

REVISTA

DE INVESTIGACIÓN DE LA

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

3

Vol. 2 - n.º 3
julio- diciembre 2020
Lima, Perú



FONDO
EDITORIAL

Academia de la Magistratura

ISSN: 2707-4056
(en línea)



REVISTA

DE INVESTIGACIÓN DE LA

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

3

Vol. 2 - n.º 3 - julio - diciembre 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 3, julio-diciembre, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n3

PRESIDENTE

Carlos Giovanni Arias Lazarte
Academia de la Magistratura, Perú

DIRECTOR

Nathalie Betsy Ingaruca Ruiz
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 EDITORIAL INTERNACIONAL

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
Jorge Aguilar Vásquez
Luis Enrique Vega Quiroz

ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n3

© Fondo Editorial de la Academia de la Magistratura, 2022

Jr. Camaná n.° 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.° 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

Carlos Giovani Arias Lazarte
Presidente

Jorge Luis Sosa Quispe
Vicepresidente

Zoraida Ávalos Rivera
Consejera

Pablo Wilfredo Sánchez Velarde
Consejero

Antonio Humberto De La Haza Barrantes
Consejero

Javier Arévalo Vela
Consejero

Mariem Vicky De La Rosa Bedriñana
Consejera

Tania Ivett Sedán Villacorta
Secretaria General

ÓRGANO EJECUTIVO

Nathalie Betsy Ingaruca Ruiz
Directora General (e) y Directora Académica

Miguel Ángel Dávila Servat
Secretario Administrativo

Editorial

La Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura es una publicación electrónica que difunde artículos de investigación jurídica de carácter inédito y original realizados por jueces y fiscales del Perú. Desde la primera edición de la revista, en diciembre de 2019, se cumple una política de acceso abierto que facilita la disponibilidad inmediata y sin restricción de todo su contenido.

La Academia de la Magistratura sigue firme en su propósito de establecer el modelo 4I para la revista —Indexación, Indicadores, Índice-H y prevención de plagio en Internet—, con el objetivo de lograr que sus artículos formen parte de reconocidas bases de datos indexadas como Scopus, Scielo, Dialnet, entre otras.

En este tercer número, se publican artículos de alto rigor académico seleccionados del «Segundo taller de investigación para la elaboración de artículos jurídicos», dirigido a los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público a nivel nacional y llevado a cabo el último trimestre del 2020. La selección estuvo a cargo de un comité evaluador conformado por especialistas de gran nivel académico, formados en el taller de docentes evaluadores.

Los artículos de esta edición abordan diferentes temas y especialidades del derecho que no solo fomentarán la discusión científica en la comunidad académica, sino que también servirán de sendero a los magistrados para el avance y consolidación de una efectiva administración de justicia, así como, de los demás operadores de justicia.

Al cierre de la presente editorial, recibimos la lamentable noticia del fallecimiento del Dr. Carlos Ramos Núñez quien fue un notable jurista y Director General de esta casa de estudios en el año 2004. Recordaremos siempre su gestión en beneficio de la capacitación de los magistrados. A través de estas páginas expresamos nuestro más sincero homenaje.

Lima, setiembre de 2021

Nathalie Betsy Ingaruca Ruiz
Editora general

Contenido

Editorial

11

Retos de la magistratura en temas de administración de justicia

Los desajustes entre los plenos 'jurisdiccionales' y la jurisprudencia

17

JUAN HUMBERTO ALVAREZ LOAYZA

Retos de la magistratura en temas de derecho civil

Los hijos llevarían primero el primer apellido de la madre

39

MARIO ALFREDO MUÑOZ VILLANUEVA

Retos de la magistratura en temas de derecho constitucional

Control de convencionalidad en sede nacional: impacto en la separación de poderes

67

EDUARDO J. MEZA FLORES

Criterios usados para seleccionar a los fiscales superiores que integran los Jurados Electorales Especiales

89

RICHARD WASHINGTON SULLA TORRES

Retos de la magistratura en temas de derecho penal

Naturaleza jurídica de la afectación en el delito de malversación de fondos

107

NAOMI CATHERINE BUSTILLOS TAMAYO

Retos de la magistratura en temas de derecho procesal civil

Causas de la litigiosidad en materia civil en el distrito judicial de Puno

GONZALO VÍCTOR HUAMÁN ROMERO

125

Insuficiencias en la delimitación del objeto litigioso nulidad de acto jurídico y vulneración del debido proceso

MAXIMO CHALLCO HUANCA

145

Retos de la magistratura en temas de derecho procesal laboral

La jurisprudencia y el daño moral derivado del despido

CAROLINA AYVAR ROLDÁN

165

Retos de la magistratura en temas de derecho procesal penal

El estándar probatorio en extinción de dominio, con relación al ilícito de lavado de activos

JORGE LUIS ROJAS CRUZ

189

Posibilidades impugnatorias del agraviado respecto al sobreseimiento del proceso

PERCY RAÚL CHALCO CCALLO

203



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 3, julio-diciembre, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n3.01



Los desajustes entre los plenos 'jurisdiccionales' y la jurisprudencia

The imbalances between jurisdictional plenary sessions and jurisprudence

Juan Humberto Alvarez Loayza*

Distrito Fiscal de Moquegua
(Moquegua, Perú)

jhalvarezdj@mpfn.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-1852-7196>

Resumen: Este artículo trata de la interacción entre los plenos 'jurisdiccionales' y la jurisprudencia en el sistema de justicia peruano. Lo curioso del tema es que los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios no resuelven los casos judiciales, en cambio, la jurisprudencia sí resuelve los casos concretos. Más curioso es que sus finalidades son distintas, pero coinciden en la función judicial. La praxis informa que los acuerdos plenarios —de los plenos 'jurisdiccionales'— contribuyen en la resolución de las controversias. El *problema* es si los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios son parte de la jurisprudencia, y si la respuesta es adversa, entonces qué función cumplen los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios en la solución de controversias. Los objetivos de la investigación fueron recrear la institución de los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios desde

* Fiscal adjunto provincial titular Civil y de Familia de Ilo, Distrito Fiscal de Moquegua.

un enfoque crítico y analítico, reflexionar sobre su función coadyuvante y dar alternativas de solución, propender a su afianzamiento en el sistema de justicia y, optimizar su eficacia en la sociedad. La introducción de los plenos 'jurisdiccionales' en la Ley Orgánica del Poder Judicial en 1991 fue novedosa, pues no existía ni se conocía su origen. Era necesario conocerlo y se buscó información en la legislación comparada, la doctrina y la jurisprudencia. Empleamos los métodos analítico y comparativo. En un inicio, se consideró que la fuente legal era España con su Ley Orgánica del Poder Judicial (1985), pero la realidad nos decía que los plenos jurisdiccionales tenían su origen en el *common law* o derecho jurisprudencial. El Perú importó una ley de España y esta a su vez lo había importado del *common law*. Era importante conocer el concepto o escuela de los plenos jurisdiccionales, pues la disciplina o regulación era española. Escrutamos que no hay identidad entre los *plenos 'jurisdiccionales'* y los *plenos jurisdiccionales*, ni existe igualdad entre el *acuerdo plenario* y la *sentencia plenaria*. Es un imperativo conocer el origen de las instituciones jurídicas para entenderlas y luego aplicarlas. No cabe la aplicación mecanicista de las normas sin interpretación. En conclusión, la hipótesis al primer interrogante es que los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios no constituyen parte de la jurisprudencia. La hipótesis a la segunda pregunta es que los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios cumplen las funciones de la doctrina de esclarecer, precisar y concretar los contenidos de las leyes y de otras fuentes del derecho en la aplicación de las normas en los casos judiciales.

Palabras clave: pleno jurisdiccional, recepción jurídica, precedente judicial, acuerdo plenario

Abstract: This article deals with the interaction between 'jurisdictional' plenary sessions and jurisprudence in the Peruvian justice system. The curious thing about the issue is that the 'jurisdictional' plenary sessions and their plenary agreements do not resolve judicial cases, on the other hand, jurisprudence does resolve specific cases. More curious is that their purposes are different, but they coincide in the judicial function. The practice informs that the plenary agreements -of the 'jurisdictional' plenary sessions- contribute to the resolution of disputes. The problem is whether the 'jurisdictional' plenary sessions and their plenary agreements are part of the jurisprudence, and if the answer is adverse, then what role do the 'jurisdictional' plenaries and their plenary agreements play in the resolution of disputes.

The objectives of the research were to recreate the institution of the 'jurisdictional' plenary sessions and their plenary agreements from a critical and analytical approach, to reflect on their coadjuvant function and to provide alternative solutions, to promote their consolidation in the justice system, and to optimize their effectiveness in society.

The introduction of 'jurisdictional' plenary sessions in the Organic Law of the Judiciary in 1991 was novel, since its origin did not exist or was known. It was necessary to know it and information was sought in comparative legislation, doctrine and jurisprudence. We use the analytical and comparative methods. At first, it was considered that the legal source was Spain with its Organic Law of the Judicial Power (1985), but reality told us that the full jurisdictions had their origin in the common law or jurisprudential law. Peru imported a law from Spain and this in turn had imported it from the common law. It was important to know the concept or school of the full jurisdictions, since the discipline or regulation was Spanish. We scrutinize that there is no identity between the 'jurisdictional' plenary sessions, nor is there equality between the plenary agreement and the plenary sentence. It is imperative to know the origin of legal institutions to understand them and then apply them. There is no mechanistic application of the rules without interpretation.

In conclusion, the hypothesis to the first question is that the 'jurisdictional' plenary sessions and their plenary agreements do not constitute part of the jurisprudence and, the hypothesis to the second question is that the 'jurisdictional' plenary sessions and their plenary agreements fulfill the functions of the doctrine to clarify, specify and specify the content of the laws and other sources of law in the application of the rules in judicial cases.

Key words: jurisdictional plenary session, legal reception, judicial precedent, plenary agreement

RECIBIDO: 8/06/2021

REVISADO: 12/07/2021

APROBADO: 30/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

Los plenos 'jurisdiccionales' —y sus acuerdos plenarios— han merecido poca atención de la comunidad jurídica desde su recepción en la legislación peruana (1991). Los trabajos doctrinales son escasos, tangenciales y aproximativos. Ellos soslayan la indagación de su procedencia y naturaleza jurídica, es decir, aceptan su recepción sin cuestionar nada. La excepción lo constituyen los textos de recopilación de los acuerdos plenarios e interpretación de los mismos. Incluso, sus títulos dicen por lo común «*Acuerdos Plenarios vinculantes*».

El concepto o la escuela de cada institución jurídica hace factible comprender para interpretar y después aplicarlo. Lo mismo ocurre con los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios. Desde el inicio de su vigencia y hasta hace poco, la suspicacia del autor era que los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios seguían el modelo legal de los artículos 302 y 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina) que preveían

los *fallos plenarios* de las *cámaras de apelación* que se reunían en un *tribunal plenario* para unificar jurisprudencia y evitar sentencias contradictorias.

La presente investigación escudriña que el legislador nacional se había inspirado en la fórmula legal española de los *plenos no jurisdiccionales* y sus *acuerdos plenarios*, previsto en el artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (España). La falta de certeza sobre el concepto o escuela de los plenos 'jurisdiccionales' fue el por qué se ha hecho este trabajo, pues el concepto explica cómo actúa y sus efectos. Los datos investigados permiten escrutar cuáles son los efectos de los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios.

El marco metodológico se lleva adelante con epígrafes.

2. Circulación del derecho

El derecho es un fenómeno cultural y social, al interactuar es pasible de movimiento y traslación. El derecho ostenta tres modelos de circulación: recepción, concesión y trasplante. Acerca de la recepción jurídica, Hurtado (1979) afirma «... es la adopción consciente de un derecho surgido y desarrollado en un clima sociocultural determinado, por parte del legislador de otra sociedad como derecho vigente de esta» (p. 20). La recepción jurídica es un proceso social complejo y, consiste en la importación voluntaria del derecho extranjero por el legislador local para introducirlo como derecho nacional y vigente. La interpretación de la ley importada exige conocer su doctrina de origen, pues esta explica su desarrollo y sus efectos.

Tenemos varios sistemas jurídicos en el orbe. Son de nuestro interés dos derechos de magnitud y conocidos ampliamente: el *common law* (derecho jurisprudencial) y el derecho romano-germánico (derecho codificado). La fuente preponderante del *common law* es la jurisprudencia, en cambio, la fuente predominante del derecho romano-germánico es la ley. La importación de la jurisprudencia del *common law* para introducirlo al derecho romano-germánico resulta también complejo, por la diversidad de derechos y sus singularidades, uno extranjero y otro nacional, para crear un derecho híbrido. El *acuerdo plenario* es un producto del sincretismo entre el *common law* y el derecho romano-germánico.

2.1. Fuentes predominantes

El Derecho se explica por sus varias fuentes de producción jurídica. Una de las fuentes es preponderante sobre las otras y, estas le son complementarias. La simplificación en el derecho da lugar a la igualdad o paralelismo jurídico. Acerca de la ecuación derecho = ley, David y Jauffret-Spinozi (2017) expresan «Confundir el derecho con la ley y concebir la ley como la fuente exclusiva del derecho va en contra de toda la tradición romano-germánico» (p. 73). No

existe igualdad, paridad y paralelismo entre el derecho y la ley en el derecho romano-germánico. Aplicando la misma razón, no se admite la ecuación derecho = jurisprudencia en el *common law*, pues no tiene sentido una paridad entre el derecho y la jurisprudencia. Las ecuaciones o igualdades 'derecho es ley' y 'derecho es jurisprudencia' son resultantes de la tendencia de ver las cosas más simples de lo que son.

En el *common law*, la jurisprudencia y su regla de derecho —el precedente judicial— y, en el derecho romano-germánico, la ley y su regla de derecho —la norma legal abstracta e impersonal—, son insuficientes para crear normas jurídicas. Es cierto que una de las fuentes del derecho es preponderante en su sistema jurídico, es también cierto que es insuficiente para crear por sí sus reglas de derecho.

2.2. Regla de derecho

Alude a las normas jurídicas fundamentales de cada sistema jurídico. En el *common law* y en el derecho romano-germánico, la *doctrina* cumple una función muy importante, ya sea en apoyo de la jurisprudencia o de soporte de la ley. En el *common law* la regla de derecho que produce es por antonomasia el precedente judicial, por el contrario, en el derecho romano-germánico la regla de derecho que genera es por excelencia la norma legal abstracta e impersonal. El aporte de la doctrina es pacífico en la elaboración del precedente judicial, también en la producción de la norma legal abstracta e impersonal.

La regla de derecho es un elemento diferenciador entre los sistemas jurídicos. Las diferencias y las semejanzas entre los derechos de los países contribuyen a entender sus instituciones, efectos y alcances. Ante problemas iguales, cada derecho establece su propia regulación. Si una institución jurídica es óptima y eficaz en la solución de problemas, se convierte en un modelo digno de replicar por otro país. La recepción jurídica o importación no puede ser compulsiva, sino debe ser reflexiva y ponderada.

2.3. Elementos homogéneos

Lo homogéneo apunta a elementos con características comunes respecto a su naturaleza y, permite establecer semejanzas. El *common law* y el derecho romano-germánico comparten los valores de justicia, certeza, predictibilidad, seguridad jurídica, entre otros. Los sistemas jurídicos, vistos en singular, no son puros o depurados, sino que presentan algunos matices y tonos del otro sistema jurídico. El derecho romano-germánico ha efectuado la recepción del precedente judicial, siendo así, ostenta la función creadora del legislador y del juez. El derecho peruano es parte del derecho romano-germánico, pero admite ciertos matices del *common law*.

En el *common law*, la fuente jurídica predominante es la jurisprudencia y, su regla de derecho es el precedente judicial. Al lado de la jurisprudencia, tenemos otras fuentes: legislación, doctrina, etc. Ambos derechos tienen semejanzas en sus fuentes complementarias o secundarias y, tienen diferencias en la fuente preponderante de cada derecho y en sus reglas de derecho: en el *common law* prevalece el precedente judicial, en contraste, en el derecho romano-germánico predomina la norma legal abstracta e impersonal.

2.4. Jurisprudencia

La jurisprudencia permite examinar la interpretación y aplicación del derecho por los jueces en casos concretos.

Se entiende por jurisprudencia la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción (...). Sin embargo, en algunos países que cuentan con tribunales de casación, se considera que no todos los fallos judiciales sientan jurisprudencia, sino únicamente los de dichos tribunales de casación, que constituyen la más alta jerarquía dentro de la organización judicial. (Ossorio, s.f., p. 552)

Una jurisprudencia uniforme y predecible genera seguridad jurídica y paz social, en cambio, una jurisprudencia contradictoria e imprevisible ocasiona desigualdad, inseguridad jurídica y conflicto social.

La jurisprudencia no se limita a sentencias singulares, sino a un conjunto de sentencias unitarias y coherentes sobre una materia determinada. Y, por el contrario, las sentencias contradictorias sobre sobre casos análogos, pone en evidencia la desigualdad ante el derecho. Reale (1984) explica:

(...), las divergencias que surgen entre sentencias relativas a las mismas cuestiones de hecho y de derecho, no sólo no revelan la fragilidad en la jurisprudencia, sino que demuestran que el acto de juzgar no se reduce a una actitud pasiva ante los textos legales, sino que implica un notable margen de poder creador. (p. 129)

La jurisprudencia expresa a plenitud el ejercicio de la jurisdicción por los jueces y tribunales. La aplicación de la ley en los casos concretos no puede ni debe hacerse en forma mecánica y automática. La jurisprudencia repele la irreflexión y el acto reflejo en la emisión de las sentencias.

La jurisprudencia interactúa y es dinámica. Los cambios sociales se reflejan en la jurisprudencia. Los avances de la jurisprudencia son precedidos por las doctrinas renovadas. Estas se conciben en el campo de la interrelación social. La jurisprudencia es activa y dinámica, pues hace visible cómo los jueces interpretan y aplican la legislación, la doctrina, los actos consensuales e incluso la costumbre, en los casos concretos.

En fin, la jurisprudencia es el derecho en movimiento y en acción. Se puede afirmar que la jurisprudencia es un espejo que refleja al derecho y a la sociedad. Una jurisprudencia contraria y divergente refleja ciertamente una sociedad en crisis o en anomia.

2.5. Plenos Jurisdiccionales

Existen una serie de barreras y escollos a la jurisprudencia uniforme y predecible.

Uno de los principales obstáculos para lograr la uniformización de los criterios jurisdiccionales es la denominada discrecionalidad del juzgador. En efecto, (...), el Juez puede interpretar a discreción como mejor crea conveniente una norma para resolver una determinada incertidumbre jurídica. (Gallardo, 2020, p. 173)

La discrecionalidad selectiva del juez en un criterio interpretativo discrepante en la aplicación de la ley en casos semejantes es inadmisibile. Los actos funcionales de los magistrados deben reunir las características de predictibilidad y uniformidad y, el plus de seguridad jurídica.

En diciembre de 1991, se promulgó la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Legislativo n.º 767) introdujo vía recepción los Plenos jurisdiccionales. El texto del artículo 116 enuncia «*Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial*»

Ante la realidad de una jurisprudencia diversa, heterogénea e impredecible, se propuso un modelo legal para uniformizar la jurisprudencia y evitar sentencias contradictorias: se admitió del *common law* su regla de derecho que es el precedente judicial. El primer Pleno 'Jurisdiccional' se desarrolló en mayo de 1997 cuando se convocó al Pleno Jurisdiccional Laboral 1997 (Centro de Investigaciones Judiciales, 2010). Este Pleno 'Jurisdiccional' fue el precursor y, el resultado de sus debates fueron siete acuerdos plenarios en materia laboral. A partir de 1997, se iniciaron los Plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios.

2.6. Crisis en el sistema de justicia

El sustantivo crisis denota una situación difícil que pone en riesgo o peligro un servicio o actividad en el país. La recepción de los Plenos 'jurisdiccionales' en 1991 puso en claro que el legislador peruano había advertido la insuficiencia y agotamiento de la ley en la solución de controversias. Un sector lúcido de la comunidad jurídica discrepaba de los Plenos 'jurisdiccionales': advertía un

«divorcio» entre los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios con la jurisprudencia y sus sentencias plenarios respecto a sus efectos y alcances.

La unificación de la jurisprudencia y la elusión de sentencias contradictorias exigían medidas inmediatas. El legislador nacional optó por la *recepción* de los plenos no jurisdiccionales y sus acuerdos plenarios, previsto en el artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (España). En la importación de la ley se omitió ponderar antes la legislación, la doctrina y la jurisprudencia española en materia de plenos no jurisdiccionales y sus acuerdos plenarios. El país importó una ley española en 1991, a su vez España lo había importado del *common law* en 1985: el legislador hispano innovó el 'precedente judicial', le dio la forma de 'acuerdo plenario' y su emisor es el pleno no jurisdiccional.

En resumidas cuentas, por voluntad del legislador, el 'acuerdo plenario' del derecho judicial español era una «especie» de analogía del *precedente judicial* del *common law*. La recepción del derecho comparado, por ejemplo, el precedente judicial, no lleva consigo propiedades taumatúrgicas. Es más, la legislación como fuente del derecho no tiene propiedades mágicas ni prodigiosas (o taumatúrgicas).

2.7. Derecho 'peruano'

El derecho peruano es el resultado de un proceso bicentenario de recepción jurídica, es decir, de importación sostenida de leyes e incluso de jurisprudencia.

Según Raiser (como se citó en Hurtado, 1979): «(...) se comprende al derecho como un conjunto de modelos de conducta que regulan la vida comunitaria de las personas, creando así las condiciones para que se desarrolle en tranquilidad» (p. 11).

El derecho es un regulador de las conductas del hombre en sus situaciones y relaciones sociales. Aquel debe garantizar las condiciones para el desarrollo del hombre, en un ambiente pacífico. Los conflictos de intereses ponen en cuestión la convivencia pacífica, por ello, existen mecanismos legales para la solución de controversias. Los órganos jurisdiccionales imparten justicia en los casos concretos y, ante una jurisprudencia imprevisible y contradictoria, surge la necesidad de uniformizar y hacer predecible la jurisprudencia y, obtener seguridad jurídica. En tal sentido, en el país se impulsó la recepción jurídica de los Plenos 'jurisdiccionales' en el año 1991 y, tomó como modelo al sistema judicial de España.

2.8. Norma importada

La norma importada es la ley extranjera que se introduce a un país mediante la recepción jurídica. En efecto, tenemos la norma española de exportación:

- a) Los magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales, especialmente en los casos en que los magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala o Tribunal sostuvieren en sus resoluciones diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales. A esos efectos, el presidente de la Sala o Tribunal respectivo, por sí o a petición mayoritaria de sus miembros, convocará Pleno Jurisdiccional para que conozca de uno o varios de dichos asuntos al objeto de unificar el criterio.
- b) Formarán parte de este Pleno todos los magistrados de la Sala correspondiente que por reparto conozcan de la materia en la que la discrepancia se hubiera puesto de manifiesto. (Ley Orgánica del Poder Judicial, 1985, art. 264)

El artículo en mención regula los plenos no jurisdiccionales. En España, la doctrina predica la existencia de un régimen dual de los plenos: i) los Plenos jurisdiccionales y sus sentencias (por ejemplo, avocamiento de los recursos de casación) y, ii) los Plenos no jurisdiccionales y sus acuerdos plenarios (debates sobre criterios interpretativos discrepantes). Se denominan plenos no jurisdiccionales a las reuniones de magistrados de órganos colegiados para unificar criterios dispares y coordinar prácticas procesales, ante supuestos de resoluciones con diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales. El resultado es pues el acuerdo plenario del Pleno no Jurisdiccional. Y, el resultado de los plenos jurisdiccionales es la sentencia o resolución judicial.

La versión 'nacional' de la norma sobre los plenos 'jurisdiccionales' presenta un resumen invertebrado, sesgado y diminuto del texto original. Además de omitir sus propósitos: la unificación de criterios interpretativos en la aplicación de la ley y la coordinación de prácticas procesales. Esta recepción jurídica acusa de improvisación, fragmentación y sesgo.

En el comentario de un pleno no jurisdiccional español y su acuerdo plenario que establecía efectos vinculantes, Muñoz (2011) precisa:

Los acuerdos [de los plenos] no jurisdiccionales no son leyes, ni siquiera sentencias y por tanto no son jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que son instrumentos de actuación de este tribunal para posibilitar su opinión doctrinal sobre asuntos de discutida y discutible interpretación. Con ellos se pretende llevar a cabo su función de unificación de la doctrina penal y, en definitiva, otorgar seguridad jurídica en la aplicación de la Ley. (punto 4. Naturaleza jurídica)

Los acuerdos de los plenos no jurisdiccionales no constituyen leyes, ni sentencias y menos jurisprudencia de los órganos colegiados. Los 'acuerdos' no se corresponden con los actos procesales de los jueces denominados

sentencias, autos y decretos. Los ‘acuerdos’ no deciden controversias. Las opiniones y posiciones de los jueces sobre los criterios interpretativos discrepantes no configuran jurisprudencia. Los ‘acuerdos’ no son formas de conclusión del proceso sobre el fondo o la forma.

2.9. Jurisdicción

Al Estado se le asigna la función jurisdiccional a través del Poder Judicial. Los órganos jurisdiccionales ejercen atribuciones en todo tipo de procesos judiciales en virtud de la potestad jurisdiccional. Díez-Picazo (2011) esclarece «La potestad jurisdiccional, (...), cubre cualquier tipo de conflicto jurídico concebible, desde los litigios intersubjetivos –entre particulares, o entre un particular y un ente público- hasta el ejercicio del *ius puniendi* del Estado» (p. 273).

La potestad jurisdiccional es la función pública asignada a los órganos jurisdiccionales para resolver las controversias que se susciten entre los sujetos y se aplique el derecho, poniendo fin al conflicto de intereses. La potestad de impartir justicia dimana del pueblo y, lo ejerce el Poder Judicial a través de los órganos jurisdiccionales.

En lo concerniente a la potestad jurisdiccional, Véscovi (1999) enseña «(...) es el poder-deber de realizar dicha tarea [interpretación y aplicación del derecho], la de imponer la norma jurídica resolviendo los casos concretos con el fin de lograr la paz social mediante la imposición del derecho» (p. 99).

La jurisdicción es la función pública en virtud de la cual los órganos jurisdiccionales interpretan y aplican el derecho en casos concretos para la solución de los mismos, por un tercero que es imparcial a las partes.

En lo atinente a la jurisdicción y los Plenos no jurisdiccionales, Manjón-Cabeza (2008) asevera:

(...) es evidente que en estos Plenos no se ejerce función jurisdiccional; que son reuniones de magistrados, que no tienen el valor de jurisprudencia, siendo su utilidad de «consumo interno»; que constituyen un instrumento valioso para discutir las cuestiones procesales y penales dudosas o sobre las que existan discrepancias y que la postura que en ellos se acuerda sólo adquiere naturaleza de doctrina consolidada de la Sala Segunda al incorporarse, al menos, a dos Sentencias. (p. 3)

En los plenos no jurisdiccionales para unificar criterios interpretativos disímiles y coordinar prácticas procesales, no hay desempeño de la función jurisdiccional. En esos plenos, los magistrados no conocen ni juzgan controversia alguna, no hay partes demandante y demandado, no hay demandas o denuncias ni defensas y, el resultado de la discusión son los

llamados 'acuerdos plenarios'. En suma, en los plenos no jurisdiccionales no hay caso concreto ni cosa concreta.

A modo de analogía, es admisible una relación de semejanza entre los 'acuerdos plenarios', emitidos por los plenos no jurisdiccionales, y los 'fallos *en abstracto*'. Chiappini (1983) expone:

Un juez falla *en abstracto*, en la concepción tradicional, cuando oficiosamente propugna o resuelve cosas extrañas al proceso; pero, también, cuando está decidiendo soluciones jurídicas interpretativas de la ley sin un juicio ante sus estrados. La actual y eufemística terminología, así, alude a fallos *en defecto de cosa concreta*, o bien -respectivamente- *en defecto de caso concreto*. (p. 89)

En suma, los 'acuerdos plenarios' de los Plenos no jurisdiccionales pueden ser calificados de 'acuerdos' abstractos con ausencia de cosa concreta (una demanda o denuncia) y de caso concreto (un proceso).

2.10. Estado de la cuestión

Con relación al tema de investigación se tienen dos corrientes doctrinarias opuestas: la vinculante legal y la desvinculante no jurisdiccional.

La corriente vinculante legal sostiene que los acuerdos plenarios de los plenos 'jurisdiccionales' tienen carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio. Sus defensores son Ninamancco, Neves y Quispe, entre otros. Sostienen que los propósitos de los Plenos 'Jurisdiccionales' es concordar la jurisprudencia y uniformizar los criterios jurisdiccionales.

Ninamancco (2016) asevera:

El objetivo (...) es solo refutar la tesis que dice que los PJC [Plenos Jurisdiccionales Civiles] no tienen ninguna fuerza jurídica vinculante, solo apuntaré que los PJC sí son vinculantes legalmente. No cabe otra interpretación de su regulación. (...). Los PJC son vinculantes en tanto no contradigan lo dispuesto en un pleno casatorio civil. (pp. 17-18)

El autor propugna como regla la vinculación legal de los Plenos 'Jurisdiccionales' Civiles [PJC] y, la excepción es la no vinculación cuando se opongan a los plenos casatorios civiles. La vinculación lo asigna la ley en forma expresa, y no se puede apuntalar en criterios interpretativos.

Neves (como se citó en Bazán, 2008) señala:

Un supuesto (...) es el de los acuerdos adoptados en plenos jurisdiccionales. (...) Regulada por el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los integrantes de las Salas Especializadas se reúnen para concordar las soluciones diversas que se han venido dando a casos similares ya resueltos. Sus directivas serán aplicables sólo a los posteriores casos. (...). Pero parece no quedar duda de que estamos ante directivas obligatorias. (p. 5)

El autor esgrime que los plenos 'jurisdiccionales' constituyen directivas obligatorias, por ello, vinculan u obligan a los jueces. La vinculación no reposa en directivas ni presunciones sino en la ley en forma expresa y clara.

Quispe (2018) sustenta:

(...) es imposible que la Corte Suprema asuma todo el monopolio de los precedentes vinculantes en materia civil; por el contrario, esta debe ser compartida con las demás Cortes Superiores del país, pero respetando los ámbitos territoriales derivados de sus respectivas competencias. Así, los plenos jurisdiccionales distritales, regionales y nacionales deberán de ser de observancia obligatoria dentro de su competencia territorial. (pp. 272-273)

El citado autor apunta que la vinculación de los Plenos 'jurisdiccionales' se funda en la desconcentración del monopolio de los precedentes vinculantes, para descongestionar a la Corte Suprema. La vinculación no reposa en la desconcentración, sino en el texto expreso y claro de la ley. El articulista no comparte la corriente vinculante legal de los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios, pues es la ley la que determina el carácter vinculante.

Por su parte, la tesis desvinculante no jurisdiccional explica que los acuerdos plenarios de los Plenos 'Jurisdiccionales' no son jurisprudencia, no ejercen función jurisdiccional y, no son vinculantes. Los defensores de la corriente desvinculante no jurisdiccional son Bazán, De Belaúnde, Aguedo, entre otros.

Bazán (2008) divulga:

(...) los (mal llamados) plenos jurisdiccionales no pueden considerarse jurisprudencia y por lo tanto no son manifestaciones de ella en tanto fuente de derecho. Su vinculatoriedad no es equiparable, entonces, al de un precedente vinculante o al de la doctrina jurisprudencial. (...) De ese modo, en la medida que los plenos [jurisdiccionales] no son fuente de derecho, no puede considerarse jurídicamente que estemos ante normas con fuerza vinculante. (p. 6)

El autor sostiene que los plenos 'jurisdiccionales' no son resultados de la jurisprudencia, no se consideran jurisprudencia y no tienen fuerza vinculante. Este argumento es consistente, pues el precedente vinculante emana de la jurisprudencia y, esta no comprende los plenos 'jurisdiccionales'.

De Belaúnde (2006) esclarece:

(...) la regulación que los reconoce [a los plenos jurisdiccionales] no les atribuye potestad para establecer jurisprudencia vinculante ni los considera como un procedimiento para ello, sino que más bien servirían como espacios de debate y discusión entre los magistrados, con conclusiones que en todo caso podrían expresar ciertas tendencias de la magistratura con vocación de uniformizar sus decisiones, pero no más. (p. 40)

El jurista enfatiza que la Ley Orgánica del Poder Judicial no le asigna potestad para fijar jurisprudencia vinculante a los plenos 'jurisdiccionales', por el contrario, su función estriba en el debate y discusión entre los jueces. El argumento es esclarecedor, en vista que el basamento de la vinculación es el principio de legalidad. El articulista se adhiere al argumento ya glosado.

Aguedo (2015) expone:

(...) al analizar la naturaleza de los llamados plenos jurisdiccionales podemos señalar en primer lugar que la materia a tratar siempre va a ser una materia teórica, pues en caso contrario el resultado no sería un acuerdo plenario, sino una sentencia que resuelve el caso. En estas sesiones, los jueces tratan criterios discrepantes de la actividad jurisdiccional, pero no resuelven casos. (p. 139)

El autor precisa la naturaleza teórica de los plenos 'jurisdiccionales' y, distingue entre un acuerdo plenario y una sentencia que resuelve un caso. El argumento en mención ubica en su dimensión temática a los plenos 'jurisdiccionales' y estos no son actos de la jurisdicción. El articulista asume la corriente desvinculante no jurisdiccional, por lo siguiente: i) el enfoque de esta corriente es reflexivo, crítico y analítico; ii) el sustento reposa en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia; iii) discrimina los efectos y alcances de la jurisprudencia vinculante y los criterios interpretativos de los acuerdos plenarios; y, iv) discierne entre la función compositiva de la jurisprudencia y la función explicativa de los plenos 'jurisdiccionales'

2.11. Problema

La investigación nos plantea el *problema* de si los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios son parte de la jurisprudencia, y si la respuesta es adversa, entonces qué función cumplen los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios en la solución de controversias. El problema admite dos enunciados interrogativos, por tanto, le corresponde una respuesta provisional a cada pregunta. En este orden de ideas, la *hipótesis* al *primer interrogante* es que los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios no constituyen parte de la jurisprudencia, esto es, la jurisprudencia excluye a los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios, previstos en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así mismo, la *hipótesis* a la *segunda pregunta* es que los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios cumplen las funciones de la doctrina de esclarecer, precisar y concretar los contenidos de las leyes y de otras fuentes del derecho en la aplicación de las normas en los casos judiciales, es decir, los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios no son jurisprudencia, por el contrario, asumen la función de la doctrina que coadyuva a la interpretación de las leyes y a su aplicación en los casos concretos.

Por último, reseñamos los objetivos de la investigación: i) recrear los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios desde un enfoque crítico y analítico, ii) reflexionar sobre su función coadyuvante y dar alternativas de solución, iii) propender a su afianzamiento en el sistema de justicia y, iv) optimizar su eficacia en la sociedad.

3. Materiales y métodos

Los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios, en el decurso desde su recepción en 1991 hasta los plenos 'jurisdiccionales' más recientes, son fuente de debate y polémica. El tema de investigación ha provocado la consulta de la legislación comparada, la doctrina y la jurisprudencia. Los métodos empleados en la investigación del tema han sido el analítico y el comparativo. La raigambre de los plenos 'jurisdiccionales' se encuentra en el *common law*. Y, la raíz de los acuerdos plenarios es producto del sincretismo entre el *common law* (derecho jurisprudencial) y el derecho romano-germánico (derecho codificado).

Acerca de la metodología empleada, se procedió a la elección de las fuentes más importantes del derecho: legislación, jurisprudencia y doctrina, para así recolectar información. Seguidamente, se tamizó y ordenó los datos concernientes al tema de investigación. A continuación, se avocó al procesamiento de los datos. Y, finalmente, a su interpretación y elaboración del artículo.

El método comparativo es el derecho comparado. Los plenos 'jurisdiccionales' están inspirados en el *common law*, cuya fuente preponderante es la jurisprudencia y, su regla de derecho es el precedente judicial. Y, los acuerdos plenarios son el resultado del sincretismo o fusión de elementos del *common law* y del derecho romano-germánico. La recepción proviene de la Ley Orgánica del Poder Judicial (España). Ante una misma situación, los diversos ordenamientos jurídicos plantean soluciones heterogéneas. Se procedió a establecer en clave comparatista las relaciones de semejanza y diferencia entre los Plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios, regulados en la ley peruana, con los Plenos no jurisdiccionales y sus acuerdos plenarios, previstos en la ley española. Por último, admitimos que aplicamos infatigablemente el ensayo y error (prueba y error), método heurístico.

Tabla 1*Plenos 'jurisdiccionales' en cifras*

Año	Plenos Jurisdicc. Distritales	Plenos Jurisdicc. Regionales	Plenos Jurisdicc. Nacionales	Plenos Jurisdicc. Sala Penal Nacional	Plenos Jurisdicc. Supremos	Total de Plenos Jurisdicc. por Año
1997	1	-	3		-	4
1998	1	-	3		-	4
1999	1	-	3		1	5
2000	1	-	2		-	3
2001	-	-	-		-	-
2002	-	-	1		-	1
2003	-	1	1		-	2
2004	-	-	1		-	1
2005	3	-	-		1	4
2006	1	-	1		1	3
2007	36	2	1		1	40
2008	13	5	4		1	23
2009	27	4	3		1	35
2010	26	3	1		1	31
2011	32	1	3		1	37
2012	22	2	4		4	32
2013	31	2	6		1	40
2014	17	2	3		1	x
2015	24	1	3		4	x
2016	18	2	4		2	x
2017	28	1	5	1	4	x
2018	28	No hay datos	3	1	2	x
2019	17	No hay datos	3		2	22
2020	No hay datos	1	No hay datos		No hay datos	1
	327	27	58	2	28	Total 442

Nota: Plenos 'jurisdiccionales' en cifras

La Tabla 1 de los «plenos 'jurisdiccionales' en cifras» ha sido elaborada con la información que dispone el Centro de Investigaciones Judiciales (CIJ) del Poder Judicial del Perú, en su página oficial web (www.pj.gob.pe). Los criterios son el año y el tipo de Pleno (distrital, regional, nacional y supremo, e inclusión de la Sala Penal Nacional).

Con la información de la tabla, se advierte:

Los plenos 'jurisdiccionales' se iniciaron en 1997 y continuaron hasta el 2000.

En el 2001, no se realizó ningún Pleno 'Jurisdiccional', se desconoce la causa.

Los plenos 'jurisdiccionales' se reanudaron en el año 2002 hasta el presente.

El mayor número de plenos 'jurisdiccionales' concierne a los plenos 'jurisdiccionales' Distritales: 327 plenos, equivalen al 74 % del total, en la práctica las tres cuartas partes de los plenos 'jurisdiccionales'.

El segundo mayor número de plenos 'jurisdiccionales' atañe a los plenos 'jurisdiccionales' nacionales, con 58 plenos, representan el 13 % del total de los plenos realizados.

El tercer lugar en número de plenos 'jurisdiccionales' resulta en un empate entre los plenos 'jurisdiccionales' supremos (28 plenos) y los plenos 'jurisdiccionales' regionales (27 plenos), cada uno representa el 6 %, juntos son el 12 %.

El último lugar es para los plenos 'jurisdiccionales' de la Sala Penal Nacional, con 2 plenos, representa el 1 %.

La difusión de los acuerdos plenarios, emitidos por los plenos 'jurisdiccionales', en mayor proporción, corresponde a los distritos judiciales. Así, desde 1997 al 2020 se desarrollaron 327 plenos 'jurisdiccionales', es decir, la divulgación de los acuerdos doctrinales se materializó en los distritos fiscales.

4. Resultados

El modelo importado de los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios tenía un vicio de origen. En la recepción jurídica por España en 1985, el legislador desnaturalizó el precedente judicial (regla de derecho del *common law*), lo transformó en 'acuerdo plenario' que debía emitir los plenos no jurisdiccionales. El Perú importó una ley española en 1991 que a su vez España lo había importado del *common law* en 1985. Un *hallazgo de magnitud* radica en que los *acuerdos plenarios* no corresponden al *common law*, sino a un proceso de sincretismo o fusión entre el *common law* y el *derecho romano-germánico*, operado en España cuando se dio la recepción del *precedente*

judicial que constituye una regla de derecho del *common law*. El legislador español transformó y transfiguró el precedente judicial en ‘acuerdo plenario’.

El legislador peruano, desconociendo la recepción del precedente judicial, procedió a la importación del modelo español de los plenos no jurisdiccionales y sus acuerdos plenarios, sin previa indagación de la doctrina y jurisprudencia en materia de los plenos no jurisdiccionales y sus acuerdos plenarios.

El proceso de importación de la ley extranjera fue irreflexivo, acrítico y sin cuestionamientos de la ley importada que merece antes de ser incorporada como ley nacional en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

5. Discusión

Los plenos ‘jurisdiccionales’ y sus acuerdos plenarios no integran la jurisprudencia; sin embargo, aquellos cumplen las funciones de la doctrina, como esclarecer, precisar y concretar el contenido de las leyes y de otras fuentes del derecho, en la resolución de casos concretos. Los plenos ‘jurisdiccionales’ y sus acuerdos plenarios y la jurisprudencia operan en un contexto de sinergia o actuación conjunta. Ambos interactúan en forma dinámica, no obstante, sus finalidades son distintas y, coinciden en la función judicial, en la interpretación y aplicación de la ley en casos concretos.

Los objetivos de la investigación fueron recrear los plenos ‘jurisdiccionales’ y sus acuerdos plenarios desde una perspectiva crítica y analítica, reflexionar sobre su función coadyuvante y dar alternativas de solución, propender a su afianzamiento en el sistema de justicia y, optimizar su eficacia en la sociedad. El concepto o escuela de los plenos ‘jurisdiccionales’ y sus acuerdos plenarios corresponde a la jurisprudencia, fuente preponderante, y al *precedente judicial*, regla de derecho, del *common law* (derecho jurisprudencial). La recepción de una categoría del derecho comparado en la legislación nacional (Ley Orgánica del Poder Judicial) en 1991, evidencia la desnaturalización del precedente vinculante, a través de su transformación y transfiguración en ‘acuerdo plenario’, emitido por plenos no jurisdiccionales, para uniformizar la jurisprudencia y evitar sentencias contradictorias.

El proceso de desnaturalización, transformación y transfiguración del *precedente vinculante* en ‘acuerdo plenario’ se conoce como sincretismo o fusión entre elementos del *common law* (derecho jurisprudencial) y del derecho romano-germánico (derecho codificado), lo que explica los desajustes entre los plenos no jurisdiccionales y sus acuerdos plenarios y la jurisprudencia, los que se manifiestan en sus efectos y alcances. Así mismo, da pie en el país a una doctrina maniquea: la *vinculante legal* y la *desvinculante no jurisdiccional*. En los ‘acuerdos plenarios’ se advierte un detalle curioso

que denota «*se dispone su carácter de precedente vinculante*», lo que genera más confusión en la comunidad jurídica.

A contracorriente de los desajustes advertidos entre los plenos no jurisdiccionales y sus acuerdos plenarios y la jurisprudencia, en el plano de la realidad, los plenos no jurisdiccionales o plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios cumplen las funciones de la doctrina de esclarecer, precisar y concretar los contenidos de las leyes y de otras fuentes del derecho en la interpretación y aplicación del derecho en los casos concretos y, coadyuvan a la función judicial. Por último, es factible la reconducción —también un hecho— de los 'acuerdos plenarios' de los plenos no jurisdiccionales a la doctrina jurídica como fuente de apoyo a la ley, pues esta fuente predominante del derecho nacional requiere el apoyo sostenido por la doctrina valiosa que representan los 'acuerdos plenarios', para su interpretación y aplicación.

En fin, cabe reformular —vía legislación— el texto del artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «Los integrantes de las salas especializadas, pueden reunirse en plenos no jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial. Los acuerdos plenarios que adopten constituyen doctrina».

6. Conclusiones

- a) La conclusión de que los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios no integran ni son parte de la jurisprudencia. Se sustenta en que el debate del Pleno sobre los diversos criterios interpretativos discrepantes en la aplicación del derecho, así como la discusión de las diferentes líneas de la jurisprudencia, expresados en sus acuerdos plenarios, no configuran actos procesales de los jueces, como las sentencias, autos y decretos, tampoco involucran las funciones jurisdiccionales de avocamiento, juzgamiento y hacer cumplir lo juzgado.
- b) En lo relativo a la función que cumplen los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios, asumen en los hechos la función de la doctrina autorizada, como esclarecer, precisar y concretar los contenidos de las leyes y de las otras fuentes de producción jurídica. En el plano de los hechos, los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios, son reconducidos hacia la doctrina como fuente secundaria y complementaria de la ley.
- c) Para concluir, si bien los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios carecen de fuerza vinculante, pues no son precedentes judiciales, la única manera de que los acuerdos plenarios podrían tener

y surtir efectos vinculantes, es que sean asumidos como fundamentos jurídicos de las sentencias plenarias de los plenos jurisdiccionales, avocados a recursos de casación.

- d) A contracorriente, los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios cumplen desde el año 2007 un fin y utilidad prácticos, son expresiones dinámicas de los mejor de la doctrina jurídica, especialmente los acuerdos plenarios en materia Penal de los Plenos 'jurisdiccionales' de la Corte Suprema. Finalmente, los plenos 'jurisdiccionales' y sus acuerdos plenarios coadyuvan a la solución de los conflictos de intereses, en el marco de los procesos judiciales, con contradicción y audiencia de las partes.

Referencias

- Aguedo, R. (2014). *La jurisprudencia vinculante y los acuerdos plenarios y su influencia en la adecuada motivación de las resoluciones judiciales* [tesis de magíster, Pontificia Universidad Católica del Perú]
- Bazán, C. (2008). Primeros apuntes sobre los (mal llamados) Plenos Jurisdiccionales. <https://n9.cl/jm37>
- Centro de Investigaciones Judiciales (2010). *Pleno Jurisdiccional Laboral 1997*. <https://n9.cl/y5acp>
- Centro de Investigaciones Judiciales (2020). *Plenos Jurisdiccionales*. <https://n9.cl/4av83>
- Chiappini, J. (1983). Los Fallos en Abstracto. En Peyrano, J. y Chiappini, J. *Tácticas en el Proceso Civil*. Tomo II. Rubinzal y Culzoni Editores.
- David, R. y Jauffret-Spinosi, C. (2017). *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- De Belaúnde, J. (2006). *La Reforma del Sistema de Justicia, ¿en el camino correcto?* Fundación Konrad Adenauer. Instituto Peruano de Economía Social de Mercado.
- Díez-Picazo, L. (2011). Poder Judicial. En Aragón, M. (Dir.) y Aguado, C. (Codir.). *Organización General y Territorial del Estado*. Tomo II.
- Gallardo, M. (2020). Alcances y retos de la Reforma Procesal Civil en la magistratura. *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*, 2(2), 167-179.
- Hurtado, J. (1979). *La ley 'importada' Recepción del derecho penal en el Perú*. Lima. CEDYS.

- Jefatura del Estado Español (1985). *Ley Orgánica del Poder Judicial*. Cortes Generales de España.
- Manjón-Cabeza, A. (2008). ¿Son vinculantes los acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-02.pdf>
- Muñoz, J. (2011). Los llamados «Acuerdos de pleno no jurisdiccional» de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=411022&d=1&
- Ninamancco, F. (2016). Manifiesto sobre los plenos jurisdiccionales civiles. En Autores Varios. *Los plenos civiles vinculantes de las Cortes Superiores. Análisis y comentarios críticos de sus reglas*. Tomo I. Gaceta Jurídica.
- Ossorio, M. (s.f.). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta.
- Poder Ejecutivo (1993). *Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Decreto Supremo n.º 017-93-JUS*. Presidencia de la República.
- Quispe, E. (2018). ¿Son «jurisdiccionales» y, por ende, de obligatorio cumplimiento los plenos emitidos por las Salas Superiores Civiles en el Perú, al amparo de lo dispuesto por el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial? *Actualidad Civil*, (44), 259-276.
- Reale, M. (1984). *Introducción al Derecho*. Madrid. Ediciones Pirámide.
- Véscovi, E. (1999). *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis.



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 3, julio-diciembre, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n3.02



Los hijos llevarían primero el primer apellido de la madre

The children would first carry the mother's first surname

Mario Alfredo Muñoz Villanueva*

Tercera Fiscalía Provincial de Familia distrito fiscal del Santa
(Áncash, Perú)

mmunozvdj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-6924-4359>

Resumen: Ante el nacimiento de un hijo los padres consignan inicialmente el apellido paterno y, luego, el materno. El orden de apellidos de los padres se viene transmitiendo de generación en generación. Sin embargo, para modificar esto, ha habido proyectos de ley ante el Congreso de la República del Perú intentando modificar que los padres de un niño logren mediante consenso el orden de prioridad del apellido de un hijo, los cuales fueron rechazados por la Comisión de Justicia de Derechos Humanos.

No obstante, el país vecino de Colombia a través de la Corte Constitucional en el año 2019 sorprende con una sentencia —C-519/2019— que mediante acuerdo común los padres pueden decidir y elegir el orden de apellidos de sus hijos; de lo contrario, deben subordinarse al método del sorteo; del mismo modo no se produjo de manera legislativa, sino a través del legislador negativo.

* Fiscal adjunto provincial civil y familia del distrito fiscal del Santa.

Al parecer sería una novedad jurídica y social en Perú dado que aún mantiene el sistema tradicional; sin embargo, en Latinoamérica existen países como México, Argentina y Brasil que pormenorizan la facultad de que los padres establezcan de mutuo acuerdo el orden de los apellidos de sus hijos, al igual como sucede en España y Francia. Además, en Brasil tiene preponderancia el principio de libertad en la composición del apellido. Sin embargo, Holanda prioriza el apellido materno.

Se realizó una investigación cuyo propósito fue determinar si mediante acuerdo común de los padres, los hijos pueden llevar primero el apellido materno. Se aplicó un diseño transversal con un enfoque de investigación cuantitativa que permitió alcanzar un análisis sistemático de información objetiva, realizada a través de una encuesta, usando como instrumento un cuestionario de preguntas elaboradas para determinar el objeto de estudio. Los resultados evidencian que existen diferencias que sorprenden entre las votaciones del grupo de abogados y abogadas. Por lo tanto, se concluye que, mediante acuerdo común, es factible que los hijos puedan llevar en primer orden el apellido de la madre que trae consigo consecuencias positivas y negativas.

Palabras clave: prioridad del apellido, prevalencia, igualdad, acuerdo común y sorteo.

Abstract: At the birth of a child, the parents initially enter the paternal surname and then the maternal surname. The order of surnames of the parents has been transmitted from generation to generation. However, to amend this, there have been bills before the Congress of the Republic of Peru trying to modify a child's parents to achieve by consensus the order of priority of a child's surname, which were rejected by the human rights justice commission.

However, the neighboring country of Colombia through the Constitutional Court in 2019 surprises with a judgment —C-519/2019— that by common agreement parents can decide and choose order of surnames of their offspring and if not, it must be subordinated to the method of the draw, in the same way it did not occur in a legislative way, but through the negative legislator.

It would appear to be a legal and social novelty in Peru as it still maintains the traditional system; however, in Latin America there are countries such as Mexico, Argentina and Brazil that detail the faculty that parents constitute by mutual agreement the order of their children's surnames, as is the case in Spain and France. In addition, in Brazil the principle of freedom in the formation of the surname has preponderance. However, Holland privileges the maternal surname.

An investigation was conducted to determine whether, by mutual agreement of the parents, the children can first bear the maternal surname. A cross-cutting design was applied with a quantitative research approach that enabled a systematic analysis of objective information, carried out through a survey, to be achieved using as an instrument a questionnaire of questions developed to determine the object of study. The results show that there are surprising differences between the votes of the group of lawyers. It is therefore concluded that, by common agreement, it is feasible for children to bear in the first order the surname of the mother which has positive and negative consequences.

Key words: priority of the surname, prevalence, equality, common agreement and draw

RECIBIDO: 8/06/2021

REVISADO: 12/07/2021

APROBADO: 30/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

El Código Civil (2021), específicamente en su dispositivo 20, estableció que al hijo matrimonial correspondió transportar el apellido del padre primero y, en segundo lugar, el apellido de la madre. El texto posteriormente fue modificado el 25 de abril de 2006 mediante Ley n.º 28720, la que suprimió la palabra 'matrimonial', quedando solo la palabra hijo. Es decir, al darse esa modificatoria, tácitamente incorpora a hijos matrimoniales y extramatrimoniales llevando el apellido del padre primero, prevaleciendo este y siendo transmitido de generación en generación.

La redacción del diario Perú 21 (20 de marzo de 2019) hace notar una serie de proyectos de ley que procuraban cambiar diversos dispositivos del Código Civil para que los padres biológicos o adoptivos de un niño puedan determinar mediante mutuo acuerdo el orden de preferencia de los apellidos de sus hijos. Los proyectos fueron rechazados en el Congreso de la República por la Comisión de Justicia de Derechos Humanos. Incluso fue reconsiderada, pero no prosperó.

El presente trabajo nace a raíz de la emisión de Sentencia C-519/19 por la Corte Constitucional colombiana acerca del acuerdo común de padres para deliberar el orden de apellidos de sus hijos, según el extremo decisorio. En dicha sentencia, se señala:

Declaró inexecutable la expresión «segundo del» establecida en el artículo 1 de la Ley 54 de 1989, donde sus efectos de la decisión se difieren por el término de dos legislaturas subsiguientes, a junio de 2020, para que el Congreso de la República adapte la legislación a la carta Constitucional; y, si el Congreso no expide tal regulación de reemplazo dentro del término establecido, y mientras no lo haga,

deberá extenderse que el padre y la madre de común acuerdo, podrán decidir el orden del apellido de su hijo. Si no hay acuerdo entre los padres, se resolverá por sorteo realizado por la autoridad competente para asentar el registro civil. (Legis, 2019)

La valentía de la Corte Constitucional ha tenido impacto en los colombianos dado que su texto legal establece:

En el registro de nacimiento se inscribirán como apellidos del inscrito, el primero del padre seguido del primero de la madre, si fue hijo legítimo o extramatrimonial reconocido o con paternidad judicialmente declarada; en caso contrario, se le asignarán los apellidos de la madre (Congreso de la República de Colombia, 1989).

Es por ello que los términos «segundo del» regulada en la legislación colombiana van a tener que ser modificados técnicamente y ser reemplazados por otros términos o palabras que calcen sin afectar los derechos de las mujeres colombianas.¹

Tal decisión ha llamado la atención y ha generado *interés* en el presente trabajo, dado que, en Perú, los hijos llevan como orden primario el apellido paterno, seguido el apellido materno, usando también el sistema tradicional de la prevalencia del apellido paterno.

A raíz de ello, surge la pregunta, ¿es factible que, mediante acuerdo común de los padres, los hijos lleven primero el apellido materno? Este trabajo aborda el orden de prelación de los apellidos de los hijos, específicamente el apellido materno.

Además, la presente investigación es de importancia en el ámbito social porque tendrá impacto en la sociedad peruana y en el ámbito jurídico con relación al nombre y al derecho de familia. Esto generará mayor colisión entre los familiares, en paternidad no responsable, identificación de homonimia, en el derecho del hijo o hija a conducir inicialmente el primer apellido materno y la equivalencia de derechos entre hombres y mujeres. Al hablar de igualdad, algún día, ¿el esposo podría llevar el apellido de la esposa agregado al suyo?

El trabajo será de gran utilidad porque aportará en los ámbitos señalados; además se busca proponer que los legisladores y magistrados tengan presente este avance jurisprudencial en el derecho al nombre y familia.

Esta investigación sobre el establecimiento de los padres en el orden de los apellidos de los hijos estará sujeta a discusiones en la Academia y en la comunidad. Además, permite reflexionar sobre estereotipos existentes en el Perú.

1 Una alternativa es usar la palabra disyuntiva: «o».

Para ello se ha desarrollado el concepto de nombre y su composición, la prevalencia del apellido basado en el árbol genealógico, la tesis del acuerdo común y sorteo, señalando las consecuencias positivas y negativas.

Por último, la investigación tiene como propósito puntualizar la factibilidad del acuerdo común de padres para que los hijos lleven primero el apellido materno.

2. El nombre

El nombre es un tema regulado en el libro de personas en el Código Civil peruano de 1984, que tiene su precedente en el Código Civil de 1936 y este en el primer Código Civil de 1952 que tenía influencia del Código Civil francés de 1804 surgida debido a la revolución francesa liderada por Napoleón Bonaparte. Además, el Código Napoleónico estuvo influido por el Código de Justiniano cuyo nombre es *Corpus Iuris Civiles*, que quiere decir, cuerpo de derecho del ciudadano romano. Todos estos códigos en su estructura han regulado a las personas.

Espinoza (2007) define al nombre como: «... la designación en la cual se individualiza al sujeto de derecho» (p. 173). Esta designación nos lleva a identificar a la persona con características propias; y a juicio de Fernández (2009): «es la expresión visible y social mediante el cual se identifica a la persona, por lo que adquiere singular importancia dentro de los derechos de la persona» (p. 113). Ambos autores concretizan al nombre de manera única con especial importancia en el catálogo de derechos de las personas, basado en su composición: prenombre y apellido.

Por un lado, el prenombre es el nombre de pila que es escogido por los padres o algunas veces únicamente por la madre. Cifuentes (2008) refiere que el prenombre: «... individualiza en el seno familiar. Por otro lado, el apellido, singulariza dentro de las relaciones más amplias de la comunidad». Y continúa: «el apellido nace de la filiación y esta es de distinto origen y tipo» (p. 201). Entonces, la individualización tiene enfoque familiar y social centrada en la sociedad, la cual nos lleva a entender la procedencia y el modelo de familia.

El enfoque de Cifuentes lleva a mencionar el derecho fundamental de la identidad; y según Moscol (2016) «es inherente a todo ser humano la misma que está vinculado con el derecho a la vida, máxime que lleva implícito a una identidad biológica» (p. 30). Este derecho de identidad biológica se refleja en la imagen y se concretiza mediante un nombre o una identificación.

Y con respecto al apellido, Fernández (2009) señala: «es la designación común del grupo familiar (...), es posible no solo individualizar a la persona, sino

evidenciar generalmente su relación familiar» (p. 120). Se deduce entonces que el prenombre y apellidos son designaciones generales que no pueden desligarse ni funcionan inseparablemente del clan familiar. Esto obedece al funcionamiento intrínseco del núcleo parental.

Varsi (s.f.) señala: «... Se compone el apellido paterno con el que se identifica y usará socialmente la persona» (p. 125). El autor ha contemplado el apellido paterno siguiendo la tradición sin considerar como posibilidad primero el apellido materno. Apellido que es importante en una comunidad porque el uso de la misma es cómo te presentas o cómo te identifican.

Ante esto, Cifuentes (2008) enfatiza: «... aunque no hereditariamente, se trasmite, pasa de padres a hijos». Y ejemplifica: «Pérez padre sigue siendo tan Pérez como antes, a pesar de Pérez hijo, quien adquirió el apellido por mandato legal» (p. 203). Desde la posición del autor, el solo hecho de llevar el apellido (paterno) por precepto legal genera efectos civiles para los actos jurídicos y no jurídicos diarios.

Teniendo en cuenta a Espinoza (2008) sobre el apellido en la Edad Media revela: «se usó los gentilicios, los sufijos «ez», «iz», «oz», en español, que se referían a la relación paterno-filial, así tenemos que el hijo de Martín era Martínez (...), surgiendo el apellido» (p. 542). El autor enfatiza el uso de gentilicios, lo cual comunica el nacimiento geográfico de los apellidos y su transmisión en los apellidos de los hijos. Además, el ejemplo dado corresponde al apellido hispano.

La composición del nombre lleva a desarrollar dos teorías sobre la naturaleza jurídica. Primero tenemos la teoría *juspublicistica*, sobre la que Espinoza (2008) postula: «... el nombre es una institución propia del Derecho Público, por cuanto su presencia es de interés general». En segundo lugar, tenemos la teoría *jusprivatista*, donde se admite: «el nombre es objeto de un derecho subjetivo de los particulares» (pp. 542-543). Es decir, mediante estas teorías, el nombre como enfoque público y privado hace trascender su importancia tanto en los actos particulares como en la sociedad para el ejercicio de los derechos.

Herrera y Torres (2017) consideran que el nombre: «... es un requisito *sine qua non* para la determinación de los sujetos en las relaciones jurídicas» (p. 194). Básicamente, es un requisito esencial en la vida del ser humano quien se desenvuelve en la sociedad. Tal desenvolvimiento es importante como decisión que tomen los padres porque los seres humanos se interrelacionan por el nombre, siendo esto fundamental.

3. El apellido que va primero en el derecho comparado

La legislación comparada aborda el tema qué apellido va primero en los hijos: si del padre o de la madre. Para ello es menester revisar el sistema europeo y latinoamericano.

En la legislación de España hubo una reforma en el Registro Civil que establece que los padres deberán ponerse de acuerdo en el orden de apellidos al instante de la inscripción del hijo apenas nacido. Igual sucede en Francia, al determinar que los padres pueden elegir y transmitir el apellido paterno, materno o los dos en el orden que estimen conveniente. No obstante, en Alemania y Serbia «sucede que los matrimonios seleccionan un solo apellido como nombre de familia, sea del padre o de la madre y que al momento del nacimiento el apellido de los hijos ya está fijado»² (El Mundo, 4 de noviembre de 2010, p. 1); igual sucede en Austria, con la salvedad que en Serbia pueden elegir como apellido compuesto.

En el Reino Unido se tiene como hábito poner a sus hijos solo el apellido del progenitor, sin embargo, hay flexibilidad con los foráneos según su país de origen. En Suiza, por ejemplo, solo tienen un apellido y han dado licencia para elegir entre los del padre o de la madre. Por otra parte, en Holanda se hace uso de un solo apellido –padre o madre– que afecta a todos los hijos de la misma filiación. No obstante, en Bélgica se utiliza un solo apellido: el del padre.

Ahora bien, en Luxemburgo se concede elegir entre los apellidos del padre o de la madre o una combinación de ambos; mientras que, en Italia, los hijos solamente reciben un apellido si el progenitor lo reconoce o, de lo contrario, solo de la madre. Sin embargo, en Rumanía y Turquía los hijos conservan el apellido del padre, que es el nombre de familia.

El portal de Europapress informa que en Portugal «es frecuente ver el apellido de la madre, pero el que se transmite a futuras generaciones es el segundo apellido, el paterno. Además, regula que los padres pueden decidir si su hijo usará uno de los dos apellidos o los dos y en qué orden». Por otra parte, la costumbre en Rusia consiste en formar los apellidos adicionando un sufijo al nombre del padre.

En Japón y EE. UU., las mujeres cuando contraen matrimonio pierden su apellido. No obstante, en Japón los hijos pasan a tener el apellido paterno de manera automática; mientras que en China son los progenitores quienes eligen el apellido de sus hijos. Y en Irlanda, al instante de registrarse el nacimiento de un menor, debe señalarse si llevará el apellido del padre, de la

2 El artículo publicado en la web de ElMundo.es conlleva a una situación de búsqueda de los países europeos sobre la prioridad del primer apellido.

madre o de ambos, enlazados por un guion en el orden que elijan conforme a la sección 1. 3. a de la Ley de Registros de Nacimiento de 1996.

En el caso latinoamericano se tiene la aplicación de México, Brasil, Argentina y Colombia, que determinan la facultad de los padres establezcan de mutuo acuerdo el orden de los apellidos de sus hijos al instante de inscribirlos en los registros civiles. Mientras que en Chile y Perú aún prima como primer orden el apellido paterno.

El artículo 16 del Código Civil de Brasil prescribe el derecho al nombre que comprende el apellido, pero no se especifica un orden legal ni la obligación de adoptar el apellido paterno o materno. En una información notarial comúnmente se emplea el apellido del padre en último lugar. Sin embargo, no se impide emplear los apellidos en distinto orden, máxime que no se tiene textualmente una traba legal para utilizar solo el apellido de uno de los padres, dado que en Brasil predomina el principio de libertad en la composición del apellido.

Consecuentemente, Holanda prioriza el apellido de la madre conforme al artículo 1.5 del Código Civil. Sin embargo, en Irlanda, EE. UU., Brasil y Francia no prima ni el apellido del padre ni de la madre.

4. Tesis de prevalencia vs. común acuerdo

Habiendo hecho mención a la teoría *juspublicista* y *jusprivatista*, es menester desarrollar el tema del nombre y de manera específica el apellido basándonos en la tesis del acuerdo de la prevalencia del apellido paterno, del acuerdo común y del sorteo.

En primer lugar, si se habla de la prevalencia del apellido paterno, citando a los autores Bermúdez y Pinedo (2019), estos dan a conocer que «en la sociedad contemporánea, se permite especificar que los modelos familiares se han venido adaptando a las nuevas situaciones, determinadas sobre el cimientamiento de la preponderancia al vínculo familiar» (p. 30). Esto lleva a que la sociedad moderna se ajuste a las nuevas circunstancias del tipo de familia bajo la preeminencia del nexo sanguíneo. Empero, cualquier ajuste en el lazo sanguíneo debe respetar derechos de padres e hijos.

Dicho en palabras de Espinoza (2008): «... es el apellido del padre el que siempre es transmitido, mientras el de la madre lo es solo para una generación» (p. 547). Se destaca que el apellido del progenitor ha tenido prelación frente al de la madre, siendo tradición que se transmita de padres a hijos y así, de un grado a otro, por generaciones. En cambio, el apellido de la madre se usa en los hijos para una sola prole, de un grado a otro.

Los autores Monti y Quispe (2017) formularon la interrogante: «¿Por qué en el Perú el primer apellido del padre tiene un orden preeminente respecto al primer apellido de la madre?». Y responden: «que obedece a un tema de costumbre» (pp. 48-49). Esta preeminencia sobre el orden del apellido paterno viene imperando por siglos mientras que el apellido materno solo se agrega en segundo lugar y ahí queda.

Además, estos autores, con relación al Expediente 4025-2015- Lima Norte, agregan: «el señor Gonzales Monti (hoy Monti Gonzales) solicitó la interpelación de sus apellidos en su partida de nacimiento (...), concluyendo el juez, se le reconozca más por el apellido materno» (pp. 54-55). En este caso, el solicitante sostenía que el apellido materno lo hacía sentir a gusto porque así se le identifica en la comunidad, donde el juzgado civil declaró procedente la interpelación de los apellidos.

En segundo lugar, si se habla del acuerdo común de los progenitores, cuya tesis cobra importancia porque se señala la voluntad para elegir qué apellido va primero en los hijos. En este ítem desarrollaremos tres situaciones:

- a) **Elección del apellido paterno.** De escoger el apellido del padre, se sigue con la tradición de la permanencia del apellido paterno, agregando el plus que fue convenido. Un acuerdo que no acepta cambios sino continuación.
- b) **Elección del apellido materno.** De pretender esta opción, el hombre cederá y se abrirá paso a la igualdad en la colocación primaria del apellido materno en los hijos. El avance sería trascendental en la vida de las personas. Empero, esto al parecer es una ilusión académica que lleva lidiar con estereotipos en nuestro país. Queda claro que para escoger necesariamente tiene que haber una buena comunicación y decisión de los padres. Cualquiera que fuese la elección, se tiende a la obligatoriedad de que, una vez elegido un apellido familiar, este sea idéntico para todos los hijos³.
- c) **Elección intercalada de apellidos.** Esta situación solo se daría cuando los padres tengan dos hijos o más, sean gemelos o mellizas. Por ejemplo, a uno de los hijos se coloque primero el apellido materno y al segundo hijo, se coloque primero el apellido paterno, o viceversa. Respecto a este punto, Varsi (2014) argumenta que «no existiría sincronía en el nombre de los hermanos» (p. 683). Sincronización básica para identificar a los consanguíneos.

Además, el autor expresa que los hermanos pueden encontrarse desengañados al saberse partícipes de una misma familia, pero que la falta de

3 Véase en: <https://n9.cl/ioe7>

confluencia en sus apellidos más que vincularlos los aleja. Siendo así, incluso esto puede dar pie a que sean confundidos como hijos de compromisos extramatrimoniales al llevar apellidos diferentes, existiendo discrepancia generada a raíz del intercalado de apellidos de los padres en los hijos.

No obstante, hablar de equivalencia de los derechos del hombre y mujer, corresponde a los mismos derechos ante la ley, por tanto, cualquier acuerdo estaría implícito en la igualdad de derechos.

Conciben a la igualdad como un derecho fundamental destinado a obtener un trato paritario ante hechos, situaciones y relaciones equiparables (...). El derecho fundamental a la igualdad tiene cuatro manifestaciones principales: el derecho a la igualdad ante la ley (que comprende a la «igualdad en el contenido de la ley» y a la «igualdad en la aplicación de la ley»), el derecho a no ser discriminado y el derecho a obtener prestaciones o medidas afirmativas por parte del Estado (Gutiérrez y Sosa, 2013, p. 103).

En nuestra opinión, la igualdad es un derecho constitucional del ser humano, la misma que ha ganado terreno como el derecho de las mujeres en nuestra sociedad. Además, hacer gala de ese acuerdo común y que los hijos lleven el apellido intercalado de sus progenitores, solo generaría desorden social o confusión en nuestra comunidad. Nos inclinamos por el acuerdo común basado en la elección del apellido paterno o materno en una sola línea para evitar confusiones en la familia consanguínea y ante la sociedad.

En tercer lugar, se habla del sorteo, lo cual surge ante la discrepancia de los progenitores. Algo que parece gracioso, pero así fue recogida en la sentencia colombiana. Hablar de sorteo es referirnos al término azar, entendido esto como la acción de coger una moneda o un dado y lanzarla, y quien gane colocará su apellido primero. Para aceptar tal resultado se ha empleado un instrumento ajeno a la voluntad.

Mesinas (2007) alude: «pueden elegir así por permitir todo aleatoriamente, que el destino decida a quien se beneficia respecto de determinada aspiración o derecho en discusión» (p. 791). Se debe destacar que el sorteo es una idea cuestionable y poco prudente para un tema tan trascendente como la ubicación del primer apellido, donde el juego al azar trae consigo el factor suerte, distinta al acuerdo común.

Además, el azar es para los juegos que implican transacciones económicas o no, pero de ninguna manera debe usarse para involucrar apellidos. En Serbia, por ejemplo, si los padres son desconocidos o no hay acuerdo, la prelación de los apellidos lo resuelven los órganos de tutoría⁴.

4 Véase, recuperado de <https://n9.cl/ioe7>.

5. Implicancias positivas-negativas

Sobre el cimiento del acuerdo común de los padres hemos desarrollado sus implicancias positivas y negativas en base a los instrumentos empleados en las encuestas y una vez obtenidos los resultados han sido ordenados de mayor a menor votación:

- i) **Implicancias positivas.** Entre estas se tiene: igualdad entre los derechos de los hombres y mujeres, disminución del índice de machismo en la sociedad y la recuperación del apellido materno que se va extinguiendo.
- ii) **Implicancias negativas.** Aquí se señala: afectación de la tradición del apellido paterno transmitido por generaciones, aumento de la paternidad no responsable, la pérdida de parentesco como orden social en cuanto al árbol genealógico y problemas de identificación de homonimia.

En el rubro de las implicancias positivas se tiene:

- a) **Igualdad entre los derechos de los hombres y mujeres.** Se sobreentiende que todos somos iguales ante la ley, muy ligada al derecho de identidad personal, como plantea Varsi (2013), cuando se refiere a la identidad personal, «en última ratio, no solo de intereses individuales, sino también sociales y públicos» (p. 336). Esta igualdad de derechos tiene alcance desde el propio sujeto que arrastra hacia la vivencia en sociedad. Sociedad es la que hace visualizar los intereses de los particulares.

La situación social ha quedado establecida por jueces de la notable Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) en el incidente de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, donde se puntualiza: «... los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro» (f.j. 184). Esta elección del nombre (prenombre y apellidos) recae en el supuesto por sus padres que implícitamente está indicando la voluntad de los progenitores al momento de realizar el trámite administrativo ante el Reniec.

Además, acerca de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Howell (2013)⁵ señala que

5 La Comisión IDH en la introducción a la causa ítem 2 y 3, invoca en su demanda que el Estado de la República Dominicana por medio de sus autoridades del registro civil, negó a las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico la emisión de sus actas de nacimiento, pese a que las niñas nacieron en dicho territorio, violándose así el derecho al registro de la personalidad jurídica, derechos de los niños, derecho a la nacionalidad e igualdad ante la ley, entre otros.

este «es el documento internacional que del aspecto amplio impulsa la eliminación de forma de discriminación, buscando sentar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres» (p. 114). El derecho a la igualdad tiene soporte internacional en los convenios que el Perú ha suscrito basándose en los fundamentos rectores de la dignidad y el valor de la persona humana.

- b) **Disminución del índice de machismo en la sociedad.** Hoy en día aún existen estereotipos como el machismo donde la forma de pensar considera la hegemonía del hombre sobre la mujer. Tal como ha sido tomada el alto porcentaje (74 %) de la página web de RPP Noticias⁶.

El alto índice porcentual se debe eliminar en sus diversas modalidades de violencia y buscar otras formas como el acuerdo común de los padres para afrontar cualquier problema y una de ellas es que los hombres cedan sobre la colocación del primer apellido en sus hijos.

- c) **Recuperación del apellido materno que se va extinguiendo.** Según Varsi (2014) señala que «los apellidos se transmiten de generación en generación, dándose algunas excepciones como la pérdida del apellido (materno) por el transcurso del tiempo» (p. 682). El apellido materno solo se transmite a la primera procreación, de madre a hijo e hija, mas no acontece para la segunda generación; y será la aquiescencia de los progenitores para elegir primero al apellido materno en los niños, así prevenir su desaparición.

Además, el autor postula: «el apellido materno no identifica directamente a la persona» (p. 687). Al parecer tiene razón al posesionarlo en segundo lugar, salvo el apellido famoso o lo renombra, mientras que la pauta cósmica se da por medio del apellido paterno.

En el rubro de las implicancias negativas se tiene:

- a) **Pérdida de parentesco como orden social en cuanto al árbol genealógico.** La pérdida de parentesco no se establece con el deceso de una persona. Sin embargo, como orden social la pérdida de parentesco tiene trascendencia conforme se haya elegido el apellido de los padres.

En el caso de elegirse primero el apellido materno, el tratadista Varsi (2014) dice: «es trascendental pues afecta el apellido en la línea

6 La encuesta de Datum Internacional de 2016 resalta: «el 74 % de la población considera que el Perú es una sociedad machista». Ficha técnica: Encuesta pulso Perú ejecutada por Datum Internacional S.A. del 05 al 10 de agosto de 2016, a 1201 personas de 18 a 70 años de Lima Metropolitana y otras 16 regiones del país, incluida Lima Provincias. Nivel de confianza: 95 %. Información publicada en la página de perú21.pe de fecha 13 de agosto 2016.

paternal» (p. 687). El enfoque que se le da es imprescindible por cuanto afecta la cadena paternal. Cadena que debemos recordar:

Las personas que son parientes de sangre o descienden unas de otras, o descienden de un antepasado común. En el primer caso, se habla de un parentesco de sangre en línea recta; en el segundo, de parentesco de sangre colateral. El grado es la distancia que hay de una generación a otra. Línea es la sucesión de personas entre las cuales existe relación de parentesco (...). La línea también puede ser paterna o materna, según se designe a los parientes de una persona por parte del padre o de la madre (...) (Jara y Gallegos, 2015, pp. 12-13).

Conforme a lo señalado sostenemos que el árbol genealógico es la construcción histórica del apellido en forma ascendente o descendente, transmitida generacionalmente hasta nuestros días. Por un lado, de llevar primero el apellido materno se produciría un desorden en el árbol genealógico, especialmente en hijos de los hermanos de padre y madre, mientras que, por otro, sería un avance en la generación de derechos de las mujeres.

Como señala Varsi (2014): «en su momento primos hermanos mantendrán apellidos distintos, pudiendo ser pasibles de las mismas consecuencias de sus ascendientes» (p. 688). Esto explica la elección de apellidos de los familiares directos incluso de los hijos al elegirse de forma intercalada, sea primario el apellido del padre o de la madre.

- b) Aumento de la paternidad no responsable.** Esto implica que una mujer al tener un hijo no reconocido por el presunto padre, tiene la oportunidad de colocar primero su apellido o colocar sus apellidos; la cual trae consigo un incremento de paternidad no responsable, cuyos casos se ventilan en los juzgados.

En el Perú, el Juzgado de Paz Letrado de Familia tiene competencia sobre la demanda de filiación extramatrimonial, en caso que una madre coloque primero el apellido del presunto padre en el nombre de su hijo, no es impedimento, pues será en el proceso donde se declare su filiación (prueba de ADN). Muy distinto sucede cuando la madre no coloca el apellido del presunto padre, esto puede ocasionar que muchos hombres sean irresponsables de los deberes alimentarios. Incluso existe un registro de los padres que incumplan estos deberes.

- c) Problema de identificación de homonimia.** Se entiende por homonimia como la similitud de identidad tanto en nombres como apellidos en otras personas o parientes. La homonimia supone confusión de la identidad y podría afectar algunos ciudadanos quienes

no tienen procesos judiciales penales generando impunidad en otros sujetos, al no realizarse un buen control de identidad.

El control de identidad la tiene la Policía Nacional del Perú a quien se requiere el mayor celo en las funciones para evitar vulneración de derechos de los intervenidos. Otra institución importante es el Ministerio Público, quien tiene la obligación de cruzar información con los familiares del sujeto en cuanto a su ascendencia. A todo esto, el Poder Judicial juega un rol importante para evitar vulneración de derechos como la libertad de los sujetos.

- d) **Afectación de la tradición del apellido paterno transmitida por generaciones.** Al respecto, Moisset (2017) argumentó lo siguiente: «... el apellido paterno, que puede usarse aislado, o unido al apellido materno, pero en la práctica se diferencian por el orden que se les da (...) en los países hispanoamericanos se coloca primero el del padre» (p. 2). Precisamente es el orden del apellido un papel notable en la familia y sociedad que puede afectar la tradición paterna como colocación del primer apellido.

Si invertimos para que el apellido materno vaya primero, esto afectaría a algunos parientes quienes no vean esta necesidad como derecho de la mujer. Derecho que se ha consolidado en una sentencia colombiana como base el acuerdo común mientras que en el Perú aún está lejos de reconocer vía legislación o judicial.

El presente trabajo nos lleva a proponer que el artículo 20 del Código Civil debe ser modificado, debiendo quedar en la lectura siguiente: «Al hijo le corresponde el primer apellido del padre o de la madre según convengan». Una propuesta que merece ser debatida a nivel académico, atendiendo la decisión de la Corte colombiana y el progreso de los derechos de la mujer en nuestra sociedad.

Además, alentamos a la investigación sobre el orden de los apellidos en los hijos desde distintos ámbitos académicos, de modo que se pueda tener una amplia literatura jurídica, social, biológica, entre otros, como fundamento de lo que se pretende dado que se está camino al Bicentenario y la mujer debe tener algún derecho adicional.

6. Materiales y métodos

Con respecto a este ítem, se ha empleado material documental sobre el libro de las personas y de derecho de familia del Código Civil en el aspecto doctrinario, y artículos publicados en revistas materiales y virtuales sobre el tema. Además, se ha utilizado material (jurisprudencia) de la suprema Corte

Constitucional de Colombia, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de Legislación comparada: de los países europeos y del latinoamericano, relacionados con el asunto de investigación.

El método de investigación usado es el descriptivo y con carácter explicativo, debido a que se recogió datos reales. El método explicativo nos ha llevado a demostrar y justificar la importancia del tema de investigación y a proponer un proyecto de ley con relación al apellido de los hijos mediante común acuerdo.

La muestra estuvo integrada por doscientos abogados. Un grupo estuvo formado por 100 abogadas y otro estuvo integrada por cien abogados, es decir, cada grupo conformado por la misma cantidad de sujetos.

7. Tipo de investigación

En el estudio se utilizó un diseño no experimental no sometido a laboratorio. Esta es una investigación sistemática y empírica. El diseño es transversal para recolectar datos en un tiempo único. El enfoque de investigación es cuantitativo porque permite alcanzar un análisis sistemático de información objetiva, para aproximarnos al objeto de estudio, siguiendo un razonamiento deductivo.

Además, se utilizó como técnica la encuesta, formada por cuatro preguntas. Se inició con dos preguntas cerradas y dos abiertas. Los datos recogidos en la encuesta se realizaron en noviembre 2019 a una población de abogados de la provincia del Santa.

Atendiendo al tema de la investigación, se utilizó como instrumento un cuestionario de preguntas, teniendo como fuente de información doscientos abogados. El procedimiento utilizado para el grupo de abogadas y abogados consistió en un cuestionario único conformado por cuatro preguntas.⁷

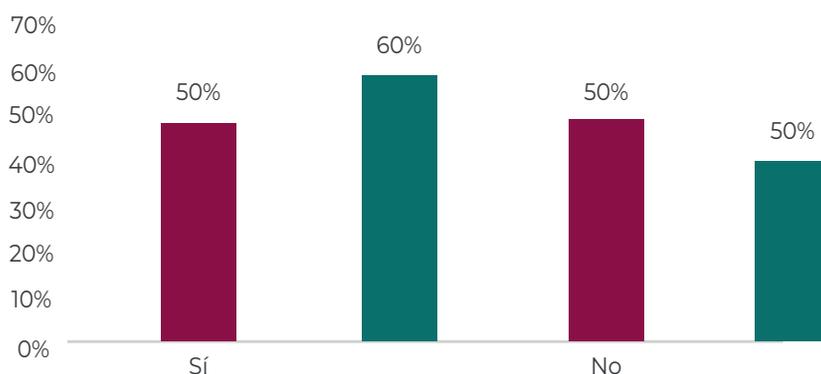
-
- 7 Las preguntas del cuestionario son las siguientes:
1. ¿Usted estaría de acuerdo que su hijo (a) lleve en primer orden el apellido de la madre?
a) Sí. b) No.
 2. ¿Estaría de acuerdo que el hijo (a) siga conservando primero el apellido del padre?
a) Sí. b) No.
 3. Si un hijo (a) llevara primero el apellido de la madre, ¿qué consecuencias negativas considera que podría tener?
a) Perdería el parentesco como orden social en cuanto al árbol genealógico.
b) Aumentaría la paternidad no responsable.
c) Habría problemas para la identificación por homonimia.
d) Afectaría la tradición del apellido paterno transmitido por generaciones.
e) Otros. _____
 4. Si un hijo (a) llevara primero el apellido de la madre, ¿qué consecuencias positivas considera que podría tener?
a) Igualdad entre los derechos de los hombres y mujeres.
b) Disminuir el índice de machismo en la sociedad.
c) N. A.

8. Resultados e interpretación

Una vez culminada las encuestas en la ciudad de Chimbote, se realizó el conteo en el primer y segundo grupo correspondiente a cien abogadas y cien abogados, y se encontró lo siguiente:

Figura 1

Abogados(as) que estarían de acuerdo que su hijo(a) lleve en primer orden el apellido de la madre, 2019.



Nota. La barra de color celeste corresponde a las abogadas y el azul, a los abogados.

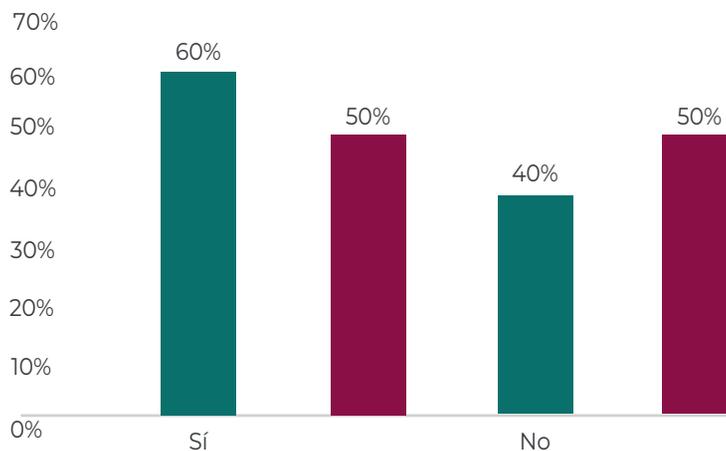
La primera respuesta significa que la mitad de las abogadas estarían dispuestas a cambiar el orden del apellido tradicional, mientras que existe otro porcentaje igual que no está de acuerdo. Existe un equilibrio en las respuestas. Sin embargo, en los abogados tiene un alto porcentaje el sí, lo cual significa que hay letrados que están dispuestos a cambiar el orden del apellido tradicional mediante acuerdo común con su pareja, idea que debe ser trabajada en mayor extensión; mientras que un porcentaje negativo, y en menor escala, está de acuerdo en mantener en primer orden el apellido paterno.

d) Solo a) y b).

e) Otros. _____

Figura 2

Abogados(as) que estarían de acuerdo que su hijo(a) siga conservando primero el apellido del padre, 2019.

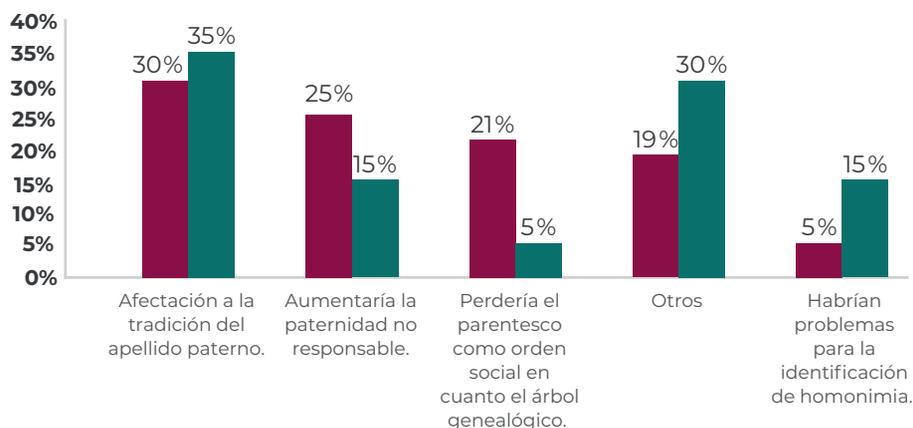


Nota. La barra de color celeste corresponde a las abogadas y el azul, a los abogados.

En la segunda respuesta, la balanza se inclina de manera favorable hacia la conservación primigenia del apellido paterno para mantener la costumbre ancestral. Mientras que el otro porcentaje disminuye ligeramente para no conservar tal orden; esto no ha resultado coherente, pese a que hay mujeres que quieren cambiar una arraigada costumbre. Sin embargo, en los abogados, la segunda respuesta significa que la balanza conserva un equilibrio sobre el resultado porcentual. Es la mitad de los encuestados. Estos aún quieren conservar primero el apellido paterno en su uso, advirtiendo que algunos hombres cambiaron de criterio frente a la respuesta de la primera interrogante. Hay otra mitad que sorprende y ven una oportunidad para el escenario del orden del apellido.

Figura 3

Consecuencias negativas que podría tener si un hijo(a) llevara primero el apellido de la madre, 2019.



Notas. La barra de color celeste corresponde a las abogadas y el azul, a los abogados. En la opción otros, algunas abogadas han proporcionado información: factor religioso 12 % y todas son las respuestas 7 %. En cuanto a los abogados, proporcionaron: generan conflicto familiar conyugal 13 %, dificultades de identificación 9 %, todas 6 % y ninguna 2 %.

La tercera respuesta de las abogadas resalta la afectación en la tradición del apellido paterno propagada por generaciones como consecuencia negativa. Un resultado difícil de aceptar un cambio de tal naturaleza, pese al acuerdo común. Le sigue el aumento de paternidad irresponsable, lo que provocaría el mayor incremento de procesos de filiación extramatrimonial y alimentos, más de lo que ya existe en nuestro país. Esto es un tema serio que merece atención. Además, algunos hijos «supuestamente» perderían el parentesco en la sociedad, debido a que su árbol genealógico se ve modificado por el apellido materno. El factor religioso –que salió de la opción otros– queda desplazado pese a la existencia de los cimientos bíblicos que enseña la construcción del árbol genealógico. Se tiene un ejemplo bíblico: Abraham engendró a Isaac; Isaac a Jacob; Jacob a Judá, así sucesivamente. Por último, queda relegados los problemas de homonimia, ya que dicha discusión se realiza en los procesos penales.

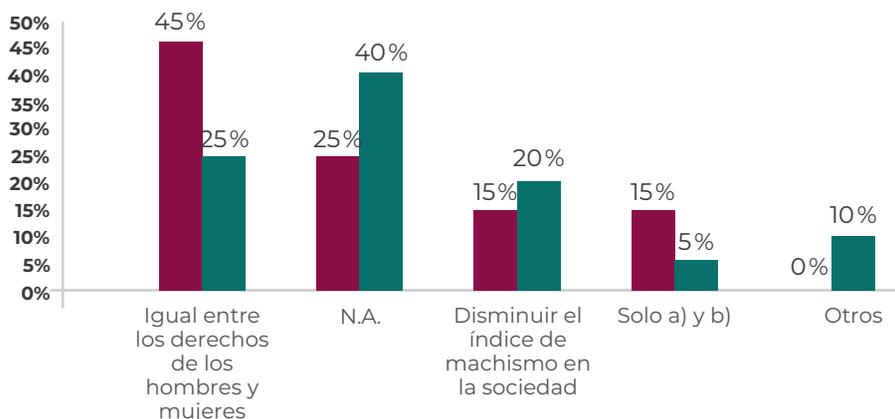
No obstante, la tercera respuesta de los abogados significa una alta incidencia en la afectación tradicional del apellido paterno, siendo una consecuencia negativa. Aquí el enfoque es costumbrista al no aceptar el cambio social de tal magnitud. En la opción otros, los mismos encuestados agregaron ideas que se esperaba. Resalta el alto porcentaje del conflicto familiar conyugal o las dificultades en identificación en el grado de parentesco, lo cual significa el incremento tanto de problemas matrimoniales como

extramatrimoniales, así como también genera confusión en el ambiente familiar o de terceros sobre el orden del árbol genealógico.

Algunas respuestas tienen igualdad de porcentaje en el aumento de paternidad no responsable. Esto significa desinterés sobre la paternidad e incluso en igual porcentaje los problemas para la identificación por homonimia, donde un ciudadano enfrentará un proceso judicial, quien permanecerá detenido o retenido mayor tiempo hasta cruzar información veraz y documentada. Además, la pérdida del parentesco como orden social tiene un bajo porcentaje que significa que no habría pérdida de parentesco si no habría confusión en la sociedad.

Figura 4

Consecuencias positivas que podría tener si un hijo(a) llevara primero el apellido de la madre, 2019.



Notas. La barra de color celeste corresponde a las abogadas y el azul, a los abogados. En la opción Otros: El 10 % de abogados ha proporcionado información: se recuperaría el apellido materno que se va extinguiendo.

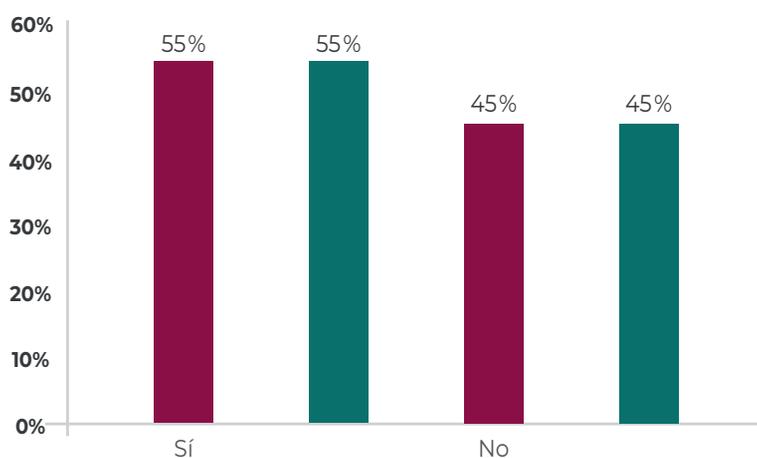
La cuarta respuesta es abrumadora. Las abogadas mujeres quieren igualdad de derechos entre hombres y mujeres, igualdad de derechos que se viene luchando en nuestra sociedad; tema que cala en uno de sus propósitos. En la misma lista sigue la opción ninguna de las anteriores. Esto llama nuestra atención debido a que no se llenó una respuesta como alternativa en la opción otra, y así poder conocer los puntos de vista, y poder procesarla y analizarla. Y habría una ligera disminución del machismo en la sociedad teniendo poca importancia. Queda en la pareja manejar el tema del machismo.

No obstante, la cuarta respuesta de los abogados sorprende en relación hacia el alto porcentaje sobre la opción ninguna de las anteriores. Esto significa que no están de acuerdo con las opciones propuestas, sino que deben ser otras como consecuencias positivas, pero no agregan sus propuestas. Además,

se destaca como consecuencia positiva la igualdad entre los derechos de hombres y mujeres que significan única igualdad en derechos y prioridades. Luego le sigue la reducción del machismo en la sociedad. Esto significa que se reducirá en menor escala el machismo al existir otros enfoques sobre el tema. Y, por último, en menor porcentaje, tenemos la recuperación del apellido materno en extinción, lo cual evitará la extinción de este en su segundo grado de la línea recta en adelante.

Figura 5

Abogados(as) que estarían de acuerdo que su hijo: a) lleve primero el apellido de la madre, b) siga conservando primero el apellido del padre. 2019.

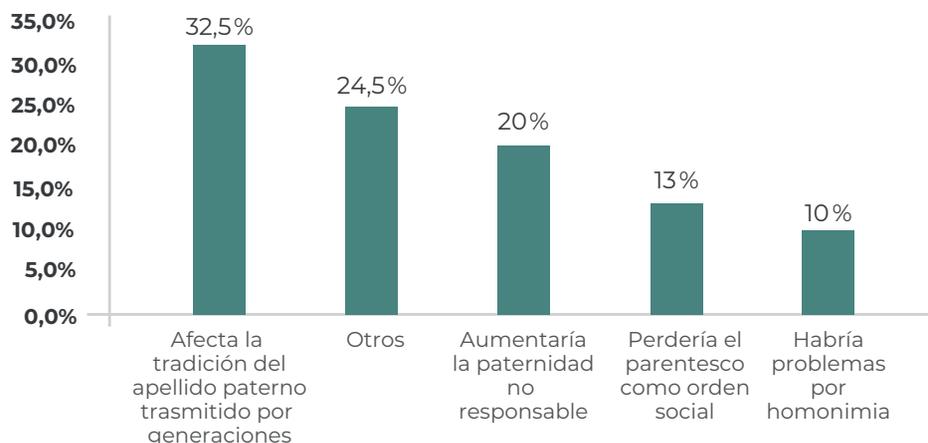


Nota. La barra de color celeste es de las abogadas sobre el ítem a) y el azul, a los abogados sobre el ítem b).

En la primera respuesta, la suma total tiene un alto porcentaje el Sí, lo cual significa que hay abogados y abogadas dispuestos a cambiar el orden del apellido tradicional, donde un porcentaje menor se resiste y quiere conservar en primer orden el apellido paterno. Sin embargo, la segunda respuesta, también tiene un alto porcentaje el Sí, lo cual significa que hay abogados (a) que no quieren cambios y quieren seguir conservando primero el apellido paterno; de esta manera resulta menor el porcentaje de los que sí la quieren

Figura 6

Consecuencias negativas que podrían tener si un hijo (a) llevara primero el apellido de la madre, 2019

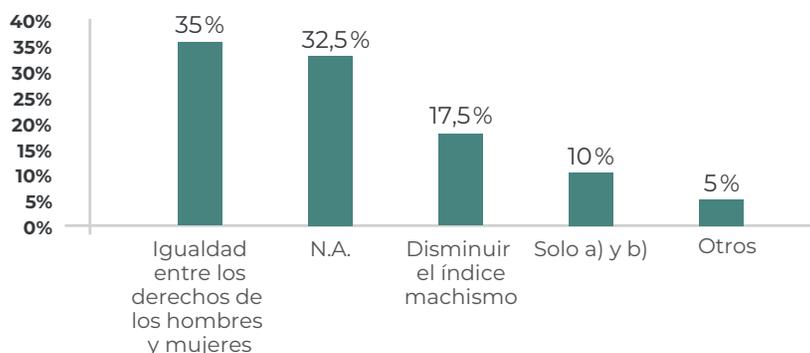


Nota. En la opción otros, algunos abogados (a) han proporcionado información: genera conflicto familiar (6.5 %), factor religioso (6 %), dificultad en la identificación en el grado de parentesco (4.5 %), todas son las respuestas (6.5 %) y ninguna (1 %)..

Tenemos un alto porcentaje que afecta la tradición del apellido paterno transferido generacionalmente, lo cual afecta el núcleo duro del árbol genealógico. A esto lo sigue la novedad del rubro otros, donde se señala que genera conflicto familiar, el factor religioso se opone al cambio y la dificultad en la identificación en el grado de parentesco. Estas consecuencias negativas significan que generarán cambios en las relaciones familiares de los padres.

Figura 7

Consecuencias positivas que podrían tener si un hijo(a) llevara primero el apellido de la madre, 2019



Nota. En la opción otros, el 5 % de abogados ha proporcionado información: se recuperaría el apellido materno que se va extinguiendo.

De la cuarta respuesta, es evidente su resultado, lo cual significa en opinión de los abogados y abogadas, traería igualdad entre los derechos de estos, siendo el resultado abrumador; mientras que le sigue la respuesta ninguna de las anteriores, para tal efecto, debieron proporcionar mayor información para procesar y analizar.

9. Discusión

Habiendo obtenido los resultados porcentuales de las encuestas de abogadas y abogados, y la unificación de ambos, queda iniciar la discusión de estas.

Figura 1

Hay un buen porcentaje de abogados y abogadas que están dispuestos a cambiar el orden del apellido tradicional en los hijos basado en la premisa del acuerdo común de pareja. Esto es importante porque empieza a calar el principio de igualdad ante la ley. Varsi sostiene que también lo somos para llevar primigeniamente el apellido de la madre y luego del padre o viceversa, por lo cual debe tener soporte legal o jurisprudencial en Perú o el juez ante un caso invoque la jurisprudencia colombiana.

Figura 2

Hay un alto porcentaje de abogadas que aún desean conservar primero el apellido paterno en los hijos y en menor escala la mitad de los abogados. Esto si bien no ha resultado coherente con el resultado de la Tabla 1, esta incoherencia en las respuestas ha permitido verificar cómo se cambia de respuesta. Sin embargo, la mitad de abogados quieren un cambio, siendo importante para la investigación dado el impacto que tiene en la sociedad.

Figura 3

Se observan consecuencias negativas.

En primer término, las abogadas resaltan la afectación en la tradición del apellido paterno transmitida por generaciones como consecuencia negativa seguida del aumento de la paternidad no responsable. Este resultado es importante porque el apellido materno pasa a una ubicación privilegiada y en la práctica diferencia el orden tal como lo sostiene Moisset. En segundo lugar, igual sucede en el resultado de los abogados con la diferencia que en segundo lugar va la opción Otros, como trasciende el factor religioso sobre la construcción del árbol genealógico, la cual cobra importancia dado que en el Perú el credo es asumida por la iglesia católica y las instituciones evangélicas que son muchos en el país.

Figura 4

Se observan consecuencias positivas.

Las abogadas quieren igualdad de derechos entre hombres y mujeres, eso se ve reflejado en el resultado abrumador bajo el argumento constitucional que todos somos iguales ante la ley, lo cual tiene sustento en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Sin embargo, los abogados sorprenden con un alto porcentaje sobre la opción Ninguna de las anteriores, la cual no brindan propuestas para el análisis.

Figura 5

Se observa la unificación del total de abogados (as):

Los abogados y abogadas sí están de acuerdo que un hijo lleve en primer orden el apellido de la madre, lo cual cobra importancia la disposición para cambiar el orden del apellido tradicional. Esto es acorde con la equivalencia de derechos de los hombres y mujeres que se pretende en el presente trabajo.

Figura 6

Se observan consecuencias negativas unificadas:

Los abogados y abogadas coinciden con un alto porcentaje que afecta la tradición del apellido paterno transmitido por generaciones si un hijo lleva primero el apellido materno, la cual en Hispanoamérica se coloca primero del padre, tal como lo señala Moisset. Esto cobra importancia porque dado que un derecho genera consecuencia.

Figura 7

Se observan consecuencias positivas unificadas:

Los abogados y abogadas con el porcentaje obtenido dan a entender que es una consecuencia positiva a la igualdad entre los derechos de los hombres y mujeres si un hijo llevara primero el apellido materno. Esto es de gran importancia para el tema de investigación dado que la igualdad tiene soporte legal en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación porque busca cimentar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, así como impulsa extirpar toda forma de marginación. Además, tiene soporte en la legislación comparada: México, Brasil, Argentina y Colombia, donde se determina la facultad de que los padres establezcan por consenso el orden de apellidos de sus menores.

10. Conclusiones

- ▶ Mediante acuerdo común de progenitores, sí es factible que los hijos puedan llevar en primer orden el apellido materno que trae consigo consecuencias positivas y negativas.
- ▶ Entre las consecuencias positivas, generaría la igualdad entre los derechos de los hombres y mujeres. Un logro que debe ser plasmado por el legislador o por una decisión que llegue a la jurisdicción del Tribunal Constitucional peruano. Habría una precaria disminución del índice de machismo en la sociedad, la misma que debe ser tomada en cuenta porque como sociedad nos afecta. Además, evitaría la continuación de la extinción del apellido materno, la cual se da a partir del segundo grado en línea recta descendente.
- ▶ La consecuencia negativa del tema, afectaría la tradición del apellido paterno transferida por generaciones. También, generaría conflicto familiar conyugal –intrafamiliar– o dificultad en la identificación en el grado de parentesco. Además, ocurriría un aumento leve de la paternidad no responsable extrajudicial y un incremento leve de problemas de identificación por homonimia en los varones, extendiéndose así la permanencia del ciudadano ante las oficinas de la policía o ante el Poder Judicial.
- ▶ Se recomienda la modificatoria del artículo 20 del Código Civil peruano teniendo como base el acuerdo común entre los padres, la cual tiene soporte en la legislación comparada: Europea y Latinoamericana.
- ▶ Se alienta a la investigación académica de diversos ámbitos del derecho sobre el tema o afines, usando los métodos, tipos, técnicas e instrumentos para ampliar el conocimiento y reforzar sobre la prelación del apellido de los padres en los hijos.

Referencias

- Bermúdez, M., Pinedo, M. (2019). *El proceso de familia. Un tratamiento realista del conflicto familiar*. El Búho E.I.R.L.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile / BCN (25 de octubre de 2016). Elección y cambio en el orden de los apellidos. <https://n9.cl/c6gja>
- Cifuentes, S. (2008). *Derechos personalísimos*. ASTREA.
- Código Civil. (2021). Jurisprudencia actualizada. Ediciones legales.
- Congreso de la República de Colombia (1989). *Ley 54 del 31 de octubre de 1989, por medio de la cual se reforma el artículo 53 del Decreto 1260 de 1970, sobre el registro de nacimiento del inscrito*. Congreso de la República de Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). *Sentencia del 08 de setiembre de 2005, Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- El Mundo. (04 de noviembre de 2010). La mayoría de Europa ya deja elegir qué apellido se pone, sólo usa uno. <https://n9.cl/imv9f>
- Espinoza, J. (2007). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo I.
- Espinoza, J. (2008). *Derechos de las Personas*. RODHAS S.A.C.
- Europapress (30.06.2017). ¿El de la madre o el del padre? Así que decide qué apellido va primero en otros países. <https://n9.cl/12jd>
- Fernández, C. (2009). *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil peruano*. Lima, Perú: GRILEY E.I.R.L.
- Gutiérrez, W., Sosa, J. M. (2013). *La Constitución Comentada. Artículo por artículo*. Tomo I.
- Herrera, P., y Torres, M. A. (2017). ¿Es viable el cambio de apellidos en el Perú? *En Gaceta Civil & Procesal Civil*, 52(1), 193-202.
- Howell, Blanco, M. (2013). *El cambio de apellidos por voluntad del titular y la determinación de su orden por decisión de los progenitores*. Propuesta de Lege referenda [Tesis de pregrado, Universidad de Costa Rica] <https://cutt.ly/4gVUwFh>
- Jara, R. S., y Gallegos, Y. (2015). *Manual de derecho de familia*. Jurista editores E.I.R.L.

- Legis (09 de enero 2019). Corte Constitucional de Colombia permite que padres elijan el orden de apellidos de sus hijos. Legis.pe. <https://cutt.ly/BgVUuMI>
- Mesinas, F. (2007). Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI.
- Monti, M. A., y Quispe, Á. D. (2017). El derecho a la libre elección del orden de los apellidos. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 50(1), 45-56.
- Moisset, L. (2017). Cambio de apellido: justos motivos. *Derecho y cambio social*. <https://cutt.ly/2gVUf1j>
- Moscol, M. (2016). Derecho a la identidad: ¿Una excepción al principio de la cosa juzgada?: Consideraciones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 00550-2008-PA/TC. [Tesis de pregrado en Derecho, Universidad de Piura] <https://cutt.ly/3hOa7i3>
- Redacción P21. (20 de marzo de 2019). Comisión de Justicia rechazó proyecto que permitía a padres elegir orden de apellidos de sus hijos. *Perú21*. <https://cutt.ly/UgVUIsH>
- Redacción RPP. (16 de enero de 2019). Machismo: el problema social detrás de la violencia de género. RPP. <https://cutt.ly/ygVUBny>
- Sentencia C-519-19. Cosa juzgada de sentencias de constitucionalidad- Jurisprudencia constitucional.
- Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de derecho de familia: Derecho de la filiación*. Gaceta Jurídica.
- Varsi Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de derecho de las personas*. Gaceta Jurídica.
- Varsi Rospigliosi, E. (s.f.). Composición del apellido. *Diálogo con la jurisprudencia*, 100, 121-126. Recuperado de <https://n9.cl/o6vf>



RETOS de la
magistratura
en temas
de **DERECHO**
CONSTITUCIONAL



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 3, julio-diciembre, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n3.03



Control de convencionalidad en sede nacional: impacto en la separación de poderes

Control of conventionality in national headquarters: impact on the separation of powers

Eduardo J. Meza Flores*

Distrito Fiscal de Arequipa
(Arequipa, Perú)
emeza@mpfn.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-7059-150X>

Resumen: La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha asumido en los últimos quince años un protagonismo inusitado llevando a los Estados parte a adoptar políticas de Estado trascendentes en el desarrollo de sus sociedades. Sin embargo, es probable que en algunos casos la Corte no haya considerado los efectos específicos que sus decisiones puedan ocasionar en la estructura política y en los fundamentos constitucionales de dichos Estados.

El tema al que se hace referencia resulta siendo importante académica y jurídicamente no solo por su actualidad en el contexto de los Estados parte

* Fiscal provincial titular del Distrito Fiscal de Arequipa. Doctor en Derecho, docente de posgrado de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa (Perú).

de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) sometidos a la competencia de la Corte IDH; sino primordialmente, por la trascendencia que tienen los estándares y obligaciones determinadas en sus decisiones que resultan siendo vinculatorias principalmente para los magistrados. Tal vinculatoriedad es materia de discusión no sólo en el ámbito nacional.

El objeto de este trabajo es el determinar cómo afecta a la separación de poderes de los Estados parte, la obligación establecida jurisprudencialmente por la Corte, de efectuar un control por toda autoridad estatal —sin distinción alguna— de compatibilidad entre la Convención Americana de Derechos Humanos y las leyes nacionales de cada país y, de ser el caso, inaplicarlas.

Para ello, se determinó como unidades de estudio principales siete sentencias emitidas por la Corte, en el periodo 2018 a julio de 2020 en las que se refirió expresamente al control de convencionalidad, habiéndose empleado el enfoque cualitativo y como técnica, la observación. En tanto, se recurrió al método inductivo y al deductivo para la interpretación.

Los resultados mostraron que la Corte IDH obliga a una forma de control de compatibilidad para todos los países sin considerar las particularidades en la estructura política-jurisdiccional consagradas en sus constituciones afectando el principio de separación de poderes al imponer tal obligación a toda autoridad estatal. Esto no se condice con las funciones establecidas expresamente por las constituciones de los Estados parte, para lo cual se trató brevemente, a manera de ejemplo, el caso peruano que nos resulta más cercano.

Palabras clave: Corte Interamericana, separación, poderes públicos, control, convencionalidad, constitucionalidad

Abstract: The Inter-American Court of Human Rights (Inter-American Court) has assumed an unusual role in the last fifteen years, leading the States Parties to adopt transcendent State policies in the development of their societies. However, it is probable that in some cases the Court has not considered the specific effects that its decisions may have on the political structure and constitutional foundations of said States.

The subject to which we refer turns out to be important academically and legally not only because of its relevance in the context of the States party to the American Convention on Human Rights (ACHR) subject to the jurisdiction of the Inter-American Court; but primarily because of the importance of the standards and obligations determined in their decisions, which are mainly binding on the magistrates. Such binding nature is a matter of discussion not only at the national level.

The purpose of this study is to determine how the separation of powers of the States Parties is affected by the obligation established by the Court in jurisprudence to carry out a control by all State authorities -without any distinction- of compatibility between the American Convention on Human Rights and the national laws of each country and, if applicable, not apply them.

To this end, seven judgments issued by the Court were determined as main study units, in the period 2018 to July 2020, in which he expressly referred to conventionality control, having used the qualitative approach and as a technique, observation. While the inductive and deductive method were used for interpretation.

The results showed that the Inter-American Court requires a form of compatibility control for all countries without considering the particularities in the political-jurisdictional structure enshrined in their constitutions, affecting the principle of separation of powers by imposing such an obligation on all state authorities, which that it is not consistent with the functions expressly established by the constitutions of the States parties, for which the Peruvian case that is closest to us was briefly discussed, as an example.

Key words: Inter-American Court, separation, public powers, control, conventionality, constitutionality

RECIBIDO: 8/06/2021

REVISADO: 12/07/2021

APROBADO: 30/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

En el presente trabajo se confrontan los efectos de las obligaciones impuestas a los Estados parte, a través de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el control de compatibilidad entre la Convención Americana de Derechos Humanos y las disposiciones nacionales de tales Estados, con el principio de separación de poderes.

En este sentido, se entiende que cada Estado es soberano en la determinación de su estructura orgánica establecida por su propia Constitución y las funciones que en esta se les asigna. En términos generales, se denomina la constitución orgánica que se complementa con los derechos y libertades fundamentales que ella garantiza, estableciendo los mecanismos necesarios para tal fin, permitiendo la realización del Estado constitucional del derecho y evitando el poder absoluto (Zagrebelky et al., 2020).

Por tal razón, dichos Estados suelen consagrar expresamente el principio de separación de poderes delimitando el ejercicio de las funciones y atribuciones que a cada uno les corresponde, así como a los órganos constitucionalmente autónomos. Para ello, también se basan en el principio de legalidad. La administración pública solo puede hacer lo que la ley expresamente le faculta, a fin de evitar abusos de poder en agravio de las personas.

Guarda relación directa con la anteriormente señalado la independencia de los poderes estatales en sentido horizontal y vertical, en este último caso, respecto a la forma en que se distribuye el poder gubernamental (Barker, 2005) y consecuentemente, las facultades que les son propias, compartidas o delegadas.

Resulta indispensable hacer referencia brevemente al principio de separación de poderes, principio tan antiguo como la democracia misma, y su connotación actual; así como a un constructo creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el control de convencionalidad en el ámbito interno de los países que se encuentran bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Separación de poderes

En los regímenes democráticos, la separación de los poderes clásicos del Estado en legislativo, ejecutivo y judicial es de tal importancia que se ha convertido en un principio consagrado generalmente en la propia Constitución como garantía de los derechos y libertades esenciales de las personas a tal punto

que dentro del Estado constitucional de derecho constituye una de sus piedras angulares; siendo el uno el contrapeso o freno del otro.

Montesquieu en su obra *El espíritu de las leyes* (1748/trad. 2012) señalaba que en cada Estado existían los tres poderes ya referidos. Por el poder legislativo, el príncipe o magistrado hacía las leyes, temporales, permanentes o las derogaba. Por el poder ejecutivo, disponía de la seguridad, prevenía invasiones, declaraba la guerra, etc. Por el poder de juzgar, castigaba los delitos o juzgaba la querrela de los particulares. Si los tres poderes no se encuentran separados —refería—, no existe libertad, por lo que nada cabría hacer si los tres poderes se reúnen en una sola persona o en un mismo cuerpo (pp. 88-89).

La finalidad perseguida por Montesquieu no fue ni es fácil de lograr por cuanto si alguno de ellos no cumple debidamente la función que le asigna la Constitución o se excede en sus atribuciones, el sistema de contrapesos falla, aun cuando formalmente las desarrollen (Anselmino, 2016. p. 192).

No se puede hacer referencia a una separación en estricto, sino a una distribución de funciones, pese a que la realidad muestra las debilidades del sistema debido a las diferencias en su aplicación. Por ejemplo, esto sucede entre un gobierno presidencialista y uno parlamentarista (Villalobos, 2019); o entre uno de democracia consolidada y otro en vías de serlo. Sin embargo, debe rescatarse su importancia al garantizar la efectividad de la libertad y la de los derechos fundamentales (Ospina Garzón, 2019).

A ello debe sumarse que la Organización de las Naciones Unidas considera que existe una estrecha y unívoca relación entre Estado constitucional de derecho y derechos humanos, siendo que cada Estado experimenta su desarrollo de forma particular, aunque comparten características cimentadas en normas y reglas internacionales (Asamblea General de las Naciones Unidas, 11 de julio de 2014).

Sin embargo, si bien es cierto que el Estado es unitario, debe distinguirse la separación de poderes como estructura de sus funciones, ya que actualmente es posible que un poder pueda realizar algunas funciones que anteriormente correspondía a otro. Un ejemplo claro es permitir que el Poder Ejecutivo emita disposiciones con rango de ley. Se debe apreciar que dentro de un poder estatal existen órganos que ejercen determinadas atribuciones las que no pueden ser asumidas por otros órganos conformantes del mismo poder.

En este sentido, debe existir también un balance y un control entre los poderes respecto a las funciones que a cada uno la Constitución les atribuye. Razón por la cual el principio de legalidad y el de supremacía constitucional

convergen como caras de una misma moneda, determinando qué atribuciones y competencias les corresponde en la estructura estatal.

Así un miembro de la Policía Nacional no podría ejercer válidamente aquellas funciones que la ley expresamente no le reconoce —principio de libertad negativa—, como el de declarar la inconstitucionalidad de una ley por ser inconveniente y, por ende, su inaplicabilidad al caso concreto que se le presente en ejercicio de sus competencias y procedimientos.

A nivel latinoamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos advierte que uno de los problemas más serios que afrontan los Estados de esta región es el menoscabo de este principio, lo que se tangibiliza mayormente en la subordinación del Poder Judicial por el Poder Ejecutivo, recomendando:

Establecer a nivel de la Constitución, en los Estados en donde aún no está garantizada, la separación de poderes, consagrando con claridad que el Poder judicial es independiente del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo y que no está subordinado a ninguno de estos poderes. (2013, p. 107)

Por su parte en su voto parcialmente disidente el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la sentencia del Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador de 28 de agosto de 2013 párrafo 15; enfatiza en que:

La separación de poderes guarda una estrecha relación no solo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar las libertades y derechos humanos de los individuos, evitar la concentración de poder que pueda transformarse en tiranía y opresión, así como permitir el cumplimiento adecuado y eficiente de las finalidades asignadas a cada rama del poder público. Sin embargo, la separación de poderes no solamente implica una especialización de las labores estatales de acuerdo con como hayan sido asignadas, sino que a su vez implica la existencia de un sistema de «frenos y contrapesos», mediante el cual se constituya un control y fiscalización recíproco entre cada rama del poder.

Convenimos en que el principio de separación-distribución de poderes ha tenido una evolución natural que alcanza mayor eficacia en el Estado constitucional de derecho. En tal Estado el principio de legalidad desarrolla un rol preponderante al determinar las funciones, atribuciones y competencias que les corresponde, así como a la totalidad de entidades de la administración pública para erradicar la arbitrariedad.

En el caso peruano, la Constitución Política de 1993 en su artículo 43 señala que nuestra República es democrática y sustentada en la separación en tres poderes clásicos; reconociendo organismos constitucionalmente autónomos.

La Constitución se refiere al Poder Legislativo a partir del artículo 90 hasta el 109 confiriéndole entre sus principales funciones el de legislar, cautelar

por el respeto de la Carta Magna y las leyes; aprobar tratados, así como el Presupuesto y la Cuenta General; autorizar empréstitos y ejercer el derecho de amnistía.

En cuanto al Poder Ejecutivo, desde los artículos 110 al 137, determina primordialmente que corresponde al Presidente de la República, el de cumplir y hacer cumplir la Constitución, así como como los tratados, las leyes y disposiciones legales.

Finalmente, le corresponde al Poder Judicial desde el artículo 138 hasta el artículo 149. Lo más relevantes es su función esencial de administrar justicia en concordancia con los principios y las funciones que le son conferidas como el de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso, la gratuidad en la administración de justicia, entre otros.

Igualmente, se confieren funciones específicas a los órganos constitucionalmente autónomos como a la Junta Nacional de Justicia, Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Tribunal Constitucional, Banco Central de Reservas, Contraloría General de la República, Superintendencia de Banca Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones, Jurado Nacional de Elecciones, Oficina de Procesos Electorales y Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

Con relación al Sistema de Defensa Nacional, este se desarrolla en el ámbito interno y externo. En el artículo 165, la Constitución expresa que corresponde a las Fuerzas Armadas “garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República”.

En tanto que, en el artículo 166 de la Constitución, se refiere a la Policía Nacional, confiriéndole el deber de garantizar el orden interno y el acatamiento de las leyes.

Como se observa, la Constitución organiza y atribuye las funciones que a los distintos poderes del Estado les corresponde, así como a los organismos constitucionalmente autónomos, a los gobiernos regionales y locales, a las Fuerzas Armadas, a la Policía Nacional. En tanto que normas específicas desarrollan las atribuciones de los ministerios y demás entes que conforman la estructura estatal e incluso la de aquellos que, no siendo estatales, desarrollan servicios públicos.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos y el cumplimiento de sus fallos

De acuerdo con el Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica, esta tiene por finalidad la consolidación de los derechos esenciales de la persona humana

dada su condición de tal que trascienden territorios y nacionalidades, complementando la protección que corresponde al derecho interno de los Estados americanos.

En ese sentido, el artículo primero de la convención mencionada se refiere a la obligación de respetar los derechos y libertades de las personas reconocidos en ella a la que se comprometen los Estados Parte, sin discriminación alguna (Steiner y Uribe, 2014, p. 42).

En tanto que, en su artículo 33, confiere a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte IDH la competencia para «conocer de los asuntos relacionados al cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención».

En concordancia con el párrafo anterior, el artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina que dicha Corte es «una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto». Estas funciones esenciales son de dos tipos: una jurisdiccional y otra consultiva.

La función jurisdiccional de la Corte es regulada por los artículos 61 y 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señalando que únicamente los Estados parte y la Comisión pueden presentar un caso ante la Corte, previo agotamiento de los procedimientos establecidos en los artículos 48 a 50 de la Convención; siendo importante resaltar lo dispuesto en su artículo 62:

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Respecto a los fallos de la Corte, estos deberán ser motivados (art. 66); son definitivos e inapelables (art. 67). Los Estados Parte en la Convención se comprometen a dar cumplimiento a las decisiones de la Corte en todo caso en el que sean partes; y de contener una indemnización compensatoria «se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado» (art. 68); siendo que el fallo de la Corte es definitivo e inapelable, comprometiéndose a cumplir estas decisiones. Por ende, se colige que reconocen como el máximo intérprete

de la Convención y de su aplicación, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. La Convención de Viena y obligatoriedad de los tratados

Es oportuno apuntar que, de conformidad con el artículo 26 de la Convención de Viena, todo tratado en vigor obliga a los Estados parte, debiendo ser cumplido por ellos de buena fe (*pacta sunt servanda*); siendo que un Estado parte no puede ampararse en disposiciones o normas de derecho interno para no cumplir con un tratado (art. 27).

A ello debe sumarse que, conforme al artículo 53 se instituye por primera vez las normas imperativas de primer nivel del derecho internacional (denominadas normas *ius cogens*), debiendo concordarse con el artículo 64 de la misma Convención; siendo nulo todo tratado que al celebrarse afecte una norma *ius cogens*, por cuanto esta última al ser admitida y reconocida a nivel internacional únicamente se modificará por disposición posterior que también goce de tal esencia.

53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. (...)

64. Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ("ius cogens"). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

Usualmente se consideran, por su objeto de protección, al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, como disposiciones imperativas que no admiten acuerdos en contrario, salvo otra norma posterior de la misma naturaleza, surtiendo efectos *erga omnes*.

En este sentido, cabe recordar que inicialmente la Comisión Interamericana se refirió a estas disposiciones imperativas en el caso Roach y Pinkerton contra Estados Unidos, caso Michael Domínguez contra Estados Unidos. Posteriormente, la Corte Interamericana hace referencia por vez primera al *ius cogens* en el caso Aloeboetoe; en tanto que en la opinión consultiva OC-18/03 la desarrolló más ampliamente.

5. Tratados internacionales sobre derechos humanos

Es oportuno señalar en este punto que los Estados confieren diversas jerarquías a los tratados internacionales sobre derechos humanos sin uniformidad sobre la materia.

A manera de muestra citaremos tres casos. En la República de Costa Rica, el derecho internacional de los derechos humanos tiene nivel supraconstitucional según parte de la doctrina especializada, considerando como base el artículo 7 de su Constitución (Armijo, 2014, p. 167).

Por su parte, la Constitución de Argentina, en su artículo 75, inciso 22, determina expresamente qué instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional, sin perjuicio de que otros instrumentos de derechos humanos pudieran adquirir tal calidad a partir de mecanismos establecidos por el Congreso (Martínez y Rosatti, 2019, p.136).

Finalmente, en Chile, su Constitución no reconoce expresamente la jerarquía constitucional de estos instrumentos internacionales, interpretándose de distintas maneras el artículo 5.2 de su Constitución, lo que se plasma en la jurisprudencia de su Corte Suprema (le asigna nivel constitucional y hasta supraconstitucional) y del Tribunal Constitucional quien le atribuye nivel de ley (Vargas Cárdenas, 2020, p. 14).

6. Sobre la obligación y cumplimiento de la Convención Interamericana de Derechos Humanos

De lo señalado anteriormente, se desprende que los Estados parte de la Convención asumen la obligación de respetar dicha Convención y esencialmente los derechos y libertades que reconoce garantizando el libre y pleno ejercicio de las personas bajo su jurisdicción.

Considerando la definición básica sobre *obligación* que nos brinda la Real Academia Española, los Estados parte asumen una exigencia moral que debe regir la libre voluntad para acatar dicha Convención.

En forma complementaria, el artículo 33 de la Convención encarga a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la competencia en cuanto al cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte en esta Convención. Es decir, ambos organismos son los encargados de verificar si tales Estados están cumpliendo realmente las obligaciones contraídas en la Convención.

Pero al referirse a las funciones de la Corte Interamericana, la Convención claramente señala que se encarga de «conocer de cualquier caso relativo a la

interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido» (artículo 62.3).

Por ende, es función de la Corte el declarar el sentido de las disposiciones de la Convención en un caso concreto de lo que se ha dicho en ella. De acuerdo con lo afirmado, corresponde también a la Corte la comprobación o fiscalización de la aplicación de las disposiciones convencionales en cada caso particular, lo que devendría en una acción de control jurisdiccional.

7. Separación de poderes y jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en el Perú

En el caso peruano la Constitución señala las atribuciones y competencias de los poderes y órganos constitucionalmente autónomos, los que están desarrollados de manera específica por leyes conformantes del bloque de constitucionalidad.

Igualmente, la Ley n.º 27444, en su artículo I del Título Preliminar, determina qué se entiende por entidad o entidades de la Administración Pública.

Debe precisarse que, de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución, la potestad de administrar justicia la ejerce el Poder Judicial de conformidad a la Constitución y las leyes; y de existir incompatibilidad entre la primera y la segunda, prima la Constitución (control difuso de constitucionalidad).

El mencionado artículo debe concordarse con el artículo 55 de la misma Constitución que consagra a esta, como norma suprema que prevalece sobre toda norma legal, y la ley sobre normas de inferior jerarquía y así sucesivamente, debiendo ser observada por todos los peruanos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional a partir de una interpretación sistemática de la Constitución en base al mencionado artículo 55 y Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma, considera que la Convención ADH tiene jerarquía constitucional.

En ese camino, de acuerdo con la Constitución, el Estado es uno e indivisible, siendo que el gobierno se organiza según el principio de separación de poderes; por lo que de existir incompatibilidad entre una norma de jerarquía constitucional —como la Convención ADH y una legal—, el juez debe preferir la disposición constitucional sobre la legal, ejerciendo un control jurisdiccional.

Este control determinado por la propia Constitución es de tal importancia que amerita ser debidamente aplicado, garantizándose que se realice objetiva y razonablemente, por lo que, si la sentencia en la que se inaplica una ley

por control difuso no es revisada en la respectiva apelación, debe elevarse en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

En consecuencia, en el ordenamiento interno del Perú todos los peruanos tienen la obligación de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional (art. 38 de la Constitución); por ende, al ser la Convención ADH parte del ordenamiento nacional, todos los peruanos, incluyendo a las autoridades estatales, están obligadas a cumplir y hacer cumplir la Convención. Si la ley es contraria a la Constitución o disposición del bloque de convencionalidad, deberá inaplicarla en el caso específico y si se trata de un proceso de inconstitucional, deberá ser derogada por el Tribunal Constitucional.

8. Control de convencionalidad

De conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos, tanto la Corte IDH y la Comisión IDH son sus órganos competentes para conocer lo concerniente al cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte de la Convención, siendo que ambos órganos conforman parte de lo que se denomina el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La Comisión se encarga de «promover la observancia y la defensa de los derechos humanos»; de acuerdo con la Convención Americana de los derechos humanos (art. 41). En tanto que la Corte tiene entre sus funciones la competencia sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención, competencia a la que se someten dichos Estados y a la que reconocen como obligatoria de pleno derecho (art. 62 de la Convención), comprometiéndose «a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes» (art. 68 del mencionado instrumento).

Como se observa, la aplicación e interpretación de las disposiciones de la convención es connatural a la Corte a partir de lo señalado, siendo la razón de su existencia, consustancial a la resolución de los conflictos —y consultas— que son de su competencia, sentencias que resultan siendo vinculante «en todo caso en que sean partes».

La Corte empleó expresamente la denominación de control convencionalidad desde el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile; refiriéndose a este, como una institución empleada específicamente en la Convención Americana, sus fuentes y en la jurisprudencia de este tribunal (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, p. 24).

No obstante, existen opiniones que señalan que realmente la Corte solo aplica la Convención Americana y la jurisprudencia que la interpreta, y no se realiza un control de convencionalidad:

A partir de la nueva integración de la Corte Interamericana parece que esta tiene claro, al menos por mayoría, que su falso control de convencionalidad no es más que una mera aplicación de la Convención Americana y de la jurisprudencia derivada de las interpretaciones de esta, que no es más que los Estados cumplan con sus obligaciones primarias al ser parte de los tratados interamericanos, y que, en caso de que ello no ocurra, como todo sistema internacional, subsidiaria o complementariamente actúa la CoIDH, previo paso por la CiDH, en ejercicio de un verdadero control de convencionalidad (Castilla Juárez, 2014, p. 170).

Sin embargo, debemos subrayar la posibilidad que la aplicación de este control de convencionalidad, pueda llevar a futuro a la Corte a convertirse en una cuarta instancia, contraviniendo sus propios principios:

En suma, en lo que se refiere a los derechos humanos, transformar por la vía jurisprudencial el control de convencionalidad en un instrumento más acorde con la supranacionalidad, en donde, por tanto, se produciría una transferencia de competencias de la esfera nacional a la internacional, dejando la primera de tenerla en beneficio de la segunda y, consecuentemente, siendo efectivamente vinculante de manera directa en el orden interno lo dispuesto en el internacional, implicaría que la jurisdicción interamericana no sería coadyuvante o complementaria de la interna, sino sustitutiva de la misma o una «cuarta instancia». (Vio G., 2015, p. 109)

Es oportuno aclarar que no se plantea como tema de discusión la aplicación de la Convención y de las interpretaciones de la Corte sobre los derechos convencionales por todas las autoridades de un Estado parte, así como la interpretación conforme a la Convención que deban efectuar en ejercicio de sus funciones, competencias y procedimientos; armonizando la Constitución y leyes nacionales, ya que ello les es consustancial conforme se expuso antes.

El problema residiría en determinar si dichas autoridades de la administración pública están facultadas efectivamente para efectuar un *control difuso* de convencionalidad respecto a los actos y disposiciones emitidas por otras autoridades estatales, inaplicándolas si así lo consideran, al apreciar que son inconvencionales.

En la jurisprudencia constitucional peruana, se tienen algunos datos importantes al respecto. En la sentencia recaída en el Exp. n.º 03741-2004-PA/TC, el Tribunal Constitucional interpretó que los tribunales o colegiados de la administración pública debían aplicar control difuso de constitucionalidad de acuerdo con los artículos 38, 51 y 138 de la Carta Magna.

Posteriormente se precisó que tal atribución correspondía solo a los tribunales administrativos u órganos colegiados que imparten justicia administrativa nacional y adscritos al Poder Ejecutivo.

Algunos años después, en la sentencia del Expediente n.º 04293-2012-PA/TC, se dejó sin efecto tal atribución de *control difuso* a la administración

pública, señalando que la Constitución atribuye dicha función al Poder Judicial y que “en el mejor de los casos pueden ser extensivos a todos los que desempeñen una función jurisdiccional, por mandato de la Constitución. Sin embargo, en modo alguno puede considerarse dentro de tales alcances a los tribunales administrativos”.

En síntesis, el Tribunal Constitucional consideró también que la importancia y trascendencia del ejercicio del *control difuso* es tal, que corresponde a los órganos jurisdiccionales. Por tal razón, si la sentencia en la que se aplica *control difuso* no es apelada debe ser elevada en materia de consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema (lo que tampoco es factible si era aplicado en sede administrativa). A lo señalado agregaba que, de permitirse, se afectaba «el sistema dual de jurisdicción constitucional establecida para el Poder Judicial y para el Tribunal Constitucional» en atención a los artículos 138 y 2011 de la Constitución, así como el principio de separación de poderes.

El objetivo planteado en el presente trabajo consiste en determinar cómo la obligación de efectuar el *control difuso* de convencionalidad -compatibilidad entre Convención y legislación interna- dentro de cada Estado Parte por toda autoridad, impuesto por la Corte Interamericana, puede afectar al principio de separación de poderes de dichos Estados.

Al efecto de las sentencias expedidas por la Corte IDH durante el periodo 2018 a julio de 2020 y recabadas en texto completo de su página web oficial, se determinaron siete que se refieren al tema materia de investigación:

Tabla 1

Sentencia de la Corte IDH que se refieren expresamente al control de convencionalidad

Sentencias	Párrafo
Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú de 12/03/2020 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)	269
Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú de 21/11/2019 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)	200-202

Caso Gorigoitia vs. Argentina de 02/09/2019 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)	55 y 73
Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador de 04/02/2019 (Fondo, reparaciones y costas)	75; 128-130
Caso Órdenes de Guerra y otros vs. Chile de 29/11/2018 (Fondo, reparaciones y costas)	100; 101; 130-131; 135-136
Caso Herzog y otros vs. Brasil de 15/03/2018 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)	197-199; 292-293; 311-312
Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela de 08/02/2018 (Fondo, reparaciones y costas)	191-192

Nota. Elaborada en base a datos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El trabajo permitió concluir que, al imponer la Corte IDH una forma de control nacional de la aplicación de la Convención por todas las autoridades de la administración pública de un país, se afecta negativamente el principio de separación de poderes al conferirles una atribución que no puede otorgarse por vía de interpretación. Por citar en el caso de Perú, se encuentra determinada por la Constitución como garantía de los derechos humanos de sus ciudadanos; no debiendo confundirse el cumplimiento por toda autoridad estatal de la disposición convencional con su control jurisdiccional.

9. Material y métodos

Para la consecución del objetivo propuesto se trabajó con aquellas sentencias expedidas por la Corte IDH publicadas en su página web oficial. Estas expresamente se refieren al control de convencionalidad durante el periodo 2018 a julio de 2020 las que hacen un total de siete.

Igualmente, se empleó el enfoque cualitativo, como técnica la observación de las características esenciales con relación al objetivo formulado y como instrumento las fichas estructuradas. Por tanto, que para la interpretación se recurrió al método inductivo y deductivo.

En cuanto a las sentencias, se ubicaron: una que corresponde al año 2020; tres, al año 2019 y tres al año 2018; lo que hace un total de siete sentencias que constituyen nuestras unidades de estudio principales.

10. Resultados

Del análisis de las sentencias en mención se ha determinado como resultado dos criterios importantes referidos al tema de investigación que presentamos a continuación.

El primero, la Corte considera que tanto los jueces como los órganos que se hallan vinculados a la administración de justicia nacional en todos sus niveles. De oficio tienen la obligación de realizar un control de convencionalidad respecto de las normas internas o los actos estatales con la CADH, pero en el ámbito de sus respectivas competencias y de sus regulaciones procesales propias.

El segundo, la Corte determina que toda autoridad del Estado parte, en el ámbito de sus competencias propias y regulaciones procesales, está obligada a ejercer el control de convencionalidad respecto a actos, omisiones y normas internas. Estas transgredan las disposiciones de la CADH y de las interpretaciones realizadas por la referida Corte —al ser intérprete última de la Convención— a fin de armonizar tanto la aplicación como la interpretación nacional con las obligaciones sobre derechos humanos contraídas internacionalmente por los Estados parte.

Dicho criterio fue establecido en el Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador de 04/02/2019 (fondo, reparaciones y costas); Caso Gorioitia vs. Argentina de 02/09/2019 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas); Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala de 14/10/2019 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafo 58. Finalmente, en el Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú de 21 de noviembre de 2019.

11. Discusión

11.1. Control de convencionalidad como obligación de toda autoridad estatal, además de los jueces

A partir de los Casos Colindres Schonenberg vs. El Salvador de 04/02/2019, Gorioitia vs. Argentina de 02/09/2019, Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala, y Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria. Se tiene que la Corte IDH impone a los Estados que todas sus autoridades administrativas,

además de cumplir con la Convención y sus interpretaciones, deben efectuar un control de convencionalidad inaplicando las leyes o actos que sean contrarias tanto a la Convención o a sus interpretaciones.

De las sentencias referidas, para la Corte el cumplimiento de la Convención y su control resultan siendo similares al menos como obligaciones. Afectan el principio de separación de poderes y atribución de funciones ya que todas las autoridades de la administración pública deben, además de aplicar la Convención, efectuar un control de convencionalidad interna (*control difuso* de convencionalidad) que significa dejar sin efecto una ley nacional cuando consideren que es contraria a la Convención según la propia interpretación que realicen.

En el Perú, de las disposiciones constitucionales se deriva la función de control constitucional y, por ende, la compatibilización con la Convención. Sin embargo, no se desprende de ella, la atribución de control jurisdiccional a toda autoridad, existiendo una notoria diferencia entre los significados de los vocablos control y aplicación o cumplimiento.

Por tanto, todas las autoridades peruanas tienen la obligación de cumplir con dicha Convención, mas no todas tienen constitucionalmente la facultad de ejercer control de compatibilidad entre la Convención y las leyes nacionales, ya que dicha labor constitucionalmente corresponde, en principio, a los jueces del Poder Judicial y a los magistrados del Tribunal Constitucional, ello de una interpretación sistemática.

De lo contrario, se asume el riesgo de la asignación jurisprudencial por la Corte IDH a toda autoridad administrativa del denominado *control difuso* de convencionalidad, sometiendo a todo ciudadano y al país en su conjunto, al arbitrio burocrático basado en las interpretaciones que de la CADH puedan efectuarse, interpretación y control que no goza de las garantías de los órganos jurisdiccionales.

En este sentido, Domingo García Belaúnde señala que tal atribución sería peligrosa, aun cuando se ejerza dentro de las competencias de las autoridades administrativas:

Pero supongamos que en un proceso administrativo—en rigor un procedimiento—entre el Estado y un particular, este solicite algo que la Convención o la jurisprudencia de la Corte no permite y que el particular insiste en ella, pues lo ampara la legislación interna. En este supuesto ¿debe la Administración, o sea la burocracia de un Estado, denegar un pedido del administrado porque se opone a la Convención? Esto sería conceder expresamente a la Administración poderes jurisdiccionales que es peligroso y nada recomendable y que generalmente las constituciones locales no otorgan. En efecto, la Administración puede negarlo por diversos motivos, pero a quien corresponde confirmarlo es al órgano jurisdiccional. (2015, p. 145)

11.2. Efectos en el principio de separación de poderes de los Estados Parte

De aplicarse el criterio de la Corte IDH anteriormente indicado, se tendría que todas las autoridades estatales, además de las funciones asignadas constitucionalmente, deben aplicar las normas convencionales y controlar respecto a terceros que sus actos sean también convencionales, de lo contrario las inaplicarán.

Así, por citar, el presidente de la República y el Congreso tienen la obligación de efectuar *control difuso* de convencionalidad —contrariando las atribuciones constitucionales— dejando sin efecto una disposición legal porque consideran que contraviene la Convención ADH. Por ende, ambos poderes pueden ejercer en buena cuenta, además de sus funciones, la atribución de control jurisdiccional que compete al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional.

Corroborando lo expuesto, el exjuez de la Corte IDH Sergio García Ramírez al considerar que esta interpretación efectuada por la Corte IDH es irracional. Requiere de aclaraciones y rectificaciones ya que control no es sinónimo de «obligados a la observancia de normas nacionales e internacionales»; siendo necesario que la Corte eche «mano de elaboradas interpretaciones o de francas y acaso pertinentes aclaraciones y rectificaciones» (2016, p. 179) para solucionar este problema.

Parte de la doctrina considera que el *control difuso* de convencionalidad debe ser ejercido por los órganos jurisdiccionales, aunque el tema no es pacífico (Del Rosario, 2015) al generar discusiones sobre quienes han de ejercer tal control en sede nacional (Cárdenas y Suárez, 2020, p. 600). En todo caso, tal control debe ser ejercido sin transgredir competencias ni alterar la atribución del Estado de determinar su organización y funciones (Nogueira, 2017). Así, Néstor Pedro Sagúes expresa que:

De subsistir el problema de compatibilidad, deberán trabajar —igualmente de oficio— por la inaplicación de las reglas nacionales (control represivo). Según sea el régimen de control de constitucionalidad imperante en un país, en algún caso podrán inaplicarlas por sí mismos, pero en otros deberán ocurrir a los órganos adecuados para ejercer control de constitucionalidad represivo y requerir ante ellos la descalificación (y consecuente inaplicación) por inconventionalidad del material normativo local opuesto al Pacto y a la jurisprudencia citados. En algunas naciones, entonces, este control represivo es difuso, y en otras, concentrado (2015, p. 149).

El *control difuso* de convencionalidad a que se refieren las sentencias analizadas, en el caso peruano, debe realizarse a partir del *control difuso* de constitucionalidad efectuado por los órganos jurisdiccionales ya que si una ley es contraria a la Constitución y norma conformantes del bloque de constitucionalidad —como lo es la Convención ADH— el juez debe aplicar

control difuso e inaplicar la ley si fuere el caso, lo que conlleva la posibilidad que tal decisión sea revisada incluso por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, brindando una mayor garantía ya que sus efectos son trascendentales.

Finalmente, en materia de derechos humanos es también importante considerar lo señalado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, quien en su Observación General número tres del 13° Periodo de Sesiones (1981) respecto artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa que dicho artículo deja en libertad a los Estados Parte en la determinación del método de aplicación del Pacto en sus jurisdicciones (Castañeda, 2015, p. 220). A tal albedrío algunos tratadistas le denominan arbitrio o margen nacional -diferente al margen de apreciación-, permitiendo a los Estados decidir cómo se aplica el indicado Pacto en sus territorios.

Este arbitrio o margen nacional debería ser también observado en la práctica por la Corte IDH, en consonancia con la estructura interna de cada Estado parte, efectivizando la labor complementaria de la CADH, según reza en su preámbulo, cumpliendo así con una función armonizadora en la materia señalada.

12. Conclusiones

- ▶ Si bien la Corte IDH señala que no impone un modelo de control de constitucionalidad o convencionalidad interna; en la práctica ocurriría lo contrario, afectándose el principio de separación de poderes modificando vía interpretación la propia Constitución —como se aprecia en el caso peruano—, inobservando el procedimiento de reforma constitucional, generando también inseguridad jurídica. Debe considerarse al efecto, el arbitrio o margen nacional de cada Estado parte.
- ▶ El control a cargo de los órganos jurisdiccionales resulta aceptable en la medida en que es parte de sus funciones constitucionalmente determinadas en el Perú. Sin embargo, discrepamos en cuanto su extensión a los órganos que se hallan vinculados a la administración de justicia nacional, por los fundamentos anteriormente señalados, sin desdeñar la labor que desempeñan.
- ▶ A partir de lo determinado por la Corte IDH, se confunde dos actividades que resultan siendo diferentes: por un lado, la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos que es de obligatorio cumplimiento por toda autoridad en el ejercicio de sus competencias y procedimientos. Por otro lado, el control respecto de

la aplicación de dicha Convención por distintas autoridades estatales y su compatibilidad convencional.

- ▶ El control de constitucionalidad y de convencionalidad es atribución en el caso del Perú, del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, juntamente con los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora y fuerza normativa de la Constitución.
- ▶ Se ha cumplido con el objetivo principal de este trabajo al determinarse que tal imposición de la Corte interfiere con el principio de separación de poderes que es la base para la limitación de las atribuciones de los agentes estatales y el respeto de los derechos fundamentales.

A manera de recomendación, se sugiere que la Corte IDH efectúe un estudio de campo en todos los Estados parte, a fin de no contravenir estructuras determinadas constitucionalmente, alterando el principio de separación de poderes, fundamento del Estado democrático y constitucional de derecho y establecer fórmulas que permitan al Estado incidir en un control calificado realizado por órganos jurisdiccionales y no como el que se desprende de las sentencias materia del presente trabajo.

Referencias

- Armijo, G. (2014). Eficacia de la sentencia Atala Riffo vs. Chile en la jurisprudencia de terceros países. *Justicia Constitucional y Derechos Humanos*, 4, 163-170.
- Barker, R. (2005). *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*.
- Belaunde, D. (2015). El control de convencionalidad y sus problemas. *Pensamiento Constitucional*, 20, 135-160.
- Cárdenas, M., y Suárez, I. (2020). El consejo de Estado colombiano como juez de convencionalidad. *Revista chilena de derecho*, 47, 599-620. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v47n2/0718-3437-rchilder-47-02-599.pdf>
- Castañeda, M. (Coord.). (2015). *Compilación de tratados y observaciones generales del sistema de protección de derechos Humanos de Naciones Unidas*. México.
- Castilla, K. A. (2014). Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. *Revista de Derecho Del Estado*, 33, 149-172.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *ABC Corte Interamericana de Derechos Humanos*. https://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/ABC_es.pdf
- Del Rosario, M. (2015). La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. *Cuestiones Constitucionales*, 33, 158-191. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000200007&lng=es&tlng=es
- García Ramírez, S. (2016). Sobre el control de convencionalidad. *Pensamiento Constitucional*, 21(21), 173-186.
- Martínez, A., y Rosatti, E. (2019). Ensayo sobre el margen de apreciación nacional y la jerarquía de las fuentes en el sistema constitucional argentino. *Revista Jurídica de La Universidad de Palermo*, 1, 135-150. https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-17/Revista_Juridica_Ano1-N17_05.pdf 08/11/2020 11:45.
- Montesquieu. (2012). *El espíritu de las leyes* (F. Ll. Cardona, Trad.). Brontes Books. (Obra original publicada en 1748).

- Nogueira, H. (2017). El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos. *Revista de Derecho*, 15. <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n15/2393-6193-rd-15-00143.pdf>
- Ospina, A. F. (2019). De la separación de poderes al ejercicio multiorgánico del poder. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, 75-100. <http://revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/27/33>
- Sagúes, Néstor Pedro. (2015). Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano*, 141-149. https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=722f4926-d35e-4b1a-eb87-fe279ba43306&groupId=252038
- Steiner, C. (Coord.), y Uribe, P. (Coord.). (2014). *Convención americana sobre derechos humanos comentada* (1.ª Ed.). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>
- Vargas Cárdenas, A. (2020). Tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile sobre derechos humanos. In *Biblioteca del Congreso de Chile*. file:///E:/Nueva/Eduardo/Biblioteca/Derechos Humanos/Tratados internacionales suscritos y jerarquia en Chile 2020.pdf
- Villalobos, Q. (2019). Participación popular y presidencialismos fuertes en el nuevo constitucionalismo Latinoamericano. *Revista Derecho Del Estado*, 44, 99-131.
- Vio, G. (2015). Jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos; ¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad? *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano*, 93-112. https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=722f4926-d35e-4b1a-eb87-fe279ba43306&groupId=252038
- Zagrebelsky, G., Marceno, V., y Pallante, F. (2020). *Manual de derecho constitucional* (Z. G. E. E.I.R.L. (Ed.); 1.ª ed.).



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 3, julio-diciembre, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n3.04



Criterios usados para seleccionar a los fiscales superiores que integran los Jurados Electorales Especiales

Criteria used to select the senior prosecutors who
make up the Special Electoral Juries

Richard Washington Sulla Torres*

Distrito Fiscal de Puno
(Puno, Perú)

rsulladj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-2995-7554>

Resumen: El presente artículo busca establecer si existe, legalmente, algún criterio para seleccionar a los fiscales superiores que integran los Jurados Electorales Especiales, en su condición de segundos miembros. Asimismo, determinar, de ser el caso, si estos criterios son objetivos para seleccionar al fiscal superior más idóneo para administrar justicia electoral; o sí, por el contrario, no existe ningún criterio y se elige a dicho magistrado, sin ningún criterio objetivo. Este aspecto resulta de trascendental importancia dado que los magistrados que integran dichos jurados imparten justicia electoral, la misma que deber ser impartida por los magistrados más idóneos, no

* Fiscal adjunto superior penal titular

pudiéndose aceptar qué por el hecho de impartir justicia electoral, esta debe ser impartida por «cualquier magistrado».

En ese contexto, se analizará las funciones y facultades que tienen las Juntas de Fiscales Superiores, para seleccionar a los fiscales superiores que deben integrar los mencionados Jurados. Para cuyo efecto, se establecerá si dicha junta tiene en cuenta algún criterio objetivo, previamente, establecido por la ley para dicha selección. Finalmente, se analizará la razón del porqué algunos fiscales superiores son designados, frecuentemente, para desempeñar el cargo de segundos miembros de los Jurados Especiales Electorales, pese a tener a su cargo despachos fiscales, en la cual se llevan casos emblemáticos y de alta responsabilidad.

Palabras clave: criterios, selección, justicia, electoral, sistemas, magistrados, fiscales

Abstract: This article seeks to establish if there is, legally, any criteria to select the superior prosecutors that integrate the Special Electoral Juries, in their condition of second members. Likewise, to determine, if this is the case, if these criteria are objective to select the most suitable superior prosecutor to administer electoral justice; or if, on the contrary, no criteria exist and such judge is chosen, without any objective criteria. This aspect is of transcendental importance, given that the magistrates that make up these juries impart electoral justice, which must be imparted by the most suitable magistrates, and it is not possible to accept that because they impart electoral justice, it must be imparted by "any magistrate".

In this context, the functions and faculties of the Boards of the Superior Prosecutors will be analyzed, in order to select the superior prosecutors that should integrate the mentioned Juries. To this effect, it will be established whether such Board takes into account any objective criteria, previously established by law, for such selection. Finally, we will analyze the reason why some superior prosecutors are frequently appointed as second members of the Special Electoral Juries, in spite of being in charge of prosecutorial offices, in which emblematic cases of high responsibility are carried out.

Key words: criteria, selection, justice, electoral, systems, magistrates, prosecutors.

RECIBIDO: 8/06/2021

REVISADO: 12/07/2021

APROBADO: 30/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La administración de justicia siempre ha sido cuestionada y ello se ha debido, en gran parte, porque los sistemas y los criterios establecidos para elegir a los magistrados, no han sido los más adecuados y en el peor de los casos los criterios para dicha selección, fueron ínfimos o en algunos casos no existen, prácticamente. Es por ello, que la percepción que se tiene respecto de la administración de justicia, no es la de las mejores. Tanto es así, que recientemente, el último organismo encargado de nombrar a los magistrados fue disuelto, por evidentes actos de corrupción. En su reemplazo fue creado otro organismo: Junta Nacional de Justicia (JNJ). Según las normas vigentes es la encargada de nombrar a los jueces y fiscales de todos los niveles, previo concurso público de méritos y evaluación personal.

Al respecto, se debe señalar que, desde hace años, el nivel de credibilidad que se tiene de la justicia y, especialmente, del Poder Judicial no es de los mejores. Así tenemos, por ejemplo, que, en octubre de 2005, APOYO realizó una encuesta en Lima, Trujillo, Tarapoto y Ayacucho sobre temas de justicia, preparada y encargada por Justicia Viva, señalando al respecto De La Jara (2005), Director de Justicia Viva, lo siguiente:

Lo primero que ratifica la encuesta es el altísimo nivel de desaprobación del Poder Judicial. Este nivel de desaprobación es, sin lugar a dudas, un récord histórico (más de 80 %), y que se viene incrementando desde el 2001, cuando debió ser al revés con la recuperación de la democracia. Lo cierto es que este elevado nivel de desaprobación es igual al de los otros poderes del Estado (Ejecutivo y Congreso).

Como se aprecia, el nivel de credibilidad que se tiene de la justicia en el Perú, no es de la mejores y esto se debe, entre otros aspectos, a que los criterios que se tienen en cuenta para seleccionar a los magistrados no son de los mejores. Es por ello, que en este estudio se analizará, en forma primordial, si existe algún criterio objetivo, previamente, establecido en la ley para seleccionar a los fiscales superiores que deben integrar de los Jurados Especiales Electorales. Caso contrario, se analizará qué criterios toman en cuenta, para seleccionar a los fiscales superiores que deben integrar dichos jurados.

2. El Jurado Nacional de Elecciones

La Carta Magna de 1993 establece que dicho organismo estará integrado por cinco miembros:

- a) Un magistrado supremo del órgano jurisdiccional, elegido en votación secreta
- b) Un magistrado supremo del Ministerio Público, elegido en votación secreta

- c) Uno elegido en votación secreta del Colegio de Abogados de Lima,
- d) Uno elegido, entre los exdecanos, de las Facultades de Derecho de las universidades públicas
- e) Uno elegido, entre sus exdecanos, de las Facultades de Derecho de las universidades privadas, elegido en votación secreta,

De lo anterior se puede colegir que los magistrados supremos son elegidos en votación secreta. Si bien la Constitución de 1993 establece ello, esto no garantiza nada; es decir, la elección del magistrado más idóneo; más aún, si se tiene en cuenta que la votación secreta, solamente sirve para evitar que se controlen las decisiones de los que votan. Es por eso, que las personas entran en una caseta para votar y depositan su papeleta en una urna (o en una máquina) sin que otras personas puedan ver el contenido de la misma (Ayuda Legal Puerto Rico, 2020). Es decir, el voto secreto lo único que garantiza es que el votante no pueda ser influenciado por otra persona, pero no garantiza una elección idónea.

Muy por el contrario, en algunos casos, dicha elección o designación puede ser usado para asuntos nada éticos. Recuerde el caso de la señora fiscal suprema Gladys Echaíz, quien fue designada por la Junta de Fiscales Supremos, de ese entonces, para que integre el Jurado Nacional del Elecciones.

Ante esta situación y al considerar, la mencionada señora fiscal suprema, que se habían cometidos irregularidades en su designación, renunció a su cargo de fiscal suprema.

Al respecto, el diario El Comercio, en su edición del 14 de enero 2014, informó lo siguiente:

La fiscal suprema Gladys Echaíz solicitó al fiscal de la Nación, José Peláez, anular la resolución que oficializa su designación como representante del Ministerio Público ante el Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

(...).Para Echaíz, el proceso por el cual se decidió que vaya al JNE fue irregular. A través del Oficio 004-2014-MP-FN-FSC, por el que formalizó su queja, alegó que «si bien en la sesión del 6 de enero, se llevó a cabo la ‘designación’ de la Junta de Fiscales Supremos ante el JNE, luego de una segunda votación, en ningún momento se acordó dispensar el trámite de la aprobación del acta correspondiente. Por ende, las decisiones a las que por mayoría se arribaron [su designación ante el JNE] no pueden ser ejecutadas, pues están aún sujetas a recursos que la ley franquea».

(...).Por esas razones, adelantó que hoy puede renunciar al cargo. «Tengo una línea de conducta, y con esa muero».

(...).Aunque ni Echaíz ni Peláez lo han reconocido, detrás de la designación de Echaíz como miembro del JNE estaría la elección del nuevo fiscal de la Nación, que se realizará en abril.(...).

Consecuentemente, como se mencionó antes, dicha votación secreta no garantiza nada, menos que se seleccione al magistrado más idóneo para integre dicho Jurado.

3. Los Jurados Electorales Especiales

El (JNE, 2020) ha señalado que:

Los Jurados Electorales Especiales son órganos de carácter temporal, creados para cada proceso electoral o consulta popular. Se encargan de dirigir, coordinar, supervisar y controlar las actividades de gestión jurisdiccional, fiscalizadora y administrativa dentro de sus respectivas circunscripciones, a fin de garantizar el respecto a la voluntad ciudadana en todo proceso electoral.

Actualmente, la Agencia Peruana de Noticias (Andina, 2020) ha señalado que, para las próximas elecciones, las funciones de los JEE, serán las de recibir las solicitudes de inscripción de los postulantes a la presidencia y vicepresidencias de la República, Congreso y Parlamento Andino, así como calificar las candidaturas, resolver las exclusiones, tachas y nulidades que se formulen. Y según Gestión (2020), se instalarán para estas elecciones generales 2021, sesenta Jurados Especiales, los que entrarán en funcionamiento, próximamente.

Por su parte, el artículo 33.º de la Ley Orgánica del Jurado Nacional establece que los Jurados Electorales Especiales están constituidos por tres miembros. Uno de ellos es el fiscal superior, el cual es elegido entre los fiscales superiores en actividad y jubilados.

Asimismo, el artículo 34.º de dicha ley establece que los miembros del mencionado jurado, tienen derecho a las mismas remuneraciones y bonificaciones que para todos los efectos les corresponden a los jueces superiores.

De todo lo anterior, se tiene que el fiscal superior designado por el Ministerio Público para integrar el Jurado Electoral Especial debe ser escogido entre los fiscales superiores que se encuentren en actividad y los jubilados. Asimismo, debe designarse al suplente, el cual, también, debe ser o haber sido fiscal superior.

Sin embargo, en primer lugar, dicha ley no ha establecido los criterios que se debe tener en cuenta para seleccionar al fiscal superior que deba ocupar la plaza de segundo miembro del Jurado Electoral Especial. En segundo lugar, tampoco ha establecido la forma, ni el procedimiento que debe ser utilizado para seleccionar a los citados fiscales superiores, En tercer lugar, no se ha regulado si un fiscal superior puede ser reelegido en forma sucesiva. En cuarto lugar, no se ha establecido si existiendo fiscal superior hábil puede seleccionarse a un fiscal adjunto superior, para dicho cargo.

4. La Junta de Fiscales Superiores

El artículo 158.º de la Resolución de la Fiscalía de la Nación n.º 1139-2020-MP-FN, de fecha 15 de octubre de 2020, establece cuáles son atribuciones de dicha Junta, señalando en el inciso e) las demás que resulten de la ley.

Por lo tanto, la mencionada junta tiene como competencia designar al fiscal superior que debe integrar el citado jurado. Esto en razón de que el **inciso e.** del artículo 158.º del citado reglamento establece una suerte de «ley en blanco», al otorgarle a la mencionada junta una infinidad de atribuciones. Se señala en dicho inciso que la citada junta tiene como atribuciones **las demás que resulten de la ley**, máxime si se tiene en cuenta que no existe otro funcionario u organismo encargado de dicha selección en el Ministerio Público.

A todo ello, se debe agregar, que ni la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, ni la mencionada resolución de la Fiscalía de la Nación, establecen la forma ni el procedimiento para seleccionar al fiscal superior que deba integrar el Jurado Electoral Especial; mucho menos, establecen cuáles son los criterios que se deban tener en cuenta para la dicha selección.

Así, al no haberse establecido, legalmente, ni los criterios, ni la forma, ni el procedimiento de cómo se debe seleccionar al fiscal superior que deba integrar el citado jurado, la Junta de Fiscales Superiores puede elegir a cualquier fiscal superior, sin criterio alguno, sencillamente, porque no existe.

En ese sentido, en un primer momento, se tuvo la «idea», como la hubieran tenido todos, de hacer una encuesta o entrevista a los integrantes de dicha Junta, para digan cómo están eligiendo al fiscal superior que debe integrar el Jurado Electoral Especial. Sin embargo, después de analizar, concienzudamente, dicha posibilidad se llegó a la conclusión de que realmente no era una buena idea, porque por máximas de la experiencia ningún integrante de la junta podría decir, abiertamente, que la selección del mencionado fiscal superior para el cargo antes señalado se realiza sin la existencia de un procedimiento previamente establecido para tal fin; mucho menos, sin la existencia de algún criterio objetivo para la mencionada selección.

5. La Escuela Electoral y de Gobernabilidad del Jurado Nacional de Elecciones

Al respecto, se debe señalar que la mencionada escuela con el fin de garantizar la idoneidad de los jueces y fiscales que vayan a integrar Jurados Electorales Especiales constantemente viene realizando cursos de especialización o capacitación, como es el Programa de excelencia electoral para jueces y fiscales, a fin de que dichos magistrados se capaciten. El objetivo de dicho

curso es fortalecer los conocimientos y capacidades de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, en materia electoral, para su buen desempeño como potenciales miembros de los Jurados Electorales Especiales (EEG, 2020).

Sin embargo, al no ser obligatorio, legalmente, dicha capacitación o especialización para integrar el mencionado Jurado, los fiscales superiores no tienen mayor motivación en capacitarse. Como ya se mencionó anteriormente, no constituye requisito indispensable para ser elegido para dicho cargo; mucho menos, existe obligación legal para ser tomado en cuenta por parte de la junta encargada de dicha designación.

Todo lo anterior no hace sino evidenciar que el enorme esfuerzo que hace el Estado para capacitar a los magistrados, en sedes descentralizadas o virtualmente, con la contratación de docentes, alquileres de locales, adquisición de materiales didácticos, inversión de tiempo y dinero, etc., devenga en inoficioso, por decir lo menos. Como se señaló anteriormente, no constituye un criterio objetivo válido, legalmente, a tomar en cuenta por parte de la mencionada junta pudiendo designar a un fiscal superior sin ninguna capacitación, porque no existe obligación legal de tomar en cuenta dicha capacitación.

6. El caso de los fiscales superiores

Entonces, si esto es así, cabe preguntarse ¿por qué algunos fiscales superiores «desean» integrar los Jurados Electorales Especiales y otros no? La respuesta, en este caso, no es tan obvia; pero, sí se puede inferir y, lamentablemente, puede que la respuesta, no linde con lo ético. En ese sentido, tenemos que la FLAI (2010), la Fundación Latinoamericana de Auditores Internos señala que la ética tiene su basamento en los principios y valores personales y morales que rigen el fuero interno de cada persona y que le permite conducirse correctamente.

Por otra parte, el ROF del Ministerio Público establece que las Fiscalías Superiores estarán conformadas de la siguiente manera, para el mejor desempeño de sus funciones:

- ▶ Fiscalías Superiores Coordinadoras del Nuevo Código Procesal Penal.
- ▶ Fiscalías Superiores Penales
- ▶ Fiscalías Superiores Civiles
- ▶ Fiscalías Superiores Mixtas
- ▶ Fiscalías Superiores de Familia

- ▶ Fiscalías Superiores Especializadas
- ▶ Fiscalías Superiores Descentralizadas
- ▶ Oficinas Desconcentradas de Control Interno

Asimismo, el artículo 89.º de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece que el fiscal superior en lo civil tiene la atribución de emitir dictamen antes de que se dicte la resolución que pone fin a la instancia. Dicho dictamen es solamente ilustrativo y su no emisión no es causal de nulidad procesal, en los casos que establece la ley.

Por su parte, el artículo 89.º de la mencionada Ley Orgánica también señala cuáles son las atribuciones del fiscal superior de familia. Estas son similares a las del fiscal superior civil. Es decir, emiten dictamen meramente ilustrativo y no es causal de nulidad su no emisión.

Cosa distinta ocurre con las atribuciones del fiscal superior en lo penal, puesto que el artículo 91.º de la citada Ley Orgánica establece que debe emitir dictamen previo a la emisión de la resolución final del órgano jurisdiccional superior. Los casos en los que debe emitir dictamen son muchos y variados. Dentro de estos se encuentran, por ejemplo, la contienda de competencia, la acumulación, las cuestiones previas, las cuestiones prejudiciales, las excepciones, la libertad provisional del procesado, la libertad incondicional, etc.

Asimismo, el artículo 92.º de mencionada Ley Orgánica faculta al fiscal superior en lo penal, que una vez que reciba la instrucción puede pedir la ampliación de la instrucción, pedir que se archive en forma provisional la instrucción, separar del proceso al fiscal provincial que participó en la investigación policial o en la instrucción, formular acusación sustancial o formal. Todo ello, en los procesos judiciales que se tramitan de acuerdo a las normas del Código de Procedimientos Penales.

Además de ello, se debe señalar que el fiscal superior penal es competente para ver los casos que se tramitan de acuerdo a las normas del Nuevo Código Procesal Penal, en los cuales se tramitan casos emblemáticos o de mayor complejidad que los que se ven en las fiscalías superiores civiles o de familia, y que requieren, obviamente, mayor esfuerzo, tiempo, preparación y capacitación para resolver dichos casos.

No es menos importante señalar que los fiscales superiores penales, en muchos casos, sobre todo en los distritos fiscales de provincia asumen o están a cargo de las fiscalías superiores especializadas (corrupción de funcionarios, lavado de activos, crimen organizado, etc.), en adición a sus funciones. Todo esto aumenta o recarga su labor con relación a los fiscales superiores civiles o de familia.

Pero, más allá de eso, se tiene que, de acuerdo a las estadísticas emitidas por el propio Ministerio Público, publicado en su Boletín Estadístico del mes de marzo de 2019, la carga procesal de las Fiscalías Superiores, en todo el país, era al mes de marzo de 2019 de 26 556.

Asimismo, la carga procesal de las Fiscalías Superiores, en todo el Perú, al mes de marzo de 2019, según la materia era la siguiente:

- ▶ Penal : 18 096
- ▶ Civil : 6 249
- ▶ Familia: 2 211

De lo anterior, se puede evidenciar, a todas luces y de manera objetiva, que los fiscales superiores penales tienen mayor carga procesal que los fiscales superiores civiles o de familia. Esta diferencia es abismal.

La excesiva carga procesal que tienen los fiscales superiores penales son algunas de las razones por las que prefieren ser elegidos en forma seguida como integrantes de los mencionados jurados. Durante el tiempo que dure su función como integrante de dichos jurados tienen un «respiro» a su ardua labor de fiscal superior penal. Esta función dura entre cuatro a cinco meses.

Asimismo, se tiene que esta reelección «normalmente» se da con la complacencia del fiscal superior penal reelegido. No interponen o presentan algún recurso de reconsideración o de nulidad contra su designación sucesiva, a fin de que se elija a otro fiscal superior; como lo hizo en su momento la fiscal suprema Gladys Echaíz, quien incluso renunció a su cargo de fiscal suprema. Y la razón de dicha complacencia es la razón evidente que hemos señalado anteriormente.

Todo lo contrario, ocurre con los fiscales superiores civiles o de familia que, como se ha anteriormente, tienen con relación a los fiscales superiores penales, una carga procesal mucho menor o casi ínfima. Además de ello, no están a cargo, en adición a sus funciones, de fiscalías superiores especializadas, como de crimen organizado, lavado de activos, corrupción de funcionarios, entre otros. Consecuentemente, prefieren quedarse en sus puestos como fiscales superiores civiles o de familia, que integrar un Jurado Electoral Especial; obviamente, salvo honrosas excepciones, que siempre las hay.

7. El caso de los fiscales adjuntos superiores

Con relación a dichos magistrados, se debe señalar que también existen algunos fiscales adjuntos superiores que prefieren o permiten ser elegidos como integrantes de los Jurados Electorales Especiales y la razón, más que de

función, es económica, para lo cual inclusive sacrifican, su lugar de residencia, su lugar de trabajo, la familia, entre otros aspectos, que pasó a señalar.

Así tenemos, en primer lugar, que los magistrados que integran los Jurados Electorales Especiales perciben la remuneración que le corresponde a un vocal de la Corte Superior (hoy juez superior). Así, lo establece el artículo 34.º de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones - Ley n.º 26486. En ese mismo sentido, el artículo 46º de la Ley Orgánica de Elecciones - Ley n.º 26859 (Publicada el 1 de octubre de 1997) establece que los miembros de Jurado Electoral Especial tienen derecho a las mismas remuneraciones y bonificaciones que para todos los efectos perciben los jueces de la corte superior de la circunscripción.

En segundo lugar, se debe señalar que la diferencia en la escala remunerativa (por todo concepto) que existe entre un fiscal superior y un fiscal adjunto superior, es de cuatro mil soles, aproximadamente. Ello, de conformidad con lo normado en el artículo 1º del Decreto Supremo n.º 330-2013-EF, que fija la remuneración mensual total de los fiscales. Consecuentemente, esta sería una de las razones, más fuertes, por la que, también, algunos fiscales adjuntos superiores, «desean» ser designados como miembros integrantes de los Jurados Electores Especiales.

Cosa que no ocurre con los fiscales superiores, puesto que dichos magistrados perciben como remuneración, lo mismo que percibe un juez superior. Es decir, los fiscales superiores cuando integran un Jurado Electoral, perciben lo mismo que perciben como fiscal superior. Por lo tanto, para un fiscal superior no implica mayor dificultad el aspecto económico al ser designado como segundo miembro de un Jurado Electoral Especial; sino que sus motivaciones vienen por otro lado, conforme se ha señalado anteriormente.

En tercer lugar, se debe señalar que, en el marco de un proceso electoral, solo un Jurado Electoral se instala en la capital de un departamento y los otros jurados se instalan o tienen su sede en las capitales de algunas provincias de dicho departamento.

Este aspecto, también, resulta de particular interés al momento de designarse al fiscal superior que debe integrar el Jurado Electoral Especial. El fiscal superior que es designado como segundo miembro integrante de dicho Jurado, casi siempre, es designado que para integre el Jurado Electoral Especial de la capital del departamento o del lugar donde desempeña sus funciones como fiscal superior, independientemente de que —como ya se dijo— tenga o no alguna capacitación especializada para administrar justicia electoral.

Cosa distinta ocurre con el fiscal adjunto superior, quien como se mencionó anteriormente, percibe como remuneración, con relación al fiscal superior, una suma astronómicamente inferior. En ese sentido, el fiscal adjunto superior, «normalmente» acepta ser designado para integrar un Jurado Electoral Especial que tiene como sede, no la capital del departamento, ni el lugar donde desempeña sus funciones como fiscal adjunto superior, sino la capital de una provincia, distinto del lugar donde habitualmente labora, con todas las dificultades que ello implica, como es el traslado de lugar de residencia, viajes, alejamiento de la familia, entre otros. Tiene que aceptar todo ello, no solamente porque fue designado, sino porque, además, implica, un incremento en su remuneración.

Esto no ocurre con el fiscal superior que es designado para que integre un Jurado Electoral Especial que tiene como sede la capital del departamento o donde ejerce sus funciones, puesto que siempre habrá un fiscal adjunto superior, que pueda ir o integrar los demás Jurados Electorales Especiales, que tienen como sede las capitales de las otras provincias. Y la razón de todo ello, es más que evidente, conforme lo he señalado con anterioridad.

Así pues, quienes deberían ser elegidos como integrantes de dichos jurados son en principio los fiscales superiores y no los fiscales adjuntos superiores y solo en defecto de los primeros debería elegirse a los segundos; sin embargo, todo ello no ocurre por las razones antes mencionadas.

Todo ello se evidencia, por ejemplo, con la conformación de los Jurados Electorales Especiales del departamento de Puno, así como de las provincias de San Román, San Antonio de Putina, Azángaro y Huancané, realizada para las elecciones municipales y regionales de 2014, mediante resolución n.º 433-2014-JNE (JNE, 2014). Los integrantes de los Jurados Electorales de las provincias de San Antonio de Putina y Azángaro, en su condición de segundos miembros, son fiscales adjuntos superiores y no fiscales superiores, pese a que existía fiscal superior hábil en el distrito fiscal de Puno, para ocupar dichos puestos.

De modo similar ocurrió con la conformación de los Jurados Electorales Especiales del departamento de Puno, así como de las provincias de San Román, San Antonio de Putina, Azángaro y Huancané, realizada para las elecciones municipales y regionales de 2018, mediante Resolución n.º 274-2018-JNE (JNE, 2018). En dichas elecciones, todos los integrantes de los Jurados Electorales Especiales de las provincias de San Antonio de Putina, Azángaro y Huancané, en su condición de segundos miembros, son fiscales adjuntos superiores y no fiscales superiores, pese a que existía fiscal superior hábil en el Distrito Fiscal de Puno, para ocupar dichos puestos.

Con el agravante de que el fiscal adjunto superior que integró el Jurado Electoral Especial de San Antonio de Putina para las elecciones municipales y regionales de 2014, nuevamente, volvió a integrar un Jurado Electoral Especial para las elecciones municipales y regionales de 2018, pero esta vez como integrante el Jurado Electoral Especial de Azángaro, conforme se desprende de las resoluciones antes señaladas.

Recientemente, mediante Resolución n.º 203-2019-JNE, de fecha 29 de noviembre de 2019, se aceptó la renuncia de un fiscal superior. Se convocó a un fiscal adjunto superior, para que, en su reemplazo, asuma el cargo de segundo miembro del Jurado Electoral Especial de Puno en el marco de la Elecciones Congresales Extraordinarias 2020 (JNE 2019). Sin embargo, el fiscal adjunto superior que ocupó el cargo de segundo miembro del Jurado Electoral Especial de Puno, para las Elecciones Congresales Extraordinarias 2020, nuevamente y en forma consecutiva es designado por parte de la Junta de Fiscales Superiores, para que integre el cargo de segundo miembro del Jurado Electoral Especial de San Román - Juliaca, para las Elecciones Generales 2021, conforme se desprende de la Resolución n.º 440-2020-JNE, de fecha 9 de noviembre de 2020 (JNE, 2020).

Así, todas estas falencias e irregularidades ocurren por la falta de regulación legal para seleccionar, con criterios objetivos y previamente establecidos, al fiscal superior más idóneo que deba administrar justicia electoral en un Jurado Electoral Especial.

8. Materiales y métodos

El tipo de esta investigación es explicativa, para cuyo efecto se analizó la legislación nacional, a fin de establecer si existía algún criterio objetivo, previamente establecido en la ley, para seleccionar a los fiscales superiores que deben integrar los Jurados Electorales Especiales. Dado, que lo que se pretendía era establecer la existencia o no de esos criterios en el ámbito nacional y no en la legislación comparada.

Asimismo, al establecerse que no existía de dichos criterios en la legislación nacional, se intentó determinar qué aspectos («criterios») se toman en cuenta para designar a los fiscales superiores, para cuyo efecto se recurrió a las estadísticas elaboradas por el propio Ministerio Público, a fin de establecer la carga procesal que tenían los fiscales superiores, por razón de materia.

9. Resultados

- a) No existe criterios objetivos, previamente establecidos en la ley, para seleccionar a los fiscales superiores que deben integrar los Jurados Electores Especiales, en su condición de segundos miembros.

- b) No existe un procedimiento establecido en la ley para seleccionar a los fiscales superiores que deben integrar los Jurados Electores Especiales, en su condición de segundos miembros.

10. Discusión

Después de analizar los diferentes dispositivos legales, se ha llegado a establecer que no existen criterios previamente establecidos en la ley para seleccionar a los fiscales superiores que deben integrar los Jurados Electorales Especiales. Todo ello, hace que dichos magistrados puedan ser designados sin ningún criterio objetivo y sin la capacitación previa que al respecto imparte la Escuela Electoral y de Gobernabilidad del Jurado Nacional de Elecciones.

En ese sentido, se debe señalar que la capacitación que al respecto se imparte con el fin de garantizar la idoneidad de los magistrados que vayan a integrar los Jurados Electorales Especiales no constituye un requisito válido, legalmente, para seleccionar o designar a los fiscales superiores que deben integrar dichos jurados dado que la Junta de Fiscales Superiores, no está obligada, legalmente, a tomarlo en cuenta, pudiendo designar a cualquier fiscal superior, sin previa capacitación.

Todo esto, hace que la selección o designación de los fiscales superiores que deben integrar los Jurados Electores Especiales, en su condición de segundos miembros, se realice con criterios subjetivos, particulares o personales, que pueden lindar inclusive con lo no ético; máxime, si se tiene en cuenta que tampoco se cuenta con un procedimiento específico, para dicha selección.

Por lo tanto, a fin de garantizar la idoneidad de los fiscales superiores que debe integrar los mencionados jurados, quienes tienen entre otras funciones la de administrar justicia electoral; debe considerarse como primer criterio válido para su designación, el haber realizado el curso de capacitación o especialización, antes señalado.

11. Conclusiones

- a) La ausencia de criterios objetivos para seleccionar a los fiscales superiores que deben integrar los Jurados Electores Especiales hace que su selección pueda hacerse bajo cualquier criterio.
- b) La ausencia de criterios objetivos para seleccionar a los fiscales superiores que deben integrar los Jurados Electores Especiales no garantiza que se seleccione al fiscal superior más idóneo para administrar justicia electoral en los procesos electorales.

- c) La ausencia de dichos criterios hace que la Junta de Fiscales Superiores no esté en la obligación legal de tomar en cuenta el curso de capacitación que al respecto haya seguido el fiscal superior o adjunto superior, para ser designado como integrante del Jurado Electoral Especial.
- d) Se hace necesario establecer, legalmente, los criterios de selección que se deben tener en cuenta para designar a los fiscales superiores, que deben integrar los Jurados Electorales Especiales.
- e) Se debe tener cuenta, como primer criterio de selección, la capacitación especializada que al respecto haya tenido el fiscal superior o adjunto superior, como es el Programa de excelencia electoral para jueces y fiscales.
- f) Asimismo, es necesario establecer, legalmente, el procedimiento para la selección o designación de dichos magistrados (fiscales superiores).

Referencias

- Ayuda Legal Puerto Rico (2020). <https://cutt.ly/ihY3b0u>
- De La Jara, E. (2005). Comentario sobre la percepción ciudadana en torno a la justicia. Ernesto de la Jara. Director de Justicia Viva. <https://cutt.ly/Wg1tpbt>
- Elecciones 2021: establecen competencias de los jurados electorales especiales. (7 de octubre de 2021). Andina Agencia Peruana de Noticias. <https://cutt.ly/whrMqTp>
- Escuela Electoral y de Gobernabilidad del Jurado Nacional de Elecciones (2020). <https://cutt.ly/eg1tj1K>
- Hablemos de ética profesional. (25 de abril de 2019). FLAI. <https://laflai.org/noticias/hablemos-de-etica-profesional/>
- Jurado Electoral Especial (2020). <https://cutt.ly/Bg1tlwa>
- JNE instalará 60 jurados especiales en todo el país para las Elecciones Generales 2021. (14 de setiembre de 2020). Diario Gestión. <https://cutt.ly/Zhr1d7P>
- JNE (2014). Resolución N.º 433-2014-JNE del 30 de mayo de 2014. <https://cutt.ly/yhUYKDX>
- JNE (2018). Resolución N.º 0274-2018-JNE del 03 de mayo de 2018. <https://cutt.ly/PhUYgsY>
- JNE (2019). Resolución N.º 0203-2019-JNE del 20 de noviembre de 2019. <https://cutt.ly/HhOtHv8>
- JNE (2020). Resolución N.º 0440-2020-JNE del 09 de noviembre de 2020. <https://cutt.ly/FhOt5ay>
- JNJ (2020). Dirección de selección y nombramiento. <https://www.jnj.gob.pe/seleccion-y-nombramiento/>
- Gladys Echaíz está dispuesta a renunciar a la fiscalía. (14 de enero de 2014). Diario El Comercio. <https://cutt.ly/Lg1tg8m>
- Ley Orgánica del Ministerio Público. (2020). Decreto Legislativo nro. 52. <https://cutt.ly/Jg1txhP>
- Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones. (2020). Ley nro. 26486. <https://cutt.ly/Fg1r69R>
- Ley Orgánica de Elecciones. (2020). Ley nro. 26859. <https://cutt.ly/Cg1r4ZB>

- Ministerio Público (2013). Aprueban montos de los haberes de los fiscales del Ministerio Público Decreto Supremo nro. 330-2013-EF. <https://cutt.ly/ig1rHPf>
- Ministerio Público (2018). Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio Público 2018. <https://cutt.ly/gg1tnE3>
- Ministerio Público (2019). *Boletín Estadístico del Ministerio Público n.º 3*. <https://cutt.ly/lg1tdeL>
- Nuevo Código Procesal Penal (2020). Decreto Legislativo n.º 957. <https://cutt.ly/Zg1tcBO>
- Zevallos: «Debilidad del CNM fue su sistema de elección, hubo mucha buena fe». (3 de enero de 2019). Diario Gestión. Recuperado de <https://cutt.ly/mhr0PAu>



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 3, julio-diciembre, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n3.05



Naturaleza jurídica de la afectación en el delito de malversación de fondos

Legal nature of the involvement in the crime of embezzlement of funds

Naomi Catherine Bustillos Tamayo*

Distrito Fiscal de Áncash
(Áncash, Perú)

nbustillos@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-6633-3674>

Resumen: La investigación desarrolla la naturaleza jurídica del elemento afectación del servicio o función encomendada en el delito de malversación de fondos, a fin de identificar los efectos a nivel dogmático y jurisprudencial de la determinación de su naturaleza. A partir de ello, se analiza si corresponde mantenerlo como delito o convertirlo en infracción administrativa. Se demostró dogmáticamente que acorde al principio de mínima intervención del Derecho Penal, el elemento afectación al bien o servicio encomendado es una condición objetiva de punibilidad y no un resultado típico ni una finalidad perseguida. Caso contrario, se estaría criminalizando conductas inocuas materialmente si se le considera como un delito de resultado o como un elemento de la tipicidad subjetiva implicaría enormes dificultades

* Fiscal adjunta provincial titular de la Primera Fiscalía Suprema Penal. Embajadora de la Integridad 2019 por la Comisión de alto nivel anticorrupción (CAN).

probatorias. La metodología es de enfoque cualitativo, esto es se enmarcará en un campo abstracto teórico, con un nivel básico de investigación. La relevancia se da en razón de que no existe literatura que realice un análisis profundo de lo que se debe considerar como «afectación al bien o servicio encomendado» aunado a la insuficiente respuesta jurisprudencial, por lo que resulta necesario para los operadores jurídicos este desarrollo dogmático y toma de posición.

Palabras clave: malversación de fondos, afectación al servicio, naturaleza jurídica, condición de punibilidad

Abstract: The investigation develops the legal nature of the element affecting the service or function entrusted in the crime of Misappropriation of funds, in order to identify the dogmatic and jurisprudential effects of the determination of its nature and from there analyze whether it corresponds to maintain it as a crime or make it an administrative offense. It was dogmatically demonstrated that according to the principle of minimal intervention of Criminal Law, the element affecting the good or service entrusted is an objective condition of punishment and not a typical result or a pursued purpose. Otherwise, materially innocuous conduct would be criminalized if it is considered a crime of Result and if it is considered an element of the subjective typicity, it would imply enormous evidentiary difficulties. The methodology has a qualitative approach, that is, it will be framed in an abstract theoretical field, with a basic level of research. The relevance is given due to the fact that there is no literature that carries out an in-depth analysis of what should be considered as «damage to the entrusted good or service» coupled with the insufficient jurisprudential response; Therefore, this dogmatic development and position taking is necessary for legal operators.

Key words: misappropriation of funds, impact on service, legal nature, punishable condition

RECIBIDO: 8/06/2021

REVISADO: 12/07/2021

APROBADO: 30/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

El delito de malversación de fondos, al contrario de los ilícitos de peculado, colusión y cohecho, no es objeto de investigaciones profundas, sino de mera señalización de sus elementos constitutivos; e incluso dicho escaso tratamiento doctrinal concluye con su despenalización, convirtiéndolo en algunos casos en una infracción administrativa.

Es ante esta carencia de un examen profundo de los elementos integrantes del tipo penal de malversación de fondos, también conocido en doctrina como «peculado por cambio de destino» que se considera necesario analizar dogmática y jurisprudencialmente uno de sus elementos típicos, esto es «afectando el servicio o la función encomendada». Podría ser considerado como resultado típico o la finalidad perseguida por el agente o una condición de punibilidad.

Entonces, el problema planteado en esta investigación está relacionado con la determinación de la naturaleza jurídica del elemento afectación. Para con ello identificar los efectos que puede producir en su tratamiento dogmático y jurisprudencial y como correlato analizar si se justifica mantenerlo como delito o corresponde que solo sea una infracción administrativa.

En cuanto a lo avanzado hasta el momento sobre malversación de fondos, se tiene en doctrina nacional a autores como Ramiro Salinas Siccha, Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, Fidel Rojas Vargas, James Reátegui, Manuel Abanto Vásquez, entre otros. Ellos de forma uniforme han descrito los componentes constitutivos del tipo penal, señalándolo como un delito de Resultado. Así mismo, se tiene tesis que abogan por la despenalización del ilícito de malversación de fondos. Señalan que el bien jurídico protegido es impreciso e inverso al principio de ultima ratio de las normas penales convirtiéndolo en una infracción administrativa, que tiene escaso grado de lesividad pues los bienes públicos distraídos no escapan de la esfera del Estado, en otras razones que llegan a la misma conclusión.

Esta investigación es importante, pues una vez profundizado el tema bajo análisis se tendrá una posición clara y sustentada sobre la esencia del elemento afectación y con ello el correcto análisis del tipo penal, acorde con el principio de lesividad y mínima intervención del derecho penal. También, se podrá sustentar porque no se debe despenalizar el ilícito de malversación de fondos sino interpretarla conforme a los principios antes mencionados. Se debe caracterizar el elemento afectación como una condición de punibilidad y, por lo tanto, solo con la presencia de este, la configuración del delito y, sin este, la no existencia del mismo ni siquiera en tentativa. Se logra, en consecuencia, que actos como la simple disposición del caudal público dentro de la misma arca estatal no sea punible, sino un acto administrativo sin relevancia penal.

Este hecho conlleva al operador jurídico a archivar o sobreseer denuncias penales en las cuales no se ha advertido el elemento afectación al bien o servicio encomendado.

2. La malversación de fondos

En el Título XVIII se plasma los ilícitos contra la Administración pública. Abarcando dentro de sus capítulos los cometidos por particulares, por funcionarios públicos, contra la Administración de justicia, entre los más resaltantes podemos mencionar: peculado, concusión, malversación de fondos, colusión, negociación incompatible, cohecho pasivo propio, tráfico de influencias.

Respecto a la contravención de malversación de fondos, podríamos indicar que en el Código Punitivo de 1924 no se regulaba el delito de malversación de fondos. Es recién con el Código de 1991 la tipificación del delito de malversación de fondos indicando: «El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra, una aplicación diferente de aquella a la que están destinados, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si resulta dañado o entorpecido el servicio respectivo, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años».

Esto es que la conducta se consumaba con el solo hecho de efectuar el agente las asignaciones irregulares del caudal público. Luego, este artículo es modificado el 13 de junio de 1993 a través de la Ley n.º 26198, le añade circunstancia agravante esto es: «si el dinero o bienes que administra estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años». Es así que se insertó una agravante por la finalidad.

Se realizó una modificación más mediante la Ley 27151 del 7 de julio de 1999, en la cual se unifica la afectación dentro del tipo base y se precisa aún más la agravante de la siguiente forma:

El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años.

Punto a retornar posteriormente. Luego, en el 2013 a través de la Ley n.º 30111 del 26 de noviembre de dicho año se inserta al tipo base la pena de 180 a 365 días multa y al tipo agravado la pena de 365 días multa.

Finalmente, el 22 de octubre de 2016, a través del artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1243 se agrega a la pena privativa de libertad, los días multa e inhabilitación con la misma frase tanto al tipo base como a la agravante: «inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del artículo 36 y queda de esa forma hasta la fecha».

Figura 1

Desarrollo legislativo de malversación de fondos



Entonces, se puede advertir que el ilícito de malversación de fondos ha sufrido desde su inserción entre el catálogo de delitos en el Código Penal de 1991 diversas modificaciones hasta llegar al tipo penal que nos acompaña en el cuerpo normativo.

Este tipo penal exige dentro de sus elementos objetivos que el sujeto activo sea funcionario o servidor público. Determinado como un concepto amplio, pues no solo serán funcionarios los establecidos en el Código Punitivo, artículo 425, sino también todo aquel que tenga una relación con una entidad estatal. No importa el vínculo contractual del mismo, conforme indica la Convención Interamericana contra la corrupción (CICC).

Sobre el elemento de relación jurídica de administración, se da en razón de que el sujeto debe tener el deber institucional de administrar dicho caudal, más allá de que el sujeto tenga un acceso a los caudales públicos. Solo así será autor del mismo. En caso de no tener dicha relación de administrador del caudal y participará un tercero ajeno de la comisión del ilícito, entonces su rol será de partícipe o cómplice.

Sobre el destino definitivo diferente, conforme se tiene de variada jurisprudencia nacional, este es un elemento por el cual se verifica si lo programada institucionalmente al inicio es lo mismo a lo efectivamente girada. Y que esto afecte el servicio o función encomendada. Hasta aquí no hay mayor controversia, es más la doctrina nacional uniformemente desarrolla dichos elementos, incluso para otros delitos.

Siendo el último elemento del tipo penal: la afectación, se dirá que efectivamente es el que trae mayor controversia y se tratará a continuación.

El último elemento del tipo penal es la afectación. Esta es la que trae mayor controversia. A continuación, se tratará con amplitud.

3. Afectación al servicio

La Corte Suprema de Justicia ha establecido en las siguientes resoluciones: Expediente n.º 21-2003-A.V. (Sala Penal Especial), Recurso de Nulidad n.º 1621-2009/Tacna, Recurso de Nulidad n.º 2331-2002/Arequipa, entre otros, lo que se debe entender por afectación al servicio. Estableciéndose como los efectos perjudiciales a la ejecución o desarrollo programado, situaciones determinadas, concretas y demostrables, obligatoriamente respaldadas y acreditadas por el titular de la acción penal. Se precisa que dicho detrimento debe ser consecuencia directa de la desviación de caudal público. Se genera no una lesión patrimonial, sino un perjuicio en la ejecución del servicio, retardo o inobservancia de plazos, aumento de costos, disminución de las características de servicios, y otros a establecerse según el caso preciso o la naturaleza del servicio.

4. El Principio de Legalidad Presupuestal

En un inicio se debe señalar que el Congreso de la República aprueba el presupuesto del sector público. Esta es una herramienta anual de sistematización financiera y económica. En noviembre de 2003, se publicó la Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público (Ley n.º 28112), por la cual se establece que las normas rectoras para la Administración financiera estatal son la eficiencia, la legalidad, la eficacia y la transparencia.

El presupuesto de cada una de las entidades públicas está integrado por el crédito presupuestario. Este es el monto señalado en el presupuesto estatal, así como en sus reformas a fin de que las personas jurídicas sean capaces de ejecutar gasto estatal. Su fin es exclusivamente para lo que originariamente fue autorizado, salvo que se apruebe modificación presupuestaria.

Los órganos de control interno de cada entidad pública, así como la Contraloría General de la República están encargados de supervisar la fidelidad de la ejecución de la programación financiera estatal, así como su adecuada gestión y manejo de los bienes y caudales del Estado.

Acorde a los párrafos precedentes, se advierte que la legalidad de la ejecución presupuestal es de suma importancia en la sistematización financiera y económica de una entidad estatal y que actuar en contrario

significa sanciones administrativas. Luego en el sistema penal es retomado conceptualmente para llenar de contenido con la norma extrapenal.

Entonces la pregunta es, si se puede modificar o no el presupuesto de una entidad pública. Sí se puede. Se llaman modificaciones presupuestarias y se pueden realizar dentro de los límites y de acuerdo a la forma establecida por ley y solamente en tanto esté vigente un ejercicio presupuestario. Existen modificaciones en el nivel institucional y en el nivel funcional programático. Las primeras se dividen en transferencias de partidas y créditos suplementarios, ambos aprobados por Acuerdo del Consejo Regional o Concejo Municipal o por Ley, según sea el caso. Se dan entre pliegos institucionales. Las segundas se dividen en anulaciones y habilitaciones y se dan dentro de un mismo pliego (entidad pública). Y las habilitaciones son el aumento de los créditos presupuestarios de actividades y proyectos con compromiso a anulaciones de la misma actividad o proyecto u proyectos. Las anulaciones son la eliminación parcial o total de los créditos presupuestarios de proyectos o actividades. Mediante la expedición de una resolución, el titular de la entidad pública aprueba modificaciones presupuestarias en el nivel funcional programático. Sin embargo, esta facultad puede ser delegada expresamente, para luego publicarse en el diario oficial del Estado.

Bajo seis causales se podrá generar anulaciones. Primero, si se suprimió total o parcialmente las metas presupuestarias. Segundo, si se cumplió las metas. Tercero, si se ha cambiado la prioridad de los objetivos institucionales. Cuarto, si luego de haberse cumplido el fin para el que estuvieron previstos generan saldo. Quinto, si las proyecciones muestran que al cierre del año fiscal arrojen saldos de libre disponibilidad. Sexto, si se elimina la finalidad.

Se pueden generar habilitaciones si se aumentan o crean nuevas metas presupuestarias o si las proyecciones al cierre del año fiscal exponen déficit en relación a las metas programadas. Está prohibido autorizar habilitaciones para compromisos de pago de remuneración, pensiones, subsidios (gastos corrientes) con cargo a anulaciones presupuestarias para adquisición de activos financieros y no financieros (gastos de inversión). A excepción de fusión o traspaso de un pliego a otro.

5. Condición objetiva de punibilidad

En principio se debe señalar que el establecimiento de un componente del tipo penal como una condición de punibilidad no corresponde a la dogmática sino al legislador de la norma, pues aquel va a determinar la punibilidad. Condiciona la imposición de la pena, pues el sujeto activo ya realizó el delito y a fin de que no se le aplique una responsabilidad objetiva es que el legislador ha colocado este elemento no abarcado por el dolo. Un elemento

característico de una condición de punibilidad es que no está comprendido por el dolo del autor, en otras palabras; el autor desconoce o no le interesa dicho elemento, simplemente le es indiferente. Y no se encuentran en todos los tipos penales.

Aunado a ello, no es tarea fácil determinar un grupo de características uniformes porque más bien son heterogéneas y abarcan diferentes voluntades legislativas político- criminales. Se identifican cuando aparecen frases que podrían justificar el reaccionar de la maquinaria estatal como «si es que no diera explicación satisfactoria de su paradero».

En relación al tema, Kaufmann (1976) «vislumbra en las condiciones objetivas una clara infracción del principio de culpabilidad» (p. 251). Llega a dicha conclusión pues considera que las condiciones objetivas de punibilidad forman parte del injusto y fundamentan la pena. En sentido contrario opina Welzel (1970) «el reconocimiento de meras condiciones externas, respecto a las cuales no necesita referirse ni el dolo ni la culpabilidad, es compatible con el principio de la culpabilidad imperante en el derecho penal» (p. 88) Por nuestra parte, consideramos acertada la posición de Welzel, pues el condicionamiento de la aplicación de pena debe ser ajeno al dolo y, por lo tanto, aplicable al sujeto una vez realizada la conducta típica, antijurídica y culpable.

Existen condiciones objetivas de punibilidad propias, conocidas como causas de restricción de la pena, pues ofrecen una barrera de protección penal, un obstáculo restrictivo a la punibilidad, por razones político criminales. Para Jescheck (2003) «tienen la misma posición en la estructura del delito que las excusas absolutorias y la exención de pena, siendo estas últimas el contrapunto subjetivo y el lado objetivo las condiciones de punibilidad». (p. 504). Estas se dan por la falta de necesidad de pena. E incluso refiere que «una ulterior circunstancia que puede referirse al propio hecho, o a la evolución tras el mismo y le confiere una mayor significación en relación con el mundo circundante» (Jescheck, 2003, p. 504)

Las condiciones objetivas de punibilidad impropias agravan la pena de forma encubierta. Cofundamentan el ilícito. En el fondo son parte del injusto penal, pero se les considera como condición de punibilidad, a fin de que no se relacione con el dolo o culpa. En realidad, es un elemento del merecimiento de la pena, pues amplía la punibilidad, de espaldas a la imputación subjetiva. Esto es que al merecimiento de pena se llega a través de la existencia de una condición de punibilidad. Ejemplo de esto es la cuantía de lo sustraído en el hurto, el homicidio culposo de la hija, el falso testimonio en juicio.

6. Delito de resultado

Dentro de las clasificaciones de los tipos penales, existe la división por la vulneración al bien jurídico: los de mera actividad (delitos de peligro) y los de resultado (delitos de lesión). A los primeros no se exige resultado, se castiga la simple puesta en peligro del bien jurídico, la realización del tipo coincide con la acción y, por ende, no se origina un resultado separable de ella. En estos delitos no hay tentativa. Claros ejemplos son el delito de organización criminal, el delito de falso testimonio y el delito de tenencia ilegal de armas.

En cambio, a los segundos se exige que la conducta realizada produzca un resultado, una lesión o puesta en peligro distanciada temporal y espacialmente de la conducta. Entre la acción y el resultado hay o puede haber un periodo de tiempo. Invariablemente, un delito de resultado conllevará un cambio: una modificación lesiva. Cabe la frustración del delito. La consumación se origina con la producción de un resultado. Clásicos ejemplos son el homicidio, el robo, el cohecho.

7. Delitos de finalidad perseguida

Son denominados como delitos de tendencia interna trascendente o delito con propósito o intención. Se considera dentro de la tipicidad subjetiva del tipo penal. Es un elemento subjetivo específico requerido por el injusto penal, adicional al dolo; por ejemplo, en el delito de extorsión, homicidio para ocultar otro delito, el ánimo de lucro en el hurto. Se le haya muchas veces con la fórmula: *para facilitar, el obrar para, en perjuicio de, en ofensa de*.

Esto es, revela un aumento en la culpabilidad del autor, pues revela una actitud interna además que cosifica o instrumentaliza el bien jurídico protegido. Una finalidad que se logra más allá de la conducta delictiva.

Este tipo de delitos tienen tres subdivisiones: con elemento subjetivo negativo, se le identifica con *siempre que no*; los de tendencia interna intensificada, el agente logra la finalidad al realizar el delito, y el de tendencia interna trascendente, en el cual se busca un propósito que se logra más allá de la conducta delictiva.

8. Materiales y métodos

La recolección de información se ejecutó mediante la técnica de análisis documental como es el estudio de la diversa jurisprudencia nacional a nivel de nuestra Corte Suprema de Justicia. Para la obtención de dicho contenido, se revisó la página web Jurisprudencia Nacional Sistematizada del Poder Judicial, así como otros buscadores de resoluciones. Se delimitó el periodo de búsqueda a los años 2010-2020. Y se utilizó solo las resoluciones (casaciones

y recursos de nulidad) referidas a ilícitos de malversación de fondos emitidas por nuestra Sala Suprema Penal Permanente y las dos Salas Suprema Penal Transitoria, siendo ese el universo.

9. Resultados

De las casaciones y recursos de nulidad obtenidas, se seleccionó un conjunto de muestra de resoluciones con el objetivo de realizar el análisis correspondiente a efectos de brindar una respuesta a los objetivos planteados en la actual investigación. Esto es cuál es la naturaleza jurídica del elemento afectación al bien o servicio. Para ello se procederá a detallar lo considerado por el Tribunal Supremo.

9.1 De la afectación al bien o servicio

Respecto a este elemento del tipo penal la Corte Suprema señala:

Como se indicó en la ejecutoria suprema que concedió el presente recurso, la finalidad era analizar la interpretación realizada en la sentencia de vista respecto al resultado típico de afectación al servicio, mas no sobre «la aplicación definitiva diferente», que es un elemento distinto del tipo legal en análisis. No obstante, corresponde precisar que, aunque (como se desprende del artículo 389 del Código Penal) el resultado típico (afectación al servicio) necesariamente debe ser consecuencia de la acción previa (aplicación definitiva diferente de fondos públicos), el proceso de valoración de ambos elementos ha de realizarse de manera específica y diferenciada (Casación n.º 544-2018, Lima Norte).

Se advierte que la Corte Suprema identifica al elemento afectación al bien o servicio como resultado típico, esto es parte de un delito de resultado. En dicha sentencia, los hechos giraban en torno a un alcalde que había otorgado presupuesto para la implementación y equipamiento de un centro de telemática, anulando el presupuesto de una distinta partida presupuestal denominada Plan de incentivos a la mejor gestión municipal. La fiscalía no probó el elemento afectación. Fueron absueltos.

Así mismo, en la Casación de 2018 - Madre de Dios, se indicó:

Que la ilicitud de las transferencias cuestionadas expresa, como es patente, una aplicación definitiva diferente de los caudales públicos institucionales (dinero) apartándolos de su destino legal; y, como se les desvió de programas específicos de desarrollo para gastos corrientes, es de considerar que se afectó el servicio público de origen. El delito de malversación de fondos, se configura cuando el agente de modo definitivo otorga o da al dinero o bienes del Estado que funcionalmente administra, un destino final diferente

al previamente establecido, lesionando o poniendo en peligro el servicio o la función pública encomendada, lo que en el presente caso no ocurrió. (Casación n.º 503-2018-Madre de Dios)

Los hechos informaban sobre un gobernador regional que delegó funciones a su gerente de presupuesto. Este modificó el presupuesto de un proyecto de mejoramiento de vía de un centro poblado, a fin de destinarlo a la realización de feria agropecuaria regional. La vía no fue realizada. Se ordenó nuevo juicio.

También en el recurso de nulidad de 2012,-Ayacucho se indicó:

En estos eventos, se sanciona la lesión sufrida por la Administración pública al apropiarse, malversar y direccionar la disponibilidad de sus bienes, lo cual es producido por quienes ostentan el poder de administración de los mismos y al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes; y, permiten que es Estado quede afectado y no pueda cumplir con su finalidad propia y legal. (Recurso de Nulidad 657-2012-Ayacucho)

Los hechos sucedieron por el pago de dietas impagas a un exalcalde de parte del alcalde ingresante como si fuera gastos corrientes del ejercicio y la habilitación de Foncomun para gastos de la celebración por el Día del Trabajador. Fueron condenados.

10. Discusión

Ahora se procede a realizar el análisis de todo lo detallado líneas anteriores, en principio, se debe indicar como ya se habrá advertido que, la Corte Suprema de Justicia considera que el elemento afectando al bien o servicio encomendado es el resultado típico de la conducta de desviación. Y, por lo tanto, el delito de malversación de fondos es un delito de resultado. Conforme se ha advertido en las sentencias precedentemente detalladas, es por la existencia de dicha afectación que se consuma el delito. Se deja establecido para ellos una correlación de causa-efecto entre la desviación y la afectación.

Conforme se ha dado cuenta al analizar el desarrollo legislativo de la contravención de malversación, cuando se originó el tipo penal en el año 1991, este era un delito de actividad. Se consumaba con la sola desviación del caudal público, fue en 1999 que se introdujo el elemento de perjuicio al bien o servicio encomendado. Así ya lo establecía la sentencia emitida por la Sala Penal Especial en el expediente n.º 21-2033-A.V.:

Posteriormente, mediante la Ley n.º 27151 del 7 de julio de 1999 (...) esta última norma, más benigna en el caso concreto por incluir mayores elementos objetivos y prever una pena menor, en comparación con la anterior, es la que debe ser objeto de análisis, pues exige, de un lado, que la aplicación que se da al dinero o

bienes administrados sea definitiva; y de otro lado, que esa aplicación afecte el servicio o función encomendada. La nueva ley, en atención al último requisito, convirtió el delito en uno de resultado.

Desde entonces, se le dio el tratamiento como un elemento del tipo objetivo de resultado. Conforme al objetivo por el cual fue introducido dicho elemento, no fue para convertirlo en delito de resultado o que se exigiera el mismo para su configuración y creando con eso la tentativa para este delito. Circunstancia que antes no existía por ser delito de mera actividad.

Se piensa que se introdujo dicho elemento como una exigencia adicional para dictaminar la necesidad de pena. Esto es el ilícito de malversación de fondos se consuma con la mera desviación y, por ende, es delito de peligro, claramente no existe tentativa y el elemento de afectación –cuando se introduce en 1999– es un requisito adicional ajeno al dolo de sujeto activo, este se da como exigencia para penar una conducta típica antijurídica y culpable. Se considera que esta es una interpretación conforme al bien jurídico protegido particular como es la legalidad presupuestal, la correcta ejecución y funcionamiento del mismo y, claramente, conforme al principio de lesividad, pues conforme a la norma sustantiva para la exigencia de pena se requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Y en el caso cuando se considera conforme a sus orígenes del delito de malversación de fondos como un ilícito de mera actividad, entonces no existe la tentativa, y, por ende, no será punible las conductas anteriores a la desviación, pues realmente no se pone en riesgo el bien jurídico protegido.

En consecuencia, se considera que la naturaleza del elemento afectación al bien o servicio encomendado es de una condición objetiva de punibilidad y no elemento objetivo de un delito de resultado. Interpretación que avala la presentación de una improcedencia de acción si es que el elemento de perjuicio no se halla sustentado, y al no necesitar pena, no se castigaría el mismo.

Cabe indicar que, conforme al análisis del tipo, esto es que el dolo del sujeto activo es desviar el caudal público a otro objetivo, no pertenece a su esfera de voluntad el querer afectar o no al servicio primigenio. Así como al detalle de los delitos de tendencia interna trascendente ya detallados, se considera que no es un objetivo oculto y final el perjuicio al bien o servicio desviado; pues el sujeto activo tiene dolo de desviar: posicionar lo contrario, tener que argumentar que el sujeto debe tener un dolo por el hecho y otro dolo por el fin. Se mueve así dentro del campo de lo subjetivo, no coincidente con la realidad y mucho más compleja de probar para el defensor de la legalidad.

Se podría sustentar de la siguiente manera:

Tabla 1

Posiciones y sus consecuencias

Naturaleza	Tema	Consecuencia
Condición de punibilidad	Condición objetiva de punibilidad	Con presentación de improcedencia de acción, se despenaliza al caso concreto. Se condena solo cuando se afecta el bien. No correspondería la pena porque no se verifica perjuicio.
Finalidad perseguida	Tendencia interna trascendente (Delito con propósito o intención)	Absolución por dificultad y probar el doble dolo. El dolo por el hecho (conocimiento y voluntad) y el dolo por el fin. Querer perjudicar. Difícil condena.
Resultado típico	Resultado típico	Necesidad de probar objetivamente el resultado. Si no se afectó queda en tentativa, vulnerando el principio de lesividad.

Entonces, se desprende bajo la posición de considerarlo conforme al desarrollo legislativo como un delito de mera actividad, al cual se le ha insertado una condición objetiva de punibilidad fuera del dolo del sujeto activo es una interpretación acorde al principio de lesividad y de mínima intervención del derecho penal. Resulta, entonces, innecesario la despenalización del delito de malversación de fondos, ni mucho menos convertirlo en una infracción administrativa, sino corresponde interpretarlo conforme a los principios ya señalados, así como a su origen legislativo, y con ello se sanciona las conductas que efectivamente perjudiquen al bien o servicio desviado y no solo una conducta inocua para los fines del medio de control llamado Derecho Penal.

11. Conclusiones

La naturaleza jurídica del elemento afectación al bien o servicio encomendado en el delito de malversación de fondos es de ser una condición objetiva de punibilidad. Como tal no forma parte del injusto, pues el mismo ya se configuró. Está dentro de la categoría de necesidad de la pena y, por lo tanto, no abarca el dolo del sujeto activo.

Esta determinación trae consigo que el delito de malversación de fondos no sea considerado como delito de resultado, sino de mera actividad. En consecuencia, no tiene tentativa. Conforme a los principios de lesividad y mínima intervención del derecho penal. Son inocuas conductas anteriores a la formación del injusto, que claramente no afectan el bien jurídico protegido particular como es la legalidad presupuestal. Se da camino a que las partes puedan presentar una improcedencia de acción y se dé por concluida la investigación.

Finalmente, se considera que si se justifica que se mantenga como delito la malversación de fondos, pues su bien jurídico protegido como es la legalidad presupuestal, es necesario para el desarrollo ordenado transparente y eficaz de la administración financiera, con sus anulaciones y habilitaciones conforme a ley. Sin ello los casos de desviación en instancias estatales incrementarían exponencialmente, siendo arma para fines socio-políticos de titulares y gerentes de entidades públicas. Por ello, las voces que indican que se debe despenalizar porque viola el principio de lesividad, de mínima intervención del derecho penal entre otras, carecen de sustento dogmático, pues conforme a la investigación resulta todo lo contrario si se interpreta correctamente el elemento de perjuicio como condición objetiva de punibilidad que añade extrínsecamente un elemento para la determinación de la necesidad de pena.

Referencias

- Área Académica (2011). *Boletín n.º 16*. Lima: Estudio Ore Guardia Abogados.
- Calderón, L., y H. Benavente (2012). *Delitos de corrupción de funcionarios*. Gaceta Penal & Procesal Penal.
- Cancho, R. (2014). *La imputación del delito y de la pena en los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Ediciones jurídicas del centro.
- Caro, J. (2014). *Manual teórico práctico de teoría del delito*. Lima: ARA Editores.
- Castañeda, S. (2013) *Jurisprudencia Seleccionada del Subsistema Anticorrupción*. Jurista Editores.
- Cervantes, D. (2009). *Manual de derecho administrativo*. Rodhas Editorial.
- Comisión de Alto Nivel Anticorrupción. (2014). *Compilación normativa de instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción*. Palestra Editores.
- Huamán, D. (2014). *Los delitos de corrupción de funcionarios en la jurisprudencia nacional y en los acuerdos plenarios. Extractos sustantivos y procesales*. Palestra Editores.
- Jescheck, H. (2003). *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Comares.
- Organización de los Estados Americanos (1996). *Convención Interamericana Contra La Corrupción*. Caracas: OEA.
- Gaceta Jurídica (2013). *Los delitos contra la administración pública en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Gonzales, J. (2000). *Corrupción y justicia democrática*. Clamores.
- Mapelli, B. (1990). *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Artes Gráficas Suarez Barcala.
- Peña Cabrera, A. (2011). *Derecho penal. Parte especial*. Editorial Idemsa.
- Pinedo, C. (2013). *Imputación objetiva. Introducción a sus conceptos elementales*. Lima: Editorial Palestra.
- Rojas, F. (2012). *Derecho penal práctico, procesal y disciplinario. Dogmática y argumentación*. Imprenta Editorial El Buhó EIRL.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, parte general*. Civitas.

Salinas, R. (2011). *Delitos contra la administración pública*. Editorial Iustitia SAC.

Reategui, J. (2014). Delitos cometidos por funcionarios en contra de la administración pública. Jurista Editores EIRL.

San Martín, C. (2007) Persecución penal de la corrupción política en el Perú. Reflexiones desde el Perú. En M. Alcaraz (Dir.), *El Estado de derecho frente a la corrupción urbanística* (pp. 151 – 197). La Ley



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 3, julio-diciembre, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n3.06



Causas de la litigiosidad en materia civil en el distrito judicial de Puno

Causes of litigation in civil matters in the judicial district of Puno

Gonzalo Víctor Huamán Romero*

Corte Superior de Justicia de Puno
(Puno, Perú)

ghuamanro@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-0968-6566>

Resumen: El presente trabajo de investigación ha sido motivado por los altos niveles de carga procesal registrados en materia civil en el Poder Judicial del Perú. Esta preocupación tiene diversos antecedentes; sin embargo, no se ha podido apreciar muchos estudios realizados desde el punto de vista de la litigiosidad, es decir, del por qué las personas se someten a un proceso sin buscar otras alternativas. Es por esa razón que, por un lado, se analizaron 150 expedientes en materia civil y sentenciados durante el 2019 de la Corte Superior de Justicia de Puno. Estos datos estadísticos mostraron que existe una probabilidad de ganar un proceso judicial de un 56 %, lo que conlleva a que el 44 % restante corresponde a quienes inician un proceso bajo la creencia del éxito de su demanda. Por otro lado, se pudo encontrar varios

* Juez especializado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Puno. Graduado de la maestría de Derecho Procesal y en el máster en Magistratura Contemporánea

casos en los cuales las decisiones judiciales, sobre un mismo asunto, fueron contradictorias. Los hallazgos descritos demuestran que existe un optimismo injustificado de las partes para acudir a un proceso judicial impulsado, entre otras razones, porque la justicia no es predecible. Ello impide que las partes puedan considerar seriamente acudir a otras vías alternativas.

Palabras clave: justicia, litigiosidad, investigación, conflictos, carga procesal, optimismo, jurisprudencia

Abstract: This research work has been motivated by the high levels of procedural burden registered in civil matters in the Judicial Power of Peru, this concern has diverse antecedents, however, it has not been possible to appreciate many studies carried out from the point of view of the litigation, that is, why people undergo a process without looking for other alternatives. It is for this reason that, on the one hand, 150 files in civil matters and sentenced during 2019 of the Superior Court of Justice of Puno were analyzed, which, through statistical data, showed that there is a probability of winning a judicial process of 56%, which means that the remaining 44% corresponds to those who initiate a process under the belief of the success of their claim; On the other hand, several cases were found in which judicial decisions on the same matter were contradictory. The findings described show that there is an unjustified optimism on the part of the parties to go to an impelled judicial process, among other reasons, because justice is not predictable, which prevents the parties from seriously considering going to other alternative routes.

Key words: justice, investigation, conflicts, procedural burden, optimism, jurisprudence, efficiency

RECIBIDO: 8/06/2021

REVISADO: 12/07/2021

APROBADO: 30/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

El artículo 138 de la Constitución Política del Perú (1993) dice «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes». Por tanto, el constituyente otorgó al Poder Judicial la función de administrar justicia.

Beltrán (2000) afirma que la sociedad, en la era postindustrial, es básicamente una de servicios, en la cual una de las funciones del Estado moderno es la de suministrar a sus ciudadanos bienes y servicios que solamente, desde su posición, puede hacer; entre estos servicios encontramos a la administración de justicia. Esta actividad tradicionalmente ha sido pensada como una formal y protocolar, imbuida en teorías y dogmática jurídica bastante compleja dirigida al ejercicio de la función jurisdiccional, es decir, a la resolución de conflictos.

Frente a esta visión ha sido dejada de lado la concepción de la administración de justicia como una función pública, así, desde esta perspectiva, empezamos a pensar en conceptos como eficiencia, eficacia y la tan codiciada calidad del servicio.

Parrado y Ruiz (1999) entienden la noción de calidad en el servicio público como una obligación con el ciudadano, el que se concreta al efectivizar un pacto social por el cual las gerencias públicas buscan vivamente adecuarse a las necesidades de la sociedad, cuyos miembros tienen derecho a percibir prestaciones y servicios de naturaleza pública adecuados y que satisfagan sus expectativas en condición de usuarios y contribuyentes.

Por sentido común, se puede decir que cuando un cliente recibe un servicio de calidad, este se fideliza. Es decir, busca este servicio porque le es útil. Si se traslada este ejemplo y se piensa por un momento que la administración de justicia en el Perú es un servicio útil, eficaz, celer y, en fin, de calidad, se puede acudir a él para solucionar cualquier asunto con seguridad y rapidez, así sería un placer iniciar un proceso judicial.

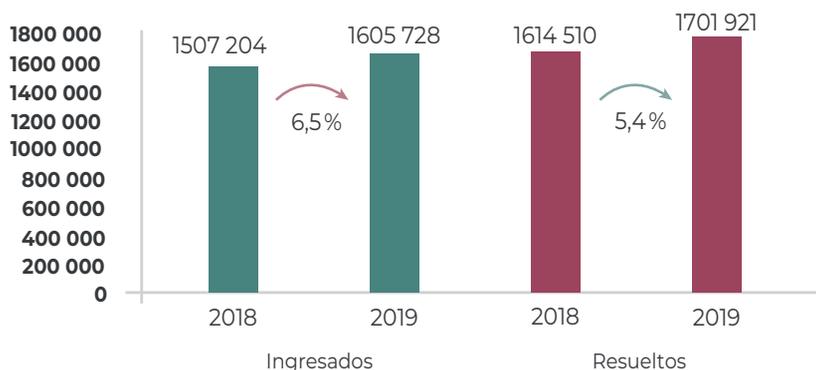
Llegados a este punto, y de regreso a la realidad, surge la pregunta: ¿si el sistema judicial en el Perú es lento e impredecible, por qué se acude a él?, ¿no existen acaso otras vías igualmente satisfactorias?, ¿no es mejor un mal arreglo que un buen juicio?; todas estas preguntas se encuentran sintetizadas, en una palabra, la litigiosidad.

Caso (2009) define al litigio como «el pleito, altercación en juicio, la disputa o contienda» (p. 510). Los niveles de litigiosidad en la sociedad peruana son muy altos. Esta afirmación es fácilmente corroborada con los índices de incremento en la presentación de demandas judiciales, así, en el periodo enero a diciembre del año 2019 se iniciaron, en todo el país, 1 605 728 procesos

judiciales; de igual manera, en el año 2018, hubieron 1 507 204 procesos judiciales y; finalmente, en el año 2017, se registraron 1 456 724 procesos judiciales, conforme fuera señalado por la Subgerencia de Estadística del Poder Judicial, al respecto tenemos la siguiente figura:

Figura 1

Procesos principales ingresados y resueltos, enero – diciembre 2018 – 2019 nivel nacional



Nota. La figura muestra el incremento de los ingresos de procesos judiciales. Tomado de Subgerencia de Estadística – Gerencia de Planificación Poder Judicial del Perú.

De igual forma, con la finalidad de contrastar el incremento de procesos judiciales iniciados y concluidos en materia civil con otras materias, podemos apreciar la siguiente información:

Tabla 1

Procesos iniciados y concluidos a nivel nacional, según materia de enero a diciembre de 2018 y 2019

Materia	Proceso	ingresados	Variación 2019/18	Procesos	Resueltos	Variación 2019/18
	2018	2019	Diferencia	2018	2019	Diferencia
			%			%
Civil	300 123	280 434	-19 689	303 848	296 326	-5522
			6,6 %			-1,8 %
Familia	501 975	570 359	68 384	550 302	605 421	55 119
			13,6 %			10,0 %
Laboral	3 444 995	3 359 954	-9 041	3 507 787	3 628 860	12 073
			-2,6 %			3,4 %
Penal	360 111	418 981	58 870	409 573	435 314	25 741
			16,3 %			6,3 %
Total	1 507 204	1 605 728	98 524	1 614 510	1 701 921	87 411
			6,5 %			5,4 %

Nota. La tabla muestra la diferencia de procesos ingresados y resueltos en los periodos de 2018 a 2019. Tomado de la Subgerencia de Estadística - Gerencia de Planificación Poder Judicial del Perú.

La tabla mostrada indica que el ingreso de procesos judiciales al Poder Judicial se va incrementando y, si bien los ingresos en materias civil y laboral han decrecido, ello no sucede en temas de derecho de familia o penales. Dicha circunstancia se explica, en el caso de los procesos penales, porque no están sujetos a acuerdos extrajudiciales, siendo necesaria, en la generalidad de los casos, la apertura de la investigación fiscal. Por otro lado, en el caso de la especialidad de familia, el incremento sustancial de la carga puede deberse a la implementación de la legislación en protección de la mujer y de violencia de género que también hace necesaria la investigación correspondiente.

Pese a que los ingresos decrecen en materia civil y laboral, siguen siendo estándares altos. Esta característica en la sociedad peruana no ha sido estudiada adecuadamente, pues no es posible encontrar estudios abundantes sobre esta materia. Se ha observado que los estudios procesales parten ya de la existencia del conflicto en sí mismo, pero no es su objeto de estudio las razones de este ni mucho menos las posibles soluciones extrajudiciales.

La teoría económica del proceso judicial, que consiste en «la aplicación de la teoría, métodos, técnicas e instrumentos de la economía para el estudio del proceso, de su creación, estructura, aplicación y efectos» (Torres & Piña, 2011, p. 538), tiene importantes estudios y avances sobre esta materia. Sin embargo, esta investigación no busca utilizar ni acercarse a esta técnica, partimos de la perspectiva de la probabilidad de las partes de vencer en el proceso.

Para poner en contexto aquello que pretende analizar este trabajo, es necesario explicar algunos conceptos básicos que permitirán entender mejor la circunstancia problemática.

2. Los conflictos

La idea de conflicto forma parte inevitable de la vida, pues el ser humano es un ente social que está en constante relación con otros seres humanos. Ello genera que aparezcan en dichas relaciones desacuerdos, diferencias y puntos de vista diferentes; estas diferencias pueden deberse, a decir de Ormachea (1999), a que los recursos son escasos, además de ello los intereses y motivaciones de las personas son diversos.

La Rosa y Rivas (2018) definen al conflicto señalado como «un fenómeno social en el que dos o más partes perciben que tienen intereses contrapuestos y exteriorizan dicha percepción a través de conductas dirigidas a obtener una respuesta para el mismo» (p. 18).

Desde la perspectiva del derecho procesal, el conflicto es abordado dentro del estudio del procedimiento judicial para administrar justicia y, de

esta manera, solucionar el conflicto a través del fallo de un tercero, el juez. Asimismo, Ovallic (1996) señala al proceso como un mecanismo de solución de conflictos heteropositivo.

Debe considerarse, además, que los conflictos que se resuelven en el procedimiento judicial pueden ser sobre los hechos. Es decir, deben estar dirigidos a decidir si un hecho ocurrió o no en la realidad y de allí aplicar la consecuencia jurídica que corresponda; y sobre la aplicación del derecho, pues puede suceder que exista un suceso real e indiscutible, produciéndose el conflicto sobre las consecuencias jurídicas que deban aplicarse a dicho suceso. Esta precisión resulta importante, pues cuando los hechos estén en discusión no podrá haber criterios preestablecidos en los tribunales de la misma forma en que estos pueden darse cuando el conflicto sea en la aplicación o consecuencias jurídicas de hechos acreditados; aunque es de aceptar que en la práctica son pocos los casos donde se aprecian estos conflictos de forma pura, siendo comunes aquellos donde se discuten tanto los hechos como las consecuencias jurídicas de los mismos.

Podemos concluir, sin profundizar sobre todas las formas de solución de conflictos, que ante la imposibilidad de las partes de llegar a un acuerdo o solucionar la materia controvertida, acuden a los tribunales, este hecho es la litigiosidad, es decir, que esta puede definirse como aquella circunstancia en la que las partes no puede solucionar por sí mismas los conflictos que existen entre ellas y de esta forma acuden al servicio de la administración de justicia para poder satisfacerla.

Se puede pensar en una diversidad de razones por las cuales las partes no llegan a un acuerdo: razones personales, ideológicas, sentimentales, entre otras, así como razones referidas a la expectativa del proceso o porque simplemente creen que la derrota en los tribunales es improbable o imposible. Estas razones pueden ser separadas en causas subjetivas y objetivas. En cuanto a las subjetivas, para no llegar a un acuerdo, no podrían ser estudiadas desde el punto de vista jurídico, sino más bien correspondería a la psicología dar respuesta, pues pueden pasar por sentimientos que buscan ser satisfechos a través del proceso. En cuanto a las objetivas, los motivos centrales que impedirán que las partes den solución a sus diferencias y, de esta manera, no acudan a los procesos judiciales para solucionarlos, se infiere que pueden ser principalmente, entre otros, el falso optimismo en su pretensión.

No es necesario notar que las razones objetivas y subjetivas que impiden los acuerdos se ven entremezcladas en mayor o menor medida en la psique de las partes que asisten a un centro de conciliación o a la oficina de alguno de los abogados.

3. El falso optimismo

En un artículo de Reggiardo y Liendo (2012), se desarrolla de manera muy interesante y con las reglas del análisis económico del derecho, el falso optimismo de las partes para acudir a cualquier proceso judicial. Señalan a esta circunstancia como un optimismo sobredimensionado que poseen las partes y que no les posibilita considerar un arreglo extrajudicial como una opción eficiente para poder satisfacer sus intereses. Concluye dicha investigación señalando que los juicios se inician porque el demandante buscará que se le otorgue una condena grande. Por su parte, el demandado va a tener la expectativa de una condena mucho menor, ambas posiciones los llevará irremediablemente a hacer prevalecer sus posiciones individuales negándose la posibilidad de llegar a un acuerdo. Señala, además, que este falso optimismo se ve potenciado por la precariedad institucional, la dificultad de predecir la decisión judicial y prácticas de corrupción que sufre el sistema judicial.

Se ha tomado en cuenta el artículo referido para enfocar el problema desde otra orientación, en la que se entiende que la incapacidad de predecir las decisiones no solo potencia o fomenta la litigiosidad de las partes que mantienen un conflicto, sino que es una de las razones por las cuales el conflicto se judicializa. Es decir, el problema está en la falta de predictibilidad en las resoluciones judiciales en sí mismo. Se señalarán aquí algunas sentencias y acuerdos plenarios en los cuales existen dos posiciones diferentes en los tribunales sobre un mismo asunto o materia. Ello no constituye no solo un incentivo, sino más bien un problema institucional que determina a iniciar acciones judiciales y no llegar a un acuerdo.

4. La predictibilidad de las decisiones judiciales

Cuando se hace la referencia al término *predictibilidad* de las resoluciones judiciales, se alude a la característica del sistema judicial de emitir decisiones uniformes y definidas en casos iguales o similares. Es necesario hacer una breve revisión sobre los sistemas jurídicos que tienen institucionalizada esta característica y entender lo que es un precedente judicial, y cómo afecta este a la seguridad jurídica.

Las tradiciones jurídicas más importantes, en occidente, son las del *common law* y el *civil law*. Con la finalidad de poder pensar la naturaleza y características del precedente judicial, se abordará brevemente algunos conceptos y nociones del *common law*. Esta apreciación resulta ilustrativa, pues debe considerarse que los inicios del precedente los podemos encontrar, más bien, en el derecho romano.

Iturralde (1995) menciona como los rasgos más destacados de este sistema jurídico los siguientes:

- a) El *common law* se muestra como un acopio de principios y experiencias no escritas.
- b) Es un derecho erigido por los jueces (*judge-made law*).
- c) Las cortes inferiores están obligadas a seguir las decisiones (precedentes) de las cortes superiores.
- d) Los principios de *common law*, provenientes de la costumbre, solo pueden ser conocidos y aplicados al interior de los procesos judiciales.
- e) El *common law* es fundamentalmente práctico y no teórico.
- f) Es un derecho no escrito, en el sentido de que no se encuentra codificado.
- g) Las reglas del *common law* (menos abstractas que las del *civil law*) son reglas que intentan dar solución a un conflicto determinado, y no reglas generales para el futuro.
- h) Las reglas sobre la administración de justicia, el procedimiento, la prueba o la ejecución de sentencias tienen un interés igual, e incluso superior, a las reglas sobre el fondo del derecho.

En este sistema jurídico, se debe partir del concepto mínimo del *stare decisis* que es la «doctrina que requiere que todos los tribunales relativos a una jurisdicción inferior acepten las decisiones de las cortes superiores a modo de *derecho declarado*, sin ninguna intención de modificar o rechazar su sentido» (Dyer, 2015, p. 138).

El *case-law* se desarrolló en Inglaterra, se basa en que las Cortes deben valerse de casos anteriores y utilizar los resultados de ellos a nuevos casos que se presenten, obviamente, cuando los hechos sean semejantes. De esta forma, para solucionar cualquier demanda bastaba recurrir a la *ratio decidendi* del caso elegido, y cuando esta no resultaba clara se acudía a lo decisión de ese mismo caso, así lo que vinculaba era la resolución del caso y no las motivaciones. Ello cambió a partir de la intervención de Lord Reid en el caso *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.* Al respecto, Dyer (2015) narra el emblemático caso *Elder, Dempster & Co. Ltd. v. Paterson, Zochonis & Co Ltd.* señalando lo más importante: que la Cámara alegó que para que los apelantes en el caso pudieran tener éxito, era necesario hallar una *ratio decidendi* que cubriese tanto al caso alegado como al caso analizado.

Lo reseñado muestra a un sistema jurídico que reconoce la obligación judicial de aplicar un caso previo por medio de las razones que justifican

su decisión; si los hechos y circunstancias de un caso anterior son iguales o similares, se deben aplicar las mismas razones.

En el caso de los Estados Unidos, se tiene que el precedente es más bien tratado como una práctica de los juzgados. De ahí que, Sellers (s.f.) afirma que el uso del precedente en Estados Unidos de América es una práctica más que una doctrina. Su aplicación radica en que los tribunales de jurisdicción inferior sigan los precedentes de los tribunales de jurisdicción superior.

De este texto es posible extraer, como un rasgo central del sistema norteamericano, el uso del precedente como un dispositivo procedimental por el cual las decisiones judiciales adquieren fuerza normativa y, por tanto, son imperativas.

Con lo expuesto, se puede definir al precedente judicial, en palabras de Barker (2014) como

precedente o *stare decisis* significa que los tribunales inferiores deben acatar las decisiones del tribunal supremo dentro de su jurisdicción en asuntos de Derecho, y que este último tribunal debe apartarse de sus decisiones previas o antecedentes sobre materias legales únicamente cuando existen razones importantes para hacerlo. (p. ¿?)

El Perú tiene un sistema basado en el *civil law* o europeo continental, es decir, tenemos normas codificadas, escritas en un compendio normativo, y es a través de ellas que se administra justicia. La figura del precedente judicial no ha existido en el Perú, si bien el primer cambio legislativo se dio con la promulgación del Código Procesal Civil de 1992, en el cual en su artículo 400 se consagró la institución denominada *doctrina jurisprudencial*. No es sino hasta la dación del Código Procesal Constitucional de 2004, que en su artículo VII señaló: «Precedente. Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo». De igual manera, en la parte final del artículo VI de Título Preliminar de la misma norma, se instauró la llamada doctrina jurisprudencial vinculante. Así, la parte pertinente de dicha norma señala que «Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional».

Para que en el Poder Judicial peruano exista un precedente obligatorio en materia civil deben reunirse todos los magistrados supremos y, sobre la base de un proceso que deben resolver, emitir una decisión vinculante a todos los magistrados que es de ineludible cumplimiento. A la fecha, son nueve las veces que han acontecido tales reuniones y se han emitido diez sentencias casatorias que se constituyen como vinculantes:

- a) I Pleno, Casación 1465-2007, Cajamarca, sobre la indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual;
- b) II Pleno, Casación 2229-2008, Lambayeque sobre la prescripción adquisitiva de dominio;
- c) III Pleno, Casación 4664-2010, Puno sobre el divorcio por separación de causal de hecho;
- d) IV Pleno, Casación 2195-2011, Ucayali sobre el desalojo por ocupación precaria;
- e) V Pleno, Casación 3189-2012, Lima Norte sobre la impugnación de acuerdos asociativos;
- f) VI Pleno, Casación 2402-2012, Lambayeque sobre la ejecución de garantías, caso de la hipoteca;
- g) VII Pleno, Casación 3671-2014, Lima sobre la propiedad no inscrita y el embargo inscrito;
- h) VIII Pleno, Casación 3006-2015, Junín sobre actos de disposición de bienes sociales por un solo cónyuge;
- i) IX Pleno, Casación 4442-2015, Moquegua sobre el otorgamiento de escritura pública; y
- j) X Pleno, Casación 1242-2017, Lima Este.

Por otro lado, también existen los denominados acuerdos plenarios cuya base legal se encuentra en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Además, el Decreto Supremo n.º 017-93-JUS señala: «artículo 116. Los integrantes de las salas especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.», en sí misma no le otorga obligatoriedad a dicho acuerdo, pues así no lo expresa la norma.

Con este breve repaso normativo, Rubio y Arce (2019) afirman que en el sistema jurídico peruano una sentencia, al menos emitida por el Poder Judicial, no es un acto normativo pues solamente se aplica a las partes que han intervenido en un proceso judicial. No tiene efectos abstractos ni se aplica a sujetos indeterminados, los jueces están únicamente sometidos a la Constitución y a la Ley. Así lo señaló el artículo 138 de la Constitución Política del Estado, y a pesar de que las sentencias normales no son fuentes de derecho, pues carecen de carácter general o abstracto, el ordenamiento jurídico reconoce otros tipos de pronunciamientos judiciales como son la jurisprudencia y las sentencias normativas.

Como se puede apreciar, la aplicación del precedente vinculante en el Perú dista de ser la que se aplica en el sistema de *common law*. Es un precedente que ha tratado de ser aplicado de acuerdo a una realidad y tradición diferente, pero su aplicación no resulta adecuada, pues básicamente existen dos problemas centrales en la aplicación de este modelo:

- i) Por un lado, la dificultad de dictar las llamadas sentencias obligatorias, pues se requiere la concurrencia de todos los magistrados supremos de la misma especialidad; tal dificultad es apreciable en la medida que comparemos los Plenos Casatorios Civiles (que solamente son diez desde la vigencia del Código Procesal Civil en 1993) frente a los acuerdos plenarios en materia penal que son abundantes, pero que no tiene un carácter obligatorio en todo el rigor de su significado.
- ii) Por otro lado, debe tenerse en cuenta que se deja de lado aquellos procesos que son resueltos en sedes que no llegan a ser conocidos por los jueces supremos, y no son materia de poca importancia. Así tenemos, por ejemplo, los procesos de alimentos (incluyendo todas sus variantes como cese, exoneración, reducción y prorrato), procesos de cobros de aportes previsionales por las administradoras de fondos de pensiones y procesos de filiación extramatrimonial, por citar los más relevantes, que al no encontrarse dentro de criterios que puedan ser vinculantes entre los jueces que conocen estas causas generan una diversidad de criterios en todo el territorio nacional, así se presentará más adelante.

Como se puede ver, el sistema de precedentes judiciales en el Perú, si bien ha dado frutos importantes en la decisión de algunas situaciones complejas y de criterios dispersos contribuyendo con la seguridad jurídica, tal labor ha resultado insuficiente, pues en los casos en que ya existe un precedente obligatorio, existe seguridad jurídica y la casi nula posibilidad de que un tribunal dicte sentencia con un criterio diferente.

Como se ha podido apreciar la alta litigiosidad solo es un aspecto de la problemática en la administración de justicia peruana. Sin embargo, resulta innegable que esta existe, por tanto, surge la pregunta: ¿por qué las personas acuden al Poder Judicial para solucionar sus conflictos si la administración de justicia es lenta y en muchos casos impredecible? ¿no existen vías fuera del proceso, más rápidas y menos onerosas, por las que las partes solucionen sus conflictos?

En suma, el problema de esta investigación ocurre debido a que existen niveles altos de litigiosidad en materia civil.

Como posible respuesta, esta investigación considera como hipótesis que los niveles altos de litigiosidad pueden deberse a tres factores primordialmente:

- a) Aspectos volitivos, entendidos como cuestiones de rencor entre las partes o situaciones que objetivamente no pueden ser determinadas en este estudio;
- b) un falso optimismo en las partes del proceso sobre el amparo de sus pretensiones, es decir, la fe de que su posición frente al conflicto es la correcta y, por tanto, prevalecerá frente a la de su contrario; y
- c) la falta de predictibilidad en la justicia que genera incertidumbre ante la solución de un proceso judicial, lo que a su vez produce en las partes la esperanza de que, aun considerando su posición en el conflicto como débil, puedan prevalecer frente, al contrario.

La respuesta que pueda encontrarse a esta interrogante resulta ser útil dado que permitirá tener una mejor apreciación de algunas de las principales causas de la alta litigiosidad que se presenta en nuestra sociedad, haciendo presente que esta circunstancia genera una excesiva carga procesal en los órganos jurisdiccionales, en especial en materia civil.

En tal sentido, son objetivos de esta investigación:

- a) determinar si las expectativas de las partes respecto del resultado de un proceso judicial resultan ser reales; y
- b) determinar si la falta de predictibilidad en las decisiones judiciales genera una distorsión en la apreciación en las partes sobre sus posibilidades de obtener una decisión favorable a sus intereses.

5. Materiales y métodos

Esta investigación tiene dos aspectos. Por un lado, pretenderá determinar por medio del método de la observación y el análisis de los acuerdos plenarios distritales a nivel nacional, así como las sentencias casatorias, contradicciones que permitan apreciar criterios incompatibles en casos sustancialmente similares. Por otro lado, mediante el mismo método observacional y el análisis de los expedientes en materia civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, sede Juliaca, permitirá apreciar el grado de éxito en los procesos judiciales en materia civil.

Esta investigación es no experimental, pues no hay control alguno sobre las variables estudiadas, es aplicada en tanto se desarrolla en la realidad y descriptiva porque busca representar circunstancias que se presentan en nuestra realidad.

6. Resultados

6.1. Revisión de la jurisprudencia:

Se realizó una revisión en la página oficial del Poder Judicial, así como en diferentes portales web de internet, y se halló lo siguiente:

Tabla 2

Contradicciones Jurisprudenciales

Materia	Primera posición	Segunda posición
Monto referencial para el cálculo de liquidación de pensiones devengadas en el caso que el obligado no tenga trabajo conocido.	Pleno Jurisdiccional de la especialidad Familia de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla: utiliza el valor de las últimas remuneraciones del obligado.	Pleno Jurisdiccional de Familia llevado a cabo en la ciudad de Puno, Corte Superior de Justicia de Puno: utiliza la remuneración mínima vital salvo se acrediten nuevos ingresos.
El pago a cuenta como causal de contradicción en un proceso ejecutivo.	Casación 3147-98: sí puede ser alegada por el demandado.	Casación 1123-2000: no puede ser alegada por el demandado.
El cumplimiento de la obligación del acto jurídico como requisito previo para ordenar el otorgamiento de escritura pública.	Casación 935-99: sí es posible discutir el cumplimiento de obligaciones.	Casación 118-2000: previamente debe dilucidarse en otro proceso el cumplimiento de las obligaciones.
Costas y costos procesales.	Casación 3322-2000: no amerita interposición de recurso de casación.	Casación 3742-2000: sí puede ser causal para interponer recurso de casación.

Como puede apreciarse, los tribunales tienen criterios diferentes sobre las mismas materias, salvo en el proceso de otorgamiento de escritura pública que fue resuelto por el IX Pleno Casatorio Civil dictado en la Casación n.º 4442-2015 Moquegua.

6.2. Tasa de éxito de los procesos judiciales

Sobre esta cuestión se tomó como muestra los procesos judiciales en materia civil tramitados en la Corte Superior de Justicia de Puno, sede anexa de Juliaca sentenciados durante el año 2019, así tenemos:

Tabla 3

Producción de los Juzgados Civiles de la Provincia de San Román durante el año 2019

Juliaca	1.er Juzgado Civil	Suma de procesos principales resueltos (sentencias)	112
	2.º Juzgado Civil	Suma de procesos principales resueltos (sentencias)	112
	3.º Juzgado Civil	Suma de procesos principales resueltos (sentencias)	30

Nota. Debe tenerse en cuenta que solamente se ha contabilizado los procesos exclusivamente en materia civil.

Seguidamente, se analizó una muestra de 150 expedientes sentenciados con el siguiente resultado:

Tabla 4

Procesos civiles sentenciados de la Provincia de San Román por materia 2019

Materia	Nulidad de acto jurídico	Petición de herencia	Reivindicación	Otros	Total
Cantidad	67	7	18	58	150

Tabla 5

Procesos civiles sentenciados de la provincia de San Román por vía procedimental 2019

Vía Procesal	Sumarísimo	Abreviado	Conocimiento	Ejecutivo	Total
Cantidad	20	20	107	3	150

Tabla 6

Procesos civiles sentenciados de la Provincia de San Román por resultado, 2019

Resultado	Improcedente	Infundada	Fundada en parte	Fundada	Total
Cantidad	11	55	16	68	150

Tabla 7

Cuadro resumen de procesos civiles sentenciados de la Provincia de San Román, 2019

Resultado	Cantidad	Porcentaje
Demanda amparada	84	56%
Demanda no amparada	66	44%
Total	150	100%

De la revisión de este último cuadro, se puede apreciar claramente que la tasa de éxito en los procesos judiciales en materia civil es un poco superior al 50 %, es decir, casi la misma probabilidad de que el proceso sea adverso o que no lo sea.

7. Discusión

Nuestra hipótesis consideraba al falso optimismo de las partes y a la falta de predictibilidad de las resoluciones judiciales como factores que causan una alta litigiosidad.

7.1. Falta de predictibilidad

Como se ha podido apreciar en la tabla 2 *supra*, las decisiones judiciales en el Perú no son uniformes, tal característica, independientemente de si el criterio adoptado por uno u otro tribunal es el correcto, genera incertidumbre en la sociedad.

La falta de uniformidad en las decisiones judiciales genera una distorsión en las decisiones de los justiciables para ingresar o no a un proceso judicial. En caso de que las decisiones judiciales sean uniformes y claras, los litigantes que no vean probabilidades claras de vencer en el proceso tendrían la decisión lógica de negociar la solución del conflicto y evitar mayores costos adicionales afrontando un proceso judicial sin futuro.

Si se piensa en la implementación de un sistema como lo planteara Ariano (2006), al imponer legislativamente el sometimiento de los jueces a la vinculatoriedad de la jurisprudencia se atentaría contra la independencia judicial del artículo 138 de la Constitución. Dicha norma ha establecido que los jueces están sometidos a la Constitución y a la Ley, mas no a la jurisprudencia, además que un sistema de precedentes judiciales obligatorios no es parte de nuestra tradición judicial.

El problema es innegable, existen fallos y criterios dispersos en los tribunales peruanos, por razones de cultura propia de cada localidad, porque no es parte de nuestra cultura ni del sistema jurídico, y porque existe un impedimento constitucional sobre independencia judicial.

La inteligencia artificial (IA) en la actualidad es un concepto complejo y sujeto a debate. Tal es así que, a la fecha, no existe consenso sobre un concepto o definición única sobre este tema. Sin embargo, hemos encontrado una aproximación a este concepto, así Castrillón et al. (s.f.) señalan que la IA es un conjunto de técnicas que pueden ser definidas como la capacidad que tiene una máquina para desarrollar alguna actividad tanto de procesamiento de datos como de almacenamiento, y de toma de decisiones. Dichas técnicas se basan en actividades copiadas de los humanos, por eso se dice que emulan o simulan sus comportamientos.

Esta tecnología es generalmente aplicada a las redes sociales o en el ámbito empresarial, ello mediante el uso de los llamados algoritmos informáticos, los que se puede entender, básicamente, como una secuencia de instrucciones o comandos, siempre en el ámbito informático, que llevan a cabo una serie de procesos para dar respuesta a un determinado objetivo o directriz, es decir, un algoritmo informático debería resolver cualquier problema a través de unas instrucciones y reglas.

Entonces, el uso de la IA deviene en una herramienta altamente útil para el análisis de información, ya que puede ser aplicado a diferentes ramas del conocimiento humano, entre ellas el derecho. El software denominado Prometea ha sido desarrollado por la Fiscalía General del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Consiste en un programa que, en palabras de la propia Fiscalía General de la ciudad de Buenos Aires, «combina detección inteligente, predicción, asistencia inteligente y automatización, a efectos de optimizar los procesos burocráticos de manera exponencial para mejorar los derechos de la ciudadanía». Prometea presenta dos funciones, i) resuelve tareas cotidianas y repetitivas, por ejemplo, el registro de plazos procesales; y ii) la función de predicción judicial, consiste en tomar los datos de un caso analizado y lo compara con situaciones similares que históricamente han sido resueltas, así el programa decide en base a dicho análisis y elabora un dictamen. La utilización de esta tecnología en la administración de justicia genera tres efectos de suma importancia: i) simplifica las relaciones entre el Estado y la comunidad al implementarse asistentes digitales que puedan dar respuesta a consultas, quejas y reclamos de la comunidad de manera inmediata; ii) genera confianza en un sistema de justicia eficiente; y iii) abrevia y mejora las tareas internas, pues permite la automatización de tareas rutinarias pero necesarias, además se constituye en un gran soporte para el magistrado al momento de resolver una causa pues podrá tener en cuenta decisiones anteriores sobre la misma materia; guardando de esta forma una línea jurisprudencial definida.

7.2. Falso optimismo

Esta investigación se ha valido de un examen de los resultados de los procesos judiciales en materia civil en el distrito judicial de Puno, sede anexa de Juliaca, durante el año 2019, donde aparece que los procesos judiciales son amparados en el 56 % de los casos, y son desestimados en un 44 %. Por tanto, hay una probabilidad de éxito de aproximadamente el 50 %, casi como lanzar una moneda al aire. Esta circunstancia, debidamente corroborada permite apreciar que, ante un conflicto, la parte con menor probabilidad real de vencer en el proceso, de todas formas, irá a juicio, porque tiene un 50 % de probabilidades de vencer en este. Ello explica claramente porque no puede llegarse a un acuerdo conciliatorio o transacción extrajudicial que evite un proceso judicial. Cuando el juzgado en primera instancia toma un criterio para todos los casos similares, y este es respaldado en segunda instancia, las partes entienden sus reales probabilidades de vencer en el proceso y prefieren conciliar y evitar los costos de un largo proceso judicial. Por consiguiente, el falso optimismo en el resultado del proceso que está íntimamente relacionado con la predictibilidad de las resoluciones judiciales. Por tanto, la solución de este último problema permitirá a los actores del juicio valorar realmente sus posibilidades de victoria en el proceso y a reconsiderar su posición frente a una conciliación o transacción, con ello disminuirá la litigiosidad en nuestra sociedad.

8. Conclusiones

- ▶ En el Perú existe un alto índice de litigiosidad y es uno de los factores que contribuye a la litigiosidad, la ausencia de predictibilidad en los fallos de los tribunales judiciales peruanos.
- ▶ Las expectativas reales del demandante respecto del resultado favorable de un proceso judicial son, objetivamente, de un 56 % en materia civil en la Corte Superior de Justicia de Puno, sede anexa Juliaca. Esto genera una falsa expectativa en un 44 % de los casos en que el demandante inició el proceso judicial en la creencia de tendría éxito.
- ▶ Existen criterios contrarios sobre casos similares aplicados por las Cortes de diferentes lugares del Perú, tal contradicción constituye la falta de predictibilidad en las decisiones judiciales.
- ▶ La falta de predictibilidad en las decisiones judiciales genera una distorsión en la apreciación de las partes sobre sus posibilidades de obtener una decisión favorable a sus intereses, lo que se traduce en un falso optimismo.

- ▶ El falso optimismo y la falta de predictibilidad se encuentran interrelacionados de tal forma que ambos son factores que producen litigiosidad, impidiendo que las partes puedan acudir a otras vías para solucionar el conflicto.
- ▶ El uso de nuevas tecnologías de la información, como el programa Prometea, resulta una herramienta eficaz para generar eficiencia, eficacia y transparencia en la administración de justicia.

Referencias

- Ariano, E. (2006). Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional. *Diálogo con la jurisprudencia*, 102-112.
- Barker, R. (2014). *El precedente y su significado en el derecho constitucional de los Estados Unidos*. Lima: Grijley.
- Beltrán, M. (2000). *El Problema de la Calidad de los Servicios Públicos*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública de España.
- Casado, M. L. (2009). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Valletta Ediciones S.R.L.
- Castrillón, O., Rodríguez, M., y Leyton, J. (s.f.). *Ética e inteligencia artificial ¿necesidad o urgencia?* <https://docplayer.es/23693703-Etica-e-inteligencia-artificial-necesidad-o-urgencia.html>
- Dyer, E. (2015). *El precedente constitucional, análisis cultural del derecho*. Lima: Ara editores.
- Gaceta Jurídica. (2015). *La Justicia en el Perú: Cinco Grandes Problemas*. Lima: Gaceta Jurídica.
- García, B. D. (2002). La reforma del Poder judicial. *IUS ET VERITAS*, 67-76.
- Hammergren, L. (2004). *La experiencia peruana en reforma judicial: Tres décadas de grandes cambios con pocas mejoras*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hernández, B. W. (2007). *13 Mitos Sobre la Carga Procesal*. Lima: Instituto de Defensa Legal.
- Iturralde, V. (1995). *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas.
- La Rosa, J., y Rivas, G. (2018). *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Ormachea, I. (1999). *Manual de conciliación*. Lima: Instituto peruano de resolución de conflictos, negociación y mediación. Universidad Rafael Landívar. http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2011/ma_con/5.pdf
- Ovallic, J. (1996). *Teoría general del proceso*. México D.F.: Gráfica mediterránea.
- Parrado, S., y Ruiz, J. (1999). La gestión de calidad total en la Administración Pública: mimesis u némesis. *RAVP*, 180.
- Reggiardo, M., y Liendo, F. (2012). Aproximaciones a la litigiosidad en el Perú. *Themis*, 223-234.
- Rubio, M., y Arce, E. (2019). *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sellers, M. (s.f.). *The doctrine of preceden in teh United States of America*. file:///C:/Users/PC/Downloads/The_Doctrine_of_Precedent_in_the_United_States_of_.pdf
- Torres, F., y Piña, U. (febrero de 2011). *Universidad San Martín de Porres*. https://usmp.edu.pe/derecho/centro_derecho_economia/revista/febrero_2011/Analisis_Economico_de_la_Adm._de_Justicia_Dr_Francisco_Cabrillo.pdf



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 3, julio-diciembre, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n3.07



Insuficiencias en la delimitación del objeto litigioso nulidad de acto jurídico y vulneración del debido proceso

Insufficiencies in the delimitation of the litigious object nullity of legal acta and violation of due process

Maximo Chalco Huanca*

Fiscalía Superior Civil y Familia de Puno
(Puno, Perú)

mchallcodj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-8437-8163>

Resumen: En todo proceso judicial es fundamental la delimitación del objeto litigioso, pues permite garantizar la vigencia del debido proceso, especialmente, en aquellos casos como el de nulidad de acto jurídico de naturaleza compleja. La tarea de la delimitación del objeto litigioso no es tan sencilla como algunos juristas expresan en el sentido que consiste en un simple procedimiento de subsunción de aplicar las disposiciones del derecho sustancial a aquello que se le pide. Teniendo en consideración tales precisiones, el investigador hizo un diagnóstico de los expedientes judiciales

* Fiscal adjunto superior de la Fiscalía Superior Civil y Familia de Puno

sobre nulidad de acto jurídico sustanciados en el año 2018 en la provincia de Puno, a través de la aplicación de métodos y técnicas de investigación empírica, concretamente haciendo uso del instrumento denominado ficha de observación estructurada. Se evidenció lo siguiente: en las demandas no se plantea de modo claro y evidente el objeto litigioso de nulidad de acto jurídico, sea porque los hechos expuestos no se adecúan a los supuestos de hecho de la norma, o se invocan respecto del hecho o hechos más de una causal, o no se invoca el derecho aplicable al caso, o las mismas se invocan erróneamente. Las calificaciones en sede judicial presentan insuficiencias, en las distintas etapas del proceso, respecto de la delimitación del objeto litigioso, sea porque el juez no observa la inexistencia en la demanda de petitorio completo o preciso, la inexistencia en la demanda de nexo lógico entre los hechos y el petitorio, la inexistencia en la demanda de nexo lógico entre la causa de pedir y el petitorio y, la inexistencia en la demanda de nexo lógico entre los hechos y los supuestos de hecho. Para abordar dicha problemática se formuló la siguiente interrogante: ¿de qué manera las insuficiencias en la delimitación del objeto litigioso vulneran las garantías del debido proceso en los casos de nulidad de acto jurídico sustanciados en los juzgados civiles de Puno en el año 2018? Por otro lado, se trazó como objetivo general determinar la manera en que las insuficiencias en la delimitación del objeto litigioso vulneran el debido proceso en los casos de nulidad de acto jurídico sustanciados en los juzgados civiles de Puno en el 2018. Luego del análisis correspondiente, se llegó a la conclusión de que las insuficiencias anotadas vulneran las garantías del debido proceso en su vertiente principista como son los principios de congruencia, contradicción, iniciativa de parte y debida motivación de las resoluciones judiciales.

Palabras clave: nulidad de acto jurídico, debido proceso y objeto litigioso

Abstract: In any judicial process, the delimitation of the litigious object is essential, this to guarantee the validity of due process, especially in those cases such as the nullity of a complex legal act. The task of delimiting the disputed object is not as simple as some lawyers express in the sense that it consists of a simple procedure of subsumption of applying the provisions of the substantial law to what is requested. Taking into consideration these details, the researcher made a diagnosis in the judicial files on the nullity of a legal act substantiated in 2018 in the province of Puno, through the application of empirical research methods and techniques, specifically using the instrument called Structured observation file, where it was evidenced: The claims do not clearly and evidently state the litigious object of nullity of the legal act, either because the facts presented do not conform to the factual assumptions of the norm, or are invoked with respect to of the fact or facts more than one cause, or the law applicable to the case is not invoked, or

they are wrongly invoked. The qualifications in court show inadequacies, in the different stages of the process, regarding the delimitation of the litigious object, either because the judge does not observe: The non-existence in the demand for a complete or precise petition, the non-existence in the demand of a logical link between the facts and the request, the lack of a logical link between the cause of request and the request, and the lack of a logical link between the facts and the factual assumptions. To address this problem, the following question was formulated: In what way do the shortcomings in the delimitation of the litigious object violate the guarantees of due process in cases of nullity of legal act substantiated in the civil courts of Puno in 2018? The general objective was: To determine the way in which the insufficiencies in the delimitation of the litigious object violate due process in cases of nullity of legal act substantiated in the civil courts of Puno in 2018. After the corresponding analysis, the conclusion was reached that the deficiencies noted would violate the guarantees of due process, in its principled aspect, such as the principles of consistency, contradiction, initiative of the party and due motivation of the judicial decisions.

Key words: nullity of legal act, due process and litigious object.

RECIBIDO: 8/06/2021

REVISADO: 12/07/2021

APROBADO: 30/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

En la provincia de Puno, existe alta incidencia de demandas de nulidad de acto jurídico, en las cuales el objeto litigioso no necesariamente se formula de modo claro y preciso, razón por la que tiene relevancia abordar el tema desde el punto de vista teórico y práctico. Ante el referido fenómeno, es conveniente formular la siguiente pregunta: ¿de qué manera las insuficiencias en la delimitación del objeto litigioso vulneran las garantías del debido proceso en los casos de nulidad de acto jurídico sustanciados en los juzgados civiles de Puno en el año 2018?

Respecto del tema objeto litigioso civil, en el ámbito teórico existen trabajos de investigación como del jurista español Andrés de la Oliva, con su obra *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*; otro trabajo es del profesor Carlos De Miranda Vásquez denominada *La delimitación del objeto de la controversia en la audiencia previa al juicio ordinario*; asimismo, se puede mencionar la obra del profesor Dante Ludwin Apolín Meza que aparece en el artículo de *Ius Et Veritas* como «Apuntes iniciales en torno a los límites en la aplicación del aforismo iura novit curia y la reconducción de pretensiones», entre otros. Sin embargo, no hay trabajo de investigación de carácter aplicativo. He ahí la importancia de la presente investigación. Es

necesario conocer cómo en el ámbito jurisdiccional se viene tratando el tema del objeto litigioso, especialmente en aquellos casos como el de nulidad de acto jurídico que presenta varios supuestos de hecho, sin que necesariamente las definiciones de las causales sean claras.

Con el propósito anotado y en concordancia con el problema planteado, el objetivo del presente trabajo de investigación es «determinar la manera en que las insuficiencias en la delimitación del objeto litigioso vulneran el debido proceso en los casos de nulidad de acto jurídico sustanciados en los juzgados civiles de Puno en el año 2018».

Esta investigación tiene dos variables: una relacionada a la delimitación del objeto litigioso nulidad de acto jurídico, que es la variable independiente. La otra está referida al efecto reflejo debido proceso, que no es sino la variable dependiente. A su vez, cada una de estas variables tienen sus propios indicadores. Para los fines de este trabajo, es necesario definir cada una de las categorías jurídicas de dichas variables.

2. Nulidad de acto jurídico

Taboada (2002) sostiene que «Se define el acto nulo como aquel que carece de algún elemento, presupuesto o requisito, o como aquel cuyo contenido es ilícito por atentar contra los principios de orden público, las buenas costumbres, o una o varias normas imperativas» (p. 83).

2.1. Causales de nulidad del acto jurídico

El Código Civil peruano de 1984, en su artículo 219 establece que el acto jurídico es nulo cuando existen las siguientes causales:

- ▶ Falta la manifestación de voluntad del agente.
- ▶ Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358°.
- ▶ Su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
- ▶ Su fin sea ilícito.
- ▶ Cuando adolezca de simulación absoluta.
- ▶ Cuando no reviste la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
- ▶ Cuando la ley lo declara nulo.
- ▶ En caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

Ahora bien, para una mejor comprensión, es pertinente definir cada una de estas causales. Según el profesor Taboada (2002):

- a) **La falta de manifestación de la voluntad** está referida a la circunstancia de que en un determinado supuesto no exista realmente manifestación de voluntad del declarante. En otras palabras, se trata de un verdadero supuesto de nulidad del negocio por ausencia de uno de los elementos, en este caso de declaración de voluntad.
- b) **Incapacidad** absoluta está referida al supuesto de que el sujeto sea incapaz absoluto. Se trata obviamente de la incapacidad de ejercicio de un supuesto de nulidad por ausencia de un requisito y no de un elemento del negocio, que es la capacidad de ejercicio. Aunque no constituye un elemento, debe concurrir con los elementos para que el negocio jurídico sea válido, ya que la capacidad de ejercicio es un requisito que debe reunir el sujeto, entendido como presupuesto o antecedente del negocio jurídico.
- c) **Objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable** como se podrá observar fácilmente. Mientras el artículo 140.º del Código Civil señala que el objeto deberá ser física y jurídicamente posible, el inciso 3.º del artículo 219 dispone que el acto jurídico es nulo cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. En otros términos, el Código exige que el objeto de un acto jurídico debe ser física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. Y estas dos condiciones o requisitos de la posibilidad y de la determinabilidad no son sino condiciones que deben reunir las prestaciones, bien sean que consistan en la transmisión de un derecho real o en la ejecución de un hecho personal del deudor. Siendo esto así, la conclusión lógica es que el nuevo Código Civil ha incorporado la noción de objeto del negocio jurídico entendido como la prestación prometida. Esto es, como el comportamiento que deberá realizar una de las partes frente a la otra. De no ser así, el Código no hubiera exigido, para la validez del acto jurídico, que el objeto cumpliera con los requisitos de la posibilidad y determinabilidad, que son requisitos que según la doctrina se aplican a las prestaciones debidas.
- d) **Fin ilícito**, deberá entenderse como aquel negocio jurídico cuya causa, en su aspecto subjetivo, sea ilícita por contravenir las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Se trata pues, de una causal de nulidad por ausencia del requisito de licitud, aplicable al fin, que constituye uno de los elementos del acto jurídico, según el Código Civil. Si bien es cierto que el Código Civil en su artículo 140 dispone en forma expresa que para la validez del acto jurídico se

requiere un fin lícito, lo que podría llevar a pensar que el Código habría optado por un sistema unitario de la causa, en el sentido que el acto jurídico no solo requiere de un fin objetivo, sino además de ello de un fin objetivo que no deberá estar viciado por ningún motivo ilícito. En el inciso 4.º del artículo 219, se sanciona con nulidad únicamente el acto jurídico cuyo fin sea ilícito. De forma tal que, al Código solo le interesa el aspecto subjetivo de la causa, pues si se hubiera tomado en cuenta su aspecto objetivo, se habría establecido como una causal adicional de nulidad la del acto jurídico que no tuviera fin. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el Código puede ser correctamente interpretado, en forma doctrinaria. En tal sentido de que para la validez del acto jurídico no solo se requiere de un fin, que además deba ser lícito, sino que la causal de nulidad por ausencia de fin podría deducirse perfectamente como un caso más de nulidad virtual, por contraposición al inciso 3.º del artículo 140, pues si para la validez del acto jurídico que no tenga un fin lícito, será nulo el acto jurídico que no tenga un fin lícito. En otras palabras, solo por nulidad virtual o tácita se podrá llegar a la conclusión de que es nulo el acto jurídico que no tenga un fin o causa.

- e) **Simulación absoluta**, no consiste sino en un caso de discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna, realizada de común acuerdo entre las partes contratantes, a través del acuerdo simulatorio, con el fin de engañar a terceros. En forma unánime la doctrina distingue dos clases de simulación: la absoluta donde existe un solo negocio jurídico denominado «simulado», y la relativa en que detrás del negocio simulado permanece oculto un verdadero negocio jurídico que se denomina «disimulado». Tanto en el supuesto de la simulación absoluta como en el de la relativa, el negocio jurídico simulado es siempre nulo por cuanto no contiene la verdadera voluntad de las partes contratantes, mientras que en la simulación relativa el negocio disimulado, en la medida en que contenga todos sus requisitos de sustancia y forma, será siempre válido por ser un negocio jurídico verdadero y real que contiene la auténtica voluntad de las partes contratantes. Siendo esto así, resulta incongruente que el inciso 5.º del artículo 219, sancione con nulidad únicamente el acto jurídico simulado en la simulación absoluta, por cuanto el acto jurídico simulado es nulo tanto en la simulación absoluta como en la relativa. El Código Civil ha debido señalar únicamente que el acto jurídico será nulo cuando sea simulado, pues de esta forma hubiera quedado perfectamente establecida la nulidad del acto simulado o aparente en cualquier supuesto de simulación.

- f) **Ausencia de formalidad prescrita bajo sanción de nulidad**, está referida al supuesto de que en un negocio jurídico solemne o con formalidad *ad solemnitatem*, no concurra la forma dispuesta por la ley bajo sanción de nulidad, en cuyo caso el negocio jurídico será nulo por ausencia de uno de sus elementos o componentes. Los dos únicos elementos comunes a todo negocio jurídico son la declaración de voluntad y la causa. Sin embargo, existen determinados negocios jurídicos, que además de dichos elementos, requieren para su formación del cumplimiento de una determinada formalidad, que la ley impone bajo sanción de nulidad. De tal manera que, en ausencia de dicha formalidad del negocio jurídico será nulo y no producirá ningún efecto de los que en abstracto debía producir. Estos negocios jurídicos formales, denominados también solemnes o con formalidad *ad solemnitatem*, generalmente son negocios jurídicos de derecho familiar o negocios jurídicos patrimoniales a título gratuito.
- g) **Cuando la ley lo declare nulo**, se trata de nulidades textuales o expresas. La doctrina distingue dos tipos de nulidad: expresas y tácitas o virtuales. La expresas son aquellas que vienen dispuestas manifiestamente por un texto legal, mientras que las nulidades virtuales son aquellas que se producen cuando un determinado negocio jurídico contraviene una norma imperativa (...). Casos de nulidades expresas en el Código Civil son, por ejemplo, el artículo 274 para el matrimonio, el artículo 1543 que dispone que la compra-venta es nula cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes, el artículo 1927 que establece que es nula la renta vitalicia cuya duración se fijó en cabeza de una persona que hubiera muerto a la fecha de la escritura pública, el artículo 1932 que señala la nulidad del pacto que prohíbe la cesión de la renta constituida a título oneroso, entre otros.
- h) **En caso del artículo V del Título Preliminar**, hace referencia directa a los supuestos de las nulidades tácitas o virtuales, por cuanto se dispone que es nulo el acto jurídico en el caso del artículo V del Título Preliminar, esto es el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o las buenas costumbres. En estos casos, la nulidad viene impuesta no expresamente por la norma legal, sino por el hecho de que el negocio jurídico contraviene una norma inspirada en el orden público o las buenas costumbres (pp. 71-76).

Como se puede apreciar, los supuestos de nulidad del acto o negocio jurídico son diversos. En esencia, las causales previstas en los incisos 1, 2, 5, 6 y 7 del artículo 219 del Código Civil no traen mayor complicación en su aplicación. Sin embargo, sí con relación a los contemplados en los incisos 1, 3, 4 y 8 del mismo texto legal, esto es, cuando el objeto del acto jurídico es física

o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable, cuando su fin sea ilícito o cuando el acto jurídico es contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. En suma, se puede señalar que dicha complejidad motiva la inadecuada delimitación del objeto litigioso nulidad del acto jurídico en la praxis judicial.

3. Debido proceso civil

El basamento y justificación de validez y vigencia del debido proceso civil se encuentra en la Constitución Política peruana, cuando reconoce al debido proceso general, en el inciso 3 de su artículo 139, en el cual refiriendo a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, señala: «Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción determinada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación». En tal sentido, al reconocer la constitución al debido proceso general, se debe entender que cada rama del derecho (en su correspondiente derecho adjetivo) deberá hacer suyo dicho postulado, pero adecuándolo a su naturaleza, es decir, en el presente caso, en el debido proceso civil.

Otro aporte al reconocimiento del debido proceso civil, constituye la inclusión del Título Preliminar en el Código Procesal Civil peruano vigente, en el cual se incluye lineamientos y principios del mismo. Sin embargo, dado que aún la legislación peruana no presenta un integral, desagregado, sistematizado y consolidado desarrollo del debido proceso civil, es preciso tener que tomar en cuenta la parte pertinente de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) peruano.

Es importante considerar la gran relevancia y trascendencia del tema en comentario, porque, finalmente, por un lado, el justiciable precisa de una solución judicial civil justa y oportuna a su conflicto y; por otro lado, dado que el magistrado no discute, recomienda o comunica, si no resuelve en dichos términos y no en otros, debe y tiene que hacerlo de conformidad al debido proceso civil, he ahí la importancia del desarrollo del mismo.

En ese orden de ideas, es pertinente precisar que el debido proceso civil se constituirá o configurará únicamente como tal, cuando en un proceso judicial civil se entienda, interprete y aplique estrictamente, los principios y lineamientos del proceso civil, a todos los justiciables.

Para los fines del presente trabajo es preciso referir solo aquellos principios que tienen relación con la delimitación del objeto litigioso, a saber:

El principio de *iura novit curia*

Es un aforismo latino que en español significa: «el juez conoce o sabe de derecho». Al respecto, Morales (2005) acota que el origen del mismo data de la Edad Media, cuando un juez decía a uno de los abogados defensores que hacía uso de la palabra: «*Venite ad factum, curia iura novit*», lo que, traducido en el castellano, significa: dadme los hechos, que yo conozco el derecho (p. 127).

Este principio procesal se encuentra positivizado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil (CPC), el mismo que bajo el título de juez y derecho, señala:

El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. De esta forma se puede afirmar que la aplicación de este principio no implica modificar el petitorio, ni los hechos que constituyen la causa de la pretensión.

El principio de congruencia

Limita el accionar del juez, ya que solo podrá pronunciarse referente a lo solicitado por las partes. Este principio es quizá el de mayor relevancia, ya que se constituye en un verdadero reto para el juzgador al resolver conforme lo que las partes solicitaron (es decir, ni menos, ni más de lo pedido, ni distinto de lo solicitado). De tal modo, los demás principios procesales civiles, no tendrían razón de ser en el supuesto que el juez no expida su fallo en abierta violación del principio de congruencia. Además de lo señalado, se tiene que agregar que las mismas estarán lógicamente expectantes a lo resuelto. Consecuentemente, el compromiso del juzgador con dicho principio abarca una esfera saludablemente más amplia y compleja (es decir, con el proceso y con las partes).

El principio de contradicción

Ante la interposición de una acción o demanda, la parte demandada tiene garantizado su derecho a la contestación, esto es, a la defensa.

Principio de iniciativa de parte

A través del cual solo las partes están facultadas de promover el inicio de un proceso, así como para ampliar o modificar los límites del proceso.

El principio orientador hacia la resolución de conflictos de intereses e incertidumbre jurídicos

El proceso debe estar únicamente orientado a dilucidar o solucionar conflictos de intereses e incertidumbres jurídicos, de relevancia precisamente de naturaleza jurídica (artículo III del T. P. del CPC).

El principio de imparcialidad e independencia del magistrado

El juez tiene que resolver el proceso sin perjudicar o favorecer a una de las partes, debe actuar con absoluta imparcialidad. Así también, tiene que actuar con autonomía, sin ceder a pretensiones conducentes a modificar o alterar sus decisiones (traducida en resoluciones).

El principio de motivación de las resoluciones judiciales

Dichas resoluciones deben contar con el fundamento jurídico respectivo que las sustenta, a excepción de las de mero trámite (artículo 12 de la LOPJ).

El principio de tutela jurisdiccional efectiva

Es la garantía del justiciable que su petición judicial sea admitida, la misma que posteriormente sea materializada o resuelta en una sentencia y, finalmente, que dicha sentencia sea oportuna y debida como efectivamente ejecutada (tutela efectiva) (artículo I del T. P. del CPC).

Objeto litigioso

Conocido también como objeto del proceso, es la pretensión. Consiste en una declaración de voluntad, debidamente fundamentada, del actor que plantea en el escrito de demanda y formula ante el juez. Sin embargo, se dirige contra el demandado a través de la cual se solicita del órgano jurisdiccional una sentencia que, en relación con un derecho, bien o situación jurídica, declare o niegue su existencia, cree, modifique o extinga una determinada situación o relación jurídica, o condene al demandado al cumplimiento de una determinada prestación.

Por otro parte, Apolín (2004) expresa:

(...) de acuerdo con el profesor español Asencio Mellado, que el objeto de la pretensión, no solo consiste en la realización de un pedido concreto, sino especialmente en la solicitud de una «consecuencia jurídica» prevista en el ordenamiento, ya que necesariamente dicha consecuencia deberá estar sustentada en la afirmación del supuesto de hecho de una norma. (p. 36)

El mismo profesor expresa que los únicos elementos constitutivos y que identifican a la pretensión procesal son su objeto y su causa. El objeto

o *petitum*, consiste en el pedido concreto, es decir, aquello que en el campo de la realidad el pretensor quiere que sea una actuación de lo pretendido. La causa o *causa petendi*, se encuentra conformada por supuestos de hecho a partir de los cuales, se podrá derivar lógicamente la consecuencia jurídica solicitada (Apolín, 2004, pp. 36-37).

El Tribunal Constitucional, citando a Giannozzi, dice:

El objeto litigioso está constituido por dos elementos que la doctrina denomina *petitum* y *causa petendi*. El *petitum* consiste en la solicitud de una resolución judicial idónea para la realización de un bien de la vida, la *causa petendi* estará constituida por la indicación y determinación del hecho constitutivo del derecho al bien perseguido, además del hecho que determina el interés de obrar en juicio. (fundamento 11 de la STC 0569-2003.AC/TC)

Cabe preguntarse, cuál es la utilidad de la determinación del objeto proceso. En respuesta a esta interrogante, es importante señalar que la delimitación del objeto litigioso sirve para fijar el ámbito cognoscitivo de la decisión judicial, creando en el juez la obligación de ser congruente única y exclusivamente con lo solicitado en la pretensión del actor. A través de la pretensión, una vez formulada en la demanda y admitida por el juez, surgirán los efectos de la litispendencia. Por otro, la naturaleza de la pretensión permitirá determinar el procedimiento que se seguirá en la causa enjuiciada. Asimismo, la naturaleza del objeto del proceso posibilitará dilucidar su compatibilidad, a fin de autorizar la denominada acumulación de acciones. Además, la fijación de la pretensión en el escrito de demanda permitirá constatar si, a lo largo del proceso, se ha producido o no una adición del objeto procesal.

Objeto litigioso y principio contradictorio

Ciertamente el juez no puede dejar de aplicar la norma jurídica que considera pertinente al caso, pues estaría dejando de cumplir su función. Sin embargo, tampoco puede simplemente conceder lo solicitado, cuando el fundamento de dicha solicitud nunca fue propuesto por la parte demandante, ni discutido por la parte demandada, pues se vulneraría el derecho de defensa de la demandada, quien discutió a lo largo de todo el proceso lo sostenido por la parte demandante y no otra cosa (Apolín 2004, pp. 33-34).

El mismo autor agrega que el juzgador, entonces, no puede sorprender a las partes con nuevos argumentos que no hayan sido puesto en conocimiento de los litigantes previamente, pues, de lo contrario, no solo podría vulnerar sus intereses particulares, sino tal proceder disminuiría la confianza en el servicio de justicia, lo que afectaría un claro interés público (p. 34).

Según Apolín (2004), lo que puede hacer el órgano jurisdiccional en situaciones como la descrita (el nuevo argumento potencialmente aplicable

al caso), es poner en conocimiento de las partes este nuevo argumento o consideración jurídica, a efectos de no vulnerar el principio contradictorio y con ello al derecho a un debido proceso (p. 35).

Objeto litigioso y principio de congruencia

En cuanto al principio de congruencia, Apolín (2004) precisa que es un límite de la aplicación del principio *iura novit curia*, lo que determinará que la aplicación de este principio no podrá tener como consecuencia la modificación del objeto del proceso.

Asimismo, agrega que el principio de congruencia determina, entre otros supuestos, que debe existir una adecuación o correlación entre dos grandes elementos definidores del esquema contencioso, es decir, entre la pretensión u objeto del proceso y la decisión judicial. Es por este motivo, que la resolución congruente atenderá a los elementos y presupuestos de la pretensión, es decir, a su estructura (p.35).

Objeto litigioso y principio de iniciativa de parte

El principio de iniciativa de parte también es un límite de la aplicación del principio anotado, porque el proceso civil se promueve solo a iniciativa de parte, lo que implica que el objeto litigioso lo propone el demandante. Cualquier cambio de dicho objeto amerita una modificación o ampliación de la demanda. Al órgano jurisdiccional le está prohibido modificar o ampliar las pretensiones formuladas en la demanda, ya sea en la etapa postuladora, de saneamiento o sentencia (Apolín, 2004, p. 37).

Objeto litigioso y principio orientador hacia la resolución de conflictos de intereses e incertidumbre jurídicos

En el artículo III del Título Preliminar del Código Civil se precisa que, el juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso sea resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta responda al logro de la paz social en justicia. Esta disposición tiene consonancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar de dicho código sustantivo. Empero, esto no significa que el juez pueda modificar el objeto del proceso, sino solo permite la aplicación del principio *iura novit curia*

dentro del marco de los límites que se ha anotado. Modificar el objeto litigioso implica reconducir las postulaciones. Este instituto procesal en aplicación del principio de elasticidad o adecuación de formas no está regulado en nuestro Código Procesal Civil.

Objeto litigioso y principio de motivación de las resoluciones judiciales

Indudablemente, las decisiones judiciales deben estar motivadas, pero dentro del marco de las cuestiones debatidas que surgen del objeto litigioso. Por lo mismo, los jueces no pueden motivar sobre objetos procesales que no fueron demandados, esto en estricta observancia de los principios de congruencia y contradicción.

Objeto litigioso y principio de tutela jurisdiccional efectiva

Toda demanda debe ser formulada, admitida y tramitada dentro del marco del debido proceso. También decidida respetando los derechos de las partes y conforme los principios señalados, pues, de lo contrario, se vulneraría este principio fundamental.

Objeto litigioso y principio de imparcialidad e independencia del magistrado

El hecho de que el juez resuelva el caso cambiando el objeto litigioso no solo afecta todos los principios que se ha enunciado, sino también el principio de imparcialidad del magistrado, el cual significa no favorecer a ninguna de las partes.

4. Materiales y métodos

El investigador hizo un diagnóstico en los expedientes judiciales sobre nulidad de acto jurídico sustanciados en el año 2018 en la provincia de Puno, a través de la aplicación de métodos y técnicas de investigación empírica, concretamente haciendo uso del instrumento denominado ficha de observación estructurada. Para el desarrollo del marco teórico, se hizo uso del método de análisis documental; y para la obtención de los resultados, los métodos generales de investigación, análisis y síntesis.

5. Resultados

Tabla 1

Características de la delimitación en la demanda

Delimitación del objeto litigioso	Año 2018	
	F	%
Objeto litigioso bien delimitado	11	11
Inexistencia de petitorio completo y preciso	20	20
Inexistencia de nexo lógico entre los hechos y el petitorio	8	8
Inexistencia de nexo lógico entre la causa de pedir y el petitorio	49	49
Inexistencia de nexo lógico entre los hechos y los supuestos de hecho.	12	12
Total	100	100

De los 100 expedientes analizados, 11 demandas tienen el objeto litigioso bien delimitado, lo que representa el 11 %. Sin embargo, 20 demandas presentan el petitorio impreciso, puesto que solicitan indistintamente que se declare la nulidad del acto jurídico o la ineficacia del acto jurídico, y representan el 20 %. De otro lado, 8 demandas no tienen nexo lógico entre los hechos y el petitorio; ello comprenden el 8 %. En cambio, en 49 demandas se advierte la inexistencia de nexo lógico entre la causa de pedir y el petitorio, porque señalan un hecho y varias causales. Las 12 demandas restantes no tienen nexo lógico entre los hechos y los supuestos de hecho.

Tabla 2

Características de la calificación judicial en la etapa postulación

Delimitación del objeto litigioso	Año 2018	
	F	%
Objeto litigioso bien delimitado	11	11
Inexistencia de petitorio completo y preciso	20	20
Inexistencia de nexo lógico entre los hechos y el petitorio	8	8
Inexistencia de nexo lógico entre la causa de pedir y el petitorio	49	49

Inexistencia de nexo lógico entre los hechos y los supuestos de hecho.	12	12
Total	100	100

Se analizaron 100 expedientes, de los cuales 11 demandas tienen el objeto litigioso bien delimitado; lo que representa el 11 %. No obstante, 20 demandas presentan el petitorio impreciso, ya que solicitan indistintamente que se declare la nulidad del acto jurídico o la ineficacia del acto jurídico; ello comprende el 20 %. Además, 8 demandas no tienen nexo lógico entre los hechos y el petitorio, que representa el 8 %. En cambio, en 49 demandas, se advierte la inexistencia de nexo lógico entre la causa de pedir y el petitorio, porque señalan un hecho y varias causales. Por último, 12 demandas no tienen nexo lógico entre los hechos y los supuestos de hecho. Las insuficiencias advertidas no fueron calificadas por los jueces en esta etapa.

Tabla 3

Características de la calificación judicial en la etapa de saneamiento

Delimitación del objeto litigioso	Año 2018	
	F	%
Objeto litigioso bien delimitado	11	11
Inexistencia de petitorio completo y preciso	20	20
Inexistencia de nexo lógico entre los hechos y el petitorio	8	8
Inexistencia de nexo lógico entre la causa de pedir y el petitorio	49	49
Inexistencia de nexo lógico entre los hechos y los supuestos de hecho.	12	12
Total	100	100

De los 100 expedientes analizados, 11 demandas tienen el objeto litigioso bien delimitado y representan el 11 %. Por otro lado, 20 demandas presentan el petitorio impreciso, pues que solicitan indistintamente que se declare la nulidad del acto jurídico o la ineficacia del acto jurídico; lo que constituye el 20 %. Además, 8 demandas no tienen nexo lógico entre los hechos y el petitorio; ello representa el 8 %. Asimismo, de las 49 demandas se advierte la inexistencia de nexo lógico entre la causa de pedir y el petitorio, porque señalan un hecho y varias causales. Finalmente, 12 demandas no tienen nexo lógico entre los hechos y los supuestos de hecho. Las insuficiencias advertidas no fueron calificadas por los jueces en esta etapa.

Tabla 4

Características de la calificación judicial en la etapa de decisión

Delimitación del objeto litigioso	Año 2018	
	F	%
Objeto litigioso bien delimitado	11	11
Inexistencia de petitorio completo y preciso	20	20
Inexistencia de nexo lógico entre los hechos y el petitorio	8	8
Inexistencia de nexo lógico entre la causa de pedir y el petitorio	49	49
Inexistencia de nexo lógico entre los hechos y los supuestos de hecho.	12	12
Total	100	100

De un total de 100 expedientes analizados, 11 demandas tienen el objeto litigioso bien delimitado y comprenden el 11 % del total. De otra parte, 20 demandas presentan el petitorio impreciso, puesto que solicitan indistintamente que se declare la nulidad del acto jurídico o la ineficacia del acto jurídico; ello representa el 20 %. Ahora bien, 8 demandas no tienen nexo lógico entre los hechos y el petitorio; esto corresponde al 8%. De modo similar, en las 49 demandas, se advierte la inexistencia de nexo lógico entre la causa de pedir y el petitorio, porque señalan un hecho y varias causales. Por último, 12 demandas no tienen nexo lógico entre los hechos y los supuestos de hecho. Las insuficiencias advertidas no fueron calificadas por los jueces en esta etapa.

6. Discusión

Como se aprecia de esta investigación, la tarea de la delimitación del objeto litigioso no es tan sencilla, más aún, en aquellos procesos como el de nulidad de acto jurídico que presenta serias complicaciones en la definición de cada una de las causales de nulidad. En otras palabras, si bien el juez tiene la facultad de aplicar el principio de *iura novit curia* para salvar algunos defectos que pudiera presentar el objeto litigioso, dicho principio tiene límites en su aplicación. En efecto, el juez no puede conceder lo solicitado cuando el fundamento de la solicitud nunca fue propuesto ni discutido, pues así se estaría vulnerando el principio de contradicción o derecho de defensa de la parte demandada. En otras palabras, el juzgador no puede sorprender a las partes con nuevos argumentos que no hayan sido puestos en conocimiento de los litigantes previamente.

Igualmente, debe existir una correlación entre los elementos definidores del esquema contencioso, esto es, entre el objeto litigioso y la decisión judicial, pues de no existir, indudablemente se quiebra el principio de congruencia. Precisamente, para salvar los defectos o insuficiencias del objeto litigioso se tiene como herramientas: la declaración de inadmisibilidad e improcedencia de la demanda conforme señala el inc. 3 del art. 426 e inc. 5 del art. 427 del CPC, respectivamente. A esto cabe agregar lo dispuesto en el inc. 4 del art. 122 del Código Procesal Civil, en el que se precisa: «Si el juez denegase una petición por falta de algún requisito por una cita errónea de la norma aplicable a su criterio, deberá en forma expresa indicar el requisito faltante y la norma correspondiente».

7. Conclusiones

- a) Las demandadas de nulidad de acto jurídico en Puno presentan insuficiencias en la delimitación del objeto litigioso, no solo porque la norma prevé varias causales de nulidad, sino esencialmente las definiciones de cada una de dichas causales no son simples.
- b) Los jueces de Puno, al tiempo de calificar las demandas de nulidad de acto jurídico, pese a que el objeto litigioso no se encuentra adecuadamente delimitados, optan por dar trámite, en sus propios términos.
- c) En la etapa de saneamiento —no obstante, que puede ser subsanadas las insuficiencias anotadas—, los jueces no corren traslado al actor para que subsane la demanda.
- d) En la etapa decisoria, tampoco se advierten las insuficiencias que presenta el objeto litigioso, sino más bien optan por resolver el caso dictando una sentencia estimatoria o desestimatoria. Vulnerando de esta forma los principios de congruencia, contradicción, debida motivación de las resoluciones judiciales, tutela jurisdiccional efectiva y el principio de imparcialidad del juez.
- e) De conformidad con lo que establece el inc. 3 del art. 426, inc. 5 del art. 427 e inc. 4 del art. 122. ° del Código Procesal Civil peruano, por los límites que tiene en su aplicación el principio de *iura novit curia*, los jueces en Puno pueden poner en conocimiento de las partes el nuevo argumento o consideración jurídica que advierta, a efectos de no vulnerar los principios de congruencia, contradictorio y debida motivación de las resoluciones judiciales.

Referencias

- Apolín, D. (2004). Apuntes iniciales en torno a los límites en la aplicación del aforismo *iura novit curia* y la reconducción de pretensiones. *Ius Et Veritas*, 14(29), 32-40. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12434>
- Cajas, W. (1955). Código Civil y Procesal Civil. Editorial Rodhas.
- Código Procesal Civil
- Constitución Política
- Ley Orgánica del Poder Judicial
- Morales, G. (2005). *Instituciones de derecho procesal*. Palestra Editores. STC 0569-2003.AC/TC
- Taboada, L. (2002). *Nulidad del acto jurídico*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.



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 3, julio-diciembre, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n3.08



La jurisprudencia y el daño moral derivado del despido

Jurisprudence and the moral damage derived from the dismissal

Carolina Ayvar Roldán*

Corte Superior de Justicia de Arequipa
(Arequipa, Perú)
cayvar@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-7674-7034>

Resumen: La presente investigación analiza la jurisprudencia emitida por los altos tribunales del Perú sobre la forma de determinar el daño moral y sobre todo su monto. Los criterios esbozados por la judicatura son diversos, lo que impide la predictibilidad y la falta de uniformidad en las decisiones judiciales. Los objetivos propuestos son los siguientes: determinar los criterios utilizados por la jurisprudencia para fijar el daño moral, establecer sus consecuencias, y a partir de ello, proponer alternativas para establecer criterios generales que puedan aplicarse a los casos concretos. En el artículo, se hace un análisis dogmático sobre la indemnización. Además, se hace referencia a la responsabilidad derivada del despido, haciendo énfasis en el daño moral

* Jueza superior titular de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Presidenta de la Tercera Sala Laboral Permanente de Arequipa. Jueza suprema provisional de la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Magíster en Derecho Civil. Doctora en Derecho.

y la jurisprudencia, extrayendo criterios expuestos en la sentencia, para finalmente arribar a las conclusiones. La investigación analiza jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el daño moral y su monto derivado del despido. Se pretende determinar la existencia de criterios específicos para determinar y cuantificar el daño moral provocado por el cese unilateral de la relación laboral. Y, a partir de ello, establecer algunos alcances que permitan a la comunidad jurídica tener criterios objetivos para establecer los alcances del citado daño. Adicionalmente a ello, se busca alcanzar conclusiones referidas a los resultados de la citada investigación, teniendo en cuenta el marco teórico desarrollado en este trabajo académico.

Palabras clave: criterios jurisprudenciales, monto indemnizatorio, indemnización

Abstract: This research analyzes the jurisprudence issued by the high courts of Peru, on how to determine moral damage and especially its amount. The criteria outlined by the judiciary are diverse, which prevents predictability and lack of uniformity in judicial decisions. The proposed objectives are the following: determine the criteria used by jurisprudence to establish non-material damage, establish its consequences, and based on this, propose alternatives to establish general criteria that can be applied to specific cases. The article makes a dogmatic analysis on compensation. In addition, reference is made to the responsibility derived from the dismissal, emphasizing moral damage and jurisprudence, extracting criteria set forth in the sentence, to finally reach conclusions. The investigation analyzes jurisprudence that has ruled on moral damage and its amount, derived from the dismissal. It is intended to determine the existence of specific criteria to determine and quantify the non-material damage caused by the unilateral termination of the employment relationship. And based on that, establish some scopes that allow the legal community to have objective criteria to establish the scope of the aforementioned damage. Additionally, it seeks to reach conclusions regarding the results of the aforementioned research, taking into account the theoretical framework developed in this academic work.

Key words: jurisprudence criteria, compensatory amount, compensation

RECIBIDO: 8/06/2021

REVISADO: 12/07/2021

APROBADO: 30/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

En el ejercicio de la judicatura en el área laboral, se ha podido advertir la presencia de un tema controversial muy recurrente referido al despido de los trabajadores. Este hecho trae como consecuencia la posibilidad de que los empleados soliciten su reposición o pueden optar por el pago de una indemnización que se halla tasada en la ley. Sin embargo, se advierte que la jurisprudencia ha determinado que los trabajadores que optan por la reposición pueden reclamar el pago de una indemnización por el tiempo dejado de laborar. Lo que no solo alcanza al lucro cesante y daño emergente, sino inclusive al daño moral.

Pero, respecto al daño moral, los jueces se han encontrado con el hecho que deben recurrir a las normas civiles para determinar los alcances de su pago y su monto, pues no existen normas expresas al respecto en la legislación de la especialidad laboral. Sin embargo, aun en la norma civil, no se ha podido encontrar los parámetros para la fijación de los alcances del daño moral y menos aún para establecer el monto o *quantum* indemnizatorio.

Es así, que las decisiones judiciales en el ámbito nacional son dispersas y han encontrado diferentes criterios para establecer el daño moral. Tampoco la jurisprudencia muestra concordancia al respecto, generando, en consecuencia, diversas respuestas frente a una misma situación jurídica. Precisamente ello es lo que pretendemos analizar en este trabajo académico: conocer las diferentes posiciones de la jurisprudencia sobre la indemnización por daño moral tratándose de despidos y, a su vez, proponer alternativas que permitan establecer el monto indemnizatorio con mayor objetividad.

2. El despido

El despido es uno de los hechos que, dentro de la relación laboral, afecta profundamente a los trabajadores —a sus familias y a la sociedad en general— por los efectos adversos que produce y por tratarse de un acto unilateral del empleador. El despido es materia de diversos trabajos académicos y de desarrollo por el Tribunal Constitucional peruano a través de su jurisprudencia.

Esto guarda consonancia con la Constitución Política del Perú, que en su artículo 27 ordena que la ley debe dar adecuada protección contra el despido arbitrario. De dicha norma se pueden extraer algunas ideas:

- a) Se trata de un mandato al legislador,
- b) Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.
- c) No determina la forma de protección frente al despido arbitrario (Rioja, 2018 p. 27). De tal forma que la ley debe cumplir con la protección del

trabajador frente a un despido arbitrario, es esta la que define además en qué casos el empleador puede despedir justificadamente; es el caso del Decreto Supremo n.º 003-97-TR.

Blancas (2013) señala sobre el despido que «en un sentido y rigurosamente técnico, el concepto de despido ha de referirse a la extinción que se produce por voluntad unilateral del empresario exista o no causa justificada» (p. 66).

Del mismo modo, Arévalo (2016) precisa que «El despido puede definirse como la terminación del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador, basado o no en la existencia de una causa justa» (p. 228).

Entonces, un despido puede producirse por causa justificada necesariamente prevista en la ley o como un acto de arbitrariedad del empleador; este último es materia de análisis del presente artículo. A su vez, el despido generará la posibilidad de exigir un resarcimiento a favor del trabajador despedido a través de una demanda judicial en la que se reclama el pago de una indemnización. Por lo que, la carga procesal que se deriva de ello a nivel nacional es alta, y los diversos órganos jurisdiccionales dan respuestas diversas frente a una misma situación de hecho.

A continuación, se presenta algunos datos estadísticos publicados por el INEI con el fin de obtener una idea concreta de los despidos en base a cifras. La situación expuesta puede dar lugar a reclamos por el daño producido, como daño moral.

Tabla 1

Lima Metropolitana: población en edad de trabajar, según condición de actividad Trimestre móvil: julio-agosto-setiembre 2019 y julio-agosto-setiembre 2020 (Miles de personas, variación absoluta y porcentual)

Condición de actividad	Julio a setiembre 2019	Julio a setiembre 2020	Variación absoluta (miles)	Variación porcentual %
Total de población en edad de trabajar (PET)	7825,3	7928,7	103,4	1,3
Población económicamente activa	5228,0	4492,6	-735,4	-14,1
Ocupada	4927,4	3749,9	-1177,5	-23,9
Desocupada	300,6	742,7	442,1	147,0
Población económicamente no activa	2597,2	3436,1	838,9	32,3

Nota. Tomado del Instituto Nacional de Estadística e Informática. www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/boletines/10-informe-tecnico-mercado-laboral-jul-ago-set-2020.pdf

La tabla 1 nos muestra que los niveles de desempleo en el 2019 y 2020 son altos. Además, en 2020, ha habido un incremento de personas desempleadas, alcanzando la cantidad de 44 2000, por lo que el problema que nos ocupa es de relevancia y de actualidad, ya que un gran número de personas han quedado sin trabajo, lo que evidentemente genera consecuencias diversas en los trabajadores.

Tabla 2

Lima Metropolitana: población según ramas de actividad y tamaño de empresa. Trimestre móvil: julio-agosto-setiembre 2019 y julio-agosto-setiembre 2020 (Miles de personas, variación absoluta y porcentual)

Ramas de actividad	Julio a setiembre 2019	Julio a setiembre 2020	Variación absoluta (miles)	Variación porcentual %
Total	4927,4	3749,9	1177,5	-23,9
Manufactura	656,1	504,3	-151,0	-23,1
Construcción	378,9	285,8	-93,1	-24,6
Comercio	980,4	829,4	-151,0	-15,4
Servicios	2839,8	2088,3	-751,5	-26,5

Nota. Tomado de Instituto Nacional de Estadística e Informática. www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/10-informe-tecnico-mercado-laboral-jul-ago-set-2020.pdf

Se verifica en la tabla 2 que la población ocupada en todas las ramas de actividad se redujo. Servicios disminuyó en 26,5 %; construcción en 24,6 %; manufactura en 23,1 % y comercio en 15,4 %.

Es indudable que la reducción de esta población ocupada es por la pérdida del empleo, en mérito al grave impacto económico negativo que ha sufrido nuestro país por la crisis sanitaria. Y más allá de ello, provocará en su momento las reclamaciones de los derechos laborales entre ellos y el pago de una indemnización por los daños sufridos.

Tabla 3

*Lima Metropolitana: población en edad de trabajar, según tamaño de empresa
Trimestre móvil: julio-agosto-setiembre 2019 y julio-agosto-setiembre 2020 (Miles de
personas, variación absoluta y porcentual)*

Tamaño de Empresa	Julio setiembre 2019	Julio asetiembre 2020	Variación absoluta (miles)	Variación porcentual %
Total	4927,4	3749,9	-1177,5	-23,9
De 1 a 10 trabajadores	2980,7	2263,1	-717,6	-24,1
De 11 a 50 trabajadores	477,5	314,0	-163,5	-34,2
De 51 y más trabajadores	1469,3	1172,8	-296,5	-20,2

Nota. Tomado del Instituto Nacional de Estadística e Informática. www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/10-informe-tecnico-mercado-laboral-jul-ago-set-2020.pdf

La tabla 3 evidencia que la población ocupada disminuyó en las empresas, en especial, en las que tienen entre 11 a 50 trabajadores. Por lo tanto, la afectación económica ha alcanzado a todas las empresas y que en muchos casos ha determinado la pérdida de empleo de sus trabajadores.

3. Clases de despido

El Tribunal Constitucional (TC) en la sentencia 976-AA/TC del 13 de marzo de 2003, ha establecido algunas clases de despido, como son:

3.1 Despido nulo

La citada sentencia señala que, «aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Legislativo 728 y como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2; inciso 1) del artículo 26 e inciso 1) del artículo 28 de la Constitución» (f. 15). Claramente se refiere al despido que se sustenta en la afectación al derecho de no discriminación o vulnera derechos fundamentales.

3.2 Despido incausado

El TC determina que este tipo de despido se produce cuando «se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique». Es así, que este tipo de despido usualmente es de hecho y la prueba está en las constataciones policiales.

3.3 Despido fraudulento

La sentencia 976-AA/TC establece que:

Se produce el denominado despido fraudulento, cuando: Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales, aun cuando se cumple con la imputación de una causal, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad. (f. 15)

De este modo, el TC también deja por sentado que contra el despido arbitrario existe una protección reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado).

En este artículo pretendemos analizar la segunda de las opciones que tiene el trabajador frente al despido como es la resarcitoria. No solo como única pretensión del trabajador frente a la arbitrariedad del despido, sino como consecuencia de su reposición, al haberse producido daño que puede ser por lucro cesante, daño emergente o daño moral.

4. La indemnización derivada del despido

Todo acto ilícito que haya causado un daño genera la obligación legal del pago de una indemnización. Un aspecto fundamental de los hechos jurídicos ilícitos que originan responsabilidad civil es el aspecto objetivo del daño causado, pues solamente cuando se ha causado un daño se configura jurídicamente un supuesto de responsabilidad civil, produciéndose en consecuencia, el nacimiento de la obligación legal de indemnizar, tanto en el ámbito contractual como extracontractual (Taboada, 2003, pp. 59-60).

En el campo del derecho laboral, cuando se produce un despido arbitrario se da origen al derecho del trabajador de solicitar el pago de una indemnización, conforme a lo previsto en el art. 38 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se trata de una indemnización tasada. Sin embargo, la jurisprudencia, pese a la existencia de dicha norma, ha venido determinando que dentro de esta indemnización no se encuentra comprendida el daño moral, así lo señalan algunas casaciones, como las siguientes:

1 Artículo 38 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que a tenor señala: «La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba».

- ▶ **Casación Laboral 5423-2014** Lima emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (Lima, 27/4/2015) que señala:

Que existen determinadas circunstancias frente a las cuales el trabajador puede recurrir a la vía judicial solicitando una indemnización por daño moral, debido a que la indemnización tarifada se encuentra prevista para todos aquellos daños ordinarios que se puedan presentar producto de despido ordinario, no encontrándose comprendidos dentro de la misma, los daños extraordinarios generados por la conducta maliciosa del empleador (dignidad, el honor y la reputación del trabajador).

- ▶ **Casación 4385-2015 Huancavelica** emitida por Sala Civil Transitoria (Lima, 14/10/2016) que considera:

Al daño moral, como un daño psicosomático, es una visión que no concuerda, ni con la historia, ni con la importante función que cumple esta categoría, en atención a la finalidad preventiva y sancionadora. Manifiesta que el daño moral, no solo es el sufrimiento, padecimiento anímico o dolor, sino también una especie lo suficientemente dúctil y amplia como para comprender las lesiones contra los derechos de la personalidad. Si el despido tiene lugar por causas que acreditan el atentado contra tales derechos entonces procederá el resarcimiento.

En estas sentencias casatorias, se puede advertir que la jurisprudencia ha ido más allá de lo previsto en la norma, sosteniendo que en casos particulares corresponde, además de la indemnización tasada, el pago de una indemnización por daño moral. Aunque hacen incidencia en que corresponde a casos excepcionales, quedando a discrecionalidad del órgano jurisdiccional cuándo considerar un caso como excepcional. Y son los jueces quienes determinarán si en el caso concreto, si corresponde ordenar el pago de una indemnización por daño moral, que es adicional a la prevista en la norma legal.

Tratándose del despido nulo, el trabajador si bien es cierto puede optar por la reposición; sin embargo, la ley también le da la opción de inclinarse por el pago de una indemnización. Así lo señala el artículo 34 del Decreto Supremo n.º 003-97-TR cuando indica que en los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda, el trabajador será repuesto, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización. De modo que, en este caso, el trabajador bajo los alcances de la antes citada jurisprudencia también podría demandar el pago de una indemnización adicional por daño moral.

Y en lo que respecta al despido incausado y fraudulento, el V Pleno Supremo en materia laboral y previsional ha determinado que el trabajador en estos casos, además de su reposición, puede accionar para lograr el pago de una indemnización por lucro cesante, daño emergente y daño moral.

Portanto, es claro que, en todos los casos de despido arbitrario, el trabajador puede solicitar el pago de una indemnización, la que se determinará en razón de las normas de naturaleza civil y no de orden laboral, pues estas últimas no han previsto los casos determinados por la jurisprudencia. Sin embargo, la falta de una regulación clara respecto a los alcances de estas indemnizaciones ha determinado que la judicatura haya emitido resoluciones diversas a efecto de establecer los alcances de la indemnización y sobre todo al establecer el *quantum* o monto indemnizatorio.

Para dar sustento a esta posición, se presenta algunos datos referidos a demandas judiciales por indemnización por despido arbitrario, que se han interpuesto ante el Módulo laboral de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Esta información ha sido proporcionada por la Administración del Módulo Laboral de Arequipa, y a su vez extraída del Sistema Integrado Judicial (SIJ) del Poder Judicial, que es información pública. De esta información se extraen datos de relevancia, en relación al número de procesos ingresados y que son objeto de pronunciamiento por los jueces del distrito judicial de Arequipa, teniéndose presente que es en esas sentencias, en las que los jueces utilizan los criterios para poder fijar las indemnizaciones por daño moral, que es el problema que nos ocupa.

Tabla 4

Expedientes sobre indemnización por despido arbitrario

Expedientes (año)	Indemnización por despido (n.º de expedientes)
2017	86
2018	62
2019	72
2020	43
Total	261

Nota. Tomado de SIJ, datos obtenidos de la administración del Módulo Laboral de Arequipa

La tabla 4 nos muestra el número de expedientes ingresados por año, a partir del 2017 al 2020, sobre reclamos de daños y perjuicios por despido.

Tabla 5
Procesos ingresados por juzgado laboral

Expedientes sobre indemnización por despido arbitrario por juzgado especializado				
JET	2017	2018	2019	2020
1.er Juzgado de trabajo	26	8	11	12
2.º Juzgado de trabajo	19	17	12	7
7.º Juzgado de trabajo	15	14	19	12
8.º Juzgado de trabajo	11	9	8	6
9.º Juzgado de trabajo	12	11	14	6
Juzgado de trabajo transitorio de descarga- Sede Central	1	3	8	0
Total	84	62	72	43

Nota. Tomado de SIJ, datos obtenidos de la administración del Módulo Laboral de Arequipa.

Las tablas 4 y 5 demuestran que existen muchos procesos judiciales por reclamos de trabajadores, por el pago de una indemnización por despido arbitrario. Del 2017 al 2020 han ingresado 261 expedientes, y se advierte que para el año 2020 hay una baja en su ingreso. Esto ocurre como consecuencia del tiempo que el Poder Judicial atendió con muchas restricciones provocadas por la pandemia de la covid-19 que afronta el Perú, entre otros países del mundo. Luego, atendiendo al número de reclamos, es importante tener criterios definidos para establecer el daño moral por despidos arbitrarios y su monto.

5. Naturaleza jurídica de la indemnización derivada del despido

Otra de las dificultades en la determinación de la indemnización derivada del despido (no tasada) es establecer su naturaleza jurídica. El Código Civil de 1984 ha dividido la indemnización en contractual (derivada de la inejecución de obligaciones), y extracontractual (derivada de todo acto ilícito). Los juristas tienen posiciones distintas o disímiles en la necesidad o no de su unidad.

Así, Leysser (2005), al referirse a la existencia de dos posiciones sobre la unidad de la indemnización, indica:

Se han formado entre nosotros dos posiciones doctrinarias bien definidas en favor de la «unificación» de marras. La primera que llamaré ontológica, privilegia la

unidad conceptual y funcional de la responsabilidad civil; la segunda, que llamaré pragmática, sin descuidar el análisis conceptual, está claramente orientada hacia la preparación del camino hacia una normativa uniforme de la responsabilidad por incumplimiento y de la responsabilidad extracontractual. (p. 292)

Leysser es más bien defensor de la concepción diferenciadora entre la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones y la responsabilidad extracontractual.

Por su parte, Morales (2005) manifiesta:

Hay dos tipos de responsabilidad en el campo del derecho privado: la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual. La responsabilidad por incumplimiento de obligaciones es la situación atribuida al deudor ante el incumplimiento de una obligación, es decir, ante la inejecución o ejecución parcial o tardía de la prestación... La responsabilidad aquiliana o extracontractual es la sanción que el ordenamiento jurídico prevé contra hechos jurídicos lesivos de la integridad de las situaciones jurídicas protegidas erga omnes por el ordenamiento. (p. 320)

No obstante, Taboada (2003), más bien se inclina por la unidad de la responsabilidad civil cuando expresa:

Debe quedar claramente establecido que la responsabilidad civil es una sola, existiendo como dos aspectos distintos la responsabilidad civil contractual y extracontractual, teniendo ambas como común denominador la noción de antijuricidad y el imperativo legal de indemnizar los daños causados. La diferencia esencial entre ambos aspectos de la responsabilidad civil radica como es evidente en que en un caso el daño es consecuencia del incumplimiento de obligación previamente pactada y en el otro caso el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás. (p. 31)

Del mismo parecer es Espinoza (2003), quien señala lo siguiente:

Nótese que en la responsabilidad civil por incumplimiento de las obligaciones se vulnera también un derecho (el de crédito). Por consiguiente, tanto en este tipo de responsabilidad como en la responsabilidad extracontractual o aquiliana se lesionan derechos o legítimos intereses y ello refuerza la posición que sostiene que la responsabilidad civil es una sola. (p. 36)

También, debe considerarse que la jurisprudencia al resolver casos concretos también ha optado por la unidad de la responsabilidad civil, tal es el caso de la Casación 1318-2016 Huancavelica que hace un análisis conceptual sobre el daño moral y el daño a la persona, y si la divergencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual podría limitar el derecho de la víctima de un daño. Así expresa: «Lo contrario ocasionaría que a pesar de haberse verificado el daño se privilegie, por un asunto de formas, la guerra de etiquetas conceptuales, y se niegue a la víctima, a quien le es irrelevante saber cómo se llama el daño, la indemnización que le corresponde».

Sin embargo, para efectos de la actividad judicial debemos considerar la contenida en el Código Civil vigente, en el que se hace esa distinción. Por tanto, es necesario establecer si la responsabilidad derivada del despido es de naturaleza contractual, derivada de incumplimiento de obligaciones, o extracontractual. Para ello, debemos tener presente lo que se entiende por contrato laboral que según Castillo (2011) es: «El acuerdo voluntario entre trabajador (necesariamente una persona natural) y empleador (que puede ser una persona natural o jurídica), en virtud del cual el primero se obliga a poner a disposición del segundo su propio trabajo, a cambio de una remuneración» (p. 570).

Sobre este tema la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la sentencia recaída en la Casación 759-2010-Huánuco (22/11/11), al atender la demanda que fuera presentada por 59 trabajadores y docentes de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, sobre el pago de indemnización por daños y perjuicios irrogados como consecuencia de sus despidos, señala:

La responsabilidad civil contractual presupone el incumplimiento de una obligación nacida del contrato; por ende, se configura cuando concurren los siguientes presupuestos: a) debe existir un contrato, b) un contrato válido, c) del cual nació la obligación incumplida, y d) incumplida por un contratante en perjuicio de otro contratante. Por lo tanto, en el presente caso nos encontramos dentro del ámbito de la responsabilidad contractual u obligacional.

De lo que es posible sintetizar que, en la responsabilidad civil contractual, a diferencia de la responsabilidad civil extracontractual, en que el daño es consecuencia del deber jurídico genérico de no causar daños a los demás, el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada. Es decir, presupone el incumplimiento de una obligación nacida del contrato.

Por lo tanto, se concluye que, si la indemnización que se reclama deriva de una relación laboral contractual, la responsabilidad civil que surge del despido es necesariamente de naturaleza contractual y se regula por las normas de la inejecución de la regulación laboral.

6. El daño moral

6.1 Concepto

El artículo 1322 del Código Civil de 1984 señala que «El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento». Pero, ¿qué entendemos por daño moral?, al efecto la doctrina ha venido a definirlo, así tenemos:

Osterling (2005) brinda una noción amplia de daño moral cuando sostiene que «Es toda lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extrapatrimonial; sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona» (p. 15). Ello con el objeto de sostener que el daño moral también puede ser sufrido por una persona jurídica.

Por su parte, Fernández (2005) esboza un concepto más general al afirmar que «Somos de la opinión que debe incluirse la restringida noción de daño moral dentro de aquella otra, genérica y comprensiva, de daño a la persona en cuanto lesiona un aspecto preponderantemente psíquico de ésta» (p. 187).

Este jurista opina que no debe considerarse al daño moral como autónomo cuando se encuentra más bien subsumido dentro de un concepto más general que es el daño a la persona.

El mismo autor agrega sobre el daño moral, que lo entiende como un subtipo del daño a la persona, pero con alcances especiales, lo define como aquel que lesiona a la psiquis y sentimientos de la persona humana, y que se refleja en un padecimiento y dolor espiritual, pero con una característica fundamental, pues afecta la faz interior del sujeto y tiene siempre naturaleza temporal (pp. 191-192).

Otro sector de la doctrina más bien señala que el daño moral y el daño a la persona son categorías distintas, como Lizardo Taboada (2003), pues una cosa es la persona y su proyecto de vida, y otra muy distinta son sus sentimientos.

Para Taboada, el daño a la persona se produce cuando se lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico o su proyecto de vida; y sobre el daño moral indica que es la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima (p. 67).

De otro lado, Trazegnies (2016) refiere que el daño a la persona, no es sino una subespecie del daño moral, «Pero la categoría daños a la persona, no parece conllevar derechos u obligaciones diferentes a las que usualmente se atribuía a la categoría daño moral» (p. 109). Por lo que considera innecesaria la distinción, considerando que el daño moral es lo general.

Pese a estas discusiones académicas sobre si el daño moral es lo general o más bien lo específico, debe tenerse presente que nuestro Código Civil hace la distinción entre el daño moral y el daño a la persona, cuando expresa en su artículo 1985 que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

Más bien es menester tener presente que, tratándose de los casos reales que se presentan en la actividad judicial, es importante diferenciar los alcances del daño moral y el daño a la persona. Pues de ello dependerá el resarcimiento que se ordene pagar a quien ha sufrido el daño. En cuanto, al daño moral, está orientado a establecer el posible sufrimiento y afectación espiritual que sufrió la víctima como consecuencia del acto dañoso. Respecto al daño a la persona, más bien aludimos a la integridad de la persona humana, incluyendo su proyecto de vida, que puede verse frustrado como consecuencia del daño sufrido.

6.2. El daño moral derivado del despido

Establecido el daño moral como el sufrimiento, angustia o aflicción que sufre la persona dañada o víctima, es necesario determinar el daño moral en relación al despido que es materia de esta investigación.

Sobre el daño moral en relación al despido, la Casación Laboral 3289-2015 Callao emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (Lima 19/01/2017) expresa:

El daño moral, puede conceptualizarse como la lesión a los sentimientos que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima, pues la pérdida del empleo, “per se”, genera un sentimiento colectivo de aflicción, que impone la necesidad de la tutela legal y resarcimiento a la víctima.

De lo que se desprende que el daño moral producido en el trabajador es como consecuencia del despido del que fue objeto.

7. La indemnización del daño moral

Tamayo (2015) expresa sobre la indemnización del daño extrapatrimonial:

La víctima tiene derecho a que se le repare el daño causado, de tal forma que, de ser posible, el bien afectado retome el estado en que se hallaba antes de ocurrir el hecho lesivo... si el daño consiste en el quebranto de los afectos y sentimientos (daño moral subjetivo) de la víctima ... Si por cualquier motivo es imposible restituirle a la víctima el bien extrapatrimonial que le ha sido lesionado, surge entonces la posibilidad de brindarle una satisfacción económica que, en parte, compense el daño causado. (pp. 206 207)

Es así, que la indemnización por daño moral esencialmente se traduce en el pago de un monto determinado en cada caso, en vista que finalmente lo que espera la víctima respecto al sufrimiento y afectación espiritual que sufrió con motivo del daño causado.

Adicionalmente, Rivera (2015) sostiene que determinar el valor y cuantificación indemnizatoria del daño moral resulta ser un problema

delicado, de modo que la cuantificación del daño moral pasa a depender preponderantemente del arbitrio judicial (pp. 123-124).

8. El *quantum indemnizatorio* en el daño moral

Luego de determinarse los alcances generales sobre el daño moral derivado de un despido arbitrario, se pretende determinar la forma de establecer el monto de la indemnización. Inicialmente se hace un análisis dogmático y luego desde los fallos emitidos por los altos tribunales de la administración de justicia a través de la jurisprudencia y determinar los criterios que se emplean para calcularlo.

Jiménez (2015) señala que, para cuantificar el daño moral, debe tomarse en cuenta no solo las características de la víctima (edad, sexo), y las circunstancias en que se produjo el hecho dañoso, sino también las características del agresor, incluso el grado de dolo o culpa (p. 368).

Por su parte, Osterling (2005) menciona que:

El daño moral no puede ser estandarizado, se debe tener en cuenta que no se trata de castigar al responsable, sino de apaciguar las heridas causadas a la víctima y se debe considerar la condición económica del responsable, ya que el derecho no busca convertir a éste en una víctima más. (p. 392)

Asimismo, Linares (2012) expresa que:

La valorización en la indemnización de daño moral debería dar respuesta a dos necesidades básicas del sistema jurídico: (i) una de tipo individual, a favor de la víctima; y (ii) una de interés colectivo, que consiste en la predictibilidad de los fallos a través de la homogeneidad de criterios judiciales, que evite la arbitrariedad en la fijación del *quantum indemnizatorio* (p. 82).

Agrega el mismo autor: «podemos apreciar diferentes tipos de criterios valorativos con diferentes variantes, uno primordialmente subjetivo en el que el juzgador va a atender las distintas circunstancias que rodean el daño, tales como la gravedad del mismo, la situación personal de la víctima o del agente entre otras; y tenemos por otra parte criterios objetivos en los que parte de parámetros preconstituidos basados en padecimientos estándares de un hombre promedio» (p. 86).

El Código Civil peruano en el artículo 1332 establece: «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa». De ese modo la norma nacional, introduce la posibilidad que sea el criterio del juez el que finalmente determine el monto de la indemnización que reclame el dañado, pero no señala los parámetros que debe tener presente para fijarlo.

De otra parte, los jueces en un esfuerzo por lograr predictibilidad y uniformidad de criterios, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral 2019 sobre el cálculo del daño moral, acordaron que en las pretensiones sobre indemnización por daño moral en caso de despidos incausado, fraudulento o arbitrario, el daño no debe presumirse, sino que debe ser probado, (aunque con salvedades). Se señala, además, que para la cuantificación del daño moral, debe sustentarse en prueba y solo en ausencia de ella, puede acudir al artículo 1332 del Código Civil.

De este modo, existen diversas opiniones para determinar en sentido general el monto del daño moral, más en relación al despido. Pero en la práctica, es decir, al momento de resolverse las causas en las que se reclama el pago de una indemnización por daño moral por despido, debe tenerse un criterio para fijar el monto de dicha indemnización, aunque la norma jurídica no lo establezca. De allí que sea importante determinar un criterio para fijarlo.

En ese sentido, se considera que para fijarse el monto para resarcir el daño moral deben considerarse las circunstancias que rodearon al despido, como la arbitrariedad del hecho mismo, situaciones referidas a la víctima como el tiempo de servicios para el empleador, la edad del trabajador al momento del cese que permitirá o no reinsertarse en la actividad laboral, los ingresos que hubiera tenido durante el tiempo del despido, la afectación psíquica que demuestre haber sufrido como consecuencia del cese unilateral. De otra parte, también se debe considerar la situación del empleador y sus posibilidades económicas, por lo menos hasta el momento en que se establezcan criterios basados en tablas o varemos.

9. Materiales y métodos

En esta investigación, se ha utilizado como materiales de trabajo como libros de naturaleza jurídica, además de útiles de escritorio como computadora, papel, impresora, entre otros.

En cuanto a los métodos, se empleó el dogmático o conceptual, pues se han desarrollado los conceptos más importantes sobre el tema propuesto; sincrético, en vista se ha tenido en cuenta la realidad que rodea al tema; y exegético, pues se ha investigado las normas más importantes que tienen relación con el daño moral analizado. Además, se empleó los métodos generales como el análisis, síntesis para establecer las relaciones y conclusiones de los resultados de la investigación.

Para la determinación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a investigar, se ha considerado la relevancia que determinen los criterios asumidos para establecer el daño moral y la fijación de su monto y que sea significativa para llegar a resultados. Se hace presente que se

revisaron veintidós sentencias casatorias, de las que se ha extraído las que han establecido un criterio definido, para hacer el análisis del tema que nos ocupa en este artículo.

10. Resultados

Posición de la jurisprudencia sobre el resarcimiento por daño moral

Aplicando la observación documental, respecto de las sentencias emitidas por la Corte Suprema en las que se establecen criterios para determinar el daño moral y su monto, se han obtenido resultados.

Se revisó la jurisprudencia emitida por las salas supremas sobre indemnización por daños y perjuicios por despido arbitrario, un total de veintidós sentencias, de las cuales nueve contienen argumentación referida al daño moral y el criterio para fijar su monto. Además, ninguna de las casaciones contiene criterios definidos para establecer el monto de la indemnización por daño moral o por despido arbitrario, siendo sus posiciones genéricas y remiten a la norma legal.

Los resultados podemos expresarlos en las tablas que se desarrolla a continuación:

Tabla 6

Sentencias casatorias sobre daños y perjuicios por despido arbitrario

Sentencias casatorias	N.º de sentencias
Con argumentación/daño moral	9
Sin argumentación/daño moral	13
Total	22

Fuente: Elaboración propia

Tabla 7

Argumentos de las sentencias casatorias sobre daño moral

Argumentos sobre daño moral	N.º de sentencias
Daño moral debe probarse	4
Daño moral no requiere prueba/equidad	4
Daño moral se presume	1

Fuente: Elaboración propia

Las tablas 6 y 7 nos muestran que son pocas las ejecutorias que contienen argumentos referidos a la determinación del daño moral y la fijación de su monto.

De estos resultados, podemos extraer los siguientes:

- a) Solo nueve de las veintidós casaciones revisadas tienen un pronunciamiento definido sobre el daño moral y su cuantificación.
- b) Cuatro de las casaciones señalan que el daño moral debe probarse.
- c) Cuatro de las ejecutorias manifiestan que el daño moral no requiere de prueba y para fijarlo debe recurrirse a la equidad.
- d) Una de las casaciones establece que el daño moral se presume.

11. Discusión

De los resultados obtenidos de la revisión de la jurisprudencia consultada, se encuentran criterios generales para establecer daño moral y determinar su monto, en esa línea definimos tres posiciones:

Primera: La que considera que, para establecer el daño moral, deben existir medios de prueba que aporte el reclamante, y a partir de ello, fijar un monto indemnizatorio. Aunque estas sentencias no determinan qué aspectos o circunstancias deben tomarse en cuenta para precisamente establecer el pago de una suma dineraria.

En estas casaciones, se encuentra los siguientes argumentos:

- ▶ Tanto el trabajador como el empleador deben acreditar el daño a fin de que el juez pueda determinar los conceptos que por lucro cesante, daño emergente y daño moral pudieran corresponderle (Casación Laboral n.º 16842-2015 Moquegua, 28 de junio de 2017).
- ▶ El actor podría acreditar la existencia de otros hechos ocurridos a causa del despido que implicaron la producción de un sufrimiento o gran aflicción adicional que se desprende del acto de despido en sí mismo (Casación Laboral n.º 139-2014 La Libertad, 18 de mayo de 2015).
- ▶ El solo hecho de estar despedido, no resulta suficiente para acreditar el daño moral (Casación Laboral n.º 3070-2016 Lima, 7 de octubre de 2016).
- ▶ El daño moral, no se produce por cualquier variación menor, o natural de las condiciones de existencia, sino que esta se acredita con la alteración anormal y negativa de las mismas (Casación n.º 4385-2015 Huancavelica, 27 de abril de 2015).

Segunda: Otra línea jurisprudencial más bien es de la posición que, para definir la existencia de daño moral en el caso concreto, no es necesario que existan pruebas adicionales al despido, pues este por sí mismo ya implica una afectación a la psiquis del trabajador despedido. En ese orden de ideas, corresponde al juez fijar su monto atendiendo a un criterio de equidad. Son argumentos de estas casaciones:

- ▶ El daño moral, teniendo en cuenta que este consiste en el dolor, angustia, aflicción física o espiritual que sufre la víctima del evento dañoso, el hecho mismo de ser despedido, sin causa justa produce sufrimiento en el demandante (Casación n.º 699-2015 Lima, 26 de noviembre de 2015).
- ▶ El daño moral es uno de los múltiples daños psicossomáticos que pueden lesionar a la persona, al afectar la esfera sentimental del sujeto en expresión de dolor, sufrimiento. Por lo tanto, para efectos de su cuantificación debe recurrirse a los artículos 1322 y 1332 del Código Civil (Casación n.º 4977-2015 Callao, 21 de enero de 2015).
- ▶ La naturaleza del daño moral dificulta su probanza y, por ende, la cuantificación económica. El artículo 1332 del Código Civil se presenta como una solución al permitir al juzgador utilizar el criterio de la valoración equitativa para determinar el monto indemnizatorio (Casación n.º 2097-2013, 11 de marzo de 2014).
- ▶ El daño moral se refiere a una aflicción que incide en todos los planos de la vida personal, familiar, afectiva e íntima. La aflicción, se encuentra acreditada con la conducta antijurídica del empleador de dar por concluida la relación laboral (Casación Laboral n.º 3289-2015, 19 de enero 2017).

El artículo 1332 del Código Civil señala que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa; pero, ¿qué se entiende por equidad? Al respecto, Gutiérrez (2004) afirma que «tiene un contenido conceptual diverso dado que no significa necesariamente lo justo, sino que hace referencia a lo que el juez según su sana crítica y la valoración de las circunstancias dispone» (p. 997).

De este modo, se aprecia que los jueces se inclinan más bien por el otorgamiento de una indemnización a los trabajadores que demanden su pago por despido arbitrario, a pesar de la falencia de la prueba. Y para establecer el monto de la indemnización utilizan un criterio de equidad. Sin embargo, el trabajador deberá acreditar el hecho mismo del despido.

Tercera: Este criterio para fijar el daño moral está referido a que se presume que existe una aflicción de parte del trabajador por el solo hecho del

despido. De ahí que, la exigencia de la prueba es relativa (Casación Laboral n.º 3289-2015, 19 de enero 2017).

No compartimos esta última posición, en vista que el reclamo económico del trabajador no puede presumirse, este está obligado a probarlo.

12. Conclusiones

- ▶ **Primera:** La jurisprudencia ha establecido criterios generales disímiles para establecer el daño moral como consecuencia de un despido arbitrario, así como determinar su monto, lo que puede extraerse del análisis de las sentencias casatorias que se pronuncian sobre la problemática en comento.
- ▶ **Segunda:** Es importante que al momento de decidir sobre el daño moral y fijarse su monto, se evalúen los medios de prueba aportados por el reclamante, así como se considere hechos relativos al perjudicado y el obligado, que permitan cuantificar más objetivamente el monto que se ordene pagar.
- ▶ **Tercera:** Para establecer el monto indemnizatorio del daño moral respecto al despido de un trabajador, debe fijar algunos criterios específicos que permitan determinar con claridad su monto. Estos son las circunstancias en las que se produjo el despido, las características especiales del trabajador, como la edad al momento del despido, las posibilidades que tendría en la reinserción laboral, el tiempo de servicios, la situación económica que afronte el obligado a indemnizar, entre otros, de tal forma que los montos indemnizatorios respondan a situaciones reales y más objetivas.

Referencias

- Arévalo, J. (2016). *Tratado de derecho laboral*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Blancas, C. (2013). *El despido en el derecho laboral peruano*. Lima: Juristas Editores.
- Casación n.º 2097-2013 (Lima 11/3/2014). Sala Civil Permanente de la Corte Suprema.
- Casación n.º 4385-2015 Huancavelica (Lima 27/4/2015). Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema.
- Casación n.º 4977-2015 Callao (Lima 21/1/2015). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.
- Casación n.º 699-2015 Lima (Lima 26/11/2015). Sala Civil Permanente de la Corte Suprema.
- Casación Laboral n.º 139-2014 La Libertad, (Lima 18/5/2015). Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema.
- Casación Laboral n.º 16842-2015 Moquegua, (Lima 28/6/2017). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.
- Casación Laboral n.º 3070-2016 Lima (Lima 7/10/2016). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.
- Casación Laboral n.º 3289-2015 (Lima 19/1/2017). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.
- Castillo J., Belleza M., Reid R., Coloma, E., Vargas, T., Davila, C. ... Tovalino, F. (2011). *Compendio de derecho laboral peruano*. Ediciones Caballero Bustamante.
- Decreto Supremo n.º 003-97-TR TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
- Espinoza, J. (2003). *Derecho de la responsabilidad civil*. (2.ª Ed.). Gaceta Jurídica, Imprenta El Buho.
- Fernández, C. (2005). Deslinde conceptual entre «daño a la persona», «daño al proyecto de vida» y «daño moral». *Responsabilidad civil nuevas tendencias, unificación y reforma veinte años después*. Editorial Palestra.
- Gutierrez, W. (Dir.) (2004). *Código Civil comentado por los mejores 100 especialistas*. (Tomo VI). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020). *Informe Técnico. Boletín 10*.

- Jiménez, R. (2015). Resarcimiento del daño inmaterial. *Daño extrapatrimonial daño moral daño a la persona*. Gráfica Casda Delgado E.I.R.L.
- Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Decreto Legislativo n.º 728.
- Leysser, L. (2005). Weak legal culture E legal transplants unificación de la responsabilidad civil y otras importaciones de los años noventa. *Responsabilidad civil nuevas tendencias unificación y reforma veinte años después*. Editorial Palestra.
- Linares, D. (2012). Buscándole cinco patas al gato. El laberinto de la cuantificación del daño moral con una mirada desde la óptica procesal. *Derecho & Sociedad* (38). <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derecho-y-sociedad/article/view/13105>
- Morales, R. (2005). La responsabilidad en la norma jurídica privatística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil. *Responsabilidad civil nuevas tendencias unificación y reforma veinte años después*. Lima: Editorial Palestra.
- Osterling, F. (2005). El Código Civil de 1936 y el Código Civil de 1984. Análisis de la transición en responsabilidad por inejecución de obligaciones. *Responsabilidad civil nueva tendencia, unificación y reforma veinte años después*. Editorial Palestra.
- Rioja, A. (2018). *Constitución política comentada y su aplicación jurisprudencial*. Jurista Editores E.I.R.L.
- Rivera, J. (2015). La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidación y a imagen. *Daño extrapatrimonial, daño moral, daño a la persona*. Gráfica Casda Delgado E.I.R.L.
- Taboada L. (2003). *Elementos de la responsabilidad civil*. (2.ª Ed.). Editorial Grijley.
- Tamayo, J. (2015). *Clasificación de los daños. Derecho civil extrapatrimonial y responsabilidad civil*. Gaceta Jurídica S.A. Editorial El Búho E.I.R.L.
- Trazegnies, F. (2016). *La responsabilidad extracontractual*. (8.ª ed.; Tomo II). ARA Editores.
- Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia n.º 976-AA/TC (13 de marzo de 2003).



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 3, julio-diciembre, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n3.09



El estándar probatorio en extinción de dominio, con relación al ilícito de lavado de activos

The evidentiary standard in domain extinction,
in relation to the illicit money laundering

Jorge Luis Rojas Cruz*

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

Resumen: El estándar probatorio es una herramienta legal, cuya intensidad debe ser conocida en el proceso de extinción de dominio, para su fin se acude al estándar de prueba que se utiliza en materia civil y en materia penal. En materia penal, se exige un estándar de prueba muy alto basado en la frase «más allá de toda duda razonable», esto es, no se admite ninguna versión distinta a la inculporatoria por cuanto ello causaría la absolución del acusado. En el proceso civil se aplica el estándar probatorio de la prueba preponderante o balance de probabilidades, esto significa que, en una graduación numérica, la prueba que deberá ser tomada en cuenta en cada decisión, será la que más se acerque a la existencia del hecho.

* Juez especializado en Extinción de Dominio de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

El estándar probatorio que debe asumir el juez de extinción de dominio es el estándar utilizado en el derecho civil denominado «balance de probabilidades», porque en el proceso de extinción de dominio, al igual que en el derecho civil patrimonial, el objeto materia del proceso es el bien. Al haberse establecido como principio la carga dinámica de la prueba en extinción de dominio, implica que el juez tiene que fallar a favor de la demanda planteada, en tanto no acredite el requerido con pruebas o indicios concurrentes y razonables, el no origen o destino ilícito del bien.

Cuando se trata de bienes provenientes del ilícito penal del lavado de activos es pasible de su extinción y el estándar probatorio que se requiere para declarar fundada la demanda. Es la que más se acerque a la acreditación en el grado de probabilidad de que el bien haya sido efecto o ganancia del ilícito penal de lavado de activos.

Palabras clave: balance de probabilidades, prueba exigible en el proceso de extinción de dominio

Abstract: The evidentiary standard is a legal tool, the intensity of which must be known in the domain forfeiture process, for which purpose the standard of evidence used in civil and criminal matters is used. In criminal matters, a very high standard of proof is required based on the phrase «beyond a reasonable doubt», that is, no version other than the incriminating one is admitted because this would cause the acquittal of the accused. In the civil process, the evidentiary standard of the preponderant test or balance of probabilities is applied, this means that, in a numerical graduation, the test that must be taken into account in each decision, will be the one that comes closest to the existence of the fact.

The evidentiary standard that the domain termination judge must assume is the standard used in civil law called "balance of probabilities", because the domain termination process, like the property civil law, the subject matter of the process is the property and having established as a principle the dynamic burden of proof in extinction of domain, implies that the judge has to rule in favor of the claim, as long as the required one with concurrent and reasonable evidence or indications, the non-origin or illicit destination of the good.

When it comes to goods from the criminal offense of money laundering, it is subject to extinction and the evidentiary standard that is required to declare the claim founded is the one that comes closest to the accreditation in the degree of probability that the good has been the effect or gain of the criminal offense of money laundering.

Key words: balance of probabilities, required proof in the domain forfeiture process

RECIBIDO: 8/06/2021

REVISADO: 12/07/2021

APROBADO: 30/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

La delincuencia siempre busca hacerse más poderosa, resulta poco eficaz el derecho penal tradicional. La solución no es el incremento de penas, sino la prevención en la comisión delictiva. Precisamente, una forma de prevenir la comisión de ilícitos penales es atacar el poder que tiene la delincuencia y que le hace vigorosa sus bienes.

A nuestro ordenamiento jurídico ha ingresado una nueva institución jurídica denominada extinción de dominio con el Decreto Legislativo n.º 1373 del 4 de agosto de 2018 (en adelante Ley), cuya consecuencia es la extinción del patrimonio en su origen o destino ilícito a favor del Estado. Por tanto, es necesario analizar el estándar probatorio de este nuevo proceso, denominado extinción de dominio, tomando como referencia de análisis, precisamente uno de los ilícitos penales del artículo I del título preliminar de la Ley, como es el lavado de activos.

En el ilícito penal de lavado de activos es necesario analizar su descripción típica, a fin de poder establecer el estándar probatorio necesario para declarar fundada o no, la demanda de extinción de dominio.

Por otro lado, este artículo tiene como antecedente la tesis de la abogada Diana Carolina Cordero Castillo denominada «El estándar probatorio para la valoración de la prueba en los procesos de extinción de dominio». Como se desprende del título de esta tesis, no se aborda todo el tema referido al estándar probatorio en el proceso de extinción en el lavado de activos, por cuanto solo alcanza una parte del mismo. El tema que se desarrolla en este artículo tampoco ha sido encontrado en libros por ser novedoso.

No resultaría extraño que en extinción de dominio se pretenda usar el estándar penal para juzgar los hechos. Ello podría generar un problema grave porque no se debe trasladar los fundamentos que justifican a una sentencia penal.

Por tanto, resulta importante analizar el estándar de prueba en extinción de dominio, porque los jueces en esta nueva materia, deben conocer el estándar de prueba aplicable en un proceso de extinción de dominio o en todo caso las partes (Ministerio Público o los demandados) deben conocer el estándar probatorio en esta nueva materia para que se declare fundada o no una demanda.

Se pretende abordar con este artículo, el estándar probatorio en materia de extinción de dominio en el ilícito de lavado de activos. En tanto que con la creación de juzgados y fiscalías especializadas en extinción de dominio en todo el país en abril del 2019, se verán pronto procesos de extinción que tengan que ver con tipos penales de lavado de activos, cuya configuración típica y acreditación es compleja.

Este artículo contiene primero el estudio de los estándares probatorios que existen en el derecho civil y penal. Luego, se estudiará el ilícito penal de lavado de activos, para finalmente abordar el tema referido al estándar probatorio que en materia de extinción de dominio se requiere cuando se trata del ilícito penal de lavado de activos.

2. El estándar probatorio en el derecho penal y en el derecho civil

El estándar probatorio es una herramienta legal y tiene que ver con el grado de fuerza probatoria en una situación en concreto, denominados como «vehículos para la distribución de errores» (Laudan, 2011).

La suficiencia probatoria requerida por el juez para acoger positivamente la tesis planteada por una de las partes, es el estándar probatorio. La misma que deberá ser la que más fuerza probatoria tenga y la que más se acerque a la verdad, pero esa intensidad que se requiere para acoger la tesis planteada, no es lo mismo en todas las materias jurídicas.

Por ello, es necesario analizar el estándar probatorio de las dos materias más importantes que resultan aplicables en tanto exista vacío o ambigüedad en la Ley de extinción de dominio (art. II, numeral 2.2), como son, el derecho procesal penal y el derecho procesal civil.

Sobre este tema, Rosas (2016) refiere que hay hasta tres estándares o grados de pruebas distintos. El primero es aplicado en el derecho procesal penal, donde se exige un estándar de prueba muy alto basado en la frase «más allá de toda duda razonable», no se admite ninguna sombra de duda en la decisión del juzgador, esto es, no se admite ninguna versión distinta a la inculpatoria por cuanto causaría la absolución del acusado, y esto, tiene fundamento, en tanto la libertad personal, al constituir uno de los derechos más preciados del ser humano, debe ser limitada con una decisión basada en un alto estándar probatorio. Asimismo, el citado autor, respecto al proceso civil, señala que el estándar probatorio se fundamenta en la prueba preponderante. Esto significa que, en una graduación numérica, la prueba que deberá ser tomada en cuenta en cada decisión, será la que más se acerque a la existencia del hecho. Y, finalmente, el tercer estándar probatorio que hace referencia el autor citado, se denomina prueba clara y convincente, la misma

que como indica todavía no ha sido importado a nuestro país, exigido para la prueba de determinados hechos en el proceso civil, tales como la negligencia profesional, la impugnación de un matrimonio cuya validez se presume o el fraude.

El estándar probatorio en materia civil, según Taruffo (2002) es denominado probabilidad prevalente, implica que, se va a elegir la hipótesis que cuente con un grado más elevado de probabilidad respecto a las demás.

El estándar probatorio en materia penal como señala López (2016) está basado en la presunción de inocencia, la misma que sirve de baremo para comprender ilegítimas las condenas que no alcancen un exigente estándar de prueba, que en nuestro caso es el de más allá de toda duda razonable. Entonces, se puede afirmar que es posible plantear, en el proceso penal, más de una hipótesis; sin embargo, el juzgador solo puede aceptar una sola, debiendo las demás hipótesis planteadas no refutar la asumida por el juez, que pueda crear alguna duda por mínima que sea.

El proceso de valoración en el proceso civil no es el mismo que en el proceso penal, toda vez que el grado de convicción judicial que se exige para condenar en el proceso penal es la certeza judicial. Esto significa que no puede haber más de una sola hipótesis admisible; mientras que, en el proceso civil, para estimar la pretensión, se podría elegir cualquiera de las hipótesis planteadas por las partes, pese a que las demás hipótesis sean creíbles.

Con respecto a la probabilidad, indica Chocano (2008) el nivel de duda con mayor aproximación a la certeza es lo probabilístico. Existe un predominio de motivos para creer sobre los motivos para no creer. El mismo autor señala que cuando se habla de certeza, se habla de verdad objetiva, existiendo compatibilidad entre certeza y verdad. Solo puede haber certeza si no hay duda.

El estándar probatorio en materia penal se basa la certeza judicial. Esto implica que no debe existir ningún margen de duda en la decisión. No obstante que, el estándar probatorio en materia civil, no se basa en este principio, pudiendo adoptar decisiones basadas en la probabilidad, eso significa que, aunque exista un mínimo de duda al considerar la tesis de una de las partes; sin embargo, debe primar la que más se acerque a la verdad, esto es, la que sea más probable de haber ocurrido.

3. Lavado de activos

Para iniciar el análisis del tipo penal de lavado de activos, es necesario señalar lo que indican los diferentes autores, respecto a la definición de este ilícito penal.

Mendoza (2017) señala que constituye un fenómeno delictivo complejo, que debe ser analizado en su contenido criminológico y legal. En su contenido criminológico, el lavado de activos es un proceso continuo y dinámico con diversas etapas, destinado a la obtención de un determinado objetivo, esto es, dotar de legitimidad el origen de los activos. Y con respecto al campo legal, este será analizado con el estudio de la conducta típica, más adelante.

Hanco (2019) sostiene que es el proceso delictivo de alejamiento de activos ilícitos (dinero, bienes, efectos o ganancias) provenientes de una o varias actividades criminales previas, mediante actos de inserción y combinación con activos lícitos, hasta otorgarle una naturaleza jurídica legal. Todo esto con la finalidad de que estas circulen y se integren en el tráfico comercial lícito.

Blanco (2012), autor español, cuando hace referencia al blanqueo de capitales, lo que en Perú se denomina como lavado de activos, señala que se debe distinguir el blanqueo de capitales de manera amplia y en sentido estricto. Respecto al primero manifiesta que es un proceso de legitimación de bienes maculado por tener un origen no lícito y el proceso de blanqueo de manera estricta es una reconversión de bienes de origen delictivo. Como se advierte, la definición del blanqueo de capitales de manera amplia recoge el concepto de manera estricta.

Abanto (2017) afirma que los tipos penales de lavado de activos adolecen de imprecisión debido a los objetivos que inspiran su origen, basado en los compromisos internacionales sustentados en tratados internacionales. No obstante, se debe tener en cuenta que no obligan exactamente a introducir la normativa que recomiendan, sino que permiten que los gobiernos hagan la regulación legal, respetando su propio derecho.

En extinción de dominio, no hablamos de delito, sino de ilícito penal, como se desprende de la propia Ley de extinción de dominio, cuando en el artículo III del Título Preliminar indica que es toda acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico relacionada a los tipos penales establecidos en el artículo I del referido título. Por lo tanto, es de especial relevancia analizar cómo se configura la estructura típica del ilícito de lavado de activos en el Perú.

En el Perú, el lavado de activos requiere para su configuración típica el cumplimiento del Decreto Legislativo n.º 1106 (19 de abril de 2012), en sus numerales 1, 2 y 3. Esto es que se traten de conductas destinadas a realización de actos de conversión, transferencia, ocultamiento, tenencia, además de adquirir, poseer, utilizar, guardar, custodiar, administrar, recibir, ocultar, mantener en el poder, actos de transporte, traslado, ingreso o salida del país.

Asimismo, para la acreditación de este ilícito como se desprende del tipo penal, se debe probar la actividad criminal previa, aunque con un estándar de prueba, como señala Caro (2020), mínimo propio de la prueba indiciaria. Ello, en razón de que lo que se juzga no es la actividad criminal previa, sino la conducta establecida en la ley de lavado de activos en sus tres primeros artículos.

4. Estándar probatorio en materia de extinción de dominio

Para ello, se recurre a diferentes autores:

Martínez (2018) señala que del análisis de esta definición relacionada al estándar probatorio en extinción de dominio resulta un estándar probatorio menor que del derecho, por cuanto efectivamente en un proceso de extinción de dominio se busca validar a través de la prueba actuada el origen o la utilización ilícita del bien, teniendo las partes el derecho de presentar prueba y discutirla en audiencia, pero también teniendo el juez, la obligación de rechazar tal pretensión sino se acredita lo argumentado por la parte demandada, en tanto este tiene la obligación de probar su versión en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba. Siendo posible sentenciar solo con la prueba presentada por la fiscalía que acredite el origen o destino ilícito del bien.

Greenberg et al. (como se citó en Santander, 2018) señala que, en extinción de dominio, acoge como estándar predominante el denominado «balance de probabilidades» o también llamado estándar de la probabilidad prevalente.

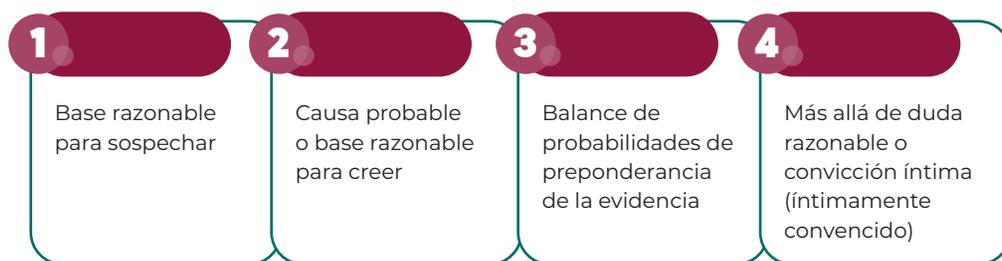
A decir de Taruffo (2002), en el estándar de probabilidad prevalente se fundan premisas principales sobre el estándar de probabilidad preferente, en la cual se puede señalar que, en materia de extinción de dominio, el estándar probatorio tiene que estar destinado a la acreditación del objeto que se persigue en el mismo por parte del Ministerio Público, esto es el origen o destino ilícito de los bienes que hayan sido objetos, instrumentos, efectos o ganancias de un ilícito penal. Y, por otro lado, con respecto a la defensa, lo que se debe acreditar a fin de declararse infundada la demanda es la buena fe, en tanto haya sido acreditado previamente que el bien o los bienes han sido utilizados como objetos, instrumentos o efectos del ilícito penal. Por tanto, el juzgador, en base a los hechos acreditados y analizados mediante la racionalidad del objeto de acreditación de la fiscalía y de la defensa, tomará la decisión correspondiente, declarando fundada o infundada la demanda.

En cuanto a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH, 2019) establece que el procedimiento de extinción de dominio es de naturaleza civil con reglas de procedimientos penales, con la finalidad de contar con un estándar de probabilidad razonable como estándar probatorio.

Greenberg et al. (2009) indican que el estándar probatorio en el decomiso civil, denominado en nuestro país como extinción de dominio, se basa en el balance de probabilidades que suaviza el estándar probatorio, a diferencia de la condena penal, y su fundamento radica en que la acción no se dirige contra los individuos demandados, sino contra el patrimonio. No se vulnera el derecho a la propiedad propiamente dicha, sino al derecho aparente de la propiedad, toda vez que el origen o destino ilícito del bien, hace que el derecho de propiedad no se consolide en el caso de origen ilícito del bien, y en el caso del destino ilícito del bien. Si bien se consolidó en un primer momento, la propiedad debe ejercitarse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la Ley. Por lo tanto, al estar siendo utilizado para fines ilícitos, no se está ejercitando el derecho a la propiedad en armonía con el bien común y dentro de los límites de la Ley.

Figura 1

Estándares de la Prueba



Nota. El gráfico rotula los estándares aplicables para la valoración de la prueba. Tomado de Greenberg et al. (2009, p. 60).

Si se toma como referencia este gráfico, en orden ascendente, empezando con la base razonable para sospechar, como el primer nivel del estándar probatorio, se puede decir, que para declarar fundada la demanda de extinción de dominio, según las definiciones referentes al estándar probatorio en extinción que se ha indicado, se tendría que llegar al tercer nivel, en tanto el cuarto nivel referido a más allá de toda duda razonable, está prevista para la condena penal y no para extinción de dominio.

La acción de extinción de dominio en el Perú es ejercida por el Ministerio Público, luego de una investigación. Esta tiene el carácter de reservado, luego de lo cual, la Fiscalía debe resolver archivando o planteando ante el órgano jurisdiccional una demanda de extinción de dominio, para cuyo efecto se debe analizar el cumplimiento del nexo de relación entre cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 7 de la Ley, la actividad ilícita que corresponde y los bienes objeto de extinción de dominio.

Cabe precisar que, el Ministerio Público tiene la carga de la prueba con la interposición de la demanda, por cuanto la acción, le corresponde a la fiscalía especializada de extinción de dominio. No obstante, iniciado el proceso de extinción de dominio, esta carga probatoria, también le corresponde a la parte demandada en virtud al principio de solidaridad probatoria, denominado en términos procesales la carga dinámica de la prueba. Esto significa que el que está en las mejores condiciones de probar debe hacerlo, y, precisamente, es la parte demandada quien puede probar que el bien no ha tenido un origen o destino ilícito o exista buena fe.

En ese sentido, Campos (2012) menciona que la carga de la prueba recae en el sujeto del proceso que se encuentra en mejores condiciones, en mayor aptitud para proporcionar el material probatorio vinculado a la materia controvertida, independientemente de si es el actor o el demandado que afirmó el hecho. Esto implica dos aspectos que dan fundamento al estándar probatorio de balance de probabilidades en extinción de dominio. En primer lugar, orienta al juez cómo debe sentenciar cuando no aparezcan en el proceso pruebas que le corresponde al requerido y, en segundo lugar, informa a las partes sobre la obligación que tienen para que los hechos que sirven de sustento de sus posiciones lo demuestren.

Durante el proceso judicial de extinción de dominio, se llevan a cabo dos audiencias. El juez de extinción de dominio en la primera audiencia denominada, audiencia inicial, verifica el interés y legitimación de las partes procesales, resuelve las excepciones o nulidades y, principalmente, resuelve la admisibilidad o rechazo de las pruebas ofrecidas en base a la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba.

Luego de lo cual, se lleva a cabo la audiencia de actuación de medios probatorios, en el que como su propio nombre lo indica, se van a actuar los medios probatorios que han presentado las partes y han sido admitidas en la audiencia inicial. Esta audiencia tiene similitud con la audiencia de juicio oral. En tanto, la característica esencial de este tipo de audiencia es la obtención de la prueba propiamente dicha.

5. Resultados

Ahora surge la pregunta, ¿cuál es el estándar probatorio que debe asumir el juez para declarar fundada o no la demanda interpuesta por el Ministerio Público en materia de extinción de dominio?

El estándar probatorio que debe asumir el juez de extinción de dominio es el estándar utilizado en el derecho civil denominado «balance de probabilidades». Por dos razones: primero, porque el objeto materia del proceso de extinción de dominio, son los bienes, al igual que el derecho civil

patrimonial; y, por otro lado, en base a la carga dinámica de la prueba que se aplica como principio en esta nueva materia del derecho, orienta al juez cómo debe sentenciar cuando no aparezcan en el proceso pruebas que le corresponde al requerido demostrar.

6. Discusión

Haber arribado a la idea de que el estándar probatorio en materia civil debe aplicarse en materia de extinción de dominio, no solo es una cuestión teórica, sino que debe estar basada en argumentos fácticos y legales que se desprendan del ordenamiento legal.

Como se establece en el art. II, numeral 2.3 del Título Preliminar de la Ley, la propia normatividad en extinción de dominio indica que el proceso de extinción es autónomo e independiente del proceso penal, civil u otro de naturaleza jurisdiccional o arbitral.

Entonces, se puede decir que el proceso de extinción de dominio no depende de la materia penal, civil u otra, sino que es un proceso autónomo que cuenta con sus características propias, por lo que su estándar probatorio no depende del proceso penal a pesar de que el artículo I del título preliminar de la Ley indique que los bienes se relacionen a actividades ilícitas.

Asimismo, el ámbito de aplicación de la extinción de dominio, es todo bien patrimonial (art. I del Título preliminar de la Ley) y tiene un carácter real (art. 3 de la Ley). Con ello podemos señalar que, la institución jurídica de extinción de dominio no busca una sanción contra una persona, sino que tiene como finalidad garantizar la licitud de los derechos reales que recaen sobre los bienes patrimoniales (art. 1 de la Ley) de origen o destino ilícito, por tanto, su objeto son bienes, así como también del derecho civil patrimonial, lo que posibilita la aplicación del mismo estándar probatorio.

Por otro lado, luego de la admisión a trámite de la demanda de extinción de dominio, corresponde al requerido demostrar el destino lícito del bien (art. II, num. 2.9 de la Ley), esto es la aplicación de principio denominado carga dinámica de la prueba.

En ese sentido, Díaz - Restrepo (2016) sobre el principio de la carga dinámica de la prueba, señala que cuando hay un hecho que es necesario aclarar por resultar neurálgico para la resolución justa del conflicto jurídico, pero la parte a la que tal hecho le incumbe su probanza, por ser el sustento de la norma cuya aplicación invoca, no se encuentra en condiciones para probarlo y, por el contrario, la otra parte cuenta con mejores elementos para el efecto; el juez puede aislarse de las reglas del *onus probandi* estático, que indican que quien alega un hecho debe probarlo para vincular la actividad

probatoria a la noción de verdad y justificado en la buena fe procesal como deber de las partes, imponerle a la parte contraria la carga de probar tal hecho por estar en mejores condiciones para lograrlo, es decir, aplicar las reglas del *onus probandi* dinámico o de la carga dinámica de la prueba.

Por tanto, la carga dinámica de la prueba al ser una obligación que debe cumplir la parte demandada en un proceso de extinción de dominio debido a que el requerido está en mejores condiciones de probar el hecho, resulta ser, otro de los fundamentos que permite considerar el estándar probatorio civil basado en el balance de probabilidades, por cuanto a pesar de no aparecer en el proceso de extinción pruebas que le den certeza sobre los hechos debido a que puede haber acontecido un hecho que cambie el decurso del proceso de extinción pero al no haberse acreditado, es posible declarar fundada la demanda de extinción de dominio.

Para efectuar una debida valoración de la prueba en materia de extinción de dominio con relación al ilícito penal de lavado de activos y verificar su estándar probatorio, se debe realizar el análisis del nexo causal entre el bien con el ilícito penal, en este caso, de manera concreta se trata del nexo causal que debe existir entre el bien con el ilícito penal de lavado de activos, cuya tipicidad, se encuentra circunscrita a lo descrito en el en el Decreto legislativo n.º 1106.

Gálvez (2014) menciona que para dar por acreditado el delito de lavado de activos, se tiene que acreditar, más allá de toda duda razonable, cada uno de los elementos del tipo penal, siendo estos los siguientes: a) la acción típica; b) el objeto del delito; c) el origen delictivo del objeto; d) el conocimiento o probabilidad de conocimiento del origen delictivo de los activos; y e) la intencionalidad de ocultar el origen o evitar el decomiso o incautación de los activos.

Por lo tanto, siguiendo los lineamientos ya indicados para lograr establecer el estándar probatorio en un proceso de extinción de dominio utilizando un hecho de lavado de activos, primero se debe acreditar el ilícito de lavado de activos.

El lavado de activos es un delito complejo que requiere ser probado a través de prueba indiciaria, pero esta debe ser estructurada conforme lo establece Decreto Legislativo 957 (29 de julio de 2004) y el Acuerdo Plenario 1-2006/CJ-116 (13 de octubre de 2006).

El artículo 158.3 del CPP señala que la prueba por indicios requiere ciertos elementos que deben cumplir los operadores del sistema de justicia penal para la acreditación de un hecho mediante prueba indiciaria, siendo los siguientes:

- i) que el indicio este probado;
- ii) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de experiencia; y
- iii) en caso de indicios contingentes, estos deben ser: a) plurales, b) concordantes, c) convergentes y, que d) no se presenten contraindicios consistentes.

Estas pautas también han sido explicadas en el Acuerdo Plenario 1-2006/CJ-116 que establece que la acreditación de un hecho a través de prueba indiciaria requiere de la concurrencia de las exigencias concretas desarrolladas normativamente por el artículo 158.3 del CPP.

La estructuración de la prueba indiciaria es:

- a) indicios o hechos bases;
- b) el nexos o relación causal; y
- c) hecho presumido, hecho consecuencia o conclusión.

En consecuencia, debe acreditarse con prueba indiciaria el tipo penal de lavado de activos, tomando como referencia, en este caso, lo planteado por Galvez (2014) respecto al cumplimiento de los elementos del tipo penal, y considerando que el estándar probatorio que se requiere para la acreditación en el proceso de extinción de dominio en el lavado de activos solo debe tener como intensidad de acreditación el nivel de probabilidad; el origen o destino ilícito del bien también puede ser acreditado con prueba indiciaria.

7. Conclusiones

- a) Más allá de toda duda razonable, es el estándar probatorio que se aplica en materia penal. Esto tiene una trascendencia fundamental porque permite limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado que se ejerce por medio de los jueces, quienes son los encargados de valorar la prueba y posteriormente emitir una sentencia condenatoria. Este estándar probatorio, exige que al momento de emitir un fallo el juez no tenga ninguna duda acerca de la culpabilidad del acusado, de lo contrario estaría vulnerando el principio de la presunción de inocencia.
- b) En materia civil, el estándar probatorio empleado es inferior al exigido en el proceso penal, puesto que solo se requerirá un análisis de prueba que mayor convicción cause al juez sobre un determinado hecho fáctico. Esto es la decisión judicial que se produce en la prueba preponderante o balance de probabilidades, esto significa que, en una

graduación numérica, la prueba que deberá ser tomada en cuenta en cada decisión, será la que más se acerque a la existencia del hecho.

- c) El estándar probatorio que debe asumir el juez de extinción de dominio, en cualquier ilícito penal, como el ilícito de lavado de activos, es el estándar utilizado en el derecho civil denominado «balance de probabilidades», porque en el proceso de extinción de dominio, al igual que el derecho civil patrimonial, el objeto materia del proceso es el bien y rige el principio de la carga dinámica de la prueba. Implica orientar al juez cómo debe sentenciar cuando no aparezcan en el proceso pruebas que le es exigible a la parte demandada.

Referencias

Abanto, M. (2017). *El delito de Lavado de Activos: Análisis crítico*. Grijley E.I.R.L.

Acuerdo Plenario 1-2006/CJ-116 (13 de octubre de 2006). <https://lpderecho.pe/prueba-indiciaria-competencia-territorial-acuerdo-plenario-1-2006-esv-22/>

Blanco, I. (2012). *El delito de Blanqueo de Capitales*. Aranzadi, SA.

Caro, D. (2020). *El delito de Lavado de Activos en la Jurisprudencia: Estudios, informes y dictámenes Jurídicos*. Jurista Editores E.I.R.L.

Campos, W. (2012). Aplicabilidad de la Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas al Proceso Civil Peruano. Apuntes iniciales. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 201 - 2014. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/23d6910047544a5fbf0bff6da8fa37d8/11.+Campos+Murillo.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=23d6910047544a5fbf0bff6da8fa37d8>

Chocano, P. (2008). *Derecho Probatorio y Derechos Humanos*. Idemsa.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (09 de Setiembre de 2019). Demanda de acción de Inconstitucionalidad. Ciudad de México. https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-07/Acc_Inc_2019_66.pdf

Decreto Legislativo n.º 957 (29 de julio de 2014). Código Procesal Penal. <https://lpderecho.pe/nuevo-codigo-procesal-penal-peruano-actualizado/>

Decreto Legislativo n.º 1106 (19 de abril de 2012). Ley del Delito de Lavado de Activos. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-de-lucha-eficaz-contra-el-lavado-activos-decreto-legislativo-n-1106-778570-3/>

Díaz-Restrepo, J. C. (2016). La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano.

- Vulneración a la igualdad constitucional. *Entremado*, 202 - 221. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/entramado/article/view/470>
- García, P. (2018). El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana. *DERECHO PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 114 - 136. doi:<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.004>
- Gálvez, T. (2014). El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo n.º 1106. Instituto Pacífico.
- Greenberg, T., Samuel, L., Grant, W., y Gray, L. (2009). *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Mayol Ediciones S.A. https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR_Publication_-_Non-conviction-based_Asset_Forfeiture_S.pdf
- Hanco, R. (2019). *El delito de lavado de activos y el Criminal Compliance: Análisis Jurisprudencial y Normativo*. Jurista Editores E.I.R.L.
- Laudan, I (2011). El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal (1.ª ed.). Hammurabi.
- López Pinilla, A. (s.f.). *Estándar de prueba y defensas afirmativas en el proceso penal: Análisis con referencia al caso colombiano y español*. España. https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/11899/LopezPinilla_AnaMaria_2016.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Martínez, M. (2018). La extinción de dominio es constitucional (Análisis de algunos puntos relevantes de la Sentencia 146-2014/107-2017 emitida por la Sala de lo Constitucional). 1-33. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2018/09/CE0A1.PDF>
- Mendoza, F. (2017). *El delito de lavado de activos: Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*. Pacífico editores S.A.C.
- Rosas, J. (2016). *La Prueba en el Proceso Penal*. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.
- Santander, G. (2018). Naturaleza Jurídica de la Extinción de Dominio: Fundamentos de las causales Extintivas. [Tesis de maestría, Universidad Santo Tomás] <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/13246/2018gilmarsantander.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Taruffo, M. (2002). *La Prueba de los hechos*. (J. Ferrer, Trad.). Trotta.



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 3, julio-diciembre, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n3.10



Posibilidades impugnatorias del agraviado respecto al sobreseimiento del proceso

Possibilities to challenge the victim regarding
the dismissal of the process

Percy Raúl Chalco Ccallo*

Cuarta Sala Penal de Apelaciones de Arequipa
(Arequipa, Perú)
pchalco@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-0659-5178>

Resumen: El sobreseimiento es una forma de conclusión del proceso que se produce bien en la etapa preparatoria o en la intermedia, sin llegar al juicio oral. Sus efectos, al igual que la sentencia, es de concluir el proceso de forma definitiva. El agraviado no integra el proceso como «parte», sino un sujeto procesal que solo puede perseguir la reparación civil, pero no la sanción penal, pues esta facultad solo compete al Ministerio Público. Sin embargo, el código adjetivo le reconoce como derecho la apelación de la resolución que ordena el sobreseimiento del proceso y la absolución del acusado. De igual modo, esta misma posibilidad se le otorga al agraviado cuando se apersona al proceso, con el fin de reclamar la reparación de los daños que le fueron causados con

* Juez superior provisional de la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de Arequipa

motivo del hecho ilícito. Con este apersonamiento, adquiere la denominación de actor civil y como tal, además de los derechos que posee como agraviado, tiene otras facultades que le permiten participar activamente en el proceso. El presente trabajo pretende analizar la figura del agraviado y sus facultades dentro del proceso penal, en particular el derecho que tiene —al igual que el actor civil— a impugnar el auto de sobreseimiento, en igual medida que puede impugnar la sentencia absolutoria. Para efecto del análisis, se empieza por distinguir los tipos de acciones que se verifican dentro de un proceso penal y los ámbitos que estos implican, luego a partir de una interpretación de la norma procesal se analiza las facultades impugnativas del agraviado. Al terminar quedarán claros los aspectos o extremos que el agraviado puede impugnar cuando se declara el sobreseimiento del proceso o en su caso, la absolución con la sentencia; es decir, cuáles son los límites a este derecho que le otorga el Código Procesal Penal. El estudio es eminentemente documental y dogmático, en especial se analiza el Código Procesal Penal y la jurisprudencia sobre el tema.

Palabras clave: impugnación, actor civil, acción penal

Abstract: The dismissal is a form of conclusion of the process, which occurs either in the preparatory or intermediate stage, without reaching the oral trial. Its effects, like the sentence, is to conclude the process definitively. The aggrieved person does not integrate the process as a «party», but rather a procedural subject, as such he can only pursue civil reparation, but not criminal sanction, since this power only belongs to the Public Ministry. However, the adjective code recognizes as a right the appeal of the resolution that orders the dismissal of the process and the acquittal of the accused. In the same way, this same possibility is granted to the aggrieved when they appear in the process in order to claim reparation for the damages that were caused by the wrongful act. With this appearance, he acquires the name of civil actor and as such, in addition to the rights he has as a victim, he has other powers that allow him to actively participate in the process. The present work tries to analyze the figure of the aggrieved person and his faculties within the criminal process, in particular the right that he has - like the civil plaintiff - to challenge the dismissal order - to the same extent that he can challenge the acquittal. For the purpose of the analysis, it begins by distinguishing the types of actions that are verified within a criminal process and the areas that these imply, then from an interpretation of the procedural rule, the challenging powers of the victim are analyzed. At the end it will be clear the aspects or extremes that the aggrieved person can challenge when the dismissal of the process is declared or, where appropriate, the acquittal with the sentence; In other words, what are the limits to this right granted by the Code of Criminal

Procedure. The study is eminently documentary and dogmatic, especially the Criminal Procedure Code and jurisprudence on the subject are analyzed.

Key words: appeal, civil plaintiff, criminal action

RECIBIDO: 8/06/2021

REVISADO: 12/07/2021

APROBADO: 30/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

Motiva el presente artículo la verificación en la actividad diaria de un problema que no parece tener una solución adecuada. Este trabajo explicará las posibilidades impugnatorias del agraviado —y del actor civil— respecto al archivo del proceso por sobreseimiento, que tendrá incidencia, cuando esta deriva de la resolución que funda una improcedencia de la acción. También, implicará una referencia a la conclusión del proceso por absolución del procesado, por cuanto ella guarda una relación con el objeto de estudio.

La jurisprudencia existente de forma clara y uniforme precisa que el agraviado, y con mucha mayor razón el actor civil, tienen el derecho a impugnar estas decisiones. Sin embargo, no ingresan al detalle sobre cuál sería el ámbito impugnatorio respecto del auto de sobreseimiento y la absolución. Conforme al Código Procesal Penal el agraviado —o actor civil— solo puede impugnar lo relativo a la responsabilidad derivada *ex delicto* (lo que está fuera de él) esto es, lo relativo a la responsabilidad civil extracontractual, aspecto que nada tiene que ver con el ámbito penal.

El presente artículo ensaya una respuesta a este problema, pero desde el punto de vista procesal y desde su operatividad en el proceso. Analiza principalmente el derecho del agraviado a impugnar el sobreseimiento, a tal efecto se utilizan algunas otras figuras jurídicas que servirán de apoyo. La tarea no es sencilla pues la jurisprudencia ni doctrina nacional han analizado a profundidad este tema

2. El agraviado

En las etapas iniciales, cuando recién se configuraba el proceso penal y cuando la justicia era privada, la víctima tenía un papel importante. Históricamente se sabe que la víctima tuvo su época de oro durante el tiempo de la justicia privada, pues ella buscaba justicia por sus propias manos (Neyra, 2010, p. 253). No en vano existía la famosa ley de Talión «ojo por ojo, diente por diente». Sin embargo, con el paso de los años el legislador ya no consideró relevante la participación de la víctima volviéndolo un personaje secundario.

Parafraseando al profesor Reyna (2008), se puede decir que cuando el derecho penal se iba convirtiendo en público, es decir, era el estado quien se atribuía la potestad de imponer castigos (*ius puniendi*) y monopolizaba esta facultad, expropio el conflicto a la víctima, quien quedó relegado a un papel irrelevante en el mismo (p. 137).

Sobre este mismo fenómeno, el profesor Maier (1991) señala que la inquisición, de forma abrupta, hizo descender a la víctima del pedestal en el que se encontraba, expropiándole las facultades que tenía, pues creó la persecución penal pública. Desplazó por completo la eficacia de su voluntad cuando se trataba del enjuiciamiento penal, transformando el sistema penal en instrumento de control estatal sobre los súbditos (p. 31).

En el Perú, no sucede lo contrario, pues es patente que el agraviado tiene reducidos sus derechos, mientras que la titularidad del derecho penal la ostenta, exclusivamente, el Ministerio Público, con excepciones contadas de procesos por acción privada.

En esta línea, es de recibo la crítica del papel de la víctima en el sistema latinoamericano que efectúa Cabrera (2018), cuando dice que la tendencia actual es acercarse al procedimiento criminal norteamericano, en el que quien persigue es el fiscal y la víctima solo es un «testigo» por cuanto se concibe al delito como un «acto contra el estado». Ante esta problemática, refuta, pues se hace necesario sentar los cimientos de un proceso penal orientado fuertemente hacia la solución de los conflictos, ya que el monopolio acusatorio del fiscal solo fortalece un sistema inquisitivo, sin satisfacer las exigencias que tiene el principio acusatorio como garantía de imparcialidad.

Para analizar los aspectos indicados en la presente, se empezará por señalar qué se entiende por agraviado en el proceso penal, empero previamente se partirá del concepto de víctima, que es la que fundamenta la condición de agraviado en el proceso penal.

Las Naciones Unidas, el año 1985, hizo una declaración indicando los Principios básicos de Justicia para aquellas víctimas del delito y del abuso de poder, y analizaron el concepto de víctima. Así, se indicó que víctima es la persona que, individual o colectivamente, haya sufrido ya sea daños, lesiones físicas o mentales, u otro tipo de sufrimientos como el emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, ello como consecuencia de acciones u omisiones que viole la legislación penal vigente o la que proscribe el abuso de poder.

Esta declaración incluía además a todos aquellos familiares o personas a cargo que se relacionen de forma inmediata con la víctima directa y a las

personas que hayan sufrido daños al intervenir para ayudar o apoyar a la víctima en peligro o para evitar la victimización.

Ahora, la víctima de un hecho ilícito dentro del proceso penal será considerada como agraviada. De este modo, el artículo 94 del código adjetivo precisa, entre otros, como agraviado a toda persona natural —o jurídica— que sea ofendido directamente por el hecho delictivo o perjudicado por las consecuencias del delito.

El mismo artículo detalla que es agraviado:

- i) Las personas que se encuentren en el orden sucesorio previsto por el artículo 816.º del Código Civil, ello en el caso de que se produzca la muerte del agraviado.
- ii) En cuanto a delito que afecta a las personas jurídicas y que haya sido cometido por quienes la dirigen, controlan o administran, agraviados serán los accionistas, asociados, socios o miembros de esta.
- iii) En aquellos delitos considerados como crímenes internacionales respecto a los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Perú, así como las conductas delictivas que perjudican intereses difusos o colectivos, en los que su titularidad afecta a un número no determinado de personas, serán agraviados las asociaciones.

Como se puede apreciar, la norma procesal regula el concepto amplio de agraviado, pues, según Villegas (2014), se denomina ofendido al sujeto pasivo y perjudicado al tercero que sufre las consecuencias del delito. A decir de este autor, ello significa que no solo el titular del bien jurídico protegido tiene esta condición, sino también las terceras personas que han quedado afectadas directa o indirectamente por el delito (perjudicados directos e indirectos). En tal sentido, agraviado no siempre será el sujeto pasivo de la conducta delictiva.

Finalmente, es importante indicar que el *estatus* del agraviado es de sujeto procesal, pero no la condición de parte procesal, que sí le concede al actor civil constituido. La importancia de ello se verá más adelante.

3. El sobreseimiento del proceso

Como segunda cuestión, es importante definir la figura procesal del sobreseimiento. Para el profesor San Martín (2015):

- ▶ El auto de sobreseimiento es una resolución judicial definitiva, emanada del juez de investigación preparatoria, mediante la cual se pone fin a un procedimiento penal incoado con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad de los efectos de la

cosa juzgada, es decir que tiene el mismo alcance que una sentencia absolutoria. (p. 373)

Para Gomez (1997), citado por Sánchez (2009, p. 170), el sobreseimiento es:

La resolución judicial que pone fin al proceso, una vez concluido el procedimiento preliminar, y antes de abrirse el juicio oral con efecto de cosa juzgada, por no ser posible una acusación fundada, bien por inexistencia del hecho, bien por no ser el hecho punible, finalmente, por no ser responsable criminalmente quien hasta ese momento aparecía como presunto autor, en cualquiera de sus grados.

El legislador peruano en el Código Procesal Penal dedicó un título completo denominado «El sobreseimiento» que va del artículo 344 a 348. Sobre la procedencia de esta forma de conclusión del proceso, en el artículo 344, numeral 2, indicó:

Es procedente sobreseer el proceso en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el hecho que motiva la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado;
- b) Cuando el hecho atribuido no contiene los elementos de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad o de no punibilidad;
- c) Cuando la acción penal esta extinguida; y,
- d) Cuando no existan elementos de convicción suficientes para requerir de forma fundada que se enjuicie al imputado o cuando no es posible razonablemente incorporar nuevos datos a la investigación.

En consecuencia, es fácil desprender que el sobreseimiento se funda en tres aspectos esenciales: inexistencia de un hecho, no punibilidad del mismo o irresponsabilidad del presunto autor.

Sin embargo, estas no son las únicas causales de sobreseimiento que regula el Código Procesal Penal, pues existen otros supuestos que dan lugar a su declaración, entre ellas tenemos:

- ▶ Cuando la acción penal fue promovida y se solicita la aplicación del principio de oportunidad o acuerdo reparatorio, el juez en caso de aceptarla, declara el sobreseimiento del proceso (art. 2, num. 7).
- ▶ Al levantarse la suspensión del proceso y resuelta la cuestión prejudicial que la motivó, en otra vía extrapenal se declaró un aspecto relacionado al carácter delictivo del hecho atribuido; según lo resuelto, el juez tiene la posibilidad de declarar el sobreseimiento del proceso (art. 4).

- ▶ En el caso de considerar fundadas las excepciones de improcedencia de la acción, cosa juzgada, amnistía o prescripción, el juzgador debe declarar la conclusión del proceso dictando el sobreseimiento (art. 6).
- ▶ Cuando los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio oral y el Ministerio Público hizo retiro de acusación, en caso de ser aceptado por el juez también se declarará el sobreseimiento (art. 387, num. 4).
- ▶ Finalmente, también procede dictar el sobreseimiento cuando el querellante, sin justificación, falta a la audiencia de juicio oral a la que fue convocado o se ausente en plena realización (art. 462, num. 5).

Estas causales de sobreseimiento se sustentan en diferentes razones. Primero, por política criminal de no persecución de delitos de poca significancia. Segundo, por la no punibilidad del hecho en caso de cuestión prejudicial. Tercero, por una cuestión formal de no configuración de los presupuestos procesales que permiten validar la relación jurídica, ello cuando se verifica las excepciones procesales. Cuarto, cuando no existe un interés para obrar de parte del persecutor penal sea el Ministerio Público ante el retiro de acusación o el querellante ante su inasistencia o ausencia de juicio oral.

La jurisprudencia también tuvo oportunidad de definirla, así la Corte Suprema a través de la Sala Penal Permanente, en la Casación n.º 181-2011-Tumbes, precisó:

Entendemos por sobreseimiento aquella figura jurídica mediante la cual el órgano jurisdiccional que conoce un proceso da por concluida su tramitación sin emitir una decisión final sobre el fondo del problema, no se pronuncia respecto a si el imputado es responsable o no de las imputaciones que pesan en su contra al haber concurrido las causales contenidas en la norma procesal penal —num. 2 del art. 344 del Código Procesal Penal—, estando facultado el Juez de la causa a aplicarla cuando concurre cualquiera de las causales enumeradas en el considerando anterior.

Aquí es evidente que la Corte Suprema solo atendió para la definición del sobreseimiento a los supuestos indicados en el artículo 344 del código adjetivo, sin considerar aquellas indicadas en otros artículos del propio código.

Sobre el efecto que produce el sobreseimiento del proceso, el artículo 347.2 del Código Procesal Penal refiere que implica archivar de forma definitiva el proceso con relación a favor del imputado respecto del cual se dicte, teniendo como efectos una decisión final; es decir: autoridad de cosa juzgada. Sobre ello el profesor Gimeno (2010), al hablar sobre el sobreseimiento, dice que es:

la resolución firme, emanada del órgano jurisdiccional competente en la fase intermedia, mediante la cual se pone fin a un procedimiento penal incoado con una decisión que, sin actuar el «*ius puniendi*», goza de la totalidad o de la mayoría de los efectos de la cosa juzgada. (p. 373)

Entonces, en una resolución que genera la cosa juzgada resulta importante su evaluación y determinar las posibilidades impugnatorias del agraviado –y del actor civil. Para ello, se debe realizar algunas precisiones importantes.

4. La pretensión civil dentro del proceso penal

El Código Procesal Penal distingue la existencia de dos acciones al interior de un proceso penal: la primera será la acción penal y la segunda la civil. Lo anterior queda en claro cuando el artículo 1 del referido código señala el carácter de público de la acción penal y que el ejercicio de la acción está reservado al Ministerio Público. Luego, en el artículo 11, precisa que a este último le corresponde ejercitar la pretensión civil que deriva de la conducta delictiva, pero en especial al perjudicado con el hecho ilícito. En consecuencia, una es la pretensión penal y otra la pretensión civil.

Sobre el particular, la Corte Suprema emitió diversos acuerdos plenarios en los que ha distinguido la naturaleza y características de ambas acciones. Así el Acuerdo plenario n.º 6-2006/CJ-116 (13 de octubre de 2006) señaló que dentro del proceso penal existe una acumulación obligatoria de dos pretensiones: civil y penal.

El Acuerdo Plenario n.º 5-2008/CJ-116 (18 de julio de 2008) refiere que en el proceso penal existe una acumulación heterogénea de acciones: la acción penal y la acción civil, precisando que ambas acciones tienen elementos comunes, pero también diferenciadores.

Por su parte el Acuerdo plenario n.º 4-2019/CIJ-116 (10 de septiembre de 2019), efectúa una serie de precisiones relativas a este tema dejando sentado que se trata de acciones diferentes. Así se afirma de forma concreta que tanto ambas acciones (penal y civil) derivan de los hechos, aclara además que la segunda no es consecuencia de la primera. Luego precisa que la responsabilidad civil no nace porque se trate de un delito, sino porque se verifica un daño (fundamento 25). Más adelante, en su fundamento 26 afirma que ambas acciones derivadas del hecho delictivo (entiéndase hecho ilícito), tienen indudable autonomía pese a tratarse de los mismos hechos, por tanto, fijan las consecuencias jurídicas que cada derecho material prevé.

El mismo acuerdo plenario en su fundamento 29 afirma que, si no existe actor civil constituido, la legitimación activa le corresponde al Ministerio Público, quien debe incorporar en su acusación una sección dedicada al objeto civil y, si ella estuviera ausente, corresponde al juez de investigación

preparatoria devolver la requisitoria escrita al Ministerio Público para que postule formalmente la pretensión civil.

Lo anterior, guarda relación con el fundamento 26 parte final, cuando refiere que la pretensión civil o demanda civil, debe contener los criterios de imputación civil a diferencia de aquellos de orden penal, tales como hecho dañoso, nexos causal, factor de atribución, tipos de daño (lucro cesante, daño moral o daño emergente) y la verificación de fracturas causales o inmunidades.

Finalmente, en los fundamentos 30 y 31 nos precisa que la demanda civil (acto procesal de la acción civil) debe ser saneada en igualdad de condiciones que la acusación (acto procesal de la acción penal) y que, en caso de continuarse ambas acciones, el proceso estará a cargo del juzgado unipersonal o colegiado, dependiendo de la cuantía de la pena. Sin embargo, en caso de solo continuarse con la acción civil la competencia será, siempre, del juzgado unipersonal.

5. Ejercicio de la pretensión penal y civil

Como se ha referido precedentemente, en el proceso penal se gestiona o tramita dos acciones, ambas a gestión del Ministerio Público. La titularidad de la acción penal resulta del mandato de la Constitución y de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Respecto de la acción civil, el fiscal posee legitimidad extraordinaria, pero representando al agraviado, tal como establece la citada Ley Orgánica en su artículo 1. No obstante, es oportuno señalar, que la acción civil es de exclusiva responsabilidad del agraviado cuando apersonándose al proceso queda constituido como actor civil de conformidad al artículo 11.1 del código adjetivo.

El artículo 95.1. d) del Nuevo Código Procesal Penal peruano (NCP) señala que el agraviado tiene la facultad de apelación la resolución que ordena el sobreseimiento y la sentencia que absuelve al procesado —este artículo describe los demás derechos que este sujeto procesal tiene. Sin embargo, resulta claro que solo podrá impugnar lo relativo a la pretensión civil de la resolución —pero solo desde la impugnación del sobreseimiento o la absolución—, ello en tanto no le es posible impugnar el extremo penal, cuya titularidad le corresponde al Ministerio Público y, además porque el artículo 407° numeral 2 del código adjetivo recién mencionado, señala que al actor civil solo le está permitido cuestionar el objeto civil del proceso.

Entonces, con mucha mayor razón el agraviado no puede tener derechos más allá de los que ostenta el actor civil. Esto significa que el actor civil —como parte procesal—, además de ejercer sus propias facultades, sí puede apelar el sobreseimiento y también cuando se dicta una sentencia absolutoria,

conforme lo autoriza el artículo 104° del mismo código, claro está, con la particularidad que su atribución siempre estará constreñida al objeto civil.

En consecuencia, no es posible admitir que el agraviado o el actor civil estén facultados legalmente para cuestionar el extremo penal del proceso, ámbito que solo corresponde al Ministerio Público. En el sistema penal peruano solo existe un fiscal persecutor del delito y no dos.

Sobre este aspecto la Corte Suprema, en específico la Sala Penal Permanente, a través de la Casación n.º 353-2011-Arequipa, precisó como doctrina jurisprudencial vinculante que:

Tampoco implica que la víctima o el perjudicado puedan desplazar al fiscal, titular de la acción penal, según lo previsto en el artículo 159 de la constitución o al juez en el cumplimiento de sus funciones constitucionales o que su participación transforme el proceso penal en un instrumento de represalia o venganza contra el procesado.

Esta posición tiene sustento en una interpretación sistemática del artículo 407.2 del Código Procesal Penal que faculta al actor civil a impugnar únicamente el extremo civil de la decisión, además porque el artículo 105 precisa que no le está permitido pedir sanción. Entonces, si como parte del proceso y persecutor exclusivo de la reparación civil, se le faculta exclusivamente a cuestionar el extremo civil, con mayor razón al agraviado solo le es posible impugnar este aspecto.

Lo anterior traerá como consecuencia la declaración de inadmisibilidad del recurso impugnatorio del agraviado —o del actor civil— cuando estén dirigidos a cuestionar aspectos relacionados a la responsabilidad penal que tiene el procesado, como son la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y penalidad de la conducta imputada. En la Casación n.º 546-2015-Arequipa, la Corte Suprema describe una apelación interpuesta únicamente por la agraviada en la que la sala superior la declaró inadmisibile —por resolución del 17 de abril del 2015— en razón a que el ámbito de su apelación era el objeto penal, respecto de la cual carece de titularidad. Con ello se ratificaba el principio acusatorio que solo incumbe previsto para el Ministerio Público.

En esa misma línea, se ha pronunciado la Sala Permanente en la Casación n.º 413-2014, Lambayeque, en cuyo fundamento vigésimo primero y vigésimo segundo afirmó que de apelarse una sentencia absolutoria o sobreseimiento solo por el actor civil —y el Ministerio Público está conforme— si el fiscal superior mantiene la conformidad, en virtud del principio acusatorio la decisión de primera instancia debe confirmarse. Este criterio fue ratificado por esta misma sala suprema en las Casaciones n.ºs 879-2016-Piura y 187-2016-Lima.

Tema aparte, es que esta Casación n.º 413-2014, Lambayeque, es una decisión que trastoca el debido proceso, pues, pese a que el fiscal provincial no impugne, la decisión aún no será firme si existe apelación del actor civil. Esta situación deja en indefensión al imputado. Por otro parte, al no existir pretensión del Ministerio Público no es posible una revocatoria, sino la nulidad o de ser el caso el otorgamiento de un periodo suplementario de investigación. Finalmente, queda claro que se deja al arbitrio del fiscal superior, primero su asistencia a la audiencia de apelación y luego su concordancia con el fiscal provincial.

Volviendo al tema, sucede lo contrario si el recurso impugnatorio está dirigido a cuestionar el extremo civil, en particular, la configuración de los componentes de la responsabilidad civil extracontractual anterior delito, como son el daño causado, la antijuridicidad, el nexo causal y el factor de atribución dolo, culpa o riesgo.

Sobre el ámbito de impugnación que tiene el agraviado debe señalarse que su facultad, definitivamente, es menor que la del actor civil, pues aquel no participa —ni le es posible hacerlo— activamente a lo largo del proceso. En consecuencia, su actuación solo será para determinados actos que derivan de sus derechos regulados en el artículo 95 del código adjetivo, los cuales son:

- a) Derecho ser informado, siempre que lo solicite, de cuál fue el resultado de la actuación en la que intervino, así como del procedimiento, aunque no haya participado en él.
- b) Siempre que lo solicite debe ser escuchado antes de que se decida sobre la extinción o suspensión de la acción penal.
- c) A ser tratado de forma digna y con respeto por las autoridades competentes; a que se le proteja su integridad y la de su familia. Preservándose su identidad en caso de delitos contra la libertad sexual.
- d) Derecho a apelar el sobreseimiento y la emisión de sentencias absolutorias.
- e) Debe ser informado de sus derechos al interponer su denuncia, al momento de declarar o en su primera intervención en el proceso.
- f) Derecho a estar acompañado por una persona de su confianza en caso de ser menor de edad o incapaz.

De lo anterior, es evidente que, teniendo el derecho a ser escuchado por el órgano fiscal o judicial antes de archivar el proceso, el agraviado no puede, por su calidad de sujeto procesal, a diferencia del actor civil que es parte procesal —incorporar una pretensión específica valorando o cuantificando los conceptos que comprenden la reparación civil. Es decir, no introduce al

proceso penal una pretensión propia y autónoma para ser decidida por el juzgador, sino que está sujeto a la que fue propuesta por el fiscal.

En consecuencia, tampoco constituye una de sus facultades requerir montos mayores a los decididos o solicitar la imposición de una reparación civil, ante la negativa —o fijación diminuta o distinta— de la reparación civil. En conclusión, al no haber introducido una pretensión resarcitoria en el proceso, no es lógico que pueda reclamar su imposición, aumento o variación.

Sin embargo, el actor civil tiene mayores facultades que el agraviado, por cuanto luego de apersonarse al proceso y aceptarse su constitución como actor civil adquiere la condición de «parte procesal».

En tal sentido, según el artículo 104.º del NCPP y, sin perjuicio de los derechos que tiene como agraviado, tiene otras prerrogativas. Entre estas, puede solicitar que se declare la nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación o de prueba, intervenir en las diligencias de investigación y de prueba, participar en el juicio oral, formular recursos impugnatorios que la Ley prevé, participar —cuando corresponda— en el procedimiento de imposición de medidas limitativas de derechos, así como solicitar lo conveniente para salvaguardar sus derechos.

Entonces resulta evidente que el actor civil tiene mayores posibilidades de actuación y participación en el proceso penal, en relación al agraviado. Pero ambos tienen la misma prerrogativa para apelar la resolución que ordena el sobreseimiento y la sentencia que absuelve al imputado.

Volviendo al tema y sobre el derecho a impugnar, el máximo tribunal indicó el EXP. n.º 00419-2013-PA/TC que:

4. El derecho a los recursos o medios impugnatorios, como contenido implícito del derecho constitucional al debido proceso (artículo 139.º inciso 3) [STC n.º 05194-2005-PA/TC, fundamento 3], o bien como manifestación directa del derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139.º inciso 6 de la Constitución) es un derecho de configuración legal mediante el cual se posibilita que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano jurisdiccional superior. (...)

6. (...) Dicho en otras palabras: el derecho fundamental a los recursos o a la pluralidad de instancias es uno de carácter expectativo que protege el acto mismo de su interposición, pero nada dice ni puede decir de su resultado, que puede ser o favorable o desfavorable; es decir, no garantiza «que toda pretensión planteada a través de los medios impugnatorios deba ser amparado u otorgado», ni tampoco «un pronunciamiento sobre los extremos planteados en el medio impugnatorio» [STC n.º 06149-2006-AA/TC y 6662-2006-AA/TC (acumulados), fundamento 27].

En consecuencia, existe un derecho a impugnar que no protege un resultado favorable o que la pretensión sea amparada, pero sí a una respuesta por parte del órgano jurisdiccional de segunda instancia.

6. Del sobreseimiento dictado en etapa de investigación preparatoria

Lo indicado en los ítems anteriores, está referido básicamente a la fase intermedia. No obstante, en la fase de investigación preparatoria, existen otros motivos que también dan lugar al sobreseimiento. Uno de los supuestos está regulado por el artículo 6 del Código Procesal Penal —aunque también puede ser planteado en la fase intermedia—, denominado como excepción de improcedencia de acción, la cual se verifica cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.

Si este medio de defensa de forma se declara fundada, implica dictar una resolución por el cual se archiva el proceso (se sobresee). Como puede advertirse, no existe pronunciamiento sobre la existencia o inexistencia del hecho ilícito o sobre la autoría del mismo, en consecuencia, *a priori* no afecta, en modo alguno, los derechos o intereses de la víctima —y en su caso del actor civil.

La responsabilidad extracontractual no se sustenta en la tipicidad penal del hecho o en su punibilidad, es decir, no deriva de un delito, tampoco depende de si la conducta es sancionable o no. Sí dependerá de un hecho previo y de la configuración de cada uno de los componentes de la responsabilidad extracontractual: daño, antijuridicidad de la conducta, nexo causal y factor de atribución.

Si alguna «afectación» puede producir esta situación al agraviado, es al declararse el archivo fenece la investigación preparatoria. Sin embargo, ello no constituye mayor problema, pues si la razón es que el hecho no califica como delito o no es justiciable penalmente, el interés público también ha fenecido y no existe, tiene mayor justificación para que continúe la investigación. Ahora, en caso de haberse constituido en actor civil, esta parte puede optar por continuar el proceso, pudiendo solicitar al juez de investigación preparatoria el saneamiento procesal respecto a la acción civil, a cuyo efecto deberá de incoar una demanda en forma, o de ser el caso, simplemente podrá demandar ante el juez civil como cualquier ciudadano.

En el caso del agraviado, es de aplicación lo dispuesto en el fundamento 28° del Acuerdo plenario n.º 4-2019-CIJ-116, en cuanto indica que:

En caso de sobreseimiento, si no existe actor civil constituido en autos (...) corresponde, previamente, instar al Fiscal —si no lo hubiera hecho— una definición específica sobre este ámbito —no se le obliga que requiera una reparación civil, sino que se pronuncie sobre ella.

En esa línea, añade el acuerdo plenario en mención que es pertinente que la requisitoria fiscal sea integral (ámbito penal y civil); salvo que exista

renuncia expresa del perjudicado por el daño o la precisa indicación de que accionará en la vía civil en un proceso independiente.

En el aspecto operativo, el Acuerdo plenario n.º 04-2019-CIJ/116 reconoce la autonomía de la acción civil y penal. Por ello, en su fundamento 28.º precisó que —durante la etapa intermedia— en caso de producirse el sobreseimiento corresponde al fiscal la definición específica sobre la reparación civil —que se pronuncie sobre ella— ello cuando no exista actor civil constituido en el proceso. Por otro lado, en caso de existir actor civil apersonado este deberá pronunciarse de forma expresa sobre el extremo civil. La Corte Suprema resaltó que en cualquiera de estos supuestos existe la necesidad de control y verificación por parte del órgano jurisdiccional. Finalmente, es claro que el pronunciamiento fiscal sobre la reparación civil es exigible cuando se formule un requerimiento de mixto (sobreseimiento y acusación) o cuando se formule acusación.

Por otro lado, en caso de que el Ministerio Público no se pronunció sobre la reparación civil antes de la decisión sobre el sobreseimiento o la absolución, y no fueron objeto de análisis por parte del juzgador los aspectos relativos a la pretensión civil, se incurre en una nulidad del juicio civil. La razón es la ausencia de motivación sobre los presupuestos de la acción civil, empero ello no implica en modo alguno la anular del juicio penal.

No debe ser extraño a los operadores jurídicos realizar un juicio civil autónomo dentro del proceso penal aplicando la «cesura», como se produce en los casos de conclusión anticipada del proceso o conformidad en el juzgamiento y que el último Acuerdo plenario n.º 4-2019/CIJ-116 lo prevé (fundamento 31).

En dicho sentido, el juez deberá efectuar el saneamiento correspondiente y, de ser el caso, continuar el trámite conforme al Acuerdo Plenario en mención (fundamento 26º y 31º) con el fin de determinar la existencia o no de responsabilidad civil extracontractual y, si fuere el caso, cuantificar el daño; ello implica que el Ministerio Público se pronuncie ante el juez de garantías respecto de la acción pretensión civil, pues mantiene la legitimidad extraordinaria de dicha acción y representa los intereses del agraviado.

Para analizar la impugnación en esta etapa, no solo se tomará en cuenta los motivos de la impugnación (agravios) y la decisión judicial impugnada, sino especialmente el hecho que atribuye el fiscal y que aparece descrito en la disposición por el cual se formaliza la investigación o en su caso, se acusa formalmente al imputado. Así los cuestionamientos relativos a la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad no pueden ser aceptados como objeto de reclamo por la parte agraviada o actor civil; quedando firme la

resolución de este extremo, en tanto el Ministerio Público no impugne la decisión.

Si el agraviado solo puede impugnar el sobreseimiento y la absolución, aunque no cuente con las mismas facultades o extensión que tiene el actor civil, queda por determinar cuál es el ámbito exacto de su derecho de impugnación respecto a estas decisiones que ponen fin al proceso. Precisamente este último aspecto —poner fin al proceso— es lo que le otorgará el interés para poder efectuar la impugnación ante este tipo de decisiones.

7. Materiales y métodos

Por ser un estudio dogmático, se utilizaron como fuentes las decisiones de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional (TC); verificándose en sus páginas web y efectuando búsquedas relacionadas al tema. También se consideraron las resoluciones de Corte Superior que se pronuncien sobre el tema.

Se han revisado tesis o trabajos de investigación de diferentes universidades y revistas, para tal efecto, se visitaron, a través de internet, los principales portales web que contienen artículos científicos.

Se verificaron textos sobre derecho procesal penal y revistas publicadas por instituciones nacionales.

8. Métodos

Se ha revisado el material bibliográfico de derecho procesal relacionado a la figura de la víctima en el proceso penal.

Se han recopilado resoluciones (jurisprudencia) de las páginas de internet y también de la Corte Superior de Arequipa, con el fin de ubicar decisiones relacionadas al tema objeto de estudio.

La principal fuente de información son los textos especializados, la jurisprudencia nacional y comparada. Se analizaron los mismos en búsqueda de información relacionada al tema estudiado.

9. Resultados

Una verificación de la situación actual del tema estudiado dio como resultado que varios autores han analizado la problemática proponiendo tesis distintas como se verá a continuación:

Reyes (2014) precisa que no es necesario que el agraviado este constituido en actor civil para reclamar una pretensión civil dentro del proceso penal, ello en el caso que se requiera el sobreseimiento del mismo o se emita sentencia absolutoria, pues en ambos casos puede apelar la resolución. Se concluye

que el legislador debe indicar de forma expresa sus derechos en particular cuando tiene la facultad de impugnar el sobreseimiento y la absolución.

Vásquez (2014) señala que el mensaje de la Corte Suprema es ambivalente, pues, si bien afirma que el agraviado solo impugna el extremo patrimonial, no le impide impugnar el sobreseimiento, es decir, se busca que el proceso tenga éxito: condena. Finalmente, precisa que cuando apele un auto de sobreseimiento derivado de la ratificación del fiscal superior del requerimiento del fiscal provincial, solo será posible invocar un error in *procedendo*, pues en este caso la Sala de Apelaciones no puede ordenar que el Ministerio Público acuse.

Villegas (2014) manifiesta que en virtud de los derechos que tiene el agraviado (tutela procesal efectiva, debido proceso, información, a ser oído, defensa, pluralidad de instancias y la verdad) sí puede apelar el sobreseimiento respecto a si el hecho es delito o no, sin implicar que se le otorgue la razón, sino como control de actuación del fiscal y del juez, lo cual no comprende inmiscuirse en las facultades persecutorias del fiscal.

Pérez (2014) señala que el auto de sobreseimiento es apelable por cuanto genera cosa juzgada y lo es por parte del agraviado no en sentido de buscar venganza, sino en el de que la justicia se aplique en la medida de la culpabilidad del que cometió el delito. Además, porque no siempre corresponde imponer penas a los responsables. Y resalta que ello deriva principalmente de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Escobedo y Paucar (2014) afirman que el agraviado no tiene legitimidad para ejercitar la acción civil ni penal, entonces carecen también de legitimidad para apelar una sentencia absolutoria —por ende, un sobreseimiento—, las cuales corresponde al fiscal y al actor civil, cada uno en su ámbito. Asimismo, al no tener pretensión alguna no sufre perjuicio alguno al dictarse el sobreseimiento o absolución. La legitimidad no puede sustentarse en un deseo subjetivo de condena del procesado.

Álvarez (2016) afirma que la norma procesal autoriza de forma expresa la impugnación por parte del agraviado del sobreseimiento y la absolución y que, salvo un cuestionamiento constitucional, su legitimidad está autorizada por ley. Agrega que se fundamenta en el derecho a la verdad, tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad. Se trata de brindar una posibilidad de que se controle la actuación fiscal. Este control se ejerce —según la Queja Excepcional 1678-2006 Lima dictada por la Corte Suprema— en dos supuestos: en caso de afectarse el derecho a la prueba del actor civil (rechazo inmotivado o irrazonable de solicitudes de investigación o cuando no se ejecutaron por causas no atribuibles al actor civil) y cuando la existe manifiesta arbitrariedad

en la decisión fiscal (por análisis insuficiente, contradictorio o indebida valoración de actos de investigación).

El tema propuesto aún no está definido.

10. Discusión

Sobre estos trabajos se considera que no dan una respuesta satisfactoria al problema planteado, pues además de tener propuestas confusas no logran indicar con claridad el ámbito impugnativo que tiene el agraviado. La mayoría acepta que el agraviado sí puede impugnar el sobreseimiento, pero no saben explicar cuáles serían los extremos o el sentido en que lo pueden realizar.

Del estudio, se ha determinado que el agraviado suele impugnar el auto de sobreseimiento cuestionando aspectos relativos al ámbito de la persecución penal. Se ha verificado que existe un vacío o deficiencia y que la jurisprudencia no ha resuelto el tema.

La Casación n.º 353-2011-Arequipa parecía dar luz sobre la solución, pero se limitó a reiterar el aspecto indicado en el código procesal, por ello es que Reyes (2014) la cuestiona indicando que no solucionó el problema de la impugnación del agraviado respecto al sobreseimiento y la absolución. Pues no analizó ni puntualizó con más detalle su pretensión concreta, qué procedimiento debía seguirse y qué alternativas tendría la Sala Superior para resolver esta impugnación. Más adelante indica que, en realidad, lo que se le faculta es a ser escuchado antes de cada decisión.

Ahora bien, las posiciones existentes sobre el tema han sido claramente delimitadas por Escobedo y Paucar (2014), los cuales en una primera postura afirman la inexistencia de legitimidad del agraviado para impugnar la absolución-sobreseimiento. La segunda establece la legitimidad, pero únicamente para requerir la nulidad de dicha decisión. Y la tercera determina en qué se garantiza la apelación, pues su legitimidad se funda en la satisfacción de su pretensión.

El profesor Reyes (2004) precisó al respecto que el agraviado, además de peticionar la reparación civil, puede oponerse al sobreseimiento, solicitar su nulidad o pedir una investigación suplementaria en caso de nulidad absoluta. Esta posición está avalada por el Tribunal Constitucional que, en la STC 4620-2009-PHC/TC, afirmó que por regla general el principio acusatorio debe afirmarse, pero excepcionalmente puede ceder ante la interdicción de la arbitrariedad de los actos del fiscal, ello, de forma taxativa, cuando no se controló adecuadamente el sobreseimiento y ante la no valoración de prueba en perjuicio del derecho de la parte civil. Sin embargo, es excepcional y así lo dice el TC.

Vásquez (2014) indica que el agraviado necesita saber por qué no es amparable su punto de vista sobre el proceso, haciendo el acápito que no se trata de su pretensión, sino de su perspectiva del proceso, en tanto su calidad de víctima.

A decir de Villegas (2014), la víctima tiene derecho a la justicia, reparación y a la verdad, los cuales deben ser garantizados a través de su derecho de petición, a ser informado, a ser protegido física y jurídicamente, al resarcimiento por el daño ocasionado y a intervenir en el proceso.

Para responder al problema planteado se propone la siguiente premisa: en el proceso penal las acciones civil y penal derivan de los mismos hechos que aparecen descritos en la disposición que formaliza la investigación preparatoria o en el requerimiento acusatorio (según la etapa en que se encuentre el proceso), estos fácticos constituirán los márgenes o límites sobre los cuales se determinarán y definirán tanto el objeto penal como el objeto civil.

En concreto, se trata de un solo relato circunstanciado del hecho que sirve para fundar la pretensión civil y penal. El relato será único en relación al hecho principal y sus circunstancias. Por ello, si bien ambas pretensiones son autónomas, deben resolverse dentro del mismo proceso. Lo anterior no impide que se incorporen algunas precisiones tanto en el ámbito penal (imputación fiscal) como en el ámbito civil (demandad civil), con la finalidad de configurar los elementos de cada una de las acciones.

Ciertamente, si ambas pretensiones «nacen» del mismo hecho, solo es posible admitir que el legislador le haya otorgado al agraviado la posibilidad de impugnar el sobreseimiento y la absolución, en el entendido que estas decisiones le pueden causar o le causan afectación o perjuicio a sus derechos. En tal sentido, corresponde analizar estas figuras procesales para determinar en qué casos o supuestos el agraviado se verá perjudicado con la decisión judicial.

Sobre este punto, en la sentencia del EXP. N.º 02171-2012-PA/TC, el Tribunal Constitucional señaló, en su f. j. 13, que el agraviado puede impugnar los actos procesales que de modo general le afectan sus derechos. En concreto, se requiere de un agravio a los intereses de la víctima.

Esta afectación a sus intereses partirá de la premisa que con estas decisiones se pone fin al proceso. Es decir, se cierra la posibilidad de emitir una decisión futura que pueda satisfacer las expectativas del agraviado, causándole un perjuicio o agravio.

Sobre este aspecto, el profesor Claría (1998) nos ilustra con su significado, así dice:

El agravio es objetivo y surge de la diferencia de lo reclamado o esperado con lo resuelto. La necesidad del agravio es un límite subjetivo a la facultad de impugnar, y se obtiene en función del interés que se pretende hacer prevalecer. Ese interés debe ser directo, vale decir exhibido como consecuencia inmediata de la resolución a impugnar en cuanto desmejore o contradiga la expectativa de la parte. El interés y el perjuicio deben ser prácticos, quedando excluido todo fundamento ético o doctrinal. (p. 286)

Entonces, efectuando una interpretación teleológica, es posible afirmar que, en determinados casos estas decisiones que finalizan el proceso — sobreseimiento— le causan un agravio directo a los intereses de la víctima. Así será en el caso que el sobreseimiento o la absolución se fundamenten en la no ocurrencia del hecho, la imposibilidad de atribuirle la misma al imputado o la existencia de duda sobre su responsabilidad.

La indicación aquí reseñada fue resaltada en el fundamento 26, párrafo cuarto del Acuerdo plenario n.º 04-2019-CIJ/116. Sin embargo, antes de ella, la Sala Penal de la Corte Suprema en la Casación n.º 546-2015, Arequipa, en su fundamento décimo tercero precisó que:

Por inexistencia del hecho cabe precisar dos supuestos: (a) cuando este probado que el hecho no ha sucedido, y, (b) cuando resulte probado que el acusado no fue el autor del hecho criminal, pues se entiende que, respecto de este, el hecho no ha ocurrido (...) es cierto que la declaración acerca de la existencia de los hechos (...) evidentemente condiciona no solo la posibilidad de imponer una pena, sino también la de obligar la responsable al pago de un concepto indemnizatorio.

Sobre esto mismo, ha dicho Del Río (2010):

Por inexistencia del hecho, cabe entender solo dos supuestos: (a) cuando esté probado que el hecho no ha sucedido; y (b) cuando resulte probado que el acusado no fue el autor del hecho criminal, pues se entiende que respecto de este el hecho no ha existido. (p. 228)

Entonces, es la ocurrencia de los hechos y la definición sobre la autoría los aspectos que sustentan el ámbito penal y a la vez el ámbito civil. Por tal razón, autorizan al agraviado a cuestionar el sobreseimiento o la absolución.

Esta afirmación es respaldada por el profesor Chinchay (2010), quien afirmó que:

Solo ello legitimaría, también, el interés del agraviado de oponerse a un pedido de sobreseimiento del fiscal. Si ese sobreseimiento no partiera del supuesto de negar la ocurrencia de hechos y circunstancias que determinan la magnitud de la reparación civil, el agraviado carecería de toda legitimidad procesal para oponerse a ese pedido de sobreseimiento. (p. 159)

De igual modo, Del Río (2010) ha dicho que, si el sobreseimiento o la absolución se amparan en la inexistencia del hecho que conforma el objeto procesal, es imposible condenar al pago de una reparación civil en alguna de

esas resoluciones (p. 228). Por tanto, perjudicará a los intereses del agraviado y este puede cuestionarlo.

Sin embargo, esta interpretación teleológica puede presentar inconvenientes, en especial con el artículo VII ubicado dentro del Título preliminar del NCPP, que indica que si la ley que coacta la libertad o el ejercicio de un derecho procesal o si limita un poder que tiene las partes o sancione procesalmente debe ser interpretada de forma restrictiva. Asimismo, prohíbe la interpretación analógica y extensiva mientras no favorezcan al imputado (libertad) o que ejercite sus derechos.

Al respecto, cabe señalar que las líneas expuestas no van en el sentido de limitar un derecho amplio que tiene el agraviado —y en su caso el actor civil— de impugnar el sobreseimiento, sino a clarificar y precisar los contornos del mismo. Ello partiendo de la premisa que al no estar autorizado el agraviado a impugnar el ámbito penal de las decisiones judiciales, se suele declarar inadmisibles su impugnación al sobreseimiento. Por cuanto, se entiende que esta figura procesal es de orden penal y no civil.

Por otro lado, no es posible afirmar que exista perjuicio alguno al agraviado cuando la decisión judicial que ordena el sobreseimiento del proceso —o de ser el caso, la absolución— tenga como causa: i) cuando se trate de un hecho que no se subsuma en ningún tipo penal (tipicidad), si concurre alguna causa de antijuridicidad, de no culpabilidad o no sea punible; ii) cuando la acción penal queda extinguida; iii) cuando no existen suficientes elementos para requerir de forma fundada el enjuiciamiento del imputado; iv) cuando los medios probatorios son insuficientes para determinar la responsabilidad penal; o v) cuando exista alguna causa de exención de la responsabilidad penal (artículos 344.2 y 399.1 del Código Procesal Penal).

Ciertamente, el perjuicio a los intereses de la parte agraviada —y del actor civil— se produce porque estos supuestos tienen relación directa con sus intereses, así si el Juez Penal declara que el hecho no ocurrió, ya existirá una decisión sobre el fondo, esto es sobre el hecho generador de la responsabilidad civil.

Con ello se le impedirá o clausurará su posibilidad de acudir ante la jurisdicción civil, para interponer una demanda por responsabilidad civil extracontractual, pues no tendrá fundamento fáctico alguno para fundamentar un monto indemnizatorio, pues el «hecho generador del daño» —según lo declarado por un juez penal— no habría ocurrido.

En el mejor de los casos, admitida la demanda en la vía civil, irremediablemente será rechazada su pretensión civil, pues además de poder invocarse —por el demandado— la cosa juzgada o la litispendencia,

el juez civil no podrá declarar en contrario a la decisión del ámbito penal. Esto implica que no podrá emitir una sentencia donde afirme que el hecho reputado como ilícito sí habría ocurrido.

Lo mismo ocurrirá si el juez penal se pronunció en el sentido de que el imputado no es el autor del hecho —no se le puede atribuir el hecho o que afirme la existencia de duda sobre su responsabilidad—, pues en tal caso, el agraviado ya no tendría un demandado a quien imputar la responsabilidad civil extracontractual.

Debe tomarse en cuenta, que los aspectos resaltados en el acápite anterior tienen trascendencia directa en la determinación de los aspectos configuradores de la responsabilidad extracontractual —existencia del daño, la antijuridicidad de la conducta, el nexo causal o en los factores de atribución (dolo, culpa o riesgo), en tanto si la declaración judicial que haga el juez penal está relacionada al hecho o la autoría, el agraviado no tendrá posibilidades de acudir a la vía civil a reclamar por los daños ocasionados en su agravio; bajo dicha premisa, tampoco podría exigirle un pronunciamiento al fiscal sobre el objeto civil, pues el hecho que sustenta la reparación civil no existe. Esto explica entonces la posibilidad otorgada por el legislador a la parte agraviada.

Sobre esto mismo, resulta claro que el actor civil también podrá cuestionar los mismos aspectos permitidos al agraviado, pero además podrá ir más allá y cuestionar otros temas, como, por ejemplo: la cuantificación del monto indemnizatorio, la determinación de los tipos de daño, solicitar la nulidad cuando no exista pronunciamiento sobre el objeto civil, entre otros; todo ello en el ámbito de sus facultades (artículo 104 del CPC) y los daños causados en su agravio.

El presente trabajo formula una postura racional que se funda principalmente en los agravios que pueda sufrir el agraviado ante la decisión judicial de sobreseer los actuados. La propuesta afirma que solo es posible la impugnación del agraviado cuando el juez declara que los hechos no han ocurrido o que el imputado no es el autor de los mismos. Estos aspectos sirven de base a un proceso civil y, por ello, su decisión afecta a los intereses de aquel; entonces será objeto de evaluación en segunda instancia para determinar si el análisis fue correcto.

11. Conclusiones

- a) La víctima en el proceso penal aún no tiene todas las facultades y posibilidades de intervención. Sin embargo, se le ha reconocido determinados derechos procesales, entre ellos el de ser escuchado antes de se archive las actuaciones, pero el principal es el derecho que tiene a impugnar el sobreseimiento y la absolución.

- b) El sobreseimiento es una de las formas de conclusión del proceso antes de llegar a la etapa del juicio oral y tiene la calidad de cosa juzgada, es decir, el mismo valor que una sentencia.
- c) Sobre la acción civil y la acción penal dentro del proceso penal, es claro que, aunque comparten o derivan de los mismos hechos que aparecen relatados en la acusación fiscal o en la disposición de investigación preparatoria, se trata de dos pretensiones distintas cuyos elementos configuradores también son diferentes, por tanto, resulta lógico que su tratamiento sea diferente.
- d) La posibilidad de impugnación del agraviado y del actor civil respecto del sobreseimiento y la absolución solo será posible siempre que se refiera a los aspectos relativos a la existencia del hecho y la autoría del mismo, en tanto esta decisión afecta directamente sus intereses.

12. Recomendaciones

- a) Para efectos de que la víctima tenga mayor participación e intervención en el proceso resulta necesario que el legislador le otorgue más facultades y especifique aquellas que ya tiene reconocidas.
- b) Una de las facultades principales es resaltar el derecho a la verdad, es decir, como cualquier otro ciudadano el estado está en la obligación de darle a conocer lo ocurrido en su agravio.
- c) El legislador debe regular de mejor forma la acción civil dentro del proceso penal, de tal modo que se tenga un procedimiento claramente establecido identificando una etapa de formulación de una demanda civil, saneamiento, actuación de pruebas y sentencia, sin afectar la unidad que debe tener con el proceso penal.
- d) Sin perjuicio de que el legislador regule los aspectos que el agraviado puede impugnar respecto del auto de sobreseimiento, los órganos jurisdiccionales deben interpretar adecuadamente las normas procesales actuales con el fin de no restringir este derecho.

Referencias

Acuerdo Plenario n.º 4-2019/CJ-116 (10 de setiembre de 2019). IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de la República. <https://tinyurl.com/2bc45rzv>

Acuerdo Plenario n.º 5-2008/CJ-116 (18 de julio de 2008). IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de la República. <https://tinyurl.com/3dkk7akw>

- Acuerdo Plenario n.º 6-2006/CJ-116 (13 de octubre de 2006). Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de la República. <https://tinyurl.com/42b2k7ye>
- Álvarez, F. (2016). La víctima en el proceso penal. Un enfoque sobre las facultades de impugnación en el nuevo código procesal penal. *Revista ITA IUS ESTO*, (12). <https://tinyurl.com/yxke6xrl>
- Cabrera, X. (2018). La víctima en el sistema de justicia penal latinoamericano. Una perspectiva jurídica. *Revista Jurídica Científica SSIAS*, 11(1). <https://tinyurl.com/y3ecvgn>
- Casación n.º 181-2011-Tumbes (06 de setiembre de 2012) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. <https://tinyurl.com/bdht9s9t>
- Casación n.º 187-2016-Lima (23 de noviembre de 2016) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. <https://tinyurl.com/yrb5mxde>
- Casación n.º 353-2011-Arequipa (04 de junio de 2013) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. <https://tinyurl.com/2jhse9c5>
- Casación n.º 413-2014-Lambayeque (07 de abril de 2015) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. <https://tinyurl.com/2752fp9c>
- Casación n.º 546-2015-Arequipa (10 de mayo de 2017) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. <https://tinyurl.com/mwww5ttt>
- Casación n.º 879-2016-Piura (02 de agosto de 2017) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. <https://tinyurl.com/dc7c7sd2>
- Chinchay, A. M. (2010). El derecho a la verdad y el nuevo proceso penal. *AMAG Revista Institucional*, (9), 147-161. <https://tinyurl.com/yy595lxf>
- Claría, J. A. (1988). *Derecho procesal penal II*. Rubinzal-Culzoni.
- Código Civil [CC]. Decreto Legislativo n.º 295. 24 de julio de 1984 (Perú).
- Código Procesal Penal [CPP]. Decreto Legislativo n.º 957. 22 de julio de 2004 (Perú).
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. <https://tinyurl.com/y64czs5f>
- Del Río, G. (2010). La acción civil en el Nuevo Proceso Penal. *Derecho PUCP*, (65), 221-233. <https://tinyurl.com/yy5cuknt>
- Escobedo, E. R., y Paucar, M. P. (2014, mayo). Las facultades del agraviado para apelar la sentencia absolutoria. *Gaceta penal y procesal penal*, (59), 70-85.
- Gimeno. V. (2010). *Manual de derecho procesal penal*. Colex.

- Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto Legislativo n.º 052 (16 de marzo de 1981). <https://tinyurl.com/2ccfn7yw>
- Maier, J. (1991) «La víctima y el sistema penal». *Jueces para la democracia* (12), 31-52. <https://tinyurl.com/y48axzgx>
- Neyra, J. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral*. Idemsa.
- Pérez, J. A. (2014, mayo). Las facultades del agraviado para impugnar el auto de sobreseimiento y la sentencia absolutoria en el CPP de 2004. *Gaceta penal y procesal penal*, (59), 62-69.
- Queja Excepcional n.º 1678-2006-Lima (13 de abril de 2007) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. <https://tinyurl.com/22zn4eft>
- Reyes, V. R. (2014, mayo). Las facultades del agraviado para apelar el auto de sobreseimiento y la sentencia absolutoria a la luz de la casación n.º 353-2011-Arequipa. *Gaceta penal y procesal penal*, (59), 15-29.
- Reyna, L. M. (2008). Las víctimas en el derecho penal latinoamericano: presente y perspectivas a futuro. *Eguzkilore*. (22), 135 - 153. <https://tinyurl.com/yydvd8wm>
- San Martín, C. (2015). *Derecho procesal penal lecciones*. Inpeccp - Cenales.
- Sánchez, P. (2009). *El Nuevo Proceso Penal*. Idemsa.
- Sentencia del Expediente n.º 00419-2013-PA/TC (08 de mayo de 2013). Tribunal Constitucional del Perú. <https://tinyurl.com/3c8ya5v4>
- Sentencia del Expediente n.º 02171-2012-PA/TC (28 de enero de 2014). Tribunal Constitucional del Perú. <https://tinyurl.com/mr2d5pyx>
- Sentencia del Expediente n.º 04620-2009-PHC/TC (10 de noviembre de 2011). Tribunal Constitucional del Perú. <https://tinyurl.com/5ca6kmh9>
- Vásquez, M. A. (2014, mayo). ¿Puede el agraviado impugnar la sentencia absolutoria y el auto de sobreseimiento más allá del objeto patrimonial de la causa? A propósito de la Casación n.º 353-2011-Arequipa. *Gaceta penal y procesal penal*, (59), 30-37.
- Villegas, E. A. (2014, mayo). El agraviado y su derecho a impugnar el auto de sobreseimiento. ¿Una vulneración al principio acusatorio? *Gaceta penal y procesal penal* (59), 38-61.



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 3, julio-diciembre, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n3

La edición y la corrección de textos de este número de la revista estuvo a cargo de
Naffis Roque Roca; 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 diciembre de 2020.