

REVISTA

DE INVESTIGACIÓN DE LA

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

2

Vol. 2 - n.º 2
enero - junio 2020
Lima, Perú



FONDO
EDITORIAL

Academia de la Magistratura

ISSN: 2707-4056
(en línea)



REVISTA

DE INVESTIGACIÓN DE LA

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

2

Vol. 2 - n.º 2 - enero - junio 2020 - Lima, Perú



FONDO
EDITORIAL

Academia de la Magistratura



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 2, enero-junio, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n2

PRESIDENTE

Pablo Sánchez Velarde
Academia de la Magistratura, Perú

EDITOR GENERAL

Hipólito Martín Rodríguez Casavilca
Director Académico de la Academia de la Magistratura, Perú

COMITÉ EDITORIAL

Alexei Dante Sáenz Torres
Perú

Baltazar Morales Parraguez
Perú

Daniel Osarim Huamán Castellares
Perú

Fernando Martín Robles Sotomayor
Perú

Hans Berly Ríos Mostajo
Perú

Hugo Príncipe Trujillo
Perú

Ivan Ortiz Sánchez
Perú

José Antonio Neyra Flores
Perú

Luis Fernando Iberico Castañeda
Perú

Marco Antonio Angulo Morales
Perú

Moises Paz Panduro
Perú

Octavio César Sahuanay Calsín
Perú

Omar Toledo Toribio
Perú

Omar Vladimir Sumaria Benavente
Perú

Patricia Janet Beltrán Pacheco
Perú

Roberto Vladimir Romo Astete
Perú

Antonio Peña Jumpa
Perú

CONSEJO CONSULTIVO

Juan Manuel De Faramiñan Gilbert
España

CONSULTORES TEMÁTICOS

Carolina Gladys Caballero Saenz
Perú

Luisa Carmela Aquije De Lozano
Perú

Mercedes Dueñas Trejo
Perú

Sylvana Rosalyn Vásquez Olano
Perú

Naffis Roque Roca
Perú

Juan Carlos Del Carpio Calle
Perú

EQUIPO TÉCNICO

Janina Toro Briceño

María Isabel De La Cruz Calvo

Luis Enrique Vega Quiroz

Jorge Aguilar Vásquez

Naffis Roque Roca

ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n2

© Fondo Editorial de la Academia de la Magistratura, 2022
Jr. Camaná n.º 669, Lima 1, Perú.
Teléfonos: (511) 428-0300 / 428-0265
Web. <https://www.amag.edu.pe>
evega@amag.edu.pe

DIRECCIÓN POSTAL

Jr. Camaná n.º 669, Lima 1, Perú.
revistainvestigación@amag.edu.pe

La versión electrónica de la revista está disponible en:
<https://revistas.amag.edu.pe>

El contenido de los artículos publicados en la Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura es responsabilidad exclusiva de los autores.



La Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura se encuentra disponible en acceso abierto bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional. Por ello, se puede descargar, compartir y adecuar el contenido citando al autor correspondiente.

Academia de la Magistratura

ÓRGANO RECTOR

Pablo Sánchez Velarde
Presidente

Custodio Contreras Rioja
Vicepresidente

Zoraida Ávalos Rivera
Consejera

Carlos Arias Lazarte
Consejero

Aldo Figueroa Navarro
Consejero

Mariem Vicky De La Rosa Bedriñana
Consejera

Tania Ivett Sedán Villacorta
Secretaria General

ÓRGANO EJECUTIVO

Jorge Martín Castañeda Marín
Director General

Hipólito Martín Rodríguez Casavilca
Director Académico

Ulises Ángel Ugarelli Arana
Secretario Administrativo

Editorial

La Academia de la Magistratura continúa implementando su modelo educativo I+i+D+A: Investigación, innovación, Diseño didáctico y Articulación de sus programas. Las mesas de diálogo llevadas a cabo durante la celebración de su 25° aniversario permitieron fundamentar las líneas de investigación de esta revista. Efectivamente, utilizando la metodología *design thinking* y con la propuesta de los perfiles de magistrados en algunos documentos de trabajo, se detectaron problemas en lo penal, civil, ambiental, derecho de familia, laboral, en interculturalidad, contencioso administrativo, en el ámbito comercial y la ética. Se plantearon además cursos por especialidad, y competencias fundamentales, especializadas y transversales.

Dos conclusiones que pueden encontrarse en nuestra publicación de Líneas de Investigación de la Academia de la Magistratura son, lo indispensable del uso de las tecnologías de la información y la comunicación, en todos los niveles de la magistratura. La modernización del Poder Judicial y del Ministerio Público no será posible si los magistrados y sus equipos de trabajo no están capacitados en informática. Además, la utilización de los medios de comunicación como plataformas virtuales y la inteligencia artificial, permitirá difundir con facilidad nuevos conocimientos, investigaciones y técnicas en todas las regiones, en especial en las sedes desconcentradas e itinerantes.

Este segundo número de la revista es producto del primer taller de investigación para la elaboración de artículos jurídicos llevado a cabo el último trimestre del año pasado. Allí se planteó el modelo 4I para la revista: Indexación, Indicadores, Índice-H y prevención de plagio en Internet. Se han tomado como referencias revistas jurídicas latinoamericanas indexadas en Scielo y Scopus. Para la medición de los indicadores se utiliza la visualización de datos multiplataforma en forma de gráficos y paneles interactivos, con analíticas, métricas locales y estadísticas de los artículos en cada número de la revista. Por otro lado, se espera más adelante, que el índice H desarrollado por J. E. Hirsch nos permita medir tanto la productividad y el impacto de la obra publicada por nuestros discentes, con cálculos en vivo en función de la cantidad de citas que han recibido sus artículos. Finalmente, la institución ha entregado licencias a los autores para enviar sus respectivos avances al sitio web de Turnitin, para revisar el documento en búsqueda de contenido no original, identificando semejanzas a fuentes existentes y como evaluación formativa que ayude a los discentes a saber cómo evitar plagio y mejorar su redacción.

Lima, marzo de 2020

Hipólito M. Rodríguez Casavilca
Editor General

Contenido

Editorial

11

Retos de la magistratura en temas de administración de justicia

Barreras temporales y cultura organizacional en el acceso a la justicia de calidad

ALEACIB SOLÍS BARRUETA

17

Retos de la magistratura en temas de derecho civil

Estrategias contra la violencia de género desde la administración de justicia

LETICIA MERCY SILVA CHÁVEZ

33

Discriminación judicial de las mujeres en los procesos de alimentos: problemas y posibilidades

RICARDO JONNY MORENO CCANCCE

55

Propuesta de cuantificación de la reparación civil en el delito de agresión contra la mujer

JORGE LUIS ROJAS CRUZ

73

Retos de la magistratura en temas de derecho internacional privado

Las insolvencias transfronterizas en derecho internacional privado peruano y la empresa transnacional Odebrecht

FANY MAVEL TAPIA COBA

93

Retos de la magistratura en temas de derecho penal

Aplicación de la imputación objetiva funcionalista en los pronunciamientos penales de la Corte Suprema peruana

RONALD EDUARDO CABALLERO BENITES

113

La lucha contra la criminalidad organizada y su amparo en la legislación penal nacional

CÉSAR AUGUSTO VÁSQUEZ ARANA

133

Retos de la magistratura en temas de derecho procesal civil

Alcances y retos de la Reforma Procesal Civil en la magistratura

MARÍA DEL CARMEN GALLARDO NEYRA

161

Retos de la magistratura en temas de derecho procesal laboral

El principio de oralidad y la sentencia en procesos laborales

La realidad en la Corte de Junín

TIMOTEO CRISTOVAL DE LA CRUZ

175

Retos de la magistratura en temas de derecho procesal penal

El examen de proporcionalidad en las casaciones de prisión preventiva

CESAR FERNANDO PALLI CALLA

193



RETOS de la
magistratura
en temas de
ADMINISTRACIÓN de
Justicia



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 2, enero-junio, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n2.01



Barreras temporales y cultura organizacional en el acceso a la justicia de calidad

Temporary barriers and organizational culture in access to the quality justice

Aleacib Solís Barrueta*

Distrito Fiscal de Huánuco
(Huánuco, Perú)
asolisbdj@mpfn.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0001-5746-3549>

Resumen: El presente trabajo de investigación ha sido motivado por la actividad fiscal de impacto que se despliega cotidianamente en la persecución del delito y por la relación con el valor justicia, como parte esencial del bienestar social. A través de las instituciones estatales, responsables de la persecución del delito, se debe garantizar el acceso a la justicia a cualquier ciudadano en las dependencias del Ministerio Público. Es por esa razón, con datos estadísticos de la oficina de Gestión de Indicadores del Ministerio Público, se puede afirmar que existen deficiencias en el desempeño de la labor fiscal dentro de un mismo despacho corporativo. Estas, en algunos casos, se refieren a algunas barreras temporales, como la falta de diligencias

* Fiscal adjunta provincial titular del Distrito Fiscal de Huánuco. Doctora en Derecho, magister en Ciencias Penales. Licenciada en Educación, Idioma Extranjero Inglés.

de investigación dentro del plazo establecido por la norma procesal penal, entre otros factores intervinientes, como la importancia de desarrollar un liderazgo participativo al interior de cada despacho fiscal. Así, se pudo relacionar las concepciones de justicia propuestas por Amartya Sen para el Estado mediante las entidades públicas, obligadas a garantizar la satisfacción de las necesidades de la sociedad, con el despliegue de adecuadas políticas y mecanismos que permitan el fortalecimiento de una sociedad democrática de derecho, donde el acceso a la justicia sea de manera oportuna y con garantías de calidad, que la administración pública debe garantizar.

Palabras clave: bienestar social, investigación, servicio, celeridad, instituciones públicas

Abstract: The present investigation work has been stimulated by the fiscal activity of impact that we display every day in the prosecution of the crime. And because it relates to the value of justice as an essential part of social welfare and that it through the state institutions responsible for the prosecution of crime should ensure that access to justice by any person is of quality within each one of the offices of the Public Ministry. It is for this reason that with statistical data from the Office of Indicator Management of the Public Prosecutor's Office we have allowed ourselves to assert that there are differences in the performance of fiscal work within the same corporate office, identifying among them that the differences in some cases refer to some temporary barriers such as the lack of investigation proceedings within a period established by the criminal procedure norm among other intervening factors such as the importance of developing participatory leadership within each fiscal office. Thus, it was possible to relate the conceptions of justice proposed by Amartya Sen to be able to conclude that it is the State through its public entities that are obliged to guarantee the satisfaction of the needs of society with the deployment of adequate policies and mechanisms that lead to strengthening of a democratic society of law, where access to justice is timely, and with the quality guarantees that the Public Administration must guarantee.

Key words: social welfare, research, service, speed, public institutions

RECIBIDO: 2/04/2020
APROBADO: 10/05/2020

REVISADO: 4/05/2020
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

Hoy recuerda que puedes mejorar lo que deseas, mira que tu alma tiene las hermosas preseas que Dios te regaló para ayudar a todos. Tienes tanta paz y amor que bastaría un poco para curar al planeta y extinguir el dolor. (Moro, 2016, p. 65)

El desarrollo de una sociedad en un Estado Constitucional de Derecho implica la existencia de un sistema de justicia eficiente, donde la tutela judicial efectiva de los derechos presuponga que las organizaciones judiciales puedan ser capaces de cumplir satisfactoriamente las actividades que sean necesarias para evitar dilaciones injustificadas de los servicios de justicia (Decálogo Iberoamericano para una Justicia de Calidad, 2012).

A eso se suma lo establecido en el artículo VI del referido decálogo:

Quienes integran toda organización de la justicia deben identificarse con la persona usuaria, con sus necesidades y comprometerse a brindar una adecuada prestación del servicio público. Ser conscientes de la confianza y la responsabilidad social que tienen depositadas y de la importancia de la justicia como pilar de la democracia en todo Estado democrático de derecho. Todos los miembros de la organización fomentarán la cultura del trabajo en equipo. Deberán ser garantes de los valores éticos, la vocación de servicio público, la corresponsabilidad y la transparencia en la función pública.

En esa línea, la justicia es parte esencial del bienestar social y, como tal, debe estar orientada a garantizar el acceso a una justicia de calidad dentro de cada distrito fiscal de nuestro territorio, así como la cultura organizacional de servicio en el desempeño de la función fiscal.

Por esta razón abordamos, a través del análisis, la frecuencia de las barreras temporales para el acceso a la justicia y los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional (*Manual sobre estándares jurisprudenciales en acceso a la justicia y debido proceso en el Perú*, 2014, p. 39). En ese contexto, se plantea la siguiente interrogante: ¿Qué barreras temporales impiden un acceso a la justicia de calidad en el distrito fiscal de Huánuco? El análisis corresponde a las siguientes barreras temporales:

- ▶ Falta de diligencias de investigación
- ▶ Tramitación de procesos dentro de un plazo no razonable (atribuible al Ministerio Público o al Poder Judicial)
- ▶ Dilaciones indebidas para el pronunciamiento definitivo
- ▶ Sanción de los responsables en plazo no razonable

Por otra parte, se plantea la siguiente pregunta: ¿en qué medida la falta de una cultura organizacional de servicio limita el desempeño de acceso a la justicia de calidad en el distrito fiscal de Huánuco? La investigación especifica los siguientes aspectos de análisis:

- ▶ Importancia de ejecutar el trabajo eficientemente desde la primera vez;
- ▶ el usuario es primero;
- ▶ creencia en la comunicación honesta;
- ▶ trabajo en equipo;
- ▶ conducta ética responsable; y
- ▶ liderazgo participativo.

De esta postura se analiza en qué medida los factores intervinientes de celeridad impiden un acceso a la justicia de calidad haciendo posible una oportuna investigación y juzgamiento.

Con la aplicación del Código Procesal Penal (2004) en el distrito fiscal de Huánuco, desde el 1 de junio de 2011, para los delitos de corrupción de funcionarios, y desde el 2012 para los delitos comunes, con funcionamiento de un quinquenio, ha sido posible observar la falta de sensibilización en los servicios de justicia penal. Estos deben estar provistos de independencia, imparcialidad, celeridad, transparencia, principios éticos y servicios de calidad. Sin embargo, ante el aumento constante de la carga procesal se advirtió que no todos los despachos fiscales del distrito fiscal de Huánuco tienen un avance similar, pese a conformar una misma fiscalía provincial penal corporativa.

La información estadística de denuncias ingresadas, resueltas y asignadas por fiscal, en el que se aprecia los casos denunciados del 1 de enero al 20 de octubre de 2017 en el distrito fiscal de Huánuco (Unidad de Gestión Indicadores del Ministerio Público, 2017) revela lo siguiente:

Tabla 1

Casos de denunciados del 01-01-2017 al 20-10-2017 ante la 2.^a FPPC-Huánuco

Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huánuco												
Equipo	Casos asignados	Acuerdo reparatorio	Archivo	Conclusión anticipada	Deriv. externo	Prin. De Oport.	Proceso común	Proceso inmediato	Sobreseimiento	Tap	Total	Casos resueltos
1	373	3	43	2	6	3	0	2	5	1	65	17.43%
2	319	1	42	1	2	5	2	1	0	2	56	17.55%
3	344	9	83	0	1	11	1	1	0	1	107	31.10%
4	352	1	69	0	1	10	2	1	1	3	88	25.00%

Nota: La tabla 1 muestra los casos denunciados y asignados a cada despacho fiscal de la 2.^a FPPC-HCO, así como la cantidad de casos resueltos: Unidad de Gestión de Indicadores del Ministerio Público.

Se advierte el índice de diferencias de cómo se realiza el avance por cada despacho fiscal. Se hace presumir que los servicios de justicia (en el caso concreto de persecución del delito) no operan con la misma celeridad en una misma fiscalía provincial penal corporativa. Esta acción genera disconformidad en los usuarios, observando, a su vez, que existen barreras temporales, antes descritas, en el acceso a la justicia de calidad, sumado a la falta de práctica constante de una cultura organizacional de servicio.

En ese escenario, se abordan las concepciones históricas y filosóficas de justicia desde la antigua Grecia, las cuales revisten de importancia hasta la actualidad. Conforme al pensamiento socrático al referirse a la justicia que enfrenta un hombre justo, el cual siempre debe realizar el bien al prójimo, pese a que haya recibido acechanza o maldad por parte de cualquiera. Así, también, Platón representa un gran baluarte para el concepto de justicia como valor y matriz del Derecho por cuanto entiende que la justicia se alcanza en cumplimiento del deber por parte de cada individuo (Sobrevilla 2012, p. 50). Y a su vez la justicia es parte esencial del bienestar social. También, la investigación recoge las ideas aristotélicas en Ética a Nicómaco, donde se aborda el problema de la justicia y la equidad. Escoger alguna idea del Medioevo en la figura de Santo Tomás de Aquino, también importa en la presente, ya que sus ideas se orientan a una justicia basada en el Derecho Natural en el que como bien sabemos se asocia la idea de justicia al Derecho como hecho natural e innato del hombre por el solo hecho de ser hombre, indicando también que una ley puede llegar a ser injusta cuando se impone a los obligados cargos que no son exigidos por el bien común. En ese rumbo histórico se sigue analizando las ideas de justicia de Hans Kelsen en el positivismo jurídico, quien considera que la justicia, por excelencia, es la justicia absoluta y esta solo puede emanar de una voluntad trascendente de Dios, mientras que las otras son «normas de justicia de carácter racional». En una sociedad con desigualdades también es necesario mencionar a Marx, ya que este relaciona la justicia como un ideal utópico, por cuanto el poder político será el poder organizado para oprimir a una clase determinada. Este pensamiento debe ser superado en un estado social y democrático de derecho. En ese camino se consolida el pensamiento filosófico de Amartya Sen y Jurgen Habermas, ya que el pensamiento filosófico de Sen afianza la posición de que las instituciones estatales deben garantizar a través de sus políticas públicas que el acceso a la justicia sea de calidad, pues Sen en su teoría de las capacidades analiza problemas sociales diversos desde su óptica filosófica y económica. Se entiende su posición a través de un ejemplo real ocurrido en nuestro país y concretamente en la ciudad de Huánuco. En este lugar, se produjo el bloqueo de carreteras por parte de los productores agrícolas de papa quienes protestaban por la caída del precio de la ese tubérculo a

0,20 céntimos el kilogramo debido a una sobreproducción. En ese contexto, sale a la luz el pensamiento de Sen, quien manifiesta que para el logro del bienestar social es necesario las oportunidades reales que deben acometer las instituciones estatales. En dicho ejemplo se produce una paradoja que se trasluce en la alta productividad de papa en la región Huánuco. Sin embargo, los productores de dicho tubérculo se sentían excluidos de las políticas públicas estatales, pues en el caso concreto el Minagri debió realizar una política pública adecuada a fin de evitar una problemática social que ya se venía atravesando.

De esta visión de Sen, se extrae que el Estado debe proporcionar principios para el mejor alcance del bienestar social de sus miembros. Es por eso que esta investigación relaciona la teoría de Sen en el ámbito del acceso a una justicia de calidad al interior del Ministerio Público, pues no basta del componente normativo y asegurativo de derechos fundamentales positivizados, si paradójicamente el Perú incumple el deber de persecución eficaz. Esto se ha podido entrever en el tan conocido caso Durand y Ugarte vs. Perú, a razón de los hechos suscitados el 18 de junio de 1986 cuando se desarrollaba una conferencia mundial socialista. El centro de reclusión llamado El Frontón, que se ubicaba en el Callao, tenía como reclusos a miembros terroristas y otros. El gobierno de ese entonces encargó al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas el restablecimiento del orden, escenario en el cual se produjeron 118 muertes. Los familiares de estas víctimas a través de su derecho a la justicia han emprendido la búsqueda de la «verdad» para conocer ¿qué es lo que realmente les ocurrió a sus deudos? La impronta actuación por parte del Estado no ha hecho posible sancionar a los responsables en tiempo oportuno. Y conforme lo ilustra Sánchez (2002), «Sen demuestra que puede haber abundante disponibilidad de alimentos en una sociedad, sin que ello otorgue necesariamente el derecho de uso sobre ellos, con los que se puede presentar, en aparente paradoja, hambrunas masivas» (p. 50). Por lo tanto, el Estado, a través de sus instituciones, debe asumir la responsabilidad de otorgar adecuados mecanismos para garantizar el acceso a la justicia de calidad.

Otro filósofo, que afianza este análisis, es Habermas (1999) para quien la idea de justicia solo tendrá validez si existe un discurso argumentativo que sea capaz del logro de la aceptación de todos. Así, se puede inferir que la promulgación de normas que obedezcan a procedimientos legales serán justas y válidas, pues el derecho y la moral para Habermas tienen la finalidad de la búsqueda de la integración social, llevando el desacuerdo a nivel de consenso. Por otro lado, analiza problemas alejados del quehacer político e indica que «la acción política» presupone la posibilidad de decidir a través de la palabra sobre el bien común» (Ibídem, p. 15).

Para continuar la línea argumentativa en el acceso a la justicia la temática de la calidad que se propone de manera obligatoria en los despachos fiscales no debe ser dejada de lado en el sistema de administración de justicia. A propósito de lo establecido en el artículo 8, numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter». A esto se debe añadir, como lo indica Herrera (2014.) «(...), por qué hoy la modernización del Estado no solo se limita a la reducción de la administración pública, sino a lograr que esta brinde servicios de calidad, incluyendo la administración de justicia» (p. 79).

Por todo lo expuesto, la idea de acceso a la justicia debe ir a la par en el entendido de derecho fundamental y tomar como punto central a la base de la opinión pública en aspectos de calidad y sensibilización de los operadores que despliegan la función fiscal. A esto se añade que es importante la medición propia de los resultados en la gestión del acceso a la justicia para impulsar la mejora continua en el acceso a la justicia de calidad. Por consiguiente, la presentación de los datos del trabajo propio va a ser útil porque permitirá realizar una crítica constructiva constante a partir de los despachos fiscales sobre la responsabilidad, como actores de la gestión de la persecución del delito y la defensa de la legalidad. Se tomará como reto la evaluación permanente con relación a las barreras temporales y la cultura organizacional al interior de nuestros despachos fiscales, que permita un adecuado y oportuno acceso a la justicia.

Buscamos la realización de una labor en el interior del Ministerio Público, en el contexto del acceso a la justicia de calidad de manera obligatoria, con el compromiso de encaminarlo a un trabajo conjunto, donde se deben desarrollar capacidades de autocrítica, sensibilización total en el desempeño fiscal que conduzca a la realización correcta del mismo con liderazgo participativo y sujeto a evaluación constante. Pues como lo describe (Perez, 1993, p. 23): «Es necesario conocer ¿qué necesitan las personas? Y evaluar ¿qué acciones permiten la satisfacción de las necesidades de las personas?». Por otro lado, debemos definir la calidad como «la percepción de lo brindado en el servicio otorgado» (Kafra, s.f. p. 5).

2. Materiales y métodos

En la presente investigación se utilizó el método observacional y el análisis de carpetas fiscales en la investigación aplicada a nivel descriptivo. Se usaron estos sistemas por tener propósitos prácticos inmediatos bien definidos para

actuar, transformar, modificar o producir cambios en un determinado sector de la realidad. El nivel descriptivo busca especificar las barreras temporales del grupo experimental (carpetas fiscales en los que se observa lo planteado), así como las características de los integrantes de la organización, sometiendo al análisis en un momento y tiempo históricos concretos. Se evaluaron los factores intervinientes en la celeridad, que impiden un acceso a la justicia de calidad haciendo posible una oportuna investigación y juzgamiento en el Distrito Fiscal de Huánuco 2017.

En los materiales, además de las carpetas fiscales, se emplearon cuadros estadísticos de casos ingresados en el 2017, durante los diez primeros meses a cargo de un fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huánuco, con un total de 124 casos. Estos fueron presentados en carpetas fiscales, tomando para análisis solo treinta y un casos, que representan el 25 % del total de casos ingresados para identificar las barreras temporales. Se utilizó la encuesta a los usuarios cuyos procesos se seguían tramitando en el año 2018.

3. Resultados

Tabla 2

Presentación de datos

Barreras temporales	Carpeta n.º	Cantidad
1. Falta de diligencias de investigación	1. 2006014502-2017-1077-0 (Caso complejo)08/08/17	
	2. 006024502-2017-1392-0 (26/09/17)	(Preparatoria)
	3. 2006024502-2017-488-0 (12/04/17)	(Preparatoria)
	4. 2006024502-2017-1179-0 (14/08/17)	(Preparatoria)
	5. 2006024502-2017-1552-0 (06/11/17)	(Preparatoria)
	6. 2006024502-2017-1662-0 (17/08/17)	(Preparatoria)
	7. 2006024502-2017-1554-0 (06/11/17)	(Preparatoria)
	8. 2006024502-2017-1622-0 (10/11/17)	(Preparatoria)
	9. 2006024502-2017-1439-0 (04/10/17)	(Preparatoria)
	10. 2006024502-2017-1367-0 (22/09/17)	(Preparatoria)
	11. 2006024502-2017-1081-0 (14/08/17)	(Preparatoria)
		11

2. Tramitación de procesos dentro de un plazo no razonable, atribuible al Ministerio Público o al Poder Judicial	1.	2006024502-2017-1362-0 (J.O) (22/09/17) PJ	7
	2.	2006024502-2017-626-0 (J.O) (19/04/17) PJ	
	3.	2006024502-2017-300-0 (J.O) (01/03/17) PJ	
	4.	2006014502-2017-68-0 (J.O) (16/01/17) PJ	
	5.	2006014502-2017-849-0 (E.I) 25/05/17) PJ	
	6.	2006014502-2017-457-0 (E.I) 05/04/17 MP	
	7.	2006014502-2017-960-0 (E.P) 15/05/18 MP	
3. Dilaciones indebidas para el pronunciamiento definitivo			0
4. Sanción de los responsables en plazo no razonable.			0
Cultura organizacional			
1 Importancia de ejecutar el trabajo bien desde la primera vez (correcta notificación, realización de diligencias en fechas programadas)	1.	2006014502-2017-1577-0 en J.O (28/11/17)	4
	2.	2006014502-2017-1307-0 en J.O (20/09/17)	
	3.	2006014502-2017-996-0 en J.O (20/09/17)	
	4.	2006014502-2017-1824-0 en J.O (15/12/17)	
	5.	2006014502-2017-518-0 en J.O (11/04/17)	
	6.	2006014502-2017-129-0 en J.O (18/04/17)	
	7.	2006014502-2017-1687-0 en E.I (29/12/17)	
	8.	2006014502-2017-1826-0 en J.O (15/12/17)	
	9.	2006014502-2017-248-0 en E.I (28/02/17)	
2. El usuario es primero			
3. Creencia en la comunicación honesta.			
4. Trabajo en equipo.			
5. Conducta ética responsable.			
6. Liderazgo participativo.	1.	2006014502-2017-738-0	4
	2.	2006014502-2017-1759-0	
	3.	2006014502-2017-1399-0	
	4.	2006014502-2017-1759-0	
Total			31

La tabla 2 muestra dos categorías:

Barreras temporales

- ▶ Falta de diligencias de investigación que se presentaron en 11 casos.
- ▶ Tramitación de procesos dentro de un plazo no razonable en 7 casos

Cultura organizacional

- ▶ Es importante ejecutar bien el trabajo desde la primera vez lo que se observó en 9 casos.
- ▶ Liderazgo participativo presente en cuatro casos (Autoría propia).

Tabla 3

Análisis de celeridad en 31 carpetas de la 2.^a Fiscalía provincial penal corporativa de Huánuco

Barreras temporales	f	%
a. Falta diligencias de investigación	11	35
b. Tramitación de proceso dentro plazo no razonable	7	23
Cultura organizacional		
a. Importancia de ejecutar bien el trabajo desde 1a vez	9	29
b. Liderazgo participativo	4	13
Total	31	100

La tabla 3 muestra en porcentaje el análisis de celeridad en 31 casos: autoría propia.

4. Discusión

Concluida la investigación, se puede decir que los resultados reflejan una gran verdad. El 35 % de los casos, en los que se apreció la falta de celeridad, obedece a barreras temporales como son la falta de diligencias de investigación en el plazo oportuno. El 29 % del factor interviniente en la celeridad para una justicia de calidad se encuentra en la cultura organizacional que radica en la importancia de ejecutar bien el trabajo desde la primera vez. Ambos factores son determinantes en el acceso a la justicia de calidad, que hace posible la oportuna investigación y juzgamiento en el distrito fiscal de Huánuco. A esto se entiende como una obligatoriedad plasmada en la Convención Americana de Derechos Humanos que marca un imperativo al plazo razonable.

5. La persecución penal efectiva en un plazo oportuno en el acceso a la justicia en el Perú

La legislación peruana regula las atribuciones del Ministerio Público, entre ellas, de conformidad con el artículo 159 de la Constitución Política, determina que corresponde al Ministerio Público la persecución del delito y llevar adelante la investigación. Determina que dicha atribución constitucional prevé el deber de persecución del delito de manera efectiva en el acceso a la justicia. Sin embargo, es importante hacer un comentario al ya mencionado caso *Durand Ugarte vs. Perú*, en el que la CIDH se pronunció en el sentido de que el Estado peruano era responsable por las violaciones a los derechos fundamentales de Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera. Se quebrantó el derecho fundamental de las familias de dichas víctimas a la protección judicial y a las garantías judiciales al no haber obtenido dentro un plazo razonable una respuesta efectiva por la muerte de sus seres queridos y la sanción a los presuntos responsables de dichos delitos considerados como graves. Es que el Estado peruano no garantizó a través de sus instituciones autónomas como es el Ministerio Público la persecución eficaz del delito por la muerte y desaparición de los occisos del Frontón. En este caso concreto se produjeron hasta en tres momentos el quebrantamiento de un acceso a la justicia con las garantías existentes en un Estado Constitucional de Derecho. En un primer momento de las investigaciones ni siquiera se hizo referencia a los fallecidos Durand y Ugarte. Posteriormente pese a existir un primer pronunciamiento de la CIDH en la que declaraba como responsable al Estado peruano por los fundamentos de la vulneración de los derechos a la protección judicial entre otros, en febrero de 2018 la CIDH también se avizó que únicamente estarían siendo juzgados los autores materiales del delito. Por tal motivo, tendría que probablemente necesitar de otro proceso para investigar a los presuntos autores intelectuales de dichos hechos. Una vez más se puede percibir una opaca situación del plazo no razonable en el acceso a la justicia en un segundo momento. Sin precisar que el tercer momento fue el de no realizar una adecuada calificación jurídica a los hechos que se encontraban investigando.

Este caso es de importancia internacional que hace entrever que, a partir de hechos concretos, es necesario que desde el conocimiento de la *notitia criminis* se realice una adecuada investigación y tipificación del delito. Además, se atribuye que en el caso mencionado, muy aparte de la violación a los derechos fundamentales, se tiene también la presencia de barreras temporales como la falta de diligencias de investigación para no solo juzgar a los presuntos autores materiales, sino también a los posibles autores intelectuales de las graves violaciones a los derechos fundamentales. Asimismo, resulta coherente asociar lo analizado a la luz de la CIDH con

la barrera temporal de la falta de diligencias fiscales y la sanción de los responsables en plazo no razonable. Como se ve al momento de emitirse la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 8 de febrero de 2018, habrían transcurrido 31 años desde que los hechos fueron consumados, se concluye por el tiempo transcurrido que no se garantiza el derecho del acceso a la justicia de las víctimas en un plazo razonable.

Al término de este análisis se tiene otro aspecto considerado dentro de las barreras temporales que impiden el acceso a la justicia de calidad. Se hace posible una oportuna investigación y juzgamiento en el distrito fiscal de Huánuco. Se trata de la tramitación de procesos dentro de un plazo no razonable, por causas atribuidas al Ministerio Público y al Poder Judicial. Se obtiene el 23 % del resultado total, que debe ser superado con una adecuada metodología, que adopte el fiscal investigador desde el inicio de su investigación y con trabajo coordinado con el equipo colaborador (asistente en función fiscal, asistente administrativo y asistentes administrativos notificadores).

Por otra parte, es importante mencionar el liderazgo participativo con un 13 % es de vital importancia en el desarrollo de la delicada y comprometida labor fiscal.

Finalmente, se puede manifestar que no es una falacia el acceso a la justicia de calidad, conforme a los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal, pues la calidad en el servicio brindado es responsabilidad de cada uno de los integrantes del Ministerio Público.

6. Conclusiones

- a) Es imprescindible realizar un trabajo propio en el ámbito del Ministerio Público por parte de cada responsable de despacho Fiscal para garantizar el acceso a una justicia de calidad y desarrollar activamente la importancia de una cultura organizacional adecuada. Esta labor permitirá superar las barreras temporales que pueden surgir como son la falta de realización de diligencias de investigación dentro de un plazo razonable y oportuno, garantizando así un servicio de calidad.
- b) Cada despacho del Ministerio Público debe establecer la práctica constante de la cultura organizacional en entidades públicas prestadoras de servicios. Los funcionarios de esta institución no solo deben estar provistos de conocimientos jurídicos, doctrinales y jurisprudenciales. También, deben estar totalmente sensibilizados con la importancia del desarrollo que la prestación de servicios implica, a partir de la cultura organizacional adecuada. Esta, a su vez,

abarca diferentes aspectos como la importancia de ejecutar bien el trabajo desde la primera vez, que implica otorgarle el debido valor a todas las atenciones de cada caso, como la adecuada tipificación de la investigación. También, se debe adoptar una buena metodología de trabajo en equipo, que solo se va a lograr con profesionales que tengan conocimiento y pongan en práctica la cultura organizacional al interior de las fiscalías provinciales penales que conlleven a un acceso a la justicia de calidad.

- c) No cabe duda, finalmente, que una de las debilidades de la gestión pública es la poca evaluación de resultados. No se sabe, por ejemplo, a qué se debe que no se realiza una adecuada investigación dentro de un plazo establecido, provocando que se prolonguen los plazos de investigación hasta llegar a plazos excepcionales. Esta conlleva una ineficaz e inoportuna investigación. Realizar pequeñas investigaciones como el presente permite, como parte del Ministerio Público, evaluar de manera directa cuáles son las debilidades para así mejorar la calidad en el acceso a la justicia.
- d) La presente investigación, sin duda, conduce a la mejora continua, que es uno de los pilares importantes de la gestión de calidad, que debe ser definida a partir de las necesidades del servicio público.
- e) El Ministerio Público, como organización de justicia, debe desarrollar las capacidades de descubrir e innovar a partir del aprendizaje que generen los procesos de evaluación y autocrítica. De ese modo, el enfoque de planteamiento sirve para evaluar en menor medida la importancia de ejecutar bien el trabajo fiscal desde la primera vez y el liderazgo participativo.

Referencias

Carbonell, S. (1997). *Desde Ayer*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Durand y Ugarte vs. Perú Sentencia de 16 de agosto de 2000 (Fondo).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Resolución: Medidas Provisionales respecto del Perú Caso Durand y Ugarte vs. Perú*.

Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro Estudios de teoría política*. Ediciones Paidós Ibérica, S.A.

Kafra, K. (s.f.) *Calidad total*.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2014). *Manual sobre estándares jurisprudenciales y acceso a la justicia y debido proceso en el Perú*. Serie: Estándares en Derechos Humanos: Número 1.

Moro, L. (2016). *Verba lux: poemas terapéuticos y espirituales*. Amarilis Indiana Editores E.I.R.L.

Platón. (2019). Critón. Edita textos. info. <https://www.textos.info/platon/criton/descargar-pdf>

Perez, L. (1993). *Introducción a la Dirección de Empresas*. Publicaciones Universidad de Piura.

Sánchez, O. (2002). *El debate filosófico entre John Rawls y Amartya Sen*. Monografía para optar al título de Filósofo. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas. Departamento de Filosofía.

Sobrevilla, D. (2012). *Historia de la filosofía del derecho I*. Editorial Universitaria.



RETOS de la
magistratura
en temas de
DERECHO CIVIL



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 2, enero-junio, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n2.02



Estrategias contra la violencia de género desde la administración de justicia

Strategies against gender violence from the administration of justice

Leticia Mercy Silva Chávez*

Fiscalía Provincial de familia de Lima
(Lima, Perú)

lsilva@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-5813-5301>

Resumen: La violencia contra la mujer es un fenómeno social de salud pública y derechos humanos. Se expresa de diversas formas como violencia física, psicológica, sexual y patrimonial. Ante el incremento de este fenómeno en el Perú, se promulgó la 30364, Ley de Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer e Integrantes del Grupo Familiar, con fecha 23 de noviembre de 2015. A partir de ese momento, el Perú penalizó toda forma de violencia contra la mujer. Sin embargo, a cuatro años de vigencia, el Estado, en general, y la administración de justicia, en particular, no han dado respuesta eficaz a este problema.

* Fiscal Titular de Familiar, maestra en Derecho Civil y Comercial, especialista en Educación y Prevención de Violencia de Género.

El presente trabajo se ha sustentado en informes, estadísticas, normativa, estudios de investigación y doctrina. Se aplicó el método descriptivo, analítico, identificándose brechas en el sistema de justicia peruano. El objetivo principal es reconocer el fenómeno de la violencia contra la mujer desde la perspectiva de género, identificar las brechas existentes desde la promulgación de la ley, y aportar estrategias de actuación integrales en el ámbito policial, fiscal y judicial, abordando las áreas de prevención, investigación, sanción y atención. Finalmente, se busca la articulación interinstitucional con otros sectores: educación, salud, trabajo, entre otros. El fin de este trabajo es contar con una mirada integral del fenómeno social de la violencia contra la mujer identificando estrategias eficaces desde la administración de justicia.

Palabras clave: violencia contra la mujer, perspectiva de género, brechas de género, estrategias de actuación, sistema de justicia

Abstract: Violence against women is a social phenomenon of public health and human rights. It is expressed in various ways such as physical, psychological, sexual and patrimonial violence. Given the increase in this phenomenon in our country, Law 30364 was passed - law on prevention, sanction and eradication of violence against women and members of the family group, dated November 23, 2015. From that moment on Peru criminalized all forms of violence against women. However, four years in force, the State in general and the administration of justice in particular has not given an effective response to this problem.

This work has been based on reports, statistics, regulations, research studies and doctrine. The descriptive, analytical method was applied, identifying gaps in the Peruvian justice system. As our main objective is to recognize the phenomenon of violence against women from a gender perspective, identify the gaps that exist since the law was enacted, and provide comprehensive action strategies at the police, tax and judicial levels, addressing the areas of prevention, investigation, sanction and attention. Finally, articulating interinstitutionally with other sectors such as education, health, work, etc. The purpose of this work is to have an integral view of the social phenomenon of violence against women, identifying effective strategies from the administration of justice.

Key words: violence against women, gender perspective, gender gaps, action strategies, justice system

RECIBIDO: 2/04/2020
APROBADO: 10/05/2020

REVISADO: 4/05/2020
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La violencia contra la mujer es un fenómeno social multicausal. Su visibilización pasa por reconocer la evidente vulneración de derechos humanos en agravio de las víctimas. El Perú ante el incremento de este fenómeno, cuya expresión máxima se evidencia en el delito de feminicidio, no ha estado ajeno a la implementación de políticas públicas a fin de erradicarlo. Con la promulgación de la 30364, Ley de Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer e Integrantes del Grupo Familiar, se penalizó toda forma de violencia contra la mujer, abordándose nuevos enfoques y principios. El enfoque de género es uno de ellos, que como categoría de análisis coadyuva a la construcción de estrategias desde una mirada integral del problema social.

En cuanto a este fenómeno, las cifras estadísticas son alarmantes. En el mundo, casi la mitad de todas las mujeres (47 %) asesinadas durante el 2012 fueron a causa de «sus compañeros íntimos o familiares, en comparación con menos del 6 % de las víctimas masculinas» (UNODC, 2013, p. 4). En los últimos años, el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público del Perú, registró 1277 feminicidios de enero del 2009 a octubre del 2019. Así también se registró 268 feminicidios en grado de tentativa entre enero de 2018 y 30 de junio de 2019. Por su parte, el Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables del Perú registró 152 casos de feminicidio de enero a noviembre del 2019, superando todo pronóstico de reducción de este flagelo mundial. En cuanto al delito de feminicidio, el Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público registro 149 mujeres muertas a manos de sus parejas por razones de género en el 2018, cifra que se ha incrementado en el 2019 con el registro de 169 mujeres muertas violentamente por sus parejas o exparejas. Finalmente, la Oficina de Racionalización y Estadística del Ministerio Público entre enero de 2016 y noviembre de 2019 ha registrado 614 117. Data que no visibiliza la cifra negra aún oculta debido a factores como falta de denuncia, información de derechos, procedimientos, minimización o normalización de la violencia por la víctima, familiares entre otras causas.

Ante este panorama la sensación de impunidad y falta de predictibilidad del sistema de justicia peruano se pone de manifiesto en el sentir de las víctimas y la sociedad en su conjunto. Desde la aplicación de la Ley n.º 30364, no se ha dado respuesta eficaz a la erradicación de este flagelo, percibiéndose brechas en diversos sectores del Estado en general y en la administración de justicia en particular.

El objetivo principal es proponer estrategias de actuación integrales desde el sistema de justicia (Policía, Fiscalía y Juzgado), que respondan de manera eficiente y eficaz a la disminución o erradicación de este problema. Se debe identificar las barreras de cada institución, implementando instrumentos y mecanismos eficaces y estableciendo una articulación con las instituciones del sector Salud, Educación y Trabajo.

Cabe señalar que las fuentes obtenidas y analizadas han sido insuficientes al ceñirse solo a algunas brechas y regiones del Perú como el caso del estudio realizado por la Defensoría del Pueblo, a través de encuestas y entrevistas a operadores y operadoras jurídicos como usuarias víctimas de violencia. Sin embargo, la data estadística obtenida del Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público del Perú, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), CEPAL, UNODC, demuestran un incremento en el delito de feminicidio, máxima expresión de la violencia contra la mujer. Por consiguiente, se hace necesario identificar de manera global las brechas que nos siguen aquejando, a fin de contar con una visión holística del problema e implementar estrategias integrales desde el sistema de justicia.

El artículo está organizado, en primer lugar, para comprender el fenómeno social de la violencia contra la mujer desde la perspectiva de género. En segundo lugar, se identifica y se da a conocer las brechas existentes en la administración de justicia a partir de la dación de la Ley n.º 30364, respetando las competencias de la Policía, Fiscalía y Juzgados. Finalmente, atendiendo los hallazgos obtenidos de estudios de investigación, data estadística, doctrina, como otras fuentes analizados se recomienda estrategias de actuación integrales desde la administración de justicia.

2. Antecedentes de la violencia contra la mujer

Zurita (2013) refiere que «la violencia de género es una práctica que viene desde los primeros años de la humanidad. Los regímenes de convivencia antiguos ya establecían claras diferencias entre hombres y mujeres en que el varón era el dominante» (p. 4). Por su parte, Bebel (1879) refiere lo siguiente:

La discriminación de la mujer en la sociedad representó la primera forma de explotación existente, incluso antes que la esclavitud. Los hechos que ejemplifican las desigualdades y discriminaciones hacia la mujer son numerosos y antiquísimos. Algunos datan del año 400 A. C., cuando las leyes de Bizancio establecían que el marido era un Dios al que la mujer debía adorar. Ella ocupaba un lugar tan insignificante que ni siquiera podía recibir herencia o beneficio alguno. (p. 13)

El fenómeno de la violencia contra la mujer tiene su base en la cultura machista, donde se establecen patrones o roles sexistas. Así un hombre deberá ser fuerte, proveedor, dominante, mientras que la mujer deberá ser sumisa, reproductiva, débil. La enseñanza-aprendizaje (socialización) empieza en la

familia y se va empoderando en las demás instituciones como el vecindario, la escuela, el trabajo, entre otras.

Es en las relaciones interpersonales entre hombres y mujeres se evidencia el desequilibrio de poderes entre hombres y mujeres. Entre muestras de amor y malos tratos hacia la mujer, se instala el ciclo de violencia entre la pareja, creciendo en intensidad en el tiempo y poniendo en una situación de riesgo latente a la mujer. La manipulación que ejerce el agresor genera en la víctima confusión entre sus sentimientos y el temor a represalias. Su autoestima se ve afectada gradualmente, llegando en algunos casos a culpabilizarse de las reacciones violentas de su pareja, en otros es el temor que la paraliza. Un factor de riesgo muy presente en las víctimas es la dependencia emocional y material (la mujer no cuenta con medios económicos propios), dificultando su salida de una relación tóxica que la ira afectando gravemente con el tiempo.

En cuanto al agresor, este considera que su actuar violento se justifica en la actitud de rebeldía de su pareja. Es su papel instruirla y darle reglas para que no vuelva a infringir sus órdenes. Los castigos que infiere a su pareja suele minimizarlos o justificarlos en la conducta de su víctima o en factores externos como perdió el trabajo, tiene estrés, se encuentra frustrado, etc.

La expresión más extrema de violencia contra la mujer es el feminicidio, muerte violenta que tiene su raíz en la discriminación de la mujer por razones de género. Asimismo, es el resultado de una continua violencia previa en agravio de la víctima, siendo que la mujer se pondrá en un alto riesgo si decide salir del dominio de su agresor, sin el apoyo de redes a su favor como es los operadores jurídicos como la policía, fiscalía, juzgados, defensores, equipos multidisciplinarios.

2.1. Violencia contra la mujer

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer —Convención de Belém do Pará (1994)—, ha señalado: «Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado» (art. 1). Por su parte, el Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW mediante la Recomendación General n.º 19 (1992) declaró «La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre» (párr. 1).

Las normas citadas no hacen más que evidenciar el desequilibrio de poder en que se encuentran muchas mujeres por su condición de tal,

colocándolas en una situación de vulnerabilidad que se acrecienta cuando más tolerancia social e institucional existe en una sociedad. Los Estados se encuentran obligados a garantizar y proteger los derechos y libertades de las mujeres, debiendo implementar acciones positivas que aborden estrategias en prevención, investigación, sanción y atención. Tal es así que el sistema interamericano a través de la Convención de Belém do Pará (1994) establece lo siguiente:

Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:(...) b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; (...)» (art. 7).

2.2. Violencia desde el enfoque de género

En cuanto al género, este engloba a las características que social y culturalmente se atribuyen a los varones, a las mujeres y a las personas en general. Cabe señalar que el género no solamente implica una diferenciación entre lo estimado como femenino y lo considerado como masculino, ya que establece una jerarquía entre ambas identidades y categorías, dado que los valores y atributos asociados a lo masculino suelen ser más valorados que aquellos asociados a los femenino (Ruiz, 2008, pp. 3 y 10).

Así, podemos apreciar que el género es una construcción sociocultural, que tiene relación directa con los roles que son impuestos al varón y a la mujer, a lo largo de toda su vida, con el objeto de hacer aparecer a las personas de uno y otro sexo como seres diametralmente opuestos.

La violencia basada en género hace alusión a aquella acción o conducta que tiene una relación estrecha con un orden social que discrimina a las mujeres y desvaloriza lo femenino, a la vez que construye y perpetua las desigualdades de género (MIMP, 2016, p. 22; Valega, 2019, p. 46). Ante dichas afirmaciones se sostiene que la raíz de la violencia contra la mujer se basa en la construcción sociocultural del sistema machista aún imperante en las sociedades que coloca a las mujeres en desigualdad de condiciones frente al hombre y en un estado de discriminación constante que no permite ejercer sus derechos y libertades a plenitud.

Lagarde y Huaita (2010) consideran «importante manejar un lenguaje común entre los operadores y operadoras jurídicas, integrando el enfoque de género a su quehacer diario, entendiendo este instrumento como una categoría de análisis que permite hacer evidente la desigualdad entre varones y mujeres» (p. 17). Integrar el enfoque de género en el sistema de administración de justicia contribuye a concientizar la complejidad del fenómeno que aqueja, abordando los operadores y operadoras jurídicas los

casos en concreto de manera integral. Su implementación coadyuvará a calificar debidamente el delito, emitir medidas de protección específica al caso en concreto, proporcionar el tratamiento interdisciplinario a favor de la víctima (legal, social, psicológico, laboral) etc.

2.3. Factores de riesgo

Los factores de riesgo crean asimetrías entre hombres y mujeres, instalándose desequilibrio de poderes. El empoderamiento de patrones socioculturales en la sociedad genera una serie de barreras como la tolerancia social e institucional, violación de derechos humanos, ineficacia en el sistema de justicia, manejo de estereotipos sexistas, uso o acceso de armas de fuego, consumo de sustancias psicotrópicas como las drogas o alcohol, trastornos de personalidad, denuncias anteriores de violencia, frecuencia e intensidad de los hechos de violencia entre otros. A lo anteriormente mencionado, surgen nuevos factores de riesgo, como la falta de apoyo de redes sociales, escasa información de derechos y procedimientos, ausencia de centros de acogida, entre otras.

2.4. Estereotipos de género

Uno de los factores de riesgo a desarrollar es el manejo de estereotipos de género por la sociedad. Cook (2009) lo define como «una visión generalizada o idea preconcebida sobre los atributos o características que tienen o deberían tener, o sobre los papeles que cumplen o deben cumplir hombres como mujeres» (p. 183). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009) ha puntualizado que los estereotipos de género mayormente se encuentran asociados a la subordinación basada en género de las mujeres y de lo femenino (párr. 401). Estas preconcepciones impiden avanzar en cambios estructurales en la sociedad. Siendo que el sistema de justicia no está lejano al manejo de los mismos.

2.5. La víctima de la violencia de género

Con respecto a la transmisión de la violencia por medio de los roles de género, Mora (2013) señala:

en general, las mujeres provenientes de hogares con violencia hacia las madres presentan un 57 % de probabilidad de ser agredidas de alguna manera por su pareja, mientras las que aseguran que su hogar materno era pacífico alcanzan una propensión de 40 %, esto nos hace pensar que la aceptación de la violencia es una actitud aprendida desde la niñez, por lo que desde temprano se toma como natural que el padre castigue a la madre; por lo tanto el hombre aprende desde niño que parte de su hombría es mostrar su superioridad, ante la mujer, demostrando su fuerza física, sus órdenes o mandatos, a los cuales la mujer debe someterse de acuerdo al modelo de víctima proporcionado por su madre. (p. 34)

La Ley n.º 30364 considera a la mujer como sujeto de protección: «Las mujeres durante todo su ciclo de vida: niña, adolescente, joven, adulta y adulta mayor» (art. 7, inciso a). Esta definición está alineada a lo establecido por la Convención de Belém Do Pará.

2.6. El agresor en la violencia contra la mujer

No existe un perfil único de agresor, se trata de un hombre sexista formado en sus relaciones interpersonales, buscando el control hacia su pareja. Al inicio de la relación sentimental, se mostrará como un hombre seductor, preocupado por su pareja, a quien le expresará afecto y a la vez establecen reglas de conducta, donde predominan sus intereses personales.

Existen un conjunto de factores individuales y de contexto que explican por qué algunas personas presentan mayor probabilidad de desplegar actos de violencia en situaciones en las que las mujeres quebrantan los estereotipos antes descritos. Algunas características de personalidad de los agresores son las siguientes: el aprendizaje de creencias que toleran o justifican la violencia (Antón, 2014, p. 71), las frustraciones originadas por experiencias como privaciones económicas o experiencias de abuso (Agnew, 2006), la baja capacidad de autocontrol (Gottfredson y Hirschi, 1990) y la ausencia de lazos sociales (Hirschi, 1969).

En la dinámica de control, el agresor considera que su pareja le pertenece y siente frustración ante la posibilidad de perderla. Pueden presentar algunas características como baja autoestima, déficit del control de sus impulsos, dificultad para expresar sentimientos y emociones, formación sexista entre otras.

2.7. Ciclo de la violencia

Leonor Walker (1979), psicóloga estadounidense, en base a testimonios ha concluido que las mujeres víctimas de violencia son agredidas de manera intermitente, por ende, existen fases, donde las manifestaciones de malos tratos son diferentes.

Así tenemos que la violencia contra la mujer se explica en el ciclo de la violencia. Por un lado, las señales de violencia se originan por lo general en el noviazgo, pasando desapercibidas. Iniciada la relación de pareja las expresiones de cariño e ira por el agresor son frecuentes, lo cual genera en la mujer duda y confusión. Con el paso del tiempo se irán acumulando tensiones, se suscitarán problemas de cualquier índole, por mínima que sea, provocará disconformidad en el agresor.

Las manifestaciones iniciales suelen ser agresiones verbales (psicológicas) cuyo objetivo es minar la autoestima de la mujer. Posteriormente los maltratos serán físicos, económicos, sexuales. El agresor buscará en esta dinámica perversa justificar sus reacciones, pasándose a la etapa de luna de miel, donde el agresor pedirá perdón y será perdonado. Luego del perdón de la víctima al agresor, la violencia se irá incrementando con el tiempo poniendo en alto riesgo a la mujer. A medida que la víctima quede indefensa ante el aislamiento social y las reglas impuestas, su autoestima decaerá dejándola sin fortaleza para salir de dicha situación. Con el tiempo la violencia que ejerza el agresor, será desmotivada y hasta desproporcionada.

Corsi (como se citó en Echebarrúa y Corral, 2006) afirma que «la conducta violenta en casa supone un intento de control de la relación y es reflejo de una situación de abuso de poder, resulta por ello explicable que el maltrato lo protagonicen los hombres y se de contra las mujeres, los niños y los ancianos por ser los sujetos más vulnerables en el hogar».

2.8. Consecuencias de la violencia en la víctima

De acuerdo al estudio publicado por la Organización de las Naciones Unidas, citado en el Informe de Adjuntía n.º 063-2017-DP/ADM-Defensoría del Pueblo, se señala:

La violencia contra las mujeres se manifiesta de diversas formas y se encuentra presente tanto en el ámbito público como en el privado. La prevalencia de determinado tipo de violencia varía de acuerdo al contexto social, económico, cultural y político, lo cual también determina que las manifestaciones puedan ser cambiantes, presentándose nuevas formas de violencia de acuerdo a los cambios que se producen en la sociedad. Una de las manifestaciones más antiguas y extendidas es la violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja, que involucra violencia física (golpes, puntapiés, empujones, jalones de cabello, entre otros), violencia psicológica (insultos, humillaciones, conductas de control), violencia sexual (actos sexuales sin consentimiento o sometimiento a actos humillantes para la mujer), violencia económica (control sobre sus ingresos, gastos, no permitirle disponer de su dinero) y el feminicidio íntimo, el más grave de todos. Con relación a la salud mental, cualquier manifestación de violencia afecta la salud psicológica de la agraviada.

Las consecuencias más comunes en la víctima son baja autoestima, dependencia emocional y material, valores sociales tradicionales, estrés, incomunicación y aislamiento social; confusión por bloqueo emocional, desmotivación, miedo y desesperanza entre otras manifestaciones que colocan a la víctima en una situación de vulnerabilidad constante frente al agresor.

3. Brechas existentes en la administración de justicia desde el ámbito policial, fiscal y judicial en los casos de violencia contra la mujer

La violencia contra la mujer es un asunto que atañe a todos los sectores del Estado. Desde la aplicación de la Ley n.º 30364, la Administración de Justicia viene presentando una serie de dificultades a fin de integrar los enfoques (género, interculturalidad, integralidad, derechos humanos, intergeneracional, interseccionalidad), y principios (igualdad y no discriminación, interés superior del niño, debida diligencia, intervención inmediata y oportuna, sencillez y oralidad, razonabilidad y proporcionalidad). A cuatro años de vigencia de la ley, la violencia contra la mujer no ha disminuido en nuestro país, muy por el contrario se ha incrementado pese a su penalización.

Al respecto, el Informe de Adjuntía n.º 063-2017-DP/ADM de la Defensoría del Pueblo presenta datos importantes de un estudio que se realizó. Este se llevó a cabo en comisarías, fiscalías, juzgados y usuarias (víctimas) en las regiones de Arequipa, Ayacucho, La Libertad, Lambayeque, Loreto, Moquegua, Puno y San Martín. Se utilizaron fichas que permitieron recoger información de 131 miembros de la Policía Nacional, 42 del Ministerio Público, 35 del Poder Judicial y 117 usuarias, haciendo un total de 325 personas encuestadas. Se concluyó que el 59 % de las usuarias del sistema de justicia, no cuentan con ambiente adecuado para su atención. Tanto personal policial como jueces consideran que la medida de protección que se emite con mayor frecuencia es la obligación del cese de la violencia por parte del agresor. Por su parte las víctimas refieren que es una medida menos importante. Ellas sostienen que el retiro del agresor es una disposición más segura para ellas. Así también, se identificó como brecha la falta de presupuesto adecuado a fin que el sistema de justicia responda a la sobrecarga procesal.

En el mencionado informe se estableció que los operadores de justicia mantienen la creencia que la conciliación con el agresor es la primera causa de abandono de la denuncia por las víctimas. Sin embargo, las usuarias refieren que son las amenazas del agresor que las hace abandonar la denuncia. El 75 % de usuarias manifestó no conocer el contenido de la Ley 30364 y su reglamento. Al respecto, y desde la posición de la víctima, se infiere insatisfacción por el tratamiento que se da a su caso, desconfianza de los operadores de la administración de justicia, inseguridad de obtener protección y sanción contra el agresor.

Ante la situación descrita, esta investigación tiene la intención identificar brechas en el sistema de justicia, respetando las competencias asumidas por cada institución, así tenemos que:

- a) **En el ámbito policial**, existe escaso presupuesto para implementar instrumentos y mecanismos propios de su función; falta de concientización y especialización de los operadores policiales, manejo de estereotipos sexistas, llenado inadecuado de la ficha de valoración de riesgo, informe o atestados policiales incompletos, falta de mecanismos adecuados a fin de ejecutar y monitorear las medidas de protección a favor de la víctima, insuficiente articulación intersectorial entre otras falencias.
- b) **En el ámbito fiscal**, existe insuficiente presupuesto para abordar este delito en todo el país, falta de especialización en los ámbitos de prevención e investigación del delito de violencia contra la mujer desde la perspectiva de género, manejo de estereotipos de género, inaplicación de enfoques, falta de uniformización de criterios en la intervención fiscal, calificación indebida del delito, escasa articulación interinstitucional, etc. Asimismo, en cuanto al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público, se observó limitada cantidad de cámaras Gesell (entrevista única a favor de víctimas) en todo el país, falta de laboratorios biológicos y tanatológicos, falta de capacitación en parámetros para determinar daño psíquico y afectación psicológica a los peritos psicólogos del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, entre otras dificultades.
- c) **En el ámbito judicial**, al igual que las anteriores instituciones se percibió escaso presupuesto, falta de especialización en la integración del enfoque de género, tanto en el ámbito tutelar y penal; emisión de medidas de protección generales no específicas de acuerdo a los casos en concreto, insuficientes medios de pruebas al no hacer uso del artículo 194 del Código Procesal Civil (pruebas de oficio). En algunos casos no se aplican los principios de debida diligencia, intermediación y oralidad al prescindir de la realización de la audiencia única en casos calificados como riesgo moderado y leve, insuficiente recurso humano en los equipos multidisciplinarios (psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales, etc.); escasa articulación intersectorial con la Policía, Fiscalía como con otros sectores involucrados como Salud, Educación, Trabajo, etc.

4. Estrategias de actuación integrales desde la administración de justicia

En el Perú como en otros países de Latinoamérica y el Caribe, la lucha contra la violencia contra la mujer resulta prioritaria, debiéndose trabajar desde la identificación de brechas a fin de planificar estrategias integrales, enfocadas en la prevención, investigación, sanción y atención de este flagelo.

Se tiene presente que la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW, obligan a los Estados partes a aplicar el principio de la debida diligencia en los casos de violencia contra la mujer. Se ha previsto una serie de criterios, entre ellos se encuentran los siguientes: las mujeres deben recibir un trato preferencial cuando sean víctimas de violencia. Se debe proceder con inmediatez en la recepción de la denuncia. El personal policial debe actuar con celeridad para preservar la salud y vida de la mujer. Los operadores jurídicos deben brindar información sobre los derechos y garantías que protegen a las mujeres como de los procedimientos a seguir. La atención de los servicios públicos debe ser gratuita. Se debe identificar los factores de riesgo a fin de dar medidas de protección eficaces.

La concientización y capacitación del personal policial, fiscal y judicial debe enfocarse en abordar desde la prevención acciones positivas contra la violencia contra la mujer. Asimismo, es relevante la integración en los ámbitos de investigación, sanción y atención a la víctima y victimario la perspectiva de género. Se debe realizar una tipificación adecuada del delito como impulsar investigaciones prontas y oportunas. La violencia contra las mujeres debe iniciarse de oficio y sin dilaciones. En cuanto a los servicios de atención se debe contar con personal multidisciplinario en el área legal, psicológica y social. Se requiere brindar privacidad en el servicio para lograr la aceptabilidad de las mujeres en situación de violencia. Se debe implementar mecanismos efectivos para la cadena de custodia como sistema de seguridad para preservar indicios o elementos de prueba. Así también se debe brindar una justicia pronta simplificándose los procedimientos de la justicia penal, tomando en cuenta la reparación del daño físico, psicológico y material a favor de la víctima.

Por todo lo expuesto anteriormente, es necesario trabajar desde los ámbitos de prevención, investigación, sanción y atención desde el sector de justicia.

4.1. En el ámbito preventivo

Se recomienda que los sectores de justicia fortalezcan las campañas de información sobre derechos de las mujeres y el procedimiento a seguir en caso de violencia. Se debe transversalizar el enfoque de género en todos los niveles jerárquicos. Para esto se debe crear una oficina técnica responsable de elaborar las políticas institucionales. Identificar los nudos críticos en todo el país, diseñar e implementar estrategias atendiendo a la realidad pluriétnica y pluricultural del Perú. Reforzar la coordinación interinstitucional con los sectores del Estado como el Ministerio de Salud, Ministerio de Educación, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, entre otros.

4.2. En el ámbito de la investigación y sanción

Tanto en el campo policial, fiscal y judicial, en primer lugar, es urgente contar con personal concientizado y especializado en la investigación del delito de violencia contra la mujer, desde la perspectiva de género. En segundo lugar, se debe implementar una estrategia institucional para rechazar estereotipos de género en las funciones de los operadores de justicia. Cabe resaltar el logro obtenido por el Ministerio Público peruano al aliarse estratégicamente con la Agencia Española de Cooperación para el Desarrollo (AECID), que permitió desarrollar el proyecto «Apoyo a la incorporación efectiva de la perspectiva de género en la actuación del Ministerio Público para la investigación de los delitos de violencia de género y feminicidio en el Perú». Este instrumento sirvió para impulsar el diseño del «Protocolo del Ministerio Público para la investigación de los delitos de feminicidio desde la perspectiva de género», herramienta que coadyuva a que los fiscales y científicos forenses aborden el delito de feminicidio desde el enfoque de género, evitando la inadecuada calificación de este delito, y con ello evitando la impunidad.

La Ley n.º 30364 ha implementado la ficha de valoración de riesgo, la misma que es llenada por los operadores de la administración de justicia, instrumento que debe ser optimizado a fin de establecer el riesgo real de las víctimas. Se debe emitir medidas de protección y acciones cautelares adecuadas al caso en concreto. Es necesario optimizar la coordinación con el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses para contar de manera pronta con las pericias médico-legal, informes psicológicos y entrevistas únicas practicadas en la cámara Gesell. También, se debe uniformizar los criterios en la actuación policial, fiscal y judicial. Esto coadyuvará a tener una justicia pronta, resguardando los derechos y libertades de las partes. Se propone contar con un registro unificado interconectado entre la Policía, fiscalías y juzgados en todo el país. Se registrará la identificación de la víctima, victimario, tipo de violencia, medidas de protección y medidas cautelares, entre otros ítems que apoyen al sistema de administración de justicia.

4.3. Estrategias específicas en el ámbito policial, fiscal y judicial

Ante las brechas anteriormente mencionadas desde la promulgación de la Ley n.º 30364, surge la necesidad de combatir el flagelo de la violencia contra la mujer, razón por la cual se hace una aproximación a estrategias conforme a las competencias de las instituciones de administración de justicias:

- a) **En el ámbito policial**, el sistema tecnológico implementado por España, denominado Sistema VioGén, viene dando frutos óptimos frente a la lucha del fenómeno social de la violencia de género en este país. Acogiendo sus buenas prácticas se recomienda la implementación de un mecanismo tecnológico sofisticado que permita acompañar a la

víctima desde el inicio de la denuncia hasta el final. Esta herramienta permite procesar el cumplimiento o no de medidas de protección, ubicación del agresor, entre otras acciones.

- b) **En el ámbito fiscal,** la modalidad de violencia contra la mujer se ha vuelto difícil de acreditar, pese a tener mayor incidencia en su formulación, esto hace referencia al maltrato psicológico. Si bien la Ley n.º 30364 ha tenido la intención de contar con un medio probatorio como el daño psíquico, se puede apreciar desde la experiencia que ello no ha dado frutos positivos. Muy por el contrario, se ha convertido en una brecha frente a los plazos que deben cumplir los fiscales especializados, como a la falta de capacitación en parámetros conforme a la guía de valoración del daño psíquico en víctimas adultas de violencia familiar, sexual, tortura y otras formas de violencia intencional. Es parecida la situación en la que se encuentra el establecimiento de afectación emocional en la víctima. En este punto, es importante reevaluar urgente dicha situación para evitar archivos y consiguiente impunidad del hecho denunciado. Para esto se requiere la conformación de equipos de expertos a fin de tomar en cuenta la evaluación de las víctimas en crisis, tomando en consideración no un hecho aislado sino el conjunto de ellos (causas) de corto, mediano o largo plazo que conlleven a establecer la afectación emocional de la víctima. Es necesario establecer los grados de afectación que correspondan al caso en concreto (específico) a fin de que los fiscales puedan formalizar la denuncia ante el Poder Judicial. También es importante optimizar los mecanismos de atención a la víctima, con suficientes cámaras Gesell, laboratorios biológicos, tanatológicos y la suficiente dotación de equipos multidisciplinarios al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Implementar en todo el país el registro de víctimas y agresores (RUVA), como optimizar los recursos de la unidad central de asistencia a víctimas y testigos, debiéndose contar para ello con instrumentos como guías y protocolos.
- c) **En el ámbito judicial,** se recomienda la emisión de medidas de protección específicas al caso en concreto, debiéndose establecer parámetros en el caso de alejamiento de la víctima (distancia, lugar, etc.). También, es importante poner en práctica la aplicación del artículo 194 del Código Procesal Civil (prueba de oficio), a fin de contar con mayores elementos de juicio en la emisión o modificación de las medidas de protección a favor de la víctima. Asimismo, es fundamental el uso del principio de la debida diligencia, inmediatez y oralidad en la audiencia especial. Para esto no solo se debe contar con la ficha de valoración de riesgo sino otros medios de prueba. Así, también, es necesario trabajar con el agresor, razón por la cual se deben

implementar programas psicoterapéuticos y de reeducación, a fin de prevenir nuevos actos de violencia y producir un cambio positivo en su concepción y conducta machista.

Para concluir, se debe tener en cuenta que, ante este flagelo, se requiere contar con una mirada integral, holística, con el propósito de implementar y ejecutar estrategias integrales de actuación en el sistema de justicia, tanto institucional como interinstitucional. Para ello, es necesario enfrentar el problema desde la prevención, investigación, sanción y atención a la violencia contra la mujer.

Y, por último, cabe recordar lo afirmado el 2011 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH):

«La investigación penal debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género» La Corte ha valorado como fallas de la investigación «la falta de voluntad, sensibilidad y capacidad de varios de los servidores públicos que intervinieron inicialmente en las denuncias. (párr. 181).

5. Materiales y métodos

Habiéndose penalizado la violencia contra la mujer desde el 23 de noviembre de 2015 con la Ley n.º 30364, y a fin de identificar las brechas existentes en la administración de justicia, se ha revisado y analizado instrumentos doctrinarios, normativa nacional e internacional, estudios de investigación, informes y data estadística. Por consiguiente, en el presente estudio se hace uso del método descriptivo y analítico.

Las fuentes han permitido ahondar en la complejidad del fenómeno de la violencia contra la mujer desde el enfoque de género. Así también, la investigación ha podido identificar desde la promulgación de la Ley n.º 30364 brechas en el sistema de Administración de Justicia (policial, fiscal y judicial), a fin de poder proponer estrategias. Se ha analizado, asimismo, data estadística e informes de la defensoría del pueblo. El Informe de Adjuntía n.º 063-2017-DP/ADM, de la Defensoría del Pueblo, practicado en comisarías, fiscalías, juzgados y usuarias (víctimas), a 325 personas, entre ellos operadores jurídicos, 131 policías, 42 fiscales y 35 jueces y 117 usuarias, en las regiones de Arequipa, Ayacucho, La Libertad, Lambayeque, Loreto, Moquegua, Puno. Dicho estudio concluyó que el 59 % de las usuarias del sistema de justicia no cuentan con un ambiente adecuado para su atención. Tanto personal policial como jueces y juezas consideran que la medida de protección adecuada es el cese de la violencia por parte del agresor. Contradictoriamente, la víctima sostiene que el retiro del agresor es la más segura para ellas. Así también, se identificó como brecha la falta de presupuesto adecuado a fin que el sistema de justicia responda a la sobrecarga procesal. En el mencionado informe,

se estableció que los operadores de justicia mantienen la creencia que la conciliación con el agresor es la primera causa de abandono de la denuncia por las víctimas. Sin embargo, las usuarias refieren que son las amenazas del agresor que las hace abandonar la denuncia. El 75 % de usuarias manifestó no conocer el contenido de la Ley n.º 30364.

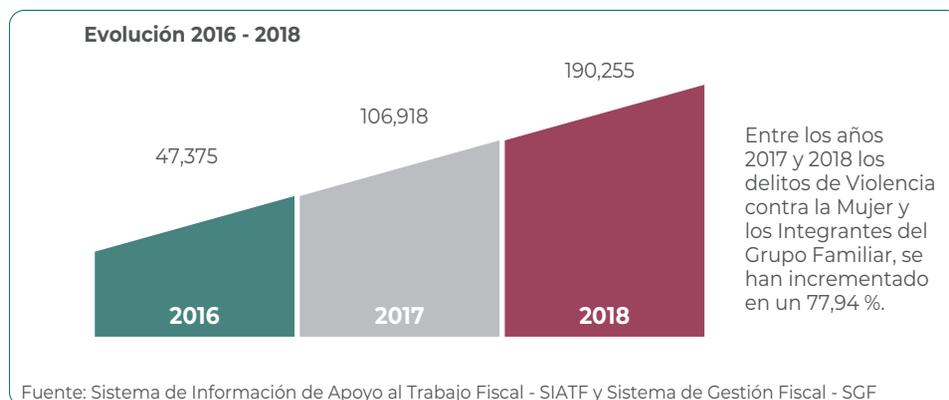
Así también se analizó data estadística del Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público del Perú, quienes han reportado que entre enero y octubre del 2019 se registraron 1277 feminicidios. Asimismo, se verificó que el Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables del Perú registró 152 casos de feminicidio entre enero y noviembre de 2019. Estos datos superan todo pronóstico de reducción si se atiende al Registro del Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público del 2018 que estableció 149 mujeres muertas a manos de sus parejas por razones de género. Haciendo un esfuerzo para tener data global la Oficina de Racionalización y Estadística del Ministerio Público entre enero de 2016 y 11 de noviembre de 2019 ha registrado 614 117 denuncias por violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar. De los instrumentos analizados se establece que la violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar se ha incrementado. Esto afecta la vida de muchas mujeres.

6. Resultados

El presente estudio a través de las fuentes mencionadas, ha verificado como hallazgos importantes los siguientes: la violencia contra la mujer se ha incrementado, pese a la promulgación de la Ley 30364, de fecha 23 de noviembre de 2015. La Oficina de Racionalización y Estadística del Ministerio Público entre enero de 2016 y 11 de noviembre de 2019, registró 614 117 denuncias por violencia contra la mujer o integrantes del grupo familiar.

Figura 1

Delitos de violencia contra la mujer o integrantes del grupo familiar



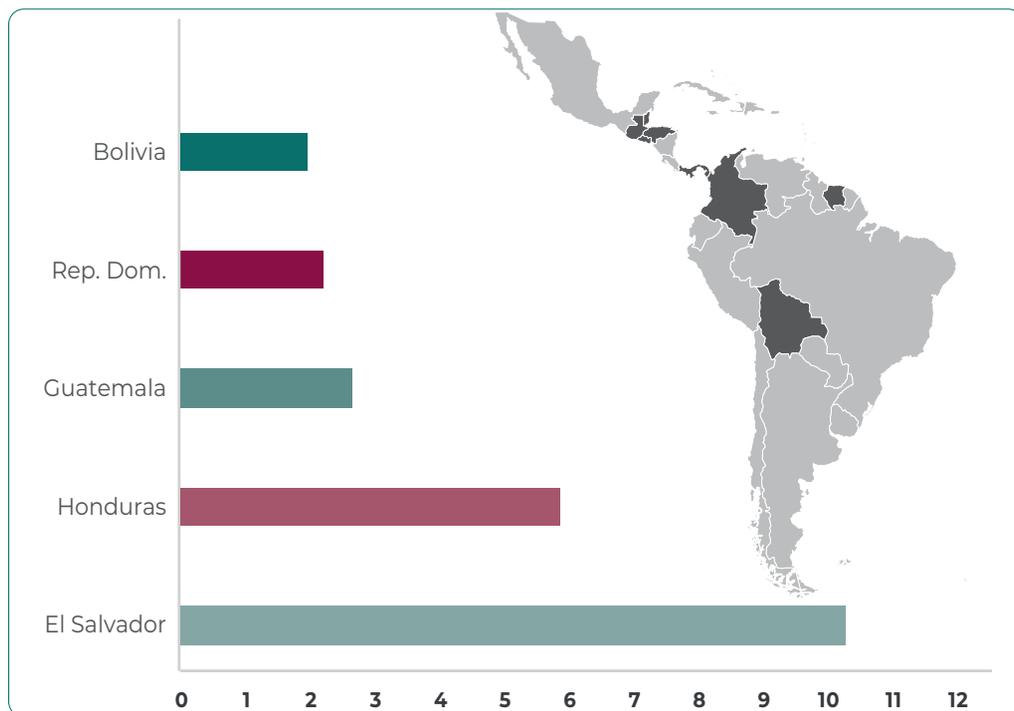
Nota: Elaborado por la Oficina de Racionalización y Estadística del Ministerio Público.

La data permite visibilizar el incremento de la violencia contra la mujer, así se tiene que entre los años 2017 y 2018 los delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, se han incrementado en un 77.94 %.

Este fenómeno no es ajeno a Latinoamérica y el Caribe, quienes también han sufrido un incremento en sus tasas.

Figura 2

Feminicidio en América Latina y el Caribe



Nota: Elaborado: Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público. Fuente: Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe.

La forma más cruel de violencia contra la mujer es el feminicidio, muerte violenta de mujeres en manos de sus parejas por razones de género (discriminación). El registro del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables de enero a noviembre de 2019 es de 152 casos de feminicidio. Esta es la cifra más alta en los últimos 10 años. El Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público del Perú registró 1277 feminicidios de enero a octubre del 2019. Específicamente, solo el 2019 se registró 169 feminicidios, data alta que genera honda preocupación, alarma social e inseguridad.

Ante este panorama, y pese a la penalización de la violencia contra la mujer, con la promulgación de la Ley n.º 30364, la Defensoría del Pueblo ha podido identificar algunas brechas existentes en la Administración de

Justicia, a través de un estudio de investigación. Dicho informe se realizó en comisarías, fiscalías, juzgados y usuarias (víctimas) en las regiones de Arequipa, Ayacucho, La Libertad, Lambayeque, Loreto, Moquegua, Puno y San Martín. Se entrevistó a 325 personas, de los cuales 131 eran miembros de la Policía Nacional, 42 del Ministerio Público, 35 del Poder Judicial y 117 usuarias. Concluyendo que el 59 % de las usuarias del sistema de justicia, no cuentan con ambiente adecuado para su atención. Tanto personal policial como jueces y juezas consideran que la medida de protección que se emite con mayor frecuencia es la obligación del cese de la violencia por parte del agresor. Por su parte, las víctimas refieren que es una medida menos importante, y que el retiro del agresor es lo más seguro para ellas. Así también, se identificó como brecha la falta de presupuesto adecuado a fin que el sistema de justicia responda a la sobrecarga procesal.

Pese a los esfuerzos realizados no se ha encontrado a la fecha un estudio global de barreras existentes en la administración de justicia, razón por la cual se ha utilizado la observación empírica sustentada en la experiencia de la labor funcional (fiscal), de la doctrina y la normatividad supranacional y nacional. Por lo tanto, es necesario ahondar la investigación.

Desde los hallazgos obtenidos se ha propuesto estrategias de actuación integral en la Administración de Justicia, respetando la competencia y función de los operadores jurídicos (policía, fiscalía y juzgado).

7. Discusión

En el presente trabajo ha sostenido que la violencia contra la mujer es un problema social complejo y difícil de tratar. Identificar sus factores de riesgo y secuelas lleva a comprender el fenómeno social desde sus raíces, reconociendo que es un problema de salud pública y violación de derechos humanos.

Ante el incremento del delito de violencia contra la mujer y feminicidio en el Perú, el Estado penalizó la violencia contra la mujer con la promulgación de la Ley n.º 30364, –Ley de prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer e Integrantes del Grupo Familiar. Si bien dicha norma ha tratado de abordar de manera integral este fenómeno social, a la fecha no lo ha logrado. Existen brechas en la aplicación de la ley en los sectores del Estado en general y en la Administración de Justicia de manera particular.

Al respecto, las brechas existentes en el ámbito policial, fiscal y judicial no superadas a la fecha son los siguientes: insuficiente presupuesto institucional, se carece de recurso humano, logístico e infraestructura para atender a la víctima. La falta de concientización y especialización de los operadores y operadoras, el manejo de estereotipos de género, la falta de instrumentos y

mecanismos propios de la función, la escasa articulación interinstitucional no permite dar un tratamiento integral a este fenómeno. Estas y otras barreras mencionadas generan desconfianza en el sistema de justicia, inseguridad ciudadana, falta de predictibilidad de las resoluciones al no contar con criterios uniformes, percepción de impunidad al no sancionarse prontamente al agresor, entre otras falencias en agravio de la víctima.

Ante esta situación urge implementar estrategias integrales de actuación en los ámbitos de la Administración de Justicia, por lo que se propone desde una mirada integral algunas acciones generales y específicas atendiendo a las funciones de la Policía, Fiscalía y Juzgado. Entre las acciones propuestas se encuentran las siguientes: priorizar el presupuesto institucional a fin de contar con instrumentos y mecanismos adecuados. Concientizar y capacitar; rechazar estereotipos de género, articular institucional e interinstitucional con los sectores de Salud, Educación y Trabajo a favor de la víctima. Es necesario implementar programas de reeducación, psicoterapias, acciones que deben disponerse desde el conocimiento de la denuncia, a fin de prevenir nuevos hechos de violencia en agravio de la víctima o de nuevas víctimas en el futuro.

8. Conclusiones

En los últimos años la violencia contra la mujer y el feminicidio se ha incrementado en el Perú. La data estadística muestra que pese a los esfuerzos del Estado peruano en combatir este flagelo aún no lo ha conseguido.

Con fecha 23 de noviembre de 2015 se promulgó la Ley n.º 30364, Ley de Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer e Integrantes del Grupo Familiar, penalizándose la violencia contra la mujer en todas sus formas. La ley trajo innovaciones con el abordaje de nuevos enfoques y principios alineados al corpus *juris* del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Con el presente trabajo, por un lado, se ha podido visibilizar el fenómeno de la violencia contra la mujer desde la construcción sociocultural de las sociedades donde impera el sistema patriarcalista, estableciéndose roles diferenciales entre hombres y mujeres. Este es un problema de salud pública, violación de derechos humanos y de tratamiento complejo. Por otro lado, se ha podido identificar las brechas existentes en la Administración de Justicia, desde la promulgación de la Ley n.º 30364, en el ámbito policial, fiscal y judicial. Entre estas se encuentran las siguientes: la falta de presupuesto institucional, escasa concientización y capacitación de los operadores, manejo de estereotipos de género, falta de mecanismos e instrumentos efectivos para ejecutar y monitorear las medidas de protección, omisión de principios y enfoques en la actuación fiscal y judicial, entre otras.

Se ha llegado a establecer la necesidad de contar con estudios de investigación para identificar brechas de manera global y en todo el país a fin de diseñar e implementar estrategias de actuación integrales en el sistema de justicia.

Finalmente, se ha establecido la necesidad de implementar estrategias integrales de actuación del Sistema de Justicia, abordando los ámbitos de prevención, investigación, sanción y atención de la violencia contra la mujer. Algunas acciones urgentes son contar con presupuesto, concientizar y capacitar a los operadores jurídicos tanto en el área penal como tutelar, implementando suficientes mecanismos de atención a las víctimas (cámara Gesell, registro único, laboratorios biológicos, etc.), en todo el país, entre otros. En el ámbito policial se debe implementar un mecanismo tecnológico especializado que permita acompañar desde el inicio de la denuncia hasta el final del proceso a favor de la víctima. Dicho instrumento deber servir para ejecutar y monitorear medidas de protección, como verificar el cumplimiento o no de medidas por el agresor. Las estrategias generales para los tres sectores son capacitación, articulación e instrumentos (guías, protocolos, rutas de atención, etc.). Las estrategias planteadas requieren de un mecanismo de articulación interinstitucional para atender a las víctimas, en los sectores de salud, educación, trabajo, entre otros. Finalmente, es importante tener en cuenta el tratamiento al agresor abordando su conducta violenta desde la psicoterapia y los programas de reeducación, paralelamente al proceso penal en su contra. Se debe tener presente que el agresor de hoy puede ser el agresor de mañana. Con estas acciones se prevendrá nuevos actos de violencia y nuevas víctimas.

Referencias

- Antón, L. (2014). Teorías criminológicas sobre la violencia contra la mujer en la pareja. *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*. (48). <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/2780>.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1979). *Convención de Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW*.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1993), *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*. Belém do Pará.
- Bebe, A. (1879). «*La mujer y el socialismo*». Editions Sociales
- Benhabib, S. (1992). *Situating the self: Gender, community and postmodernism in contemporary ethics*. Routledge.

- Comité de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (1992). *Recomendación General n. ° 19, La violencia contra la mujer*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH. (2007). *Informe sobre acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*.
- Comité de América Latina y El Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer. (2007). *Investigación Femicidio. Monitoreo sobre femicidio/femicidio en El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua y Panamá*. <https://cladem.org/publicaciones/monitoreo-femicidio/>
- Corsi, J. (1997). *Violencia Familiar, una mirada Interdisciplinaria sobre un gran problema Social*. Paidós.
- Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009,16 de noviembre). *Caso Gonzales y otras (Campo algodoner) Vs. México*. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2011). *VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias* (Acuerdo Plenario n.º 1-2011/CJ-116).
- Decreto Supremo n. ° 008-2016-MIMP, *Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021* (26 de julio de 2016).
- Decreto Supremo n. ° 008-2016-MIMP, *Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021 del 26 de julio de 2016*. *Diario Oficial El Peruano*.
- Defensoría del Pueblo (2017). *Informe de Adjuntía n.º 063-2017-DP/ADM, Ley n.º 30364, la administración de justicia y la visión de las víctimas*.
- Defensoría del Pueblo (2018). Reporte 002-2018-DP/ADM, *Violencia contra las mujeres: perspectivas de la víctima, obstáculos e índices cuantitativos*.
- Huaita, M. (2010). Perspectiva de género, teorías y alcance del concepto. *Entre la teoría y la práctica: nuevas perspectivas sobre los derechos humanos de las mujeres* (pp. 17-25). Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Jacobson, N., y Gottman, J. (2001). *Hombres que agraden a sus mujeres*. Paidós.
- Ley n.º 30364. (23 de noviembre de 2015). *Diario Oficial El Peruano*.
- Más de 280 femicidios en América Latina en lo que va del 2019, publicada el 7 de febrero de 2019, portal web del diario *Correo*.

- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables - MIMP. (2016). *Violencia basada en género: marco conceptual para las políticas públicas y la acción del Estado*.
- Ministerio Público del Perú y Agencia Española de Cooperación para el desarrollo AECOD (2018). Proyecto «Apoyo a la incorporación efectiva de la perspectiva de género en la actuación del Ministerio Público para la investigación de los delitos de Violencia de Género y Femicidio en el Perú».
- Ministerio Público del Perú (2018). *Protocolo del Ministerio Público para la investigación de los delitos de feminicidio desde la perspectiva de género*.
- Mora, C. (2013). «*Madres e hijas maltratadas: la transmisión intergeneracional de la violencia doméstica en el Perú*». Grupo de Análisis para el Desarrollo.
- Organización de las Naciones Unidas (2006). *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*.
- Ramos, M. (2006). *Masculinidades y Violencia Conyugal*. Universidad Peruana Cayetano Heredia.
- Ruiz, P. (2008). Una aproximación al concepto de género.
- UNODC: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2013). *Estudio mundial sobre el homicidio. Tendencias, contextos, datos. Resumen ejecutivo*. Viena: UNODC.
- Zurita, J. (2014). *Violencia contra la Mujer* [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid]



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 2, enero-junio, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n2.03



Discriminación judicial de las mujeres en los procesos de alimentos: problemas y posibilidades

Judicial discrimination of women in food processes: problems and possibilities

Ricardo Jonny Moreno Ccance*

Corte Superior de Puente Piedra
(Lima, Perú)

rmoreno@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-8998-3546>

Resumen: El presente artículo tiene como finalidad escudriñar las consecuencias de impartir justicia discriminatoria en agravio de las mujeres, ya que se convierten en población vulnerable cuando acuden al Poder Judicial en condición de demandantes en los procesos de alimentos y denunciante en los procesos penales de omisión a la prestación de alimentos. Se realiza una breve descripción histórica de la discriminación legal por razón de estereotipo de la mujer en el Perú. La investigación aplica el método de encuestas a los jueces especializados en lo Penal, Familia y de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla (CSJV) en el 2018 y 2019. Esto va

* Juez especializado civil titular de la Corte Superior de Puente Piedra, Ventanilla. Máster en Magistratura Contemporánea por la Universidad de Jaén, España. Postítulo en Litigación Oral por la Universidad de Medellín, Colombia.

a permitir postular la obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género al dictar sentencia en los referidos procesos judiciales aplicando los más altos estándares en materia de Derechos Humanos. Es necesario para ello, que se defina la herramienta de Juzgar con Perspectiva de Género mediante un Pleno Casatorio Civil Vinculante a tenor del artículo 400 del Código Procesal Civil. Además, es importante la elaboración y aprobación por parte del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Protocolo de Juzgamiento de Perspectiva de Género. También, es fundamental postular la necesidad de una modificatoria del Código Procesal Civil del proceso de alimentos que garantice los Derechos Humanos de la población en condición de vulnerabilidad ante un estrado judicial. Por último, es esencial convocar a un Pleno Jurisdiccional Distrital en la especialidad penal en la CSJV. Esto permitirá analizar la situación problemática referida a la determinación de la responsabilidad penal en el delito de omisión a la prestación de alimentos previsto y penado en el artículo 149 del Código Penal. De esta manera se determinará el criterio más apropiado para cada caso concreto.

Palabras clave: discriminación legal histórica, Convención Belem do Para-Reglas de Brasilia, criterios jurisprudenciales androcéntricos, juzgamiento perspectiva género, modificación proceso alimentos, precedente casatorio vinculante

Abstract: The purpose of this article is to scrutinize the consequences of imparting discriminatory justice to the detriment of women who are vulnerable populations when they go to the Judicial Power as plaintiffs in the food process and complainants in the criminal processes of omission to the provision of food, making a brief historical description of legal discrimination based on the stereotype of women in Peru. The survey method was applied to the Specialized Judges in Criminal, Family and Peace Law of the Superior Court of Justice of Ventanilla (CSJV) in 2018 and 2019, which will allow postulating the obligation of Judging with a Gender Perspective. When passing judgment in the aforementioned judicial processes applying the highest standards in the field of Human Rights, being necessary for this, the tool of Judging with a Gender Perspective is defined by means of a Binding Civil Cassation Plenary pursuant to article 400 of the Civil Procedural Code , in addition to the preparation and approval by the Executive Council of the Judiciary of the Gender Perspective Judgment Protocol, postulate the need for an amendment to the Civil Procedure Code of the food process that guarantees the Human Rights of the population in vulnerable conditions before a judicial stage, and finally, the need to convene a Jurisdictional Plenary District in the criminal specialty in the CSJV in order to analyze the problematic situation referred to the determination of criminal responsibility in the crime of omission to the provision of food provided and punished in

article 149 of the Penal Code, and in this way determine the most appropriate criteria for each specific case.

Key words: historical legal discrimination, Belem do Para Convention-Rules of Brasilia, androcentric jurisprudential criteria, Gender Perspective Judgment, modification of food process, preceding Binding Cassation

RECIBIDO: 2/04/2020

REVISADO: 4/05/2020

APROBADO: 10/05/2020

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La presente investigación va a identificar, cuestionar y valorar la discriminación y desigualdad de las mujeres en las decisiones judiciales que intervienen en calidad de demandantes y denunciantes al interior del proceso de alimentos y omisión a la prestación alimenticia respectivamente, teniendo como muestra las encuestas que se realizaron a los jueces de la CSJV en los años 2018 y 2019.

Las mujeres abandonadas se consideran como personas en condición de doble vulnerabilidad por causal de pobreza económica y género conforme las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad adherido por el Poder Judicial Peruano mediante la R.A n.º 266-2010-CE-PJ que sanciona:

se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (Tello Gilardi Janet, 2019)

Estas víctimas acuden al Poder Judicial para postular una demanda de alimentos, en el supuesto de hecho concreto que el demandado no perciba ingresos remunerativos mediante planilla de pago formal o que fraudulentamente ocultan sus verdaderos ingresos y posibilidades económicas.

Por otro lado, el Poder Legislativo no ha expedido normas legales positivas que regulen el supuesto de hecho que el demandado no perciba ingresos remunerativos mediante planilla de pago formal o que fraudulentamente ocultan sus verdaderos ingresos y posibilidades económicas. A su vez, el Poder Judicial no ha definido el concepto de Juzgar con Perspectiva de Género mediante un Precedente Casatorio Vinculante, ni ha elaborado el Protocolo de Juzgamiento de Perspectiva de Género dirigido a todos los jueces de todas las especialidades con la finalidad de garantizar los Derechos Humanos de población vulnerable como si lo tiene aprobado los Poderes Judiciales de México (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013) y Bolivia (Estado Plurinacional de Bolivia, 2013).

Las hipótesis de investigación se formula de la siguiente manera: ¿existe relación directamente proporcional entre el desconocimiento de Juzgar con Perspectiva de Género de los jueces con las sumas diminutas por concepto de alimentos que ordenan en las sentencias los Jueces de la CSJV?, ¿se puede determinar la necesidad que la Corte Suprema de la República ejerza iniciativa legislativa para la modificación del proceso de alimentos, así como la necesidad de crear y aprobar un Protocolo de Juzgamiento de Perspectiva de Género?, ¿existe la necesidad de realizar un Pleno Jurisdiccional Distrital en la CSJV para concordar criterios en torno a la determinación de responsabilidad del delito de omisión a la prestación de alimentos?

2. Justificación

Respecto de la trascendencia en el cumplimiento de obligaciones convencionales, es necesario verificar si el Estado Peruano respeta los derechos humanos de población en condición de doble vulnerabilidad en juicios de alimentos y omisión a la prestación alimentaria ante el Poder Judicial. En el ámbito constitucional es necesario investigar si el Estado garantiza el derecho fundamental a la igualdad y tutela jurisdiccional efectiva de las mujeres en condición de doble vulnerabilidad. En el ámbito infraconstitucional se justifica investigar la necesidad de modificación del subcapítulo de alimentos del Código Adjetivo Civil, la necesidad de la creación de un Protocolo de Juzgamiento con Perspectiva de Género. Finalmente, el presente artículo se justifica socialmente, pues se conocerá los sesgos, patrones socioculturales, impacto diferenciado de las normas, exclusiones jurídicas por razón de género en la historia peruana.

3. Reseña histórica de la discriminación legal de la mujer

El «*Malleus Maleficarum*» de 1486 o «Martillo de las Brujas» fue escrito por los inquisidores dominicos Heinrich Kramer y Jacobus Sprenger. Ellos, desde la primera hasta la última página, justifican el castigo físico contra la mujer y su inferioridad biológica. Dicho Manual se tradujo en la práctica en el manual jurídico y científico para la utilización de todos los magistrados, sacerdotes católicos y protestantes en la lucha contra la brujería en Europa en el Tribunal del Santo Oficio. Por ejemplo, ante la siguiente pregunta: ¿por qué la supersticiones se encuentra ante todo en las mujeres?, estos sabios monjes dominicos responden:

Todas las malignidades son pocas, cosa en comparación con la de una mujer. Por lo cual San Juan Crisóstomo dice en el texto: «No conviene casarse» (San-Mateo XIX): ¡Que otra cosa es una mujer, sino un enemigo de la amistad, un castigo inevitable, un mal necesario. (Kramer Heinrich, Sprenger Jacobus, s.f., p. 44)

«El martillo de las brujas» fue un manual criminológico utilizado por el Tribunal de Justicia del Santo Oficio en Perú el cual permite apreciar la cosmovisión o ideología de los grupos católicos, apostólicos y romanos que han cogobernado la república del Perú desde el Estatuto Provisional de 1821 y Constitución Política de 1823.

En el caso de la Inquisición en el Perú, la sola presencia de las mujeres se encontraba relacionada al cuestionamiento de su vida sexual y comportamiento sexual dudoso que no otorgaba certeza de credibilidad de la palabra o testimonial de una mujer en los procesos judiciales tramitados ante el Tribunal del Santo Oficio. (Mannarelli, 1999, p. 17).

El Papa Juan XXIII en 1963 expide la Encíclica «*Pacem in Terris*» manifestando que se han expedido normas legales en occidente con una inspiración cristiana, posiblemente secularizada, pero llena del sentido moral cristiano. (Cordeno Rodriguez, 2007, p. 199).

En el Código Civil del Perú de 1852, se reproducen los preceptos religiosos católicos. Se regula que la unión matrimonial es indisoluble, y que tiene como única finalidad la perpetuación de la especie mediante la procreación de hijos. La mujer asume la obligación de crianza, educación y alimentación de sus hijos al regularse positivamente que el marido protege a la mujer y esta le debe obediencia. Además, la tutela de la mujer no solo le correspondía al marido; también, a la Iglesia que regulaba que el matrimonio se celebra con las condiciones de forma previstas en el Concilio de Trento .

Según los artículos 138 y 156 del Código Civil de 1852, «los tribunales eclesiásticos conocerán de las causas relativas al matrimonio y al divorcio». »El matrimonio se celebra en la República con las formalidades establecidas por la Iglesia en el concilio de Trento» (Código Civil, 1852).

La Ley n.º 162 de fecha 5-12-1905 dispuso que la educación gratuita era para los varones hasta los 14 años y para las mujeres hasta los 12 quienes podían asumir el rol de esposas, madres y responsabilizarse de los deberes domésticos.

El artículo 161 del Código Civil de 1936 dispone al esposo como encargado de la conducción de la sociedad conyugal. La mujer debe a su esposo ayuda para el bienestar común y que tiene el derecho y el deber de atender personalmente los asuntos domésticos del hogar. En su artículo 162 estableció que al esposo tiene el derecho de establecer y mudar el domicilio de la sociedad conyugal, así como resolver sobre su economía. Finalmente, el numeral 168 sanciona que solo y únicamente le corresponde al esposo la representación de la sociedad conyugal.

Para el exdocente universitario de Derecho y exembajador Julio Vargas Prada el abandono a las mujeres que forman parte de las enseñanzas de las Sagradas Escrituras es la motivo neurálgico de la crisis de la familia, y en última instancia de la crisis de la sociedad (Vargas Prada, 1997).

Resulta coincidente la moralidad sexual de la doctrina católica con el modelo de matrimonio reconocido por el Código Civil de 1984; es decir, heterosexual, monógamo e indisoluble. Se niega la posibilidad que la mujer tenga sexo con un hombre que no fuera su esposo a pesar de encontrarse separada de hecho, y, por ende, se niega la posibilidad de concebir un hijo fuera del matrimonio con quien no es su esposo. En caso ocurriera la visión paradigmática del Código Civil de 1984, conforme se concibió originalmente a dicho hijo, se reputaba siempre del esposo como padre a tenor de lo regulado en el numeral 362.º recientemente modificado por el Decreto Legislativo 1377. Por consiguiente, se establece en su nuevo texto: «El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido» (Decreto Legislativo n.º 1377, 2018). Tampoco la ideología del Código Civil 1984 concebía o regulada las familias denominadas ensambladas, reconstituidas o familiastras que conforme lo expresado en la STC n.º 09332-2006-AA/TC expedido por el Tribunal Constitucional que la conceptualiza de la siguiente manera: «Estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinar de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa» (Tribunal Constitucional, 2007).

El jurista peruano Vega (2009, p. 161-163) afirma que el Libro III Derecho a Familia del Código Civil de 1984 siempre tuvo un inocultable sello de continuidad y conservadurismo, y que no es extraño que los juristas pocos curiosos o de tinte tradicional consideren que el Derecho de Familia es rígido y de muy lenta evolución.

4. Juzgar con perspectiva de género

4. 1. Perspectiva de género para los Poderes Judiciales

Para la Comisión de Género de Colombia:

la discriminación en razón del género constituye un factor que limita el acceso efectivo a la administración de justicia, es necesario recordar que el acceso a la justicia hace referencia a las garantías dentro del proceso, en la búsqueda de una tutela judicial efectiva a través de la obtención de una decisión pronta y cumplida que ponga fin a un conflicto surgido con ocasión a las relaciones propias de la vida en comunidad». (Colombia & Comisión Nacional de Género, 2016, pp. 13-15).

Poder Judicial de España mediante la Rec. n.º 1027/2016 de fecha 07-03-2017 expedida por el Tribunal de Justicia de Canarias Las Palmas es considerada pionera en España porque define que es obligatorio que todos

los jueces deban efectuar interpretaciones del ordenamiento jurídico que garanticen la mayor protección de los Derechos Humanos y particularmente a las mujeres víctimas por condición de vulnerabilidad. (Orres Diaz, 2017, p. 171).

- ▶ La Corte Suprema del Perú mediante el III Pleno Casatorio Civil fijó como precedente judicial vinculante en el Expediente n.º 4664-2010-Puno que en los procesos de familia como alimentos, entre otros, el juez tiene facultades tuitivas ofreciendo protección a la parte perjudicada o vulnerable como lo sanciona los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Perú (Corte Suprema de la República, Tercer Pleno Casatorio Civil, 2010).
- ▶ La Corte Suprema del Perú en el Expediente n.º 23822-2017-Lima expedido por la Sala de Derecho Constitucional y Social se conceptualizó en el FJ n.º 16 que: «El desarrollo con igualdad de género implica desmontar la cultura, los valores y los roles tradicionales de género que reproducen y mantienen la subordinación de las mujeres. En tal sentido, ese «desmontaje cultural» hace indispensable que esta política pública se aplique en el ámbito educativo desde la más tierna edad, a fin de que los niños sean formados en una visión compatible con los valores constitucionales de igualdad y no discriminación». (Corte Suprema de la República, 2017).
- ▶ El Poder Judicial del Perú tiene aprobado el «Plan de Trabajo 2017-2021 de la Comisión de Justicia de Género» que define la perspectiva de género como un instrumento metodológico para analizar, investigar y observar la realidad y las relaciones sociales partiendo principalmente desde los roles, espacios y atributos socialmente asignado a mujeres y hombres. (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2017).
- ▶ Para el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables la perspectiva o enfoque de género es una forma de apreciar la realidad identificando los roles y tareas que asumen los varones y las mujeres en una comunidad social. También, es la manera de relacionarse con las inequidades que se producen entre unos y los otros para comprender y describir los orígenes y consecuencias que producen estas desigualdades, y postular medidas que contribuyan a superarlas (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2014, p. 40).
- ▶ El Poder Judicial mediante la R.A n.º 266-2010-CE-PJ expedido por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial se adhiere a las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. Por tanto, conceptúa al género como aquella discriminación contra la mujer, toda exclusión, diferenciación o

restricción originada en patrones sociales preconcebidos por el sexo que tenga por objeto de disminuir o abolir el ejercicio o goce de sus derechos sustantivos. (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2010).

4.2. Género para el Tribunal Constitucional

Según el Tribunal Constitucional en la STC recaída en el Expediente n.º 1423-2013-PA/TC ha delineado:

A pesar de lo dicho, tampoco hay duda, y el paso de la historia lo ha demostrado, de que las diferentes perspectivas, participaciones y voces características de las mujeres han sido excluidas sin justificación razonable del discurso público y del contexto social. Aún hay rezagos de las diferencias entre hombres y mujeres culturalmente creadas en muchas sociedades. Y el Perú no escapa a tal realidad. (Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional, 2018).

El Tribunal Constitucional en la STC recaída en el Expediente n.º 1479-2018-PHC/TC expresó:

El sistema de administración de justicia también es un actor —probablemente el más importante— en la ejecución de la política pública de luchar contra la violencia de género y, por ello, el enfoque o perspectiva de género debe ser incorporado y practicado en el ejercicio de la función judicial y fiscal. (Tribunal Constitucional, 2019).

De lo reseñado, se encuentran hitos históricos de asignación de roles por construcciones de desiguales sociales que se le otorga al hombre y a la mujer por razones de género. En consecuencia los magistrados con la finalidad de garantizar los Derechos Humanos de las mujeres en condición de doble vulnerabilidad dentro de un proceso judicial deben necesariamente juzgar con perspectiva de género aplicando, de ser el caso, el control difuso convencional o constitucional contra norma legal que ha sido concebida con visión androcéntrica, o aquella que contiene una cosmovisión religiosa o patriarcal con el objetivo de garantizar tutela jurisdiccional eficaz y eficiente de la población vulnerable.

5. Supuestos de discriminación judicial en la corte superior de justicia de ventanilla

Según los literales e), f) y g) del artículo 7 de la «Convención de Belém do Pará» los Estados partes se obligan a tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo decisiones de tipo legislativo para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer (incluyendo la violencia económica). También, se debe instaurar reglas procesales legales justas y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia económica, que incluyan medidas de protección, juicio rápido y

tutela jurisdiccional efectiva en los procesos judiciales. Asimismo, se debe establecer los procedimientos y reglas judiciales y administrativos necesarios para lograr plasmar que la mujer que sufre violencia tenga acceso efectivo a sentencias justos y eficaces.

Los artículos 4 y 44 de la Constitución Política del Perú protegen con mayor intensidad al niño, al adolescente y a la madre en situación de abandono. Además, establece que constituye un deber prioritario del Estado impulsar el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación.

Es de público conocimiento de la comunidad jurídica que los procesos judiciales de alimentos no logran su finalidad, como consecuencia de múltiples factores como son la falta de pruebas, ritualismo procesal, demora innecesaria de los procesos, insensibilidad en buscar nuevas formas para hacer efectiva las sentencias de alimentos, o lo que es peor que las sentencias se conviertan en inejecutables por fraude del obligado a prestarlo, por ocultamiento de sus verdaderos ingresos económicos.

Además, los procesos judiciales de alimentos en ocasiones por no tener una norma clara y precisa para los supuestos de trabajadores informales que no declaran sus verdaderos ingresos económicos con ánimo fraudulento, se convierten en engorrosos e ineficaces al lograr montos diminutos por concepto de alimentos.

El presente trabajo de investigación analiza dos supuestos de hecho o fácticos concretos, de donde se aprecia una manera de juzgar que obedecen a una cultura jurídica organizacional, y práctica jurisprudencial androcéntrica pendiente de dismantelar.

5.1. Proceso Civil/Familia: Alimentos

El porcentaje de madre de familias abandonadas por el padre de sus hijos en la Provincia Constitucional del Callao del cual forma parte el Distrito Judicial de Ventanilla según el censo 2017 es del 14,3 %. (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2018).

Las encuestas elaboradas en el presente trabajo de investigación se encuentran dirigidas al supuesto de hecho que los obligados de prestar alimentos no perciban sus ingresos remunerativos mediante planilla de pagos. Esto ocurre porque son trabajadores o comerciantes informales, profesionales independientes que no registra ni declaran sus reales ingresos económicos o que dolosamente pretende sustraerse de su obligación de prestar alimentos cometiendo actos fraudulentos en agravio de sus menores hijos y las madres de familia.

La imposibilidad de conocer con exactitud los ingresos o posibilidades económicas de los emplazados ha generado la convicción por parte de algunos jueces de la CSJV que deben asumir por ficción jurídica basadas en la lógica de las experiencias que dichos demandados perciben una remuneración mínima vital (RMV) ascendente a S/ 930.00 aprobado por el Decreto Supremo n.º 004-2018-TR.

Prueba de ello, es que según la posición n.º 2 del tema I del Pleno Jurisdiccional de la especialidad Familia de la CSJV llevada a cabo el 12 de diciembre de 2016 algunos jueces de Paz Letrado y Especializados de Familia sostenían: «Mientras el obligado se encuentra desempleado o no labore como trabajador dependiente, debe seguir cumpliendo su obligación alimentaria con una pensión equivalente al porcentaje señalado en la sentencia, pero tomando como referencia un monto no inferior a la remuneración mínima vital». (Pleno Jurisdiccional de la Especialidad de Familia, 2016).

Conforme a las encuestas elaboradas a los jueces de la CSJ de Ventanilla preguntado sobre el vacío legislativo de regular el supuesto de hecho bajo análisis, el porcentaje de jueces detallados en la encuesta 1 optaron por aplicar la ficción jurídica consistente en que los demandados perciben como ingreso una RMV de S/ 930.00 mensuales, sin admitir medios probatorios de oficios para conocer la real capacidad y posibilidades económicas del demandado.

Es decir, algunos jueces de Paz Letrado y Especializados de la CSJV aplican rigurosamente el principio de congruencia a las partes en el proceso de alimentos como si fuera un proceso civil puro. Aplican de manera mecánica y automática la regla de la Carga Procesal Probatoria regulada en el art. 188 del Código Procesal Civil consistente en quien afirma los hechos del escrito postulatorio de la demanda tiene el deber procesal de acreditarlos. No utilizan el juzgamiento con perspectiva de género respecto del cual es su obligación convencional, constitucional, y legal de impartir justicia ofreciendo protección a la parte perjudicada como son las mujeres madres en condición de doble vulnerabilidad y sus menores hijos según la Convención Belém do Pará (Convención Interamericana para Prevenir, 1994), la Constitución Política del Perú del año 1993 y las 100 Reglas de Brasil sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad.

Mediante el Informe de Defensoría n.º 001-2018-DP/AAC de julio 2018 la Defensoría del Pueblo concluye que son las mujeres las que más acuden a los procesos de alimentos en el Perú en un porcentaje del 95,3 % y que en un alto porcentaje los jueces en un índice del 81,2 % otorga una pensión de alimentos no mayor a los S/ 500.00 (Defensoría del Pueblo, 2018).

5.2. Proceso Penal: Omisión a la Prestación Alimenticia

Ahora bien, en el hipotético caso que la misma madre de familia abandonada haya conseguido una sentencia de alimentos favorable y que el demandado ahora ejecutado del proceso de familia incumpla con pagar el monto integral de dinero ordenado a pagarse de manera mensual y adelantada según la encuesta n.º 2 existe un porcentaje de Juzgados Penales de la CSJ de Ventanilla que absuelve al denunciado, bajo el siguiente argumento: «El representante del Ministerio Público se ha limitado en sostener que con los documentos oralizados ofrecidos por su parte se logró acreditar el delito, y que el pago parcial e incompleto no significa que no haya existido incumplimiento de pago. Sin embargo, la conducta típica no se refleja únicamente en el incumplimiento de pago, es decir, no se sanciona el incumplimiento propiamente dicho, sino que a criterio de esta judicatura es un requisito primordial para determinar la responsabilidad que el acusado haya tenido la posibilidad de cumplir, y no lo haya querido hacer (...) Absolviendo de la acusación fiscal» (2.º Juzgado Unipersonal Penal de Ventanilla, 2018).

De otro lado, para la Corte Suprema el delito de omisión a la prestación de alimentos se trata de un delito de comisión instantánea según el F.J n.º 16 del Recurso de Nulidad, n.º 1372-2018-Callao. El delito que establece el artículo 149.º del Código Penal se comete en el momento que el acusado omite cumplir con la pensión de alimentos ordenado por mandato judicial.

La Corte Superior de Justicia de Arequipa en el Exp. n.º 06094-2014-48-0401-JR-PE-04 concluye que el pago tardío de la obligación alimentaria no afecta la imputación concreta por delito de omisión a la asistencia familiar. De modo que el pago tardío del íntegro de la deuda alimentaria, con posterioridad a la sentencia impuesta no afecta la realización del hecho delictivo. Sin embargo, este pago tardío de la deuda alimentaria sí tiene directa incidencia en la determinación concreta de la pena, por mandato del artículo 46, literal f del Código Penal.

6. Resultados

6.1. Población, muestras y herramientas

Población:

Según la Defensoría del Pueblo en el Informe n.º 001-2018-DP/AAC-, «El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos», la cantidad de jueces en la CSJV en julio de 2018 fueron de 14 jueces superiores, 22 Juzgados Especializados, haciendo un total de 42 jueces para 513, 319 habitantes. El

porcentaje de jueces fue de 50,88 % y de juezas el 49,12 %. De estos, según la Academia de la Magistratura fueron capacitados en el tema de pensión alimenticia en el 2015 solo siete jueces especializados y en el 2016 un juez de paz letrado y tres jueces especializados (Defensoría del Pueblo, 2018).

Tabla 1

Cantidad de jueces de la CSJV

Distrito Judicial	Total jueces superiores	Total jueces especializados	Total de jueces de paz letrado	Total de jueces
Ventanilla	14	22	6	42

Nota: Elaborado por la Adjuntía en Asuntos Constitucionales-Informe n.º 001-2018-DP/AAC julio 2018. Fuente: Poder Judicial.

Tabla 2

Porcentaje de Jueces y Juezas en la CSJV

Distrito Judicial	Hombres	Mujeres
Ventanilla	50,88%	49,12%

Nota: Elaborado por la Adjuntía en Asuntos Constitucionales-Informe n.º 001-2018-DP/AAC julio 2018. Fuente: Poder Judicial.

Tabla 3

Jueces capacitados en tema de pensión alimenticia según la AMAG

Distrito judicial CSJV	Jueces paz letrado 2015	Jueces especializado 2015	Total	Jueces de paz letrado 2016	Jueces especializados 2016	Total	Total general
	0	7	7	1	3	0	7

Nota: Elaborado por la Adjuntía en Asuntos Constitucionales-Informe n.º 001-2018-DP/AAC julio 2018. Fuente: Academia de la Magistratura. Oficio n.º 060-2017-AMAG/DG de fecha 19-04-2017.

Muestra

Encuesta n.º 1: 14 jueces de la CSJV consistentes en ocho Juzgados Especializados de Familia y seis Juzgados de Paz Letrado, es decir, el 50 % en el mes de mayo 2018 de la totalidad de jueces especializados y paz letrado de la CSJV.

Los catorce jueces consultados si en alguna ocasión aplicaron la Convención de Belén do Pará al momento de expedir sentencia en proceso de alimentos, cuatro de ellos respondieron en el sentido afirmativo y diez en el sentido negativo, correspondiente al 28,5 % y 71,5 % respectivamente. Luego,

al ser consultados sobre si consideran necesario juzgar con perspectiva de género los procesos de alimentos siete respondieron afirmativamente y siete de manera negativa, siendo la proporción de 50 % y 50 % respectivamente. Finalmente, al ser consultado si utiliza como ficción legal que el ingreso remunerativo de un demandado que es trabajador informal equivale a una remuneración mínima vital al desconocerse realmente su capacidad económica, diez de ellos respondieron afirmativamente y cuatro negativamente siendo la proporción del 71,5 % y 28,5 % respectivamente.

Tabla 4

Población: 14 de 20 jueces de la CSJV mayo 2018	¿Aplicó la Convención de Belém do Pará en sentencias?	¿Considera necesario juzgar con Perspectiva de Género?	¿Utiliza como parámetro de ingreso remunerativo demandado informal la RMV?
Sí	4 (28,5%)	7 (50%)	10 (71,5%)
No	10 (71,5%)	7 (50%)	4 (28,5%)
Total	14 (100%)	14 (100%)	14 (100%)

Encuesta n.º 2: Los jueces especializados en lo Penal de la CSJV al ser preguntados qué hecho debe comprobarse para encontrar responsabilidad penal del acusado del delito de omisión a la prestación alimenticia cuatro de ellos respondieron que debe acreditarse que el acusado no quiso cumplir con la prestación de alimentos, absolviendo a quien no pudo cumplir el pago. Seis jueces respondieron que solo debe acreditarse que el acusado no efectivizó el pago de la pensión alimenticia devengada dentro del plazo otorgado por el juez; es decir, la proporción es de 40 % y 60 % respectivamente.

Tabla 5

Población: 10 de 25 jueces penales de la CS Ventanilla. Junio 2019	¿Para condenar al procesado por delito de omisión a la prestación de alimentos?
Se debe acreditar que el acusado no quiso cumplir con el pago de la prestación de alimentos, absolviendo a quien no pudo cumplir el pago.	4 (40 %)
Se debe acreditar que el procesado no pago la pensión de alimentos devengadas dentro del plazo otorgado por el juez.	6 (60 %)
Total	10 (100 %)

7. Resultados

- a) Se comprueba que existe una relación directamente proporcional entre el desconocimiento de juzgar con perspectiva de género con la condena de pago de sumas diminutas por concepto de pensión alimenticia que imponen los jueces de Paz Letrado y Especializados de la CSJV en el supuesto de hecho que se desconozca los ingresos económicos del demandado.
- b) Se comprueba que existen razones académicas y de práctica jurisprudencial que origina que los jueces de paz letrados y especializados de la CSJV en los procesos de alimentos no cumplan con aplicar el juzgamiento con perspectiva de género.
- c) No existe una capacitación especializada y permanente en la CSJV en los temas de alimentos y delito de omisión a la prestación alimentaria por la Academia de la Magistratura.
- d) Se comprueba la existencia de criterios jurisprudenciales disimiles respecto a la comprobación de la responsabilidad penal del acusado en los procesos penales el delito de omisión a la prestación alimenticia.

8. Discusión

Valorando los resultados obtenidos en las encuestas, son necesarias los siguientes puntos de discusión

- a) A partir de los resultados de los hallazgos encontrados hay concordancia con la validez de la hipótesis general. Esta consistente en la existencia de una relación directamente proporcional de causa-efecto entre el desconocimiento de juzgar con perspectiva de género con las sumas diminutas por concepto de alimentos que aplican los jueces de paz letrado y especializados de la CSJV del Poder Judicial del Perú. Existe una relación con las conclusiones del Informe n.º 001-2018-DP/AAC elaborado por la Defensoría del Pueblo donde define que en un alto porcentaje los jueces en un índice del 81,2 % otorga una pensión de alimentos no mayor a los S/ 500.00, y, además, guarda relación de compatibilidad de lo informado por la Academia de la Magistratura mediante el Oficio n.º 060-2017-AMAG/DG de fecha 19-4-2017 que forma parte del mencionado Informe n.º 1-2018-DP/AAC de Defensoría del Pueblo (Defensoría del Pueblo, 2018).
- b) A partir del resultado de los hallazgos encontrados, esta investigación concuerda con la validez de la hipótesis secundaria consistente en la necesidad de que el Poder Judicial ejecute su facultad legislativa de proponer un proyecto de Ley al Poder Legislativo. Este permitirá

modificar el proceso de alimentos regulado en el Código Procesal Civil, y la aprobación de un Protocolo de Juzgamiento de Perspectiva de Género a todos los jueces del Perú y en todas las especialidades que guarda relación con las conclusiones del Informe n.º 001-2018-DP/AAC elaborado por la Defensoría del Pueblo. En este concluye que en un alto porcentaje los jueces en un índice del 81.2 % otorga una pensión de alimentos no mayor a los S/ 500,00, y con el hecho que el según la posición n.º 02 del Tema I del Pleno Jurisdiccional de la Especialidad Familia de la CSJV llevada a cabo el 12 de diciembre de 2016 algunos jueces de paz letrado y especializados de familia sostenían: «Mientras el obligado se encuentra desempleado o no labore como trabajador dependiente, debe seguir cumpliendo su obligación alimentaria con una pensión equivalente al porcentaje señalado en la sentencia, pero tomando como referencia un monto no inferior a la remuneración mínima vital» (Pleno Jurisdiccional de la Especialidad de Familia, 2016).

- c) A partir del resultado de los hallazgos encontrados, esta investigación concuerda con la validez de la hipótesis secundaria. Esta consistente en la necesidad de realizar un Pleno Jurisdiccional Distrital en la CSJV al comprobarse criterios jurisprudenciales disímiles respecto a comprobación de la responsabilidad penal del acusado en los procesos penales el delito de omisión a la asistencia de prestación alimenticia en la CSJV.

9. Conclusiones y recomendaciones

- a) Existe una relación directamente proporcional de causa-efecto entre el desconocimiento de juzgar con perspectiva de género con las sumas diminutas por concepto de alimentos que imponen los jueces de paz letrados de la CSJV. Es necesario que se defina el concepto mediante un Precedente Casatorio Vinculante a tenor del artículo 400 del Código Procesal Civil, y se apruebe un Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género para todos los jueces y para todas las especialidades del Poder Judicial del Perú replicando la experiencia de los Poderes Judiciales de México (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013) y Bolivia (Estado Plurinacional de Bolivia, 2013).
- b) Existe la necesidad que el Poder Judicial pueda ejercer iniciativa legislativa y presentar un proyecto de ley al Poder Ejecutivo. Este tiene como finalidad modificar el actual proceso de alimentos regulado en el Código Procesal Civil en cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado Peruano con la suscripción de la Convención Belém do Pará y las 100 Reglas de Brasilia. En virtud del cual los Estados partes se obligan a tomar todas las medidas apropiadas para modificar

prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia por razón de género contra la mujer incluyendo la violencia económica, estableciendo un nuevo proceso de alimentos justo y eficaz accesible para la población vulnerable.

- c) Se recomienda proceder de conformidad con el artículo 116 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial; es decir, que la CSJV realice un Pleno Jurisdiccional Distrital en materia penal donde se busque uniformizar criterios en aras de la predictibilidad, la seguridad jurídica y la igualdad en aplicación de la ley, conforme las siguientes ponencias:

Ponencia 1. El delito de omisión a la asistencia familiar constituye un delito de omisión propia, lo que se pena es el «no querer cumplir», y no el «no poder cumplir».

Ponencia 2. El delito de omisión a la prestación de alimentos es una infracción de comisión instantánea. Basta verificar si el acusado pago o no dentro del plazo de tres días otorgados en la notificación donde se requiere el pago de los devengados.

Referencias

2.º Juzgado Unipersonal Penal de Ventanilla. (2018). *Legis Pasión por el Derecho*. <https://legis.pe/oaf-fiscalia-probar-acusado-posibilidad-cumplir-obligacion-alimentaria-y-no-lo-hizo/>:<https://legis.pe/oaf-fiscalia-probar-acusado-posibilidad-cumplir-obligacion-alimentaria-y-no-lo-hizo/>

Código Civil. (1852). *www.blog.pucp.edu.pe*. http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/wp-content/uploads/sites/76/2015/06/Codigo_civil_de_1852.pdf

Colombia, C. N., y Comisión Nacional de Género, d. I. (2016). *Criterios de Equidad para una Administración de Justicia con Perspectiva de Género del Derecho*. Consejo Superior de La Judicatura-Rama Judicial de la República de Colombia.

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. (2017). *Plan de Trabajo 2017-2021 de la Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial*. Poder Judicial, Lima.

Convención Interamericana para Prevenir (1994). *Departamento del Derecho Internacional de la OEA*. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>:<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Cordeno, L. (2007). Reflexiones Socio-Jurídicas sobre la separación Iglesia Estado. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 199.

- Corte Suprema de la República. (2010). www.historico.pj.gob.pe. http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/CS_D_III_PLENO_CASATORIO_CIVIL_120511.pdf
- Corte Suprema de la República. (2017). https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b4190d80470c7a068e1edf5d3cd1c288/23822-2017+Curr%C3%ADculo+Escolar_1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b4190d80470c7a068e1edf5d3cd1c288.
- Decreto Legislativo n.º 1377. (2018). www.elperuano.pe. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-fortalece-la-proteccion-integral-de-decreto-legislativo-n-1377-1684460-1/>
- Defensoría del Pueblo. (2018). *El proceso de alimentos en el Perú: Avances, dificultades y retos*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Estado Plurinacional de Bolivia (2013). <https://bit.ly/4cU5LsM>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2018). *Perfil Sociodemográfico. Informe Nacional, Censo Nacional 2017*. INEI.
- Jacob, H. (2004). *El Martillo de las Brujas, Malleus Malleficarum*. Maxtor.
- Kramer, S. (s.f.). www.librosot.com.
- Mannarelli, M. E. (1999). *Hechiceras, Beatas y Expósitas, Mujeres y Poder Inquisitorial en Lima*. Ediciones del Congreso del Perú.
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2014). *Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017*. www.mimp.gob.pe: https://www.mimp.gob.pe/files/planes/planig_2012_2017.pdf
- Orres, M. C. (diciembre de 2017). El sustento constitucional de la impartición de justicia desde la perspectiva de género. *Revista Peruana de Derecho Constitucional Mujer y Constitución*, (10), 171.
- Pleno Jurisdiccional de la Especialidad de Familia. (2016). *Pleno Jurisdiccional de la Especialidad de Familia de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla*.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (julio de 2013). Protocolo para juzgar con perspectiva de género. <https://bit.ly/3FYcOMB>
- Tello, J., C. P. (2019). *Reglas de Brasilia. Por una Justicia sin barreras*. Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.
- Tribunal Constitucional. (30 de Noviembre de 2007). *Gaceta del Tribunal Constitucional*. (G. d. Constitucional, Editor). <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf>

- Tribunal Constitucional. (2018). Exp. n.º 01423-2013-PA/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/01423-2013-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2019). Exp. n.º 01479-2018-PA/TC Lima. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01479-2018-AA.pdf>
- Vargas, J. (1997). *Parte de Guerra. Liga Apostólica de San Pio X*. San Marcos.
- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. (2010). *100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.
- Yuri, V. M. (2009). *Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia*. Motivensa S.R.L.



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 2, enero-junio, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n2.04



Propuesta de cuantificación de la reparación civil en el delito de agresión contra la mujer

Proposal to quantify civil reparation in the crime of assault against women

Jorge Luis Rojas Cruz*

Corte Superior de Justicia de Lambayeque
(Lambayeque, Perú)
jlrojasc@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4292-6605>

Resumen: Este artículo pretende brindar un aporte a la justicia peruana, a través de la experiencia española, con relación a la utilización de un baremo para cuantificar adecuadamente la reparación civil en el delito de agresiones contra mujeres, que constituye un delito de violencia de género, cuya incidencia está en aumento vertiginoso. Además, en la mayoría de los casos, el pedido de reparación civil al ser montos ínfimos, no resarce el daño ocasionado y en otros, si bien se solicita montos altos de reparación civil; sin embargo, no están debidamente fundamentados y acreditados. Por consiguiente, se propone un baremo utilizando la descripción de las secuelas

* Juez penal titular de juzgamiento de Chiclayo, de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Magíster en Derecho Constitucional y Gobernabilidad y Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal.

que sufre la víctima, para cuyo fin resulta necesario se practique una pericia psicológica a la parte agraviada, sirviendo sus resultados como parámetros de cuantificación del daño moral.

Palabras clave: violencia de género, baremo, reparación civil, daño moral

Abstract: This article aims to provide a contribution to Peruvian justice, through Spanish experience, in relation to the use of a scale to adequately quantify civil reparation in the crime of aggressions against women, which constitutes a crime of gender violence, whose incidence is increasing rapidly in our society. Likewise, in the majority of cases, the request for civil reparation, being very small amounts, does not compensate the damage caused and in others, although high amounts of civil reparation are requested; however, they are not duly substantiated and accredited, so a scale is proposed using the description of the consequences suffered by the victim, for which purpose it is necessary to practice a psychological expertise to the aggrieved party, serving their results as quantification parameters of moral damage.

Key words: gender-based Violence, scale, civil repair, moral damage

RECIBIDO: 2/04/2020

REVISADO: 4/05/2020

APROBADO: 10/05/2020

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

En el Perú y en el mundo, se producen actos de violencia de género, siendo necesario combatirlos, con políticas públicas de prevención por parte de los Estados. Además, se debe potenciar los instrumentos jurídicos existentes para resarcir los daños ocasionados, en contra de la población cuya mayor incidencia es la agresión contra el sexo femenino.

El tema que se aborda para lograr tal fin, es la reparación civil en el delito de agresión en contra de mujeres por su condición de tal, ilícito penal de violencia de género, previsto en el artículo 122-B del Código Penal peruano, que se configura cuando el sujeto agente ocasiona daños físicos, psicológicos, cognitivos o conductuales a una persona por su condición de mujer.

En ese sentido, es menester señalar que la reparación civil, no está siendo utilizada adecuadamente con las herramientas que se manejan en el ámbito internacional, para solicitarla y fundamentarla, lo que acarrea que no se repare debidamente los daños que se producen en la vía penal. Y si bien esta situación no es imputable en todos los casos al juez, puesto que la rogación referente a la reparación civil le corresponde al fiscal o al actor civil, según el modelo procesal penal, limitan al juez a pronunciarse solo con respecto a lo requerido (principio de rogación). Sin embargo, en tanto exista requerimiento,

el juez no debe ser ajeno a establecer montos dignos de reparación civil con una debida fundamentación y argumentación, utilizando los conceptos de violencia de género.

Cabe mencionar, que la violencia de género se puede presentar de diversas formas, como agresión física, sexual, psicológica y económica, cuya defensa por parte del Estado a través del derecho penal, no solo se realiza con la inclusión de este tipo de hechos en un delito, sino de otros mecanismos que sirvan para que los jueces logren dar el mensaje a la sociedad, que tales conductas son sancionables en todo sentido.

Como se puede advertir en lo antes indicado, el derecho penal tiene herramientas para castigar los actos de violencia. Sin embargo, no hay instrumentos que sirvan para cuantificar la reparación civil en el ilícito de agresión contra la mujer y de esa manera reprimir en todo sentido la agresión contra las damas. Esto conlleva a los fiscales o al actor civil solicitar sumas ínfimas de reparación civil. Sin lugar a dudas, esta acción no logra indemnizar el daño ocasionado de manera adecuada y proporcional. No obstante, con esta propuesta se espera superar esta situación, que permita alcanzad una mayor protección a la víctima del delito de agresión.

Es así, que resulta importante establecer la cuantificación de la reparación civil, contribuyendo con el sistema de impartición de justicia en el Perú. Para lograr tal propósito las partes (Ministerio Público y el actor civil), cuentan con herramientas para fundamentar una reparación civil en este tipo de delitos de agresiones contra mujeres. Estos delitos son cometidos, en su gran mayoría, por esposos, compañeros en unión de hecho, enamorados, novios o simplemente por exparejas.

Este artículo es útil porque, al circunscribir el estudio de la reparación civil en el delito de agresión contra la mujer, protegerá a la víctima de violencia de mejor forma. Es importante recalcar que la agresión contra el género femenino es la más recurrente y que no cuenta con sólidas herramientas para establecer reparaciones civiles adecuadas en el contexto de violencia doméstica. Por eso, esta investigación usará los conceptos de género y empleará un baremo para su cuantificación.

Así también, el presente artículo tiene dos objetivos:

Primero, analizar la violencia contra la mujer de manera general, donde se va a abordar la diferencia entre violencia de género y la violencia que sufre la mujer en el ámbito conyugal o afectivo. Luego, se hará una comparación entre la legislación peruana y española en esta materia.

Segundo, estudiar la responsabilidad civil que se establece obligatoriamente con la pena. Seguidamente, se abordará la reparación

civil en la violencia de género y la consecuencia natural del daño, que es la reparación. También, en este aspecto, se estudiará los tipos de daños que se presentan en esta clase de hechos. Después, se analizarán los resultados de la investigación (evaluación, fundamentación y cuantificación del daño), planteando un caso real como eje de discusión, para tratar de resarcirlo utilizando un baremo, tal como lo realiza el ordenamiento jurídico español en el delito de tráfico rodado y extensivamente en cualquier otro ilícito penal.

2. Violencia

Para iniciar este tema, se debe establecer la diferencia entre violencia de género y la violencia doméstica o violencia en el ámbito familiar.

2.1. Violencia de género

La violencia de género consiste en actos de violencia contra el género opuesto no ligado al aspecto biológico el cual ocasiona desmedro, no solo en la integridad física, sino también en el ámbito psicológico del afectado.

El acto de violencia por la condición de mujer por parte del varón, no está ligado al aspecto biológico, sino a circunstancias culturales, sociales, religiosas y educacionales. Estas desencadenan una situación de inferioridad del sexo femenino, en relación con los varones e impiden su pleno desarrollo. Estos actos de violencia se producen en tres ámbitos de interrelación de las mujeres con los hombres: maltrato de las relaciones de pareja, agresión sexual y el acoso en el medio laboral (Vela, 2014).

Si bien los actos de violencia se pueden producir contra varones o mujeres; no obstante, el presente artículo está circunscrito al maltrato del hombre contra la mujer por producirse con mayor frecuencia, cuya agresión puede ser física o psicológica, la misma que viola y menoscaba los derechos humanos de las mujeres.

Estos derechos humanos, cuando son menoscabados, atentan de forma integral contra la mujer, por cuanto no solo se les daña física o psicológicamente, sino también se puede atentar contra su vida, dignidad, libertad, seguridad (Gálvez, 2011).

Los derechos humanos, considerados como derechos constitucionales, tanto en Perú como España, efectivamente se ven lesionados, en tanto la víctima mujer, producto de la errónea idea cultural de superioridad del varón, resulta muerta, lesionada, violada o acosada.

En ese sentido, no solo constituye la violencia contra la mujer una violación a los derechos humanos, sino también a una afectación a la dignidad del ser humano y a una manifestación del poder. (Ramos, M. A. y Ramos, M., 2018).

La violencia de género conlleva a un conjunto de percepciones y creencias de índole sociocultural (Serrano, 2013). Por ejemplo, la idea machista que el hombre sale a trabajar y la mujer cuida del hogar (cocina, plancha, cuida a los hijos, entre otras actividades) y no puede trabajar como el varón y compartir funciones dentro del hogar, es justamente un ejemplo de la percepción por parte de algunos hombres contra las mujeres de índole socio cultural que trasciende la diferencia entre varón y la mujer. Esto crea una posición de dominio del hombre y desencadena los actos de violencia en sus diferentes tipos.

Estos tipos de violencia de género son identificados no solo en el aspecto de agresión física y psicológica contra la mujer, sino en cualquier tipo de maltrato por su condición de mujer.

La violencia contra la mujer es un fenómeno social que se da prácticamente en todo el mundo, que va más allá de la violencia en la pareja y que acoge muchos tipos de violencia: la prostitución, la trata de mujeres y niñas, la mutilación genital, las violaciones, el acoso sexual, la brecha salarial, el techo de cristal, los ataques con ácido y un etcétera muy extenso. Es decir, la violencia de género es un enorme problema social y está justificada por todo un entramado sociocultural y por tanto no es comparable a la violencia que ejercen algunas mujeres contra algunos hombres. (García, 2017, p. 43)

2.2. Violencia contra la mujer en el ámbito conyugal o afectivo

La violencia contra las mujeres en el ámbito conyugal o afectivo, se presenta como su nombre mismo lo indica, entre esposos, entre novios, enamorados o luego de haber culminado las relaciones de pareja en las formas ya señaladas (esposos, novios o enamorados). Las agresiones contra mujeres se intensifican con agresiones mucho más graves. Pese a que se advierten actos de violencia, se continúa en la relación sentimental, llegando incluso a hechos más lamentables que se ven con mucha frecuencia en las noticias. Los feminicidios que ocurren frecuentemente o las violaciones sexuales contra las mujeres, suceden en el ámbito de la relación sentimental.

Luego de haber identificado entre quienes se produce la violencia conyugal o afectiva y la consecuencia de la intensificación de este tipo de agresiones, es menester concretar su concepto:

supone una agresión física, sexual, psicológica o económica de la mujer dentro del ámbito de la pareja, esto es, la realizada por su marido o compañero en unión de hecho, aunque también puede producirse la violencia cuasi familiar o producida por el novio. (Vela, 2014, pp. 21-22)

En el delito de agresión contra la mujer, se identifica con claridad al sujeto que comete este tipo de hecho de violencia contra su pareja o expareja, pudiendo ser el cónyuge, novio, enamorado o pareja en general. Sin embargo,

debe centrar nuestra atención la víctima, esto es la mujer maltratada por su pareja, puesto que dicha violencia conlleva un desvalor añadido, anular a la mujer como persona.

Así también, con respecto a la violencia contra la mujer en el ámbito conyugal o afectivo, es considerada como una manifestación de la violencia de género (Serrano, 2013).

Conforme sucede en España y en el Perú, la mayoría de casos de violencia de género en general y de agresiones contra las mujeres en particular, se suscita dentro del ámbito familiar o cuasi familiar. Es decir, este delito ocurre en una relación de pareja entre hombres autores con mujeres víctimas. Es por ello que el presente artículo está centrado en el delito denominado por la legislación peruana, como *agresiones contra mujeres*, dentro de una familia o afectivamente relacionado entre el autor con la víctima.

Entonces como se advierte, la violencia contra la mujer en el ámbito conyugal o sentimental, también puede ser denominada violencia doméstica, puesto que este tipo de violencia se produce dentro de un ámbito de relación sentimental cerrado, entre el hombre y la mujer.

Una vez identificado que la violencia conyugal o violencia doméstica hacen referencia al acto de violencia contra la pareja o expareja mujer, es común hablar de la existencia del síndrome del maltrato a la mujer (Roca, 2019). La mujer que admite la agresión, sin asesorarse adecuadamente de su significado y consecuencias, se pone en riesgo, no solo a ella, sino además a todo su entorno. Por consiguiente, está llamada a sumergirse en lo que los psicólogos llaman el ciclo de la violencia, la cual se compone de cuatro fases: acumulación de tensión, explosión violenta, luna de miel, escalada y reanudación de ciclo (Ganzenmuller et al., 1999).

Finalmente, la violencia en la relación de pareja es una práctica aprendida y consciente, que se produce en todas las clases sociales. Huaroma (2019) afirma que «este modelo de poder y dominio que produce las prácticas cotidianas de violencia intrafamiliar atraviesa a todas las clases sociales, niveles educativos grupos étnicos y etario; es decir, la violencia intrafamiliar se da en todos los sectores de la sociedad» (p. 37).

1. 3. Violencia contra la mujer en la legislación peruana

La violencia contra la mujer en la legislación peruana está regulada en la Ley n.º 30364 (en adelante ley). La *ratio legis*, de esta norma está inspirada en la realidad nacional (necesidad urgente de las víctimas que requieren protección por el aumento vertiginoso de la violencia) y en la Convención Belém do Pará de la que el Perú es parte desde el 1996, que compromete a

los Estados parte como el Perú a cumplir con dicho tratado. En ese sentido, Buompadre (2013) afirma:

se debe incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso. (p. 187)

Además, el Código Penal a fin de combatir la violencia contra la mujer, sanciona la agresión física o psicológica en el artículo 122-B del Código Penal. En este tipo penal, la agresión contra la mujer, física o psicológica se puede acreditar con el certificado médico legal o la pericia psicológica. Sin embargo, dicha violencia cometida por el sujeto agente, debe ser producto del menoscabo por la condición de mujer en la agresión cometida, en contra de su víctima. Esta condición de mujer, es el acto de inferioridad que utiliza el varón, aprovechando circunstancias culturales, sociales, religiosas y educacionales.

Como se desprende de la norma penal, un elemento del tipo objetivo del delito de agresión contra la mujer es la violencia, pero ello no es suficiente. El Acuerdo Plenario n.º 5-2016/CIJ-116, del 17 de octubre de 2017, en sus fundamentos jurídicos señala que la violencia contra la mujer se expresa en un contexto de dominación y, por tanto, requiere una protección penal reforzada. Además, la ley orienta acerca de los enfoques necesarios para su interpretación y aplicación entre los que destacan los enfoques de género, integridad, interculturalidad y de derechos humanos.

3. La reparación civil

3.1. La reparación civil en el Perú y España

En el artículo 92 del Código Penal peruano señala que «la reparación civil se determina conjuntamente con la pena». Esto significa, que en tanto exista una condena en donde se imponga una pena, también obliga al juez establecer una reparación civil. Sin embargo, pese a emitirse una sentencia absolutoria o un sobreseimiento de la causa, el Código Procesal peruano permite que el juez pueda imponer una reparación civil.

Es decir, en el Perú ante sentencias condenatorias como obligación y ante sentencias absolutorias como excepción, el juez debe establecer una reparación civil. Pues esta busca resarcir el daño ocasionado. Por lo tanto, la reparación civil comprende la restitución del bien o en todo caso, si no es posible, el pago de su valor y, además, una indemnización por los daños y perjuicios. Para reparar se debe resarcir pagando el daño surgido y por el daño que puede surgir en el futuro. Asimismo, resulta posible indemnizar

el daño moral. Todo eso significa que no solo resulta indemnizable el daño patrimonial, sino también el daño extrapatrimonial, a través del daño moral.

En el artículo 109 del Código Penal español, al igual que el Código Penal peruano se establece que en tanto exista un delito, el autor debe reparar el daño, al señalar que «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar». No obstante, la parte agraviada podrá optar por la vía civil, a través de la jurisdicción civil. Sin embargo, esta voluntad debe ser expresa, tal y conforme se desprende del artículo 109, numeral 2 del Código español.

El Código Penal español al igual que el peruano asume que la reparación civil comprende la restitución del bien dañado. Además, la indemnización de perjuicios materiales o morales, es decir, la reparación del daño implica la indemnización por los perjuicios patrimoniales y, también, incluye la indemnización por los daños no patrimoniales.

3.2. La responsabilidad civil en el delito de violencia doméstica entre parejas

Las actuaciones violentas por razones de género, no solo pueden ocasionar agresión contra la integridad de la mujer físicamente, sino también producen afectación psicológica, las cuales están destinadas a lograr la sumisión de la mujer, anulando la personalidad de la víctima.

Por ello, cabe establecer, la manera de incluir este tipo de afectación, en la fundamentación de la reparación civil.

En primer lugar, se puede decir que en el Perú se solicita la reparación civil en el ámbito penal, conjuntamente con la pena, en virtud del principio de economía procesal. En caso contrario, se llegaría al absurdo de una sobrecarga procesal, al tener que recurrir a la vía penal para la imposición de una pena y a la vía civil para reparar el daño ocasionado. Además, se victimizaría más a la agraviada de maltrato o cualquier otro ilícito penal, si se le impondría como obligación, que la reparación lo solicite en la vía civil.

Por tal motivo, en el Perú la reparación civil se establece con la pena. Y es así, que de acreditarse el delito de agresión contra las mujeres previsto en el artículo 122-B del Código Penal, el juez no solo debe imponer una pena en contra del sujeto responsable que ha maltratado a su pareja (cónyuge, conviviente o pareja en general) por razones de abuso de poder, machismo y otros, sino también está en la obligación de imponer una reparación civil razonable y proporcional, a fin de resarcir el daño ocasionado.

Para establecer una reparación civil, primero, se tiene que partir diferenciando los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y extrapatrimoniales (daño moral). El daño patrimonial contiene el daño

emergente y el lucro cesante. El daño emergente es el agravio eminentemente sufrido por la víctima. Por ejemplo, cuando se suscita un hecho de lesiones, la víctima compra medicina a causa de las lesiones sufridas en su contra. Además, ese daño también abarca los pagos al médico para el correspondiente tratamiento, en otras palabras el daño emergente es todo gasto irrogado por la víctima, producto del hecho cometido en su agravio. Así, también, se debe resarcir a la víctima, a través del lucro cesante, esto es la ganancia económica que la conducta antijurídica evita que obtenga la víctima durante el tiempo que se ha encontrado postrado producto de las lesiones en su contra. Por ejemplo, cuando la agraviada no recibe ingreso económico porque está impedida de ir a trabajar. Finalmente, el perjuicio moral es un daño extrapatrimonial que consistente en un sufrimiento inmaterial ocasionada a la víctima.

Como se advierte en la lectura del artículo 122-B del Código Penal peruano, el maltrato contra la mujer constituye un delito de violencia de género, porque se comete agravio contra las damas por su condición de mujer, la misma que puede ser psicológica o física que requiera menos de diez días de asistencia o descanso. Entonces, ante este tipo de lesiones contra las mujeres (físicas o psicológicas) no se provoca agresiones visibles que demanden una indemnización razonable a favor de la víctima, por cuanto el tipo penal indica que las lesiones físicas requieren menos de diez días de asistencia o descanso producto de la conducta antijurídica y, por ende, el monto del daño en muchas ocasiones resulta ser una cantidad exigua como forma de resarcimiento, si solo se tiene en cuenta en el daño patrimonial.

Por ello, resulta necesario, no solo pensar en el daño patrimonial, sino también en el daño extrapatrimonial. Esto porque en este tipo de hechos se ocasiona a la afectada un daño moral, el cual se entiende por todo aquel sufrimiento inmaterial, como, por ejemplo, un problema psicológico que se le haya provocado a la víctima.

3.3. Fundamentación del daño en el delito de violencia doméstica entre parejas

En el caso del delito de agresión contra la mujer, primero se debe identificar cual es el daño que se comete contra la víctima. Cuando el varón maltrata física o psicológicamente a su pareja o expareja, tiene secuelas en su ámbito psicológico, como señala las Naciones Unidas (Reyna, 2016) provoca en la parte agraviada angustia, aflicción física o espiritual, humillación y en general, depresión de la autoestima.

Se causa en la víctima: vergüenza, sentimientos de culpabilidad, sentimientos de pena, complejo de inferioridad, sensación duradera, inseguridad, sentimiento de dignidad lastimada o vejada, el sentimiento de la privacidad violada, el sentimiento

de incapacidad, subjetivo u objetivo, conductas compulsivas originadas por la ofensa, síndrome de ansiedad y/o ansioso depresivos, consumo compulsivo o adicción a fármacos o drogas, la inseguridad o incapacidad para intervenir o debatir sobre determinados aspectos, el deshonor, público o particular o el público desprestigio, el aminoramiento de la pública credibilidad, la disminución de la confianza externa, la disminución de las expectativas sociales ya adquiridas y, en general, todo aminoramiento, normalmente subjetivo, de la garantía personal ante terceros. (Vela, 2014, p. 115)

Todo esto afecta la calidad de vida de la mujer y hace que el sufrimiento de la víctima se prolongue en el tiempo. Se afirma que estos daños acaban teniendo una importancia decisiva ya que afectan a la calidad de vida y al propio sentido de la misma y conllevan en general a un largo sufrimiento añadido (Castellano et al., 2013).

Una vez identificado el daño que se comete en contra de una víctima de maltrato, ¿cómo se puede saber si determinado sentimiento negativo de una mujer producto de un hecho de maltrato en su contra puede ser incluido dentro del concepto del daño moral?, o en todo caso, ¿cómo se sabe cuál debe ser el daño moral indemnizable en una víctima de maltrato?

Afirma que puede restringirse el concepto de daño moral a tres factores: los intereses afectados, entendiendo que no son dignos de protección algunos; la imputación de los daños morales, causal y subjetiva, entendiendo que no cabe hacer una imputación objetiva de los daños sufridos o que no están comprendidos en el deber de diligencia exigible al causante del daño; y la gravedad de los daños, entendiendo que las meras molestias no alcanzan la categoría de daños morales. (Xiol et al., 2013)

Trasladando este concepto al delito de agresión contra la mujer en el Código Penal peruano y restringiendo los daños causados en las víctimas al análisis de estos tres factores sugeridos por la citada autora para identificar los daños morales indemnizables, primero se procede a determinar cuáles son los intereses afectados, para cuyo fin se debe determinar cuál es el bien jurídico que se trata de proteger con este tipo penal.

El delito de violencia de género en el ámbito de la pareja se refiere al normal desarrollo de las relaciones personales surgidas como consecuencia de una situación afectiva intensa —que puede permanecer vigente o no—, conyugal o análoga, que no necesariamente ha de verse traducida en convivencia —pues también admiten relaciones de noviazgo, vigentes o no. (Vela, 2014, p. 92)

Lo que se pretende proteger con este tipo de delito de violencia de género es el normal desarrollo de las relaciones personales que se originan como consecuencia de una situación afectiva intensa donde la víctima pueda ser afectada en su dignidad, por razón del poder del varón contra la mujer. El normal desarrollo de las relaciones afectivas, donde pueda ser afectada en

su dignidad la víctima de maltrato. Por lo tanto, resulta de gran interés su protección para una sociedad.

Continuando con el análisis de los otros dos parámetros de identificación del daño moral indemnizable, en el delito concreto de maltrato contra la mujer, la imputación de los daños morales tiene que ver que la conducta asumida por el sujeto agente. Le sea imputable el daño y la gravedad de los daños significa que una simple situación de molestia no puede generar un daño moral, sino de una situación de gravedad en el daño irrogado.

Por tanto, a partir de dichos conceptos, se pueden considerar los sentimientos negativos que pueden ser considerados como daño moral en una mujer víctima de maltrato, tomando en cuenta los tres factores antes mencionados: los intereses afectados, la imputación de los daños morales y la gravedad de los daños. Y es así, que estos daños descritos producen en la víctima una afectación grave en su ser como depresión, vergüenza, entre otros, la misma que debe ser resarcida, a través del daño moral o inmaterial; pero la pregunta que surge a continuación sería ¿cómo se detecta que la mujer maltratada padezca estas secuelas producto del daño por su pareja? Justamente para ello, se debe recurrir a la pericia psicológica por parte de un perito acreditado; en otras palabras, se requiere para demostrar el daño ocasionado en toda su magnitud la pericia psicológica. Esta acción tiene como finalidad establecer las afectaciones sufridas en la víctima. En tanto, la pericia psicológica busca describir el desajuste emocional y los traumas causados en la víctima (Castillo, 2018).

Algunos varones no golpean físicamente a sus parejas; sin embargo, estas pueden ser víctimas de violencia con gritos, amenazas, viviendo en un clima de falta de sosiego y tranquilidad, que no solo repercute en contra de la víctima mujer de violencia sino también en contra de toda la familia. Cabe precisar que en todos los casos de afectación física o psicológica se debe recabar la pericia psicológica de la víctima.

La violencia psicológica se puede presentar en este tipo de delitos, que corresponde por su naturaleza a un delito de violencia de género; ¿pero, qué tan grave puede ser esta forma de afectación a la mujer? Si bien el grado de afectación psicológica, no puede ser medido por el perito psicólogo; sin embargo, sí puede ser advertido, describiendo las consecuencias negativas que se producen producto del maltrato. Estas no solo afectan a la mujer víctima de maltrato, sino también a la familia y, por ende, este tipo de conductas son muy graves, por cuanto sus consecuencias afectan a la célula básica de la sociedad, como es la familia, cuya protección también resulta constitucional.

Por lo tanto, la afectación psicológica, no solo es una conducta comisiva para la configuración del tipo penal de agresión contra la mujer, sino también para establecer correctamente el monto indemnizatorio producto del daño producido a la víctima.

4. Resultados

Una de las novedades que tiene la legislación española para la cuantificación del daño es la utilización del baremo (Ley n.º 35/15 de fecha 22 de setiembre del 2015) vigente desde enero del 2016, el cual fue destinado para ser utilizado en accidentes de tráfico, pero eso no impide que pueda ser utilizado en otros supuestos distintos a la seguridad vial, como en los delitos de violencia de género.

Y justamente, a efecto de conocer el carácter orientativo del baremo, que puede ser utilizado en delitos dolosos como el maltrato contra la mujer, se van a abordar diversas sentencias del Poder Judicial español:

- a) Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2011: Indica la citada sentencia que la Ley n.º 30/1995 (Ley 3829/1995) no se aplica a las lesiones dolosas (STS 790/2007), pero nada impide que el sistema de baremación del daño moral corporal pueda operar como referente y pueda ser aplicado en otros delitos dolosos.
- b) Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2010: El Tribunal Supremo admite que en los delitos dolosos no es obligatorio el sistema de valoración de daños y, además, se indica que tampoco existe razón para que los daños producidos dolosamente sean indemnizados en menor monto, salvo que exista una debida motivación y argumentación.
- c) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2006: Indica en la sentencia que la Ley n.º 30/1995 (la Ley 3829/1995) se señala que se incorporó una ley de tráfico rodado, que contiene un anexo para la valoración de los daños y perjuicios ocasionados a las víctimas de accidentes de tráfico rodado. La ley, también señala, que sus reglas no son de aplicación para los delitos dolosos; pero nada obstaculiza que sea tomado en cuenta por los tribunales como regla orientadora.
- d) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2005: En esta sentencia se indica que la valoración de los daños y perjuicios producidos a las personas en accidentes de tráfico, pueden ser tomadas como referencia útil para excluir la arbitrariedad o la desproporción manifiesta.

En estas sentencias, se fijan dos parámetros de interés que no se debe dejar pasar por alto, a saber:

- a) No hay razón alguna que justifique que una muerte dolosa dé lugar a una indemnización inferior a una muerte ocasionada por un accidente de tráfico.
- b) El Tribunal Supremo libremente puede fijar la reparación civil, en atención a las circunstancias del caso. No se puede fijar una cantidad menor por un homicidio o asesinato doloso de la que correspondería por un homicidio imprudente sin justificarlo adecuadamente en la sentencia (Magro, 2016, pp. 5-6).

Tal y conforme se desprende de las sentencias antes mencionadas, el baremo que es usado por la justicia española en los delitos de tráfico rodado, puede ser aplicado también para delitos dolosos, como parámetro orientativo. No obstante, se debe analizar el caso concreto, tomando en cuenta las circunstancias correspondientes.

5. Discusión

No existen artículos o libros que planteen propuestas de cuantificación de la reparación civil en el delito de agresión contra la mujer. Sin embargo, para ello se utiliza la Ley española n.º 35/15 que contiene el baremo de cuantificación en los delitos de tráfico rodado y que se ha tomado como referencia para el desarrollo del presente artículo.

La indicada Ley n.º 35/15 establece tres criterios de indemnización, cuando se produce la muerte, secuelas y lesiones temporales en la víctima con la finalidad de lograr la utilización de este baremo aplicado a la realidad del Perú. Se procederá a plantear y desarrollar un hecho suscitado en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que fue expuesto por el Ministerio Público en la jurisdicción de Chiclayo, el cual servirá como modelo para un análisis de requerimiento de reparación civil, a pesar de no haberse recabado la pericia psicológica para la identificación del daño moral. Es así que se utilizará los conceptos ya estudiados para fundamentar y cuantificar el daño, con la utilización de un baremo como propuesta.

5.1. Caso

«El 1 de enero de 2018, a las 18:45 horas, personal policial de la comisaría de Atusparias del distrito de José Leonardo Ortiz, intervino al imputado. Se había solicitado la intervención de los policías en el domicilio ubicado en la manzana E, lote 09 del pueblo joven «Los Claveles» del citado distrito, debido a que se estaba suscitando un hecho de violencia familiar. La agraviada había sido víctima de lesiones: estaba sangrando por la boca y presentaba moretones.

La agraviada señaló al personal policial que el autor de los hechos de las lesiones fue su exconviviente, con quien ha mantenido una relación

sentimental de siete años. Estos daños fueron registrados en el Certificado Médico Legal n.º 000052-VFL donde se determinó que presentó lesión traumática reciente de origen contuso de acción directa y se requirió tres días de atención facultativa por diez días de incapacidad médico legal.

El Ministerio Público imputa al acusado ser el autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud en su figura de agresión contra la mujer por violencia familiar en agravio de su expareja, previsto en el artículo 122-Bº del código penal. Por estos hechos se solicitó que se le imponga un año de pena privativa de la libertad e inhabilitación, de acuerdo al artículo 36.º, inciso 11 del Código Penal y la suma de trescientos soles por concepto de reparación civil.

5.2. Indemnización por secuelas

En primer lugar, se debe indicar que el caso subexamine, se trata de un delito doloso, donde se ha ocasionado un daño físico y moral a la víctima y se ha solicitado un monto muy exiguo de reparación civil.

Respecto a la agresión física, no se requiere mayor fundamentación del daño físico, por cuanto está totalmente acreditado con el examen pericial explicado por el perito médico. El especialista diagnosticó que la parte agraviada sufrió lesión traumática reciente de origen contuso de acción directa, requiriendo tres días de atención facultativa por ocho días de incapacidad médico legal.

Como ha quedado claro, este baremo puede ser aplicado a casos distintos al tráfico rodado en el derecho español. Cuando una mujer sufre actos de maltrato por violencia física o psicológica, queda con secuelas negativas, al haber sido afectada en su sentimiento de dignidad. Por ello, se plantea como propuesta y respuesta ante la violencia de género la utilización del baremo español en el derecho peruano, que sirva no solo para la fundamentación del daño sino también para su cuantificación. Esta permitirá lograr una indemnización más razonable por los daños ocasionados por este ilícito penal.

De esta tabla solo se adoptará el perjuicio personal particular, donde el agravio está enfocado al daño moral que ha sufrido la víctima mujer, producto del maltrato por parte de su pareja, por cuanto no se practicó una pericia psicológica en la parte agraviada.

En los daños morales complementarios, se quiere destacar el plus de sufrimiento de quienes padecen secuelas desde el punto de vista emocional. Para ello, se van a tener en cuenta criterios como la edad de la víctima: a mayor edad mayor afectación emocional. Estos agravios muy pocas veces son denunciados y los años de relación de pareja también constituyen un dato objetivo para la cuantificación monetaria del daño.

Los aspectos de medición son los que ya han sido sometidos a los tres parámetros antes indicados: intereses afectados, imputación de los daños morales y gravedad de los daños. Estos son sentimientos de depresión de la autoestima, vergüenza, culpabilidad, pena, complejo de inferioridad, sensación de duradera inseguridad, síndrome de ansiedad o ansioso-depresivos, público desprestigio, pública credibilidad, todo aminoramiento, normalmente subjetivo, de la garantía personal ante terceros.

Por tanto, se traslada toda esta información a un cuadro denominado baremo de cuantificación de reparación civil en el delito de agresión contra la mujer. Se toma como referencia económica para la indemnización por secuelas la remuneración mínima vital y se utiliza como criterio objetivo la edad de la víctima, presentando una propuesta con criterios en la fundamentación y cuantificación de la reparación civil como se indica a continuación:

Tabla 1

Baremo de cuantificación de reparación civil en el delito de agresión contra la mujer.

Hasta 15 años de relación, si la víctima tiene hasta 80 años (S/ 930,00)	Hasta 15 años de relación, si la víctima tiene hasta 30 años (S/ 465,00)	Por cada año adicional de convivencia o fracción con independencia de la edad de la víctima (S/ 46,50)
1. Sentimiento de depresión		
2. Sentimientos de vergüenza		
3. Sentimientos de culpabilidad		
4. Sentimientos de pena		
5. Complejo de inferioridad		
6. Sensación de duradera inseguridad		
7. Síndrome de ansiedad o ansioso-depresivos		
8. Público desprestigio		
9. Pública credibilidad		
10. Todo aminoramiento, normalmente subjetivo, de la garantía personal ante terceros		

Entonces, utilizando este cuadro, a pesar que se advierte que en la exposición del alegato inicial el Ministerio Público no argumenta el pedido de reparación civil señalando las secuelas que habría sufrido la víctima, el cual lo pudo haber conocido, disponiendo que la división de medicina legal,

a través de un perito psicólogo realice una pericia psicológica a la agraviada y se determine la afectación psicológica que habría sufrido producto del maltrato por parte de su expareja; sin embargo, si es posible cuantificar el daño ocasionado con la afectación número 10 del cuadro, porque es una cláusula abierta, referente a todo aminoramiento de la mujer víctima de maltrato, producto de cualquier tipo de afectación física o psicológica contra la víctima mujer, el cual puede ser identificado en el caso concreto analizando los medios probatorios actuados.

Siendo esto así, en el caso concreto, cabría una suma de S/ 930,00 soles de reparación civil, pese a no haberse determinado concretamente las secuelas que habría sufrido la víctima. Sin embargo, para otros casos se deberá recabar la pericia psicológica, con la finalidad de cubrir los criterios que se proponen como fundamentos y argumentos de la reparación civil, a través del baremo propuesto y lograr el resarcimiento del daño de este tipo de delito con montos razonables y proporcionales.

6. Conclusiones

- a) En el Código Penal peruano y en el Código Penal español, la reparación civil comprende la restitución del bien dañado, además de la indemnización de los perjuicios materiales o morales; es decir, en otros términos, resulta indemnizable los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y los daños no patrimoniales (daño moral). Precisamente para indemnizar el daño ocasionado a la víctima o a las víctimas de agresiones en contra de mujeres, se recurre al daño moral.
- b) Los daños sufridos en la víctima del delito de agresión produce una afectación grave en su ser, la misma que puede ser resarcida a través del daño moral o inmaterial. El delito de agresión, produce en la parte agraviada, dolor, angustia, aflicción física o espiritual, humillación, depresión y baja autoestima. Y es justamente a través de tres parámetros de identificación del daño moral, que resulta identificable que estos padecimientos en la víctima puedan ser considerados como daños morales. Estos tres parámetros de identificación del daño moral son los intereses afectados, la imputación de los daños morales y la gravedad de los daños.
- c) En el Perú, cuando se requiere la reparación civil, en la mayoría de los casos, el pedido de reparación civil al ser montos ínfimos, no resarcen el daño ocasionado. En otros, si bien se solicita montos altos de reparación civil; sin embargo, no están debidamente fundamentados y acreditados, por lo que se propone un baremo de cuantificación de

la reparación civil como utiliza la jurisprudencia española en los delitos de tráfico rodado, con variables consistentes en la descripción de las secuelas que sufre la víctima y categorías que contienen parámetros de identificación para la cuantificación del daño de manera monetaria tomando como referencia la remuneración mínima vital. Por tanto, resulta necesario en todos los casos, esto es cuando exista violencia física o psicológica en un ilícito penal de agresión contra la mujer, se recabe la pericia psicológica para identificar las variables que se proponen en la presente investigación.

Referencias

- Buompadre, J. E. (2013). *Violencia de Género, feminicidio y derecho penal. Los nuevos delitos de género*. Alveroni Ediciones.
- Castillo, J. (2018). *La prueba en el delito de violencia contra la mujer y el grupo familiar*. Editores del Centro E.I.R.L.
- Castellano, M., Concheiro, L., Guinarte, G., Gude, A.M., López, B., Márquez, L., (...) Portomeñe, F. V. (2013). *La violencia de Género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*. Editores Tirant lo Blanch.
- Díaz, I., Rodríguez, J., y Valega C. (2019). *Feminicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género*. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Canzenmuller, C., Escudero, J. F., y Frigola, J. (1999), *La violencia doméstica*. Editorial Bosch.
- García, C. (2017). *La Huella de la violencia de Parejas del mismo sexo*. Bilbao, España. Editorial Gomylex.
- Gálvez, C. (2011). *Violencia de Género: Terrorismo en Casa*. Alcalá de Henares, Editorial Alcalá grupo editorial.
- Huaroma, A.M. (2019). *Violencia de género y familiar*. A&C Ediciones Jurídicas S.A.C.
- Magro, V. (2016). La necesidad de Unificar criterios indemnizatorios en la violencia de género. *Dialnet*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5520256>
- Ramos, M. A. y Ramos M. (2018). *Violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*. Grupo Editorial Lex & Iuris SAC.
- Reyna, L. M. (2016). *Delitos contra la familia y de violencia doméstica*. Jurista Editores EIRL.

- Roca, D. V. (2019). *Tratamiento penal de la violencia familiar o doméstica. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia*. Grupo Editorial Ulpiano.
- Serrano, G. (2013) Violencia de Género y Justicia. *Dialnet*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=519334>.
- Vela, A. (2015). *Violencia de Género en la pareja y daño moral - Estudio doctrinal y jurisprudencial*. Editorial Comares S.L.
- X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias, (2017). Acuerdo Plenario n.º 5-2016/CJ-166, asunto: delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. Ámbito procesal. Perú. <https://legis.pe/acuerdo-plenario-5-2016-cij-116-delitos-violencia-mujer-integrantes-grupo-familiar-ambito-procesal-ley-30364/>.
- Xiol, J. A., García, J. A., Jacques, J., Banacloche., J, Gómez, E., Martín, R.,(...) Jaramillo, C.,I. (2013). *Compendio de escritos de Derecho de Daños*. (Coord. Mariano José Herrador Guardia).



RETOS de la
magistratura
en temas
de DERECHO
Internacional
PRIVADO



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 2, enero-junio, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n2.05



Las insolvencias transfronterizas en derecho internacional privado peruano y la empresa transnacional Odebrecht

The border insolvencies in peruvian
private international law and the Odebrecht
transnational company

Fany Mavel Tapia Coba*

Juzgado de Paz Letrado Civil Comercial de Trujillo
(La Libertad, Perú)
ftapiac@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-2981-7503>

Resumen: El presente artículo es el resultado de una investigación realizada el 2018, acerca de las insolvencias transfronterizas en el derecho internacional privado, dada la coyuntura generada a raíz de la globalización que permitió a las empresas transnacionales abrirse paso en el ámbito internacional, desarrollando actividades en varios Estados o que poseen bienes en distintos territorios nacionales.

La crisis económica que ocurrió al inicio de la década pasada ocasionó que las empresas transnacionales entraran en un estado de insolvencia en

* Jueza titular de Juzgado de Paz Letrado Civil Comercial, magíster por la Universidad de Jaén, España.

el proceso de globalización del mercado y vieron afectados sus intereses en varios países. Este fenómeno dio lugar a la insolvencia transfronteriza e hizo necesario buscar las respuestas eficaces y oportunas ante la presentación de una solicitud de insolvencia de o contra patrimonio extranjero. Para ello, se tuvo que delimitar la competencia jurisdiccional, determinar la ley aplicable conforme a la cual se resuelva el caso y se planteó la cuestión relativa a la eficacia extraterritorial de las decisiones adoptadas por el juez peruano, en materia de insolvencia transfronteriza internacional.

A mediados del 2018, a raíz del escándalo Lava Jato, resultó involucrada la empresa transnacional Odebrecht, con presencia mundial en varios continentes. Se llegó a investigar cómo se desarrolló el fenómeno coyuntural de la insolvencia transfronteriza de dicha empresa en el Perú analizando la intervención del Estado peruano, cuyas conclusiones y discusiones son de ayuda para los investigadores de los países donde la empresa transnacional ha invertido diversificando su cartera en su desarrollo en el mundo globalizado.

Palabras clave: jueces, empresas transnacionales, Derecho internacional privado, competencia jurisdiccional

Abstract: The present article is the result of an investigation carried out in 2018, about the cross-border insolvencies in the Private International Law, given the situation generated by the globalization that allowed the transnational companies to make way in the international scope, developing activities in several States or having assets in different national territories.

The economic crisis at the beginning of the last decade caused the transnational companies to enter into a state of insolvency in the process of market globalization, seeing their interests affected in several countries

This phenomenon led to the need to find effective and timely responses to the filing of an application for insolvency of or against foreign assets. To this end, it was necessary to delimit the jurisdiction, determine the applicable law under which the case would be resolved and raise the question of the extraterritorial effectiveness of the decisions made by the Peruvian judge in international cross-border insolvency matters.

In mid 2018, as a result of the Lava Jato scandal, the transnational company Odebrecht, with a worldwide presence in several continents, became involved, leading to an investigation of how the phenomenon of the cross-border insolvency of said company has developed in our country, analyzing the intervention of the Peruvian State, whose conclusions and discussions are helpful to researchers in the countries where the Company the Transnational has invested by diversifying its portfolio in its development in the globalized world.

Key words: judges, transnational companies private international law, delimit jurisdiction

RECIBIDO: 2/04/2020
APROBADO: 10/05/2020

REVISADO: 4/05/2020
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La globalización económica financiera del 2005 al 2010 termina por desembocar la crisis económica mundial que se inicia en Estados Unidos y se expande inmediatamente a Europa y otras regiones del globo terráqueo, perjudicándose principalmente las industrias nacionales e incluso las entidades del sistema financiero.

Ante la crisis económica mundial, entra a tallar el derecho concursal, insolvencia o quiebra, como se conoce en la mayoría de regiones. Este derecho muestra cómo se debe actuar ante la escasez de los recursos constituido patrimonio del deudor, en contraposición al derecho de acreencia, generando una divergencia de intereses con la suma de externalidades negativas del manejo de la empresa y pérdidas de utilidades, obliga a crear la ficción legal de un mercado simulado para la asignación adecuada de recursos.

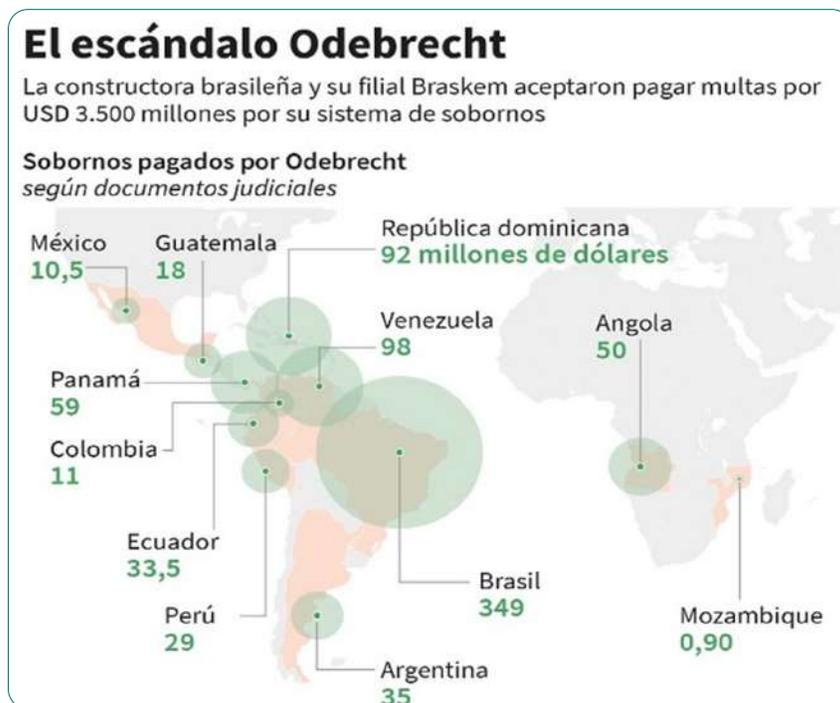
Surgiendo la interrogante ante el fenómeno de la insolvencia transfronteriza, cuales son los criterios correctos a ser adoptados por los tribunales peruanos en dichos casos de las insolvencias transfronterizas a la luz del derecho internacional privado peruano.

La problemática se analizó desde un punto de vista teórico. Sin embargo, la realidad ha sobrepasado el margen de investigación, presentándose el caso que ha superado cualquier nivel de expectativa en casi todos los continentes, nos referimos al escándalo de corrupción más grande registrado en Latinoamérica, **caso Lava Jato**, caso en cual se han visto involucrados directamente jefes de Estado.

La investigación del caso fue realizada por el Departamento de Justicia en los Estados Unidos involucrando a la empresa transnacional Odebrecht. En diciembre del 2016, a través de su representante «confesó ante la justicia de EE. UU. que pagó sobornos por un total de US\$ 788 millones en doce países de Latinoamérica y África» (Castilla y Castro Jonathan, 2017)

La investigación realizada señaló: «Odebrecht S.A. (Odebrecht) una empresa petroquímica brasileña se declaró culpable hoy y acordó pagar una multa total combinada de al menos \$ 3.500 millones para resolver cargos con las autoridades de los Estados Unidos, Brasil y Suiza por haber pagado cientos de millones de dólares de sobornos a funcionarios gubernamentales de todo el

mundo» (Department of Justice 2016). Dichos actos de corrupción involucran según sus declaraciones a los países de Angola, Argentina, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela, como se detalla en el siguiente cuadro:



Nota: Tomado del Departamento de Justicia estadounidense.

El fenómeno transnacional con la insolvencia se encuentra sinérgicamente conectado, tal como se podrá notar en el caso de análisis de la empresa transfronteriza que se halla incluida en un proceso de insolvencia. En junio de 2019, se ha iniciado el Proceso de Recuperación Judicial en Curso en Brasil (conocido también como el Proceso de Reestructuración). Se está negociando con los acreedores la reestructuración de su deuda por casi 25 millones de dólares americanos. Tienen un plazo de sesenta días para la presentación de un plan de acreedores, correspondiendo analizar dicha insolvencia transfronteriza a la luz del derecho internacional privado.

2. Métodos

La presente investigación es de tipo descriptivo. Tiene como objetivo general determinar conforme a la globalización y a la evolución de las empresas transnacionales, cuál es el criterio correcto que deben adoptar los tribunales peruanos en las insolvencias transfronterizas en el derecho internacional privado peruano.

El análisis se realizó específicamente en un caso de coyuntura internacional. La empresa transnacional Odebrecht atraviesa por una crisis patrimonial. También, se ha declarado la insolvencia transfronteriza. De tal forma que al presentarse este problema en el Perú y en otros países no existan contradicciones y afectaciones del derecho internacional privado.

3. Resultados

El fenómeno transnacional

El fenómeno transnacional es muy antiguo surgió en la edad media y continuó en los siglos siguientes. Declinó en el siglo XIX e inicios del siglo XX. Según se señala es la «causa de las doctrinas soberanistas, que excluían otros actores no estatales, aunque durante bastante tiempo fueron consideradas como algo perteneciente al entorno del Estado, en el que este ejercía el poder predominante. El tema iba a evolucionar en una forma tal que las empresas van adquiriendo una cierta capacidad de desafío al poder del Estado, o si este no es el caso, al menos sí que van a tener capacidad para crear sinergia que puedan llegar a poner obstáculos al uso del poder del Estado» (Field y Wilijam, 1972).

Empresas transnacionales

En la definición dada por Jessup (1956), «el concepto de una empresa transnacional engloba las actividades del Estado y la empresa que sobrepasan las fronteras interactuando el derecho internacional con el derecho interno que ayudan a comprender mejor el tema de análisis» (p. 113). Actualmente, se les considera como un instrumento de globalización, ello por organizar y programar la producción mundial, pues en décadas anteriores «la economía mundial estaba en buena parte centrada ya en el mercado, pero dominada por los Estados. Por consiguiente, las empresas transnacionales no podían cambiar ni los mecanismos ni el engranaje del sistema económico internacional, por lo que solo tocaban accesoriamente a la preponderancia estatal.

En esas circunstancias, «la empresa transnacional parecía ser una especie de agente económico del centro de decisión estatal» (López, 2019, p. 206). Dicho contexto ha ido cambiando con el devenir del tiempo. Actualmente, estas empresas han invadido todos los sectores de la economía, constituyéndose en palabras de López en centros internacionales de decisión desafiando a los Estados o supeditándolos a sus propios intereses, tal es así que se han convertido en actores políticos, recurriendo a los mandatarios de Estado, como ha quedado al descubierto en los casos de corrupción en la política nacional e internacional de muchos países.

4. Las insolvencias transfronterizas en derecho internacional privado peruano

Teoría acogida por el derecho internacional privado peruano

En todas las legislaciones sobre el derecho concursal existen tres teorías: la teoría de la territorialidad, la teoría de la universalidad y la teoría de los procedimientos secundarios que se aplican de acuerdo a cada legislación interna,

En el tema del derecho internacional privado peruano no existe norma expresa que establezca la jurisdicción internacional competente en materia concursal. Existe una teoría mixta intermedia, denominada teoría de los procedimientos secundarios, acogida por el ordenamiento legal a través de la cual es posible que la insolvencia principal aperturada en el país de domicilio o sede del deudor, se pueda admitir la apertura de insolvencias parciales o secundarias ante tribunales de otros Estados donde el deudor tenga bienes.

En el Perú, la ventaja de haber acogido dicha teoría es que se pueden superar las diferencias de las legislaciones nacionales en conflicto. Es decir, que no solo podría abarcar el término de quiebra o insolvencia, sino que abre la posibilidad de que incluso se pueda reconocer las reestructuraciones o salvatajes, que es el proceso actual iniciado en el caso de estudio.

Marco normativo en las insolvencias transfronterizas

Se halla conformado tanto de normas de origen internacional como el derecho interno:

Código de derecho internacional (Código de Bustamante)

Este compendio contiene normas generales de derecho internacional privado que han sido ratificado por los países de Brasil, Bolivia, Cuba, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, Honduras, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. Se establece la competencia de acuerdo a los procesos promovidos por los deudores y los que sus acreedores solicitan. Por lo tanto, la regla de la competencia es fijada según como se origine el proceso y quien sea su peticionario.

A su vez, con relación a la ley aplicable, verifica que la *lex fori* será el principio rector que gobernará el proceso de quiebra, a mayor detalle.

Uzal (2008) sostiene que en principio ha adoptado el criterio de la universalidad de la quiebra internacional afirmando que dicho tratado adoptó los sistemas de la «unidad de juicio de la quiebra o concurso» y de la «universalidad de la quiebra o concurso y sus efectos», de hecho, el código de la Habana consagra el

sistema de la Unidad para el supuesto de que el deudor posea un único domicilio comercial (p. 150).

En palabras de Uzal, se admite la pluralidad de procesos cuando el deudor tenga más de un domicilio comercial o establecimientos económicamente separados en dos o más jurisdicciones internacionales.

Normativa del derecho internacional privado peruano

Competencia. La Ley General del Sistema Concursal n.º 27809 del 2002 establece que los tribunales peruanos cuentan con competencia para conocer de los procesos concursales conforme a la universalidad de los bienes. Incluso si las empresas son extranjeras cuando dicha legislación así lo reconozca. Perú, pese a ello, tendrá competencia para conocer del procedimiento concursal sobre los bienes situados en el Perú.

Es decir, que la competencia sobre el patrimonio declarado en quiebra cuando existan bienes situados en el territorio nacional se rige por el «Fórum Re situs (foro del lugar de situación de los bienes). Presenta una vinculación fáctica y efectiva tan robusta con los bienes y con los acreedores locales en el caso de la quiebra internacional, que se impone razonablemente a la concepción jurídica que cohesiona la universalidad, en la medida de lo dispuesto en el título IV del libro X (Revoredo, 1985, p. 102).

Si bien la cita se refiere a las normas de derecho internacional privado, dada en 1984, la Ley General del Sistema Concursal, n.º 27809 es del 2002. Varía la competencia a cargo del Indecopi (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), que es un organismo público autónomo adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. Por lo tanto, la competencia ya no recae en el Poder Judicial, sino que las insolvencias nacionales y extranjeras están a cargo de la instancia administrativa.

Apunta Ezcurra (2005):

la jurisdicción peruana es competente para conocer los procedimientos de insolvencia de manera obligatoria, cuando se trate de personas domiciliadas en el país (...) sin embargo la autoridad concursal peruana no será obligatoriamente competente si se trata de personas que no se encuentran domiciliada en el país, como en el presente caso, sin embargo, la autoridad concursal peruana no será obligatoriamente competente si se trata de personas que no se encuentren domiciliadas en el territorio peruano, pero si en lo que se refiere a los bienes situados en el Perú, mediante un procedimiento secundario de insolvencia.

Específicamente, hace referencia al caso de insolvencia de Odebrecht si lo tramita el Poder Judicial brasileño.

Ley aplicable. Podría ser en un primer lugar la ley expresamente elegida por las partes. Sin embargo, en los procedimientos de insolvencia es muy difícil que se pueda determinar convencionalmente la ley aplicable. En otras palabras los procedimientos de insolvencia que se tramite en cualquier país, se rigen por la ley concursal de dicha nación.

5. Reconocimiento de decisiones extranjeras

En cuanto al reconocimiento de las decisiones extranjeras existen dos tipos: el primero de manera convencional en tratados internacional y el otro relativo con la normativa interna.

Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo

Suscrito el 11 de enero de 1989, ratificado por los países de Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. Se encuentra vigente y dispone que las sentencias y laudos arbitrales en materia comercial de uno de los Estados signatarios, tengan la misma fuerza que en el país donde fueron pronunciados, en tanto provengan de tribunal competente, revistan el carácter de cosa juzgada, haya existido debida citación a la parte condenada y no se opongan al orden público del país de su cumplimiento.

En relación con estos requisitos hay que observar, en primer lugar, que la sentencia extranjera debe provenir del tribunal competente en la esfera internacional. Esto implica que se rechazan las sentencias que invadan la jurisdicción donde se pide el reconocimiento y ejecución o la jurisdicción de un tercer Estado.

Convención interamericana sobre eficacia territorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjero

Esta Convención fue emitida el día 8 de mayo de 1979 y ha sido ratificada por Argentina, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, y tiene como ámbito aplicación el respeto de sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales.

Cualesquiera de los Estados pueden declarar al momento de ratificar la convención que se aplica también a resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función. Sin embargo, dicha convención establece que si la resolución extranjera es contraria al orden público interno no será aplicable. Esto debido al respeto del orden público internacional que es norma general de derecho internacional privado en el sistema interamericano y, desde luego, se refiere a los principios fundamentales

que informan el ordenamiento jurídico donde se pide la aplicación de la ley extranjera o el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera.

Derecho internacional privado peruano Exequátur

La normativa estatal peruana, dentro del derecho internacional privado, establece el reconocimiento de sentencias extranjeras, conocido como el Exequátur. De manera general, reconoce la competencia de otras legislaciones para conocer los procesos de insolvencia. El país extranjero es competente; por tanto, se aplica la Ley Concursal Foránea.

Para el reconocimiento se debe iniciar dos procedimientos: el primero que debe realizarse es el Exequátur, a cargo del Poder Judicial a fin de dar reconocimiento a la sentencia extranjera y, luego de ello, iniciar un segundo proceso ante el Indecopi.

El procedimiento concursal secundario será un proceso respecto de los bienes o derechos situados en territorio peruano, en virtud del cual se procederá a liquidar los bienes del deudor, para con dicho resultado ir pagando los créditos que se registren en el proceso, de acuerdo al orden de prelación que establece la legislación peruana. En este punto es pertinente efectuar algunas precisiones importantes. 1.– En primer lugar, obsérvese que el artículo 2105.º que comentamos contiene en su tercer párrafo una remisión expresa a la «ley de quiebras» lo que parecería indicar que dicho artículo se refiere exclusivamente a la Ley Procesal de Quiebras de 1932, Decreto Ley n.º 7566 o que, al tratar los efectos en el Perú de una quiebra declarada en el extranjero. (Ezcurra, 2005)

Según al entender del jurista, dicho supuesto únicamente se encuentra regulado para los casos de disolución o liquidación de activos. Esto genera un vacío legal respecto a los supuestos de restructuración o salvataje que varias legislaciones extranjeras acogen como primera opción. En tal supuesto, se vuelve al punto de inicio para ver qué norma se tendría que aplicar, siendo necesario revisar los convenios o tratados a fin de buscar la respuesta válida.

Por otro lado, el Código Procesal Civil peruano establece que el reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero se interpone ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior en cuya competencia territorial tiene su domicilio la persona contra quien se pretende hacer valer la sentencia o el laudo. Se presume la reciprocidad en la aceptación y ejecución. Es suficiente que los documentos estén legalizados y, de ser el caso, traducidos al idioma respectivo. La vía procedimental que corresponde es la del proceso no contencioso a tenor de lo dispuesto por el numeral 749, inciso 11 del Código Procesal Civil. Al finalizar el proceso, la Sala Civil pertinente dispone la entrega de copias certificadas al solicitante y el expediente original se queda en el archivo del juzgado.

Odebrecht como empresa transnacional y grupo de poder en el Perú

Comercialmente se le conoce como Odebrecht.

Es una sociedad anónima abierta que cotiza en bolsa, aún mantiene ciertos rasgos de los grupos económicos latinoamericanos. Por otro lado, Odebrecht tuvo un proceso de internalización, siguiendo la tendencia de las grandes empresas estadounidenses y europeas de aumentar progresivamente su tamaño hasta convertirse en una corporación multinacional. De esta manera la corporación trascendió sus fronteras, con el objetivo de penetrar nuevos mercados y establecerse en otro país, ampliando considerablemente su producción y actividad. (Hymer, 1997, p. 135)

Esta empresa no ha logrado posesionarse en Estados Unidos y Europa. Según Pedreira (2009):

esto se debe a que las grandes constructoras norteamericanas europeas y japonesas han copado sus mercados locales e influyen para que la penetración de Odebrecht a estas regiones sea muy difícil; no obstante, regiones como América Latina, África y Asia no poseen empresas propias tan poderosas que pueden frenar el ingreso de Odebrecht. (p. 109)

Como se precisa, es una empresa transnacional constituida como grupo económico brasileño, con operaciones en diversas áreas de infraestructura que le ha permitido posesionarse como una de las corporaciones más grandes de América Latina.

En el Perú, ha ejercido gran influencia ante el Estado, no solo ejerciendo un gran poder económico sino también un poder político total desde hace décadas. Como refieren los expertos:

tras una empresa tan grande como Odebrecht, siempre hay un Estado fuerte que financia y estructura el campo jurídico y político para que pueda actuar. Esto se debe a que Brasil, como líder indiscutible de la región y el único país con reconocimiento de potencia emergente, necesita siempre de empresas transnacionales que actúen dentro y fuera del país, llevando su marca y creando su imagen junto a la del país potencia para acentuar su hegemonía. (Sagioro, 2013, p. 11)

Por su parte, como indica Durand (2012):

se puede afirmar que las grandes empresas multinacionales en Perú pueden conseguir fácilmente conexiones locales para establecer efectivas redes sociales (networking) por medio de joint ventures con empresas locales influyentes, pago a prestigiosos estudios de abogados, a expertos tributarios, a analistas de opinión, capacidad de alto gasto en publicidad, financiación de campañas electorales. (p. 29)

Es decir, que como afirman estos autores dicha empresa se ha convertido gracias a sus influencias económicas en un grupo de poder en el ámbito político, que ha permitido el incumplimiento de contratos asumidos con el Estado.

Insolvencia transfronteriza de Odebrecht

La empresa transfronteriza Odebrecht, en junio de 2019, ha iniciado el proceso de recuperación judicial en Brasil (que es lo que se conoce como el proceso de reestructuración en la legislación peruana) negociando con sus acreedores la reestructuración de su deuda, por casi 25 millones de dólares americanos. El plazo de duración es de sesenta días para la presentación de un plan de acreedores y su principal acreedor el Caixa Federal, banco brasileño.

El principal acreedor el Caixa Federal banco estatal de Brasil, solicitó al juez a cargo la quiebra de Odebrecht y la destitución de los administradores con la respectiva convocatoria a una asamblea general de acreedores para elegir nuevos gestores. En su recurso expuso «todavía y más grave, el citado plan, además de no tener un plan de recuperación real que debería tener, está lleno de ilegalidades, con autorizaciones genéricas, previsión supresión de garantías y tratamiento diferenciado de acreedores» (Diario *El Comercio*, 2019).

Ante esta coyuntura, dado el escándalo de corrupción internacional, sindicando al caso Lava Jato como el principal motivo de la crisis por las cuantiosas reparaciones que tiene que pagar a los Estados, el 7 de noviembre de 2019, se ha denegado la solicitud realizada por el Banco Estatal ante el tribunal brasileño, indicando que continua el salvataje.

El mismo pedido de reestructuración se ha realizado en agosto de 2019 en Nueva York, Estados Unidos, al amparo del Capítulo 15 de la Ley de Bancarrota de Estados Unidos. De acuerdo a las publicaciones periodísticas «la empresa debe reestructurar alrededor de 22 490 millones de euros de deuda (25 000 millones de dólares). Si el procedimiento brasileño es reconocido en el tribunal de Nueva York, Odebrecht podría disfrutar de los beneficios de las leyes de bancarrota de los Estados Unidos como la protección contra la incautación de activos en el país» (Diario *Gestión*, 2019).

A través del mencionado requerimiento, busca proteger activos en el exterior, evitando ataques de acreedores mientras se desarrolla el proceso principal de recuperación judicial en su país de origen Brasil.

En el Perú, el 2017 ante el escándalo suscitado, el vocero de la Asociación de Proveedoras de Odebrecht en el Perú, Hugo Alache Correa, informó ante los medios de comunicación que «la constructora brasileña no cumplió con pagar los 35,7 millones de soles que adeuda a las pequeñas y medianas empresas que contrató para los megaproyectos. A través de una carta, pidió disculpas y aseguró que no tiene dinero» (Diario *La República*, 2017). Esta crisis de la transnacional coadyuvó a la insolvencia de 157 empresas peruanas generando desempleo de nueve mil personas y ocasionó la ejecución de las garantías de ciento treinta y siete proveedores.

Se estima que dicha participación abarca un promedio de cincuenta y cinco razones sociales donde el capital no solo se vería afectado por las deudas existentes sino que incluso la venta de sus activos líquidos de Olmos, Lima Norte, Lima sur, Rutas de Lima y Maquinarias serían insuficientes para cubrir su deuda. En el Perú, en un futuro no lejano, posiblemente, se establezca un proceso concursal, pues existen empresas perjudicadas por la crisis patrimonial. Incluso el mismo proceso concursal se va a presentar en cada uno de los países donde ha intervenido esta transnacional de capital brasileña.

6. Discusión

Aplicación de la normatividad en las insolvencias transfronterizas en Perú

Como se ha desarrollado el problema de la insolvencia transfronteriza, este no es un problema aislado, sino que traspasa las fronteras de los diferentes países. Existen vacíos y normas obsoletas que impiden estar a la vanguardia de otras legislaciones.

El único instrumento vigente internacional es el Código de Bustamante que hace referencia a la cooperación procesal internacional. Se basa en la universalidad de los procesos, dado que los efectos producidos por la quiebra o concurso dentro de un Estado, tanto los personales como los que recaen sobre los bienes, obligaciones y facultades de los síndicos de la masa fallida, se extienden a los demás Estados.

No se puede dejar de observar que la legislación peruana ha optado por la teoría de procedimientos secundarios para el reconocimiento de cualquier proceso iniciado en el exterior sea de liquidación o reestructuración del concurso principal extranjero. Sin embargo, en nuestro medio solamente podría llevarse adelante un proceso de liquidación.

A través de esta teoría podría ampliarse el margen de actuación de las legislaciones de países que no tienen vinculación por tratado internacional a fin de dar una respuesta efectiva a la insolvencia transfronteriza. Tal es así que el derecho concursal es un derecho bifronte (dos frentes) de normas externas e internas que complican la determinación de la ley aplicable.

Además de la regla *Lex Fori*, puede ser de aplicación la *Lex Siatæ*, toda la materia pertinente al procedimiento concursal. Sin embargo, respecto a la verificación de los créditos y sus efectos, la regla se rige por la ley del país donde estos se constituyeran, así como las garantías reales por la ley del lugar de ubicación de los bienes. No obstante, la clasificación general de los créditos o el orden del establecimiento de los privilegios es regulado por la *Lex Fori*.

El Código Civil en el libro del derecho internacional privado indica que los tribunales peruanos son competentes para conocer los procesos de empresas domiciliadas en Perú. Asimismo, hace referencia a que cuando la autoridad concursal es competente, será el derecho peruano el aplicable.

La misma regla figura en el precedente administrativo contenido en la Resolución n.º 0335-2002/TCD-INDECOPI dictada en el expediente n.º 553-1999/CSM-ODI-CAMARA 17/17. Indica que se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y a falta de acuerdo se debe guiar por las normas peruanas, puesto que no se señala cuál es el trámite que se debe seguir en las insolvencias transfronterizas. Además, se puede iniciar un proceso de insolvencia conforme a la normativa interna en el procedimiento establecido por Indecopi. Se debe publicitar el concurso de dicha empresa y de acuerdo a la teoría regida en nuestro medio se debe proteger al acreedor local. Es decir, que es un proceso independiente del que se desarrolle en el extranjero.

En el caso de presentarse un conflicto de normas y abierto el procedimiento concursal (*Lex Concursus*) en Perú, se determina que se registrará por leyes peruanas. Se evita así aplicar normas contrarias al ordenamiento interno y ante el concurso de más sucursales, no impide que sus acreedores puedan dirigirse contra el patrimonio de la principal sucursal para satisfacer sus intereses crediticios.

Si bien hasta que no se produzca el cambio normativo necesario, los tribunales peruanos (sea Indecopi o Poder Judicial) serán competentes para conocer de las insolvencias transfronterizas conforme a la normativa interna nacional. Sin embargo, debe registrarse de forma similar o igual a la norma peruana.

La resolución de declaración de quiebra dictada que en uno de los Estados contratantes se puede ejecutar en los demás para poder efectivizar la decisión adoptada, en cualquier caso, entre los Estados partes. Deberá requerirse el *exequátur*, pues el auto de declaratoria de quiebra o concurso dictado en uno de los Estados contratantes se ejecutará en los casos y formas establecidos en el Código Civil para las resoluciones judiciales. Sin embargo, producirá los efectos de cosa juzgada, desde el momento que permanezca firme y en los Estados contratantes efectos extraterritoriales mediante el cumplimiento previo de las formalidades de registro o publicación que exija la legislación de cada uno de ellos.

En cuanto al procedimiento que se refiere el artículo 2105 del Código Civil (Sentencia Extranjera en caso de Insolvencia) permite que el juez peruano pueda dictar algunas medidas preventivas. Sin embargo, desde el 2002 dicha competencia recae en Indecopi que podría reconocer dicha resolución, que no será necesariamente una sentencia.

Todavía no se ha pensado en la posibilidad del reconocimiento automático. Esto a pesar que las normas supranacionales en marco de cooperación internacional, facilitan que se pueda llevar a cabo el reconocimiento de una resolución de carácter extranjero través del reconociendo interno de cada país.

Particularidades desde el punto de vista normativo y caso de estudio Odebrecht

Conforme a las normas descritas de forma general, llama la atención que para el caso Odebrecht se haya emitido una ley particular. Antes de aplicar las normas sobre insolvencia transfronteriza se ha emitido el Decreto de Urgencia 003-2017, publicado el 13 de febrero de 2017. A través de este dictamen se promulgaron medidas extraordinarias para evitar la paralización de la ejecución de obras públicas o asociaciones público privadas y la ruptura de la cadena de pagos que exponían a un grave riesgo el desempeño económico del país. Todo esto como consecuencia de actos de corrupción efectuados a través de las empresas concesionarias, contratistas, socios, partes del consorcio condenadas o que hayan admitido la comisión de delitos contra la administración pública o de lavado de activos.

En un principio la norma tenía vigencia de un año, hasta el 13 de febrero de 2018. Luego, fue prorrogado por el Decreto de Urgencia n.º 003-2018 (en adelante D. U. n.º 3) cuya norma asegura la continuidad de los proyectos de inversión para la prestación de servicios públicos y cautela de pago de reparación civil a favor del Estado en casos de corrupción.

Con respecto a la suspensión de las transferencias al exterior de capitales, dividendos o utilidades, la Contraloría General de la República asegura que el D. U. n.º 3 no cuenta con mecanismos de control. Tampoco establece el método de cálculo para la reparación civil y al no tener certeza sobre ello, se afectan los flujos financieros de las empresas. Esto a su vez genera el incumplimiento de pagos a proveedores, empresas financieras y la ejecución de inversiones.

Por su parte, el Poder Ejecutivo envió al Congreso de la República con carácter de urgencia, el Proyecto de la ley n.º 2408-2017.PE que buscaba asegurar el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado. Dicho proyecto fue promulgado a través de la Ley n.º 30737 el 11 de marzo de 2018, reemplazando al D. U. n.º 003-2017. Esta prevé en su décima tercera disposición complementaria final, incentivos al procedimiento de colaboración, facultando al Ministerio Público que, en caso arribe a un acuerdo con una persona jurídica colaboradora, puede eximir, reducir o suspender los alcances de la ley.

Como se hace referencia, la Ley 30737, tienen como finalidad asegurar el pago de la reparación civil al Estado. Sin embargo, lejos de lograr dicho objetivo, ha colisionando con las normas concursales y con la economía en general. Pretende mantener en jurisdicción del Ministerio de Justicia el tema de fideicomisos.

Con dicha norma la empresa transfronteriza Odebrecht ha salido beneficiada por cuanto reduce el monto de la reparación civil y sobretodo ha impedido el sometimiento a proceso concursal con anterioridad. Incluso se especula, que tal como ha ocurrido en Brasil y Estados Unidos por el *holding* que se maneja en Perú, la misma empresa solicite el reconocimiento de su insolvencia transfronteriza, debido a la presión de sus acreedores, las obligaciones económicas por los casos de corrupción y la reducción de su carteras.

Si se analiza el efecto colateral, el favorecimiento a dicha empresa transfronteriza ha permitido que varias industrias nacionales entren en estado de insolvencia. Incluso la propia Sunat como acreedor mayoritario, no ha podido hacer cobros de deudas. Los financiamientos de campaña, el favorecimiento de la buena pro de las principales obras de infraestructura a Odebrecht, y la celebración de contratos millonarios estatales, han impedido que dichas cifras ingresen en los mismos países subdesarrollados. Estas naciones han seguido soportando el yugo de un grupo de poder extranjero que no solo ha intervenido en la economía estatal sino, también, en la promulgación de normas de protección propias en beneficio solo del grupo económico del poder y los funcionarios que han realizado las negociaciones turbias.

La promulgación de normas se ha seguido dando, tal es así que se ha emitido el D. U. n.º 03-2018, norma muy cuestionable, toda vez que solo recae frente a un caso específico y es un mecanismo legal creado para el cobro de reparaciones civiles. Sin embargo, genera dudas sobre si existe o no algún límite temporal para determinar si las sentencias emitidas con anterioridad a la vigencia del dispositivo legal tienen consecuencias normativas.

Al considerar la norma como tope de retenciones el promedio del margen neto de ganancia de los proyectos, el monto a ser retenido se encuentra sujeto a la diversidad de márgenes de utilidad de las empresas, lo que depende de su eficiencia, productividad y políticas financieras.

Dejar de actuar frente a la insolvencia transfronteriza y a la promulgación de normas específicas, puede dar lugar a que se disponga libremente del patrimonio de la empresa. Esta situación permitirá la salida del capital del territorio peruano, no solo burlando a los acreedores nacionales, sino inclusive al pago de las reparaciones civiles al disponer de sus activos. Incluso puede verse beneficiado como lo ha hecho en Estados Unidos.

7. Conclusiones

- a) Conforme a las tendencias actuales del cambio de la insolvencia transfronteriza es necesario que la legislación peruana se adecúe a las normas internacionales vigentes, sin que ello implique necesariamente tener que suscribir convenios o tratados internacionales que resulta más complicado. Sin embargo, internamente puede modificarse ciertas normas para dar un marco normativo estable y previsible que ayude a fomentar las inversiones de capitales internacionales.
- b) En caso de insolvencias transfronterizas y las solicitudes en Perú, necesariamente se deberá determinar previamente si la empresa extranjera forma o no parte de los acuerdos y tratados internacionales para determinar la competencia y ley aplicable. Si esta norma aplicable remite a la ley peruana, tendrá que tenerse en cuenta las normas de derecho internacional privado del Código Civil peruano que concuerda con la Ley Concursal para determinar si corresponde la competencia a Indecopi o al Poder Judicial.
- c) En las insolvencias transfronterizas de debe aplicar las normas y teorías reconocidas internacionalmente de manera genérica. Sin embargo, el Estado peruano parece haber olvidado que en casos de insolvencias también es uno de los principales acreedores y con orden de preferencia de pagos, incluso normas preestablecidas que hacen transparente cualquier proceso concursal. Además, es más ágil que la promulgación de normas especiales o particulares que entrarían en debates políticos.
- d) El caso de la empresa transnacional Odebrecht ha quedado comprobado que se trata de un grupo de poder económico y político presente hace décadas en el Perú. Conjuntamente con las principales entidades estatales no han respetado el marco normativo interno modificando a su libre albedrío las normas y el favorecimiento de las principales obras públicas.
- e) Desde el punto de vista del derecho concursal, la promulgación de normas especiales no solo ha perjudicado a sus acreedores directos, sino que se han generado una serie de insolvencias internas y falta de crecimiento de empresas nacionales. Se han negociado concesiones turbias e incluso sobrecostos de los proyectos que han generando una competencia desleal distorsionando el mercado peruano.
- f) La no aplicación de las normas de la insolvencia transfronterizas preestablecidas y la promulgación de normas especiales han

provocado la dispersión de los bienes de la empresa transnacional Odebrecht. Estas acciones han logrado separar los activos y los recursos como los fideicomiso que garantizan el pago de la reparación civil, evitando que la empresa entre en estado de insolvencia. No asuma las obligaciones con sus acreedores, trabajadores y menos realiza el pago de reparación civil; incluso, se ha visto beneficiada con la colaboración eficaz que le impiden seguirle procesos penales en su contra.

Referencias

- Banco estatal de Brasil pide a la Justicia declarar a Odebrecht en bancarrota. (03 de octubre de 2019). *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/mundo/justicia/odebrecht-brasil-caixa-economica-federal-pide-a-la-justicia-que-decrete-quebra-de-la-empresa-noticia/>
- Castilla, O y Castro J. (2017). *La lista negra del caso Lava Jato*. <https://lavajato.ojo-publico.com/>
- Constructora brasileña Odebrecht se declara en bancarrota también en EEUU. (27 de agosto de 2019). *Gestión*. <https://gestion.pe/economia/empresas/la-constructora-brasilena-odebrecht-se-declara-en-bancarrotatambien-en-eeuu-noticia/>
- Department of Justice Odebrecht And Braskem Plead Guilty and Agree to pay At Least \$ 3.5 Billion In Global Criminal Penalties to resolve largest foreign bribery case in history. (21 de diciembre de 2016). <https://www.justice.gov/usao-edny/pr/odebrecht-and-braskem.plead-guilty-and-agree-pav-least.35.billion.global-criminal>.
- Durand, F. (2010). *La mano invisible en el Estado*. Crítica a los neoliberales criollos. Fondo Editorial Pedagógico San Marco.
- Escurre, H. (2005), *La quiebra declarada en el extranjero y sus efectos en territorio peruano*. www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/.../2005hequiebradeclarada.pdf
- Field, J. y Wilijam, A. (1972). *Transnationalism and the new tribe en, en Keohane y Nye* (Ed.), *Transnational Relations and World Politics*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University press,
- Hymer, S. (1997). *Las empresas multinacionales y la ley de desarrollo desigual*. En: Bhagwati, Jagdish. *La economía y el nuevo orden mundial*. Mexico: Siglo XXI.
- Jessup, P. (1956). *Transnational law new haven*, Yale University Press.

- Odebrecht provocó la quiebra de 147 empresas peruanas. (25 de octubre del 2017). *La República*. <https://larepublica.pe/politica/1136486-odebrecht-provoco-la-quiebra-de-147-empresas-peruanas/>
- Pedreira P. (2009). *As origens da internacionalizacao das empresas de engenhariabrasileiras*. En Instituto Rosa Luxemburg Stiftung.
- Revoredo, D. (1985). *Código Civil*. Exposición de Motivos.
- Sagioro, A. (2013). *Empresa transnacionais brasileiras: dupla frente de luta*. En Instituto Rosa Luxemburg Stiftung.
- Uzal, M. (2008). *Procesos de Insolvencia en el Derecho Internacional Privado*. La Ley 4 de la territorialidad, fraccionamiento o pluralidad de la quiebra.



RETOS de la
magistratura
en temas de
DERECHO Penal



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 2, enero-junio, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n2.06



Aplicación de la imputación objetiva funcionalista en los pronunciamientos penales de la Corte Suprema peruana

Application of the functionalist objective imputation in the criminal pronouncements of the peruvian Supreme Court

Ronald Eduardo Caballero Benites*

Sexta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Lima Norte
(Lima, Perú)

rcaballerodn@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-1681-1129>

Resumen: Esta investigación aborda la aplicación de la moderna teoría de la imputación objetiva funcionalista en los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema peruana, ya que en las últimas décadas se aplicaron los institutos dogmáticos que la componen, demostrando jurisprudencialmente que la teoría de la imputación objetiva tiene suficientes argumentos teóricos para que el máximo ente supremo, dé solución a los casos que resuelvan. La metodología es de enfoque cualitativo porque ello conlleva a un análisis amplio. Además, es de estudio básico, con un diseño de investigación

* Máster en Magistratura Contemporánea, por la Universidad de Jaén, España. Fiscal provincial penal titular del distrito fiscal de Lima Norte.

fenomenológica orientada a la comprensión. El escenario es la Sala Penal Permanente y Transitoria. De la misma forma, el análisis se basará en el estudio de casos expedidos por el máximo tribunal supremo y análisis documental. La relevancia de esta investigación es tanto científica como práctica, por la gran importancia de presenciar el análisis de este instituto dogmático en las resoluciones supremas. Por ello, la investigación se desarrollará en torno a cómo se viene empleando esta teoría en los pronunciamientos expedidos por el máximo tribunal supremo peruano durante de 1999 a 2019. Por último, la temática servirá de consulta epistemológica para los magistrados, abogados y estudiantes de Derecho interesados en conocer sobre la materia.

Palabras clave: rol especial, principio de confianza y prohibición de regreso

Abstract: This research addresses the application of the modern theory of functionalist objective imputation in the pronouncements issued by the Peruvian Supreme Court, since in the last decades the dogmatic institutes that compose it were applied, demonstrating jurisprudentially that the theory of objective imputation has sufficient theoretical arguments so that the highest supreme entity, give solution to the cases they solve. The methodology is of a qualitative approach, since this leads to a broad analysis; In addition, it is a basic study, with a phenomenological study design aimed at understanding, a scenario developed in the Permanent and Transitional Criminal Chamber. In the same way, the analysis will be based on the study of cases issued by the highest supreme court and documentary analysis.

The relevance of this research is both scientific and practical, due to the great importance of witnessing the analysis of this dogmatic institute in the supreme resolutions. Therefore, the present investigation will be developed, around how this theory is being used in the pronouncements issued by the Peruvian Supreme Court during the years 1999 to 2019. Finally, the theme will serve as an epistemological consultation for magistrates, lawyers and Law students interested in learning about the subject.

Key words: special role, principle of trust and prohibition of return.

RECIBIDO: 2/04/2020

REVISADO: 4/05/2020

APROBADO: 10/05/2020

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La mayor entrega de la ciencia penal alemana a las ciencias penales a nivel mundial en el siglo xx es la proposición dada por los juristas Claus Roxin y Günther Jakobs, al abordar la tendencia funcionalista. Al comienzo, fue desarrollada por Roxin (funcionalismo moderado), aunque los últimos debates sobre el tema se deben, en gran medida, a lo desarrollado por Jakobs (funcionalismo radical), quien establece las categorías dogmáticas en base a una fundamentación normativista.

Este estudio tiene el propósito de presentar la investigación de cómo se viene empleando la imputación objetiva en los pronunciamientos expedidos por el Máximo Tribunal Supremo peruano desde el 1999 al 2019. Para ello, se valora cada uno de sus principios de la imputación objetiva, así como el análisis de las jurisprudencias supremas, en el cual se aplica este instituto dogmático.

En razón de lo señalado, este trabajo se dividirá en las siguientes temáticas: la primera mencionará el título del tema planteado. Seguidamente, la situación problemática de la investigación y sus antecedentes, además de su importancia, utilidad y objetivo. En el marco teórico se desarrollarán las teorías y posturas sobre la imputación objetiva. Finalmente, se mostrarán los resultados, la discusión y las conclusiones.

La experiencia jurisprudencial peruana, donde se utiliza criterios de imputación objetiva, se inició a fines de 1990. Su gradual aceptación en el círculo jurisprudencial fue desde el 2000. Por ello, la importancia de la presente investigación no solo es teórica sino fundamentalmente práctica.

La teoría de la imputación objetiva tiene como punto de partida en el análisis de la conducta que se fija en el significado de antinormatividad en un determinado contexto social que rodea la acción. El Derecho Penal cumple la función de estabilizar expectativas sociales. Esta función es tomada a partir de la interpretación de las reglas de funcionamiento en una sociedad, la misma que está compuesta por personas que tienen derecho y deberes que el ordenamiento jurídico atribuye a un ser humano.

Respecto a los estudios previos, se han podido identificar algunas investigaciones relacionadas con el presente estudio:

Por un lado, Caro (2010) concluyó que según la sentencia de la Corte Suprema, ofrecer servicios de taxi a extraños y luego estos utilizarlos con fines delictivos no reviste de relevancia jurídico-penal, siempre y cuando, el taxista está actuando en el ámbito de su rol, donde el servicio de taxi tiene una importancia operativa cotidiana, es neutral en sí mismo y, si se hace correctamente, no es delictivo (p. 59).

Por otro lado, Pinedo (2012) concluye que:

en el Perú, a nivel doctrinario como jurisprudencial, se ha tenido lugar una recepción progresiva del Sistema Penal Funcional-Normativista de Günther Jakobs, principalmente de su teoría de la imputación objetiva. La jurisprudencia nacional ha demostrado la eficacia de los postulados jakobsianos en la resolución de diversos casos. El modo en que los mismos se aplican, pueden en muchos casos ser objeto de debate y cuestionamiento, ello supone desde ya, un gran avance para la consolidación de un verdadero sistema penal peruano; siendo tarea de la Doctrina Jurídico Penal el conducir y orientar la discusión. (pp. 136-137)

Por su parte, Rojas (2012) sostiene que es verdaderamente gratificante en el derecho penal peruano, que los magistrados supremos y superiores hayan decidido utilizar el material metodológico y conceptual de la teoría de imputación objetiva, y aplicarlo al análisis y decisión de los casos en materia penal. Debido al claro impacto de la complejidad y la experiencia en el razonamiento legal, la experiencia debe profundizarse y extenderse a todas las áreas de la judicatura. A partir de los presupuestos de la mencionada teoría, los jueces peruanos cuentan así con un marco conceptual y metodológico de alto valor sintético y analítico que puede dar calidad a sus decisiones (p. 6).

Guzmán (2011) refiere que otros autores proponen criterios objetivos para determinar el alcance y límites de la imputación de conductas neutrales o cotidianas. Ninguno de ellos comparte el criterio propuesto por el otro, rasgo que parece ser a esta altura, el más característico de esta categoría conceptual. Así, desde Welzel hasta Hassemer, pasando por Welp, Frisch, Stratenwerth, Weigend, Feijoo Sánchez y Zaffaroni cada uno sugiere el empleo de su propio criterio objetivo de distinción. Para Welzel excluye la imputación del primer actuante, en casos de comportamientos «socialmente adecuados». Según Jakobs, esta solución traslada el problema a un concepto demasiado indeterminado. Para Frisch, por su parte, en una postura que lo acerca a Jakobs, recurre al criterio de la relación de sentido delictiva y propone que debe hablarse de una conducta con sentido delictivo, siempre que en todo o en parte presente una configuración tal que desde el punto de vista general o bajo la consideración de las circunstancias del caso, solo pueda ser explicada delictivamente. Esto implica que globalmente o en referencia a las partes correspondientes, no tenga otro sentido más que como possibilitación o facilitación de una conducta delictiva ajena (p. 9).

El presente artículo favorecerá a la discusión académica sobre la utilización de institutos dogmáticos de la imputación objetiva que se aplica en los distintos pronunciamientos expedidos por la Corte Suprema. La indagación que se consiga será de utilidad para disertar y debatir entre los operadores del Derecho en el ámbito judicial y fiscal, en las aulas universitarias, así como entre los abogados en ejercicio interesados en el tema investigado.

El objeto de esta investigación es determinar cómo la Corte Suprema ha empleado la teoría de la imputación objetiva funcionalista en los pronunciamientos supremos durante el periodo 1999-2019. Para ello, se presentarán los fundamentos dogmáticos concernientes al tema materia de análisis, además de interpretar y analizar la toma de postura del máximo tribunal supremo en sus diversos pronunciamientos, donde se apliquen los principios de la imputación objetiva.

2. Materiales y métodos

La teoría de los roles

Dentro de un mundo social, las personas se identifican con su rol. Así, el chofer del Metropolitano tiene el rol de conducir de manera diligente respetando las señales y paraderos según la normatividad. Precisamente, por ese rol se le va a identificar y se exigirá su cumplimiento, siendo irrelevante su raza, sexo o religión. Los ciudadanos esperan que determinada persona cumpla con los deberes y derechos inherentes a su rol especial, diferenciándose de otras expectativas de comportamiento que no están enmarcadas en su rol y que recaen en otras personas.

Jakobs (1996) sustenta que «la responsabilidad jurídico-penal se fundamenta en el quebrantamiento de un rol» (p. 71). Así plantea, dos tipos de roles del individuo en la sociedad: el rol común con el cual la persona se comporta respetando los derechos de otros, para quienes tiene deberes de solidaridad mínima; y el rol especial sustentado en que las personas cumplen con ciertos deberes impuestos. El quebrantamiento de dichos roles, motivaría al análisis de responsabilidad penal.

Polaino-Orts describe que «los seres humanos desempeñan en el mundo *dos o más roles simultáneamente*, o –al menos– que cada sujeto tiene dos o tres máscaras que puede usar indistintamente, dos o tres etiquetas que puede ponerse sobre la solapa una junto a la otra» (cit. en Caro, 2009, p. 68).

Por ejemplo, el agrónomo puede ser al mismo tiempo agrónomo y paramédico, o que una persona tenga el rol de chofer del bus metropolitano, el de bombero y sea enfermero de profesión.

3. Principios de la imputación objetiva del comportamiento

Riesgo permitido

Es una institución dogmática penal con la cual se imposibilita que determinadas conductas calcen dentro del tipo penal, pese a que provoquen un resultado desaprobado al no haber el desvalor de la acción. Constituye un

criterio de determinación del carácter prohibido de la conducta realizada, ya que no forma parte del rol general de ciudadano impedir todos los riesgos de lesión, sino únicamente los que sobrepasan el riesgo socialmente permitido sobre la base de normas jurídicas y técnicas, así como reglas de la prudencia que rige en una determinada sociedad.

Jakobs (1996) expresa que cualquier contacto social está lleno de riesgos, incluso si todos los involucrados actúan de buena fe, a pesar de las precauciones, una infección puede transmitirse al darse la mano; en el tráfico rodado puede producir un accidente que será inevitable, al menos mientras exista tal tráfico; un alimento servido por alguien puede estar en mal estado sin que sea posible percibirlo (pp. 37-38).

Villavicencio (2019/2006), señala que el peligro originado por el agente debe corresponder a los riesgos relevantes y no debe estar en el rango de riesgo aceptable (socialmente adecuado); de lo contrario, se excluye la imputación. Existen riesgos en la sociedad que son aptos para la convivencia y son socialmente aceptables. Por lo tanto, no todos los riesgos son atribuibles al comportamiento que genere una imputación de la conducta (p. 324).

Es menester señalar que al derecho penal le corresponde estar acorde con los cambios de la sociedad, ya que el riesgo que hoy no es permitido socialmente, puede ser admitido en el devenir del tiempo; por el contrario, ha de responder a dichas evoluciones, a fin de crear una concordancia entre Derecho y Sociedad.

El principio de confianza

En la sociedad las personas se interrelacionan sobre la base de un mínimo de confianza, de tal forma que sus integrantes tendrían expectativas del comportamiento que cada persona deba realizar en cumplimiento a su rol. En consecuencia, «el fundamento de este principio, parte de la idea de que los demás sujetos son también responsables y pueden confiarse, en un comportamiento adecuado a Derecho, por parte de ellos». (García, 2008, p. 337).

Este instituto se fundamenta en que, en la sociedad, los individuos se reparten el trabajo generando diversos roles especiales. Las expectativas son de que cada persona cumpla eficientemente su rol asignado, lo que conlleva que no es tarea de los demás controlarlas. Es así que, al cirujano no se le puede atribuir el resultado lesivo que ocasiona el anestesiólogo. Al magistrado no se le debe atribuir el resultado ilícito imputable a su secretaria (quien retrasó los documentos que debía remitir al centro penitenciario), lo cual permitió que un condenado salga en libertad.

Para Jakobs (1996), el principio de confianza puede presentarse de dos maneras. En el primer lugar, la persona que actúa como tercero, crea un contexto inocuo si el autor del acto posterior cumple con sus obligaciones, en este caso, la confianza se centra en el hecho de que el perpetrador hará correctamente sus acciones, por ejemplo, que alguien le dio a otra persona un reloj valioso; si el destinatario lo maneja con cuidado, simplemente no causará daños. En segundo lugar, la confianza se destina a que el tercero prepare adecuadamente la situación particular existente, para que quien lo utilice, el potencial autor, si por su parte cumple con sus deberes, no genere daño alguno (p. 28).

La prohibición de regreso

Este instituto es utilizado usualmente como la teoría que afirma que la participación imprudente en un hecho principal doloso es impune (Caro, 2010, p. 49). Es decir, cuando una persona realiza un comportamiento dentro del marco de su rol especial, no debe ser comprometida en la imputación realizada por otras personas que planificaron un hecho delictivo. Por ejemplo, el chofer de Uber que lleva a un grupo de delincuentes al banco, lugar donde perpetrarían un robo y el chofer escucha que los delincuentes planean el ingreso a la entidad bancaria; el propietario de un vehículo que le presta a un amigo y este transporta droga.

En dichos escenarios, nuestra Corte Suprema ha resuelto varios casos que se señalan en la estadística que se desarrollará más adelante, como, por ejemplo, el caso del taxista (Recurso de Nulidad n.º 4166/1999), quien realizaba su actividad cotidiana de taxista, siendo requerido su servicio por un individuo que lo condujo hasta el inmueble de una determinada persona, logrando los delincuentes apoderarse de los bienes. Sobre el caso descrito, la Corte Suprema absolvió al acusado Luis Villalobos del tipo penal de robo agravado, en atención del principio de prohibición de regreso por haber cumplido con su función de taxista.

Competencia de la víctima

Este instituto dogmático se funda sobre el principio de autorresponsabilidad, cuando la supuesta agraviada con su accionar contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido. Por ello, cada persona que favorece a la creación de su propio riesgo debe responder por sus propias acciones.

García (2008) expresa que la competencia de la víctima, basada en el principio de autorresponsabilidad, solo puede existir si la víctima como responsable asume su propio riesgo. Por otra parte, tal conducta de la víctima puede darse de dos formas: como consecuencia de la infracción de incumbencias de autoprotección o como acto de voluntad (p. 347).

Un caso emblemático de este principio es el denominado «Rock en Río», ocurrido en el departamento de Áncash (localidad de Caraz) donde se organizó un festival de rock, evento que tenía autorización de entidad municipal de la zona, además de la seguridad para la ejecución del evento. Es así que un grupo de personas en estado de etílico bailaban sobre un puente colgante ubicado en las inmediaciones del evento. En este momento, el puente cayó al río con todos sus ocupantes. Debido a este accidente fallecieron dos personas. La Corte Suprema procedió absolver a los encausados por el tipo penal de homicidio culposo, en atención del instituto de competencia de la víctima (Ejecutoria Suprema n.º 4288/1997).

4. Métodos

El método de recolección de información estará dado por el uso de la técnica de análisis documental como el instrumento el estudio de casos. Para la elaboración de la investigación se contó con la jurisprudencia registrada en la base de datos del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial y demás compilaciones de ejecutorias supremas. La población está conformada por las sentencias expedidas por las salas penales entre 1999 y 2019. Se usaron como ejemplar las ejecutorias supremas, que emplean principios de la imputación objetiva, emitidas por la Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema.

5. Resultados

Se obtuvo del total de la población de ejecutorias supremas, un grupo de muestra de resoluciones, a fin de describirlos y hacer el análisis respectivo que conlleve a dar respuesta al objeto planteado en la presente investigación.

Riesgo permitido

Al aplicar este instituto, la Corte Suprema, en relación a la tendencia funcionalista propuesta por Jakobs, ha establecido:

No se ha logrado acreditar de manera fehaciente la responsabilidad penal de los procesados en este delito, al no existir un acuerdo previo para defraudar al Estado, aún más, cuando no se ha probado el desmedro patrimonial, el cual en un inicio sirvió como base de imputación a esta conducta delictiva. Por tanto, el procesado M.L. no ha tenido participación o injerencia en la adquisición de los productos, por lo que, el Tribunal Supremo considera, que aun cuando su participación en la elaboración del contrato ha sido posterior al proceso de selección antes señalado, esta ha operado en el marco de un rol social e inocuo sin extralimitarse en sus contornos, no superando el riesgo permitido. (Recurso de Nulidad n.º 2742/2006, Arequipa)

El Tribunal Supremo emitió este recurso de nulidad el 2005 (Lima):

En consecuencia, ha quedado probada la irresponsabilidad penal del citado encausado, quien solo se ha limitado a realizar una actividad que genera un cierto riesgo permitido, y actuado conforme al deber estipulado por las normas establecidas en una sociedad debidamente organizada. (Recurso de Nulidad n.º 4104/2005, Ayacucho).

Además, este recurso de nulidad de 2004 (Puno):

Que es pertinente aplicar al caso de autos los principios normativos de imputación objetiva que se refieren al riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad y por lo tanto, no le es imputable el resultado (prohibición de regreso) al aceptar transportar la carga de sus coprocesados, H.L.M. y Mariano Usaja Chura, y al hacerlo en la confianza de la buena fe en los negocios y que los demás realizan una conducta lícita. (Recurso de Nulidad n.º 552/2004, Puno).

Principio de confianza

Con dicho instituto dogmático de imputación, se materializa en que cada individuo realizará su rol especial de acuerdo a la normatividad, confiando en que los demás cumplan con sus roles.

El Tribunal Supremo ha invocado sobre este instituto dogmático en diversos pronunciamientos. Por ejemplo, este recurso de nulidad de 2017 (Lima):

En el caso existió una delimitación de funciones para el ingreso de bienes, el registro y pago de las facturas, y la declaración ante la Sunat, por lo que se aplicaron los criterios de imputación objetiva, considerándose en la recurrida que, los imputados actuaron al amparo del principio de confianza, por el cual no puede considerarse objetivamente autor del delito a quien obró confiando en que otros se mantendrían dentro de los límites del riesgo permitido. (Recurso de Nulidad n.º 2695/2017, Lima).

Y en este recurso de nulidad de 2018 (Lima):

Esta Sala Suprema considera que, la sentencia recurrida se motivó aparentemente para justificar indebidamente la conducta del acusado Medina Díaz dentro de los alcances de la figura del principio de confianza, sin que se hayan justificado aspectos relevantes a su conducta como gerente general de la empresa aludida y sin que se haya cumplido con todos los requisitos para eximirlo de responsabilidad. Por el contrario, de los considerandos antes señalados se advierte una deficiente justificación que requiere un nuevo análisis de forma completa e integral por parte de otra Sala Superior. (Recurso de Nulidad n.º 1416/2018, Lima).

También este recurso de nulidad de 2018 (Lima):

Se estableció que lo que se dijo respecto de un encuentro sexual explícito atribuido a la querellante Sáenz Ayón era falso, y que el querellado González Lupis tenía en su poder el «diario Ajá» y que lo que se propaló en el programa de Magaly Medina no permitía, sin datos adicionales incluso, sostener tal sindicación. El conductor pues no ha sido ajeno a la conducta riesgosa y lo que pudo decir la producción era fácilmente constatable. Además, el conjunto de expresiones proferidas, sus

comentarios, ya no son de competencia del productor, sino de él mismo. No cabe, por tanto, alegar el principio de confianza como factor para negar la imputación objetiva del delito de difamación agravada. (Recurso de Nulidad n.º 1358/2018, Lima).

Asimismo, esta casación del 2016 (Puno):

No es de recibo el argumento de haber actuado bajo el principio de confianza, debido a que el proceso de obligación de dar suma de dinero fue fraudulento, razón por la cual los actos procesales que derivaron de aquel, no coinciden con la realidad, sobre todo porque la condenada Elvia Campos Quispe, afirmó que se limitó a firmar los documentos y no tuvo mayor intervención; en consecuencia, el acusado tuvo capacidad de autodirección en el fraudulento proceso desde su posición como abogado y no actuó en el marco de contratación para el ejercicio de su profesión, el cual constituye el primer acto de verificación. (Casación n.º 810/2016, Puno).

Prohibición de regreso

Dicho instituto recurre al criterio de los ámbitos de responsabilidad basado en un criterio que delimita la imputación de la conducta que una persona haya actuado de manera inocua o neutral, en relación a la participación que hayan cometido otras personas.

El Tribunal Supremo emitió este recurso de nulidad el 2005 (Lima): en este caso, se puede apreciar que la intervención del imputado se limitó al transporte que iba a brindar -función que está dentro de su ámbito de actuación- a los sujetos que cometían el hecho ilícito, desconociendo la ilegal actuación de sus futuros pasajeros, el hecho en sí mismo del chofer no es importante, no es ilegal, más aun si no sabe nada sobre la comisión de un robo, en consecuencia, su conducta no puede calificarse como complicidad en un robo con agravantes (Recurso de Nulidad n.º 1544/2005, Lima).

Y en este recurso de nulidad de 2008 (Lima):

Si no se trata de una persona con los conocimientos especiales que le podrían generar responsabilidad, en tanto, en su ámbito de actuación se manejen riesgos especiales, cuando, por el contrario, la búsqueda de locales para el funcionamiento de la empresa y el hecho de acompañar a diferentes personas para la suscripción de los contratos correspondientes no fundamentan el plus en la defraudación tributaria al Estado, que conlleve una participación punible; por lo que, conforme a las reglas de la prohibición de regreso de la teoría de la imputación objetiva, al encausado Vargas Mendoza no le es posible atribuir responsabilidad penal a título de cómplice secundario. (Recurso de Nulidad n.º 1895/2008, Lima).

También este recurso de nulidad de 2011 (Ayacucho)

Que el aporte del citado encausado al hecho investigado, fue uno cotidiano, en tanto en cuanto, se trató de una conducta neutral o estereotipada carente de sentido delictivo —negocio usual de transporte, inocuo— que no produjo riesgo

especial alguno: como transportista, que de ningún modo puede verse afectada con la imputación a la citada autora que sí cometía el hecho delictivo —sustento sui iuris de la denominada: prohibición de regreso, en el análisis de la imputación objetiva—; Porque, por otro lado, no se probó que la Comisión del delito, tráfico ilícito de drogas, haya sido organizado conjuntamente entre los inculpados Francisco Leoncio Sulca Loayza y Norma Cárdenas Pacheco con reparto de trabajo, pues si eso ocurre, la realización del suceso delictivo sí constituiría delito e involucraría a todos los intervinientes. (Recurso de Nulidad n.º 684/2011, Ayacucho).

Así también, se han emitido diversos pronunciamientos. Al respecto se tiene el siguiente recurso de nulidad de 2018 (Santa):

En ese sentido, ha quedado acreditado en autos que el procesado Vera Rodríguez se limitó a desempeñar su rol de patrón de embarcación, el cual podríamos calificar de inocuo, ya que no es equivalente por sí mismo, ni siquiera en el plano valorativo, al de un interviniente delictivo en el delito de robo agravado; esto es, está demostrado que el referido encausado intervino en los hechos susceptibles de imputación, pero su actuación se limitó a desempeñar el rol de patrón de embarcación, de modo que aun cuando el comportamiento de los demás sujetos haya sido la el de quebrantar las expectativas sociales contenidas en el tipo penal de robo agravado (previsto en el inciso cuatro, del artículo ciento ochenta y nueve, del Código Penal), el resultado lesivo no le es imputable en virtud a la prohibición de regreso, lo que determina que su comportamiento social resulta neutral y se encuentra libre de responsabilidad penal. (Recurso de Nulidad n.º 1645/2018, Santa)

Competencia de la víctima

En relación al instituto dogmático en mención, la Corte Suprema ha expedido diversos pronunciamientos; entre ellos se encuentra este recurso de nulidad de 2003 (Cañete): con base en lo acontecido durante la causa, no se ha acreditado que el imputado, haya descuidado el deber de cuidado, por el contrario, ha quedado probado que la actuación de la víctima fue negligente para consigo mismo, virando intempestivamente, sin dar las señales de tránsito establecidas, aumentando el riesgo permisible; por lo tanto, al aplicar el principio de imputación y de manera específica la competencia de la víctima, deben tenerse en cuenta al juzgar la contribución de la víctima al resultado (Recurso de Nulidad n.º 2867/2003, Cañete).

Este recurso de nulidad de 2003 (Lima) señala que el principio de imputación objetiva específicamente la competencia de la víctima debe aplicarse a la sentencia para imponer la pena, ya que se aprecia la contribución de la víctima en la consumación del hecho, cuya correspondencia es la llamada infracción del deber de autoprotección, donde el agraviado respondió a la alerta inicial del procesado con pedradas, causándole una herida en la cabeza, con lo cual generó los hechos imputados (Recurso de Nulidad n.º 2875/2003, Lima).

También este recurso de nulidad de 2004 (Cuzco): en este caso, se tuvo en cuenta la confesión sincera de la acusada, Tadea Conzales Umeres, quien en todo momento se responsabilizó como presunta autora del hecho; sin embargo, el colegiado no consideró que estuviera en estado de embriaguez, causal que la exime de responsabilidad penal, en virtud del artículo 20 inciso 1 del código penal; y en virtud del principio de competencia de la víctima, puede estar exentos de responsabilidad penal, considerando que la víctima intentó golpear a la imputada, y así contribuyó al ilícito mismo (Recurso de Nulidad n.º 623/2004, Cuzco).

Estadísticas de ejecutorias supremas en materia penal

Por otro lado, se tiene como resultados datos estadísticos del período 1999-2011 por encontrarse en los gestores de data del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial peruano. Después de 2011, no se cuenta con datos estadísticos específicos de las sentencias donde se empleó la tendencia dogmática de la imputación objetiva, únicamente existen las publicadas en la página web del Poder Judicial.

La Corte Suprema, por medio de sus salas penales ha emitido ejecutorias en asunto penales entre los años 1999 y 2011. En el siguiente diagrama se presenta un panorama universal de las sentencias supremas que se dictaron en el período en mención.

Tabla 1

Sentencias expedidas por las salas supremas

Fecha de Emisión	Sala Penal Permanente	Primera Sala Penal Transitoria	Segunda Sala Penal Transitoria	Total
1999	2308	14	1	2323
2000	2555	78	173	2806
2001	2178	2208	17	4403
2002	2720	3147	3	5870
2003	3255	2087	1	5343
2004	3953	2995	939	7887
2005	1953	2765	1112	5830
2006	2074	2584	1367	6025
2007	223	225	9	457
2008	1502	97	594	2193
2009	100	236	-	336

2010	1634	379	-	2013
2011	105	738	-	843
Total	24 560	17 553	4 216	46 329

Nota: En la tabla 1, se indica que, las salas penales de la Corte Suprema emitieron un total de 46 329 ejecutorias penales. Esta tabla es de autoría del investigador, extraído de manuscrito no publicado (2012), cuya fuente se obtuvo del Centro de Investigaciones Judiciales.

La Corte Suprema, por medio de sus salas penales ha emitido ejecutorias en materia penal entre 1999 y 2011. Para esto emplean los institutos dogmáticos el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima. En este cuadro se demuestra las sentencias supremas, en donde se aplicó la teoría materia de estudio.

Tabla 2

Sentencias donde se aplica la teoría de imputación objetiva

Fecha de Emisión	Sala Penal Permanente	Primera Sala Penal Transitoria	Segunda Sala Penal Transitoria	Total
1999	2	-	-	2
2000	2	-	-	2
2001	4	-	-	4
2002	2	1	-	3
2003	1	-	-	1
2004	2	9	10	21
2005	4	1	4	9
2006	3	3	6	12
2007	-	-	-	-
2008	1	-	5	6
2009	1	1	-	2
2010	7	6	-	13
2011	-	4	-	4
Total	29	25	25	79

Nota: Del segundo cuadro puedo definir que, entre los años 1999 y 2011, las salas de la Corte Suprema emitieron un total de 79 sentencias donde aplica la teoría de la imputación objetiva. Esta tabla es de autoría del investigador, extraído de manuscrito no publicado (2012), cuya fuente se obtuvo del Centro de Investigaciones Judiciales

Tabla 3

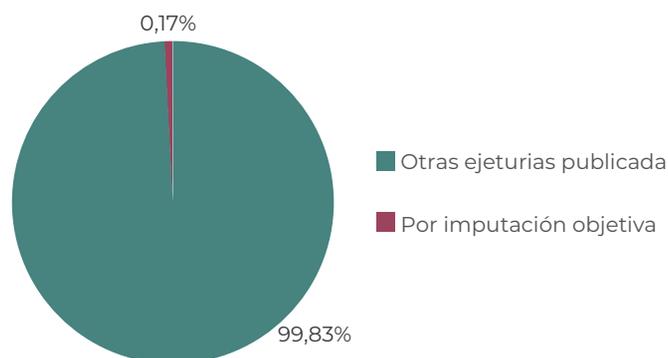
Síntesis totalizadas de sentencias, y de las que se aplicó la teoría de imputación objetiva (Referencia tabla 1 y 2)

Sala Suprema	Otras ejecutorias publicadas	Por imputación objetiva	Total publicado	% Resuelto
Sala penal Permanente	24,531	29	24,560	0.12%
Primera Sala Penal Transitoria	17,528	25	17,553	0.14%
Segunda Sala Penal Transitoria	4,191	25	4,216	0.60%
Total	46,191	79	46,329	0.17%
Porcentajes	99.83%	0.17%	100%	

Esta tabla, sintetiza la totalidad de sentencias supremas emitidas entre los años 1999 y 2011, en un total de 46 329. También, se logra definir que durante dicho período la Corte Suprema emitió un total de 79 sentencias, en el que emplea la teoría de la imputación objetiva, referenciada en el siguiente esquema:

Figura 1

Ejecutorias supremas



En el gráfico, se visualiza que del 100 % de sentencias supremas, en el 0,17 % se empleó los institutos dogmáticos: el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima, y un 99,83 % son ejecutorias donde no se utiliza la teoría de la imputación objetiva.

En nuestra jurisprudencia casatoria es evidente que el porcentaje de las sentencias emitidas aplicando la imputación objetiva por la Corte Suprema es mínimo, pero a la vez rescatable que en nuestro país se aplica desde hace veinte años aproximadamente, obviamente la investigación delimita a las ejecutorias supremas y a las emitidas durante los años 1999 y el 2011, y que además están registradas en los gestores de data del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial.

Tabla 4

Distribución de delitos donde aplican la teoría de imputación objetiva (1999–2011)

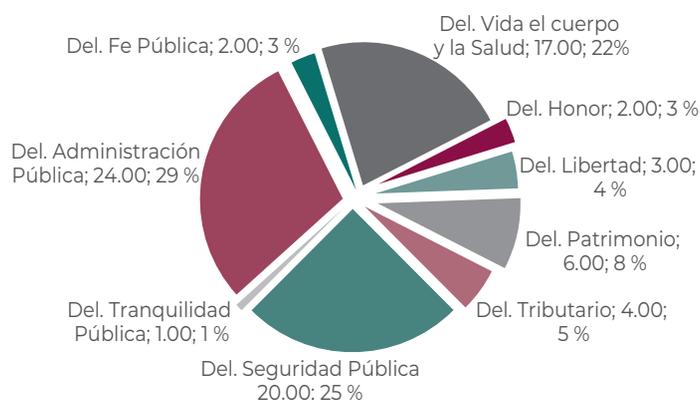
Clasificación por títulos	Cantidad
Delitos contra la Vida el Cuerpo y la Salud	17
Delitos contra el Honor	2
Delitos contra la Libertad	3
Delitos contra el Patrimonio	6
Delitos Tributarios	4
Delitos contra la Seguridad Pública	20
Delitos contra la Tranquilidad Pública	1
Delitos contra la Administración Pública	24
Delitos contra la Fe Pública	2
Total	79

La Corte Suprema por medio de sus salas penales ha emitido ejecutorias en asunto penal entre 1999 y 2011. En esta tabla, se identifica en qué delitos se empleó la teoría de la imputación objetiva en el periodo en mención.

En el gráfico se sintetiza el total de delitos donde se utilizó la teoría de la imputación objetiva. Se desprende que desde el 1999 hasta el 2011 se empleó la teoría de la imputación objetiva en 24 sentencias por delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios, y en segundo lugar por los delitos contra la seguridad pública en la modalidad de tráfico ilícito de drogas (20 ejecutorias), y en tercer orden en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud específicamente en los delitos de homicidio, el cual son mayoritariamente culposos (17 ejecutorias). Se visualiza porcentualmente de la siguiente manera:

Figura 2

Clasificación por títulos



Del gráfico porcentual se desprende que del 100 % de ejecutorias supremas, en el 0,29 % se empleó la teoría de la imputación objetiva en los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios; el 25 % en delitos contra la seguridad pública en la modalidad de tráfico ilícito de drogas; el 22 % en delitos contra la vida, el cuerpo y la salud específicamente en los delitos de homicidio y en mayoría los culposos; el 8 % en delitos contra el patrimonio; el 5 % en delitos tributarios; el 4 % en delitos contra la libertad; el 3 % en delitos contra el honor; el 3 % en delitos contra la fe pública; y 1 % en delitos contra la seguridad pública.

6. Discusión

En este punto se analizará lo tratado en el rubro anterior, para tener un análisis claro y sintético de cómo la Corte Suprema del Perú viene aplicando los institutos dogmáticos de la imputación objetiva, esto es, del riesgo permitido, el principio de confianza, de prohibición de regreso y competencia de la víctima.

Se tiene como data en la literatura (Alcocer, 2015, p. 45), que la Corte Suprema a través de la jurisprudencia peruana empezó a desarrollar de modo más preciso la teoría de la imputación objetiva, así se tiene el Recurso de Nulidad n.º 1767-97 emitido el 12 de enero de 1998, siendo el fundamento empleado el siguiente:

De acuerdo a la moderna teoría de la imputación objetiva no puede atribuirse objetivamente el resultado a quien con su acción no ha creado para el bien jurídico ningún riesgo jurídicamente desaprobado; que en el presente proceso es del caso absolver al quedar demostrado la licitud del contrato de compraventa suscrito entre el sentenciado y el agraviado, sin que se infiera que la disposición patrimonial haya sido a consecuencia de un error inducido por el encausado. (Recurso de Nulidad n.º 1767/97).

Se desprende de la jurisprudencia antes mencionada que la imputación exige probar, en principio, si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y, seguidamente, si el resultado es consecuencia del mismo peligro. De lo señalado, es posible distinguir entre imputación objetiva de la conducta y del resultado, debiendo darse el nexo entre ambos.

Por su parte, el Máximo Tribunal Supremo concibe que, para hallar responsabilidad penal en el procesado, es imperioso que el comportamiento atribuido haya excedido las limitaciones permitidas en el grupo de amenazas que predominan socialmente. Ello se puede ejemplificar en el Recurso de Nulidad n.º 4104/2005, Ayacucho. Un segundo ejemplo se observa en el Recurso de Nulidad n.º 552/2004, Puno, que precisa «que es pertinente aplicar al caso de autos los principios normativos de imputación objetiva que se refieren al riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad».

También se han emitido pronunciamientos sobre el riesgo permitido que ponen en evidencia que el sujeto activo incrementó dicho riesgo y, por ende, cabe la imputación de un hecho típico; al respecto se tienen el siguiente pronunciamiento:

Se puede concluir de manera válida que la conducta desplegada por el encausado Gonzáles Burgos, durante el tiempo que estuvo a su cargo la atención médica del menor agraviado, incumplió una serie de deberes de cuidado, que aumentaron de manera decidida el riesgo permitido, lo que a la postre contribuyó a la muerte de la víctima; que, ello es así, tal como ha quedado acreditado, puesto que a pesar de no contar con la experiencia necesaria para el grave problema de salud que presentaba el agraviado, no lo derivó al médico especialista, tal como las circunstancias lo ameritaban (Recurso de Nulidad n.º 596/2010, Lima).

Por otro lado, el Tribunal ha emitido pronunciamiento analizando que el instituto de principio de confianza, no sería aplicable o habría deficiente argumentación en las resoluciones de primera instancia que optaron por aplicar el instituto en mención; entre ellas tenemos el Recurso de Nulidad n.º 1416/2018, Lima. Se desprende de la jurisprudencia en mención y así se data en la literatura (Alcocer, 2015, p. 46), que para el año 2011, los institutos dogmáticos de la imputación objetiva fueron acogidos también por los juzgados de primera y segunda instancia de diferentes partes del territorio nacional.

En relación a la prohibición de regreso, la teoría afirma que la participación imprudente en un hecho principal doloso impune (Caro, 2010, p. 49). Por lo tanto, cuando la conducta inocente de un tercero es reorientada delictivamente, esto no le comprometería. Ejemplificando, señala la Sala Penal que el denominado «caso del taxista» (Recurso de Nulidad n.º 4166/99, Lima) refiere a un correcto desempeño del rol social por parte del encausado, lo cual sustentaría la exclusión del carácter típicamente desaprobado de su

conducta (irrelevancia penal). La sentencia denota un innovador esfuerzo por resolver situaciones de la vida práctica utilizando un arsenal dogmático de la modernidad. Basa sus argumentos en un aparato teórico manifiestamente relacionado con datos propios de la sociología funcionalista, esto es en el cumplimiento de un rol social; estandarización de conductas, con el consecuente rechazo de la relevancia del conocimiento individual de la ilicitud del hecho ajeno.

Por lo dicho, se evidencia que las salas penales, en su evaluación sobre la tipicidad del comportamiento del procesado, emplean un criterio de imputación objetiva extraído del sistema funcionalista sistémico del Derecho Penal propuesto por Jakobs: riesgo permitido, principio de confianza, la prohibición de regreso y competencia de la víctima.

Igualmente, se aprecia que las Salas Penales Supremas, en determinados pronunciamientos, únicamente se limitan a invocar dogmáticamente la teoría de la imputación objetiva sin hacer un mayor análisis en los casos en concreto para argumentar de por qué aplican la imputación objetiva en tales casos y arribar al pronunciamiento de fondo. Entre ellos se tienen los siguientes Recursos de Nulidad: n.ºs 000482/2001, 0003361/2002, 3735/2003, 002482/2003, 001556/2004, 000227/2004, 004492/2005, 000171/2006 y 003869/2007.

Contrario a lo antes señalado, se observa que las Salas Supremas aplicaron y analizaron de manera correcta y justificada los distintos institutos que componen la imputación objetiva funcionalista. Esto es, el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima, los que, en su mayoría, han servido para excluir a los procesados de la responsabilidad penal.

7. Conclusiones

La Corte Suprema, por medio de sus Salas Penales, ha emitido sentencias penales entre los periodos 1999 y 2019, donde utilizan los institutos dogmáticos: el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima. Se llegó a determinar que del año 1999 a 2011 se han emitido 77 pronunciamientos de una totalidad de 46 329 sentencias, refiere el Centro de Investigaciones Penales del Poder Judicial peruano, donde se analizan y aplican los criterios de la imputación objetiva.

Con posterioridad al 2011 su aplicación fue mucho menor. No existe ninguna data en el centro de investigaciones del Poder Judicial después de dicho año, únicamente las que se encuentran en la página web del ente en mención. Se evidencia que en la jurisprudencia suprema la cantidad de pronunciamientos aplicando la tendencia de la imputación objetiva por la

Corte Suprema es de mayor a menor en su aplicación, partido en dos periodos (2009-2011) y (2012-2019), pero a la vez es rescatable que en el Perú se aplica desde hace veinte años aproximadamente.

Se ha determinado que la teoría de la imputación objetiva funcionalista tiene suficientes argumentos teóricos para que las Salas Penales de la Corte Suprema de la República del Perú, den solución a los casos que hayan llegado a la máxima instancia, brindando mayor seguridad jurídica al momento de resolver los casos.

Se ha establecido que la Corte Suprema de la República del Perú viene aplicando el funcionalismo jurídico penal conforme a los principios del riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y competencia de la víctima, en los pronunciamientos penales expedidos durante el periodo 1999-2019, haciendo una justificación interna y externa de la aplicación de dicha teoría en las resoluciones judiciales supremas.

Se ha determinado que el Máximo Tribunal Supremo, no solo aplicó la teoría de la imputación objetiva funcionalista para excluir de responsabilidad penal de los procesados, sino además para fundar las decisiones en que el sujeto es responsable del hecho, se ha confirmando o declarando la nulidad de las sentencias que llegan de las diferentes Salas Penales de todo el país.

Referencias

- Alcocer, W (2015). *Teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia peruana. Desarrollo jurisprudencial a partir del año 2011*. <http://www.derechocambio social.com>.
- Benavente, H. (2005). *La imputación objetiva en la comisión por omisión*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]
- Cancio, M. (1998). *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Bosch.
- Caro, J. (2010). *Normativismo e imputación jurídico-penal: estudios de derecho penal funcionalista*. Ara Editores.
- García, P. (2008). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Grijley.
- Guzmán, N. (2011). *Conductas neutrales y participación en el delito: Apuntes sobre el Estado actual de la discusión*. Gaceta Penal. Gaceta Jurídica.
- Jakobs, G. (1996). *La imputación objetiva en la participación. Accesoriedad y Prohibición de Regreso*. En *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Editorial Idemsa.
- Polaino-orts, M. y Caro, J. (2009). *Derecho Penal funcionalista. Aspectos fundamentales*. Flores Editor y Distribuidor.
- Prado, V. (1999). *Derecho Penal, jueces y jurisprudencia*. Palestra.
- Pinedo, C (2012). *La imputación objetiva en el marco de un sistema penal funcional normativista*. Piura, mayo de 2012. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2469/DER_067.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Reyes, Y. (1996). *Imputación objetiva*. Editorial Temis.
- Rojas, F. (2012). La teoría de la imputación objetiva vista desde la perspectiva de la jurisprudencia peruana: una primera aproximación. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica.
- Villavicencio, F. (2019/2006). Derecho Penal. *Parte General*. Grijley.



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 2, enero-junio, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n2.07



La lucha contra la criminalidad organizada y su amparo en la legislación penal nacional

The fight against organized criminality and its
protection in criminal legislation

César Augusto Vásquez Arana*

Corte Superior de Justicia de Lima
(Lima, Perú)

cvasqueza@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-5966-9145>

Resumen: La comunidad internacional atraviesa un serio problema que amenaza la convivencia pacífica de los individuos, socavando las estructuras de la sociedad, como es el nacimiento y prosperidad de las organizaciones criminales, cuyo campo de acción es el mundo entero. Este accionar se ve fortalecido por la globalización que, desde una perspectiva criminológica, donde se ha puesto de manifiesto la complejidad del concepto de criminalidad organizada. En los últimos años, se ha registrado un desmesurado incremento

* Magistrado Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima, Perú. Abogado por la Universidad San Martín de Porres, perteneciente a la orden del Ilustre Colegio de Abogados de Lima; magíster en Derecho por la Universidad San Martín de Porres, doctor en Derecho por la Universidad Alas Peruanas; con postítulo en Derechos Fundamentales obtenido en la Universidad Católica del Perú; máster en Derecho por la Universidad de Jaén, España.

de la actividad delictiva desarrollada en el ámbito de organizaciones criminales fuertemente estructuradas. Por tal motivo, este problema es sumamente serio, al extremo que un considerable sector de la comunidad internacional las califica como una verdadera amenaza a la seguridad interna y externa de cada país. La legislación contra el crimen organizado proporciona las herramientas adecuadas para que los órganos de investigación y persecución puedan enfrentar con éxito a estas organizaciones y así llevarlos ante la justicia. Estas acciones logran en muchos casos su desactivación o debilitamiento. La unidad en el trabajo sobre el crimen organizado se logró a partir de la Convención de Palermo, la misma que ha significado un duro golpe contra las empresas del crimen y resulta la más grande herramienta de lucha contra el crimen y es la base de las legislaciones nacionales y extranjeras. El Perú, ha perfeccionado a los operadores de justicia para la lucha contra el crimen organizado creando así una Policía Especializada para la persecución e investigación, mientras que el Ministerio Público ha creado las Fiscalías Especializadas de Crimen Organizado y el Poder Judicial cuenta con la Sala Penal Nacional cuya competencia es el juzgamiento de estos ilícitos. Los logros de la lucha contra el crimen organizado se han materializado en la cantidad de sentencias condenatorias obtenidas. Las estadísticas proporcionadas por las fiscalías especializadas de crimen organizado de los años 2015, 2016 y 2017, que denota que la lucha del Estado, va en progreso desde la promulgación de la Ley n.º 30077. La presente investigación realiza un análisis sobre el surgimiento de las organizaciones criminales y la actuación por parte de la comunidad internacional para hacerle frente. Además, la investigación indicará los aspectos más importantes de este fenómeno delictivo, sus características y estructura. Asimismo, explicará su diferencia con otros delitos, y cómo ha influenciado la regulación internacional a la actual legislación en la materia (Ley de Crimen Organizado n.º 30077), y si la misma resulta un arma suficiente para que los órganos correspondientes puedan desarrollar su función con éxito, incidiendo en los resultados alcanzados en nuestro país.

Palabras clave: organizaciones delictivas, delincuencia organizada, delitos de realización compleja, estructuras criminales, globalización

Abstract: The international community is going through a serious problem that threatens the peaceful coexistence of individuals in society, undermining the structures of society, such as the birth and prosperity of criminal organizations, whose field of action is the entire world, to act as seen strengthened by globalization, which from a criminological perspective has revealed the complexity of the concept of organized crime. In recent years there has been an excessive increase in criminal activity, developed in the field of strongly structured criminal organizations; therefore, this problem is extremely serious, to the extent that a considerable sector of the international

community qualifies them as a real threat to the internal and external security of each country. Legislation against organized crime provides the appropriate tools, so that the investigative and prosecution bodies can successfully confront these organizations and thus bring them to justice, in many cases achieving their deactivation or weakening; unit that was achieved from the Palermo Convention, which has meant a serious blow against the Crime Companies, resulting in the greatest tool to fight against organized crime, being the basis of national and foreign legislation. Peru, has perfected justice operators for the fight against organized crime, thus creating a specialized police, for prosecution and investigation, while the Public Ministry has created the Specialized Prosecutors for Organized Crime and Judicial Power, has the National Criminal Chamber whose jurisdiction is the prosecution of these illicit. The achievements of the fight against organized crime have materialized in the number of convictions obtained, observing the statistics provided by the specialized prosecutors of organized crime of 2015, 2016 and 2017, which indicates that the fight of the State is going in progress since the enactment of Law n.º 30077. The present investigation makes a reunion on the emergence of criminal organizations and the action by the international community to address it, in addition to this we will indicate the most important aspects of this criminal phenomenon, its characteristics and structure as well as its difference with other crimes, and how international regulation has influenced our legislation, and if it is a sufficient weapon for corresponding bodies to carry out their function successfully, influencing the results achieved in our country

Key words: criminal organizations, organized crime, crimes of complex realization, criminal structures, globalization

RECIBIDO: 2/04/2020
APROBADO: 10/05/2020

REVISADO: 4/05/2020
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La presente investigación abarcó un análisis de la doctrina, y la legislación penal nacional e internacional sobre criminalidad organizada, la misma que resulta de vital importancia por su carácter de prevención y sanción a los responsables de este delito que en la actualidad viene actuando en el medio peruano, muchas veces con impunidad. Se presenta esta situación debido a su estructura jerarquizada, su capacidad logística y operativa. Es un conflicto latente que se ha infiltrado en las fibras más sensibles de la sociedad y causa daño a los bienes jurídicos tutelados. Por lo tanto, la comunidad internacional, se ha unido en la lucha contra la criminalidad organizada, unidad que se logró a partir del Tratado de Palermo, por lo que

cada Estado no está solo en la lucha contra el crimen. Le corresponde a cada país la responsabilidad de implementar políticas y estrategias para enfrentar el crimen, ya sea creando cuerpos especializados en la Policía y el Ministerio Público, así como en el Poder Judicial. En el caso particular del Perú, se observa que las autoridades encargadas de la investigación y persecución vienen actuando con diligencia, contra un enemigo común, que muchas veces supera la capacidad del Estado.

Dentro del marco procesal de respeto irrestricto a las garantías del ciudadano, resulta evidente que el Estado tiene la responsabilidad de la seguridad ciudadana de enfrentar la lucha contra el crimen organizado. Como se verá más adelante, este fenómeno es una de las más grandes amenazas a la sociedad peruana y mundial, por lo que se analizará si la normatividad en el Perú tiene un papel significativo y determinante en la disuasión y represión de las organizaciones criminales

El objetivo del análisis radica en verificar si la normatividad en el Perú resulta instrumento suficiente para combatir a estos grupos criminales, que como ya se ha dicho son sumamente organizados y tienen el respaldo de la tecnología. Para esto, previamente se realizará una reseña histórica del surgimiento de este tipo de organizaciones, así como la intervención internacional para frenar su avance. Finalmente, se analizará la legislación peruana a fin de determinar si la normatividad vigente resulta un arma suficiente para que órganos persecutores puedan desarrollar su función con éxito para prevenir y combatir a esta modalidad criminal y para que luego el Poder Judicial pueda sancionar como corresponde.

2. Materiales y métodos

Esta investigación es de carácter descriptiva. Se busca investigar una realidad contrastándola y evidenciándola a través de la doctrina, la teoría del derecho y el marco jurisprudencial.

El trabajo se desarrolla mediante fuentes bibliográficas, la estadística, la jurisprudencia, el análisis de la doctrina y la legislación, tanto nacional como extranjera. Para tal fin, se tomó como referencia la información proporcionada por las fiscalías especializadas (Ministerio Público) contra la criminalidad organizada acerca de las sentencias obtenidas en todo el país durante el periodo 2015 y 2017. Más adelante se darán a conocer los cuadros estadísticos.

3. Marco histórico

La convención de Palermo y su repercusión en la legislación nacional

El Perú, en las últimas décadas, ha experimentado un aumento en la violencia generada por la delincuencia organizada en sus diversas modalidades. Frente al descubrimiento de la más grande red criminal vinculada a la corrupción del gobierno de Fujimori y con la finalidad de enfrentarla eficazmente, el gobierno del presidente Valentín Paniagua creó el Sistema Judicial Anticorrupción, tanto en el Poder Judicial como en el Ministerio Público. Posteriormente, en el 2006, la doctora Adelaida Bolívar nombró una comisión con el objeto de estudiar y proponer la creación de un sistema dentro del Ministerio Público que se especialice en la investigación y repercusión de organizaciones criminales. A consecuencia de ello, el 12 de septiembre del 2007, se crean las fiscalías especializadas contra la criminalidad organizada con competencia en todo el país. Con la finalidad de enfrentar este fenómeno criminal el Perú se suscribió a la Convención contra la Delincuencia Trasnacional (Convención de Palermo del 2000). Por tanto, el documento base de la legislación peruana es la Convención de Palermo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre del 2000, ratificada por el Estado Peruano con fecha 19 de noviembre del 2001, mediante Decreto Supremo n.º 88-2001-RE, vigente desde el 29 de setiembre del 2003. La referida convención tiene como su principal finalidad promover la cooperación para prevenir y erradicar efectivamente la delincuencia organizada internacional. Constituye la partida para visibilizar la relevancia de un mínimo común denominador para cooperar más fluidamente entre los operadores jurídicos de los diversos Estados, en un mundo donde el trámite engorroso de la extradición queda totalmente trasnochado.

Como consecuencia de ello, el Perú tomó decisiones para cumplir sus compromisos en la lucha contra el crimen organizado. En ese sentido, en el 2013 se promulgó la 3007, Ley contra el Crimen Organizado y, en el 2016, el Decreto Legislativo n.º 1244 que fortalece la lucha contra el crimen organizado y la tenencia ilegal de armas, con la cual se modifica el artículo 317.º del Código Penal y se crea el tipo penal de organizaciones criminales.

La Convención de Palermo tiene la virtud de establecer una serie de definiciones vinculadas a la delincuencia trasnacional. Es así que conceptualiza lo que se debe entender por grupo delictivo organizado. En la legislación peruana se ha denominado organización criminal y en otras legislaciones la llaman delincuencia organizada. Independientemente del *nomen juris* que le otorgue la legislación comparada, estas son a empresas criminales complejas de alcance nacional e internacional. Entra estas se encuentran los delitos de narcotráfico, trata de personas, tráfico de emigrantes, entre otras actividades ilícitas que involucran a territorios de varios Estados.

4. Marco legal nacional

Análisis de la Ley n.º 30077 y su relación con el art. 317 CP

En la legislación peruana existen un conjunto de normas que versan sobre la criminalidad organizada. Por ejemplo, en el Código Penal se establece como circunstancia agravante de algunos delitos, que estos hayan sido cometidos a través de una organización criminal; así la instituye como un tipo penal autónomo en su artículo 317. Además, la Ley n.º 30077, Ley contra el Crimen Organizado promulgada en el 2013, entre otras leyes, tiene por objeto fijar las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales.

Asimismo, se debe tener en cuenta que en la lucha contra la criminalidad organizada no es suficiente la promulgación de normas especiales, sino que también es de suma importancia la especialización de los operadores de justicia para poder investigarlas y encausarlas. Es por ello, que en el Perú se crean fiscalías especializadas, tales como las fiscalías especializadas contra la criminalidad organizada, las fiscalías especializadas en delitos de corrupción de funcionarios y las fiscalías especializadas en delitos de lavados de activos, entre otras.

La Convención de Palermo es uno de los instrumentos internacionales más importantes en la lucha contra la criminalidad organizada porque define a la organización criminal. La definición brindada por la Convención debe ser integrada en la legislación interna de los Estados partes, la misma que define al grupo delictivo organizado como un «grupo estructurado». Este concepto es definido por la Convención como un grupo formado para la comisión de los delitos y en el que se asigna a los miembros funciones. Además, existe una estructura formalmente definida.

Respecto a la conceptualización de delito grave, el artículo 2, inciso b, de la Convención de Palermo establece el criterio de la sanción penal. Es decir, de conformidad a la pena abstracta establecida será delito grave aquella conducta delictiva sancionada con una pena máxima de al menos cuatro años o una pena más grave. Esconde en la práctica una gran diferencia valorativa, puesto que no existe nada más variado que la escala de penas, sobre todo, si la comparamos de un país a otro (Zúñiga, 2016, p. 56). Este parámetro sirve para que los legisladores tengan un punto de partida al momento de elaborar su norma interna. Así la norma penal del Perú, en su artículo 317, no hace referencia a este criterio para determinar cuándo es un delito grave. Por su parte, la Ley n.º 30077, Ley contra el Crimen Organizado, establece un catálogo de delitos a los que considera graves. Se suma a ello la norma penal que no contiene un glosario de términos, tampoco ayuda a dilucidar dudas.

El legislador peruano ha seguido el mismo camino que la legislación comparada. Ha creado el tipo penal de organización criminal, independientemente de que ya exista circunstancia agravante en otros tipos penales, como, por ejemplo, en los delitos de tráfico de drogas, extorsión, trata de personas, entre otros.

Sin embargo, en un primer momento, el legislador nacional no optó por criminalizar a estas agrupaciones delictivas, ya que la Ley contra el Crimen Organizado, n.º 30077, no criminaliza, sino que se limita a dar un concepto de lo que se debe entender por organización criminal, tal como lo establece el artículo 2.º. Este concepto se dio para que el operador de justicia conozca cuáles son las características de todo grupo delincuencia.

Mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1244, publicado el 29 de octubre de 2016, se modificó el artículo 317 del Código Penal e integró el delito de organización criminal. El legislador peruano con la integración del artículo citado, derogó el delito de asociación ilícita y pudo diferenciar los tipos de grupos delictivos. Además, consideró pertinente crear el tipo penal de banda criminal, en el artículo 317, inciso b del Código Penal.

El hecho que el legislador peruano se haya demorado trece años en desarrollar la Convención de Palermo no significa que no haya existido un desarrollo de lo que debía entender por organización criminal, pues la Corte Suprema en dos sentencias estableció las características mínimas que debe tener todo grupo delincuencia para ser considerado como tal. Estas son permanencia delictiva, vocación delictiva indeterminada, estructura jerarquizada rígida o flexible, alcance nacional de sus actos y una red de fuentes de apoyo ideológico, técnico, operativo o social.

5. Bases teóricas

Definición de criminalidad organizada

Existen múltiples definiciones sobre delincuencia organizada o criminalidad organizada. Esto por la variedad de áreas en que operan (actividades delictivas y los diferentes sectores en que se desarrollan), asimismo, por el distinto tratamiento en las legislaciones ordinarias nacionales.

Siguiendo la doctrina predominante se puede identificar su existencia, en base a la realización de delitos en los que incurre y en atención a las siguientes características que establece Sánchez (2005):

- a) Ser estructura compleja, piramidal y jerárquica. El crimen organizado se estructura como una empresa comercial y con criterios económicos. Se organizan bien, planifican su trabajo, buscan beneficios y lo maximizan.

Ligado a esta característica tenemos el elemento de la permanencia, la cual, según el profesor Prado (2013) «Reproduce la imagen material del potencial criminógeno de la delincuencia organizada», resultando imprescindible para «Lograr que su presencia e influencia se irradian y conserven sobre su entorno» (p. 61).

- b) Comisión de delitos graves: Para el logro de sus objetivos, el crimen organizado utiliza medios delictivos graves como la intimidación, violencia y corrupción. La gravedad de los medios guarda relación con los bienes jurídicos. Según Zuñiga (2009), el uso sistemático de la violencia (externa o interna) se manifiesta de distintos modos: «Violencia en la comisión de los delitos propios de la actividad ilícita (homicidios, robos extorsiones, etc.); violencia al interior del grupo para mantener la cohesión del grupo o resolver sus conflictos; la violencia entre organizaciones criminales para someter a los grupos de competidores; violencia frente a autoridades y demás órganos de represión para favorecer la impunidad; y la violencia para la protección de sus aliados o clientes» (p. 138).
- c) Busca beneficios económicos y poder: Los fines de la criminalidad organizada son absolutamente lucrativos. El logro del poder puede ser político, pero con fines lucrativos. De hecho, en la actualidad existen algunas investigaciones que involucran a personajes políticos en casos de corrupción y hasta existe una comisión en el Congreso de la República que investiga la relación existente entre el narcotráfico y la política.

Elementos característicos de este tipo penal

Zuñiga (2016) establece nueve características sustantivas del crimen organizado:

- a) La permanencia. Indica que la fundación y la vigencia operativa de los grupos criminales es por su propia naturaleza identificada.
- b) La estructura. Permite ordenar las actividades y mantiene la cohesión de los grupos criminales.
- c) Los negocios ilícitos. La criminalidad organizada moderna es sobre una criminalidad de mercado, esto es, la organización de la oferta de servicios ilícitos en el mercado, esta es la organización de la oferta de servicios ilícitos en el mercado. Esta característica la diferencia con nitidez de la criminalidad violenta tradicional que no produce, ni vende, pues ella solo quita o despoja.
- d) La planificación. Requiere de un planteamiento estratégico y táctico para la ejecución eficiente de sus actividades.

- e) Las redes de protección. Requiere construir o solventar mecanismos de impunidad.
- f) La movilidad internacional. El *modus operandi* de los delitos que son realizados por los grupos criminales se base en circuitos de producción, provisión, distribución o expendio que se localizan en diferentes países y regiones.
- g) Las fuentes de apoyo. Requiere un eficiente sistema de soporte técnico o profesional, logístico y social.
- h) El fin lucrativo. Las organizaciones criminales se conforman y operan como unidades de negocios.
- i) La alianza estratégica o táctica. La globalización de mercados ilegales, el crecimiento de la demanda y la necesidad de diversificar los stocks de los bienes y servicios públicos prohibidos ha colocado a las organizaciones criminales modernas en la alternativa de fusionarse o compartir proyectos y riesgos comunes, generándose entre ellas alianzas de cooperación de la táctica y la estrategia (pp. 646 - 647)

6. Resultados

El delito desde la ley penal peruana

a) Ley n.º 30077 (Ley Contra el Crimen Organizado)

- ▶ Define un fenómeno social, estableciendo presupuestos para su configuración.
- ▶ Incorpora recomendaciones internacionales (Convención de Palermo).
- ▶ Establece un listado de delitos considerados como crimen organizado.
- ▶ Brinda herramientas procesales «flexibles».

b) Ley n.º 30077: (objetivo de la ley)

«La Ley contra el Crimen Organizado tiene un objetivo: investigar determinadas conductas que con la ley penal no se pueden perseguir porque no tiene los mecanismos procesales».

c) Artículo 317.º del Código Penal:

- j) «El que promueva, organice, constituya o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer ilícitos». De esta descripción se sostiene que la estructura de este delito contiene verbos

rectores que son conductas que se cometen a través de este ilícito, así como las características de la misma y los fines que no son otros que la de cometer delitos graves. Además, sobre este tipo penal González Ruiz y Buscaglia (2003) sostienen que «tienen una estructura lógica de doble piso. El primer elemento hace referencia a la participación en una organización. El segundo es que esta organización comete delitos predicado, tales como el tráfico de drogas, tráfico de seres humanos, tráfico de armas» (p. 100).

d) El crimen organizado en sus nuevas manifestaciones en el Perú:

Ley contra el Crimen Organizado: Ley 30077, artículo 3:

- ▶ Homicidio
- ▶ Extorsión
- ▶ Secuestro
- ▶ Robo agravado
- ▶ Receptación
- ▶ Estafa
- ▶ Defraudación
- ▶ Pornografía infantil
- ▶ Usurpación
- ▶ Tenencia Ilegal de armas
- ▶ Marcaje
- ▶ Tala ilegal
- ▶ Trata de personas
- ▶ Usurpación
- ▶ Minería Ilegal
- ▶ Otros

Como se ha señalado, el legislador establece un catálogo de delitos para la aplicación de la presente ley. En ese sentido, la Ley n.º 30077, en su artículo 4, señala que estos delitos serán investigados, juzgados y sancionados bajo las reglas del nuevo Código Procesal Penal. En consecuencia, dispuso su vigencia en todo el país para esta clase de delitos, ya que todavía existen distritos judiciales donde no se aplica el nuevo modelo procesal. En los distritos judiciales donde aún no se aplica el nuevo código, los operadores de justicia (Policía Nacional y Ministerio Público), cuando se encuentran investigando a una pluralidad de agentes, lo primero que tiene que establecer es si existen elementos que los lleven a determinar si se trata de una organización criminal. Esto es de suma importancia, pues de ello dependerá qué modelo procesal se aplicará. Si el fiscal establece que no encuentra elementos de una organización criminal y está frente a una banda criminal, en ese caso

se tiene que aplicar las reglas del viejo modelo procesal penal. Este hecho es un problema en los distritos judiciales donde está vigente el Nuevo Código Procesal Penal. Sin embargo, se genera un conflicto al momento de determinar la competencia tanto de las Fiscalías Especializadas contra la Criminalidad Organizada como la de la Corte Especializada en Criminalidad Organizada y Corrupción de Funcionarios. El último párrafo del artículo en referencia indica: «Los alcances de la presente ley son de aplicación a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal y a cualquier otro delito cometido en concurso con los previstos en el presente artículo».

Por lo tanto, deja claramente establecido que los alcances de la presente ley serán de aplicación cuando se cometan los delitos del catálogo establecido a través de estructuras criminales. Asimismo, plantea la posibilidad de quien cometa un delito que no esté dentro de este catálogo y pertenezca a una organización criminal, pueda ser procesado en concurso de ambos delitos.

Influencia del Derecho Internacional en la regulación interna de este delito

La normatividad internacional ha sido determinante para contar con la actual legislación contra el crimen organizado. Así que para llegar a un acuerdo en la comunidad internacional fue un camino largo y difícil que concluyó en la Convención de Palermo. Antes de todo esto, la primera vez que las Naciones Unidas se ocupó de este fenómeno criminal fue en 1975 en la Convención para la Prevención del Crimen en donde se analizó los cambios de las formas y dimensión de la delincuencia transnacional. En este momento se empezó a reconocer a la criminalidad como empresa, así seguidamente las diversas convenciones de las Naciones Unidas se ocuparon de este tema hasta elaborar la Convención de Palermo. El Gobierno peruano dando cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos al suscribirse a la Convención de Palermo promulgó la referida Ley n.º 30077, la misma que tiene por objeto fijar las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales. Con esta ley el legislador ha establecido reglas que deben aplicar para investigar, juzgar y sancionar a los sujetos que cometen delitos a través de la maquinaria de una organización criminal. No se puede pretender enfrentar al crimen organizado con las mismas reglas de las cuales se combate la delincuencia convencional, debido a que son dos fenómenos delincuenciales que tiene diferentes características y grados de complejidad, Debido a ello, se exige normas especiales que permitan al Ministerio Público elaborar estrategias de investigación, con la finalidad de enfrentar al crimen organizado. Asimismo, es claro el artículo 2 de la referida ley define qué es lo que debemos entender

por organización criminal, y, además, brinda los criterios para determinar su existencia de la siguiente manera:

- a) Considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente ley.
- b) Considera organización criminal la intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal.

Hay que dejar en claro que esta norma no establece a la organización criminal como un tipo penal —como sí lo hace el Código Penal en su artículo 317— sino que solo brinda una definición de este fenómeno criminal, con la finalidad de establecer sus alcances jurídicos. Sin embargo, el legislador se aparta del criterio de la Convención de Palermo, en cuanto el documento internacional establece que el grupo delictivo se organiza para cometer delitos graves, definiendo a estos últimos como «la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave». En cambio, el legislador nacional, con relación a qué tipo de delitos se puede cometer a través de una estructura criminal, ha elegido la fórmula de un catálogo. Es decir, establece qué delitos se pueden cometer a través de estas organizaciones delictivas (artículo 3 de la Ley n.º 30077). En la estructura de la definición de organización criminal, que contiene el artículo 2 de esta ley, se presentan los siguientes criterios que se debe tener en cuenta para determinar cuándo un grupo de sujetos integra una organización criminal:

- ▶ Pluralidad de agentes.
- ▶ Repartición de tareas o funciones
- ▶ Estructura
- ▶ Ámbito de acción
- ▶ Carácter estable o tiempo indefinido (temporalidad)
- ▶ Concertación
- ▶ Coordinación
- ▶ Finalidad (cometer delitos graves)

El artículo 2.2 de esta norma, de manera poco acertada, hace referencia a que la participación de los integrantes de una organización criminal «puede

ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal». Esto acarrea la dificultad de establecer los grados de participación dentro de la organización criminal. Es así que resulta complejo determinar qué tratamiento se le da a los colaboradores temporales, aislados u ocasionales dentro de este injusto penal. Es decir, ¿son autores?, ¿coautores?, ¿cómplices?, ¿o solo se les debe procesar por los actos ilícitos concretos que han cometido? Si se opta por esta última postura, se le estaría excluyendo del ámbito de la organización criminal. En consecuencia, ¿cómo se establecería su grado de participación en estas circunstancias? Por tanto, ¿cuál es el tratamiento penal que se le debe dar a estos sujetos que participan en la organización criminal? Por consiguiente, esta problemática debe ser resuelta por la Corte Suprema, a través de un acuerdo plenario donde se establezca los criterios que se debe tener en cuenta.

Estadísticas de sentencias condenatorias a partir de la dación de Ley n.º 30077

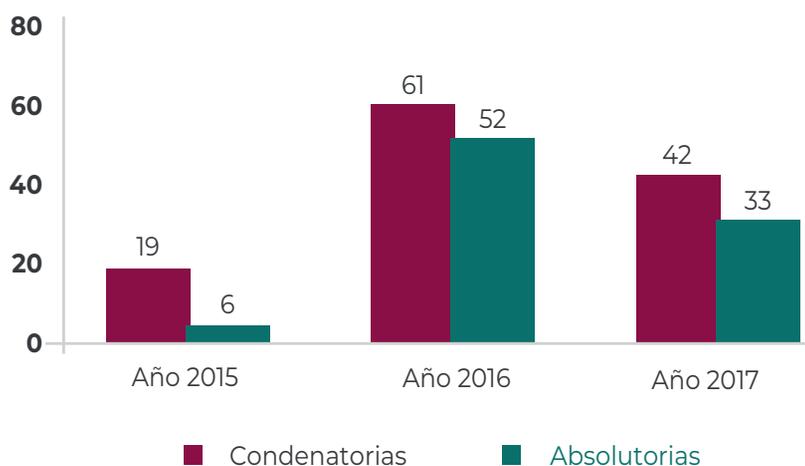
De las referidas estadísticas, esta investigación advierte que la represión a este tipo penal, es un tema que se viene enfrentando con mejores herramientas, a partir de la promulgación de la Ley n.º 30077. Si bien es cierto que los datos que proporciona la estadística de las sentencias condenatorias obtenidas, contra las organizaciones criminales no es muy aliciente, pero denota que la lucha del Estado va en progreso y según las referencias en el 2017, se han obtenido 42 sentencias condenatorias, según la información proporcionada por la Fiscalía de la Nación.

Tabla 1
Sentencias FECOR Lima

Fiscalía	Fiscal	Año 2015				Año 2016				Año 2017			
		Total		n.º		Total		n.º		Total		n.º	
		Condenatorias	Absolutorias										
Primera Fiscalía Superior Nacional	Dr. Jorge Wayner Chavez Cotrina	7	6	1	7	0	0	0	0	0	0	0	0
Segunda Fiscalía Superior Nacional	Dr. Edmundo Pedro Calderon Cruz	160	10	3	13	52	50	102	20	26	45		
Tercera Fiscalía Superior Nacional	Dra. Mirtha Elena Medina Seminario	9	3	2	5	0	0	0	1	3	4		
Primera Supraprovincial - Equipo 1	Dr. Alvaro Bernardo Rodas Farro	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
Primera Supraprovincial - Equipo 2	Dr. Lucio Pompeyo Sai y Rosas Cuerrero	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
Primera Supraprovincial - Equipo 3	Dra. Saira Del Carmen Francia Cabrera	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
Primera Supraprovincial - Equipo 4	Dra. Keilin Gloria Cárdenas Sánchez	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
Segunda Supraprovincial - Equipo 1	Dr. Arturo Mosqueira Cornejo	2	0	0	0	1	0	1	1	0	1		
Segunda Supraprovincial - Equipo 2	Dr. Irene Mercado Zavala	1	0	0	0	0	0	0	1	0	1		
Segunda Supraprovincial - Equipo 3	Dra. Mayda Virginia Mori Anto	3	0	0	0	0	0	0	3	0	3		
Segunda Supraprovincial - Equipo 4	Dra. Rocio Gala Galvez	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
Tercera Supraprovincial - Equipo 1	Dr. Edward Daniel Diaz Tantalean	2	0	0	0	0	0	0	2	0	2		
Tercera Supraprovincial - Equipo 2	Dr. Victor Raúl Luna Castillo	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
Tercera Supraprovincial - Equipo 3	Dr. Juan Alberto Orihuela Legonia	7	0	0	0	2	1	3	3	1	4		
Tercera Supraprovincial - Equipo 4	Dr. José Miguel Cuya Berrocal	6	0	0	0	5	1	6	0	0	0		
Cuarta Supraprovincial - Equipo 1	Dra. Katherine Leslie Caceres Jacobsen	12	0	0	0	0	0	0	9	3	12		
Cuarta Supraprovincial - Equipo 2	Dra. Nelly Rosa Vicky Millones Palmadera	4	0	0	0	1	0	1	2	1	3		
Cuarta Supraprovincial - Equipo 3	Dr. Eduardo Octavio Castañeda Caray	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
Cuarta Supraprovincial - Equipo 4	Dr. Gabriel Omar Tito Quispe	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
Total		213	19	6	25	61	52	113	42	33	75		

Tabla 2*Sentencias FECOR Lima*

Sentencias obtenidas (FECOR - Lima). Periodo 2015-2017	Condenatorias	Absolutorias	Total
Año 2015	19	6	25
Año 2016	61	52	113
Año 2017	42	33	75
Total de sentencias	122	91	213

Figura 1*Sentencias obtenidas periodo 2015-2017*

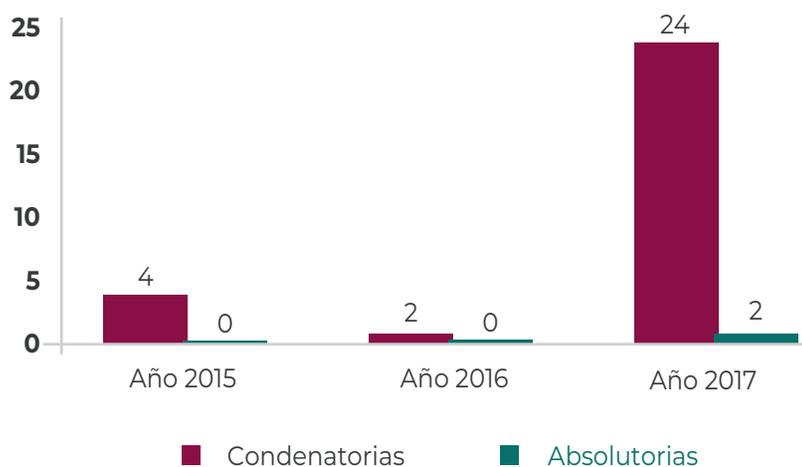
Del cuadro precedente, se puede apreciar con meridiana claridad los resultados de la lucha contra la corrupción plasmado en sentencias judiciales. Si bien es cierto en el cuerpo de este artículo se ha dejado ver que la lucha del Estado contra las organizaciones criminales resulta sumamente difícil y compleja, pero al final se han obtenido avances con resultados positivos, al haber logrado condenar a las organizaciones criminales hasta en 215 procesos, entre el 2015 y 2017.

Tabla 3
Sentencias FECOR Provincias

Dependencias nacionales	Responsable de Despacho	Despacho	Total n.º	Año 2015				Año 2016				Año 2017			
				Sentencias		n.º		Sentencias		n.º		Sentencias		n.º	
				Condenatorias	Absolutorias										
Abancay		Equipo 1	1	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0
Andahuaylas		Equipo 1													
Arequipa		Equipo 1	17	0	0	0	0	0	0	0	16	1	17		
		Equipo 2	7	4	0	4	0	0	0	0	3	0	3		
		Equipo 1													
Ayacucho		Equipo 2	2	0	0	0	0	0	0	1	1	2			
Amazonas - Bagua		Equipo 1													
Cajamarca		Equipo 1													
El Santa		Equipo 1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
		Equipo 2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
		Equipo 1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
Huancavelica		Equipo 1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			
Huaura - Oyón		Equipo 1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			
Barranca - Cajatambo		Equipo 1													
Ica		Equipo 1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
		Equipo 2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
		Equipo 1													
Lambayeque		Equipo 2													
Junín		Equipo 1													
		Equipo 2													
		Equipo 1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
La Libertad		Equipo 2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
		Equipo 2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
		Equipo 4	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
		Equipo 1													
Madre de Dios		Equipo 1													
Piura - Sullana		Equipo 1													
		Equipo 2													
		Equipo 2													
Puno		Equipo 4													
		Equipo 1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0		
		Equipo 2	5	0	0	1	1	0	0	1	4	0	4		
		Equipo 1													
San Martín - Tarapoto		Equipo 1													
Tumbes		Equipo 1													
Ucayali		Equipo 1													
Callao		Equipo 1													
		Equipo 2													
Ventanilla		Equipo 1													
		Equipo 2													
Total			32	4	0	4	2	0	2	24	2	26			

Tabla 4*Sentencias FECOR Provincias*

Sentencias obtenidas (FECOR - Provincias) Periodo 2015-2017	Condenatorias	Absolutorias	Total
Año 2015	4	0	4
Año 2016	2	0	2
Año 2017	24	2	26
Total de sentencias	30	2	32

Figura 2*Sentencias obtenidas periodo 2015-2017*

También, se tiene un resultado alentador al haber logrado condenar a las organizaciones criminales en 30 procesos, mucho más si se tiene en cuenta que la mayoría de procesos judiciales se tramitan ante los órganos jurisdiccionales de Lima, por su naturaleza territorial.

3. Discusión

Código Procesal Penal

El Código Procesal Penal, cuya vigencia se mantenía en espera de su funcionamiento de manera integral en todo el país, sobre todo en la ciudad de Lima, se aplica a partir de la Ley n.º 30077, que regula en el Perú, la represión al crimen organizado. Este código es un instrumento de carácter garantista, sobre todo, para las partes imputadas, en donde los operadores

de justicia, sobre todo los que manejan la investigación, tanto la policía como la fiscalía, deben cuidar de respetar las garantías procesales a fin de no generar impunidad.

Este Código Procesal Penal de carácter acusatorio garantista tiene una serie de restricciones en la investigación a favor de los imputados, por lo que se debe asegurar que los órganos de investigación deben participar con pulcritud, y así evitar proporcionar deficiencias técnicas que puedan ser eficientemente aprovechadas por la defensa de las organizaciones criminales y lograr sustraerse de la persecución y la represión penal. Así, pues, el art. VIII del Título Preliminar contiene los conceptos de la legalidad de la prueba, consignando:

- a) Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo
- b) Carecen de efecto legal, las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
- c) La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

Entonces la legitimidad de la prueba como lo establece el Código Procesal coloca una valla muy alta a la actividad investigadora y cualquier omisión a las reglas del debido proceso serán de consecuencia fatal. Las pruebas obtenidas no podrán ser utilizadas como parte de la teoría del caso del Ministerio Público. Esta hace referencia a las pruebas prohibidas en su obtención que puede también la ilegalidad alcanzar a las pruebas obtenidas como hallazgo inevitable, y las de reflejo, es decir, a partir de la prueba prohibida. El Código Procesal ha dedicado todo un capítulo para normar la formalidad en la actuación de la actividad probatoria, sobre todo en la obtención y búsqueda de pruebas y restricciones de derechos. En este sentido, el juez de la investigación preparatoria o juez de garantías cumple un rol muy importante. En muchos de los casos del Título III, al cual se ha hecho referencia, la mayoría de pruebas y restricción de derechos deben ser solicitadas previamente al órgano jurisdiccional. Así, pues, el art. 202 del Nuevo Código Procesal Penal establece que, cuando resulta indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la ley. Y se debe ejecutar con las debidas garantías para el afectado. Así, en este orden de ideas, bajo las exigencias técnicas de garantías exigidas por la norma procesal, es que se ha dedicado todo un tema sobre las garantías del debido proceso, porque de lo contrario se estaría generando impunidad.

Así, también, este código en la búsqueda de pruebas y restricción de derechos del Título III, en el artículo 203, establece los presupuestos para que se lleven a cabo la obtención de pruebas y la restricción de derechos. La norma indica que las medidas dispuestas deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad. En la medida que exista suficientes elementos de convicción, exige, también, la norma que la resolución que dicta el juez debe ser motivada, y el requerimiento del fiscal además de ser motivado tendrá que ser debidamente sustentado, exigencias de obligatorio cumplimiento cuya inobservancia acarrea la invalidez de la prueba o la denegatoria del petitorio.

También, el Código permite que sin mediar autorización judicial se pueda obtener ciertas pruebas y restringir derechos, cuando en el inciso 3 del artículo 205 exista fundado motivo que el intervenido pueda estar vinculado a la comisión de un hecho delictuoso. La policía podrá registrar las vestimentas, equipaje o vehículo, similar autorización que existe en el artículo 211 del Código Procesal cuando autoriza al fiscal ordenar el examen corporal del imputado como pruebas sanguíneas, genéticas y otras, actividad investigatoria que, definitivamente, será cuestionada por la defensa de los investigados, corriendo el riesgo de perder la legalidad de la actuación probatoria, generando con esto impunidad.

El Código Procesal Penal en el artículo 159 establece que el juez no podrá utilizar directa o indirectamente las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneraciones del contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas. Se advierte que el Código Procesal Penal, materia de investigación y obtención de pruebas, presenta las exigencias legales para su actuación y a la vez indica que la inobservancia de los principios procesales y al debido proceso se castiga con la pérdida de la prueba al órgano persecutor, es decir, la generación de impunidad.

En esta parte el Código Procesal presenta las exigencias para la obtención de pruebas y restricción de derechos que deberán ser observadas de manera irrestricta por los investigadores. De lo contrario, no podrán sostener, ni mucho menos construir su teoría del caso. Sin perjuicio de ello, el Código Procesal Penal significa una herramienta moderna. Se sustenta en el sistema acusatorio garantista, y, sobre todo, basado en el principio de igualdad de armas, en donde todo los operadores a excepción del juez se encuentran en el mismo nivel y gozan de las mismas prerrogativas, salvo en la parte investigatoria pura, en donde el fiscal es el amo y señor de la investigación. Sin embargo, en esta etapa la actuación fiscal se encuentra bajo el control del juez de la investigación preparatoria, a donde las partes pueden recurrir a efectuar sus reclamos como el control de plazo, audiencia de tutela, denegatoria en el ofrecimiento de pruebas durante la investigación. Por lo tanto, este cuerpo legal es una herramienta importantísima para la investigación de los delitos

y en este caso de la lucha contra la criminalidad organizada, pero siempre guardando el respeto al debido proceso con observancia de las garantías procesales, por lo que consideramos que los operadores necesitan ser capacitados en la investigación.

Protocolos de investigación de la Corte Suprema de la República

El Ministerio Público mantiene una conducta proactiva en la lucha contra el crimen organizado. Mantiene todo un protocolo de investigación, habiendo dictado una serie de directivas con el propósito de viabilizar la investigación y las intervenciones que realizan en el ejercicio de sus funciones. También, se cuenta con el reglamento de las Fiscalías Especializadas contra el Crimen Organizado, donde aparece el objeto y finalidad de este reglamento y sus funciones, todas bajo el marco de la Constitución Política del Estado. Asimismo, se dispone con la Ley de Crimen Organizado y con el Reglamento de las Fiscalías Especializadas de Corrupción de Funcionarios.

Especialización de los operadores de justicia

Para la persecución y la investigación de las organizaciones criminales, así como para el juzgamiento y condena, se requiere indispensablemente la especialización de los operadores de justicia. Para lograr la especialización, se ha creado los sistemas de juzgamiento, así el Poder Judicial para el juzgamiento de las organizaciones criminales ha creado la Sala Penal Nacional, la misma que se encarga del juzgamiento de este tipo de agrupaciones criminales. En este mismo sentido, el Ministerio Público ha creado las Fiscalías Especializadas para las distintas actividades criminales graves. Entre ellas tiene la dedicada a la investigación y persecución de organizaciones criminales. En este mismo sentido, la Procuraduría Pública viene capacitándose como para poder intervenir en la investigación y juzgamiento de estos tipos criminales. También, la policía viene haciendo lo mismo y se viene perfeccionando en la investigación de esta modalidad criminal. Resulta de vital importancia la capacitación y perfeccionamiento para su especialización, para que de esta manera se pueda obtener un proceso adecuado y transparente, y cualquiera que fuera el resultado final, las partes queden satisfechas con el procedimiento. Así se evitará las omisiones, respetando de manera irrestricta, el debido proceso a fin de no contaminar la actividad probatoria y se genere impunidad.

Como se ha dicho durante el desarrollo del trabajo, este Código de Corte Acusatorio garantista a diferencia del código de procedimientos penales de 1940, ha establecido normas claras de procedimiento y de respeto a las formalidades y garantías procesales. Por lo tanto, ninguno de los operadores judiciales puede permanecer al margen del procedimiento, del conocimiento

del mismo, del desarrollo de la jurisprudencia y de los anales judiciales. Esto debido a que la Policía y el Ministerio Público coadyuvados por la Procuraduría Pública desarrollen una eficiente labor investigatoria para lograr castigar y desintegrar a las organizaciones criminales. Por ende, el Poder Judicial también se ha especializado en el juzgamiento de esta modalidad criminal, lo que asegura sentencias adecuadamente fundamentadas cualquiera que sea su resultado, por cuya razón a continuación se detalla la actividad de cada uno de los operadores.

- ▶ **La Policía.** La especialización policiaca es indispensable, ya que resulta un verdadero soporte de la investigación. La norma procesal a partir del artículo 67 le ha concedido una serie de funciones y atribuciones. Le concede inclusive iniciativa de investigación, además de custodiar escenas del crimen, practicar registros de personas, conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito. También, identifica a los autores y partícipes del delito, así como asegurar todo tipo de documentos que puedan servir en la investigación. Esta iniciativa que la ley le concede se debe a que en la mayoría de los casos, es la misma Policía la primera en tomar conocimiento de un hecho criminal de lo que dará cuenta al Ministerio Público. Entonces es responsabilidad de la Policía llevar a cabo todas las actividades que durante la investigación y el proceso penal se convertirán en pruebas. De esta actividad, levantará actas detalladas que serán entregadas posteriormente al fiscal. Es un hecho innegable que la Policía es quien en primer momento toma conocimiento del hecho criminal y de la escena del crimen, por lo que su participación resulta un hecho ineludible.
- ▶ **La Procuraduría Pública.** La defensa del Estado coadyuva permanentemente a la investigación y la persecución del delito. Si bien es cierto su principal interés es obtener la reparación civil para el Estado, esto solo se logra si existe condena penal contra los infractores. Por consiguiente, participa activamente también durante la investigación y el juzgamiento, por lo que su perfeccionamiento y especialización resulta indispensable.
- ▶ **El Ministerio Público.** Tal como se ha manifestado en varios pasajes de este trabajo de investigación, el Ministerio Público ha creado un cuerpo especializado que lucha contra el crimen organizado. Debido a su dedicación continua han desarrollado el conocimiento sobre el área y sobre todo de las organizaciones criminales, generando protocolos de investigaciones y luchas contra el crimen organizado. Todo esto a fin de acopiar las pruebas suficientes para construir su teoría del caso y llevarlas ante el Poder Judicial. No hay que olvidar, además, que en la investigación y persecución de las organizaciones criminales

la normatividad vigente ha generado otras figuras como las del colaborador eficaz, agentes encubiertos, que deben ser adecuadamente administradas y aprovechadas por el Ministerio Público.

Además, corresponde al fiscal de la Nación impartir las directivas e instrucciones para la debida realización de la investigación: búsqueda y cuidado con la obtención de medios de investigación, aseguramiento de la escena del crimen, cumplimiento en el respeto de los imputados, protección de las víctimas y testigos; lo que se materializa con protocolos de intervención (Sánchez, 2013, p. 96).

- ▶ **El Poder Judicial.** Como se mencionó, el Poder Judicial ha especializado el juzgamiento de las organizaciones criminales en la Sala Penal Nacional. Por su dedicación, se ha logrado un alto grado de especialización, con conocimiento expreso de la estructura de las organizaciones criminales y del sentir de sus integrantes. Esta especialización, sin duda, va a coadyuvar a que las resoluciones que recaigan en los procesos, ya sea en uno u otro sentido son técnicamente aceptados.

La prueba en el proceso penal

Antes de hablar de prueba debemos referirnos a su significado *Centis Melendo* (citado en Talavera, 2000) indica que la palabra prueba deriva del término latín *probatio, probationis* que a su vez procede del vocablo *probos* que significa «bueno». Por lo tanto, lo que resulta probado es bueno y se ajusta a su realidad. Probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa. Cafferata (1988) refiere que la prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente. Esta noción llevada al proceso penal permitiría conceptualizar la prueba como todo que pueda servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en él se investigan y respecto de los que se pretende actuar en la ley sustantiva. La prueba es el modo más confiable para descubrir la verdad real y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales.

La debida actuación probatoria, resulta de vital importancia, a fin que el órgano persecutor pueda reunir y actuar la prueba, que verifique su teoría del caso y proporcionar así al órgano jurisdiccional los elementos para lograr una sentencia condenatoria. En este sentido, San Martín (2015) sostiene: «Es garantía de defensa procesal, el derecho a probar y controlar la prueba» (p. 128).

Por tanto, conforme lo indicado por Salas (2012) la prueba resulta esencial en el proceso penal, toda vez que, sea directa o indiciaria, será la que corroborará la versión de alguna de las partes generando convicción en el

juzgador, en su caso, su ausencia o insuficiencia impedirá tal fin. Es así que, el tema de fondo en el proceso penal, esto es, la determinación de la existencia del delito y la responsabilidad del encausado, se definirá en atención de la prueba (p. 21).

Valoración de la prueba en los procesos por delitos cometidos a través de una organización criminal

Chávez (2020) señala acertadamente que uno de los temas más controvertidos en el proceso por delitos cometidos a través de una organización criminal, debido a la complejidad de la investigación, es la valoración de las pruebas que el Ministerio Público y la Policía Nacional han acopiado durante la investigación preliminar, así como la investigación preparatoria. Dentro del marco probatorio contra una estructura criminal, es fundamental la actuación de la prueba indiciaria, puesto que, en la mayoría de los casos, la única forma de vincular a los cabecillas con resto de la organización es a través de esta. Por ello, es importante que los operadores de justicia tengan la suficiente experticia en su manejo.

Con respecto a que esta pueda ser tenida como válida, la Cas. n.º 628-2015 Lima señala en materia de prueba indiciaria, para que la conclusión inculpativa pueda ser tenida por válida es preciso:

- ▶ **Primero.** Que los hechos indicadores deben estar interrelacionados y ser convergentes: deben reforzarse entre sí y ser periféricos o concomitantes con el hecho a probar.
- ▶ **Segundo.** Cada uno de los indicios estén probatoriamente bien y definitivamente acreditados.
- ▶ **Tercero.** La deducción realizada a partir de estos, que deben ser suficientes, sea racional, de tal manera que la deducción pueda considerarse lógica.
- ▶ **Cuarto.** Motivación suficiente, conforme al artículo 158.º inciso 3 del Nuevo Código Procesal Penal.
- ▶ **Quinto.** Debe estar apreciado conforme a los criterios colectivos vigentes. En la conformación del análisis para la configuración de la prueba indiciaria, desde luego, no puede dejarse de tener presente lo que se entiende como «prueba en contrario» y «contraprueba».

Y, con relación a la valoración de la prueba en el proceso judicial contra una organización criminal, la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad n.º 339-2016-Lima, señala el derecho presunción de inocencia, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargas válidas. Esto implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con garantías necesarias,

conforme lo recalca la doctrina consolidada en el Acuerdo Plenario n.º 2-2015/CJ-117 del 30 de setiembre del 2005. Por lo tanto, se recuerda que la sentencia condenatoria ha de fundarse en auténticos actos de prueba, y que haya sido obtenida y practicada en la forma que regula el ordenamiento jurídico. Esta actividad y comportamiento será suficiente para erradicar cualquier duda razonable, quedando en suma, desvirtuada la presunción de inocencia.

4. Conclusiones

La criminalidad organizada, en la actualidad, viene actuando en todo el ámbito peruano. Su estructura jerarquizada, su capacidad logística y operativa, le permiten actuar muchas veces con impunidad. Este es un conflicto latente en el que las autoridades encargadas de la investigación y persecución vienen actuando con diligencia, contra un enemigo común, que muchas veces supera la capacidad del Estado. Se ha infiltrado en las fibras más sensibles de la sociedad, ocasionando daño a los bienes jurídicos tutelados, y que el perfeccionamiento y experiencia de la Policía y el Ministerio Público están minando su estructura y su libre actuar.

La comunidad internacional se ha unido en la lucha contra la criminalidad organizada, unidad que se logró a partir del Tratado de Palermo. Por lo tanto, cada Estado no está solo en la lucha contra el crimen sino que cuenta con el apoyo de la comunidad internacional que proporciona información sobre las operaciones de las organizaciones en el mundo. Además, se cuenta con la colaboración judicial mundial para extraditar, remitir informes, trabar embargos, bloquear cuentas corrientes, bancarias, etc., y esta estrategia común es la única forma viable para poder luchar contra las poderosas organizaciones criminales.

Si bien es cierto, los datos que proporciona la estadística de las sentencias condenatorias obtenidas contra las organizaciones criminales no es muy alentadora. Sin embargo, denota que la lucha del Estado va en progreso y según las referencias e esta investigación en el 2017 se han obtenido 42 sentencias condenatorias, con la información proporcionada por la Fiscalía de la Nación de las Fiscalías Especializadas de Crimen Organizado, que obra en los anexos correspondientes de este trabajo monográfico.

La actuación de los operadores de justicia resulta de vital importancia para el éxito de la lucha contra la criminalidad. También son de gran ayuda la preparación e instrumentalización de estos órganos, así como su permanente coordinación para conseguir el éxito deseado.

Es indispensable que el Estado destine más fondos para el perfeccionamiento de los operadores de justicia, debido a que si bien es cierto se ha obtenido logros en la lucha contra el crimen organizado, las empresas del crimen se perfeccionan cada día, debido a las ingentes ganancias que le proporciona su ilícito actuar. Por tanto, se debe fortalecer el Sistema Judicial, sobre todo, en su autonomía que tiene directa injerencia en el factor económico, y puede cumplir su función adecuadamente, haciendo frente a las organizaciones criminales. Se debe formar por norma una comisión permanente de evaluación y seguimiento del desarrollo y lucha contra las organizaciones criminales.

Referencias

- Cafferata, J. (1988). *La prueba en el proceso penal*. De Palma.
- Chávez, J. (2020). *El Crimen Organizado en el Perú*. Instituto Pacifico.
- Gonzáles, Samuel y Buscaglia E. (s.f.). *Cómo diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada trasnacional dentro de la convención de Naciones Unidas*. Inacipe.
- Organización de las Naciones Unidas. (2000). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Palermo, Italia.
- Prado, V.(2016). *Criminalidad Organizada-Parte Especial*. Instituto Pacifico.
- Prado, V. (2013). *Criminalidad Organizada y Lavado de Activos*. IDEMSA.
- Salas,C. (2012). *La actividad probatoria en el nuevo proceso penal recolección, ofrecimiento, admisión y valoración*. Gaceta Penal & Procesal Penal.
- Sánchez, I. (2005) *La criminalidad organizada. Aspectos sociales, procesales, policiales*. Dykinson.
- Sánchez, P. (2013). *Código Procesal Penal Comentado*. IDEMSA.
- San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Talavera, P. (2000). *III Seminario Teoría de la Prueba-Diplomado en Derecho Procesal Penal*. Universidad Alas Peruanas.
- Zuñiga, L. (2009). *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Comares.
- Zuñiga, L. (2016). *Ley Contra el Crimen Organizado*. Instituto Pacifico.



RETOS de la
magistratura
en temas
de DERECHO
PROCESAL CIVIL



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 2, enero-junio, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n2.08



Alcances y retos de la Reforma Procesal Civil en la magistratura

Scope and challenges of the Civil Procedure Reform in the magistracy

María del Carmen Gallardo Neyra*

Cuarta Sala Civil de Lima
(Lima, Perú)

Mgallardo@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-4546-9761>

Resumen: Se reflexiona acerca de la necesidad que tiene la magistratura de la especialidad civil de adecuar el proceso a sus finalidades, manteniendo como eje fundamental a la persona humana, revalorando la necesaria uniformidad de criterios jurisdiccionales, así como el reforzamiento del papel de la Corte Suprema y el uso adecuado de las técnicas procesales.

Es imprescindible que los jueces civiles replanteen al proceso civil bajo un nuevo paradigma, pues a través del mismo no solo se busca alcanzar la solución del conflicto entre privados sino, y a la vez, aplicar el derecho que corresponde en tiempo oportuno para lograr una decisión justa, que coadyuve a lograr paz, seguridad y tranquilidad social.

Palabras clave: eficiencia, derechos fundamentales, uniformidad de jurisprudencia, técnicas procesales, justicia

Abstract: It reflects on the need of the civil specialty magistracy to adapt the process to its purposes, keeping the human person as the fundamental axis, revaluing the necessary uniformity of jurisprudential criteria, as well as the strengthening of the role of the Supreme Court and the proper use of procedural techniques.

It is essential that civil judges assume the civil process under a new paradigm, because through it not only seek to reach the solution of the conflict between private but at the same time, apply the right that corresponds in a timely manner to achieve a fair decision, I helped to achieve peace, security and social tranquility.

Key words: efficiency, fundamental rights, jurisprudence uniformity, procedural techniques, justice

RECIBIDO: 2/04/2020
APROBADO: 10/05/2020

REVISADO: 4/05/2020
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

A puertas de iniciar la tercera década del siglo XXI, resulta conveniente preguntarse cuáles son los retos que debe asumir la magistratura de la especialidad civil. Esto bajo el entendido que los conflictos puestos a su conocimiento son principalmente de contenido patrimonial, principal hacedor de riqueza y bienestar para los ciudadanos por tener como fin el proveerle de condiciones materiales. Corresponde al Estado velar por su protección, por ser esta una de las finalidades de un Estado social y democrático.

Para ello, debemos tener en cuenta que nuestra norma rectora, el Código Procesal Civil, data del año 1993 (promulgado a través del D. L. n.º 768 del 6 de marzo de 1992 y Resolución Ministerial n.º 10-93-JUS del 23 de abril de 1993). Han transcurrido 26 años durante los cuales la vorágine de la globalización también ha alcanzado al Derecho como ciencia social y por ende al proceso civil.

Así, se plantean nuevas discusiones en torno al proceso civil, las que pretenden lograr una adecuada solución a las nuevas situaciones conflictivas que surgen. Estas se convierten en retos que deben ser resueltos por la Magistratura. De otro lado, corresponde afirmar que, preexistiendo otras situaciones, las que si bien es cierto se presentan ya desde algún tiempo, resulta imperativo que la magistratura defina su posición sobre las mismas o, se afiance sobre las existentes, ello en aras de un adecuado funcionamiento del proceso civil.

Para la suscrita, existen cuatro ejes sobre los cuales debe versar la actitud de los jueces de la especialidad civil de las diversas instancias de la república, las que coadyuvarán a sortear la vorágine antes mencionada, constituidos en cuatro retos.

2. La persona humana debe continuar siendo el centro del proceso

El primer reto, qué duda cabe, es continuar con la ideología contenida en la Constitución Política de 1993 y el Código Procesal Civil del mismo año. Así, para la primera, «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado», reconociendo, además, una serie de garantías procesales dentro de su cuerpo normativo, tal como se puede apreciar en su artículo 2, así como en el 139.

Por su parte, la segunda de las normas indicadas establece que «Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso». Estos derechos (tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso) se encuentran contenidos en el artículo 139 de nuestra Constitución. Ello, en concordancia con lo expresado por Haberle "Un principio constitucional portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres, que prohíbe consiguientemente, que la persona sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento peligroso a la cuestión principal de su cualidad subjetiva, que afirma las relaciones y las obligaciones sociales de los hombres, así como también su autonomía» (Landa, 2019, p.10).

En dicha virtud, para afirmar que la dignidad no solo debe entenderse como un valor recogido como principio constitucional, sino también como un generador de derechos fundamentales, que actuará como eje fundamental en la actividad del Estado en general y en específico en los magistrados del Poder Judicial. Por consiguiente, se incita a buscar la realización de acciones efectivas para el logro de los fines del Estado y desarrollo del hombre.

En ese sentido, al ser la persona humana el fin supremo de toda sociedad y del Estado, ello implica que para todo proceso el fin supremo también es este o, mejor dicho, sus derechos o intereses. Por lo tanto, el proceso es concebido (y debe continuar siéndolo) como se expresa a continuación:

Medio de protección de los derechos materiales, desde la perspectiva del Estado constitucional. Dicha explicación se realiza a partir del rol preponderante que debe tener la dignidad de la persona en toda explicación jurídica. Desde allí, es preciso identificar los valores del Estado constitucional que justifican y explican el proceso (...). Todas las instituciones procesales deben ser definidas en función

de esa concepción del proceso y todas las normas procesales deben permitir la vigencia de los derechos fundamentales procesales con mira a la realización de los derechos materiales. Ninguna otra debe ser la finalidad ni la razón de ser de ellas. (Priori, 2019, pp. 15-16)

Así, las acciones del Estado deben estar dirigidas a efectivizar los derechos de las personas, en el caso concreto del Poder Judicial y en específico de los jueces civiles. Es importante sostener que aun cuando el contenido de la norma procesal está a cargo de los legisladores, el magistrado debe hacer uso del anotado cuerpo legal y de la Constitución para resolver los conflictos en forma oportuna y en justicia.

Lo mencionado ya viene siendo acogido desde hace algún tiempo por el Tribunal Constitucional, el que en su STC n.º 206-2005-PA, f.j. 5, reconoce que todos los jueces del Poder Judicial (y por ende los civiles) son los primeros garantes de los derechos fundamentales de las personas que se vienen discutiendo dentro de un proceso, cuando ha señalado lo siguiente: «En efecto, en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial, a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138 de la carta magna, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades protegidos por la Constitución».

En tal sentido y como se viene sosteniendo, el proceso civil debe girar en torno de la protección los derechos fundamentales de la persona, más aún si prima un Estado Constitucional, el mismo que en su noción material implica el reconocimiento «de ciertos valores que giran en torno a la dignidad de la persona, en la forma democrática de derecho y en el respeto de los derechos fundamentales» (Priori, 2019, p.38).

En esta línea se encuentra el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil presentado por el grupo de trabajo constituido por Resolución Ministerial n.º 181-2017-JUS, el mismo que fuera publicado por Resolución Ministerial n.º 070-2018-JUS el 5-3-2018, el que en su exposición de motivos, de manera expresa, hace mención a dichos principios procesales constitucionalizados. En ellos se expresan que las normas procesales son un vehículo para la prestación eficaz del servicio de justicia (i). Se tiene el proceso como base y finalidad el más completo respeto a la dignidad de la persona humana. Es decir, lo concibe como un servicio brindado por seres humanos para seres humanos (ii). Coloca a la persona humana como centro del sistema de justicia, debiendo buscar

el proceso la realización de los derechos fundamentales (iv) y si bien es cierto que hasta la fecha nos encontramos frente a un proyecto, no lo es menos que el respeto de la persona humana durante la prosecución de un proceso debe ser el principal reto de todo magistrado.

En tal sentido, este es el primer reto que debe asumir el magistrado civil y de cualquiera otra especialidad. El juez debe continuar concibiendo a los intereses y derechos de la persona humana como fin supremo del proceso (civil o cualquier otro proceso que sea encargado de resolver). Así se contribuirá con la consolidación de aquella como tal dentro de la sociedad y del Estado y proteger a través del proceso sus derechos fundamentales. El juez Eto (2017) manifiesta:

Es una pieza clave en convertirse en el garante jurisdiccional en tutelar y restablecer los derechos que se ven menoscabados. De allí la necesidad de contar con un perfil de juez de una concepción plural y abierta, y no reduccionista y cerrada en la protección de los derechos fundamentales. (p.15)

Sobre el particular es importante anotar que en la actualidad dicho pensamiento es acogido por los jueces de la especialidad civil, efectivamente, hace algunos meses magistrados han tomado iniciativa de mejorar los procesos civiles con eficiencia y eficacia. Así, recogiendo algunos instrumentos del Código Procesal Civil (en reforma) se pretende privilegiar la oralidad en los procesos civiles, el cual junto al principio de inmediación, que implica el principio de inmediación, tiene por objeto que el juez -quien va en definitiva a resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica- tenga el mayor contacto posible con todos los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares, etc.) que conforman el proceso» (Monroy, 2004, p.301). También, se tienen en cuenta al principio de concentración procesal, que resulta ser aquel que establece que los diversos actos procesales se lleven en un mismo acto, propende a impedir su dispersión. Se está logrando reducir los tiempos en beneficio de los justiciables.

Por ello, se debe resaltar que la inquietud por mejorar el proceso civil ha venido de los propios jueces, la cual posteriormente ha sido recogida por el órgano de gobierno para que dicha buena práctica sea replicada en otras latitudes del país. Todo ello se realiza con la finalidad de hacer efecto el derecho fundamental al debido proceso en conexión a otros que establece nuestra Constitución.

Este importante acontecimiento merece sin duda ser tratado de manera más extensa, por lo que reservo análisis para otro momento y paso a continuar con el presente estudio.

3. Necesidad de uniformizar criterios para la interpretación de las disposiciones normativas

Líneas arriba se ha mencionado al fenómeno consistente en la constitucionalización del Derecho (que abarca también al Derecho Procesal), encontrándose dentro del mismo el auge que ha alcanzado la interpretación jurídica.

Es dentro de este escenario que surge la distinción entre disposición y norma. La primera es «cada enunciado que forma parte de un documento normativo, es decir, cada enunciado del discurso de las fuentes», mientras que la segunda es «cada enunciado que constituye el sentido o significado atribuido (por alguien) a una disposición (o aun fragmento de disposición), o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones» (Guastini, 2011, p.136), de tal manera que «la disposición (enunciado por interpretar) es un enunciado del discurso de las fuentes, la norma (enunciado interpretado) es un enunciado del discurso del intérprete» (Guastini, 2011, p.138).

Así, al momento que cada juez interpreta una disposición crea una norma y si bien es cierto que las normas de un juez tendrían que ser siempre en el mismo sentido (ello en aplicación del *stare decisis*), nada nos asegura que las creadas por otro juez de igual nivel, pero de diferente distrito judicial (o del mismo inclusive) en casos similares sean distintas. Esto iría en contra de la seguridad jurídica, derecho que comprende, entre otros, a la calculabilidad por la cual «el justiciable tiene derecho a prever razonablemente las consecuencias jurídicas del comportamiento del Estado frente al trámite del proceso y de su resultado» (Cavanni, 2014, p.76).

El derecho a la seguridad jurídica va directamente relacionado con el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales, y ambas han sido reconocidas de manera expresa por el Tribunal Constitucional en diversa jurisprudencia. Así, por ejemplo, a través del Expediente n.º 16-2002-AI/TC, donde el máximo intérprete de la constitución ha señalado lo siguiente: «La seguridad jurídica como principio constitucional».

1. El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La previsibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. [...]
2. Así pues, como se ha dicho, la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la norma fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, [...].

Es en este escenario otro de los retos para los jueces civiles es el de uniformizar criterios interpretativos. Esta acción se realiza con la finalidad de buscar la previsibilidad del Derecho, pues esta «no solo es un factor de gran importancia para optimizar la administración de la justicia, sino también, algo imprescindible para el desarrollo de la sociedad en un contexto de respeto al derecho» (Marinoni, 2013, p.41). Lo contrario, esto es, la existencia de normas contradictorias como resultado de la interpretación de las disposiciones normativas, contribuiría a la anarquía dentro del Derecho y de la administración de justicia.

Uno de los principales obstáculos para lograr la uniformización de los criterios jurisdiccionales es la denominada discrecionalidad del juzgador. En efecto, como es ampliamente conocido, el juez puede interpretar a discreción como mejor crea conveniente una determinada norma para resolver una determinada incertidumbre jurídica. Sin embargo, al existir diversos criterios de interpretación, genera que, en muchos casos, los fallos judiciales devengan en contradictorios sobre las mismas materias.

Es necesario tener en cuenta que de ninguna manera se pretende quitar la potestad discrecional del juez, ya que ello implicaría también un daño al sistema judicial. Sin embargo, sí resulta necesario uniformizar los criterios de interpretación, pues con ello, también podría lograr la uniformización de los criterios jurisdiccionales.

En tal sentido, los criterios interpretativos a ser empleados por los magistrados deben uniformizarse, debiendo para ello dejar de lado los considerados por el legislador histórico al momento de promulgar la disposición, para interpretar al texto valorando aspectos morales, culturales, económicos y políticos de su momento histórico (Marinoni, 2013, p. 61), lo cual revelará, siguiendo al mismo autor, una interpretación «no estática» y «acorde con las necesidades sociales y a la adecuación del Derecho», con lo cual se le dará a este, y por ende al proceso, un verdadero carácter de ciencia social al servicio del ser humano y de sus derechos e intereses.

Sobre el particular, luego de las citas doctrinarias efectuadas, así como jurisprudenciales, corresponde una ubicación en el contexto actual, confirmando lo señalado. El derecho por ser un fenómeno se desarrolla a través de la historia. Esta lo hace alterable y elástico. Se afirma entonces que la aplicación del derecho contiene en sí mismo un dinamismo y no es posible aplicar el derecho de forma mecánica ni de manera indefinida.

4. El reforzamiento del papel de la Corte Suprema como Corte de vértice, así como de la unidad dentro del Poder Judicial

El presente reto no es sino una consecuencia del anterior. Así, no solo es suficiente que los magistrados empleen los mismos criterios al momento de interpretar determinada norma y que este acto tienda a buscar la satisfacción de las necesidades sociales a través de Derecho, sino que, como colofón, lo resuelto por los jueces sea uniforme y obligue a los justiciables ante futuros casos similares.

Es en este punto en donde juega una vital importancia la existencia de una Corte de vértice, la misma que, como lo señala Daniel Mitidiero, resuelva hacia el futuro a través del precedente, al que considera como «el fruto de la reconstrucción del sentido de la ley (...) el último garante y de la igualdad y cognoscibilidad del Derecho en el modelo de Corte Suprema» (Mitidiero, 2016, p. 115).

Sin embargo, tal unificación del Derecho será lograda solo si previamente se ha alcanzado la unidad dentro de los jueces que conforman el Poder Judicial. Es decir, cuando «el juez asume ser parte de un todo en donde el respeto a la igualdad y la promoción de la seguridad jurídica dependen de la actuación conjunta y coordinada –esto es orquestada– de todo el Poder Judicial» (Mitidiero, 2016, p. 115).

En efecto, los precedentes serán aplicables a todos los que dependan o se encuentren condicionados a las decisiones del Poder Judicial. Es decir, serán obligatorios para todos lo que litigan en el mismo (independientemente de las situaciones en la cuales es factible separarse de los criterios contenidos en los mismos, que no son materia de este trabajo).

El sistema jurídico se rige por el denominado *civil law*, el cual consiste básicamente en la aplicación de normas legales escritas para la resolución de las controversias. Sin perjuicio del sistema judicial, es necesario tener en cuenta que la ley no es la única fuente de derecho aplicable. En efecto, el derecho también se rige por la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del derecho, entre otros. En ese sentido, al ser la jurisprudencia una de las fuentes más utilizadas del derecho, después de la ley, es de suma importancia que esta se encuentre uniformizada.

Para que ello ocurra, como ya fue señalado previamente, debe existir, en primer lugar, uniformización de los criterios de interpretación por parte de los jueces del Poder Judicial. Para lograr ello, es necesario que exista una unidad jurisprudencial por parte de los magistrados de la Corte Suprema.

Por lo expuesto, la unidad por parte de los magistrados para la expedición de precedentes judiciales en la Corte Suprema es otro de los retos que estos deben asumir. Ello tomando en consideración que uno de los principales problemas que afecta al sistema es la inexistencia de uniformidad en los fallos judiciales.

Sobre este rubro la autora precisa que resultaría necio afirmar la inexistencia de discrepancias respecto de la aplicación e interpretación de algunas normas para la solución de algunos conflictos. No es menos cierto que los jueces de la especialidad continúan llevando adelante plenos jurisdiccionales en los cuales se debaten precisamente temas peliagudos y complejos, esto con la finalidad de unificar criterios, buscando lograr uniformidad de las decisiones, siempre en beneficio de los justiciables.

5. El empleo adecuado de las técnicas procesales y desaparición del formalismo exacerbado (ritualismo) en el proceso

A lo largo de la historia, la concepción del proceso ha variado. Así, en una primera etapa este fue considerado como una mera técnica, para luego dar lugar a la etapa del procedimiento. Este se encontraba condicionado a la ley como única forma de protección al ciudadano. Surge el formalismo que exigía un respeto exagerado de la forma. Luego se pasó a la etapa científica del derecho procesal, para, finalmente, entrar a la de la constitucionalización del derecho y del proceso.

Esta última etapa en la historia del derecho procesal dio lugar, como se ha señalado, a la preponderancia de los derechos e intereses del ciudadano sobre las formas o técnicas que se tengan que utilizar dentro del proceso. Esto trae como consecuencia el destierro de todo formalismo y un adecuado uso de las técnicas procesales.

Pues bien, el profesor Priori (2019) manifiesta que «el culto a la ley y a las formas llevó a una concepción conforme a la cual lo trascendente en el proceso era mantener las formalidades y los procedimientos. Este fue el reino del ritualismo. Y en dicho reino, la nulidad encontró un escenario perfecto para gobernar. Todo lo que no cumpliera la formalidad y el procedimiento sería nulo» (p. 33).

En el Código Procesal Civil se encuentra una concepción antiritualista, tal como se puede apreciar de su artículo 171, el cual rige precisamente las nulidades procesales y que en su segundo párrafo señala que «cuando la ley prescribe formalidad determinada bajo sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, este será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito». Asimismo, en el segundo párrafo del artículo 9.º del

T.P. Indica que, en cuanto a las formalidades, «el juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso».

Sin embargo, este último dispositivo comienza señalando que «las formas procesales consideradas en este código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. Las formalidades previstas en este código son imperativas». Ello, a primera vista, podría resultar contradictorio con lo señalado en los otros dispositivos y con lo que hemos señalado.

Es por ello que, no se debe confundir forma con formalismo. Para Alvaro de Oliveira (2007), «es el envoltorio del acto procesal, la forma como este debe exteriorizarse, se trata por tanto del conjunto de signos por los cuales la voluntad se manifiesta y de los requisitos a ser observados en su celebración» (p. 28). Por su parte, el formalismo deriva de la concepción de la forma en sentido amplio, esto es «las condiciones de lugar y tiempo en que se realiza el acto procesal», las mismas que son extrínsecas al acto, «luego son circunstancias que, por delimitar los poderes de los sujetos procesales y organizar el proceso integran el formalismo procesal. Estas circunstancias no intrínsecas al acto, constituyen exactamente las formalidades» (ibídem, p. 29). Estas precisamente son las que tienen que ser rechazadas por ser innecesarias, pues pretender su observación trae como consecuencia el mencionado formalismo. Esto es «una verdadera exageración del fenómeno, pues no toma en cuenta la razón de ser de la exigencia formal y desprecia solemnemente la principal idea que se encuentra en la base de cualquier y todo requisito de esa naturaleza, cuya función es impedir que el proceso se transforme en sinónimo de complejidad ritual: la instrumentalidad de la forma» (Dos Santos, 2010, p. 599).

En tal sentido, el reto del magistrado civil es precisamente la erradicación del formalismo dentro del proceso. Es conveniente mencionar, también, que la Reforma de del Código Procesal Civil, en su exposición de motivos, señala que «el sistema de justicia debe ser visto como un servicio integral, de modo que las normas procesales son solo un vehículo para prestar de modo eficaz este servicio» (1), para más adelante agregar que «el proceso así concebido repudia los formalismos» (4), posición esta más categórica a la asumida por el Código Procesal Civil.

Finalmente, el control del uso adecuado de las técnicas, esto es de «los medios destinados a que esos instrumentos (el proceso) alcance su objetivo mayor» dentro del proceso civil también constituye otro reto para los magistrados.

En efecto, la técnica, «debe ser concebida a la luz de los principios que rigen el sistema jurídico del país, especialmente aquellos de naturaleza constitucional» (Dos Santos, 2010, p. 95). Ello por cuanto de no observar

reglas o valores (como también lo señala el profesor Priori) «generaría que en el proceso se den situaciones de desigualdad, y, a su vez, convertir a los procedimientos en impredecibles» (Priori, 2019, p. 32), lo cual va en contra de la esencia de un proceso (o procedimiento) en un Estado constitucional.

Abunda a lo expresado lo señalado en el art. 3.º del T.P. del C.P.C., al establecer que la finalidad abstracta de todo proceso es lograr la paz social en justicia, resulta un reto para el juez el velar por el uso adecuado de las mismas dentro del proceso. Actualmente, los magistrados civiles se encuentran afrontando el reto de desaparecer el excesivo ritualismo en el proceso; y es que tal como se señaló al concluir el primer reto (eje), desde hace unos meses jueces civiles del interior de la república tuvieron la idea de privilegiar la oralidad en los procesos. Esto es, dando contenido a algunas normas del Código Procesal y aun cuando no está recogido ni determinado como un principio en el mismo, se ha entendido que se subsume dentro de los principios de inmediación y concentración procesales. Lo cierto es que al dejar de lado la excesiva escrituralidad y desarrollo de audiencia a la cual llega el magistrado con pleno conocimiento del conflicto, se viene logrando de manera exitosa la reducción de plazos.

Efectivamente, hoy en día se viene asumiendo que los procesos judiciales distan en cuanto a sus resultados ya sea porque en ellos prima la escrituralidad o la oralidad, por tratarse de tendencias procesales que se oponen entre sí, respecto de lo cual expresó Vescovi (1984): «Significa la introducción en el proceso de postulados básicos de inmediación, concentración, publicidad, eventualidad y apreciación racional de la prueba» (p. 58).

Con lo expuesto debe traslucir que la oralidad viene siendo asumida por los magistrados de la especialidad como un elemento central en el proceso a través de las audiencias; esto a despecho que no se encuentre de manera taxativa en la norma procesal y aun cuando la reforma del Código Procesal Civil está en desarrollo ante el poder legislativo.

Otro aspecto importante es el uso de la informática e instrumentos de vanguardia, que servirán para el eficiente desarrollo y fines del proceso civil; claro, siempre con el apoyo de la administración de la institución y los correspondientes recursos que deberá aportar el estado a través del ejecutivo.

6. Conclusiones

De lo que se ha expuesto en estas líneas, se concluye que la defensa de la persona humana debe continuar siendo el eje de las garantías procesales, las cuales deben garantizar la eficacia de los derechos fundamentales, resultando alentador que la judicatura de la especialidad civil en los hechos lo asuma de tal manera.

Del mismo modo, se concluye que resulta impostergable la uniformización de criterios en las decisiones, a efectos de alcanzar la previsibilidad del derecho en la administración de justicia y procurando seguridad jurídica a los justiciables para lo cual evidentemente la Corte Suprema debe erigirse como corte de vértice.

De otro lado, resulta necesario erradicar de la práctica procesal el excesivo formalismo debiendo lanzar la mirada a un adecuado y eficiente uso de las técnicas procesales en beneficio del justiciable y del proceso en sí mismo, conforme se viene haciendo con la valorización e ingreso de la oralidad en los procesos civiles, en procura de alcanzar la solución del proceso en menor plazo.

Referencias

- Landa, C. (2019). Dignidad de la persona humana. *Ius Veritatis* 2, p. 10.
- Priori, G. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- Eto, G. (2017). *El amparo: los derechos fundamentales y otros conceptos claves en el proceso de amparo*. Gaceta Jurídica
- Monroy, J. (2004). *Los principios procesales en el código procesal civil peruano, la formación del proceso civil peruano*. Palestra
- Cavanni, R. (2014). *La nulidad en el proceso civil*. Palestra Editores
- Marinoni, L. (2013). *Unidad del derecho y la cultura, en cultura, unidad del derecho y cortes supremas*. Raquel Ediciones
- Mitidiero, D. (2016). *Dos modelos de corte de vértice: cortes superiores y corte suprema, en la misión de los tribunales supremos*. Marcial Pons
- Alvaro de Oliveira, C. (2007). *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*. Palestra Editores
- Dos Santos, J. (2010). Efectividad del proceso y técnica procesal. *Communitas*
- Vescovi, E. (1984). *Teoría general del proceso*. Temis.



RETOS de la
magistratura
en temas
de DERECHO
PROCESAL LABORAL



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 2, enero-junio, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n2.09



El principio de oralidad y la sentencia en procesos laborales. La realidad en la Corte de Junín

The principle of orality and judgment in labor
processes. The reality in the Court of Junín

Timoteo Cristoval De la Cruz*

Corte Superior de Justicia de Junín

(Junín, Perú)

tcristoval@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-7852-3563>

Resumen: El nuevo proceso laboral vigente en nuestro país desde el 2010 tiene como sustento básico a los principios de oralidad y concentración. Este modelo significa un cambio de estrategias en el modo de ejercer la defensa por parte de los abogados y, también, la forma de resolver los conflictos laborales por parte de los jueces. Ahora estos tienen la obligación de emitir la sentencia durante la audiencia.

En la presente investigación el autor, ante la problemática del bajo porcentaje de emisión de sentencias durante las audiencias laborales que no superan el 30 % de los casos, tanto en primera como en segunda instancia

* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Junín, Docente de la Universidad Peruana Los Andes de Huancayo.

en la ciudad de Huancayo, se propuso conocer las razones de ese bajo porcentaje recurriendo directamente a los protagonistas de esa acción: los jueces laborales que resuelven esos casos. Para tal fin, ha realizado trabajo de campo utilizando la técnica de la encuesta, en un universo de ocho jueces laborales, tanto los que vienen ejerciendo esa actividad como quienes han ejercido esa labor anteriormente. Los hallazgos indican que la mayoría de los jueces reconocen el porcentaje bajo de la emisión de sentencias en audiencia. Esto debido principalmente a la complejidad de los procesos laborales. Para solucionar este inconveniente, se propone programar las audiencias a tiempo y se debe tener un esquema guía para resolver los casos eficazmente. Pese a ello consideran que el modelo oral es eficaz para resolver los conflictos laborales. Por último, en base a los resultados, el autor concluye que el modelo procesal laboral requiere un fuerte compromiso de los jueces laborales, lo que implica que antes de iniciar una audiencia necesariamente deben prepararse para tener conocimiento del caso, que sirve no solo para conducir adecuadamente el debate, sino que al concluir los alegatos emita la sentencia de manera inmediata.

Palabras clave: audiencia, juez

Abstract: The new labor process in force in our country since 2010 is based on the principles of orality and concentration. This model has meant a change of strategies in the way of exercising defense by lawyers and also the way to resolve labor disputes by judges, now they have the obligation to issue the sentence during the hearing.

In the present investigation the author, given the problem of the low percentage of issuance of sentences during labor hearings that do not exceed 30% of cases, both in the first and second instance in the city of Huancayo, proposed to know the reasons for that low percentage, directly resorting to the protagonists of that action, the labor judges that solve those cases. To this end, he has carried out field work, using the survey technique, in a universe of 8 labor judges, both those who have been exerting this work, as well as those who have exerted this work before. The findings indicate that the majority of the judges recognize the low percentage of the issuance of sentences in the audience, mainly due to the complexity of the labor processes, proposing that the hearings should be scheduled in time and a guiding scheme must be established to resolve the cases effectively; Despite this, they believe that the oral model is effective in resolving labor disputes. Finally, based on the results, the author concludes that the labor procedural model requires a strong commitment of the labor judges, which implies that before starting a hearing they must necessarily prepare to have knowledge of the case, which serves not only to lead properly debate, but at the conclusion of the allegations, issue the sentence immediately.

Key words: hearing, judge.

RECIBIDO: 2/04/2020
APROBADO: 10/05/2020

REVISADO: 4/05/2020
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

El proceso laboral del Perú se encuentra guiado principalmente por el principio de oralidad, modelo vigente desde el 2010 que se viene aplicando progresivamente, a tal punto que debe terminar de implementarse en todo el país en el 2021. En esa línea, la aplicación de este nuevo modelo de litigación oral en los procesos laborales trajo consigo todo un reto para los actores del proceso, llámese litigantes, abogados y jueces. Ellos deben adaptarse a esta nueva dinámica procesal: conocer las técnicas de litigación. Se debe manifestar que no es fácil su comprensión y aplicación porque ha imperado por mucho tiempo la litigación basada en la escritura.

Una de las exigencias del nuevo modelo procesal laboral requiere que tanto los abogados como los jueces deben estar muy preparados en el conocimiento del caso para encarar con éxito el debate oral, no solo para defender eficientemente a su patrocinado, sino para conducir y resolver el caso en la misma audiencia. Para este efecto, (Cristoval, 2019) en un trabajo descriptivo sobre la cantidad de casos que se venían sentenciando en audiencia, del período enero a junio de 2019, en los dos juzgados de trabajo de Huancayo y la Primera Sala Laboral de Huancayo ha concluido que existe un porcentaje elevado de casos, alrededor del 70 %, en los que jueces laborales de ambas instancias difieren el fallo de la sentencia, en comparación con los fallos dados en audiencia que apenas alcanza alrededor del 30 %. Con esto, se consolida la excepción en regla, ya que la normativa procesal solo permite diferir la notificación de la sentencia cuando se trata de casos complejos. Siendo así, el presente trabajo pretende conocer las causas principales del por qué los jueces no están resolviendo los casos en la misma audiencia.

Este modelo procesal que va a cumplir una década de vigencia en el país, en la ciudad de Huancayo se viene aplicando desde el 19 de julio de 2011. Sin embargo, los jueces a cargo de su tramitación, no le prestan mucha atención a la esencia de este modelo oral, que entre otros es resolver los casos inmediatamente después de concluido el debate oral. Es oportuno mencionar que, a nivel de primera instancia, la emisión de sentencia durante la audiencia se ha venido incrementado debido a la aplicación de los juzgamientos anticipados, que es una herramienta procesal que posibilita sentenciar los casos sin necesidad de pasar por la etapa probatoria. Esto es, una vez fracasada o agotada la etapa de conciliación, se requiere a los abogados efectuar sus alegatos finales.

Como se ha indicado líneas arriba, el autor de este trabajo, en el artículo anterior ha presentado los resultados sobre el número de casos que los jueces de la provincia de Huancayo, tanto en primera y segunda instancia, vienen sentenciando en la misma audiencia, cuyo porcentaje es alrededor del 30 % de las audiencias realizadas. Este resultado podría evidenciar que el modelo oral no estaría funcionando eficazmente.

Se infiere que este problema, de no sentenciar en la audiencia, puede estar sucediendo de manera similar en los demás juzgados o salas laborales del Perú. Se hace esta deducción al ser la realidad judicial muy similar en todos los órganos jurisdiccionales laborales, pero que para su comprobación debe ser materia de una futura investigación.

El auto juzga que es muy importante la presente investigación porque va permitir conocer a la comunidad jurídica del área laboral, que los jueces laborales de la ciudad de Huancayo están sentenciando en la misma audiencia solo en un porcentaje de alrededor del 30 %, llámese, audiencia única, audiencia de juzgamiento o audiencia de vista de la causa. Todo con el fin de que los abogados no se desencanten del modelo y que los jueces puedan internalizarlo y comprometerse con el modelo, que sin lugar a dudas brinda a las partes una transparencia en el ejercicio de la función jurisdiccional al dar a conocer el sentido del fallo en la misma audiencia. También, la presente investigación significará el inicio de un debate judicial y doctrinario sobre la viabilidad de este modelo, en concreto sobre la etapa decisoria dada en audiencia. Asimismo, permitirá a los legisladores adoptar medidas sobre el particular y a las autoridades administrativas del Poder Judicial brindar el soporte adecuado para que los jueces puedan cumplir ese cometido.

La utilidad de la presente investigación es brindar a las autoridades competentes del Poder Judicial una herramienta para que puedan encarar eficazmente la problemática del por qué los jueces vienen sentenciando en audiencia en muy bajo porcentaje. De igual forma, ayudará a los jueces laborales y a los que cumplen esa labor en toda la república tomar conciencia de que el nuevo modelo procesal laboral, basado en la oralidad, impone un compromiso para que funcione eficazmente, como tener preparación previa del caso antes de la audiencia. Es útil a la comunidad de abogados para que sepan que los jueces tienen pendiente ese reto. Esto implica que deben ir muy preparados a la audiencia respectiva, en primera o segunda instancia, para así contribuir con el debate oral, identificando los temas en controversia, el caudal probatorio y el derecho aplicable.

Finalmente, se puntualiza que la presente investigación tiene como objetivo, mostrar a la comunidad jurídica la problemática de que los jueces vienen sentenciando en audiencia en bajo porcentaje, para así tomar

conciencia de su verdadero significado que encarna el modelo de litigación laboral basado en la oralidad. También, pretende sustentar empíricamente, a partir de la propia versión de los jueces, las causas por las cuales vienen emitiendo sentencias en audiencia en un porcentaje alrededor del 30 %, para así proponer algunas ideas de cómo los jueces laborales deberían sentenciar en las audiencias en un porcentaje inversamente proporcional al actual, es decir, al 70 %.

Por lo expuesto, la presente investigación brindará los resultados del trabajo de campo obtenido de la encuesta a los jueces laborales de la ciudad de Huancayo sobre las causas del bajo porcentaje de emisión de sentencias en las audiencias, así como la discusión del mismo y las conclusiones.

2. El principio de oralidad

El principio de oralidad que rigen el proceso laboral en nuestro país ha significado no solo un reconocimiento legal en la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), Ley n.º 29497, artículo I de su Título Preliminar, sino que su importancia debe ser entendida desde su perspectiva dinámica, en sus dos sentidos, como muy apunta Paredes (2012):

Es dinámica, primero, porque la oralidad no se logra únicamente con el uso de la palabra hablada, sino solo en tanto ella signifique, a su vez, concentración, intermediación, celeridad, economía procesal, veracidad y, por cierto, publicidad; y segundo, porque la oralidad es, sobre todo —como se constata de la lección anotada— un asunto de actitud de los operadores y usuarios de la justicia laboral. Si la oralidad no se vive no se puede predicar que un proceso —el proceso laboral peruano— sea oral, aun cuando la oralidad esté consagrada normativamente como principio (p.10).

Esa actitud de los operadores de justicia, como los jueces laborales, significa un compromiso real con el modelo oral, para que este pueda funcionar eficazmente como un medio para resolver con celeridad y transparencia los conflictos laborales. Asimismo, se debe postular por un sentido fuerte de oralidad, que el mismo autor anota:

La oralidad no significa solamente el uso de la palabra hablada como medio de comunicación en las audiencias (oralidad en sentido débil). Significa la necesidad de interacción entre los partícipes, en las audiencias, para actualizar las pretensiones, las defensas y los medios probatorios a fin de permitir, al juez, a su conclusión, la construcción del sustento fáctico-jurídico de su decisión (oralidad en sentido fuerte) (p. 12).

En último lugar, conviene citar a Pasco (2008) que en una entrevista dejó clarificado la idea de la falsa oralidad, cuando los jueces leen los actuados, como también podemos decir, que los abogados solo verbalizan los escritos, en un alegato de apertura o salida. Así mencionado el autor nacional, apunta:

Por otro lado, peor que la falta de oralidad es la pseudooralidad en la que dicen que algo es oral pero, en realidad, es escrito, como en aquellos sistemas absurdos en los cuales, por ejemplo, la sentencia se lee; está escrita y se lee. Eso es aberrante, no puede llamarse oralidad, es peor que la oralidad porque hay que escribir y además leer. La oralidad es, como su nombre indica, la transmisión exclusivamente por la vía hablada y no por la vía escrita; ese salto cualitativo debe permitir, no solamente sentencias más certeras —por el contacto que tiene el juez con las partes y con el proceso—, sino mucho más céleres porque se eliminan todas las trabas que tiene el sistema actual con la escritura (p. 1).

En resumen, se puede decir para los fines de este trabajo que el principio de oralidad en contraposición a la forma escrita debe ser entendida como el ejercicio de la palabra hablada practicada activamente por las partes procesales: abogados y juez. Este se desarrolla en una audiencia laboral, donde se pone de manifiesto el rol protagónico del juez en la conducción y dirección del mismo, así como el papel descollante del abogado que desarrolla una estrategia tanto en su alegato de apertura, en la etapa probatoria de «hacer hablar a esas pruebas» como y rematar con los alegatos finales (Vinatea, 2014, p. 128).

3. La sentencia en los procesos laborales

La NLPT confiere al juez laboral un papel protagónico en el desarrollo e impulso del proceso, tal como lo establece su artículo II del Título Preliminar. En esa línea, le confiere diversas facultades, como interrogar a las partes o abogados en cualquier momento de la audiencia o disponer la actuación de medios probatorios de oficio, a la par de cumplir con otras obligaciones que el modelo exige. También, debe resolver el conflicto en la misma audiencia una vez concluida los alegatos finales, tal como lo establece el artículo 47 de la NLPT, que para los jueces de primera instancia, prescribe:

Finalizada la actuación probatoria, los abogados presentan oralmente sus alegatos. Concluidos los alegatos, el juez, en forma inmediata o en un lapso no mayor de sesenta (60) minutos, hace conocer a las partes el fallo de su sentencia. A su vez, señala día y hora, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, para la notificación de la sentencia. Excepcionalmente, por la complejidad del caso, puede diferir el fallo de su sentencia dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores, lo cual informa en el acto citando a las partes para que comparezcan al juzgado para la notificación de la sentencia. (resaltado es nuestro).

En el mismo sentido, tenemos lo regulado por el artículo 33.º, literal c de la NPLT, para los trámites en segunda instancia, cuando prescribe:

El órgano jurisdiccional de segunda instancia realiza las siguientes actividades:

c) Concluida la exposición oral, dicta sentencia inmediatamente o luego de sesenta (60) minutos, expresando el fallo y las razones que lo sustentan, de modo lacónico. Excepcionalmente, puede diferir su sentencia dentro de los cinco (5)

días hábiles siguientes. En ambos casos, al finalizar la audiencia señala día y hora para que las partes comparezcan ante el despacho para la notificación de la sentencia, bajo responsabilidad. La citación debe realizarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de celebrada la audiencia de vista. (resaltado es nuestro)

Siendo así, corresponde a los jueces laborales sentenciar los procesos de manera rápida y oportuna en la misma audiencia. Esto es uno de los principales objetivos de la oralidad, que quiere decir, emitir «la sentencia inmediata», con los conocimientos aún «frescos» de lo actuado en la audiencia respectiva (Núñez, 2019). En esa línea, el jurista nacional Priori (2010) considera, como uno de los últimos rasgos indispensables que debe presentarse en un proceso a fin de que pueda ser considerado como oral, que «la sentencia tiene que ser dictada por el juez en la audiencia (p. 141).

Sin embargo, ese deber que corresponde a los jueces laborales aún no se logra, porque las sentencias en su gran mayoría no se dictan en la misma audiencia, sino son diferidas, por lo general al quinto día. Se convierte así a la gran mayoría de los casos laborales como complejos, es decir, pasa a ser la excepción. Las razones para ese proceder se expondrá posteriormente.

4. Materiales y métodos

En la presente investigación, se utiliza el método analítico para conocer cuáles son las causas del problema planteado. En esa línea, todos los jueces que tienen a su cargo o responsabilidad de emitir las sentencias en las audiencias respectivas son el universo de estudio.

Para este fin, en el recojo de la información sobre la versión de los jueces se ha utilizado la técnica de la encuesta. Los entrevistados son aquellos que vienen conociendo los casos del nuevo modelo procesal laboral, así como quienes han conocido en meses anteriores. En la ciudad de Huancayo, existen cuatro órganos jurisdiccionales que conocen ese tipo de proceso: un juzgado de paz letrado laboral, dos juzgados de trabajo y una sala laboral. Si sumamos a los jueces, da un total de seis personas. Sin embargo, se ha considerado pertinente incluir en el recojo de la información a otros dos jueces superiores que, si bien no laboran actualmente en esos órganos jurisdiccionales, pero anteriormente han conocido ese tipo de procesos cuyo aporte es útil para esta investigación. Así, el universo de las personas a encuestar en total son ocho jueces laborales.

A los jueces se les ha formulado seis preguntas con relación al funcionamiento del nuevo modelo procesal laboral del Perú, específicamente ligadas a la realidad de la ciudad de Huancayo, cuyo recojo de información se ha efectuado a fines de noviembre de 2019. Se han realizados ocho preguntas, que figuran en el anexo.

5. Resultados y discusión

De las respuestas dadas se puede inferir respecto a las preguntas del modo siguiente:

- a) **Sobre el papel del juez en el nuevo modelo laboral oral:** Tenemos que cuatro jueces laborales que representan el 50 % consideran que este modelo es eficaz para resolver los conflictos laborales. Con esto reconocen la importancia que tiene este modelo en el medio local. También, algunos jueces consideran que el modelo oral está en una etapa de aprendizaje y de que solo garantiza la celeridad del proceso.
- b) **Respecto al conocimiento de los jueces del porcentaje de casos que se viene sentenciando:** En este punto es importante resaltar que la gran mayoría de los jueces (cinco de los encuestados) que representa el 62,5 % sí tienen conocimiento y son conscientes del bajo porcentaje que se viene sentenciado en audiencia de alrededor del 30 % de los casos. Se dice que es importante, porque va a permitir internalizar que el modelo exige de los jueces revertir esa cifra y hacerlo inversamente proporcional. Es decir, que sea el 70 % de los casos que se puedan sentenciar en audiencia y el 30 % sea diferida por ser casos complejos.
- c) **Medidas a tomar para sentenciar en audiencia:** Para que los jueces puedan sentenciar en audiencia, cuatro jueces (50 %) exigen que estas sean programadas en tiempo razonable. Vale decir, no programar muchas audiencias que a la postre va a imposibilitar cumplir con la emisión de la sentencia. También, conviene resaltar que dos jueces, consideran que se debe analizar el caso antes de la audiencia. Esto es de suma importancia, porque a partir del conocimiento del caso el juez va a estar en mejores posibilidades de sentencia.

Esta idea de estar preparados antes de la audiencia es concordante con la postura del colombiano Guette (2018), al reflexionar sobre las alternativas que tiene un juez para dictar el fallo en audiencia:

El juez, entonces, al momento de ingresar a la audiencia inicial, debe tener claridad sobre las alternativas plantadas y las posibles soluciones que pueden darse respecto a cada una. Así, en un escenario como el presente debe llevar al menos 36 posibles soluciones a las situaciones problemáticas que son planteadas. En eso consistiría la preparación previa para una audiencia. Debe existir claridad en este punto, en cuanto a que cada solución a cada problema debe contar con los respectivos argumentos, no previamente escritos –para darles lectura– sino en forma de esquemas, en los que se contengan las premisas, y los respaldos jurisprudenciales para ellos. (p. 271)

En el mismo sentido el mismo autor, más adelante, recomienda a los jueces, respecto a la motivación de la sentencia y lo que puede ocurrir

en el debate oral sobre problemas adicionales que puedan presentarse en la audiencia:

nos encontramos ante un reto, que merece gran seriedad, compromiso y preparación previa, máxime puesto que al elegir entre 36 posibles alternativas debe mostrarse que no se trata de un acto aleatorio sino, por el contrario, de un ejercicio serio y juicioso. La garantía de la motivación o justificación, en ese sentido, se vuelve importante y necesaria, (...)

Ahora bien y reconociendo la importancia de la motivación y el nivel de preparación previa al momento de ingresar a una audiencia, es preciso señalar que no puede existir un control total de las variables dentro del proceso, sean o no debatidas; (...). Con lo anterior se quiere plantear que, por más preparación que exista al momento de ingresar a una audiencia, es posible que una vez practicadas las pruebas o escuchadas las alegaciones se planteen problemas adicionales que deban resolverse y que, por ende, no hayan podido ser objeto de previsión, con lo que variarán ostensiblemente las posibilidades decisorias, haciendo más complejo el proceso de toma de la decisión, al punto de dejar al juez, de momento, sin posibilidad de respuesta. (p. 272)

Por su lado, el colombiano Toscano (2016) también apoya la preparación previa del caso por parte del juez, cuando indica:

En todo caso, la premisa general es que si el juez pretende dictar la sentencia dentro de la audiencia debe haber realizado siempre un concienzudo examen previo del caso concreto, a partir de los fundamentos de hecho expuestos en la demanda o contestación, y de las pretensiones y excepciones de mérito que se le hubieren planteado.

La falencia de este estudio previo hará imposible alcanzar el propósito de congruencia y motivación. Adicionalmente, los asistentes a la audiencia siempre sabrán qué tanto se preparó el juez para dictar la providencia (p. 325).

- d) **Las medidas administrativas para encarar el problema:** En forma adicional a las medidas que debe adoptar el juez, tenemos las acciones administrativas que plantearía para emitir sentencia en audiencia. Al respecto la mitad de los jueces encuestados apuestan por contar con un esquema o guía de cómo resolver un caso, ya que esto facilitaría su labor.

Palacios (2019, p.47) para encarar el problema de la emisión de sentencia, se pregunta «¿Cómo hacer para estar preparados para la sentencia? ¿Qué hacer en el desarrollo de la audiencia para que esta sea eficiente de cara al fallo y la sentencia?, propone diversas herramientas que se debe seguir, comenzando con listar las pretensiones, según el gráfico siguiente:

Tabla 1

Fases de aplicación del derecho y determinación de lo hechos

1	Primera selección de la norma aplicable
2	Determinación de los hechos de la hipótesis de incidencia
3	Selección de los hechos necesitados de prueba
4	Selección de los hechos no necesitados de prueba
5	Fijación de los hechos con carga probatoria satisfecha
6	Segunda selección (confirmación) de la norma aplicable
7	Subsunción
8	Determinación del sentido de la consecuencia normativa
9	Aplicación de la consecuencia normativa

e) El problema o causa principal de no emitir sentencia en audiencia:

A este respecto, la mayoría absoluta: seis jueces (75 %), plantea que la complejidad de los procesos laborales juega un rol en contra de la emisión de sentencias en audiencia. Si bien ello es cierto, reconociendo la eficacia del modelo oral, como se dijo en la primera pregunta, los jueces pueden encarar la complejidad con la preparación previa del caso, según se ha anotado en el análisis de la pregunta anterior. Es pertinente acotar que la falta de estudio o preparación del caso es la causa de no emitir sentencia. Como lo han expresado otros jueces, es fundamental para que se pueda emitir sentencia en audiencia. No menos importante, también es la respuesta múltiple que se ha dado a este interrogante, relativo a la falta de compromiso de los jueces con la oralidad y la falta de tiempo para sentenciar.

Asimismo, es importante citar al extinto laboralista nacional Pasco (2008) sobre casos simples y complejos. Él en una entrevista indica:

Claro, este fue un procedimiento sencillo, simple, con un solo tema; en cambio, cuando se tiene un caso con muchas complejidades con cuestiones jurídicas muy intensas, una prueba muy engorrosa o una variedad de extremos -como se suele decir-, obviamente no se puede juzgar de inmediato. En estos casos, la ley debe conceder flexibilidad y separar un tipo de proceso del otro. En Israel, los expedientes ingresan y hay un juez, el juez menos antiguo, que se encarga de clasificar los procesos y lo hace en tres órdenes o grados: los muy sencillos, los normales y los muy complicados. Una vez que hizo la clasificación, los deriva a jueces diferentes; por tanto, existen jueces de casos sencillos y de casos complejos. Esto, debido a que los casos complejos retardan la resolución, a diferencia del caso simple; entonces, habrá jueces que resuelvan casos

muy fáciles y que resolverán inmediatamente; y jueces que tendrán que tomarse su tiempo para pensar, deliberar con colegas o asesores y hacer otro tipo de pronunciamiento. Entonces, no se puede generalizar en un sentido o en otro; sería tan nefasto exigir una respuesta inmediata a un caso complejo, como también es nefasto retardar la resolución de un caso sencillo. (p. 2)

- f) **Percepción del funcionamiento del modelo oral en Huancayo:** Es importante destacar que el modelo oral en el campo laboral es percibido por cuatro de los jueces encuestados que viene funcionando bien. Y otros tres opinan que es regular su funcionamiento, quizá porque no se viene cumpliendo con emitir la sentencia en la audiencia. De todos modos, no existe ninguna apreciación negativa de este modelo, porque permite solucionar eficazmente los conflictos laborales.
- g) **Sobre la emisión de la sentencia en audiencia:** Seis jueces (75 %) manifiestan que la posibilidad de sentenciar en audiencias debe estar supeditado a lo humanamente posible. Finalmente, dos jueces consideran que se debe explicar a las partes asistentes las razones por las que no va emitir su decisión.
- h) **Porcentaje de casos que se puede sentenciar:** La mitad de los encuestados (cuatro jueces) consideran que un juez estaría en aptitud de sentenciar en una audiencia hasta tres casos. Y otros dos sostienen que se podría sentenciar de cuatro a cinco casos. Ello denota, que la complejidad cumple un rol importante en la resolución del caso. A este efecto, conviene citar a Nieva (2007), quien expresa algunos inconvenientes de la oralidad, cuando señala:

Es ilusorio pensar que un Juez atiende únicamente a un proceso, como perciben los ciudadanos en las películas cinematográficas, sino que lleva multitud de casos. Por ello, aunque esté presente en las vistas y tenga, por tanto, la máxima inmediación, es imposible que retenga en su memoria todos los datos que ha visto en cada proceso a la hora de dictar sentencia. Además, los asuntos que se ventilan no siempre son tan sencillos como para resolverlos en una audiencia, siendo conveniente que exista una fase de preparación escrita —para el Juez y para las partes— previa a la vista (p. 110).

En esa línea de ideas, Pasco (2012) indica:

Por ello la importancia del plan del caso. Al hacerlo, los jueces calcularán si en un día determinado podrán hacer dos o hasta tres audiencias, o si, ante un proceso especialmente complejo, se van a dedicar todo el día. Entonces, es el trabajo del Juez en su caso y el conjunto para la utilización adecuada de la infraestructura. (p. 8)

6. Conclusiones

- a) El modelo procesal laboral imperante en el Perú desde hace una década, sustentado en el principio de oralidad, es considerado por los jueces laborales de Huancayo como buena y eficaz para resolver los conflictos laborales. Sin embargo, tiene un correlato negativo de que no se cumple con emitir la sentencias en la misma audiencia, salvo en un porcentaje que no supera el 30 %. Lo recomendable sería que ese porcentaje sea inversamente proporcional. Esto es que se resuelvan el 70 % en audiencia y el resto sean diferidas por la complejidad de los procesos laborales.
- b) La baja cantidad de sentencias dadas en las audiencias tiene como causa principal la complejidad de los casos laborales. Es necesario tener una guía o esquema para que los jueces puedan mejor resolver los casos de manera inmediata. También las audiencias deben ser programadas en un tiempo razonable, pues los jueces solo pueden sentenciar lo humanamente posible.
- c) El modelo procesal oral requiere de un fuerte compromiso de los jueces laborales. Esto implica que antes de iniciar una audiencia necesariamente debe tener conocimiento del caso, no solo para conducir adecuadamente el debate, permitiendo la activa participación de las partes y sus abogados, sino también para que una vez concluidos los alegatos finales emita la sentencia de manera inmediata o en un lapso breve.

Referencias

- Canchari P. y Chávez H. (2008). La oralidad y la reforma del proceso laboral peruano. *Derecho & Sociedad* (30), p. 20. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17314/17601>
- Cerrutti, D. y Ruggiero M. (2015). *La oralidad mal entendida en la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Enfoque Derecho. <https://www.enfoquederecho.com/2015/10/14/la-oralidad-mal-entendida-en-la-nueva-ley-procesal-del-trabajo/>
- Cristoval, D. (2019). *La oralidad en la emisión de sentencias*. Módulo Corporativo Laboral de Huancayo. https://issuu.com/revista-nlpt/docs/revista_nlpt_2019.
- Fernández B., Ramírez A. y Pasco C. (2010). *Los retos del nuevo proceso laboral peruano*. Ius et veritas. [Rhttp://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12163/12728](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12163/12728)
- Guette, H. (2018). *El sentido del fallo contemplado en el artículo 373.5 del código general del proceso: lo inane de la figura*. Revista de Derecho Privado. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5795>
- Lorca N., Ariano D., Sumaria B. y Priori P (2012). Mesa redonda: la oralidad en el Derecho Procesal Civil. ¿Solución o perjuicio? *Derecho & Sociedad*. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13130/13741>
- Mejía S. (2017). Evolución histórica de la oralidad y la escritura en el proceso civil español y ecuatoriano. *Revista de Derecho*. 6, 73-94. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5813254>
- Nieva, F. (2007). *Los problemas de la oralidad*. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/195757>
- Núñez, S. (2019). *Transversalidad de la oralidad en el nuevo proceso laboral*. Los Desafíos actuales del Derecho del Trabajo, pp. 586-586.
- Ochoa M. (2005). La «implementación de la oralidad» en el proceso laboral. Diálogos y saberes. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/4297>
- Pagés LI. (2012). El dilema entre la oralidad y la escritura en la hora actual. *Derecho & sociedad*. (38). <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13129/13740>

- Paredes, P. (2019). *La oralidad como herramienta para el acceso a la justicia en el nuevo proceso laboral peruano*. <https://bit.ly/2Bg9Rec>.
- Priori, P. (2009). *Del fracaso del proceso por audiencias a la necesidad de regular una auténtica oralidad en el proceso civil peruano*. *THĒMIS - Revista de Derecho*. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/882>
- Rueda F. (8 de febrero de 2011). La oralidad en el proceso laboral. Corte de Cañete: Piloto de implementación. *Revista Jurídica del diario Oficial El Peruano*.
- Toscano, L. (2016). *La construcción de la sentencia en el proceso por audiencias*. *Revista de Derecho Privado*. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4803>
- Valencia R. (2011). *Implementación del sistema oral en los juzgados laborales del circuito judicial de Bucaramanga (COL)*. *IUSTITIA*. <http://revistas.ustabuca.edu.co/index.php/IUSTITIA/article/view/904>
- Vinatea R. (2014). *Los alegatos en el nuevo proceso laboral*. *THĒMIS* (65).

Apéndice

CUESTIONARIO

Tema del artículo científico:

El principio de oralidad y la sentencia en procesos laborales La realidad en la Corte de Junín

Objetivo: Cuestionario dirigido a los jueces que vienen tramitando procesos laborales según el modelo oral; así como a los jueces que conocieron los procesos laborales.

Instrucciones: Marque un X a una alternativa.

1. ¿Cómo entiende usted la función del juez en el modelo laboral oral?
 - Es un modelo que estamos aprendiendo poco a poco.
 - Es un modelo eficaz para resolver los conflictos laborales.
 - Solo garantiza la celeridad del proceso.
 - El juez debe resolver en base a lo debatido en audiencia.

2. ¿Sabía usted que los jueces laborales de Huancayo solo están sentenciando en audiencia alrededor del 30 % de las audiencias realizadas?
 - Sí.
 - No.

3. ¿Qué medidas considera que podría tomar usted para resolver los casos en audiencia?
 - Programar las audiencias en tiempo razonable.
 - Analizar el caso antes de la audiencia.
 - Programar casos por simples y complejos.

4. ¿Qué medidas administrativas o legislativas propondría para que un juez deba sentenciar los casos en audiencia?
 - Configurar como infracción administrativa grave la omisión de emitir sentencias en audiencia.
 - Configurar como un delito no emitir sentencia en audiencia.
 - Tener un esquema o guía de cómo resolver los casos.

5. ¿Cuál considera, según su experiencia, que es el problema o causa principal de no emitir sentencias en la audiencia?
- Complejidad de los procesos laborales, (asunto extenso con varios problemas jurídicos).
 - Falta de estudio o preparación del caso (es prematuro e irresponsable resolver sin estudiarlo, evitar error judicial).
 - Falta de compromiso con la oralidad.
6. ¿Cómo percibe el funcionamiento del modelo laboral oral en esta ciudad?
- Está bien.
 - Regular.
 - Malo.
7. Respecto a la emisión de sentencia en la audiencia usted, considera que:
- El juez debería sentenciar todos los casos.
 - El juez debe sentenciar lo físicamente posible.
 - El juez debe explicar a las partes los motivos por las que no va dictar sentencia en ese momento.
8. Según su experiencia, ¿cuál sería el porcentaje o cantidad de casos, en promedio, que un juez podría sentenciar en una audiencia?
- Menos de 3 casos.
 - Hasta 3 casos.
 - De 4 a 5 casos.



RETOS de la
magistratura
en temas
de DERECHO
PROCESAL PENAL



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 2, enero-junio, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n2.10



El examen de proporcionalidad en las casaciones de prisión preventiva

The proportionality examination in preventive prison marriages

Cesar Fernando Palli Calla*

Distrito Fiscal de Huánuco
(Huánuco, Perú)

cpallidj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-0028-7828>

Resumen: La prisión preventiva es un conflicto entre el derecho fundamental a la libertad personal del procesado frente al deber de persecución penal eficaz a cargo del fiscal. En teoría, el conflicto entre ambos se resuelve con la aplicación del examen de proporcionalidad, metodología que permite que las decisiones sean razonables. Se evita así, la discrecionalidad y arbitrariedad. El presente trabajo pretende explicar cómo se aplica la teoría de examen de proporcionalidad a los casos concretos que resuelven en diez sentencias casatorias peruanas, pudiendo comprobar como resultado que el examen de proporcionalidad (test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad) se realiza en la motivación de los presupuestos procesales (elementos graves de convicción y peligro procesal) y que los presupuestos materiales de la prisión

* Con estudios de maestría en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional por la Universidad Nacional de San Agustín. Fiscal provincial penal titular del Distrito Fiscal de Huánuco.

preventiva guarda conexión con los subprincipios de idoneidad, necesidad y ponderación.

Palabras clave: principio de proporcionalidad, libertad, persecución penal

Abstract: Preventive detention is a conflict between the fundamental right to personal liberty of the accused versus the duty of effective criminal prosecution by the prosecutor, in theory, the conflict between the two is resolved with the application of the proportionality test, a methodology that allows the decisions are reasonable, avoiding discretion and arbitrariness, the present work tries to explain how the theory of proportionality examination is applied to the specific cases that are solved in ten Peruvian random sentences, being able to verify as a result that the proportionality test (suitability test, necessity and proportionality), is carried out in the motivation of the procedural budgets (serious elements of conviction and procedural danger) and that the material budgets of the preventive prison are connected with the suitability, necessity and weighting sub-principles.

Key words: principle of proportionality, freedom, criminal prosecution

RECIBIDO: 2/04/2020

REVISADO: 4/05/2020

APROBADO: 10/05/2020

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La prisión preventiva es un caso difícil, pues mientras dure el proceso penal de un delito grave, el juez debe decidir entre el conflicto de dos principios: suspender al ciudadano investigado de su derecho fundamental a la libertad de locomoción o garantizar la efectividad de la persecución penal a cargo de la Fiscalía. Según la doctrina y jurisprudencia constitucionales de los países europeos, el conflicto entre principios se resuelve aplicando el test o examen de proporcionalidad, que está conformado por tres subexámenes o pasos que deben ser aplicados en forma sucesiva: idoneidad, necesidad y ponderación. En nuestro país, el Código Procesal Penal (artículo 253.2), el Tribunal Constitucional (STC Exp. 4780-2017 fundamento 112) y la Corte Suprema de la República, (Acuerdo Plenario n.º 01-2019/CIJ-116 fundamento 15), exigen que los jueces deben aplicar el examen de proporcionalidad, para resolver los requerimientos de prisión preventiva que presentan los fiscales.

Entonces la regla es el principio de proporcionalidad que debe ser aplicado por los jueces en todos los casos sobre prisión preventiva. Los jueces de la Corte Suprema de la República, conocen los recursos de casación presentados por la defensa y Fiscalía. Si bien, el recurso de casación está delimitado por las causales invocadas por el recurrente (artículo 432.1 del Código Procesal Penal) la función más relevante de la casación, según San Martín (2017) es «la

protección o salvaguarda de las normas de orden jurídico: nomofiláctica y unificadora de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación del derecho» (p. 454). En tal sentido, le corresponde resolver los casos de prisión preventiva en atención al principio de proporcionalidad.

Por lo tanto, es importante conocer cómo el máximo tribunal de justicia del Perú utiliza y desarrolla el control de proporcionalidad en los casos reales que conoce, más allá de las definiciones teóricas ya conocidas. Esto permitirá que, el análisis del pedido de la Fiscalía en la intervención en el derecho de libertad del ciudadano investigado, sea racional, y menos discrecional. Es decir, se debe ofrecer una motivación razonada y suficiente. En tal sentido, se precisarán, primero, los conceptos operacionales de los derechos fundamentales concebidos como principios; después, los principios en conflicto: Luego, se puntualizará la libertad locomotora frente a la persecución penal efectiva. Enseguida, se determinará la metodología conflictiva y el test de proporcionalidad y sus subprincipios. Posteriormente, se definirán los presupuestos procesales de la prisión preventiva y, finalmente, la aplicación del control de proporcionalidad a las casaciones de la Corte Suprema.

2. Material y métodos

El estudio se realizó, primero, en la doctrina nacional y extranjera y en la legislación y jurisprudencia nacional. Se han extraído conceptos operacionales que se utilizan para realizar el estudio a la jurisprudencia relevante de los últimos diez años de la Corte Suprema de la república, sobre el examen de proporcionalidad a casos concretos que conocen en la realidad, aplicándose como método el análisis descriptivo.

3. Resultados

3.1. El principio de proporcionalidad como metodología conflictivista

El principio de proporcionalidad es una herramienta metodológica que permite al intérprete hacer racional el examen de las intervenciones en casos concretos en los cuales colisionan dos o más principios constitucionales. La interpretación involucra una metodología conflictiva, por el cual se admite que el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental puede entrar en contradicción con otro de la misma naturaleza. Su solución implica hacer prevalecer un derecho fundamental o bien constitucional y sacrificar al otro. Al respecto Castillo (2020) precisa:

De modo que para esta metodología iusfundamental, la pregunta relevante que ha de responder el intérprete constitucional es cuál es el derecho fundamental pesa más y cual se ha de sacrificar en un caso concreto. Para tal cometido pone a su disposición de una herramienta teórica muy bien estructurada, el principio de

proporcionalidad, el mismo que opera a través de sus tres juicios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. (pp. 172-173).

Para esta metodología, se concibe a los derechos fundamentales y bienes constitucionales, como principios y a estos como mandatos de optimización, que se definen como: «normas que mandan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas. En consecuencia, los principios son mandatos de optimización que se caracterizan por el hecho de que se pueden cumplir en diversos grados» (Alexy, 2019, p. 92). La concepción de los principios como mandato de optimización según García (como se citó en Lopera 2004) comporta las siguientes características: a) Gradualidad, sugiere la posibilidad de un mayor o menor grado de satisfacción del principio dentro de los márgenes que determinan ciertas posibilidades jurídicas y fácticas; b) Optimización, implica acreditar el más alto grado posible en razón de las circunstancias fácticas y jurídicas; c) Ideal, el principio tiene el deber de ser ideal que marca el horizonte normativo al que debe tender su aplicación; y d) Carácter *prima facie*: el mandato que incorporan los principios no es definitivo.

3.2. Los principios en conflicto de la prisión preventiva

Los principios, derechos fundamentales y bienes constitucionales

Identificados los derechos fundamentales y bienes constitucionales como principios, toca explicar qué se entiende por tales conceptos, pero desde el punto de vista del derecho constitucional, lo que permitirá aterrizar a los principios que entran en conflicto en los casos de prisión preventiva.

Los derechos fundamentales son derechos humanos reconocidos por la Constitución, destinados a garantizar valores que se consideran básicos para la sociedad», Castillo (2020) dice:

Los derechos fundamentales, por tanto, son manifestaciones de valores y principios jurídicos que vienen exigidos necesariamente por la naturaleza humana, dignidad humana, libertad e igualdad. Son valores o principios que no tienen su existencia limitada al campo moral o axiológico, sino que trascienden de él y se instalan en el ámbito de jurídico de modo que la sola existencia del hombre hace que se exigible su reconocimiento y consecuente tratamiento como ser digno, libre e igual que es (p. 38).

En tanto que los bienes constitucionales son intereses generales que permiten al igual que los derechos fundamentales el desarrollo de la sociedad. Se configuran mediante su reconocimiento en las constituciones. Según el Tribunal Constitucional, del artículo 2.24.f. de la Constitución Política se deriva que hay bienes constitucionales como la lucha contra el narcotráfico, el

terrorismo y la corrupción (EXP. n.º 4053-2007-PHC/TC Lima f. 11 voto singular de los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos).

El derecho fundamental a la libertad física y el bien jurídico de persecución penal efectiva

El derecho a la libertad que se restringe en la prisión preventiva es la libertad física o ambulatoria de toda persona. Dicho derecho comprende la facultad de desplazarse libremente por el país, sin más excepciones de las impuestas por la constitución o leyes, derecho que a la vez promueve otros derechos o valores igualmente relevantes como ir a trabajar, estar con la familia y desarrollar la personalidad. El derecho a la libertad física garantiza no estar arbitraria o irrazonablemente privado de esta, ni ser detenido o sometido a restricciones de la libertad en supuestos distintos a los previstos por la norma constitucional y la ley. Al respecto el Tribunal Constitucional en la STC n.º 06142-2006-HC/TC precisa que:

Resulta necesario puntualizar que la libertad personal es un derecho subjetivo reconocido por el artículo 2.º, inciso 24, de la Constitución Política del Perú, el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Pero no solo es un derecho subjetivo; también constituye uno de los valores esenciales de nuestro Estado constitucional de derecho, pues se instituye como base de diversos derechos fundamentales y justifica la propia organización constitucional.

El bien constitucional de persecución penal efectiva es la función de investigar delitos. Está a cargo del fiscal conforme el artículo 158 de la Constitución Política. Esta autoridad deberá obtener y asegurar la actuación de los medios de prueba que sirvan para acreditar los hechos delictivos que postula. Esto con la finalidad de buscar una condena que concretiza la aplicación del derecho penal. La finalidad es proteger bienes jurídicos valiosos para la convivencia humana. Por ejemplo, el delito de homicidio protege el derecho a la vida, el delito de robo protege el derecho a la propiedad, el delito de organización criminal protege a el derecho a la tranquilidad pública. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, sentencia de fecha 19 de noviembre del 2015 f. 143, al respecto señala:

En su jurisprudencia reiterada este Tribunal ha señalado que el deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. La investigación debe ser seria, imparcial y efectiva, y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los

hechos. (...). De otro modo, la investigación no es efectiva en los términos de la Convención.

La prisión preventiva

Conceptualizados los principios en conflicto, corresponde definir la prisión preventiva y sus presupuestos procesales para después aplicar el control de proporcionalidad.

La prisión preventiva es una medida de coerción de carácter personal. El Fiscal busca suspender, por un determinado tiempo, la libertad física de un ciudadano del que se sospecha ha cometido un delito grave, sin que el proceso penal haya concluido. Esta acción permite garantizar el desarrollo normal del proceso y asegurar su culminación, evitando la fuga del investigado y la obstaculización de este a los actos de indagación y actuación de prueba a cargo de la fiscalía.

Para requerir la prisión preventiva, el fiscal debe acreditar en un caso concreto, la acumulación de dos presupuestos materiales: la existencia de fundados y graves elementos de convicción y el peligro procesal.

La existencia de fundados y graves elementos de convicción

Conocido como *fumus comissi delicti*, exige una alta probabilidad de la existencia del delito y de la vinculación con los autores o partícipes en la comisión del delito grave. El Acuerdo Plenario n.º 01-2019, define lo que se debe entender por fundados y graves elementos de convicción, equiparándolos como sospecha fuerte, indicando:

la sospecha fuerte, es más intensa que la sospecha suficiente, pero lo general se sustenta sobre una base más estrecha de resultados investigativos provisionales, por lo que muy bien puede ocurrir que se dicta una orden de prisión preventiva, aunque no se pueda aún decir que se llegará a la apertura de juicio oral –el curso de las investigaciones determinará si esa sospecha fuerte se mantiene o se relativiza o excluye–. Además, precisamente por ello, por tratarse de un juicio de probabilidad –sujeto a la evolución de las investigaciones–, como previene Ortells Ramos, aunque subsista una duda, la prisión puede acordarse.

El peligro procesal

Se le conoce también como *periculum in mora*. Es un presupuesto que hace referencia a los riesgos para evitar el infortunio del proceso derivados de la demora en su tramitación, por la aptitud y actitud que asume el imputado de fugar u obstaculizar la actividad probatoria, en tanto que el proceso penal avance. Según el citado Acuerdo Plenario n.º 01-2019, el Código Procesal Penal asumió la concepción o teoría de los dos peligros: de fuga y de obstaculización, definiéndolos del siguiente modo:

Peligro de fuga. El literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal identificó este riesgo, siempre que sea razonable colegir, en razón a (i) los antecedentes del imputado y (ii) otras circunstancias del caso particular, que tratará de eludir la acción de la justicia –existencia de datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas, es decir, signos de alta importancia inductiva–. A su vez, para calificar este peligro, el artículo 269 del citado Código reconoció cinco situaciones específicas constitutivas del referido riesgo o peligro, (...) 1. El arraigo en el país (...). 2. La gravedad de la pena (...). 3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria para repararlo. 4. El comportamiento durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior (...). 5. La pertenencia a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

Peligro de obstaculización. El literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal identificó este riesgo, siempre que sea razonable colegir, en razón a los antecedentes del imputado y otras circunstancias del caso particular, que tratará de obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización) (...) en definitiva, trata de evitar que la libertad sea aprovechada por el imputado para obstruir la investigación y, especialmente, el eventual enjuiciamiento del caso, actuando de modo fraudulento sobre las pruebas del delito que pudieran obtenerse —atentando ilícitamente la meta de esclarecimiento propia del proceso penal—.

El examen de proporcionalidad como resolución a los conflictos entre principios

El principio de proporcionalidad

Es una herramienta metodológica que permite al interprete hacer racional el análisis de las intervenciones a los derechos fundamentales en casos concretos, cuando colisiona con otro derecho fundamental o bien constitucional. Clerigó (2009) apunta:

El examen de la proporcionalidad debe ser interpretado en principio como un examen formal - procedimental bajo consideración de sus tres reglas: la de idoneidad, la del medio alternativo menos gravoso y la de proporcionalidad en sentido estricto, este examen es formal ya que no exige que su resultado se corresponda con valores materiales. (p. 32)

El test de proporcionalidad

El examen de idoneidad o adecuación

En esta primera fase se examina si la intervención al derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucional legítimo. Clerigó (2009) señala:

El mandato de adecuación supone una relación de medio-fin: un medio es escogido e implementado, para fomentar un fin (o fines) determinado» (43). El Tribunal Constitucional peruano, define también este subprincipio, como una relación de causalidad, de medio a fin, señalando que supone: (...) de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada

tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante (STC Exp. n.º 003-2005-PI/TC, f. 69).

En la prisión preventiva, el fin constitucionalmente legítimo es el bien constitucional de persecución penal y el medio elegido es el derecho fundamental a la libertad. Entonces el análisis de control de proporcionalidad en el caso concreto, versará en, si la suspensión del derecho fundamental a la libertad física del investigado es adecuada a contribuir a alcanzar o contribuir la efectividad de la persecución penal. En relación al tema, Llobet (2016) citando al Tribunal Federal Constitucional Alemán, indica: «la exigencia de un grado de sospecha como requisito para el dictado de la prisión preventiva es una consecuencia del principio de proporcionalidad» (p. 181). Creemos y como se va a demostrar con el análisis de las sentencias que el examen de idoneidad está vinculado directamente a la sospecha fuerte (elementos graves de convicción).

Examen de necesidad

Con el subtest de necesidad se estudia si no existe una medida que sea igualmente satisfactoria, pero menos lesiva para el derecho o el bien intervenido. En ese sentido, será necesario buscar medidas hipotéticas que sean más eficientes que la medida cuestionada, en términos de afectaciones, para los bienes involucrados. En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. n.º 00045-2004-AI/TC, f. j. 39, precisa:

Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.

En la prisión preventiva, entonces, se examinará en el caso concreto si existe un medio menos gravoso a la suspensión de la libertad física del investigado. Al respecto Del Río (2016), dice: «una correcta interpretación de principio de necesidad, exige considerarla como la última ratio entre las medidas cautelares, que afectan los derechos fundamentales del imputado» (151).

Este subprincipio está ligado al presupuesto material del peligro procesal, pues ante la falta de este peligro, el medio alternativo a la prisión preventiva, se aplicará. En el Perú el Código Procesal Penal ofrece diversas medidas alternativas menos gravosas a la prisión preventiva como la comparecencia con restricciones, el pago de una caución económica, la detención domiciliaria, en casos de mayores de 65 años de edad, enfermedad incurable, madre gestante, siempre que el peligro de fuga u obstaculización pueda evitarse.

Examen de ponderación

Implica sopesar los principios que colisionen haciendo prevalecer a uno de ellos por su mayor peso o importancia, queda el otro postergado o derrotado en un caso concreto. Así, cuando la satisfacción del fin que respalda a la medida cuestionada no justifica de manera suficiente a la intervención al principio que se alega vulnerado, la medida resultará desproporcionada. Según el Tribunal Constitucional en la STC Exp. n.º 045-2004-PI f.

La (...) ponderación (...), consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación (...). Conforme a ésta: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro". "Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación -o no realización- de un principio y la satisfacción -o realización- del otro.

La ponderación, implica, la superación de dos presupuestos: primero, los exámenes de idoneidad y necesidad y, segundo la concurrencia de los presupuestos materiales de la prisión preventiva (sospecha fuerte y peligro procesal). Se apertura así un nuevo espacio de discusión sobre la prevalencia de los principios en conflicto. Ahí se aplica la fórmula de la ponderación que se traduciría, cuando mayor es el grado de la no satisfacción del derecho fundamental la libertad física del investigado, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de la bien constitucional persecución penal efectiva.

Análisis de las casaciones

A continuación, con los citados conceptos operacionales se realizará el análisis de las siguientes casaciones de la Corte Suprema desde el 2015 hasta el 2019.

- a) Casación n.º 626-2013, 30 de junio de 2015
- b) Casación n.º 631-2015, 21 de diciembre de 2015
- c) Casación n.º 147-2016, 6 de julio de 2016
- d) Casación n.º 708-2016, 13 de septiembre de 2016
- e) Casación n.º 1021-2016, 14 de febrero de 2018
- f) Casación n.º 119-2016, 6 de abril de 2018
- g) Casación n.º 564-2016, 12 de noviembre de 2018
- h) Casación n.º 1445-2018, 11 de abril de 2019
- i) Casación n.º 292-2019, 14 de junio de 2019

j) Casación n.º 358-2019, 9 de agosto de 2019

Cabe precisar que las casaciones revisan el control externo de las resoluciones judiciales de prisión preventiva; es decir, si es expedida de manera razonada, completa y acorde a la institución. No se constata antecedente facticos justificativos, por ser la casación un recurso extraordinario.

Luego del análisis de las casaciones sobre prisiones preventivas en adelante PP, se ha obtenido los siguientes resultados:

Tabla 1

Resultados del análisis de las casaciones

Casaciones	Sentido de la resolución	Idoneidad	Necesidad	Ponderación
Casación n.º 626-2013, 30 de junio del 2015	Fundada Se declaró nula de la sentencia para que se realice nueva audiencia de PP, teniendo en cuenta los presupuestos materiales y el principio de proporcionalidad.	Indica que al final del debate se debe analizar la proporcionalidad de la medida.		
Casación n.º 631-2015, 21 de diciembre de 2015	Fundada Se dispuso la libertad del investigado.		Se dictó PP a pesar de que tenía arraigo, existen otros, medios como la comparecencia restringida	
Casación n.º 147-2016, 6 de julio de 2016	Infundado Confirmaron la decisión de la Sala Penal.	Juez puede disminuir el plazo de la PP en apelación si cambiaron las circunstancias que la fundamentaron.		
Casación n.º 778-2015, 12 de abril de 2017	Infundado Recurso de la Fiscalía	Si se anula la sentencia condenatoria, ello implica que se anula la PP que se dictó en virtud de dicha sentencia.		

Casación n.º 1021-2016, 14 de febrero de 2018	Fundado para la fiscalía, se ordenó nueva audiencia.	La recalificación de los hechos, no implica la cesación de la PP, siempre que la pena sea similar.
Casación n.º 119-2016, 6 de abril de 2018	Fundado el recurso interpuesto por la Fiscalía y ordena que la Sala Penal emita nueva Resolución.	La revocatoria de la comparecencia con restricciones por prisión preventiva requiere de nuevos elementos.
Casación n.º 564-2016, 12 de noviembre de 2018	Fundado el recurso interpuesto por la Fiscalía, se ordena que la Sala expida nueva resolución.	La apariencia de delito es un presupuesto de la prisión preventiva, sustantiva y procesal.
Casación n.º 1445-2018, 11 de abril de 2019	Fundado recurso interpuesto por la defensa, se ordenó la libertad de investigado y ordena comparecencia con restricciones.	El juicio de ponderación ha de tener en cuenta, en orden al peligro o riesgo de fuga o sustracción de la acción de la justicia.
Casación n.º 292-2019, 14 de junio de 2019	Infundado recurso interpuesto por la defensa.	Actos de investigación declaración de colaborador eficaz corroborada, fundamentan PP.
Casación n.º 358-2019, 9 de agosto de 2019	Fundado en parte, el recurso presentado por la defensa, se redujo la prisión de 36 meses a 18 meses.	El peligro de obstaculización se reduce por el tiempo, porque la PP, lo que se verifica en la reducción del plazo de PP.

El examen de proporcionalidad sobre el derecho a la libertad y el deber de persecución penal no se verifica de manera expresa, en las casaciones, si la medida de prisión preventiva en el caso concreto es idónea, necesaria y porque prefiere la libertad del investigado antes que a la persecución penal o viceversa. Menos se explica el contenido, alcance y peso de los principios en conflicto, de acuerdo a la circunstancias y particularidades del caso.

Los jueces supremos realizan el examen de proporcionalidad en las casaciones que emiten. Sin embargo, no lo explican de manera detallada bajo el examen o test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y ponderación), sino lo realizan al argumentar los presupuestos materiales (elementos de convicción y peligro de fuga). Así, se analizan las declaraciones de testigos y colaboradores, el arraigo y peligro de fuga, el cambio de circunstancias, la recalificación de los hechos, entre otros temas que son tomados en cuenta para argumentar si la prisión preventiva, es proporcional o no.

En cuanto a la idoneidad, se infiere que la Corte Suprema en la Casación n.º 147-2016 considera el plazo de prisión preventiva puede ser variado cuando las circunstancias iniciales se modificaron, a favor del procesado, lo cual tiene amparo procesal en el artículo 255.3 del Código Procesal Penal. Dicho de otro modo, si el objetivo con el cual se requirió la prisión preventiva se modificó, entonces la finalidad de la prisión en cuanto al plazo inicialmente fijado ya no es idónea, por lo cual podría reducirse. Lo mismo sucede en la Casación n.º 778-2015, se entiende que la Sala Superior dispuso la libertad del acusado porque la medida de prisión preventiva, ya no era idónea para alcanzar el fin propuesto: asegurar la ejecución penal (que forma parte de la persecución penal) con la que expedición de la sentencia condenatoria, pues esta desapareció al ser declarada nula.

También, en la Casación n.º 119-2016, la Corte Suprema precisó que para revocar la medida de comparecencia por prisión se requieren nuevos elementos de convicción, como la verificación del peligro de fuga, con lo cual se coteja si la medida de prisión preventiva sigue siendo idónea para asegurar la presencia del investigado en las demás etapas del proceso. Análoga situación ocurre en la Casación n.º 564-2016 y 292-2016, en donde se estudia la apariencia del delito y las declaraciones de postulantes a colaboradores eficaces, coligiéndose de ambos casos que el presupuesto de elementos graves de convicción que exige la ley procesal, denominado «sospecha fuerte». Se debe analizar para determinar si la prisión preventiva es idónea para alcanzar los objetivos propuestos. Por el contrario, si es un caso que no tiene suficiencia probatoria, no sería idónea la prisión preventiva para garantizar la persecución penal, porque no habría elemento de prueba que proteger y garantizar su actuación, como es la declaración de testigos protegidos o colaboradores eficaces.

En cuanto al examen de necesidad, en la Casación n.º 631-2015, la Corte Suprema corrige la valoración de la Sala, considerando que existe arraigo, porque la sola condición de extranjero y sus reiterados viajes, no son suficientes, por lo que varió la medida de prisión preventiva por la de comparecencia, eligiendo un medio de afectación menos intenso y garantizando al mismo tiempo la presencia de dicho investigado en las demás etapas del proceso penal.

Respecto al examen de ponderación, en las casaciones de la Corte Suprema, se ha identificado que el test de proporcionalidad en sentido estricto se aplicó a las casaciones números 1021-2016, 1445-2018, 358-2019. En la casación 1021-2016, el fiscal recalificó los hechos de tentativa de violación sexual a actos contra el pudor, sin alterar los hechos. La defensa consideró que debería variarse la situación jurídica del investigado. Sin embargo, la Corte Suprema aclaró que la realización de los hechos no necesariamente implica la cesación de la prisión preventiva, porque la pena es similar en ambos casos. En esta argumentación si bien no se alude directamente al principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, se puede identificar que hubo una discusión entre el derecho a la libertad y la persecución penal, prefiriéndose esta última porque no había mayor variación de los hechos.

En la Casación n.º 1445-2018, los jueces supremos precisaron que en el juicio de ponderación se debe tener en cuenta el peligro de riesgo de fuga o sustracción de la acción, con lo cual se confirma que la fundamentación del examen de proporcionalidad es a través de los presupuestos materiales esto es graves elementos de convicción y peligro de fuga.

En la Casación n.º 626-2013, si bien no se aplicó al caso concreto, el principio de proporcionalidad, pero se deja en claro que dicho examen se realiza al final del debate. Es una conclusión que se considera lógica, en la medida a que se refiera al tercer subtest de ponderación. Pues se requiere saber el contenido de los hechos que exponen ambas partes y los motivos por los cuales el proceso se debe llevar en libertad o en prisión.

Finalmente, en las casaciones números 626-2013, 147-2016, 778-2015, 119-2016, 564-2016 y 292-2019 se verifica que el examen de idoneidad o adecuación, guarda relación directa con los elementos graves de convicción, pues existiendo el medio elegido (suspensión de la libertad física) es adecuada. Del mismo en la Casación n.º 631-2015 se verificó que el examen de necesidad se vincula directamente con la presencia de los graves elementos de convicción y la inexistencia del peligro de fuga. Es decir, que su bien el medio (derecho a la libertad) es idóneo, concurre otro medio menos gravoso para salvaguardar el fin de efectividad de la persecución penal. Finalmente, en las Casaciones números 1021-2016 y 358-2019 se pueden verificar que habiendo

concurrido los elementos graves de convicción y el peligro procesal el medio escogido (suspensión de la libertad) cede para garantizar la efectividad de la persecución penal.

4. Discusión

Las casaciones reseñadas se encuentran debidamente motivadas. Sin embargo, no permiten identificar en qué momento se realiza el examen de proporcionalidad. De este modo, contravienen la conclusión de la Casación n.º 626-2013, que señala que el examen de proporcionalidad se realiza al final del debate, pues del estudio de las casaciones empieza con el análisis de los elementos graves de convicción o sospecha fuerte. Al respecto la investigación considera que los exámenes de idoneidad y necesidad se realizan durante el análisis de los presupuestos materiales de prisión preventiva y el examen de ponderación al final.

También, surge una inquietud sobre la forma del examen de proporcionalidad, si debe realizarse a través de los presupuestos materiales o si es mejor que se realice de manera expresa discriminada en cada caso concreto, detallando el peso o intensidad de derecho intervenido (libertad del procesado) frente a la satisfacción del objetivo perseguido (persecución penal).

5. Conclusiones

La Corte Suprema en las casaciones analizadas realiza el examen de proporcionalidad a través de los subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación, durante el desarrollo o motivación de los presupuestos materiales: elementos graves de convicción y peligro de fuga.

El control de proporcionalidad tiene relación directa con los presupuestos materiales de la prisión preventiva del siguiente modo:

- a) El examen de idoneidad requiere solo el análisis del primer presupuesto material, elementos graves de convicción, pues para que el fin (persecución penal) sea legítimo, además de encontrarse en la Constitución, el caso debe tener una perspectiva de éxito basado en los elementos graves de convicción o sospecha fuerte.
- b) El examen de necesidad requiere el estudio de ambos presupuestos materiales: elementos graves de convicción y el peligro procesal. De tal manera, si existe en la legislación procesal un medio alternativo (comparecencia con restricciones, detención domiciliaria) al medio seleccionado (prisión preventiva) que pueda eliminar o reducir el peligro procesal, no es necesario pasar al siguiente examen.

- c) El examen de ponderación requiere no solo el estudio de ambos presupuestos materiales, elementos graves de convicción y el peligro procesal, sino de la superación de los mismos y se apertura el momento para aplicar la fórmula de la ponderación.

El control de proporcionalidad mediante el examen de idoneidad y necesidad se realiza durante el análisis de los presupuestos materiales de la prisión preventiva, en tanto que el examen de ponderación se realiza al final (*ex post*). Se expresa los motivos suficientes para decidir de manera racional sobre el principio que pesa más en el caso concreto. Esto sin afectar la libertad física de los investigados o en su defecto limitar la persecución penal efectiva a cargo de la fiscalía.

Referencias

- Alexy, R. (2019). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Editorial Palestra.
- Castillo, L. (2020). *Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales*. Editorial Zela
- Clérigo, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Editorial Universitaria
- Del Rio, G. (2016). *Prisión Preventiva y Medidas Alternativas*. Editorial Instituto Pacifico.
- Llobet, J. (2016). *Prisión Preventiva Límites Constitucionales*. Editorial Grijley.
- Lopera, G. (2004). *Los derechos fundamentales como mandato de optimización*. Doxa n.º 27 211-243. doi 10.14198/DOXA2004.27.08
- San Martin, C. (2017). *Derecho Procesal Penal Peruano*. Editorial Gaceta Jurídica.



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 2, enero-junio, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n2

La edición y corrección de textos de este número de la revista estuvo a cargo de Naffis Roque Roca y Jorge Aguilar Vásquez; y el diseño y la diagramación, Luis Enrique Vega Quiroz.

La producción digital de la Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura finalizó en junio de 2020.