Para el autor de 'La peste', intuida en estas piezas por miedo a una recaída del caos, la comunidad de los Aliados sólo merecerá un elogio completo si restituye la legalidad republicana y los anglosajones renuncian a sus inversiones en España. La desilusión crece al constatar el fracaso de esos sueños. En 1948 Camus es criticado por Gabriel Marcel por ambientar 'El estado de sitio' en Cádiz y no en la Unión Soviética, replicándole en una de sus últimas contribuciones en 'Combat' con un alegato esgrimido desde el olvido reciente, la prosecución de los fusilamientos contra los vencidos y el ominoso silencioso de las cancillerías occidentales, preparadas para romper rupturas diplomáticas y cierres de fronteras para fortalecer la estrategia anticomunista.

ESTAS PIEZAS DE DENUNCIA SON ÚNICAS Y VAN CONTRACORRIENTE AL ESPÍRITU HEGEMÓNICO

Estas piezas de denuncia son únicas y van contracorriente al espíritu hegemónico de poner una gran venda en los ojos al problema español. Camus recuerda a Lluís Companys, acusa a Francia de proteger a los que lo encarcelaron antes de su periplo por nuestras cárceles e insiste en la nulidad ética de amparar a un golpista en las antípodas del orden conveniente para propiciar una posguerra limpia de lacras, sin regustos a las ideologías derrotadas en el campo de batalla. Cuando le busquen las cosquillas por enfocarse sólo en Franco comenzará a prefigurar su ataque al estalinismo, prematuro en las coordenadas de esos años al ignorarse las atrocidades de los gulags siberianos, causa en los años cincuenta de su disensión con Sartre, defensor a ultranza del comunismo sin atender a otra premisa fundamental expresada por su oponente: un demócrata es aquel con suficiente honestidad como para admitir que su adversario puede tener razón.

Las desilusiones de la posguerra

En su obra teatral 'El malentendido' todo sucede en una pensión donde una familia mata a un inquilino para quedarse con sus enseres, derramándose la tragedia cuando se enteran de haber asesinado al hijo pródigo, retornado al hogar tras una prolongada ausencia. El absurdo irrumpe en el imaginario camusiano con la explosión nuclear de Hiroshima. Si una bomba con el tamaño de un balón de fútbol, tan amado por el escritor, puede destruir una ciudad entera en menos de un segundo es irrelevante establecer argumentos de calado para la reconfiguración mundial tras el suicidio, sobre todo del Viejo Mundo, desarrollado entre 1914 y 1945.

Camus se desligó de 'Combat' en 1947 al ser fiel a sus dogmas de militar en la moral, sin encuadrarse en ninguna formación. Sólo volvió durante un leve interludio para sepultar la defunción de sus planteamientos en la superficie y reafirmar a la ONU como un espejismo tras el arresto de Garry Davis, quien renunció a su nacionalidad estadounidense para reclamar una gobernanza mundial con el objetivo de alcanzar un pacifismo desprovisto de imperialismos. Si una organización instituida para ese cometido lo negaba no había espacio alguno para tolerarla al ser otro engranaje más en la cadena del terror.

Los artículos de 'Combat' son el esplendor del primer Albert Camus. Para dibujar su paisaje definitivo aún quedan muchos huecos, aunque estas páginas inéditas hasta ahora en España ya anuncian sus posturas de los años cincuenta, cuando su valentía al reprobar a sus compañeros de viaje ideológico le supuso un ostracismo a subsanar en nuestro siglo, donde debiera ser un referente no sólo citado, sino leído con esmerada atención.



UPAO | FONDO EDITORIAL