

# REVISTA

DE INVESTIGACIÓN DE LA

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

# 4

Vol. 3 - n.º 4  
enero - junio 2021  
Lima, Perú



FONDO  
EDITORIAL

Academia de la Magistratura

ISSN: 2707-4056  
(en línea)



# REVISTA

DE INVESTIGACIÓN DE LA

---

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

4

Vol. 3 - n.º 4 - enero - junio 2021 - Lima, Perú



FONDO  
EDITORIAL

Academia de la Magistratura





ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

# REVISTA DE INVESTIGACIÓN

## DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 4, enero-junio, 2021  
Publicación semestral. Lima, Perú.  
ISSN: 2707-4056 (en línea)  
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n4

### **PRESIDENTE**

Carlos Giovanni Arias Lazarte  
Academia de la Magistratura, Perú

### **EDITOR GENERAL**

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

Academia de la Magistratura, Perú

Luisa Carmela Aquije De Lozano

Academia de la Magistratura, Perú

Mercedes Dueñas Trejo

Academia de la Magistratura, Perú

Sylvana Rosalyn Vásquez Olano

Academia de la Magistratura, Perú

Naffis Roque Roca

Academia de la Magistratura, Perú

Juan Carlos Del Carpio Calle

Academia de la Magistratura, Perú

### **EQUIPO TÉCNICO**

Janina Toro Briceño

Luis Enrique Vega Quiroz

Jorge Aguilar Vásquez

Naffis Roque Roca

ISSN: 2707-4056 (en línea)  
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n4

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

#### **DIRECCIÓN POSTAL**

Jr. Camaná n.º 669, Lima 1, Perú.  
[revistainvestigación@amag.edu.pe](mailto: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 Giovanni 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



## Presentación

La Academia de la Magistratura organizó el “Taller de investigación para la elaboración de artículos jurídicos”, dirigido a los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público a nivel nacional. El producto del taller comprendió la elaboración de artículos de investigación de carácter inédito y original, los cuales fueron seleccionados por un comité evaluador integrado por especialistas capacitados en el Taller de Docentes Evaluadores.

En esta oportunidad, se presentan artículos del taller en mención, llevado a cabo en el año 2020, los cuales conforman el cuarto número de la Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura.

En las páginas del presente número, se han incluido artículos jurídicos de temáticas actuales y variadas, elaborados con claridad, precisión y lucidez, con la consigna de lograr un notable aporte en la administración de justicia. Los temas desarrollados abordan sobre el uso del propio idioma del inculpado en un proceso judicial, el aborto culposo como tipo penal, el delito de tráfico de influencias en los casos administrativos, el desalojo entre familiares, la disposición de bienes ajenos en lo civil, la oposición de la medida cautelar, la dilación de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo laboral, consecuencias del uso infrecuente de convenciones probatorias en audiencia, la determinación judicial de la pena; y, finalmente, el tratamiento de la prueba testimonial y su relación con la inmediatez en el proceso penal.

En suma, son artículos de gran aporte doctrinario y de análisis jurisprudencial que serán de utilidad para los magistrados en su proceso de formación, capacitación, actualización y aplicación en sus respectivos despachos. De esta manera, se contribuye con una óptima administración de justicia en nuestro país, creando valor público.

Lima, junio de 2021

*Nathalie Betsy Ingaruca Ruíz*

**Editora general**



# Contenido

Presentación

11

## **Retos de la magistratura en temas de administración de justicia**

El uso de propio idioma en todo Estado y grado del proceso penal

17

CARMELO GARCÍA CALIZAYA

## **Retos de la magistratura en temas de derecho penal**

El aborto culposo como tipo penal necesario a fin de evitar la impunidad

43

ROSA LUZ RETAMOZO EGUÍA

El delito de tráfico de influencias en los casos administrativos

55

VICTOR TULLUME PISFIL

## **Retos de la magistratura en temas de derecho procesal civil**

El desalojo entre familiares desde una perspectiva jurisprudencial y doctrinaria

75

JUAN DIEGO MONTENEGRO MUGUERZA

La disposición de bienes ajenos en la jurisprudencia civil

97

RENÉ CERVANTES LÓPEZ

La oposición en la medida cautelar: naturaleza jurídica y conflictos procesales en el proceso civil

125

YRMA DENNIS RAMIREZ CASTAÑEDA

## **Retos de la magistratura en temas de derecho procesal laboral**

Dilación en la ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo laboral

TIMOTEO CRISTOVAL DE LA CRUZ

147

## **Retos de la magistratura en temas de derecho procesal penal**

Consecuencias del uso infrecuente de convenciones probatorias en audiencia de juicio

ROBERTO CASTILLO VELARDE

175

Determinación judicial de la pena vista a través del fin dialéctico de la casación

NÁTALY UGARTE MOLINA

197

El tratamiento de la prueba testimonial y su relación con la intermediación en el proceso penal

JESÚS GREGORIO GAVILÁN PARIGUANA

217



**RETOS** de la  
magistratura  
en temas de  
**ADMINISTRACIÓN**  
de **JUSTICIA**





ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

# REVISTA DE INVESTIGACIÓN

## DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 4, enero-junio, 2021  
Publicación semestral. Lima, Perú.  
ISSN: 2707-4056 (en línea)  
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n4.01



## El uso del propio idioma en todo estado y grado del proceso penal

### The use of own language in all state and degree of criminal process

**Carmelo García Calizaya\***

Corte Superior de Justicia de Huancavelica  
(Huancavelica, Perú)  
cgarcia@pj.gob.pe  
<https://orcid.org/0000-0001-5920-6239>

**Resumen:** El proceso penal se encuentra conformado por una serie de actos procesales que tienen lugar y relevancia respectiva en cada etapa o instancia. Los mismos son comunicados y deben ser entendidos a plenitud por el imputado. Ahora, si el proceso se tramita en un idioma diferente al del inculcado, le corresponde saber el contenido en su propia lengua. En un lugar donde predomina una lengua diferente al español, el inculcado habitante de la zona debe ser procesado en su idioma. El juez, fiscal, el policía, los defensores y cualquier funcionario o persona que participa en el procesamiento debe de comunicarse en la lengua del lugar. Esta acción garantizará la calidad del servicio de justicia, en la medida que facilita el acceso y el entendimiento

\* Juez Titular del Juzgado Penal Unipersonal de Lircay-Angaraes. Abogado por la Universidad Nacional del Altiplano de Puno. Con diploma de máster en Derecho Penal y Garantías Constitucionales por la Universidad Jaén-España.

entre la autoridad y el ciudadano. En esa línea, se plantea que el derecho fundamental del uso del propio idioma en las zonas territoriales de oficialidad de lenguas distintas al castellano, no se convalida necesariamente con la designación del intérprete. Al inculpado le asiste el uso directo de su idioma en todo estado y grado de trámite de un proceso penal. Ello hace exigible la optimización de este derecho, a fin de cautelar otros derechos del procesado, entre ellos el derecho de defensa. Con tal propósito, se estudia y se analizan diferentes conceptos, posturas y datos; además, se recurre a jurisprudencias e instrumentos jurídicos. Ello, a partir del artículo 2.19 de la Constitución Política de 1993 que señala el derecho al uso del propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. También en función del artículo 48 de esta carta magna que establece que son idiomas oficiales; además, del castellano, las lenguas aborígenes, en los lugares donde predominan.

**Palabras clave:** *idioma oficial, intérprete, juzgamiento, derechos del imputado*

**Abstract:** The criminal process is constituted by a series of procedural acts that have the respective place and relevance in each stage or instance. They are communicated and must be fully understood by the accused. Now, if the process is processed in a language other than that of the defendant, it is up to him to know the content in his own language. In a place where a language other than Spanish predominates, the accused inhabiting the area must be prosecuted in his language. The judge, prosecutor, the police, the defenders and any official or person who participates in the prosecution must communicate in the language of the place. This action will guarantee the quality of the justice service, to the extent that it facilitates access and understanding between the authority and the citizen. Along these lines, it is argued that the fundamental right to use one's own language in official territorial areas of languages other than Spanish is not necessarily validated with the appointment of the interpreter. The defendant is assisted by the direct use of his language in every state and degree of processing of a criminal proceeding. This makes it necessary to optimize this right in order to protect other rights of the accused, including the right of defense. With this purpose, different concepts, positions, data are studied and analyzed, jurisprudence and legal instruments are used. This, from article 2.19 of the Political Constitution of 1993 that recognizes the right to use one's own language before any authority through an interpreter. Also, based on article 48 of this Magna Carta, which establishes that they are official languages; In addition, Spanish, the aboriginal languages, in the areas where they predominate.

**Key words:** official language, interpreter, trial, rights of the accused

RECIBIDO: 2/05/2021  
APROBADO: 26/06/2021

REVISADO: 26/05/2021  
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

## 1. Introducción

En el Perú antiguo, hubo varios idiomas que se hablaron por siglos con menor o mayor difusión. Sin duda el idioma de mayor alcance o extensión ha sido el quechua o runa simi. Esta fue la lengua oficial del imperio del Tahuantinsuyo. Pero también persistieron otras lenguas, aunque de menor expansión.

El arribo de los españoles al continente americano trajo el establecimiento de las políticas de proscripción de las lenguas originarias. En esa situación, pasando por el Virreinato, la independencia, hasta la República Contemporánea solo han sobrevivido algunas lenguas. Ello, pese al destierro que dispuso Carlos III de España. Esta autoridad mediante la Real Cédula de 1770 mandó a instruir a los indios en idioma español. En consecuencia, la enseñanza de la lectura y escritura se debería dar en español por ser de los monarcas y conquistadores y, por tanto, debería ser única y universal.

El advenimiento de la República afianzó la hegemonía del idioma español respecto a otras lenguas aborígenes. Quizás era para alcanzar la unidad de la nación sobre la base del monolingüismo. Empero, sin advertir de que el Perú se fundaba en un territorio donde existieron distintas culturas y lenguas. En ese sentido, no se supo reconstruir la identidad del país sobre la base de las lenguas que antecedieron el régimen de la corona española.

Al respecto, Guardia (1973) refiriéndose al idioma quechua anotó:

Durante Colonia y la República, la categorización social estuvo determinado por la explotación y el racismo. El blanco disponía de todo; en cambio, el indio no, el mestizo se cubría en el poder del blanco. Entonces, ser blanco era una cualidad de superioridad racial, de fortuna, dominio y arbitrariedad.

En esa realidad, el blanco y el mestizo ilustrado se consideran en «hijos de España», lejos de buscar sus raíces en este espacio territorial del Tahuantinsuyo. Por su lado, los indígenas alejados de su memorable pasado y sin ningún porvenir por varios siglos, el concepto de patria se redujo al lugar o región en donde habían nacido. En estas situaciones era, pues, normal que todo lo que era indígena resultase bajo, sin importancia, inclusive su mismo idioma (pp. 7-8).

Así, las lenguas de los pueblos originarios han sido vistas como algo negativas. Por ejemplo, inservibles para el acceso a la educación y carreras profesionales. Debido a que, la enseñanza, formación profesional, la cultura, la creación intelectual, la ciencia y tecnología, preferentemente se valen del español y de otros idiomas extranjeros.

Las comunidades originarias quedaron relegadas, siendo subyugadas al aprendizaje del español, e implícitamente condenadas al abandono de sus lenguas maternas. Cuando en la realidad, la diversidad de las lenguas constituye una de las riquezas que evidencian la existencia de variedad de culturas que hacen al Perú un país pluricultural.

Ahora bien, en lo que respecta particularmente al ámbito jurídico, el reconocimiento o la incorporación de las lenguas originarias en los instrumentos legales no ha sido pacífico ni sencillo. Es un logro que obedece a una lucha de la población excluida en el proceso histórico del país. Por ejemplo, el quechua fue el idioma de mayor expansión en el imperio del Tahuantinsuyo, pero recién en el año de 1975 ha sido reconocido como idioma oficial del Perú, a través del Decreto Ley n.º 21156.

Asimismo, en el Perú, desde la proclamación de la independencia se promulgaron varias constituciones políticas. Sin embargo, recién la Constitución de 1979, en su artículo 83, admite como idiomas de carácter oficial el quechua, aimara y otras lenguas aborígenes. En cambio, la Constitución de 1993 lo hace en su artículo 48, al señalar que otros idiomas distintos al castellano (referido al idioma español), en las zonas donde predominan, también son idiomas oficiales. Este reconocimiento tiene una distinción, en la medida que asigna valor oficial a estos idiomas solo en las zonas donde alcanzaran predominio. Al mismo tiempo, esta carta política, en su art. 2, inc. 19, señala que a todo peruano le asiste el derecho a usar su idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete.

El derecho a usar el propio idioma es inherente a la identidad de la persona. El idioma es la vía que permite a la persona comunicar de manera verbal o escrita sus intereses, pretensiones, necesidades, deseos, entre otros, en el círculo doméstico o ante las distintas entidades públicas o privadas. Permite al ciudadano exigir el cumplimiento de sus derechos, o a ejercitar las acciones frente a la violación de los mismos. Esto ante las instancias administrativas o jurisdiccionales, según corresponda. En tal sentido, al Estado le compete garantizar ese derecho, a que el ciudadano sea escuchado sin ninguna discriminación por motivo de idioma. Al mismo tiempo, también tiene el deber de adjudicar al usuario la información en su propio idioma cuando la decisión afecte sus derechos o intereses.

Por consiguiente, queda claro el reconocimiento de idiomas distintos al castellano, como idiomas oficiales, con la condición de que tengan predominio en una determinada zona. Del mismo modo, el Estado no puede limitar a comunicarse ante cualquier autoridad en su propia lengua. Sin embargo, añade, que esa comunicación se lleve a cabo mediante un intérprete.

En ese contexto, ahora después doscientos años de vida republicana del Perú, las lenguas originarias aún para muchos son invisibles. Si bien han sido reconocidas en el plano legislativo; pero, en la realidad todavía no alcanzan el acomodo respectivo ni la oficialidad material o plena en las relaciones del Estado y los administrados.

En cuanto atañe a la justicia, el Poder Judicial como parte del Estado encargado de la función de impartición de justicia se encuentra en la necesidad de garantizar en la prestación de servicios que realiza, la comunicación de los usuarios en sus propios idiomas. Con mucha razón, si existe un mandato constitucional, debe garantizar la satisfacción del referido derecho, cuando en un proceso penal, una persona tiene la condición de inculpada por un delito.

El acusado básicamente tiene derecho a ser comunicado con la acusación fiscal. Ello, le permitirá elaborar una estrategia para una defensa eficaz. Sin embargo, este derecho no es el único que requiere ser garantizado para la validez del proceso. La persona inculpada tiene derecho a ser comunicado y conocer, no solo la acusación fiscal, sino todos los actos procesales que forman parte del proceso penal en su conjunto, inclusive aquellos actuados en los que no se requiere la participación del procesado.

La comunicación de la imputación de un hecho punible no basta con que se haga en el idioma del juez, fiscal o policía que conoce el caso. Cuando el imputado no domina el idioma de la autoridad debe recibir la información en su propio idioma, a fin de que conozca detalladamente los hechos que se le responsabiliza y los resultados de los actos de investigación o las pruebas existentes en su contra. Solo, así, será posible sostener la validez del ejercicio de derecho de defensa. El acusado cuando conozca suficientemente los cargos existentes en su contra, inclusive podrá distinguir la pertinencia y la utilidad de los medios de prueba, sabrá a qué pruebas atenerse o allanarse, podrá recabar contrapruebas, formular tachas u objeciones a las pruebas inculpativas.

Si el acusado no entiende o no domina el idioma del órgano acusador o del juzgador, tampoco conoce los términos de la imputación, ni el procedimiento a seguirse. Por consiguiente, tendrá dificultades en el diseño de su estrategia de defensa. Definitivamente, en esa situación las autoridades encargadas del procesamiento están propensas a dejar en indefensión al encausado.

La problemática se presenta cuando el tribunal y las demás autoridades que intervienen en el proceso hablan un idioma distinto al de la persona inculpada en la zona donde predomina una lengua originaria. El propósito de este trabajo radica en explicar el uso del propio idioma en todo estado y grado de un proceso penal. El mismo que deriva del derecho de ser juzgado en el idioma que comprenda y pueda hablar la persona acusada por un delito. Todo, en el marco de reconocimiento de las lenguas aborígenes como idiomas oficiales, y el derecho a usar el propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete.

Ello coadyuvará a adoptar algunos mecanismos que permitan la optimización del ejercicio de los derechos del acusado que no domina el español en el procedimiento penal, especialmente, el derecho de defensa. Se debe comenzar con la autorización de la comunicación directa del procesado en su propio idioma, no solo en relación del interrogatorio, sino sobre todo el trámite y contenido del proceso. Igualmente, propiciará el debate sobre la trascendencia de la negación de este derecho como una barrera del acceso a la justicia. También llevará a la reflexión sobre la naturaleza, la importancia, los alcances o las limitaciones del derecho a usar el propio idioma, como derecho fundamental. Igualmente, en cuanto atañe a los límites del derecho al intérprete.

A continuación, para la consecución del objetivo propuesto se recurre a las diferentes fuentes, principalmente, de carácter teórico, conceptual y al trabajo dogmático. En función al tema escogido, se procede el desarrollo de determinadas ideas. Estas permitirán la aproximación al significado del uso del propio idioma y su relación con la persona involucrada en un proceso penal.

## 2. Concepto de idioma

La palabra idioma según el Diccionario de la lengua española de la RAE (2014) tiene dos acepciones: a) lengua de un pueblo o nación, o común a varios; b) Modo particular de hablar de algunos o en algunas ocasiones. Ejemplo, en idioma de la corte; en idioma de palacio (p. 1211).

Se denomina idioma al «conjunto de voces y signos escritos de cada nación, o de una región. Es sinónimo de lengua, pero diferente de lenguaje, que es el conjunto de medios del que nos valemos para expresar nuestras ideas o estados afectivos» (Guardia, 1973, p. 17).

Toda lengua es la manifestación del alma de un pueblo, «la mejor forma de expresar su humanidad», todo el pueblo vive y se realiza a través de su espíritu por medio de su lengua en la que queda engarzado lo mejor de sus anhelos, vivencias, experiencias y aspiraciones, convertidos en sonda, cadencia, gesto y habla (Pino, 2005, p. 1).

El Tribunal Constitucional peruano en el Exp. n.º 00042-2004-AI, bajo el título de Estado social y democrático de derecho, la constitución cultural y los derechos culturales, señala que el idioma es una expresión del patrimonio cultural inmaterial. Esta se manifiesta en las a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vínculo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; y e) técnicas artesanales tradicionales.

El patrimonio cultural inmaterial se transmite de generación a generación. Es recreado permanentemente por las comunidades o grupos. En función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad, y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.

El idioma se constituye en una parte vital de la identidad individual, colectiva y hasta nacional. Desde luego, está ligado al derecho a desarrollarse como pueblo. Pues, si ya nos autoidentifican como pluriculturales, multiétnicos, también debemos asumir que somos plurilingües (Espezúa, 2016, p. 534).

### 3. Idioma oficial

Una lengua alcanza el carácter oficial cuando se emplea comúnmente en las distintas relaciones de los poderes públicos con los particulares. Es la autorizada para el uso directo en los actos del Estado respecto a los particulares y viceversa. No obstante, esa condición requiere de un previo reconocimiento en un instrumento jurídico.

El autor Rubio (2012) afirma:

el idioma oficial es utilizado por las autoridades en la documentación y actuaciones públicas. Por, por ejemplo, que en la capital del Perú los documentos y ceremonias oficiales deben realizarse en el idioma castellano. Pero que, en el Cusco, pueden desarrollarse tanto en castellano como en quechua. (p. 115)

Según Yrigoyen (2001), el idioma oficial es aquel que

ha sido reconocido por ley para la comunicación del Estado con la ciudadanía y la comunicación social ordinaria. Constituye una obligación del Estado otorgar o facilitar las condiciones para su uso y desarrollo. Para los hablantes, el uso del mismo compone un derecho y una obligación. Se supone que tal idioma es parte del contexto natural de socialización y aprendizaje, así como del desarrollo normal de la vida pública y privada (p. 81).

### 4. Cooficialidad de idiomas

El jurista Bermúdez (2001) afirma que

la adopción de una cooficialidad de idiomas implica a un nivel jurídico que los idiomas adoptados como oficiales en un determinado territorio donde predominen según ley, tienen la misma valía por lo que pueden ser utilizadas tanto por la Administración como por organismos particulares a la misma vez dependiendo de sus relaciones con los sujetos particulares, claro está que esta condición se basará en razones prácticas, que en nuestro caso el español lo determina.

En el Perú, el artículo 48 de la Constitución Política establece que son idiomas oficiales el español. En las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.

Respecto del idioma autóctono declarado oficial, Roel (2015) sostiene:

Consideramos que la obligación que hace referencia el artículo 48 constituye un derecho fundamental por las siguientes razones: es una reivindicación generadora y promotora de paz social que aspira concretizar la igualdad material entre hispanohablantes al volver jurídicamente relevante un aspecto impostergable, imprescindible e ineludible de la identidad de ciertos grupos sociales, es un carácter estructural del concepto nación. Ello en virtud a que favorece el acceso a todo tipo de servicios, a la efectividad de estos y a la reparación de cualquier vulneración de un derecho, en tanto, no dilata la resolución de controversias e incertidumbres ni genera desconfianza en el usuario. Es una manifestación de la justicia social. Asimismo, en aquellos lugares donde exista falta de materialización del idioma oficial, las garantías constitucionales constituirían medidas útiles y pertinentes para garantizar esta y para ejecutar dichas obligaciones (p. 203).

Según el artículo 7 de la Ley n.º 29735, son zonas de predominio, para efectos de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política del Perú, el distrito, como unidad mínima, la provincia o la región. También el artículo 9 señala que son idiomas oficiales, además del castellano, las lenguas originarias en los distritos, provincias o regiones en donde predominen, conforme a lo consignado en el Registro Nacional de Lenguas Originarias.

De la misma forma, el artículo 10 de la Ley n.º 29735 prescribe, el que una lengua originaria sea oficial en un distrito, provincia o región, implica que la administración estatal la hace suya y la implementa progresivamente en distintas esferas de actuación pública, dándole el mismo valor jurídico y las mismas prerrogativas que al castellano. Los documentos oficiales emitidas constan tanto en español como en la lengua originaria oficial, cuando esta tiene reglas de escritura, teniendo ambos el mismo valor legal y pudiendo ser oponibles en cualquier instancia administrativa de la zona de predominio.

## **5. Lenguas originarias, lenguas aborígenes y propio idioma**

El Tribunal Constitucional, en el Exp. n.º 00889-2017-PA/TC ANCASH, caso María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco, señala que las nomenclaturas de "propio idioma" y "lenguas aborígenes" encontradas en la Constitución vigente se refieren a una lengua anterior a la difusión del español que se preserva y emplea en el territorio nacional, concepto que también alcanza a lo que el legislador ha denominado "lengua originaria", tal como se advierte en el artículo 3 de la Ley de Lenguas Indígenas.

En el Perú, según uno de los considerandos de la Resolución Administrativa n.º 324-2019-CE-PJ, publicada el 24 de setiembre de 2019, existen 47 lenguas originarias, 4 se hablan en la zona andina y 43 en la zona amazónica. De este grupo, el idioma con mayor número de hablantes a nivel nacional es el quechua. Sin embargo, conforme a la lista de lenguas originarias del Ministerio de Cultura existen 48 lenguas. Cada una de estos idiomas tiene alfabetos oficializados, mediante una resolución ministerial.

## 6. El derecho del uso de propio idioma

El artículo 2.19 de la Constitución Política de 1993 garantiza a todo peruano el derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete.

Se trata de un derecho fundamental de la persona que permite el uso de su lengua materna; por ejemplo, en cuanto a las originarias puede ser el asháninca, awajún, shipibo-konibo, entre otras.

Sobre este mismo artículo Gutiérrez (2020) comenta:

La identidad étnica y cultural es una condición esencial de la democracia pluralista de esta manera todas las nacionalidades merecen igual trato de cualquier autoridad es por ello licencia Estatal el tener que procurar diversos mecanismos que permitan a los ciudadanos poder acceder a los servicios públicos igualdad de condiciones que los demás guardo de sus tradiciones por ejemplo el uso del idioma pista impone que las agencias del estado una serie de programas que posibiliten a los ciudadanos poder utilizar su propio idioma la razón por la cual en los procesos judiciales es necesario exigible el uso de intérpretes. (p. 58)

También Blume (2018) afirma que «nadie puede ni debe ser tratado diferente por el uso de su idioma en forma oral o escrita, máxime si su idioma es dominante en una determinada región o localidad del país» (p. 5). Dado que, «la sola comunicación» entre dos partes, en particular cuando interviene el Estado a través de cualquier entidad genera un impacto de tal magnitud que una serie de derechos del ciudadano pueden verse limitados, condicionados e inclusive pueden verse afectados» (Bermúdez, 2018, p. 60).

El Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 15, prescribe:

Las actuaciones judiciales se realizan en español. Cuando el idioma o dialecto del justiciable sea otro, las actuaciones se realizan ineludiblemente con la presencia de intérprete. Por ningún motivo se puede impedir al justiciable el uso de su propio idioma o dialecto durante el proceso.

De igual manera, el artículo 4.1 del Decreto Legislativo n.º 1342, promueve la transparencia y el derecho de acceso de la ciudadanía al contenido de las decisiones jurisdiccionales. En cuanto lenguaje y acceso a la justicia, especifica

que las instituciones del sistema de justicia tienen el deber de atender y emitir sus decisiones en el idioma en el que se expresa originariamente la persona usuaria del servicio. En las localidades en las que la población mayoritaria hable una lengua originaria, los puestos para cubrir las plazas de juzgados, fiscalías y la Policía Nacional del Perú, así como del personal administrativo que labora en las instituciones de la administración de justicia deben, preferentemente, ser ocupadas por los que conocen y pueden comunicarse en el idioma de la población de la localidad.

En tal sentido, los funcionarios públicos, las personas que trabajan en las entidades que prestan servicios públicos, deben garantizar el uso de un idioma adicional, aparte del español. Es decir, además del español deben comunicarse con los usuarios necesariamente en el idioma propio de la zona donde desempeñan sus funciones. Dicha obligación para el Estado subyace de la propia Constitución y de la ley. De lo contrario, se estaría mermando el cumplimiento de los deberes de la administración pública y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

También el Tribunal Constitucional, en el Exp n.º 00889-2017-PA/TC Ancash, en el caso María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco, admite que los derechos lingüísticos y su relación con el accionar del Estado son desarrollados por la Constitución, desde una doble perspectiva. De un lado, está el derecho de cada miembro de una comunidad lingüística a comunicarse en su idioma con cualquier autoridad en cualquier lugar de la República, sea directamente o por intermedio de un intérprete proporcionado por el propio Estado. Este derecho deriva del inc. 19, art. 2 de la Constitución, en cuanto refiere que toda persona de nacionalidad peruana "tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete".

Asimismo, la dimensión colectiva del derecho al uso de la propia lengua se alcanza cuando ella es predominante en una determinada zona geográfica del país. Entendiéndose una zona de predominio el distrito como unidad mínima, la provincia o la región, de acuerdo al artículo 7 de la Ley de Lenguas Indígenas. En ese caso, dicha lengua, además del español, debe oficializarse en la referida zona. Pues, así está establecido en el artículo 48 de la Constitución.

En consecuencia, todo peruano tiene derecho a comunicarse en su lengua ante la autoridad si dicha lengua es predominante en una zona; por ejemplo, en una jurisdicción municipal provincial. El Estado debe institucionalizar el uso de ese idioma en dicha zona, con los mismos alcances que institucionalizó el uso del idioma español.

Tal como se señala en el artículo 13. 1) y 2) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Dichas comunidades

tienen el derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, y mantenerlos. Los Estados deberán adoptar medidas eficaces para garantizar la protección de ese derecho. Y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

## 7. Intérprete

Se denomina intérprete a la persona que cumple la función de transmitir de manera oral, el mensaje expresado en un determinado idioma, distinto al del funcionario o de quien recibe la información mediante el intérprete.

En el proceso penal el papel del intérprete es sumamente delicado, pues necesita de bastante atención. Por cuanto, las pruebas actuadas en el juicio oral son las que permiten la condena o la libertad del acusado. En ese entendido, a veces, la información que llega al juzgador puede ser determinante, cuya exactitud o aproximación al objeto materia de prueba dependerá del trabajo que se haga como intérprete.

Las autoridades normalmente para la declaración del imputado, al conocer que habla un idioma distinto al suyo, designan a un intérprete. Empero, el juzgamiento o procesamiento no se agota en el acto del interrogatorio, sino que comprende una variedad de actos encaminados a demostrar la responsabilidad o a ratificar la inocencia del procesado. Asimismo, el servicio de intérprete no se agota en la designación de una persona para dicha función, sino en la fidelidad de la transmisión respecto a la información que brinda el interrogado.

## 8. Derecho a ser juzgado en propio idioma

El artículo 15.2 de la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos señala que a toda comunidad lingüística le asiste el derecho a que las actuaciones judiciales y administrativas, los documentos públicos y privados y los asientos en registros públicos sean realizados en la lengua propia de los ámbitos territoriales, locales y supraterritoriales, a los cuales pertenece el territorio de donde es propia la lengua.

Igualmente, el artículo 20 de la misma declaración establece que todo el mundo tiene el derecho a usar de palabra y por escrito, en los tribunales de justicia, la lengua históricamente hablada en el territorio donde están ubicados. Los tribunales deben utilizar la lengua propia del territorio en sus actuaciones internas y, si por razón de organización judicial del Estado,

el procedimiento se sigue fuera del lugar de origen, hay que mantener la lengua de origen. Con lo expuesto, todo el mundo tiene derecho de ser juzgado en una lengua que le sea comprensible y puede hablar, o a obtener gratuitamente un intérprete.

De ahí que el derecho a ser juzgado en el propio idioma comprende a que toda persona procesada pueda hacer uso de su lengua ante el tribunal. De la misma forma, le corresponde recibir el contenido o el mensaje de las decisiones adoptadas también en su propio idioma.

Al respecto, Espezúa (2016) afirma que, en el caso del Perú, en la Amazonía y en los andes existen millones de compatriotas que hablan idiomas nativos. Sin embargo, ningún proceso judicial se desarrolla en esos idiomas nativos. ¿Hay procesos judiciales en aguaruna o asháninca? (p. 531).

El marco del derecho de ser juzgado en el propio idioma tiene alcance en dos sentidos. Por un lado, el derecho a que una persona sometida a un proceso pueda hacer uso de su idioma, sin ninguna restricción. Porque es una necesidad para ejercer los derechos que le asisten. Por ejemplo, para la determinación de medidas urgentes relacionadas a su defensa. Por otro lado, está el derecho a que la persona reciba en su propio idioma las respuestas del tribunal. Si en las dimensiones señaladas se priva o se restringe el uso del propio idioma al usuario, se vulnera el derecho de defensa y otros derechos que forman parte del debido proceso.

La desigualdad lingüística se convierte en el grave obstáculo para quienes se expresan dificultosamente en idioma español. Pues, al encontrarse en esa situación se ven limitadas para ejercer sus derechos y así como para cuestionar plenamente, de manera equitativa, las decisiones que afectan sus intereses.

Tal como dispone el artículo 10.2 de la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos, las discriminaciones contra las comunidades lingüísticas resultan inadmisibles. Los criterios de discriminación pueden orientarse en su grado de soberanía política, su situación social, económica o cualquier otra. Así, como el nivel de codificación, actualización o modernización que han conseguido sus lenguas.

## **9. Habitantes del Perú por el idioma o lenguas con que aprendieron hablar**

En la República del Perú, en el año 2017, se realizó el último Censo Nacional. Este evento estuvo a cargo del Instituto Nacional de Estadística e Informática. El censo se denominó XII Censo de Población, VII de Vivienda y II de Comunidades Indígenas. En el rubro de la población se preguntó a la gente

sobre el idioma o lengua con el que aprendió hablar. En consecuencia, se consiguió los resultados, conforme se detalla en la siguiente tabla:

**Tabla 1**

*Habitantes del Perú por el idioma o lenguas con que aprendió hablar*

<b>Idioma o lengua con el que aprendió hablar</b>	<b>Casos</b>	<b>%</b>	<b>Acumulado %</b>
Quechua	3 799 780	13,60 %	13,60 %
Aimara	450 010	1,61 %	15,21 %
Asháninca	73 567	0,26 %	15,47 %
Awajún / Aguaruna	56 584	0,20 %	15,67 %
Shipibo - Konibo	34 152	0,12 %	15,80 %
Shawi/Chayahuita	17 241	0,06 %	15,86 %
Matsigenka/Machiguenga	6 629	0,02 %	15,88 %
Achuar	3 809	0,01 %	15,89 %
Otra lengua nativa u originaria	1 060	0,00 %	15,90 %
Castellano	23 178 478	82,94 %	98,84 %
Portugués	7 956	0,03 %	98,87 %
Otra lengua extranjera	41 920	0,15 %	99,02 %
Lengua de señas peruanas	10 447	0,04 %	99,05 %
No escucha, ni habla	25 763	0,09 %	99,15 %
Wampis	3 569	0,01 %	99,16 %
Kichwa	5 751	0,02 %	99,18 %
Nomatsigenka	3 895	0,01 %	99,19 %
Tikuna	4 290	0,02 %	99,21 %
Urarina	1 301	0,00 %	99,21 %
Yine	2 680	0,01 %	99,22 %
Yanesha	1 142	0,00 %	99,23 %
Kandozi-Chapra	877	0,00 %	99,23 %

Kakataibo	1 553	0,01 %	99,24 %
Matses	1 366	0,00 %	99,24 %
Kukama kukamiria	1 185	0,00 %	99,24 %
Yagua	712	0,00 %	99,25 %
Secoya	638	0,00 %	99,25 %
Harakbut	664	0,00 %	99,25 %
Yaminahua	574	0,00 %	99,25 %
Jaqaru	448	0,00 %	99,26 %
Murui-Muinani	416	0,00 %	99,26 %
Kakinte	273	0,00 %	99,26 %
Amahuaca	328	0,00 %	99,26 %
Arabela	118	0,00 %	99,26 %
Nahua	232	0,00 %	99,26 %
Ese Eja	212	0,00 %	99,26 %
Capanahua	117	0,00 %	99,26 %
Maijuna	121	0,00 %	99,26 %
Ocaina	44	0,00 %	99,26 %
Sharanahua	573	0,00 %	99,26 %
Cauqui	132	0,00 %	99,26 %
Shiwilu	53	0,00 %	99,27 %
Cashinahua	1 074	0,00 %	99,27 %
Isconahua	22	0,00 %	99,27 %
Omagua	3	0,00 %	99,27 %
No sabe / No responde	204 301	0,73 %	100,00 %
Total	27 946 060	100,00 %	100,00 %

*Nota:* Tomado de Censos Nacionales de Población y Vivienda del año 2017. Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) del Perú.

## 10. Proceso penal

El proceso penal comprende sucesivos actos destinados que se ocupan de revelar el supuesto hecho delictivo y a su autor. El mismo que concluye normalmente con una sentencia condenatoria o absolutoria.

Un proceso penal común está dividido en varias etapas. Una etapa denominada investigación preparatoria que se encuentra bajo la conducción del Ministerio Público con cierta injerencia del juez. Y otras etapas sucesivas como intermedia, juzgamiento y ejecución de las sentencias. Estas etapas son de conocimiento exclusivo del juez.

El Ministerio Público, organismo autónomo con reconocimiento constitucional que ejercita la acción penal. Está encargado de la persecución e investigación del delito. Para cumplir dicha tarea cuenta con el apoyo de la Policía Nacional, que es una institución de vital importancia en la investigación criminal.

En cambio, el grado de procedimiento se refiere a la preexistencia de instancias dentro de la organización del Poder Judicial. Las instancias cumplen la función de reexamen de las decisiones finales, que resuelven el conflicto planteado. Dicha actividad de reexamen opera a causa de algún recurso de impugnación de las partes. En tal sentido, el grado está relacionado al tránsito del expediente o del caso por las diferentes instancias o tribunales de distintos niveles.

## 11. Principales derechos del inculpado

El artículo 71.1 del Código Procesal Penal de 2004 refiere que al imputado le asisten los derechos que la Constitución y las leyes le conceden. Todo ello, desde las diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.

Asimismo, el artículo 71.2 del Código en referencia detalla los derechos del imputado. Los jueces, los fiscales y los policías deben poner en conocimiento del imputado. Por supuesto, tales derechos deben ser informados de manera inmediata y comprensible. Es así, la persona imputada tiene derecho a:

- a) saber los cargos expuestos en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;
- b) designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención. Asimismo, dicha comunicación debe hacerse en forma inmediata;
- c) ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de investigación;

- d) abstenerse de declarar. Cuando opte hacerlo, a que su abogado defensor esté presente en su declaración y en las diligencias en que se requiere su presencia;
- e) que no se emplee medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por ley; y
- f) ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado así lo requiera.

En relación al derecho de defensa, el artículo IX. 1 del Título Preliminar en lo que respecta a la persona encausada señala que tiene derecho a ser informado de sus derechos, a la comunicación inmediata y detallada de la imputación expuesta en su contra, y a la asistencia de un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un defensor público, desde el momento que es citada o detenida. También tiene derecho al otorgamiento de un tiempo razonable para que prepare su defensa, a ejercitar su autodefensa material, a intervenir en la actividad probatoria y, en las condiciones previstas por la ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se alcanza a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.

## **12. El derecho a ser informado en un idioma que se comprenda de la acusación formulada**

Es uno de los derechos más importantes, puesto que garantiza y hace accesible y vigente el derecho de defensa. El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre derechos humanos de San José de Costa Rica señala que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Por otro lado, el artículo 14.3, a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos establece que toda persona tiene el derecho a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella. Mientras que el artículo 8.2. b) de la Convención Americana sobre derechos humanos de San José de Costa Rica determina que toda persona inculpada de delito tiene derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada.

### 13. Sentencias en idiomas originarios distintos al español

Se conoce que los jueces de segundo y primer nivel de la República del Perú dictaron cuatro sentencias en un idioma distinto al español:

- ▶ Una sentencia en aimara dictada en la Corte Superior de Justicia de Puno, en el 2015, por el juez Julio César Chucuya Zaga.
- ▶ Una sentencia en quechua dictada en la Corte Superior de Justicia de Puno en el 2015, por el juez penal Santos Poma Machaca.
- ▶ Una sentencia en shipibo-konibo, en la Corte Superior de Justicia de Loreto, el 2017, dictada por el juez penal José Wagner Córdova Pintado.
- ▶ Una sentencia en quechua en la Corte Superior de Justicia de Áncash, en el 2018, dictada por el juez Oswaldo Granados Guerrero, juez de Paz letrado de San Marcos (Condor, 2019, pp. 88 - 93).

No se conocen si los procesos dentro de los cuales se dictaron estas sentencias hayan sido tramitados en las respectivas lenguas originarias. Los ámbitos territoriales a donde pertenecen estos juzgados corresponden al predominio de lenguas originarias. Sin embargo, no se sabe si las autoridades locales también utilizan en sus actos el idioma que se habla en la zona. De la misma forma, desde el 2015 en que se dio la primera sentencia, no se consiguió la suficiente difusión ni la réplica, a nivel de otras regiones o cortes superiores de justicia del país, lugares donde también se hablan otras lenguas distintas al español.

### 14. El acceso a la justicia

El acceso a la justicia es el derecho que toda persona goza, en su condición de ser humano de poder acceder a los organismos de administración de justicia sin restricciones, salvo las establecidas para la ley competente sobre todo en cuanto a las formalidades de acceso a la jurisdicción ordinaria o especializada (Rosas, 2016, p. 154).

Sin embargo, una de las restricciones de los ciudadanos al acceso a la justicia y otros derechos son las barreras lingüísticas. No resulta suficiente la instauración de un sistema o un aparato jurídico, encargado de la impartición de justicia en un país pluricultural. En el caso del Perú, los funcionarios encargados tienen limitaciones idiomáticas para atender las exigencias de la ciudadanía.

El derecho de acceso al sistema de justicia estatal, se vulnera debido a las barreras comunicacionales. Ello cuando el Estado no elimina las prácticas diferenciadoras por razones de idioma en los procedimientos judiciales, en los que participan ciudadanos que hablan un idioma diferente al español.

## 15. Materiales y métodos

En el desarrollo del presente trabajo se analizaron conceptos, datos y de otras informaciones relacionadas al tema. Para cumplir con ese objetivo se revisaron libros, revistas, tesis, diarios, entre otros. De igual forma, se realizó el examen de las leyes, constituciones políticas, jurisprudencias del Tribunal Constitucional e instrumentos jurídicos internacionales.

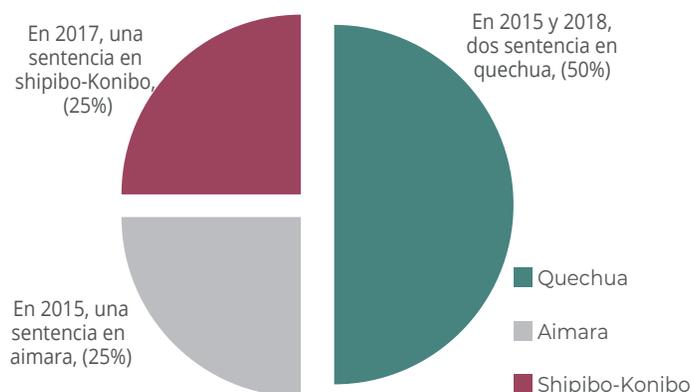
El estudio se circunscribe en el ámbito explicativo. A partir del análisis del segundo párrafo del artículo 2.19 de la Constitución Política del Perú de 1993, que reconoce a todo peruano a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Y en función al artículo 48 de la misma Constitución que oficializa el quechua, aimara y las demás lenguas aborígenes en zonas donde los habitantes se expresan en estos idiomas. Se explica el contenido del derecho a comunicarse en propio idioma, esto respecto a una persona imputada en un proceso penal. Para ello, se apoya principalmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el Exp. n.º 00889-2017-PA/TC Ancash, caso María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco, la Ley n.º 29735, Declaración Universal de Derechos Lingüísticos, Código Procesal Penal de 2004, Convención Americana sobre derechos humanos de San José de Costa Rica, Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos y en la doctrina.

Asimismo, se recurre a los datos del Censo Nacional del año 2017, en cuanto a los habitantes del Perú por el idioma o lenguas originarias en que aprendieron hablar. En relación a las sentencias dictadas en lenguas originarias se revisó la tesis titulada «*Los derechos lingüísticos de los pueblos originarios y la garantía del acceso a la justicia*» de Carmen Soledad Condor Llactahuaman.



## Figura 2

*Poder Judicial del Perú: Sentencias dictadas en lenguas originarias desde el 2015*



Fuente: Condor (2019, pp. 88-93).

En el Perú, según la tesis de Condor (2019), recién desde el 2015 se dictaron sentencias en lenguas originarias (ver Figura 2). Así, en este año se dictó una sentencia en aimara que constituye el 25 %. En el 2015 y 2018, se dictaron dos sentencias en quechua, es decir una sentencia por año, que constituye un porcentaje de 50 %. Y en el 2017, se dio una sentencia en shipibo-konibo que corresponde al 25 % (pp. 88 - 93).

## 17. Discusión

En la República del Perú, de acuerdo a las regiones que lo conforman, se hablan diferentes lenguas. Entre estas el español es el idioma más hablado. Sin embargo, según el Censo Nacional del 2017, en cuanto se refiere a las lenguas originarias, aprendieron hablar en quechua 3 799 780 personas; 450 010 en el idioma aimara; 73 567 en el idioma asháninka; 56 584 en awajún/aguaruna; 34 152 en shipibo-konibo; 17 241 en shawi/chayahuita; 6629 en matsigenka/machiguenga; 3809 en el idioma achuar; 1060 en otra lengua nativa u originaria.

Por consiguiente, el quechua y el aimara son lenguas maternas de una considerable cantidad de peruanos después del español. No obstante, en el Poder Judicial del Perú recién desde el año 2015, en estos dos idiomas solo se llegó a emitir tres sentencias. Esta realidad es evidente que en las zonas donde se ubican los descendientes de los pueblos originarios, la prestación de servicio de justicia no responde a un servicio público democrático porque no todos los peruanos se comunican en español. Esta situación es una de las barreras en la comunicación. En estas condiciones quienes no dominan el idioma español se sienten no escuchadas, porque sus interlocutores que

forman parte del Estado no se expresan en el lenguaje de la zona. Muchas veces ello se traduce en la desconfianza y en la impotencia de la población usuaria al no ser atendidas en su idioma.

En particular, en el seno de un proceso penal puede presentarse la indefensión, cuando al sujeto activo no se le informa en su idioma del contenido de los actos procesales. Igualmente, no podrá conocer a cabalidad los cargos formulados en su contra, cuando el imputado no tiene la posibilidad de entender el idioma empleado por los operadores jurídicos. En ese entendido, ¿de qué manera, una persona analfabeta que habla un idioma originario podría iniciar un proceso para defender sus derechos, o puede defenderse, si las autoridades encargadas de administrar justicia se comunican solo en el idioma español? Los que participan de la función de impartición de justicia tienen la tarea delicada de definir de manera justa los conflictos donde la respuesta debe realizarse en el idioma de lugar, haciendo accesible para el ciudadano que no domina el español.

En algunos lugares donde la población mayoritaria tiene el escaso dominio del español es evidente el desconocimiento del derecho al uso de propio idioma de parte de los jueces, fiscales, policías, abogados y otros auxiliares de la Justicia. Tal es el caso, cuando el imputado es interrogado en un idioma que él no domina o que no utiliza normalmente, además, con alta proporción de palabras rebuscadas o lenguaje técnico inasequible, propio de los profesionales del derecho.

Asimismo, cabe señalar que, hasta la actualidad, se ha avanzado levemente en el terreno legislativo, producto de ello se encuentra reconocido en la Constitución el derecho a usar el propio idioma a través de un intérprete. En cambio, en el terreno práctico el monolingüismo persiste en los actos estatales, en las zonas donde habitan los descendientes de los pueblos originarios. Tampoco, se sabe si en alguna región o municipalidad se haya oficializado el uso del idioma de la zona. Es inédito que en las regiones donde predominan el quechua, el aimara u otra lengua amazónica, estos sean desplazados, en su propio espacio al ámbito informal, para el uso dentro del círculo comunal, amical o familiar.

La asistencia del intérprete debe reservarse para situaciones excepcionales. El servicio de intérprete u otra alternativa debe emplearse como último recurso, no puede concebirse como una práctica de mera formalidad. Ello, en una zona donde predomina una lengua distinta al español. Las autoridades deben permitir a que las comunicaciones se realicen directamente en el idioma del usuario, a fin de que el mensaje sea de calidad y en el contexto del manifestante.

## 18. Conclusiones

En el Perú, según los resultados hallados del Censo Nacional de 2017, en cuanto se refiere a las lenguas originarias, el quechua (13,597 %), seguido de aimara (1,61 %), es el idioma con que aprendieron hablar sus habitantes.

En el Poder Judicial, a nivel de los juzgados recién a partir de 2015 se dictaron sentencias en lenguas originarias. Siendo conocidas en total solo cuatro sentencias: dos sentencias en quechua, una en aimara y otra en shipibokonibo. No se conoce si los demás actos procesales de estos expedientes, también hayan sido tramitados en lenguas originarias.

La Declaración Universal de Derechos Lingüísticos, en su artículo 20, establece el uso de palabra y por escrito, en los tribunales de justicia, la lengua históricamente hablada en el territorio donde están ubicados. En ese sentido, determina que los tribunales utilicen la lengua propia del territorio en sus actuaciones internas y, si por razón de organización judicial del Estado, el procedimiento se sigue fuera del lugar de origen, se debe mantener la lengua de origen. Así, toda persona tiene derecho de ser juzgado en una lengua que le sea comprensible y puede hablar, o a obtener gratuitamente un intérprete.

El proceso penal como instrumento para alcanzar la solución de un conflicto está constituido por una serie de actos que deben ser comunicados en su integridad al imputado, en cualquier etapa o instancia. Si el proceso se tramita en un idioma diferente al del inculpado, le asiste saber el contenido en su propia lengua. La autoridad que realiza el interrogatorio normalmente al conocer que el imputado habla un idioma distinto, designa a un intérprete. Empero, el juzgamiento o procesamiento no se agota con el hecho de la declaración, sino este comprende un conjunto de actos encaminados a establecer la responsabilidad o absolución del imputado.

La exigencia del derecho a ser juzgado en una lengua que le sea accesible y puede hablar, es un derecho que trasciende al lugar donde se encuentra el imputado. Cuando un ciudadano es procesado en el territorio de su residencia, donde se habla una determinada lengua aborigen que alcanza predominio, debe ser sometido al proceso en ese idioma. En cambio, si se encuentra en una zona distinta de su procedencia, donde se habla un idioma que no domina, en esa situación excepcionalmente se debe designar a un intérprete. Además, los alcances del derecho al uso de la lengua propia no se satisfacen con la designación de un intérprete, sino en la fidelidad de la transmisión y el recibo de la información.

El incumplimiento de ese derecho fundamental en cualquiera de las dimensiones señaladas conlleva a la afectación del ejercicio de otros derechos como el derecho de defensa. Situando a los que hablan un idioma distinto, en

un nivel desventajoso en relación a quienes dominan el español. El juez, fiscal, policía, defensor o cualquier funcionario está en la necesidad de comunicarse con la población en el idioma de la zona. Ello garantiza el servicio democrático de impartición de justicia, en la medida que posibilita el entendimiento entre la autoridad y el ciudadano.

## Referencias

Bermúdez, M. (2018). Derechos lingüísticos: el idioma ante la administración pública. *Gaceta constitucional*, (126), 59-73.

Bermúdez, M. A. (2001). *Los derechos lingüísticos*. Ediciones Legales. <https://n9.cl/y6d8e>

Blume, E. (2018). Reivindican nuestra condición de país multicultural, pluriétnico y multilingüe. El derecho al uso del propio idioma como lengua originaria. *Jurídica*, (691), 4-5.

Condor, C. S. (2019). *Los derechos lingüísticos de los pueblos originarios y la garantía del acceso a la justicia*. [Tesis de pregrado; Universidad Ricardo Palma] <https://n9.cl/63ks>

Código Procesal Penal

Constitución Política de 1993

Constitución de 1979

Convención Americana sobre derechos humanos de San José de Costa Rica

Declaración de las Naciones Unidas

Declaración Universal de Derechos Lingüísticos

Decreto Legislativo n.º 1342

Espezúa, B. (2016). *El derecho desde la mirada del otro. Bases para la construcción del pluralismo jurídico en el Perú*. Ideas solución.

Exp. n.º 00042-2004-AI

Exp. n.º 00889-2017-PA/TC ANCASH

Guardia, C. A. (1973). *Gramática quechua*. Ediciones Los Andes.

Gutiérrez, G. (2020). *Comentarios a la Constitución Política del Perú* (Vol. 1). Grijley.

Ley n.º 29735

Ley Orgánica del Poder Judicial

- Pino, G. (2005). *Gramática del idioma quechua - quechua*. (5.<sup>a</sup> ed.). Editorial Bendezú.
- Rosas, J. (2016). *Cómo el TC reinterpreta el derecho penal y procesal penal*. Gaceta Jurídica.
- Roel, L.A. (2015). *La constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Obra colectiva escrita por 166 destacados juristas del país*. Gaceta jurídica.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. Planeta colombiana.
- Rubio, M. (2012). Para conocer la Constitución de 1993. PUCP.
- Tunque, D. (2017). *Antología quechua. Idioma de los incas*. Editorial Moderna.
- Yrigoyen, R. (2001). *Justicia y multilingüismo. Pautas para alcanzar una justicia multilingüe en Guatemala*. Programa de Justicia Checchi/AID. <https://n9.cl/b7gr>



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





ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

## REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 4, enero-junio, 2021  
Publicación semestral. Lima, Perú.  
ISSN: 2707-4056 (en línea)  
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n4.02



# El aborto culposo como tipo penal necesario a fin de evitar la impunidad

## Wrongful abortion as a criminal offense necessary in order to avoid impunity

**Rosa Luz Retamozo Eguía\***

Primera Fiscalía Corporativa de Cañete  
(Lima, Perú)

rretamozodj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-4432-2146>

**Resumen:** Los delitos de aborto actualmente regulados en el Código Penal no contemplan el tipo penal de aborto culposo, por lo que, a criterio de la autora, la modificación corresponde del Código Penal a efectos de llenar un vacío en nuestra legislación, ello debido a que el feto y el embrión gozan de vida humana, pero de manera dependiente. El bien jurídico protegido para este delito es la vida del feto o *nasciturus*, y aunque esta vida es dependiente de la madre y sujeta al cuidado de la misma como deber de garante, aquella, a veces no goza de protección plena por parte del Estado. Por tanto, se hace necesaria la introducción de una nueva fórmula penal que contemple sanción ante una posible negligencia médica donde se produzca la muerte del feto.

**Palabras clave:** la culpa, *nasciturus*, vida humana dependiente

\* Fiscal Provincial del Segundo Despacho Adecuación de la Primera Fiscalía Corporativa de Cañete

**Abstract:** The crimes of abortion currently regulated in our Penal Code does not include the offense of culpable abortion , so that our criterion is the modification of the Penal Code in order to fill a gap in our legislation , because it can not be doubted that the fetus and the embryo also enjoy human life , only dependent manner the life of another person -the mother because there is hope to emerge a person's life . The legally protected is the life of the fetus , which is protected is a life that , although develops in the womb and at the expense of the mother, deserves an independent protection of the same lifespan.

**Key words:** guilt, unborn, human life dependent

RECIBIDO: 2/05/2021

REVISADO: 26/05/2021

APROBADO: 26/06/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

## 1. Introducción

Las infracciones culposas en Perú han incrementado en los últimos años, debido a la mecanización de las actividades domésticas, comerciales e industriales. Esta evolución ha conllevado a la denominada «sociedad de riesgo» por ser el ámbito propicio para la comisión de comportamientos imprudentes. Esto permite comprender que «las infracciones culposas, según las estadísticas, constituyan un gran porcentaje de los delitos cometidos y, por lo tanto, sean la materia de una buena parte de los procesos que ocupan a los órganos de control penal» (Hurtado, 2011, p. 3).

El ordenamiento penal considera como delito de aborto a la muerte del embrión o feto en el claustro de la madre o logrando su expulsión, provocándose así la interrupción dolosa del embarazo. Asimismo, el delito del aborto preterintencional reprime a quien, de manera violenta, ocasiona un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, pese a la notoriedad de la gestación de la víctima. En ambos casos, se requiere que el embrión o feto esté vivo, de lo contrario, se trataría de un delito imposible.

La actual legislación penal no ha previsto el aborto culposo, a efecto de reprimir aquellas impericias médicas y conductas imprudentes de la madre que producen la interrupción del embarazo. Un ejemplo de esta situación representan los casos de negligencia médica o de mala praxis, en el cual no existe la intencionalidad de dañar al feto, pero es el caso que la impericia, negligencia o inobservancia de las normas y procedimientos producen el aborto en la modalidad culposa.

En ese sentido, en el presente ensayo, se expone una propuesta sobre la necesidad de la regulación del aborto culposo en nuestra legislación, es necesario precisar que no resulta suficiente la protección de la vida

dependiente del *nasciturus* a través de delitos dolosos, sino también ante tipos penales culposos.

## 2. Delitos contra la vida en la legislación nacional

El ordenamiento jurídico protege los derechos fundamentales de la persona, principalmente, la vida, la integridad física o psicológica y la salud. Estos derechos «proporcionan los presupuestos y medios adecuados para intentar alcanzar la plenitud de su ser como verdaderos hombres, los mismos que, filosóficamente, consisten en una sustancia individual de naturaleza racional, dotado de la capacidad de entender y querer» (Retamozo, 2015, p. 59).

Por ello, la Constitución y el Código Civil, conforme a lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos - DUDH (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - PIDCP (1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos - CADH (1969) señalan que toda persona natural tiene derecho a la vida y a su integridad psicofísica y que al Estado corresponde protegerla. En tal sentido, Salinas (2013) explica que el derecho penal no puede ser indiferente a la protección de los principales bienes jurídicos como la vida e integridad física y psicológica de la persona. De este modo, lo que se ha denominado delitos contra la vida, protege la vida y la integridad humana en toda su extensión, desde la gestación en el seno materno hasta la muerte (Donna, 1999).

## 3. La vida humana como bien jurídico

En la doctrina, se ha sostenido que la vida es un bien de altísimo valor que debe protegerse con amplitud (Islas, 1998). En las legislaciones, se le ha dado un valor distinto a la vida después del nacimiento en comparación a la vida del producto de la concepción antes del nacimiento. «Los bienes jurídicos son tales no porque el legislador los considere merecedores de protección jurídica, sino porque son en sí, presupuestos indispensables para la vida en común» (Hurtado, 1997, p. 35) y, al ser protegidos o tutelados por el derecho, se convierten en bienes jurídicamente protegidos.

El bien jurídico primordial de la sociedad es la vida, tal como se establece en la Constitución (inc. I del art. 2). Al respecto, Bramont (1997) expresa que la vida se protege de modo absoluto, salvo excepciones que permiten afectarla para salvaguardar otro bien de la misma jerarquía, como se puede producir en los casos de legítima defensa.

## 4. El concepto de vida humana dependiente

La vida humana comprende tanto la vida del embrión o del feto (dependiente) como la vida de la persona (independiente); en el primer caso, se produce la

dependencia de la madre, ya que se desarrolla en sus entrañas, por lo que merece una protección independiente de la vida misma de esta, pero no de su salud. Según la opinión mayoritaria, «el aborto protege un bien jurídico autónomo, diferente de los intereses de la mujer embarazada y vinculado de algún modo a la vida humana» (Donna, 1999, p. 63).

Es por ello que, desde años atrás, se ha suscitado un amplio debate para responder la pregunta: ¿desde cuándo se inicia la vida para ser protegida penalmente? Muchas han sido las teorías que intentan responder a la interrogante, así tenemos que un sector sostiene que la vida comienza con el fenómeno de la fecundación del óvulo (teoría de la fecundación); otro sector mayoritario, sostiene que el inicio de la vida se produce desde la implantación del óvulo ya fecundado en el útero de la mujer (teoría de la anidación).

En el derecho penal peruano, existe consenso en considerar que la vida se inicia desde el momento de la anidación del óvulo fecundado por el espermatozoide en el útero de la mujer (Salinas, 2013). Ello permite a los operadores jurídicos determinar el momento en el que inicia la vida humana y, por ende, nos permitirá diferenciar en qué momento nos encontramos ante medios anticonceptivos y cuándo ante medios abortivos. Por tanto, se puede establecer que todos los medios que impidan el momento de la anidación deberán ser considerados como método anticonceptivo, pues en dicho tiempo no se ha formado el objeto de protección: la vida humana. Por el contrario, todo medio utilizado posteriormente a dicho momento deberá ser considerado abortivo (Bramont, 1997).

## 5. El aborto

La acepción de aborto deriva del latín *abortus*, y debe entenderse como el mal nacimiento o nacimiento malogrado, que pone en peligro o lesiona la vida humana en formación. En tal sentido, debe entenderse como la destrucción del producto del embarazo, luego de la etapa de la anidación hasta antes que comience el parto, y ello puede producirse a través de la expulsión violenta del producto o por su destrucción en el propio vientre de la madre (García, 1997).

De igual modo, Peña (2008) sostiene que el aborto importa la acción u omisión lesiva (dolosa) que recae sobre la vida humana en formación, generando su eliminación, sea por vías físicas, psíquicas, mecánicas y artificiales, propiciando en todo caso la interrupción de la gestación. Por tanto, la acción intencional no puede recaer sobre el feto muerto o antes de la anidación por la imposibilidad del objeto, así como tampoco interesa el tiempo de gestación y medios que han de emplearse para la realización de la acción abortiva.

## 6. Alcances de la política criminal

El Estado, de acuerdo al principio de lesividad, ha diferenciado la pena entre el delito de aborto y el delito de homicidio. La primera es más atenuada por tratarse de un proyecto que aún no adquiere concreción propia a diferencia de la vida humana independiente. En tal sentido, debe orientarse a tutelar el derecho del concebido y la integridad de la madre, de acuerdo a consideraciones de orden político criminal, que sin dejar de lado la función tuitiva del *ius puniendi*, pueda ajustarse a la realidad social.

Por lo tanto, la decisión político criminal de establecer si el aborto debe ser o no punible conlleva, previamente, a la ponderación de bienes jurídicos en conflicto, determinándose si la protección del feto debe ser igual en todo el proceso de gestación o puede variar de acuerdo a su avance gestacional, y los intereses que pueden entrar en conflicto con ella (Hurtado, 1999). Actualmente, la política criminal peruana no aprueba el aborto y, socialmente, se opta por una planificación familiar, por lo que se origina uno de los debates más discutidos en la actualidad respecto al aborto.

## 7. Tratamiento jurídico penal del aborto

En el sistema jurídico, se produce una zona de conflicto por la causación de un aborto, así encontramos los siguientes sistemas:

- a) **Sistema de indicaciones:** Este modelo sostiene que debe legalizarse la interrupción del estado de gestación cuando concurren las siguientes circunstancias: i) La indicación terapéutica: cuando se suscite una situación que sitúe a la gestante en un eminente peligro para su vida o salud, y el aborto es el medio para evitarlo; ii) la indicación eugenésica: destinada a evitar el nacimiento de seres con taras degenerativas; iii) la indicación ética: cuando el embarazo ha sido consecuencia de algún delito sexual, y se toma en cuenta la decisión de la madre de tenerlo o no; y iv) La indicación social: cuando la madre, por razones sociales o económicas, no se encuentra en las condiciones de solventar la manutención del hijo.
- b) **Sistemas de plazos:** Se establece la descriminalización del aborto durante los tres primeros meses de gestación, primando así la decisión de la madre de decidir libremente durante dicho tiempo en relación a la vida del feto (Bustos, 1986).

En el Perú, se ha optado por la sanción penal del aborto, adoptándose el sistema de indicaciones al regularse el aborto terapéutico (artículo 119° CP) como único caso no punible; además, se contempla la indicación ética (art. 120°, 1 CP) — cuando se produce el embarazo como consecuencia de

un hecho de violencia sexual—, y la indicación eugenésica (art. 120.2 CP) —cuando es probable que el niño nazca con graves taras físicas o psíquicas.

Es pertinente respaldar el sistema de indicaciones antes descrito, pues legalizar el aborto para todos los casos durante los tres primeros meses, es de sumo cuidado y se contrapone con el derecho a la vida del concebido que nuestro sistema jurídico ampara y defiende desde la anidación; pero, además, entra en conflicto con los principios fundamentales de la defensa del derecho a la vida, desde su inicio y en todas sus formas.

Asimismo, debemos sostener que el sistema de plazos no se encuentra acorde a la protección del derecho a la vida desde su inicio y en todas sus formas, por lo que contravendría a los valores y principios de la Constitución al otorgarse libertad a la madre de decidir en los primeros tres meses de gestación sobre la vida del feto.

## 8. Delitos de aborto regulados en el sistema penal peruano vigente

Desde el artículo 114° al 120° del Código Penal peruano, se encuentra regulado el delito de aborto, desde el autoaborto hasta el aborto sentimental; de lo cual se desprende que, en el código sustantivo, no se contempla el delito de aborto culposo, por lo que al no existir norma expresa que proteja la forma culposa del aborto, correspondería la modificación del Código Penal a efectos de llenar un vacío en nuestra legislación.

En relación al aborto preterintencional, se debe definir a la preterintencionalidad como aquella «tipificación simultánea, dolosa y culposa, de una misma conducta, sea que, de no hallarse así tipificada, el caso se resuelve por concurso ideal, o bien que, fuera de esta tipificación compleja, la conducta culposa sea atípica» (Villavicencio, 2007, p. 409). Es decir, se trata de hechos cuyos resultados sobrepasan el dolo del sujeto al momento de realizar la acción, produciéndose una combinación de dolo en la acción y culpa en el resultado. Así, estamos ante un mal pretendido proveniente de su actuación dolosa, y otro mal que es más grave, pero no ha sido pretendido, proveniente de una actuación imprudente (Quinteros, 1984).

En el delito de aborto preterintencional, el presupuesto delictivo se configura cuando el agente, mediante el uso de la violencia, ocasiona el aborto sin haber tenido el propósito de causarlo (Salinas, 2013). Es decir, no se busca la muerte del feto, pero al haberse ejercido una violencia significativa en la gestante, se le ha producido un aborto.

Nuestra legislación penal, no ha previsto el aborto culposo a efectos de reprimir diversas circunstancias imprudentes como las impericias médicas

y el accionar negligente de la propia madre que conllevan a la expulsión del feto prematuramente; y, si bien es cierto que el agente no tiene la intención de dañar al feto, el accionar imprudente desencadena afectación psicológica y moral a la gestante —e incluso a su familia— como consecuencia de la irreparable pérdida.

## 9. Los delitos imprudentes en la legislación nacional

Respecto a las infracciones culposas, «según las estadísticas, constituyan un gran porcentaje de los delitos cometidos y, por lo tanto, sean la materia de una buena parte de los procesos que ocupan a los órganos de control penal» (Hurtado, 2011, p. 3). Los delitos culposos, conforme al art. 12.º del Código Penal, se rigen por el sistema de *numerus clausus* y «en regla general solo se reprime a título de dolo y solo de manera excepcional a título de culpa» (Villa, 2014, p. 319).

Es claro que la protección de los bienes jurídicos frente a los comportamientos culposos deben ceñirse a los bienes más importantes como la vida, salud, entre otros; por lo que debe establecerse expresamente a título de culpa; y, en consecuencia, hay que tratarlos de manera desigual a los dolosos, por la diferencia en la intensidad de la ilicitud como de la culpabilidad.

Los tipos culposos describen un «causar», mediante un comportamiento culposo (comisión u omisión), y el resultado o la acción penalmente relevante, tal «técnica legislativa hace referencia a los tipos legales abiertos que el juez debe completar» (Muñoz y García, 2000, p. 322). En tal sentido, la determinación de los comportamientos típicos depende, en mayor medida, de criterios de interpretación que el juez debe tener en cuenta para cada caso en concreto.

Los delitos culposos pueden ser de comisión y de omisión, así como de pura actividad, que únicamente requieren de la realización del comportamiento más no de un resultado, mientras que en «los delitos de resultado, el autor mediante su comportamiento produce una lesión al bien jurídico» (Villa, 2008, p. 267).

Respecto a la relación de causalidad y la aplicación de los criterios referentes a la imputación objetiva, se requiere que la conducta del sujeto (infracción del deber de cuidado) debe haber traspasado los límites del riesgo permitido (imputación de la conducta), y dicho riesgo jurídicamente desaprobado debe concretizarse en el resultado típico (imputación de resultado), dentro de los alcances que la norma de cuidado quería evitar (Villavicencio, 2007).

El injusto imprudente equivale a la infracción de la norma de cuidado. Feijoo (2001) señala que al «autor de un delito imprudente se le debe imputar a través de un juicio retrospectivo la infracción de la norma de conducta

o la norma de cuidado, lo que es lo mismo, la creación de riesgo jurídico-penalmente desaprobado» (p. 244).

La infracción del deber de cuidado no siempre puede configurar un delito imprudente, para ello, se requiere un resultado típico previsto previamente en el Código Penal. La exigencia del resultado se justifica como una garantía de seguridad para los ciudadanos, esta función limitadora está orientada en un sentido político-criminal positivo (Mir Puig, 2004). Un ejemplo de lo dicho, es el accionar imprudente del médico que al utilizar una nueva técnica quirúrgica no se le podrá imputar la comisión de un delito culposo, si no ha producido la muerte o lesión en la víctima.

El resultado debe provenir de la acción imprudente del autor, es decir, de la infracción del deber de cuidado que le era exigible; por tanto, lo relevante es que el resultado sea imputable por la infracción de la norma de cuidado; de no ocurrir ello, se negará la imputación objetiva del resultado. Asimismo, el resultado debe haber sido previsible objetivamente desde la posición del autor; de lo contrario, si el resultado no ha sido previsible, este no puede ser atribuible objetivamente.

El resultado de la acción imprudente se define a partir de la norma de cuidado infringida, de la cual se puede establecer el fin de protección de la norma. Al respecto, Cerezo Mir (1990) sostiene que «es necesario que se demuestre, con una probabilidad rayana en la certidumbre, que el resultado se hubiere evitado en caso de haberse observado el deber de cuidado» (p. 283).

## 10. La previsibilidad

La teoría de la previsibilidad establece que la culpa es la no previsión del resultado previsible. La previsibilidad en los delitos imprudentes se equiparan a la intencionalidad en los delitos dolosos, por lo que de no acreditarse en la imprudencia, esta no se habría producido. Aquella previsibilidad no prevista es imputable cuando, además de cumplirse con lo descrito en la norma, el hecho se haya producido como consecuencia del incumplimiento de un deber de cuidado. En tal sentido, no es suficiente la relación de causalidad y la infracción del deber de cuidado, sino que, además, el resultado debe haber sido previsible. Esta previsibilidad permite diferenciar un hecho culposo de un hecho fortuito.

La estructura del concepto dogmático de culpa comprende dos elementos: i) la infracción de un deber de cuidado; y ii) por otro, la previsibilidad por parte del autor del resultado. En los delitos imprudentes, la previsibilidad debe tener en cuenta la capacidad de una persona promedio (prudente) caracterizada en relación a su nivel profesional o social en el que se desenvuelve; asimismo,

su capacidad, formación y habilidades individuales que permitan establecer su culpabilidad en la comisión de tales tipos penales. Por lo tanto, conciernen a la culpabilidad la capacidad del agente para evitar la violación de una norma y las circunstancias personales que impiden al autor actuar de manera diferente. En los delitos imprudentes, no solo debe referirse a las exigencias establecidas para una persona media al justificar el acto imprudente que ha cometido; así se tiene que el agente poseedor de una capacidad especial, como, por ejemplo, el médico calificado, deberá utilizar las calificaciones que posee para prever el perjuicio y respetar el deber de prudencia.

## 11. Culpa con representación y culpa sin representación

En la culpa sin representación, Villavicencio (2001) explica que el agente, en el momento de realizar la acción peligrosa no permitida, no advierte que puede realizar un tipo legal, denotando su falta de atención, no percibe que es posible perjudicar bienes jurídicos de terceros. En cuanto a la culpa con representación, Peña (1998) sostiene que el agente, a pesar de que se da cuenta de que mediante su acción peligrosa puede dañar a un tercero, subestima esta posibilidad y piensa poder evitar su realización; por lo que, al no tener en cuenta el peligro que crea o aumenta, «el agente manifiesta una voluntad deficiente que le impide abstenerse o no le permite tomar las precauciones necesarias para excluir las consecuencias negativas de su obrar» (Mazuelos, 2003, p. 163).

## 12. El aborto culposo

El delito de aborto culposo no se encuentra contemplado en nuestra legislación penal. Sin embargo, a través del derecho comparado, se ha permitido conocer la realidad y casuística de otros países, donde la vida humana, de forma dependiente, goza de mayor protección, por lo que se hace necesario, la incorporación de dicho tipo penal, que garantice la ampliación de la esfera de protección de la vida humana dependiente que, en nuestra legislación, solo se contempla de manera parcial. Si bien la tendencia de algunos países apunta a la despenalización del aborto, bajo el argumento de la libre decisión de la mujer en disponer de su cuerpo, se evidencia un desprecio por el bien jurídico vida, que contraviene el respeto de los derechos fundamentales en un Estado Democrático de Derecho.

En la actualidad, el tipo penal de aborto preterintencional no cubre de forma clara y exigente los vacíos producidos ante sucesos imprudentes. Las legislaciones de México y El Salvador amparan el aborto culposo y otorgan protección a la vida humana dependiente; estableciéndose así que son escasas las legislaciones que otorgan protección a la vida humana en formación.

Sobre esta situación, Soler (1970) sostiene que las situaciones, en las que la mujer imprudentemente realiza actos que la exponen a interrumpir el embarazo, no son punibles. Similar situación ocurre cuando el acto es producido por un tercero que, por su imprudencia, causa el mismo resultado; por ejemplo, el médico causa la muerte del feto por alguna negligencia. Estas situaciones nos permiten demostrar que el bien jurídico vida no encuentra protección con toda amplitud. Esta circunstancia, ante la lesión imprudente del embrión o feto, produce espacios de punibilidad, como puede suceder cuando se le suministra negligentemente medicamentos a la gestante, y que, a través de sus efectos secundarios, pueden causar daños en la salud del feto. Otro claro ejemplo de impunidad es la conducta del médico que negligentemente provoca el aborto culposo. En suma, el tipo penal de aborto culposo debe configurarse tomando en consideración que los causantes de dichos tipos penales puedan ser un tercero como hasta el propio médico tratante.

La culpa, en el ámbito médico, posee particularidades que las diferencian de otras actividades dentro de la vida social, toda vez que la prestación del servicio médico se produzca en una situación de peligro y de variable gravedad en la salud del paciente, y que, bajo dichas circunstancias, el profesional médico intervenga para salvaguardar su salud. En los últimos años, una de las actividades de riesgo es la práctica médica, ya que, por la evolución de la tecnología, se han establecido nuevos protocolos médicos, mediante los cuales los profesionales médicos enmarcan el desarrollo de sus actividades profesionales; y del que se ha podido advertir situaciones que han implicado la mala praxis en que incurrir, específicamente, sobre gestantes, causando negligentemente abortos, que por la falta de regulación legal y tipificación en el Código Penal quedan impunes.

Otra situación que podemos ejemplificar, es la posición de garante que la gestante tiene frente a su hijo, y que, pese a tener dicha posición, realiza actividades imprudentes, las que producen la interrupción del embarazo con la muerte del *nasciturus*. Asimismo, una situación frecuente que respalda lo sostenido, son aquellos accidentes automovilísticos, en la que la gestante es transportada y, que por la imprudencia del conductor, se produce la muerte del *nasciturus*. Son estas las razones que justifican la penalización del aborto culposo, a efectos de postular una eventual modificatoria a nuestro ordenamiento jurídico que comprenda el actuar negligente de terceros, profesionales médicos y de la propia madre.

A partir de los ejemplos mencionados, se pueden proporcionar tres presupuestos para la configuración del aborto culposo en relación a la calidad del agente:

- a) **El agente es un tercero:** nuestro sistema no contempla el aborto culposo. Sin embargo, se advierte, en la realidad social, interrupciones de la gestación, entre las que resaltan en cifras las relacionadas con accidentes automovilísticos, pero con una evidente producción de resultado.
- b) **La mujer gestante:** es frecuente que, pese al descuido o imprudencia de la gestante, no se debe aumentar su sufrimiento con la imposición de la sanción penal; no obstante, deberá analizarse también el deber objetivo de cuidado y la posición de garante.
- c) **El médico que trata a la gestante o de modo genérico, el profesional de la salud:** la punibilidad de la conducta del personal de salud que asiste a la gestante, sobre quien recaen los deberes de cuidado que pueden fundamentar el injusto; por ejemplo, cuando el ginecólogo practica un tacto vaginal a una mujer embarazada, sin prevenir las posibles complicaciones como causar sangrado abundante o ruptura de la fuente, desencadenándose el aborto culposo.

El aborto culposo debe comprender el elemento negativo, es decir, la ausencia de intención, y que, adicionalmente, sea el resultado de la imprudencia y negligencia. Por lo tanto, la persona que incurra en un accionar imprudente que cause el aborto de la gestante será considerada como presunto autor del delito de aborto culposo.

### 13. Conclusiones

- a) El aborto preterintencional no es suficiente para llenar los vacíos existentes ante la comisión de un evidente aborto culposo; por ello, es necesario la incorporación del tipo penal de aborto culposo.
- b) La legislación peruana no protege a plenitud la vida humana dependiente, pues el enfoque que ha expuesto, actualmente, es la protección a la vida humana dependiente. Se considera que bajo este supuesto se está, de alguna forma, minimizando las penas a imponerse, más aún tratándose de delitos culposos, en los que el nexo causal muchas veces resulta difícil de identificar.
- c) Las penas contempladas actualmente para los delitos culposos contra la vida, el cuerpo y la salud son de reducido margen, y, ante un vacío, como se da el caso de muerte de manera culposa del feto, se reviste de impunidad porque su tratamiento y justificación real no se contemplan en el ordenamiento jurídico.

## Referencias

- Bustos, J. (1986). *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial. Ariel.
- Donna, E. (1999). *Derecho Penal*. Parte Especial, T.I, Rubinzon–Culzoni Editores.
- Feijoo, B. (2001). *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de la norma de cuidado»*, José María Bosh Editor.
- Hurtado, J. (1995). *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial 2: Aborto. Juris.
- Hurtado, J. (2011). *Manual de Derecho Penal*. Parte General. T. II. (4.ª ed.). Idemsa.
- Mir, S. (2004). *Derecho Penal*. Parte general. (7.ª ed.). Julio Cesar Faira Editor.
- Mir, S. (1994). *Derecho Penal*. Parte general. (4.ª ed.). Reppertor.
- Mazuelos, J. (2003). *El delito imprudente*, en ADP 2003. Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano, Lima.
- Muñoz, F. y García, M. (2000). *Derecho Penal*. Parte general. (4.ª ed.). Editorial Tirant lo Blanch S.A.
- Peña, R. (1995). *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. (2.ª ed.).
- Peña, A. (2008). *Derecho Penal*. Parte especial, T.I., Idemsa.
- Quinteros, G. y Muñoz, F. (1984). *La reforma penal de 1983*. (2.ª ed.). Ediciones Destino.
- Retamozo, R. (2015). *El aborto culposo y las razones que justifican su incorporación en ordenamiento jurídico peruano, a fin de evitar la impunidad en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*. [Tesis para optar el grado de Magíster en Ciencias Penales, Universidad Nacional Mayor de San Marcos].
- Salinas, R. (2001). *Derecho Penal*. Parte especial. (5.ª ed.). Grijley.
- Villavicencio, F. (2007a) *Código Penal Comentado*. (3.ª ed.). Grijley.
- Villavicencio, F. (2007b) *Manual de Derecho Penal*. Parte general. (3.ª ed.) Grijley.
- Villa, J. (2008). *Derecho Penal*. Parte general. (3.ª ed.). Grijley.
- Villa, J. (2014). *Derecho Penal*. Parte general. Ara Editores.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Derecho Penal*. Parte general. Ediar.



ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

# REVISTA DE INVESTIGACIÓN

## DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 4, enero-junio, 2021  
Publicación semestral. Lima, Perú.  
ISSN: 2707-4056 (en línea)  
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n4.03



## El delito de tráfico de influencias en los casos administrativos

### The crime of influence trafficking in administrative cases

**Víctor Túllume Pisfil\***

Distrito Fiscal de Áncash  
(Áncash, Perú)

vtullumedj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-3941-7359>

**Resumen:** El delito de tráfico de influencias, según el Código Penal peruano, tiene entre sus componentes los «casos administrativos». Este ilícito penal genera un impacto enorme en la sociedad, por lo que es necesario interpretar correctamente todos sus elementos objetivos para evitar que el flagelo de la corrupción e impunidad socaven la administración pública y dañen la confianza de la ciudadanía en sus autoridades, lo que intensifica el clima de violencia e inseguridad.

En este contexto, este trabajo tiene como objetivo señalar las interpretaciones efectuadas por los abogados litigantes y decisiones judiciales del tema «casos administrativos» que comprende dicho delito. Se descarta

\* Fiscal provincial titular del Primer Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de corrupción de funcionarios del Distrito Fiscal de Áncash. Magíster en derecho penal por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque.

así la interpretación restringida postulada muchas veces por los abogados de la defensa.

En esta investigación, se analizan los diversos pronunciamientos jurisdiccionales más relevantes y emblemáticos sobre el tema. Detalla antecedentes legislativos del delito en comentario, tanto en Perú como en el exterior, su adscripción a los tratados internacionales de combate a la corrupción, definiciones y terminologías afines, legislación administrativa, enfoques interpretativos de dicho ilícito penal con su bien jurídico. Se protegen posiciones interpretativas del elemento objetivo «acto administrativo» y sus posturas doctrinarias restringida y amplia.

Concluida dicha fase, se advierte que luego del examen de las sentencias más relevantes de la jurisprudencia nacional en cuanto al tema materia de estudio, resulta una interpretación escasa, ambigua y vaga. Sin embargo, se puede concluir que en la actualidad la magistratura viene efectuando una interpretación histórica, sistemática y teleológica, evitando interpretaciones restringidas que podrían generar impunidad.

Finalmente, se concluye en que la teoría o postura amplia del «caso administrativo» debe ser interpretada acorde a la correcta terminología empleada al bien jurídico de dicho delito, al derecho administrativo y a los convenios internacionales suscritos por el Perú en el combate a la corrupción.

**Palabras clave:** caso judicial, restringido, amplio, corrupción.

**Abstract:** The crime of influence peddling according to the Peruvian penal code, has as of its components that influences are carried out at the level of «administrative cases». This criminal offense generates a huge impact on society, so it is necessary to correctly interpret all its objective elements to prevent corruption and impunity from undetermining public administration and damaging the confidence of citizens in their authorities, which intensifies the climate of violence and insecurity.

The objective of this work is to point out the interpretations made by litigating lawyers and judicial decisions of the topic «administrative cases» that comprise said crime. Disregarding the restricted interpretation many times postulated by defense attorneys.

It analyzes the various most relevant and emblematic jurisdictional pronouncements on the subject. Legislative history of the crime of influence peddling is detailed, both in Peru and abroad, its link with international anticorruption treaties, definitions and related terminologies, administrative legislation, interpretative approach of said criminal offense with its good protected legal system, interpretative positions of the objective element «administrative act» and its restricted and broad doctrinal positions.

Once this phase is concluded, it is noted that after the analysis of the most relevant judgments issued by the national jurisprudence regarding the subject matter of study, a scant, ambiguous and vague interpretation will be appreciated as a result, however it can be concluded that the magistracy is currently making a historical systematic and teleological interpretation avoiding restricted interpretations that could generate impunity.

Finally, it will be concluded that the theory or broad position of the «administrative case» will be interpreted according to the correct terminology used, the legal right of the crime of influence peddling, the international agreements signed by Peru, in the fight against corruption.

**Key words:** court case, restricted, broad, corruption.

RECIBIDO: 2/05/2021

REVISADO: 26/05/2021

APROBADO: 26/06/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

## 1. Introducción

El delito de tráfico de influencias está ubicado en el marco normativo peruano, sección de los delitos de corrupción de funcionario, delitos contra la Administración Pública.

Kofi Annan (2004), Secretario General de las Naciones Unidas, precisó que la corrupción es una plaga para la sociedad, da inicio a violaciones de derechos humanos, posibilita el florecimiento de la delincuencia organizada y atenta contra la seguridad humana<sup>1</sup>. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018) también resalta las consecuencias negativas de este flagelo y las trabas para el goce y disfrute real de los derechos humanos, más aún si los actos de corrupción de autoridades gubernamentales o prestadores privados de servicios públicos afectan a grupos vulnerables<sup>2</sup>.

En esa línea, el marco penal tipifica el delito objeto de análisis, en el artículo 400: «El que, invocando a teniendo influencias reales o simuladas (...) ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo». Se considera como agravante, «si el agente es un funcionario o servidor público».

1 Estas frases fueron escritas en el prefacio de resolución 58/4 -Asamblea General de 31 de octubre de 2003- que avala la «Convención de las NN. UU. contra la Corrupción».

2 Agrega que, corrupción también perjudica los derechos de terceros individualmente afectados, transgrede negativamente en toda la sociedad. Finaliza indicando que la Convención Interamericana contra la corrupción precisa en su preámbulo que la «democracia representativa, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en las funciones públicas, así como los actos de corrupción en especial los vinculados con tal ejercicio. Referencia: Considerando 241, Sentencia de 9 de marzo de 2018 «Caso Ramírez Escobar y Otros Vs. Guatemala».

En los últimos tiempos, se cuestiona uno de los elementos objetivos del ilícito penal, esto es «actos administrativos». En consecuencia, es importante abordar dicha problemática, analizando las posturas adoptadas al respecto, ya sea por los abogados litigantes como magistrados, desde el ámbito administrativo o penal. Además, se hace un análisis acorde a la terminología, el bien jurídico protegido y a los convenios internacionales ratificados por el Perú en relación al ataque, a la corrupción y al crimen organizado.

Este estudio es descriptivo. Busca investigar una realidad judicial, contrastándola y visualizándola a través de la doctrina y marco jurisprudencial.

La investigación se ha desarrollado mediante fuentes bibliográficas, resoluciones judiciales y pronunciamientos nacionales como extranjeros. Además, se toma como referencia la información pública de los pronunciamientos más relevantes de las tribunales superiores o salas superiores de justicia, así como de la Corte Suprema de Justicia de la República, durante los últimos veinte años.

Para una mejor comprensión del elemento objetivo «acto administrativo», se explica los antecedentes legislativos, definiciones, marco teórico, posturas dogmáticas, debate y conclusiones.

## 2. Antecedentes legislativos

En el Perú, este delito se origina con la promulgación del Decreto Legislativo n.º 121 (12 de junio de 1981) que incorporó el artículo 353-A al Código Penal de 1924. Fue añadido al delito de Cohecho, con la finalidad de reprimir actos de influencias que ejercían los militares —en esa época— en contra de la dictadura. Uno de los elementos constitutivos de este delito es que se interceda ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un «caso judicial o administrativo».

Cabe indicar que la fuente directa de este ilícito es el Código Penal colombiano del año 1980. En su artículo 147, comprendía las influencias reales y simuladas, con el fin de obtener un favor del empleado que conociendo o haya de conocer «un asunto».

Durante su vigencia ha sufrido varias modificaciones. Una de las más cuestionadas, se encuentra en la Ley n.º 29703, publicada el 10 de junio de 2011. Posteriormente, fue modificada por la Ley n.º 29758 del 21 de julio del mismo año, suprimiendo el término «real» para evitar interpretaciones que el sujeto activo solo pueda tener influencias reales y no aparentes o simuladas.

Su último cambio se registra en el Decreto Legislativo n.º 1243 (publicado 22 de octubre 2016), que modifica lo relacionado a la pena de inhabilitación principal. Esta se extiende de cinco a veinte años y será perpetua, siempre

que el sujeto activo actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.

El Proyecto del Código Penal, revisado y validado por el grupo de trabajo conformado por el Consejo Nacional de Política Criminal en diciembre del 2016, incorpora los siguientes artículos: 582.º T.I. pasivo y el 583.º T.I. activo. En ambos casos están relacionados con que las influencias están destinadas a que se retrase u omita «un acto relacionado a sus funciones».

### 3. Marco legal internacional

#### La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su repercusión para la legislación nacional

En el artículo 18, se hace referencia a este ilícito «se cometen intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona (en forma directa o indirecta), de un beneficio indebido con el fin de este o la persona abuse de su influencia real o simulada para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un provecho indebido que redunde en beneficio del instigador original del acto o de cualquier persona».

#### 4. Influencia del derecho internacional en la regulación interna de este tipo penal, específicamente el elemento objetivo «caso administrativo»

Con el fin de comprender mejor el tema, se desarrolla brevemente las regulaciones sobre casos administrativos en otros sistemas legales:

##### España

En su Código Penal, artículo 428, refiere que «con este o con otro funcionario o autoridad para obtener **una resolución** que pueda generar —directa o indirectamente— un beneficio económico».

##### Argentina

En el artículo 258 bis de su Código Penal establece: «que dicho funcionario realice u omita realizar **un acto** relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas».

##### Colombia

El artículo 411 de su código sustantivo precisa que «de parte —del servidor público— **en asunto** que este se encuentre conociendo o haya de conocer».

##### Brasil

En su Código Penal de 1995, artículo 332, señala que «con el pretexto de influir en **un acto** practicado por un funcionario público».

## Panamá

En el artículo 354 de su Código Penal, refiere: «en asunto que se encuentre conociendo o», como agravante, «de quien conoce o debe conocer **el asunto** de que se trata».

## Paraguay

El artículo 7 de su Código Penal indica «**en un asunto** que se encuentre conociendo o...».

## 5. Bases teóricas y definiciones

El delito de tráfico de influencias está orientado a conseguir resolución o decisión de autoridad judicial o administrativa, no solo a un tema de *litis*, sino incluye a actos, procedimientos, procesamientos administrativos, y otros que incluyan desde una solicitud de permiso, licencia, contratos de obras con el estamento gubernamental y otros.

Siendo así, corresponde identificar algunos conceptos y definiciones que coadyuven a una mejor interpretación de **caso administrativo**.

**Concepto de «caso».** Se entiende por caso, según Cabanellas (2003) «Cualquier suceso o acontecimiento. Pueden ser comunes, inciertos, eventuales, fortuitos previsto o no previstos // Equivale a ocasión, situación, coyuntura, lance» p. 99. También se conceptualiza conforme a lo señalado por la Real Academia de la lengua española, como el asunto de que se trata o que se postula para consultar a alguien y pedirle su dictamen // suceso notorio, escandaloso o puede ser delictivo, cuyas circunstancias atraen la curiosidad del público.

**Definición del término «administrativo».** Para Cabanellas (2003), «es lo concerniente a la administración pública. De modo general, de índole burocrático u oficinesca en relación con tareas y trámites» (p. 172). En igual sentido, la Real Academia de Lengua Española dice que es lo «pertenciente o relativo a la administración».

**Concepto de «administración pública».** Para Salinas (2011), es el servicio del Estado a través de sus funcionarios o servidores para lograr su fin último, esto es el bienestar común (p. 4).

**Definición de «función pública».** Para Rojas (1999), «la expresión función pública, se asemeja al conjunto de intereses cuya prestación lo asume el Estado (directa o indirecta) a través de actos de delegación. A ello podemos agregar, que es toda actividad permanente o temporal, honoraria o remunerada efectuada por una persona natural en nombre del Estado o de sus entidades, en cualquier nivel jerárquico» (p. 177).

**Definición de «justicia administrativa».** Existen dos posiciones, algunos juristas postulan tanto a los principios como los procedimientos que poseen recursos los particulares para cautelar sus derechos; mientras que, para otros, comprende los órganos y entidades para defender los derechos de los administrados frente a la actividad pública.

Fix-Zamudio (1983) señala que, «para estudiar los distintos instrumentos jurídicos y procesales que intervienen en la justicia administrativa se debe partir de un concepto temporal, lo cual no es fácil porque a menudo se confunden con la jurisdicción administrativa propiamente dicha. Sin embargo, no son equivalentes». Dicho autor concluye señalando que, la justicia administrativa debe ser considerada como una de las disciplinas legales más importantes, porque comprende instrumentos jurídicos establecidos para defender los derechos e intereses legítimos de los terceros frente a la conducta administrativa de los órganos públicos. La justicia administrativa no debe mezclarse o embrollarse con la jurisdicción, ya que la primera tiene un amplio alcance, porque incluye numerosos instrumentos para la resolución de conflictos entre la Administración Pública, y en general de la conducta administrativa de cualquier autoridad; de manera que la justicia administrativa es el género y la jurisdicción administrativa es una de sus especies. La primera es muy amplia, ya que contiene las leyes de procedimientos, los recursos, los organismos no jurisdiccionales, la tutela de derechos colectivos y los intereses difusos; además de la jurisdicción y los organismos jurisdiccionales, todos calificados administrativamente (p. 2, 59-60).

## 6. La legislación administrativa

Para entender el «acto administrativo» es relevante recurrir al texto único ordenado de la Ley n.º 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, en su artículo 29 señala: «Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados».

Cassagne (1998) señala que el derecho administrativo es componente del derecho público interno y reglamenta la organización y funciones de las entidades legislativa y jurisdiccional del órgano ejecutor y entidades descentralizadas según ley. En otras palabras, todas las actividades efectuadas por personas públicas o privadas a las que el sistema legal les otorga poder público, que degradan o anulan el derecho privado (p. 110).

A ello se añade el artículo 5 de la Ley de Procedimiento Administrativo General que precisa el «objeto o contenido del acto administrativo» de la siguiente manera: es aquello que decide, declara o certifica la autoridad. El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho propuestos por los administrados, pudiendo involucrar de oficio a otras personas que no fueron pedido por ellos, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo para que expliquen su posición y proporcionen sus pruebas si lo creen conveniente.

## 7. Enfoques interpretativos del delito materia de análisis

### 7.1. Respecto al componente objetivo del delito de tráfico de influencias «caso administrativo»

De acuerdo a los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios, se han postulado dos teorías para determinar el «caso administrativo».

- a) **Teoría amplia.** En el Perú, se tiene como precedente el Recurso de Nulidad n.º 11-2001 de 23 de julio de 2013 –Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Se hace referencia a «caso judicial o administrativo» del artículo 400, indudablemente se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto. Exteriorizando de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) en cuanto se refiere a un caso judicial y de funcionarios públicos que no estén conferidos de poder discrecional administrativo.

Desde una perspectiva del bien jurídico afectado, esta teoría, también tiene asidero en el artículo 29 de la Ley de Procesos Administrativos General; puesto que toda negociación a ello, significaría dejar desprotegido al bien jurídico.

- b) **Teoría restringida.** Tiene como su antecedente la sentencia expedida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima (de fecha 16 de febrero de 2016) en el Expediente Judicial n.º 105-2008 – Caso Petroaudios, y se prosigue con la sentencia expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República (de fecha 17 de mayo de 2017), en el Recurso de Nulidad n.º 677-2016-Lima que restringen dicha posición. Se indica que es imposible hablar de este delito en cualquier tipo de trámite o procesos administrativo en la administración pública, sino solo en el proceso de resolución de la justicia administrativa. Agrega que el proceso de selección Caso Perupetro-Cont-001-2008 está dirigido contratar empresas que pretendan explotar y extraer hidrocarburos. Obviamente, esto no se puede comparar con procedimientos judiciales o administrativos de

sanciones en ningún sentido. Esta tesis se opone a la posición amplia y señala que al principio de legalidad.

## 7.2. Respeto del bien jurídico protegido del delito de tráfico de influencias

Tanto la doctrina como jurisprudencia penal peruana, no es pacífico el tema. Sin embargo, debemos partir señalando que «el bien jurídico -genérico- lo constituye el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública en los límites de la Justicia Jurisdiccional y Justicia Administrativa» (Salinas, 2011, p. 588). Sin embargo, no ha adoptado expresamente una posición restringida dicho autor. En cuanto al bien jurídico específico se puede advertir varias posturas al respecto: teoría del «prestigio o buena imagen de la administración pública», tesis de «imparcialidad de la función pública» o postura del «patrimonio personal», teoría de «la imparcialidad» o de «la institucionalidad de la administración», entre otras que se diferencian de acuerdo a si son reales o simuladas. Finalmente, como lo señala la página Pasión por el derecho (2020) al comentar una resolución en el Exp. n.º 00033-2018-50, se ha establecido como bien jurídico «el funcionamiento correcto de la administración pública está orientada a los principios constitucionales» (p. 1). Sin embargo, solo serán mencionadas o analizadas tangencialmente, puesto que el tema de estudio es el «acto administrativo».

Así, tenemos los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales:

- ▶ **El Acuerdo Plenario n.º 03.2015/CIJ-116** publicado el 21 de julio de 2016, señala: «El bien jurídico protegido en las influencias reales es el funcionamiento correcto de la administración pública en tanto y en cuanto el sujeto activo logra decretar la voluntad del funcionario o servidor público (...) El funcionario se corrompe por el dominio que sobre el ejerce el sujeto activo (...)» (p. 7).
- ▶ **Casación n.º 683-2018/NACIONAL** (17 de julio de 2019) expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia, que indica: «(...) es un delito que afecta la imparcialidad funcional y el carácter público de la función. Tratándose de una «influencia real» el sujeto pasivo será tanto la administración pública como el funcionario en quien se ejercerá la influencia. Agrega, que es un ilícito instantáneo, de simple actividad, de resultado corto y de tendencia (p. 6).

## 8. Discusión

El estudio del elemento objetivo «actos administrativos» del delito materia de estudio obedece discusiones sobre posturas contradictorias en su interpretación. Ello se apreciará de las posturas doctrinarias, pronunciamientos judiciales, argumentos de los abogados defensores, entre otros.

Para el análisis, se han utilizado las sentencias más relevantes y emblemáticas en cuanto al tema actos administrativos. Así tenemos: el Recurso de Nulidad n.º 11-2001 (de 23 de julio de 2013) emitido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Caso Montesinos y otros); la Sentencia emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima (de fecha 16 de febrero de 2016) en el Expediente n.º 105-2008 Caso Petroaudios; la Sentencia expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República (de fecha 17 de mayo del 2017) en el Expediente n.º 677-2016 Lima Caso Petroaudios; Resolución n.º 8, de fecha 10 de setiembre del 2020, expedida en el Expediente n.º 00033-2018-50-5002-JR-PE-03 caso Cuellos Blancos expedida por el Tercer Juzgado Nacional permanente especializado en delitos de corrupción de funcionarios. Asimismo, se ha revisado el Acuerdo Plenario n.º 03.2015/CIJ-116 publicado el 21 de julio del 2016, la Casación n.º 683-2018/NACIONAL del 17 de julio del 2019 expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia relacionados con el bien jurídico protegido del delito de tráfico de influencias.

De esta investigación de carácter descriptiva, se puede determinar lo siguiente:

La sentencia de la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima (de fecha 16 de febrero de 2016) en el Expediente n.º 105-2008 Caso Petroaudios se señaló que el bien jurídico protegido lo establece el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública, advirtiendo no en un sentido amplio, sino que este se circunscribe únicamente al ámbito de la Justicia Jurisdiccional y la Justicia Administrativa. A su vez, en lo específico es el prestigio y regular desenvolvimiento o funcionamiento de la Justicia Jurisdiccional y Administrativa. Indicaría, además, que cuanto el tipo penal desarrolla observando al bien jurídico protegido, este dominio no se encuentra dirigida a cualquier funcionario o servidor público, sino que este rige su influencia a funcionarios de la Administración de Justicia Administrativa o de la Administración de Justicia Jurisdiccional. Por tanto, no podría hablar de tráfico de influencias en cualquier clase de proceso o trámite administrativo dentro de la Administración Pública, sino solo aquellos procesos en que se resuelve justicia administrativa. Asimismo, que no cualquier sujeto activo puede ser destinatario de la intervención, sino solo aquel que tiene facultades jurisdiccionales.

En su trigésimo considerando, aterrizando en el caso en concreto señala que el proceso de selección n.º Perupetro-Cont-0012008 -Contratación de empresas destinadas a explorar y explotar hidrocarburos- no se refiere a un procedimiento sancionador por afectación de un bien jurídico, menos de un procedimiento judicial. Ello es un mecanismo o procedimiento administrativo especial compuesto por un grupo o conjunto de actos administrativos o hecho administrativo. El objeto o fin es la selección de la persona natural o jurídica o profesionales con la cual las entidades del Estado celebran la contratación de áreas, ya sea por la modalidad de contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos haciendo una separación o aislamiento de acto administrativo ya sea del procedimiento judicial o procedimiento administrativo para diferenciar tal delito de la gestión o gerencia de intereses. Se concluye que la conducta postulada a Rómulo Augusto León Alegría es atípica, por no encuadrar en el marco típico del delito en mención.

La sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (de fecha 17 de mayo del 2017), en el Recurso de Nulidad n.º 677-2016-Lima. Caso Petroaudios, mediante la cual se ratifica por caso judicial ha de comprenderse todo proceso llevado ante una entidad u órgano jurisdiccional, cualquier instancia en la que se ha de impartir tutela jurisdiccional a quien lo requiera o solicite. De la misma manera, cuando la norma señala «caso administrativo» se refiere a un mecanismo o procedimiento administrativo en la que ha de existir pronunciamientos o decisión respecto a la controversia requerida o alegada por una entidad estatal o un administrado, de ahí que el objeto o fin de tutela penal es preservar o resguardar el prestigio y el regular o buen funcionamiento de la administración pública, tanto en sus de justicia administrativa y ámbitos jurisdiccional. Agrega, el citado proceso de selección no resulta encontrarse bajo los alcances de un proceso administrativo o judicial, resulta infructuoso o vano analizar si la conducta de los investigados es típica. Además, dice que la doctrina señala respecto a este punto el sujeto activo -funcionario o servidor público- sobre quien el traficante va a interceder tiene que tratarse de un funcionario o servidor público que tenga rigurosa o estricta competencia para el avocamiento, conocimiento o procesamiento de un caso judicial (en sentido lato, para incluir a los casos del fuero militar) o administrativo.

En el caso en concreto, se concluyó que el imputado Rómulo Augusto León Alegría habría desarrollado su actividad favoreciendo los intereses de la persona jurídica Noruega Discover Petroleum Internacional, durante el proceso de selección Perupetro-Cont-001-2018 para la contratación de personas jurídicas dirigidas a explotar y a explorar hidrocarburos. Por tanto, se infiere con meridiana claridad que ello no es equiparable o comparable, en modo alguno, a un proceso administrativo o judicial.

En ambas sentencias se adopta una postura restringida, con la cual esta investigación discrepa. No se puede aceptar que por acto administrativo solamente tenga como objeto y contenido a un procedimiento administrativo sancionador, tomando como iniciativa que se protege el normal o regular funcionamiento o actividad de la Administración Pública en su ámbito o contexto jurisdiccional y de justicia administrativa, sin considerar el real contenido de dicha terminología o frase, además no da mayores explicaciones de cuál es la finalidad del proceso o procedimiento administrativo en general y porqué se aparta de los convenios suscritos por el Perú, ya que la convención en la materia no restringe dicho elemento.

Finalmente, es una decisión muy cuestionada y controvertida. Si bien es una jurisprudencia, pero no es vinculante y con la argumentación correspondiente, la magistratura se puede apartar de ese postulado.

En cuanto a la sentencia del Recurso de Nulidad n.º 11-2001 (de 23 de julio de 2003) expedida por Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, inicia una postura amplia, señalando textualmente «amplias (fiscales)» y de sujeto activo «de funcionarios públicos que no estén investidos o conferidos de facultad o poder discrecional administrativo».

El Instituto de Democracia y Derechos Humanos (2019) comentando dicha sentencia señala que «acto administrativo» debe entenderse o ser comprendido en sentido amplio, esto es «como cualquier procedimiento o actividad en el que esté de por medio un pronunciamiento o una decisión administrativa discrecional (p. 2).

Sin embargo, la sentencia analizada no proporciona mayores argumentos, no da una respuesta en específico a que se refiere o amplias (para casos de fiscales) en cuanto a un caso judicial. Tampoco ha señalado que entendemos por poder discrecional quienes están o no investidos o premunidos de facultad o poder discrecional administrativo.

En la Resolución n.º 8 (de 10 de setiembre de 2020) recaída en el Expediente n.º 00033-2018-50-5002-JR-PE-03 Caso Cuellos Blancos, emitida por el Tercer juzgado de investigación preparatoria nacional, dentro los considerandos relevantes indica:

- ▶ Primero, el magistrado Jorge Luis Chávez Tamariz, dando respuesta a lo postulado por la defensa, en el sentido que el proceso o procedimiento de elección del jefe de la ONPE no es equiparable o comparable a un proceso administrativo. Dijo que el tratamiento debía efectuarse desde la perspectiva del bien jurídico, apoyándose en el jurista Doiz Lago quien refiere en su libro *«El delito de tráfico de influencias ante la lucha de la corrupción política en España»* que la corrupción es el

componente o ingrediente de criminalidad que afecta o transgrede de la manera directa las bases o cimientos del Estado Social y Democrático de Derecho, deslegitima o tergiversa la democracia, personifica o privatiza la ley, efectúa una aborrecible y deteriorable política económica que fundamenta el Estado Social y menoscaba o menosprecia la confianza de los ciudadanos en el propio sistema, generando en enfrentamiento entre ambos. Asimismo, señala, que conforme lo expone Romero Tequextle, para la construcción o cimiento de los tipos penales debemos estar seguros y firmes que un bien individual o social está resultando dañado o está en peligro de ser dañado. En ese contexto finaliza indicando que la corrupción afecta el bien jurídico del normal o debido funcionamiento del Estado, desde diferentes ámbitos o puntos de vista, así como vacíos en la Administración de Justicia, mora judicial, desconcierto, frustración y prevención ante la Administración de Justicia y sus intervinientes. Se adhiere a la reciente corriente sostenida por Mir Puig/Coroi Bisasolo, al puntualizar que es «el correcto funcionamiento de la administración pública vislumbrados a los principios constitucionales».

- ▶ Por otro lado, son relevantes las posturas dogmáticas postuladas y contrapuestas por las partes procesales, respecto a la controversia o la discusión frente a la jurisprudencia, para equiparar o no, a los procedimientos o procesos que se tramitaron ante el extinto Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) en la elección del jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, nombramiento y ratificación de jueces y fiscales, como un proceso administrativo. El magistrado antes mencionado, concluye que el cuidado o la protección al bien jurídico en esta clase de delitos es «el buen o correcto funcionamiento de la administración pública» y respalda su tesis en lo sostenido por Ochoa Urioste quien señala «(...) ve el fin u objetivo del derecho penal en el aseguramiento de los fundamentos o sustentos jurídicos de la sociedad» y lo respalda con lo expuesto por el profesor Borja Jiménez «la función o competencia del derecho penal se cimentará en el sostenimiento o mantenimiento de la coexistencia o convivencia social por medio o a través de la protección y custodia de los bienes jurídicos más relevantes e importantes para hacer viable y posible esa convivencia humana». Además, señala que si bien la defensa se basa y respalda en la jurisprudencia vertida en el caso Petroaudios, es de manifestarse que tangencialmente se basó en el principio de legalidad en específico, sin embargo, la ley estricta como bien lo explica la jurista Ana Laura García, en su trabajo de investigación de la Universidad de Salto indica que «no es suficiente y responsable con la ley sea previa y escrita, es necesario o indispensable que se respete

y honre su significado esencial o sustancial. Esto tiene que ver con la claridad y taxatividad con que debe definirse y determinarse los actos o las conductas prohibitivas y las sanciones aplicables». Precisa que el artículo 400 respecto al «caso judicial o administrativo» no hace alguna alusión o una mención restringida del que para su consumación o configuración solo se refiere a un proceso administrativo sancionador, de ahí que la restricción o limitación significa soslayar el principio constitucional de legalidad previsto en el artículo 2, inciso 24, acápite «d» de la Carta Magna, así como lo previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código sustantivo. Seguidamente, hace referencia a una jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español n.º 311/2019 (de 14 de junio 2019) que establece circunstancias que deben concurrir para apreciar este delito, específicamente que la influencia deberá estar orientada a conseguir una resolución. Finalmente, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido, dicho magistrado cita a Arostegui Moreno, catedrático de la Universidad de Salamanca-España, quien refiere «cumple el rol relevante porque los actos o las conductas incriminadas afectan y transgreden negativamente las funciones y estructuras y cimientos sociales». Por último, concuerdo con la conclusión arribada, que no se aprecia en ninguno de los tratados internacionales que vinculan al Perú en la lucha, control y prevención de la corrupción que establezca un contexto típico que restrinja el tráfico de influencias a un caso judicial o administrativo, menos que el concepto de caso administrativo deba inclinarse por una tesis restringida como fue propuesto por el accionante.

De lo expuesto, se concluye que las sentencias del caso denominado Petroaudios adoptaron una postura restringida del «acto administrativo». Sin embargo, no dieron justificaciones ni desarrollaron qué entienden por «acto administrativo» «justicia administrativa», «diferencia entre acto administrativo sancionador y proceso administrativo sancionador» limitándose simplemente a referir que el proceso de selección Perupetro-Cont-001-2008 tenía como objeto la contratación de personas jurídicas destinadas a explotar y explorar hidrocarburos y que ello, no es equiparable o comparable, en modo alguno a un procedimiento o proceso judicial o administrativo sancionador.

No se puede adoptar esa tesis restringida, por el contrario, la tesis amplia de «caso administrativo» permite consolidar el principio de legalidad —no restringe o limita a que se trate de un proceso o caso administrativo sancionador— en consonancia con el proyecto del Nuevo Código Penal, la legislación comparada y con convenios internacionales de lucha contra la corrupción. Al respecto, Jiménez (2018) concluye que «una interpretación pasible de no sobrepasar los límites al principio de legalidad, debe estar

acorde o consonancia con el bien jurídico tutelable y protegido que permite un análisis o estudio más amplio, en el tema del «caso administrativo» no solo bastaría reducirlo a un tema de litis, sino también actos, procesamientos administrativos, entre otros que envuelvan o engloben desde alguna solicitud de licencia, hasta contratos de obras con el Estado» (p. 40).

Por tanto, el elemento objetivo «actos administrativos» del tráfico de influencias debe ser analizado e interpretado además en forma histórica, sistemática o teleológica. En igual sentido, entender que los procesos o procedimientos se pueden dar en cualquiera de las instancias o niveles. Debiendo concluir con una decisión administrativa discrecional, vale decir, que puedan traficarse las influencias o comprarse las voluntades de los funcionarios o servidores públicos a través de procesos administrativos en general, como procesos de control interno, de derecho administrativo sancionador, administrativos de la administración tributaria, aduanera, ante la municipalidad, etc.

Su interpretación debe realizarse a tenor de la terminología y definiciones dadas por especialistas en la materia. Se debe atender al bien jurídico general y específico protegidos en el delito de tráfico de influencias, ya sea en su versión real o simulada a la normatividad, doctrina y jurisprudencia nacional y convencional. No es correcto hacer una interpretación literal o aislada sin tener la noción del objeto de protección de los derechos, principios o deberes tutelados por el derecho penal.

## 9. Conclusiones

- a) El delito de tráfico de influencias en su vertiente real o simulada está legislado dentro de los delitos de corrupción de funcionarios que afectan a la administración pública, en atención a los organismos internacionales que exigen luchar y combatir toda modalidad de corrupción en el desempeño de las funciones encomendadas por el Estado, así como los actos de corrupción adheridos o vinculados con tal ejercicio.
- b) En un Estado Constitucional de Derecho, no se puede admitir una tesis restringida del elemento objetivo «caso administrativo». Limitarse a entender solamente al sancionador o litigioso o contradictorio es ajeno al sentido de la ley. Ello propiciaría más impunidad e incredulidad de sus autoridades judiciales y administrativas.
- c) La tesis amplia del «acto administrativo» está acorde al principio de legalidad, a la terminología analizada, el bien jurídico protegido y en concordancia con el proyecto del Nuevo Código Penal, al

derecho administrativo, la legislación comparada y con convenios internacionales de lucha contra la corrupción.

- d) La judicatura debe continuar aplicando la tesis amplia del elemento objetivo «acto administrativo», en concordancia con la interpretación literal, histórica, sistemática y teleológica.

## Referencias

- Cabanellas, G. (2008) *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II. C –CH*. Guillermo Cabanellas. Editorial Heliasta. 29.º Edición Revisada. Actualizada y ampliada por Luis Alcalá –Zamora y Castillo.
- Cassagne, J.C. (1998). *Derecho Administrativo*. Lexis Nexis Abeledo-Perrot.
- Chanjan Documet, R., Puchuri Torres, F. C., Hinojosa Jurado, S., Villalobos Roncal, S. F., Gutierrez Gozzer, A. L., & Cueva Arana, J. M. (2020). *El delito de tráfico de influencias y el tratamiento del elemento “caso judicial o administrativo”*. *Derecho & Sociedad*, 2(54), 275-292. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22447>
- Defensoría del Pueblo (2018). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Corte Interamericana De Derechos Humanos –Caso Ramírez Escobar y Otros Vs Guatemala. Sentencia 9 de marzo del 2018. Fundamento 241. <http://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/10/2018/06/CASO-RAM-REZ-ESCOBAR.pdf>
- Doiz, M (2014), *El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España. Una visión jurisprudencial crítica*. <https://www.dykinson.com/libros/el-delito-de-traffic-de-influencias-ante-la-lucha-contra-la-corrupcion-politica-en-espana/9788490202814/>
- Fix Zamudio, H (2005), *Concepto y contenido de la justicia administrativa*, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1624/9.pdf>
- Instituto de Democracia y Derechos Humanos. PUCP, (2019), *10 claves para reconocer el delito de tráfico de influencias*, 1-8. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/10-claves-para-reconocer-el-delito-de-traffic-de-influencias>
- Jiménez C, E. (2019). *El contenido del elemento normativo caso judicial y administrativo en el delito de tráfico de influencias. Análisis desde el punto de vista del principio de legalidad*. [Tesis de PUCP] <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/13961>

- Lp Derecho (2020). *Tráfico de influencias: ¿Cuál es el verdadero bien jurídico protegido?* [Exp 00033-2018-50], 1-11. <https://lpderecho.pe/trafico-influencias-verdadero-bien-juridico-prottegido-expediente-00033-2018-50/>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2016). *Proyecto del Código Penal*. Revisado y validado por el Grupo de Trabajo conformado por el Consejo Nacional de Política Criminal. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20170608\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20170608_02.pdf)
- Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito (2003) *Convención de las Naciones contra la Corrupción*. [https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion\\_de\\_las\\_NU\\_contra\\_la\\_Corrupcion.pdf](https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf)
- Organización de los Estados Americanos. Secretaría de Asuntos Jurídicos –SAJ. (1996), *Convención Interamericana contra la Corrupción*. [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-58\\_contra\\_Corrupcion.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.pdf)
- Poder Judicial del Perú. Recurso de Casación n.º 683/2008-Nacional emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2019/12/04131752/trafico-de-influencias-elementos-2019.pdf>
- Poder Judicial del Perú. Recurso de Nulidad n.º 677-2016 Lima, de fecha 17 de mayo del 2017. Caso Petroaudios. <https://plataformaanticorupcion.pe/wp-content/uploads/2017/07/SPP-R-N-677-2016-LIMA-Sentencia-Caso-Petroaudios.pdf>
- Poder Judicial del Perú. Sentencia la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente Judicial n.º 105-2008 – Caso Petroaudios. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fed6e40049f231eeadc0ef794c909529/D\\_Resolucion\\_Tercera\\_Sala\\_Liquidadora\\_190915.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fed6e40049f231eeadc0ef794c909529](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fed6e40049f231eeadc0ef794c909529/D_Resolucion_Tercera_Sala_Liquidadora_190915.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fed6e40049f231eeadc0ef794c909529)
- Poder Judicial del Perú. Recurso de Nulidad n.º 11-2001 del 23 de julio del 2003 emitido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2018/09/06003010/1-sala-penal-transitoria-nulidad-n-a-v-11-2001-.pdf>
- Poder Judicial del Perú. Resolución n.º 8 del 10 de septiembre del 2020, expedida por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior Nacional Penal Especializada. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/Exp.-00033-2018-50-LP.pdf>

- Rojas, V. F. (2012). *Dos décadas de jurisprudencia*. Ara Editores.
- Rojas, V. F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometida por funcionarios públicos*. Nomos & thesis.
- Salinas, S. R. (2011). *Delitos contra la administración pública*. Grijley.
- SPIJ, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017). *Texto único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General*, Primera Edición. [http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones\\_oficiales/img/texto-unico.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/texto-unico.pdf).
- Urosario (1980). *Decreto número 100 de 1980 por el cual se expide el nuevo Código Penal, Colombia*. <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/codigo-penal-1980.pdf>
- V/Lex. Información jurídica inteligente. Jurisprudencia. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Español n.º 311/2019 del 14 de junio del 2019. <https://supremo.vlex.es/vid/794640781>



**RETOS** de la  
magistratura  
en temas  
de **DERECHO**  
**PROCESAL CIVIL**





ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

## REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 4, enero-junio, 2021  
Publicación semestral. Lima, Perú.  
ISSN: 2707-4056 (en línea)  
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n4.04



# El desalojo entre familiares desde una perspectiva jurisprudencial y doctrinaria

## Eviction among family members from a jurisprudential and doctrinary perspective

**Juan Diego Montenegro Muguera\***

Corte Superior de Justicia de San Martín  
(San Martín, Perú)

[jmontenegrom@pj.gob.pe](mailto:jmontenegrom@pj.gob.pe)

<https://orcid.org/0000-0003-4058-0532>

**Resumen:** En las relaciones familiares han nacido relaciones posesorias que han generado conflictos entre ellos. Estos conflictos se han producido por la resistencia del beneficiario a la restitución del bien inmueble al titular. El requerimiento de restitución del titular y la resistencia de restitución del beneficiario se ha sostenido en el estado de necesidad de ambos familiares involucrados en el conflicto.

La restitución del bien inmueble al familiar titular se ha basado en la necesidad de este que se reintegre a su patrimonio para aprovecharlo económicamente y costear su propia subsistencia. La resistencia del familiar beneficiario a la restitución del bien inmueble se ha basado en el vínculo de

\* Juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de San Martín. Docente en universidades públicas y privadas.

familiaridad, como título de posesión, y en la necesidad, tanto de él como de su familia, de continuar usando el bien inmueble como vivienda familiar.

La jurisprudencia y dogmática nacional, frente a estos conflictos familiares, han ofrecido como soluciones entre las más importantes, aquellas que han considerado a las relaciones posesorias entre familiares como derecho de uso y habitación, contrato de comodato gratuito y actos de tolerancia que no confiere posesión.

El desalojo entre familiares ha sido abordado en plenos jurisdiccionales tanto nacionales como distritales, con la finalidad de sentar criterios para uniformizar las decisiones judiciales dictadas en los procesos de desalojo. En el Primer Pleno Jurisdiccional Civil y Procesal Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica (agosto 2019), se señaló que los ascendientes, descendientes, cónyuge y conviviente que poseen un bien inmueble del poseedor legítimo no son precarios y que deben ser analizados caso por caso; mientras que el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil (noviembre 2019), sin seguir esta postura se señaló que sola relación familiar del demandado no constituye título que justifique la posesión sino que además debe ostentar un título de carácter negocial o legal que permita poseer el bien, como podría ser, entre otros, un contrato de comodato o los alimentos.

La posesión que ejerce un familiar sobre un bien inmueble cedido por otro familiar en representación de la sociedad de gananciales configura el derecho de uso y habitación. Este derecho puede ser constituido a tiempo determinado o indeterminado para satisfacer una necesidad de vivienda del familiar beneficiario. El familiar beneficiario está obligado a restituir el bien cedido en uso y habitación al término del plazo de constitución de dicho derecho. Por su parte, el titular del bien inmueble en cualquier momento puede revocar el derecho de uso y habitación.

En ambas formas de terminación del derecho de uso y habitación el familiar beneficiario se convierte en ocupante precario. En cualquiera de los casos, el titular del bien inmueble puede exigir su restitución a través del proceso de desalojo. La decisión judicial debe apoyarse en el derecho de propiedad, derecho de uso y habitación, en la ocupación precaria, y en el estado de necesidad de los familiares de la relación familiar.

**Palabras clave:** propiedad, posesión, derecho de uso y habitación, poseedor, servidor de la posesión, precario, actos de tolerancia

**Abstract:** Possessive relationships have arisen in family relationships that have generated conflicts between them. These conflicts have been produced by the resistance of the beneficiary to the restitution of the property to the owner. The request for restitution of the holder and the restitution of

restitution of the beneficiary has been sustained in the state of need of both family members involved in the conflict.

The restitution of the property to the owner family member has been based on the need for the latter to be returned to his or her assets to take advantage of it economically and pay for their own subsistence. The resistance of the beneficiary relative to the restitution of the real estate has been based on the bond of familiarity, as title of possession, and on the need, both for her and her family, to continue using the real estate as a family home.

The jurisprudence and national dogmatics, in the face of these family conflicts, have offered as solutions among the most important, those that have considered possessory relations between relatives as the right of use and habitation, a free loan contract and acts of tolerance that do not confer possession.

Eviction between family members has been approached in national and district courts in order to establish criteria to standardize judicial decisions issued in eviction processes. In the First Civil Jurisdictional and Civil Procedural Plenum of the Superior Court of Justice of Ica (August 2019), it was pointed out that the ascendants, descendants, spouse and partner who own a real estate of the legitimate owner are not precarious and that they should be analyzed in case by case; While the National Civil and Civil Procedural Jurisdictional Plenary (November 2019), without following this position, it was pointed out that only the defendant's family relationship does not constitute a title that justifies possession but that he must also hold a negotiable or legal title that allows him well, such as, among others, a loan agreement or food.

Possession exercised by a family member of a real estate assigned by another family member on behalf of the community property constitutes the right of use and habitation. This right can be established for a specific or indefinite period to satisfy a housing need of the beneficiary family member. The beneficiary family member is obliged to restore the property assigned in use and habitation at the end of the term of constitution of said right. For her part, the owner of the real estate can revoke the right of use and habitation at any time.

In both forms of termination of the right of use and habitation, the beneficiary family member becomes a precarious occupant. In any of the cases, the owner of the real estate can demand its restitution through the eviction process. The judicial decision must be based on the right of property, right of use and habitation, on precarious occupation, and on the state of need of the family members of the family relationship.

**Key words:** Property, possession, right of use and room, holder, possession server, precarious, acts of tolerance

RECIBIDO: 2/05/2021

REVISADO: 26/05/2021

APROBADO: 26/06/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

## 1. Introducción

En las relaciones familiares es usual que los padres cedan temporalmente el uso de un bien a sus hijos, y estos, viceversa, a sus padres, etc., para satisfacer una necesidad de vivienda. Una de las obligaciones que se deriva del derecho de uso y habitación para el beneficiario es la de restituir la posesión al titular constituyente cuando se extingue dicho derecho real. El incumplimiento de esta obligación por el beneficiario ha obligado al titular a promover un proceso de desalojo para recuperar la posesión del bien inmueble cedido.

Los conflictos originados entre familiares, por la resistencia del beneficiario de restituir la posesión al titular del bien inmueble, han originado decisiones relevantes en la jurisprudencia nacional, que han sido materia de debate en la doctrina nacional, en donde existe más de una postura respecto a la naturaleza jurídica de las relaciones posesorias.

Las relaciones posesorias nacidas en las relaciones familiares se concretan en la relación material del beneficiario con el bien inmueble del titular; es decir, se materializa con el uso del bien inmueble para satisfacer una necesidad de vivienda. Las relaciones familiares implican un vínculo de parentesco y tienen como sujetos: padres e hijos, hijos y padres, tíos y sobrinos, sobrinos y tíos, abuelos y nietos, nietos y abuelos, suegros y nueras, entre convivientes, etc.

El Supremo Tribunal de Justicia de la República ha denominado «actos de tolerancia» a las relaciones posesorias nacidas dentro de las relaciones familiares, para otorgarle tutela a los actos de posesión que son propios del titular del bien, aunque temporalmente se encuentre en posesión de un familiar que no es titular.

Este trabajo explicará las posturas asumidas por la jurisprudencia y dogmática nacional en torno a las relaciones posesorias surgidas en las relaciones familiares. Entre las que destacan son aquellas que consideran que las relaciones posesorias entre familiares configuran el derecho de uso y habitación, que se trata de un contrato de comodato gratuito o que constituyen actos de tolerancia que no confieren posesión.

Por una cuestión metodológica, se ha dividido en tres partes. En la primera, se desarrollará los conceptos: propiedad, posesión, poseedor, servidor de la posesión, derecho de uso y habitación, sociedad de gananciales,

y bienes sociales y propios. En la segunda, se analizará las decisiones de la jurisprudencia nacional sobre el desalojo entre familiares. Y en la tercera parte, se analizará la naturaleza jurídica de las relaciones posesorias nacidas en las relaciones familiares, y se asumirá postura respecto a dicha naturaleza jurídica, con la perspectiva de contribuir a la discusión académica suscitada en torno al tema materia de investigación para la unificación de las decisiones judiciales y para el fortalecimiento de la predictibilidad judicial.

## 2. Conceptos básicos

### 2.1. La posesión

La posesión, es definida por el artículo 896 del Código Civil como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes al derecho de propiedad. De conformidad con el artículo 923 del mismo ordenamiento jurídico, los poderes jurídicos de la propiedad son usar, disfrutar, disponer y reivindicar. De todos estos poderes jurídicos, solo corresponden a la posesión el de usar y de disfrutar. En la realidad empírica, la posesión se materializa con la relación directa e inmediata del poseedor respecto al bien, en virtud de la cual el primero se aprovecha económicamente (uso y goce) del segundo. La posesión comprende dos elementos que la doctrina ha denominado *corpus* y *animus*. El primero está referido a los actos materiales que revelan el ejercicio del poder de hecho que el poseedor ejerce sobre la cosa, y el segundo, consiste en la intención del poseedor de conducirse como propietario en la realización de los actos materiales en que se concreta el ejercicio del poder de hecho (posesión).

El ejercicio de la posesión cumple una función legitimadora, en virtud de la cual el ejercicio de hecho del poseedor sobre las cosas le permite que sea considerado como titular del derecho que ejerce sobre ellas. Esta situación genera la apariencia de propietario frente a terceros, ya que se presume que quien posee un bien es su propietario salvo que se pruebe lo contrario (Casación n.º 1751-2014-Lima). De acuerdo a la doctrina (...), la posesión está compuesta de dos elementos, uno material llamado *corpus*, el cual está referido a los actos materiales que revelan la existencia del poder físico que ejerce el poseedor sobre la cosa, y otro psicológico denominado *animus*, que consiste en el ejercicio de dichos actos materiales con la intención de conducirse como propietario, y a título de dominio (Casación n.º 520-2003-Cono Norte).

La posesión es (...) el derecho real que crea una relación directa e inmediata de dominación exclusiva (uso y goce, o sea, aprovechamiento económico) entre una persona y un bien, con autonomía y prescindencia de la titularidad (derecho) de ella. Es un derecho de carácter provisional. Es la posesión de

hecho que carece de título justificativo (Ramírez, 2004, p. 282). La posesión es el poder de hecho que una persona ejerce en forma efectiva e independiente sobre una cosa, con el fin de explotarla económicamente. Este poder se protege jurídicamente, con prescindencia de conocer si corresponde o no a la existencia de un derecho (Vásquez, 2003, p. 155). La posesión es la actuación jurídica del sujeto que denota un control autónomo y voluntario sobre algún bien, destinado a tenerlo para sí con relativa permanencia o estabilidad, y cuya finalidad es el uso y disfrute, aunque sea de manera potencial (Gonzales, 2011, p. 24).

La tutela de la posesión, como exteriorización de la propiedad, es un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, de la cual aprovecha necesariamente también al no propietario. (...). La posesión «es el ejercicio de la propiedad» (...), es la propiedad «presunta, posible, que comienza», (...); está en relación constante con la propiedad, y el mismo Savigny, aun cuando no comparte esta opinión, la ha reconocido con cierto grado de verdad, y probablemente no ha dejado de tener influjo sobre su descubrimiento del animus domini. (...) (Ihering, 1926, p. 84).

En sentido similar: «(...) el poder de hecho sobre un bien se ejerce usándolo, disfrutándolo o usándolo y disfrutándolo a la vez, su reconocimiento y protección por el Derecho prescinde de que se tenga o no derecho sobre ella, tan poseedor es el propietario que ocupa el bien como el arrendatario o el usurpador» (Planiol y Ripert, 1946, p. 145).

## 2.2. El poseedor

El poseedor es aquel que ejerce la posesión en relación con el bien como si sería el mismo propietario. El Código Civil al no hacer ninguna precisión sobre si un poseedor solo puede ser una persona natural o jurídica, entonces, ambas personas pueden ser poseedores.

El poseedor precario es aquella persona que ejerce la posesión sobre un bien sin título o cuando el título posesorio que ostentaba ha fenecido (art. 911 del CC). Estos supuestos han sido ampliados a los casos de resolución extrajudicial de contrato del fenecimiento del título de posesión por requerimiento de restitución del inmueble, de invalidez absoluta y evidente del título posesorio, de enajenación del bien arrendado, de las afirmaciones de edificaciones o modificaciones construidas sobre el predio, y de la mera alegación de la usucapión producida (IV Pleno Casatorio Civil).

La detentación es aquella situación fáctica en la cual no solo es físicamente posible al poseedor ejercer su influencia sobre la cosa poseída, sino también impedir toda influencia ajena. Esta situación que sirve de base a toda idea de

posesión, no es en sí misma objeto de la ley, ni su noción es una noción jurídica; pero permite observar una relación entre una y otra, que la hace objeto de la ley. En efecto, siendo la propiedad la posibilidad legal del propietario de disponer de una cosa, con exclusión de cualquier otro, la detentación constituye el ejercicio de la propiedad, y es el estado natural que corresponde al estado legal, la propiedad (Savigny, 1845, pp. 5-6).

El poseedor es aquel que se conduce respecto del bien en la forma en que lo hace normalmente su propietario, si la posesión viene a ser el reflejo de la propiedad, no podría admitirse que este derecho fuera real cuando se ampara en un derecho personal, cuando dicho título falta (Lafaille, 1929 p. 55). En nuestro Código Civil, el poder de hecho no está ligado a ninguna condición; por lo tanto, pueden ser poseedores las personas naturales o jurídicas. El artículo 3 del mismo código señala que toda persona tiene derecho al goce de los derechos civiles y aunque la posesión es un «hecho jurídico voluntario», no cabe duda alguna que este precepto no solo abarca los derechos sino también los hechos (Gonzales, 2005, p. 301).

Para la jurisprudencia, precario es todo poseedor que no ostenta un título o cuyo título ha fenecido, reitera de forma literal el artículo 911 del Código Civil. De esta forma, se considera precario a un usurpador, pues no tiene título o un usufructuario, en donde el plazo del título ha expirado o un comprador que resiste la posterior resolución del vínculo negocial a través de un acto unilateral de su vendedor, por el cual se ejerce la cláusula legal o convencional de resolución contractual (González, 2011, p. 73).

Desde una perspectiva procesal «en el proceso de desalojo por ocupante precario, debe establecerse si el demandado cuenta o no con título posesorio, a efecto de verificar si se ubica o no dentro de los supuestos del artículo 911 del Código Civil» (Lama, 2007, p. 126).

### 3. El derecho de uso y habitación

El derecho de uso está reconocido en el artículo 1026 del Código Civil, que prescribe el derecho de usar o de servirse de un bien no consumible se rige por las disposiciones del usufructo, en cuanto sean aplicables.

Al respecto se ha señalado: «El derecho de uso es un derecho real en virtud del cual el usuario tiene la facultad de percibir y gozar de una parte limitada de los frutos del bien. El ius fruendi queda limitado a las necesidades del usuario y su familia, sería entonces un usufructo restringido dentro de los límites acotados» (Vásquez, 2003, p. 234).

El derecho de habitación es aquel que autoriza al beneficiario a servirse de una casa o parte de ella como morada. Es un derecho real que no recae sobre cualquier bien sino únicamente sobre bienes inmuebles con características para ser usado como morada. Es restringido en tanto que su

ejercicio se reduce a servirse del bien inmueble como morada. Está excluido la percepción de los frutos y solo puede ser constituido a favor de personas naturales mas no de personas jurídicas. Cuando el uso recae sobre una casa o parte de ella para servir de morada, se constituye de conformidad con el 1027 del Código Civil.

En sentido similar se ha señalado: «Es un derecho de uso sin percepción de frutos y aplicada solo a vivienda» (Albaladejo, 1989. p. 88). La jurisprudencia nacional (...) ha señalado que la demandante no puede prescribir el bien que es de propiedad de su cónyuge, porque su posesión no es homogénea, en tanto que el cónyuge de la demandante solo tiene el derecho de habitación previsto en el artículo 1027 del Código Civil (Casación n.º 3249-2014-Del Santa).

En relación a la extensión del derecho de uso y habitación, el artículo 1028 del Código Civil, señala que tales derechos se extienden a la familia del usuario, salvo disposición distinta.

Esta norma al no haber precisado el tipo de familia (Cornejo, 1998, p. 18): nuclear (hijos y padres), extendida (la nuclear y uno o más parientes) y compuesta (la nuclear, extendida y una o más personas sin parentesco), a la que se refiere, su extensión abarca todo tipo de familia, salvo cuando el constituyente lo indique en forma expresa.

Hubiera sido conveniente para evitar problemas en su aplicación que se precise el tipo de familia y los miembros a los que se extiende. Este derecho no puede ser extendido a favor de todos los miembros de la familia, si el constituyente lo ha limitado a determinados beneficiarios, salvo que sean sus hijos. En el caso de que se haya constituido a favor de los cónyuges se extiende también a sus hijos, sin importar que sean menores o mayores de edad, en la medida que los hijos en virtud del derecho constituido a favor de sus padres usan o habitan conjuntamente con ellos el bien inmueble sobre el que se ejerce dicho derecho. El propietario de un bien inmueble puede constituir este derecho a favor de una familia, ya se a título oneroso o gratuito.

Al respecto se sostiene que, en el caso de una familia, por el hecho de haberse otorgado el uso y habitación de un bien inmueble a los cónyuges, también se extiende a los hijos de los mismos, siendo irrelevante que sean menores de edad o no, puesto que es una consecuencia del derecho otorgado a sus padres, por lo que los hijos entran a habitar conjuntamente con ellos el bien inmueble (Casación n.º 2229-2208-Lambayeque). No obstante, el carácter personal del derecho de uso, excepcionalmente puede extenderse a la familia del usuario, salvo disposición distinta, conforme a lo prescrito en el artículo 1028.º del Código Civil. No debe entenderse, (...), que dicha regulación (...) importa la creación de un derecho independiente al del beneficiario, sino solo su extensión a su familia, de modo tal que no pierda su carácter personalísimo que lo identifica; en otros términos, el hecho de que la familia del beneficiario pueda, también, beneficiarse del derecho de uso que le fue otorgado a título personal, no significa que para ellos se instituya un derecho independiente (Casación n.º 946-2013-Ica).

## 4. La sociedad de gananciales

La sociedad de gananciales originada por el matrimonio es una comunidad de bienes que comprende los bienes sociales y propios de cada cónyuge. Desde una perspectiva procesal, el Código Procesal Civil en su artículo 65, utiliza la denominación de sociedad conyugal (no lo denomina sociedad de gananciales), para señalar que es un patrimonio autónomo que existe cuando dos o más personas sin constituir una persona jurídica tienen un derecho o interés común respecto de un bien.

La sociedad de gananciales es una comunidad de bienes que nace con el matrimonio y está compuesta por los bienes adquiridos a título oneroso por los cónyuges, por los frutos y productos de los bienes propios, correspondiéndoles a cada uno la gestión de su patrimonio propio y a ambos la del patrimonio social en función del interés familiar. Su liquidación que se produce con la disolución del matrimonio trae consigo la adjudicación a cada cónyuge, en partes iguales y a título de gananciales, los bienes que quedasen luego que sean pagadas las cargas y deudas (Varsi, 2012, p. 143).

La sociedad de gananciales está compuesta por bienes sociales y propios y constituye una comunidad de bienes distinta a la copropiedad, (...). A ella queda sujeto un conjunto de derechos y obligaciones. Por tanto, abarca tanto el activo como el pasivo patrimonial. La copropiedad, en cambio recae sobre bienes singulares. La primera es, (...), a título universal, la segunda a título particular (...); en consecuencia, la sociedad de gananciales constituye un patrimonio autónomo que no está dividido en partes alícuotas, distinto al patrimonio de cada cónyuge que la integra, de forma tal que tanto para realizar actos de administración como de disposición que recaigan sobre bienes sociales será necesaria la voluntad coincidente de ambos cónyuges (Casación n.º 3109-98-Cusco).

## 5. Los bienes sociales y propios

Los bienes sociales son aquellos que no tienen la naturaleza jurídica de bienes propios. El tratamiento legislativo que se le ha dispensado a los bienes sociales, a diferencia del de los bienes propios, es que solo se ha limitado a establecer como principio general que son bienes sociales todos los bienes que no se encuentran taxativamente enumerados por la ley como propios. También son bienes sociales aquellos adquiridos por cualquiera de los cónyuges ya sea por razón de su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y sociales.

El Código Civil en su artículo 310.º recoge el principio general de que son bienes sociales todos aquellos que no están comprendidos en el artículo 302.º del mismo código. Asimismo, comprenden a los bienes que adquiera cualquiera de los cónyuges por su trabajo, industria o profesión, así como a los frutos y productos de todos los bienes propios y sociales (Varsi, 2012, p. 234).

Los bienes propios de cada cónyuge son aquellos adquiridos unos antes y otros durante el matrimonio, en el primer caso, cuando la causa de

adquisición ha precedido a aquel. El término causa debe entenderse como el motivo o el antecedente que origina un efecto, y también el fundamento por el cual se adquiere un derecho. En consecuencia, se trata de aquellos bienes respecto los cuales uno de los cónyuges ya tenía un derecho adquirido antes del casamiento. En el segundo caso, cuando la causa de adquisición se ha producido durante el matrimonio.

En ese sentido se ha señalado: «El artículo 302.º del Código Civil trata de los bienes propios, o sea los que son adquiridos con anterioridad al matrimonio, otros durante éste, en casos y circunstancias que los hacen incommunicables, constituyendo todos ellos el patrimonio personal de cada cónyuge» (Plácido, 2002, p. 219).

## 6. El desalojo entre familiares

En las relaciones familiares se han generado conflictos a raíz de que para satisfacer necesidades de vivienda (morada), unos han cedido el uso de sus bienes inmuebles a otros para usarlos de manera temporal y estos últimos se han resistido a restituirlos a aquellos. En la jurisprudencia nacional se ha producido más de una solución en torno estos conflictos, en la medida que algunas han considerado que la posesión ejercida por un familiar sobre un bien inmueble de otro familiar constituye un derecho de uso y habitación, y otras han considerado que constituye actos de tolerancia que no tienen la naturaleza jurídica de actos de posesión. Estas soluciones lo encontramos en las siguientes decisiones que pasamos a describir y comentar.

### 6.1. Desalojo de la suegra contra la nuera

En este caso, la suegra quien es la madre del hijo que es el conviviente de la nuera, había cedido el uso de un inmueble de su propiedad a su hijo y a su nuera para que lo usen y habiten como vivienda familiar. La nuera se encontraba vinculada con el hijo en virtud a una relación convivencial, dentro de la cual habían procreado dos hijos. La suegra promueve un proceso de desalojo con el propósito de que la nuera le restituya la posesión de la parte del bien inmueble que lo venía ocupando. En primera instancia se emitió un pronunciamiento estimatorio de la demanda, el mismo que fue confirmado en segunda instancia. En sede casatoria se casa la sentencia de vista y actuando en sede de instancia se desestimó la pretensión de desalojo por precario.

Al respecto se ha señalado: El derecho de uso autoriza al beneficiario a servirse de un bien no consumible. Tal como lo define el artículo 1026.º del Código Civil, se trata de un derecho personal que se sustenta en el uso del bien, y que no impide ceder a otros su ejercicio, de conformidad con el artículo del artículo 1029.º del mismo cuerpo normativo (Casación n.º 1784-2012-Ica). (...). El derecho de uso puede extenderse a la familia del usuario salvo disposición distinta de conformidad con el artículo 1028.º del Código Civil, no debe concebirse, (...), que tal regulación (...)

importa la creación de un derecho independiente del constituido a favor del beneficiario sino solo su extensión, de manera tal que no pierda su naturaleza personal que lo caracteriza. En otros términos, el hecho de que los integrantes de la familia del beneficiario puedan también beneficiarse del derecho de uso que le fuera otorgado, no significa que para ellos se instituya un derecho independiente, sino que estos podrán acceder al beneficio en tanto que el beneficiario lo detente, de modo que al terminar el derecho del beneficiario termina también en el de sus familiares (Casación n.º 1784-2012-Ica).

La demandante si bien es cierto con la carta notarial requiere formalmente solo a la demandada para que desocupe el bien inmueble de su propiedad, también lo es que dicho documento resulta insuficiente, ya que dicho bien (...) se encuentra en posesión no solo de la demandada sino también del hijo de la demandante y sus nietos. Entonces no resulta viable pretender solo desalojar a uno de ellos, más aún si la demandada mantiene una relación convivencial con el hijo de la demandante, con quien convive en el inmueble, además pretender ello quebraría la unidad familiar que conforme a la Constitución es protegida por el Estado (Casación n.º 1784-2012-Ica).

En esta sentencia casatoria se asume la postura que las relaciones posesorias entre familiares es un derecho de uso y habitación. En ese sentido, antes de promover el proceso de desalojo, el derecho de uso y habitación constituido a favor del beneficiario debe ser revocado, en caso de haberse constituido a plazo indeterminado, ya que a partir de ese momento se convierte en ocupante precario. La pretensión de desalojo debe estar dirigida contra todos los familiares que están usando y habitando el bien inmueble.

## 6.2. Desalojo de la nieta contra sus abuelos y tíos

En este caso, el bien inmueble inicialmente fue de propiedad de Nicolás Remigio Viachiule y Cirila Clemente Tafur (abuelos), quienes lo transfirieron a Rolando Cuellar Bellido y Lucía Remigio Clemente y estos a su vez lo transfirieron a favor a su hija Susana Cuellar Remigio (nieta). El inmueble estaba siendo usado por los demandados Nicolás Remigio Viachiule y Cirila Clemente Tafur y los litisconsortes Felicita Remigio Clemente, Leonardo Remigio Clemente y Carlos Remigio Clemente (tíos). La demandante es nieta de los demandados y sobrina de los litisconsortes necesarios pasivos. En primera instancia se declaró fundada la demanda. En segunda instancia se revocó la sentencia estimatoria y se declaró infundada la demanda. En sede casatoria se casa la sentencia de vista y se confirma la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda respecto de los litisconsortes necesarios pasivos (tíos).

En esta sentencia casatoria se señala: Si bien nos encontramos ante actos de tolerancia que convierten en precarios a los demandados, no es así en el caso de los abuelos, toda vez que en relación a ellos existen circunstancias que permiten evaluar su situación de manera distinta. Existe una relación de parentesco entre la demandante y los demandados, han sido titulares del mismo bien y han vivido

juntos en dicho inmueble. A ello se suma la edad de los demandados Nicolás Remigio Viachiule y Cirila Clemente Tafur de Remigio, quienes a la fecha tienen 92 y 82 años, respectivamente. En esas circunstancias, no es razonable que dichas personas sean precarias, dada la necesidad de interpretar la legislación conforme a las normas constitucionales y a los valores que informan la Constitución, que garantizan la defensa, el respeto de la persona y la dignidad humanas (artículo 1.º), y que, en armonía con ello, ordena proteger al anciano y a la familia (artículo 4.º) e impone como deber de los hijos respetar y asistir a los padres (artículo 6.º). En ese sentido, de declararse fundada la demanda contra los demandados Cirila Clemente Tafur de Remigio y Nicolás Remigio Viachiule se infringirían normas de orden constitucional, pues, en la práctica, se estaría negando la propia subsistencia de los abuelos demandados, y el deber de solidaridad familiar se habría lesionado gravemente, postergando así la eficacia de los derechos fundamentales. Por consiguiente, los demandados poseen título para poseer derivado de las razones expuestas (Casación n.º 2945-2013-Lima).

En esta sentencia casatoria se abandona la postura inicial asumida con relación a la naturaleza jurídica de las relaciones posesoria entre familiares, para señalar que las relaciones posesorias constituyen actos de tolerancia del titular del bien inmueble que ha sido cedido a otro familiar para que lo use como vivienda familiar.

### 6.3. Desalojo de la nuera contra sus suegros

En este caso, el bien inmueble pertenecía a la sociedad conyugal de Flora Margarita Arapa Caso y José Cáceda Marín. Los demandados son padres de José Cáceda Marín, quien es cónyuge de la demandante Flora Margarita Arapa Caso. El hijo José Cáceda Marín es el que ha permitido para que los demandados (sus padres) usen el inmueble. En primera instancia se estimó la demanda y se ordenó que los demandados desalojen el bien. En segunda instancia se confirma la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda. En sede casatoria se casa la sentencia de vista y se declara infundada la demanda de desalojo.

En dicha sentencia casatoria se señala: En el presente caso, también estamos ante actos de tolerancia que hacen precarios a los demandados, sin embargo, en el caso de los padres existen circunstancias que se tienen que evaluar de manera distinta. Así existe una relación de parentesco entre el copropietario del bien y los demandados, y el hecho que han vivido juntos en el mismo inmueble. Aunado a ello la edad de los demandados (...), los que a la fecha tienen 62 y 76 años, respectivamente. En esas condiciones, no resulta razonable señalar que dichas personas sean precarias, dado la necesidad de interpretar la ley de conformidad con las normas constitucionales, en esencia con los valores informantes de la Constitución, que garantizan la defensa, el respeto de la persona y la dignidad humana (artículo 1.º) y que, (...), ordena proteger al anciano y a la familia (artículo 4.º) e impone como deber de los hijos respetar y asistir a sus padres (artículo 6.º). En esas circunstancias, al declararse fundada la demanda (...), se infringiría normas de orden constitucional, pues, (...), se estaría negando la propia subsistencia de los

padres demandados, lesionando el deber de solidaridad familiar, y postergando la eficacia de los derechos fundamentales, más aún si en tal contexto la demandada Rosa Gloria Marín Peñalosa ha interpuesto demanda de alimentos contra su hijo José Cáceda Marín (...) y demanda de obligación de dar suma de dinero en contra del mismo (Expediente n.º 0067-2010). Por consiguiente, los demandados poseen título para poseer (Casación n.º 4425-2015-Lima).

En esta sentencia casatoria se reitera la naturaleza jurídica de las relaciones familiares entre familiares como actos de tolerancia.

#### 6.4. Desalojo de los padres contra sus hijos

En este caso, los padres demandan desalojo a sus hijos y familia, a fin de que desocupen la casa de su propiedad, para que puedan vivir en ella los últimos años de sus vidas en su condición de ancianos, y para que lo puedan alquilar para costear su propia subsistencia. En primera instancia se declara fundada la demanda y se ordena que los demandados entreguen el bien inmueble a los demandantes. En segunda instancia se revoca la sentencia de primera instancia y se declara infundada la demanda. En sede casatoria se casa la sentencia de vista y actuando en sede instancia se confirma la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda.

El Supremo Tribunal de Justicia ha señalado que entre los demandantes (de 82 y 80 años de edad respectivamente) y los demandados existen vínculos de parentesco, que tienen que ser evaluados escrupulosamente, toda vez que el artículo 1028.º del Código Civil reconoce el derecho de uso y habitación que se extiende a la familia (Casación n.º 4742-2017-Cusco). El artículo 1028.º del Código Civil señala que la extensión del referido derecho no puede colisionar con el derecho a reivindicar de los propietarios, por cuanto se tiene que defender la dignidad humana, que implica la protección del anciano, conforme lo prescribe el artículo 4.º de la Constitución (Casación n.º 4742-2017-Cusco).

(...). En tales circunstancias, declarar infundada la demanda de desalojo importaría una infracción constitucional, en la medida que se estaría negando el uso y disfrute de la propiedad a los demandantes, así como se estaría restringiendo su propia subsistencia, toda vez que los emplazados no les permiten ingresar a su vivienda y tampoco pagan renta convenida, y por ende se estaría postergando los derechos fundamentales de los demandantes, reconocidos en los artículos 1.º, 4.º y 6.º de la Constitución (Casación n.º 4742-2017-Cusco).

El artículo 1028.º no resulta aplicable (...), por cuanto las relaciones posesorias nacidas de vínculos familiares son actos de tolerancia que no configuran actos de posesión, toda vez que el titular del bien no solo desea conservarlo sino que además desea recuperarlo para usufructuarlo y de esa manera procurar su sustento, resultando que el requerimiento de restitución del bien los convierte en precarios a los demandados, pese a tener la condición de hijos de los demandantes, ya que si los demandantes autorizaran la posesión sin pago de la renta, igualmente pueden hacerla cesar este acto de liberalidad a través del proceso de desalojo (Casación n.º 4742-2017-Cusco).

Sin embargo, el derecho de los demandados al estar respaldado por un vínculo de parentesco con los demandantes, obliga a resolver el conflicto aplicando normas de orden constitucional, como las referidas (artículos 1º, 4º y 6º de la Constitución) que, en el caso en concreto, (...), ayudan a emitir una decisión que no solo pone fin al conflicto, sino, fundamentalmente busca optimizar el ejercicio de derechos iusfundamentales respecto de los demandantes (Casación n.º 4742-2017-Cusco).

Estas soluciones jurisprudenciales utilizadas para resolver los conflictos familiares de restitución de un bien inmueble no han sido recibidas en forma pacífica por la comunidad jurídica nacional en general, ya que no solo se ha cuestionado la naturaleza jurídica — derecho de uso y habitación y actos de tolerancia — con las que se le ha calificado a las relaciones posesorias nacidas en las relaciones familiares, sino también los fundamentos que se han utilizado para justificar tales soluciones. Por un lado, se ha cuestionado los argumentos similares que se han utilizado para desestimar o estimar las pretensiones restitutorias del bien inmueble y, por otro, los argumentos constitucionales basados en la dignidad humana, la protección de la familia (unidad familiar), la protección del anciano (edad), la condición de anterior propietario del bien, y la convivencia del demandante y del demandado en el mismo bien a restituir, reconocidos a nivel constitucional en los artículos 1º, 4º y 6º de la Constitución, por no ser aplicables a los casos materia de controversia.

Por otra parte, el desalojo entre familiares también ha sido materia de plenos jurisdiccionales, tanto nacionales como distritales, en los que se han adoptado conclusiones para unificar los criterios asumidos por la judicatura en los procesos de desalojo. Es así, que el Primer Pleno Jurisdiccional Civil y Procesal Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica (agosto 2019), concluye: «Si el demandando en un proceso de desalojo por ocupante precario mantiene vínculo familiar con algún poseedor legítimo del predio materia de desalojo, aquel no tendrá la condición de precario, restringiéndola ascendientes, descendientes, cónyuge y conviviente; analizando caso por caso». Para este Pleno Jurisdiccional distrital no son precarios los ascendientes, descendientes, cónyuge y conviviente que ocupan el predio, y es título suficiente para justificar la posesión el vínculo de parentesco con el poseedor legítimo.

El Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil (noviembre 2019), apartándose del Primer Pleno Jurisdiccional distrital citado, concluye (por mayoría): «La sola relación familiar por sí misma no constituye título que justifique la posesión, debiendo en todo caso, el demandado en un proceso de desalojo por posesión precaria, ostentar un título de carácter negocial o legal que permita poseer el bien». Esta postura, además de ser más acertada, es compartida por la jurisprudencia y dogmática nacional, en tanto que el familiar demandado para justificar su posesión no solo debe acreditar el vínculo de parentesco que lo une con el demandante sino también debe

demostrar el título en virtual del cual ejerce la posesión sobre el bien inmueble. Este título puede tener su origen en la voluntad como en la ley. En el primer caso, podría ser un contrato de arrendamiento o de comodato, entre otros; en el segundo caso, los alimentos, etc.

## 7. Materiales y métodos

En el presente trabajo de investigación se ha aplicado la investigación jurídica dogmática formal de tipo comparativa, interpretativa y exploratoria. Comparativa en la medida que se ha identificado similitudes y diferencias de instituciones jurídicas en sus aspectos formales, como el derecho de uso y habitación, contrato de comodato y los actos de tolerancia. Interpretativas toda vez que se ha investigado el sentido de expresiones de las normas y de la jurisprudencia. Exploratorias en tanto que se ha rescatado elementos legislativos (Códigos Civiles nacionales y extranjeros) y jurisprudenciales a fin de analizar los problemas de incoherencia sistemática.

En la interpretación de las normas que regulan las instituciones jurídicas civiles estudiadas, se ha utilizado los métodos exegético, sistemático y sociológico. Las instituciones jurídicas han sido extraídas de la jurisprudencia nacional, del Código Civil vigente, de códigos civiles extranjeros y de la dogmática nacional y extranjera.

En nuestro medio no existen investigaciones jurídicas sobre el concepto jurídico «actos de tolerancia». El interés de la doctrina nacional por su estudio ha sido provocado por el debate que ha generado la naturaleza jurídica de actos de tolerancia otorgada por la jurisprudencia nacional.

## 8. Discusión

### Naturaleza jurídica de las relaciones posesorias entre familiares

La naturaleza jurídica de las relaciones posesorias surgidas en las relaciones familiares aún no se encuentra definida. La jurisprudencia y dogmática nacional han asumido como posturas, entre las más importantes, aquellas que consideran que configuran el derecho de uso y habitación o actos de tolerancia que no ostentan la naturaleza jurídica de actos de posesión. La Corte Suprema de Justicia de la República se ha decantado de la primera para sostener que las relaciones posesorias entre familiares constituyen actos de tolerancia del titular del bien inmueble.

La casuística producida por las relaciones posesorias nacidas en las relaciones familiares es de la más diversa. Para citar tan solo algunos casos tenemos: del cónyuge que usa como morada un bien inmueble propio del otro cónyuge; el cónyuge que usa como morada un bien social de la sociedad

de gananciales; los hijos que usan un bien inmueble de sus padres; los padres que usan un bien inmueble de sus hijos; los nietos que usan un bien inmueble de sus abuelos; la nuera que usa conjuntamente con sus hijos un bien inmueble de sus suegros, etc. La jurisprudencia y la doctrina nacional han denominado a estas relaciones posesorias como el ejercicio del derecho de uso y habitación, como un contrato de comodato gratuito o como actos de tolerancia que no constituyen actos de posesión.

La posesión constituye el contenido de los otros derechos reales: propiedad, usufructo, uso y habitación, superficie y servidumbre. El propietario al estar autorizado a usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien tiene derecho de poseer. El usufructuario ostenta los poderes inherentes de la posesión: usar y disfrutar un bien. El titular del derecho de uso y habitación detenta el poder de usar el bien. El superficiario posee un bien ajeno sobre el que se ha edificado otro bien. El propietario del predio dominante realiza actos de uso sobre el predio sirviente. Es decir, la posesión es el signo visible de la existencia de tales derechos reales, desde una perspectiva epistémica.

Los bienes de la sociedad conyugal pueden ser sociales y propios. La administración ordinaria de los bienes sociales recae sobre los dos o uno de los cónyuges, mientras que la de los bienes propios, cada cónyuge conserva la administración ordinaria y extraordinaria de sus bienes, salvo en ambos casos, que uno otorgue tales facultades al otro. En la medida que solo para disponer o gravar los bienes sociales se requiere la intervención de ambos cónyuges, de conformidad con el artículo 315.º del Código Civil, la constitución del derecho de uso y habitación a favor de un familiar, al no tener la naturaleza jurídica de un acto de disposición o de gravamen (gestión extraordinaria), lo pueden realizar ambos cónyuges o cualquier de ellos (gestión ordinaria), ya sea respecto de los bienes sociales o propios de la sociedad conyugal, según sea el caso.

El derecho de uso y habitación no solo puede ser constituido a título oneroso o gratuito entre personas particulares sino también entre familiares. En el primer caso, el beneficiario es un sujeto particular que se sirve de un bien inmueble del propietario como casa o morada; en el segundo caso, el beneficiario es un familiar, por consanguinidad o afinidad, el que se sirve de la casa o parte de ella que pertenece a la sociedad de gananciales como morada, y que ha sido cedido por ambos cónyuges o por solo uno de ellos. Estos supuestos se distinguen solo por la relación familiar que los une, ya que en el primero, los sujetos de la relación contractual son personas particulares, mientras que, en el segundo, los sujetos de la relación contractual son familiares, ya sea por consanguinidad o afinidad.

La posesión es el contenido del derecho de uso y habitación, en tanto que el beneficiario de este derecho detenta el poder de usar el bien. En el caso de la constitución entre familiares, el beneficiario conjuntamente con su familia usa el bien por el tiempo que le permita el constituyente, que viene a ser la sociedad de gananciales representada por los cónyuges, en el caso de un bien social, o por uno de los cónyuges, en caso de un bien propio. En ese sentido, la sociedad de ganancial constituyente tiene el derecho de solicitar la restitución del bien en cualquier momento, salvo que se haya establecido expresamente un determinado plazo, en cuyo caso podrá requerirlo cuando expire, y el beneficiario tiene la obligación de restituir el bien inmueble que lo usa.

Por otro lado, la doctrina ofrece como otra solución a este tipo de conflictos, aquella que considera que detrás de las relaciones posesorias entre familiares, se oculta un contrato de comodato gratuito, en virtud del cual el titular del bien inmueble cede temporalmente su uso a otro familiar a título gratuito. Es decir, para este sector de la doctrina las relaciones posesorias entre familiares, implica un acuerdo de voluntades entre el titular del bien inmueble y el beneficiario a quien se le ha cedido su uso, destinado a crear una relación jurídica de carácter patrimonial.

En la realidad las relaciones posesorias entre familiares se suelen presentar, para citar tan solo un caso, cuando los padres ceden el uso de un bien inmueble que pertenece a la sociedad de gananciales a un hijo y su familia por tiempo determinado o indeterminado y en forma gratuita para que lo usen como morada. Este acto de gestión ordinaria del patrimonio de la sociedad de gananciales lo podemos situar dentro de la responsabilidad parental de los padres que se concreta en los deberes de protección, cuidado, asistencia y solidaridad de los padres frente a los hijos, que ante el estado de necesidad de estos últimos se extiende más allá del momento que adquieren la mayoría de edad (18 años). En ese sentido, la cesión gratuita de un bien inmueble entre familiares constituye el cumplimiento de un deber de asistencia y solidaridad de los padres frente a sus hijos para que estos satisfagan su necesidad de vivienda. Entre los familiares no existe la voluntad de celebrar un contrato de comodato gratuito dado la naturaleza del vínculo de familiaridad que los une y el estado de necesidad de los hijos, lo que desde luego no elimina la posibilidad de que entre familiares puedan celebrar un contrato de comodato gratuito, ya que el ordenamiento jurídico no lo prohíbe.

En efecto, se ha señalado que el comodato supone, dentro del código vigente, la obligación que asume una persona de entregar a otro algún bien no consumible, a título de liberalidad, y por tanto para que sea utilizado sin contraprestación alguna y devuelto en la oportunidad que corresponda. Esta definición se aleja del concepto tradicional, dado que el código vigente ya no considera al comodato

como un contrato real, sino su naturaleza jurídica es consensual (Arias-Schreiber y Cárdenas, 1997, pp. 42 y 43).

Por otra parte, a entender del Supremo Tribunal de Justicia de la República, el uso de un bien de la sociedad de gananciales por un familiar a quien se le ha cedido por los cónyuges en su representación o expresado de otro modo, la realidad fáctica sustantiva de la posesión de un bien por un familiar, constituyen «actos de tolerancia» más no actos de posesión. Esta postura desde la perspectiva de la justicia de la decisión con la que se resolvió el conflicto de intereses no ha generado discusión alguna, pero desde la perspectiva de su fundamentación ha generado diversos cuestionamientos, en particular el fundamento constitucional invocado que, en palabras de un sector de la doctrina nacional, a la cual nos adscribimos, no era necesario, ya que no son aplicables al caso materia de controversia entre familiares.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en los casos sobre conflictos derivados de las relaciones posesorias entre familiares, ha considerado que dichas relaciones posesorias son actos de tolerancia que no configuran actos de posesión, en tanto el titular del bien no se desprende de su posesión. Sin embargo, existen circunstancias especiales como la propia subsistencia de los demandados que obligan al juez a valorarlas en armonía con los valores supremos que informan a la Constitución (Casación n.º 4425-2015-Lima Este. En sentido similar en las Casación n.º 2945-2013-Lima, Casación n.º 4742-2017-Cusco y Casación n.º 1784-2012-Ica).

El Código Civil vigente no ha regulado expresamente a los actos de tolerancia en el régimen de la posesión, tampoco lo han regulado los códigos civiles de 1936 y 1852, por lo tanto, no existen antecedentes legislativos a dónde acudir para encontrar su verdadero significado. Algunos códigos civiles de países de Europa y de la región han regulado expresamente a los actos de tolerancia. Sin agotar con la revisión de todos códigos civiles, solamente citaremos algunos de los códigos civiles que no dejan de ser menos importantes como los demás.

El Código Civil español en su artículo 444 señala: «Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión». Esta norma regula dos tipos de actos que no afectan a la posesión: el primero son los actos meramente tolerados por el poseedor y el segundo, los actos clandestinos sin conocimiento del poseedor o con violencia. En ese sentido, los actos meramente tolerados no tienen la naturaleza jurídica de actos posesorios.

El Código Civil colombiano, en su artículo 2520 regula los «actos de mera facultad o tolerancia», señalando: «(...) la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confiere posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna. (...). Del mismo modo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales, o paste en ellas, no por eso se impone la servidumbre

de este tránsito o pasto. (...)». En ese sentido, el ocupante que ocupa un bien en virtud de un acto de tolerancia no ostenta posesión en tanto que este derecho real sigue perteneciendo al poseedor.

El Código Civil costarricense, en su artículo 279, señala: «Independientemente del derecho de propiedad, se adquiere el de posesión: 1.º.- Por consentimiento del propietario. Los actos (...) de simple tolerancia no da el derecho de posesión». Esta última parte de la norma señala que los actos facultativos o de simple tolerancia no confieren el derecho de posesión. Los actos de tolerancia implican una relación material del sujeto con la cosa. Esta relación material no le otorga al sujeto que provoca el acto de tolerancia el derecho de posesión, que por disposición de la norma tal derecho sigue correspondiendo al poseedor.

Los códigos civiles citados señalan en forma similar que los actos de mera tolerancia no confieren posesión. Esto significa que el sujeto que provoca los actos de tolerancia no usa ni goza de los atributos de la posesión, en tanto que estos últimos pertenecen al poseedor del bien. No precisan quiénes pueden ser los sujetos que originan el acto de tolerancia, por lo tanto, puede ser cualquier persona, es decir, puede ser una persona que esté o no unido por un vínculo de parentesco con el poseedor. Asimismo, guardan silencio sobre el plazo de duración de los actos de tolerancia, por lo tanto, el poseedor puede solicitar la restitución del bien que soporta los actos de tolerancia en cualquier momento.

La Corte Suprema de Justicia de la república ha definido a los actos de tolerancia como la situación de un familiar que se encuentra en posesión de un bien por aquiescencia del titular. A diferencia del código civil español, colombiano, y costarricense, en cuanto al sujeto que causa el acto de tolerancia, solamente hace referencia a un familiar que ocupa un bien inmueble de otro familiar.

En tanto que los conflictos derivados de las relaciones posesorias entre familiares cada vez se hacen más recurrentes, corresponde a la jurisprudencia nacional establecer una regla jurídica que permita a los jueces adoptar soluciones con uniformidad de criterio. Partiendo de la premisa, que las relaciones familiares se originan en los vínculos de consanguinidad (v. gr. padres e hijos) y de afinidad (v. gr. suegro y nuera), dentro de las cuales se originan las relaciones posesorias, esta regla debe determinar la naturaleza jurídica del uso de un bien por un familiar, la forma de restitución del bien al titular, y la vía procedimental para exigir judicialmente la restitución en caso de incumplimiento del beneficiario que usa el bien.

La administración de justicia no debe perder de vista la predictibilidad judicial como un elemento legitimante de las decisiones judiciales. En torno al

desalojo entre familiares debe empezarse a forjar una predictibilidad judicial con decisiones judiciales cimentadas en criterios uniformes tanto desde una perspectiva fáctica como jurídica. Recuérdese que las decisiones judiciales son instrumentos de legitimación de función jurisdiccional ante la sociedad, por lo tanto, no es tolerable que existan decisiones disimiles en casos similares. La uniformidad de las decisiones judiciales en casos similares permite que el justiciable se anticipe al resultado del proceso, es decir, el justiciable antes de promover un proceso para que se resuelva su conflicto intersubjetivo de intereses ya sabe cuál será el sentido de la decisión judicial final que se va dictar en el proceso. La comunidad en general reclama coherencia a los jueces. Esta coherencia pasa por realizar un examen exhaustivo, profundo y riguroso, pero sin apasionamientos, no solo de su contenido sino de sus efectos y de la solidez de la argumentación de las decisiones judiciales.

Finalmente, entre las soluciones de los conflictos derivados de las relaciones posesorias entre familiares, que ofrece tanto la jurisprudencia como la doctrina, la solución que más se adecua a la naturaleza especial de tales conflictos, es aquella que considera que el uso realizado por un familiar respecto de un bien inmueble cuyo titular es otro familiar, configura el ejercicio del derecho de uso y habitación que ha sido cedido por un determinado tiempo o sin un límite temporal. En el primer caso, al término del límite temporal el beneficiario debe restituir el bien inmueble que lo usa al titular que le ha cedido. En el segundo caso, el titular del bien inmueble debe revocar el derecho de uso y habitación y requerir la restitución de dicho bien. El incumplimiento del beneficiario de restituir el bien inmueble lo convertirá en ocupante precario, y activará el derecho de acción del titular para exigir judicialmente la devolución del bien inmueble a través del proceso de desalojo por ocupante precario.

## 9. Conclusiones

Los conflictos surgidos de las relaciones posesorias entre familiares han dado lugar a que la jurisprudencia nacional adopte más de una solución. Entre las más importantes desatacan aquellas que consideran que tales relaciones posesorias constituyen el derecho de uso y habitación y la otra que configuran actos de tolerancia que no confieren posesión.

La jurisprudencia nacional ha ido abandonando su postura inicial de considerar a las relaciones posesorias entre familiares como un derecho de uso y habitación, para señalar en las sentencias casatorias más recientes, que se trata de actos de tolerancia que no constituyen actos de posesión.

Las relaciones posesorias nacidas en las relaciones familiares constituyen el derecho de uso y habitación que se hace visible a través de actos de

posesión concretos de un familiar que usa temporalmente un bien inmueble cuyo titular es otro familiar.

El derecho de uso y habitación expira al vencimiento del plazo establecido y con la revocación en caso que se haya constituido en forma indeterminada. En ambos supuestos se configura la posesión precaria, en virtud de la cual se puede promover el proceso de desalojo para la devolución del bien inmueble.

El concepto actos de tolerancia no es una creación del legislador, debido que no está regulado en el Código Civil de 1984, sino es una elaboración de la jurisprudencia nacional, para denominar a las relaciones posesorias nacidas en las relaciones familiares.

Los fundamentos jurídicos que van a sostener la decisión judicial restitutoria deben fundarse en el derecho de uso y habitación, en el estado de necesidad y en los deberes de asistencia y solidaridad de los familiares involucrados en el conflicto familiar, que serán analizados caso por caso.

## Referencias

- Albaladejo, M. (1989). *Derecho Civil*. Editorial Bosch.
- Arias-Schreiber, M y Cárdenas, C. (1997). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica Editores S.A.
- Gonzáles, G. (2005). *Derechos reales*. Jurista Editores EIRL.
- Gonzáles, G. (2011). *La posesión precaria*. Jurista Editores EIRL.
- Hernández, A. (1980). *La posesión*. Editorial Civitas SA.
- Ihering, R. V. (1929). *La posesión*. Editorial Reus SA.
- Mazeaud, H y LEON, J. (1978). *Derecho civil*.
- Lafaille, H. (1929). *Curso de derecho civil. Derechos reales*, Talleres Gráficos Ariel.
- Lama, H. R. (2007). *La posesión y la posesión precaria*. Editora Jurídica Grijley.
- Plácido A. F. (2002). *Regímenes patrimoniales del matrimonio*. Gaceta Jurídica SA.
- Planiol, M. y RIPERT, J. (1946). *Tratado práctico de derecho civil francés. Los bienes*. Editorial Cultural.
- Ramírez, E. M. (2007). *Tratado de derechos reales*. Rodhas.
- Savigny F. K. (1845). *Tratado de la posesión*. Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica.
- Torres, A. (2006). *Derechos reales*. IDEMSA.
- Varsi, E. (2012). *Tratado de derecho de familia*. Gaceta Jurídica S.A.
- Vásquez, A. (2003). *Derechos reales*. Editorial San Marcos.



ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

## REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 4, enero-junio, 2021  
Publicación semestral. Lima, Perú.  
ISSN: 2707-4056 (en línea)  
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n4.05



# La disposición de bienes ajenos en la jurisprudencia civil

## Sale of property from someone else in civil jurisprudence

**René Cervantes López\***

Corte Superior de Justicia de Arequipa  
(Arequipa, Perú)  
rcervantes@pj.gob.pe  
<https://orcid.org/0000-0002-2786-4330>

**Resumen:** La disposición de bienes ajenos es un tema recurrente en los conflictos jurídicos del derecho civil, especialmente en cuanto se refiere al derecho de propiedad. El VIII Pleno Casatorio Civil emitido por la Corte Suprema de Justicia sobre la venta de un bien social por parte de un solo cónyuge sin la intervención del otro (Casación n.º 3006-2015 Junín, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* del 20/09/2020) y el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil llevado a cabo el 24 y 25 de noviembre del 2020, donde se abordó el tema de si la segunda compraventa en un acto de doble enajenación era un acto jurídico ¿nulo o válido?, demuestran que el tema de la disposición de bienes ajenos es un tema relevante social y jurídicamente. La pregunta es: ¿el derecho civil acepta la posibilidad de que alguien (quien no

\* Juez superior Corte Superior de Justicia de Arequipa.

es el titular del bien) pueda transferir un predio que no es de su propiedad? De ser así, ello va contra toda lógica elemental, porque se entiende que solo puede transferir un derecho aquel que lo tiene y no otro. Cómo explicar a la sociedad que a pesar que el transferente no es el titular del predio, pueda finalmente «validarse» esa transferencia en «perjuicio» del verdadero titular. Visto así, es un sinsentido. Pero si para la sociedad el mensaje es rutilante, imaginemos que pensará el verdadero titular (el derecho al revés). Él pensará que, si no prestó su consentimiento, no puede haber posibilidad de que pierda su derecho. Si jurídicamente se llega a esa conclusión (de que el titular que no prestó su consentimiento pueda perder su derecho), habrá que darle una explicación sensata o una justificación suficiente de lo que ha sucedido. El presente trabajo trata sobre esta problemática, de la disposición de bienes por parte de quien no es el propietario y sus consecuencias, visto desde la jurisprudencia. Por tanto, en un primer momento se analizará la posibilidad jurídica de su celebración, incidiendo especialmente en saber qué dice el Código Civil (CC) al respecto, así como las posiciones que en la doctrina se han desarrollado, limitando este trabajo al tráfico inmobiliario dada la importancia económica de este tipo de bienes. Luego, se seleccionará casos (jurisprudencia de la máxima instancia), a fin de advertir cómo se presenta esta problemática en la realidad, utilizando el método analítico. Posteriormente, exhibiremos los resultados de esta problemática, sobre todo teniendo en cuenta cómo se han resuelto esos casos, asumiendo la existencia de tres protagonistas: el transferente-vendedor, el adquirente-comprador y el titular del predio o denominado desde ya «verdadero propietario». Finalmente, se propondrá a modo de discusión nuestra perspectiva sobre la materia y las conclusiones respectivas.

**Palabras clave:** ajenidad, compraventa, validez, eficacia, derechos reales u obligacionales, ilicitud, tráfico inmobiliario, buena fe

**Abstract:** The sale of the property of others is a recurring topic in legal conflicts of civil law, especially as regards property rights. The “VIII Pleno Casatorio Civil” issued by the Supreme Court of Justice about sale of a social asset by a single spouse without the intervention of the other one (Casación N° 3006-2015 Junín, published by El Peruano on 20th september 2020) and the Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil held on November 24 and 25, 2020, where the Plenary of court, discussed about if the second sale in a double act alienation was a valid or null legal act, shows that the subject of the provision, of other people's property, it is a socially and legally relevant issue. The question is: Does civil law accept the possibility that someone (who is not the owner of the property) can transfer a property that is not their property? If so, this goes against all elementary logic, because it is understood that only the person who has it can transfer a right and not another. How to explain

to society that although the transferor is not the owner of the property, this transfer can finally be "validated" to the "detriment" of the true owner. Seen like this, it is nonsense. But if the message is brilliant for society, let's imagine that the real owner (the right backwards) will think; He will think that if he did not give his consent, there can be no possibility that he will lose his right. If legally that conclusion is reached (that the owner who did not give his consent may lose his right), a sensible explanation or sufficient justification must be given. This research deals with this problem, with the disposition of goods by a person who is not the owner and its consequences, as seen from the peruvian jurisprudence. At first, we will analyze its legal possibility, focusing especially on what the Civil Code tells us in this regard as well as the positions of the Doctrine, limiting our work to real estate traffic given the economic importance of this type of property. Then, cases (jurisprudence) will be selected in order to see how this problem is presented in reality, using an analytical method. Later, we will show the results of this problem, especially taking into account how these cases have been resolved, assuming the existence of three protagonists: The transferor-seller, the acquirer-buyer and the owner of the property or already called "true owner". Finally, our solution perspective and the respective conclusions will be proposed for discussion.

**Key words:** legal alienation, sale, validity, effectiveness, real or mandatory rights, illegality, real estate traffic, good faith

RECIBIDO: 2/05/2021  
APROBADO: 26/06/2021

REVISADO: 26/05/2021  
FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

## 1. Introducción

### 1.1. Presentación del tema

La disposición de un bien ajeno en el tráfico inmobiliario es un tema que se acepta en el derecho civil o, por decir lo mismo, en el mundo jurídico contractual. En tal sentido, el operador jurídico (consciente o inconscientemente) acepta esta situación porque así está establecido en nuestro ordenamiento jurídico. Se dice, conscientemente, porque luego en el conflicto jurídico el operador solo pretende discutir por qué debe perder (o por qué debe aceptar perder) el titular de un predio su derecho. No discute (ni se asombra) que la ley establezca la pérdida del derecho sin el consentimiento del propietario. Luego, se dice inconscientemente, por qué muchas veces el operador jurídico no percibe en la discusión que la norma legal aplicable al caso, en realidad se trata de un supuesto pérdida del derecho sin consentimiento del titular. Ello se puede observar nítidamente cuando en la defensa se invoca, por ejemplo,

la aplicación del artículo 2014 del Código Civil para resolver el conflicto sin darse cuenta que, finalmente, se trata de un supuesto legal de disposición de un bien ajeno (adquisición *a non domino*). Lo descrito sucede cuando el oponente del derecho alega haber actuado de buena fe y prevalece frente al propietario inscrito, sin entender —o mejor dicho ser consciente— que dicha norma legal se trata en el fondo de un supuesto que regula finalmente la «disposición de un bien ajeno», esta vez por disposición legal y por tanto sin contar con el consentimiento del propietario.

Aquí, en el mundo de los abogados, no es mayormente discutible esa situación porque el derecho tiene la virtud muchas veces de «torcer» la realidad (como una presunción legal que sintetiza una realidad a una ficción legal) por diferentes razones o de justificar un hecho jurídico porque conviene socialmente su establecimiento o aceptación. Sin embargo, ello no es necesariamente así entendido por el ciudadano común o de a pie. Si para la sociedad el que primero hizo el contrato (y así que lo acredite) es el que debe ganar, luego no entiende cómo ha podido perder el derecho si fue el primer adquirente. En otras palabras, si el adquirente demuestra que fue el primero que hizo el contrato de compraventa y que, asimismo, fue el primero en pagar el precio, luego no comprende cómo un segundo comprador puede hacer prevalecer su derecho sobre el primer adquirente si el que le vendió ya no tenía ningún derecho que transferir por haberlo vendido al primero que adquirió. Así se pregunta: ¿qué derecho transmitió?, o cuando el vendedor me transfiere la propiedad (o una parte de ella), y luego aparece el «verdadero propietario» rechazando esa compra venta alegando que se hizo sin su intervención; pero se pregunta: ¿por qué el sistema legal podría permitir que yo pueda perder mi derecho sin que haya prestado mi consentimiento?

El tema es relevante porque puede llegar a configurar un ilícito penal; sino veamos, el artículo 197 inciso 4) del Código Penal, tipifica como delito de defraudación el supuesto de la venta de bienes ajenos como si fueran propios.

Pero, realmente, ¿existe esa posibilidad jurídica de que pueda vender un bien ajeno de forma legal o sin cometer ilícito alguno?; de ser así, ¿qué consecuencias jurídicas trae ello?; y, principalmente, cómo ha venido interpretando y resolviendo la Corte Suprema este tipo de casos.

Estos son los extremos que trataremos de analizar en el presente trabajo, el mismo que por razones de espacio no va a ser exhaustivo, pero sí lo suficiente como para que se presente un panorama general del problema.

---

1 La «adquisición a non domino» puede entenderse como la adquisición efectuada de una persona que no es el titular de la cosa o del derecho y que por tanto no podía transmitir nada, pero pese a ello se produce la transferencia; normalmente en este tipo de casos se exige del adquirente que haya actuado de buena fe y que su adquisición sea a título oneroso.

## 1.2. Problema de la investigación

La venta de bien ajeno es una modalidad contractual del derecho civil cuya característica fundamental es la celebración y ejecución de una prestación en donde no interviene el propietario o titular del bien, pero cuyo objeto del contrato se refiere a bienes que pertenecen a este y no a los celebrantes. Cuando el contrato de compra-venta de un bien inmueble, es celebrado por quien no es propietario del bien objeto de venta, se presenta cuestionamientos sobre su posibilidad jurídica y sobre todo los referidos a los efectos o consecuencias que se pueden presentar en relación a este tipo de contratos, especialmente en cuanto tienen que ver con el titular del predio que no intervino en el acto jurídico. En consecuencia, el hecho concreto materia de este trabajo, será determinar cómo ha venido resolviendo la Corte Suprema los casos de disposición de bienes ajenos, tanto desde el punto de vista del vendedor, como del comprador y del propietario, tratando de definir si la «falta de intervención del verdadero propietario» ha sido asumida como un supuesto de nulidad o de ineficacia.

El objetivo del presente estudio es evidenciar la falta de coherencia jurídica en la interpretación y aplicación de la teoría jurídica referida a la disposición de bienes ajenos; además de proponer, en base al análisis de casaciones, la forma de interpretación que se considera que se ajusta a las demás instituciones del derecho civil.

## 1.3. Marco teórico: el estado de la cuestión

### 1.3.1. Definición del contrato de compraventa de bien ajeno

Nuestro primer acercamiento al tema propuesto, lo encontramos en lo previsto en el artículo 1409 inciso 2) del Código Civil del 84, cuando señala en materia obligacional, que la prestación —objeto del contrato—, puede tener lugar sobre bienes ajenos; y, en lo dispuesto en el artículo 1539, que regula que el comprador —que no hubiese sabido que el bien materia de venta era ajeno o que su vendedor no adquiriera el bien antes de notificarse con la demanda—, le queda la opción de que pueda petitionar la rescisión del contrato. De otro lado, existe concordancia en doctrina, que los supuestos legales regulados en los artículos 1537 al 1541, se refieren al tema de la venta o promesa de venta de bienes que corresponde a otro titular. Sin embargo, atendiendo el objeto del presente trabajo, solo vamos a analizar lo referido a la disposición de bienes ajenos conforme lo previsto en el artículo 1539 antes acotado.

El citado numeral habla sobre la posibilidad jurídica de la venta de bienes que no pertenecen al transferente; empero, cabe preguntarse ahora, ¿qué se debe entender por la venta de un bien efectuada por una persona que no es la titular del bien?

Para De la Puente y Lavalle (1991), **ajeno** es lo que pertenece a otro y, por tanto, en principio existe la obligación de respetar esa pertenencia ajena; en esa línea, concluye que bien ajeno sería el bien que no forma parte del patrimonio de una persona. Afirma el connotado jurista, que no es posible jurídicamente obligar a alguien si no se está legitimado para ello, por lo que, en el contrato sobre bien ajeno, el transferente tiene que obligarse como si el bien fuera propio. Nótese en este punto, que el «carácter obligacional» del contrato de compraventa es lo que permitiría que sea posible la venta de un bien ajeno. Tal como se observa, para el citado autor, en la venta de un bien ajeno, el vendedor debe obligarse a nombre propio en la transferencia de la propiedad del bien, y luego para cumplir la obligación pactada, tendría que adquirir el bien y así poder transferirlo al adquirente. Por tanto, no hay venta de lo ajeno, cuando el transferente da a conocer que no es el titular del bien, y a pesar de ello, asume la obligación de transferir la propiedad del bien al comprador.

Luego, Castillo (2002) comentando el artículo 1539 del Código Sustantivo, señala que el único elemento distintivo del contrato de compraventa de bien ajeno se presenta en el hecho de que el bien materia de venta no le pertenezca —al momento de la celebración del contrato— al vendedor o transferente. Para este autor, la venta de bien ajeno, en sentido estricto, trata del caso de un vendedor que otorga en compraventa un bien, respecto del cual, no es su propietario o titular y que existe un comprador, como cualquier comprador en la venta de un bien cuya titularidad si le pertenece al transferente, que como consecuencia del contrato, ha nacido la obligación para el vendedor de cumplir con la transferencia de la propiedad del bien al adquirente y por parte de este de cumplir con el pago del precio.

De lo señalado por ambos autores, se extrae que hay dos elementos básicos que podemos destacar para la configuración del contrato de compraventa de un bien ajeno: el requisito de la *ajenidad* sobre el objeto materia del contrato y el carácter *obligacional* que se tiene respecto de esta modalidad contractual. En cuanto a si es necesario que el comprador conozca (o desconozca) que el bien es ajeno, ello no forma parte de la estructura de este contrato.

Sobre la **ajenidad** no hay mayor problema de entendimiento, por cuanto se comprende fácilmente que lo ajeno es lo que no me pertenece o respecto de lo cual no soy el titular. Ello es una característica esencial de este tipo de contrato.

En cuanto al carácter **obligacional** de este contrato, existe en doctrina un debate jurídico sobre los efectos jurídicos que genera la celebración de un contrato en general, esto es, si con la celebración del contrato se produce solo efectos obligacionales o también se puede producir efectos reales.

Una postura entiende que, una vez celebrado el contrato, lo que queda tan solo son las obligaciones asumidas por cada una de las partes celebrantes del contrato; mientras que otra postura señala —interpretando el artículo 949—, que la celebración del contrato de compraventa tiene también efectos reales. Para un sector de la doctrina los contratos contienen obligaciones y, por tanto, solo originan efectos obligacionales; mientras otro sector asume la posición de que los contratos pueden tener también efectos reales. Esta distinción (entre contratos con efectos obligacionales o con efectos reales) es clave para entender los conflictos que derivan de la disposición de bienes ajenos, por cuanto la venta de bien ajeno solo puede aceptarse si se entiende que el contrato de bienes ajenos solo tiene efectos obligacionales.

Finalmente, en cuanto si el conocimiento (o desconocimiento) por parte del adquirente de que el bien que se le transfiere no sea de su titular, constituya un requisito para la configuración de este contrato, Ninamancco (2015) sostiene que no es necesario que el adquirente sepa o no que el bien materia de venta sea ajeno, por cuanto la regulación prevista en la normatividad civil, no lo exige así; según este autor, de la propia interpretación del artículo 1539, se puede extraer que este aspecto subjetivo no sería necesario para poder establecer que nos encontramos frente a un contrato de compraventa de un bien ajeno (p. 95).

#### 1.4. Sobre la validez del contrato de compraventa de bien ajeno

El artículo 1529 del Código Civil, define el contrato de compraventa, señalando que por este el vendedor se obliga a transferir la propiedad del bien al comprador y este a pagar el precio como contraprestación. Por ello, se dice —en sentido estricto- que, por el contrato de compraventa, el vendedor no «vende» (entiéndase transfiere) la propiedad del bien al comprador, sino que tan solo asume la «obligación de transferir la propiedad» del bien. ¿Es lo mismo obligarse a vender que vender (o transferir la propiedad)? Para el derecho contractual no es lo mismo. Una cosa es que yo me obligue a transferir la propiedad (asunción de un derecho obligacional), otra distinta que efectivamente con la venta se produzca la transferencia de la propiedad (transferencia de un derecho real). Todo dependerá del sistema de transferencia de propiedad inmueble que un país haya asumido.

Así, Fernández (1992), comentando sobre los efectos jurídicos de la transferencia de la propiedad inmobiliaria, señala que el *título* no basta para transferir el dominio, sino que este se hace efectivo con el cumplimiento del modo, el cual se verifica en base a tres sistemas claramente diferenciados: el consensual, el real y el registral. El **Sistema Consensual** denominado «espiritualista» y derivado del derecho francés, distingue dos momentos: el del título y el del modo, y que en la celebración del contrato coincidirían

ambos momentos. Así, al celebrarse el contrato, se perfecciona el título, esto es, el contrato como documento; y, además, se produce la transferencia de la propiedad, o sea el efecto real del contrato, pero derivado de la sola voluntad de los contratantes. Según este autor, la propia ley (específicamente el artículo 949), hace que se produzca en un mismo momento el perfeccionamiento del título (en su acepción de documento) que sería el contrato con el cumplimiento del modo (que es la señal que se produjo la transferencia de la propiedad) que sería la cesión (siempre que no exista disposición legal o pacto en contrario). El Código Civil del 84, en materia de transferencia inmobiliaria, adopta este sistema consensual.

Si se distingue que el objeto de un contrato de compraventa son las obligaciones contenidas en ella; entonces, puedo afirmar que el contrato de compraventa de bien ajeno es válido, porque si bien estoy vendiendo un bien que no es mío como si fuera mío, dicha venta sería válida porque lo único que estoy haciendo es obligarme a vender y no estoy vendiendo efectivamente. Es decir, no estoy transfiriendo un derecho real. Pero, entonces, ¿qué obligaciones son las que estoy asumiendo?, la obligación principal es la de adquirir la titularidad del bien para hacer luego propietario al comprador.

Comentando la venta de cosa ajena en el derecho español (cuyo contrato de compraventa regula la obligación del vendedor de además entregar el bien), señala Díez y Gullón (2002) que el contrato de compraventa genera tan solo obligaciones, la del vendedor de entregar el bien, que puede resultar en ese momento de su propiedad o no, en cuyo caso tendría que luego adquirirla para poder cumplir con la obligación asumida.

En esa misma línea, el maestro De la Puente y Lavalle (1991) reafirma que el carácter obligacional de este tipo de contrato, y que es lo que posibilitaría la venta de una cosa ajena, para este autor el contrato solo obliga a transferir un derecho, pero sin transferirlo efectivamente; entonces, que el objeto de las obligaciones puedan tener lugar respecto de bienes ajenos, se hallaría plenamente justificada bajo esta teoría.

En consecuencia, será válido este contrato, cuando el vendedor asume como propia la obligación de transferir la propiedad de un bien ajeno o que no pertenece al obligado, sin que exista la transferencia de un derecho real.

Forno (1993) distingue la «obligación de transferir» de la «obligación de enajenar», solo esta última tendría efectos reales porque esa sola obligación habría transformado al comprador en propietario del bien. Sin embargo, precisa que para que sean válidos los contratos de venta de bien ajeno, la venta en esta modalidad contractual no tiene que tener efectos reales.

Asimismo, comentando sobre los efectos jurídicos de este tipo de contrato, señala que el efecto traslativo del derecho no se realiza en el momento de la celebración del contrato, sino que es reenviado a un segundo momento que está representado por la adquisición de la propiedad de la cosa por parte del enajenante. Este contrato es, desde un inicio, un contrato obligatorio; es decir, que tiene efectos meramente obligatorios (Ferri, 2004, p. 283).

Deotrolado, en el IX Pleno Casatorio Civil, Casación n.º 4442-2015-Moquegua (2017), la Corte Suprema ha reconocido que el contrato de compraventa puede tener efectos obligacionales y reales.

Finalmente, en cuanto a la validez del contrato de compraventa sobre bienes ajenos, en el VIII Pleno Casatorio Civil (Casación n.º 3006-2015-Junin, Diario Oficial El Peruano del 20/09/2020), se ha señalado que en el caso de disposición (venta) de bienes de la sociedad conyugal pero celebrado por uno solo de los cónyuges sin la intervención del otro, nos encontramos frente a la celebración de un acto jurídico nulo, en el que se habría afectado una norma imperativa del ordenamiento jurídico civil, como sería el artículo 315 que regula la intervención necesaria de ambos cónyuges en la disposición de un bien de la sociedad de gananciales. Si bien esta suprema instancia, reconoce que la sociedad conyugal constituiría un patrimonio autónomo y por tanto los bienes que integran esta, no pertenecerían a ninguno de los cónyuges (de allí que se trate de la disposición de un bien ajeno); sin embargo, llama la atención de que a pesar que nos encontramos frente a un caso de disposición de un bien sin el consentimiento de su titular (que sería la sociedad conyugal), no se llega a afirmar que nos encontramos frente a un supuesto de venta de bien ajeno. Para el alto tribunal, la celebración de este tipo de contrato (la venta de un bien social por uno solo de los cónyuges) se trata de un acto jurídico nulo por afectación de una norma imperativa de orden público, dejando de lado el supuesto de se trate de un caso de disposición de un bien ajeno. Siendo ello así, este criterio jurídico aplicado al supuesto de hecho que fue materia del pleno (disposición de bienes sociales por parte de un solo cónyuge), resulta ser uno particular en el que ha primado la valoración de un interés público (el interés familiar) por sobre un interés privado (la falta de legitimación del transferente).

De la misma manera, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, llevado a cabo el 24 y 25 de noviembre del 2020, se abordó el tema de los efectos jurídicos de la doble venta, es decir, si en el caso de doble enajenación de un inmueble efectuado por el mismo titular, pero a diferentes compradores, si la segunda compraventa será un acto jurídico ¿nulo o válido? De lo debatido en el citado pleno, se acordó por mayoría, que el segundo

contrato de compraventa devendría en un acto jurídico nulo, sea por tener un fin ilícito, por tratarse de un objeto jurídicamente imposible o por ser contrario al orden público o a las buenas costumbres. De los fundamentos expuestos para la postura ganadora, se consideró que el caso de la doble venta de un mismo bien inmueble, se trataría de un supuesto de venta de bien ajeno, pero cuya consecuencia no sería la declaración de su ineficacia, sino de la nulidad del acto jurídico celebrado. El pleno valoró que con la primera venta ya se habría producido la transferencia real del bien, por lo que en la segunda venta el vendedor nada podía ya transferir. Atendiendo lo señalado hasta aquí, se puede advertir que el Pleno Jurisdiccional confundió la categoría jurídica de la venta de bienes ajenos con la causa subjetiva de la finalidad ilícita que podrían tener los intervinientes del contrato al celebrar este. El contrato de venta de bien ajeno, como se ha expuesto, es un contrato jurídicamente posible por cuanto el artículo 1539 regula la posibilidad de su celebración; tampoco podría afectar el orden público al tratarse de intereses de orden particular o privado. En cuanto a la existencia de una finalidad ilícita de este tipo de contrato, se revisará posteriormente.

### 1.5. Sobre la eficacia del contrato de compraventa de bien ajeno

Se han presentado las posiciones doctrinarias sobre la validez del contrato de compra-venta de bien ajeno; ahora corresponde verificar cuáles son las posturas teóricas sobre la eficacia de este tipo de contrato.

Los elementos que distinguen o caracterizan a esta modalidad contractual, como se mencionó, son la ajenidad y el carácter obligacional del contrato. Sin embargo, cuando hablamos de la eficacia del acto jurídico surge otro elemento importante que debe ser materia de análisis: la falta de consentimiento del verdadero propietario.

Hasta aquí el concepto de venta de bien ajeno se presenta en un escenario en el que intervienen vendedor y comprador y cuya relación jurídica surgida entre ambas partes se ha calificado como válida. Sin embargo, ahora se va a agregar un personaje más a esta trama contractual, el **propietario del bien ajeno**, quien, si bien no participó en el contrato de compraventa celebrado, pero, al ser el titular del predio objeto de venta, debe analizarse si los efectos jurídicos del contrato celebrado le pueden alcanzar.

Se empezará por ver, en primer término, la eficacia del contrato celebrado entre el vendedor y el comprador. Para el **vendedor**, el cumplimiento de la obligación asumida (obligación de transferir la propiedad) le da legitimidad para exigir el cumplimiento de pago por parte del comprador o de ser el caso que pueda pedir la resolución del mismo en caso de incumplimiento, más el pago de daños y perjuicios correspondientes. En el caso del **comprador**, el

cumplimiento del pago del precio lo legitima para pedir el cumplimiento de la obligación asumida por el vendedor o de ser el caso la resolución del contrato más un pago indemnizatorio si se ha ocasionado daños. Sin embargo, en el supuesto de que el comprador no haya tenido conocimiento que el bien materia de venta era ajeno (es decir, que el vendedor no era el propietario o que le fue ocultado tal hecho por el vendedor), en ese caso, quedará la opción de solicitar la rescisión del contrato conforme lo establecido por el artículo 1539 del Código Civil.

Sin embargo, el problema de mayor relevancia ahora, surge en el caso del **propietario del bien materia de venta**, que no intervino en el contrato ni fue consultado sobre la compraventa. Respecto al propietario, de la lectura del artículo 1539, se verifica que no se estableció ningún efecto jurídico para el titular del predio, coincidiendo con la posición doctrinaria que el contrato es un mero instrumento generador de obligaciones. Según esta concepción, la celebración del contrato no debe afectar en nada el patrimonio del propietario, en vista que el vendedor en este tipo de contrato no transfiere propiedad si no que tan solo se «obliga a transferir» el bien, que ya se ha dicho no es lo mismo. Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que nuestro Código Civil recoge en el artículo 949 la teoría de que la sola «obligación de enajenar» transfiere la propiedad del bien.

Aquí es pertinente preguntarse: ¿la falta de intervención del propietario en el contrato, determina la nulidad del contrato? La respuesta a esta interrogante es controvertida. Una posición doctrinaria y jurisprudencial piensa que sí. Es decir, que la falta de consentimiento del verdadero propietario genera la nulidad del acto jurídico porque se afectaría la estructura del acto jurídico. No obstante, otra posición doctrinaria señala que este hecho influye solo en la eficacia de la disposición, es decir, en los efectos del contrato (Zúñiga, 2002).

En el derecho comparado, se acepta pacíficamente que el contrato de compraventa de bien ajeno celebrado sin la intervención del propietario es un contrato válido, así se especifica también en los sistemas jurídicos tales como el español, italiano, alemán, chileno y argentino. La «patología» de la falta de intervención del propietario en este tipo de casos es sancionada con la ineficacia del acto jurídico.

En el caso peruano, se ha dado un profuso debate sobre el tema, especialmente para el caso de la disposición de bienes sociales por parte de un solo cónyuge sin la intervención o autorización del otro. Un sector de la doctrina ha considerado que la falta de intervención del cónyuge en la venta de un bien social, constituye un supuesto de nulidad; mientras que otro sector considera que nos encontramos frente a un supuesto de ineficacia.

En el comentado VIII Pleno Casatorio Civil (2020), se ha señalado como precedente vinculante que la disposición de un bien social por parte de uno solo de los cónyuges, sin la intervención del otro, se trataría de un acto jurídico nulo por contrariar una norma imperativa de orden público, que sería el artículo 315 del Código Sustantivo, con lo que se incurre en causal de nulidad prevista en el inciso 8 del artículo 219 concordante con el artículo V del Título Preliminar del acotado código.

Hay que advertir, que esta posición del pleno casatorio, no recogió la tesis mayoritaria de los *amicus curiae* que planteaban que la disposición de un bien social por uno solo de los cónyuges se trataría de un caso de ineficacia por falta de legitimación. La legitimación contractual, para Morales (2006), se trata de la competencia que deben tener las partes contratantes para poder disponer o transferir las posiciones jurídicas o situaciones jurídicas subjetivas respecto de las cuales son titulares; por tanto, en el caso de que no exista esta legitimación para contratar, la consecuencia será la ineficacia del acto jurídico celebrado y no de su invalidez.

Respecto al tema que fue materia del citado pleno casatorio, el autor sostiene que si un cónyuge dispone de un bien social sin intervención del otro cónyuge, dicha venta será válida si se cumple con los demás requisitos de validez del acto jurídico, pero lo que habrá será un problema de ausencia de legitimación, lo que afecta en realidad los efectos jurídicos del contrato; en ese caso, la sociedad de gananciales por constituir un patrimonio autónomo al amparo de lo previsto en el artículo 65 del Código Procesal Civil, es la única que tiene la legitimidad para celebrar el contrato (Morales, 2006). Concluye, por lo tanto, que para el supuesto legal previsto en primer párrafo del artículo 315, resulta aplicable las disposiciones legales de la compraventa de bien ajeno previstas en el ordenamiento civil.

### 1.6. Sobre la ilicitud de la venta de bien ajeno

Finalmente, dentro de este breve marco teórico, hemos incluido el tema de la «ilicitud» de la venta de bien ajeno. En este punto es bueno recordar que si bien la venta de bien ajeno es un contrato válido y con probabilidad de que pueda ser eficaz; sin embargo, se discute sobre la ilicitud de esta modalidad contractual en base a lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 197 del Código Penal, que regula el delito de **estelionato**, y de cuyo texto literal podemos extraer que nos encontraríamos frente a una forma de defraudación que se presenta cuando se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación n.º 461-2016, ha desarrollado doctrina jurisprudencial sobre el delito de estelionato. Así

se ha precisado que el estelionato se trata de una forma de defraudación especial, en el que se emplea el fraude.

Ahora, se precisa que en la compraventa de un bien ajeno, es el vendedor (no propietario del bien) el sujeto activo del delito, pero cuya conducta reprochable es la de no poner en conocimiento del comprador la situación o posición en la que se encuentra en relación al bien y aprovechándose de ello, recibe un pago como consecuencia del engaño o error en el que hace incurrir a la víctima; mientras que el comprador, a quien se le ocultó la ajenidad del bien, es el sujeto que en principio sufre el perjuicio económico como consecuencia del engaño o ardid; finalmente, se advierte que podrá también ser considerado como sujeto pasivo pero a nivel mediato, el titular del predio que no intervino en la celebración de la compraventa, que también desconocía de la transacción realizada, pero a quien se le pretendía finalmente oponer un efecto real derivado de la compraventa realizada.

Aquí cabe destacar que, desde el punto de vista penal, lo que busca el estelionato (a diferencia si el caso se plantea en la vía civil), es sancionar el aprovechamiento del error en que se hace incurrir a la víctima, de su buena fe con la que actúa, por cuanto adquiere desconociendo que existe un verdadero titular del bien y, por el contrario, pensando que el titular del predio es el transferente.

Pues bien, De la Puente y Lavalle (1991), sobre este tema, explica dos situaciones a tener en cuenta. Primero, señala que el Código Civil de 1852 prohibió en el artículo 326 la venta de lo ajeno, razón por la que el Código Penal de 1924, tipificó la venta de un bien ajeno como delito, precisa el autor, que era lógico que se sancionara penalmente lo que estaba prohibido civilmente. Sin embargo, el Código Civil del 36 y luego el del 84, previó la posibilidad contractual de obligaciones sobre bienes ajenos, por lo que la venta de un bien ajeno, dejó de ser un acto ilícito. En segundo lugar, señala que si en la venta, el vendedor oculta al comprador que el bien es ajeno con el objeto de obtener un provecho económico ilícito en perjuicio de este último o de terceros, como sería el verdadero titular del predio, se incurriría en un delito de estafa.

Por su parte, Ninamancco (2015), sostiene que si la venta de bien ajeno es producto de un acto o acuerdo ilícito («tinglado») realizado con el objeto de perjudicar el derecho de propiedad del titular del predio, entonces el acto jurídico será nulo por la existencia de un fin ilícito sin perjuicio de las connotaciones penales que se deriven de tal hecho.

Tal como se observa la diferencia entre una venta lícita de bien ajeno de una ilícita, se encuentra en la intención con la que obran los sujetos al momento de celebrarse el contrato. Si la intención de las partes (vendedor y

comprador) es perjudicar el derecho del verdadero titular del predio, entonces la venta será nula y si la intención del vendedor es aprovecharse del error del comprador quien ignora la real titularidad del predio, el transferente incurrirá en un ilícito penal. Pero, si el vendedor solo asume —como consecuencia del contrato— la obligación de transferir la propiedad del bien, sin que tenga un efecto real mientras no adquiera la propiedad para que se produzca finalmente la transferencia, dicha conducta no será ilícita solo que no producirá efectos patrimoniales más allá de los daños que le pudieran serle exigible por el incumplimiento de la prestación asumida.

## 2. Materiales y métodos

Para el logro del objeto del presente trabajo, se tomarán en cuenta pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema sobre la materia correspondiente. Esto permitirá determinar cómo viene resolviendo la más alta magistratura este tema de la disposición de bienes ajenos. El método a emplear será descriptivo y se enfocará en los siguientes temas: el concepto del contrato de compraventa de bien ajeno; la validez de este tipo de contrato; la eficacia del contrato en relación a los que participan del contrato y de terceros (vendedor, comprador y propietario); y, finalmente, sobre la ilicitud de dicha venta.

La metodología a emplear será el estudio de casos, para cuyo efecto hemos seleccionado casaciones que tienen que ver con la materia en controversia.

### Tabla 1

*Casación n.º 2283-2017 Tacna*

<p><b>Sentencia seleccionada</b></p>	<p>Expediente: Casación n.º 2283-2017 Tacna Demandante: Manuel Chambilla Tarqui Demandado: Juan Crisóstomo Chávez Machaca y otros Materia: Nulidad de acto jurídico Sentencia: Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema Fecha: 12/04/2019</p>
<p><b>Hechos del caso (sinopsis)</b></p>	<p>Caso de doble venta:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Juan Crisóstomo Chávez Machaca transfiere en venta el predio a favor de Manuel Chambilla Tarqui, con fecha 24 de enero de 1990, no inscribe.</li> <li>▶ Juan Crisóstomo Chávez Machaca transfiere en venta el mismo predio a favor de Marisela Romero Ñaupá, con fecha 13 de setiembre del 2005 y 17 de julio del 2007 e inscribe la venta.</li> </ul>

<p><b>La regla o principio (holding)</b></p>	<p>La venta de bien ajeno propiamente no es una transferencia, sino una promesa de venta. Es por ello que el artículo 1537 del CC indica que cuando ambas partes saben que el bien es ajeno rige lo dispuesto en los artículos 1470 a 1472 que regula la promesa de la obligación.</p>
<p><b>El razonamiento (rationale)</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ La venta de bien ajeno no es una transferencia, sino una promesa de venta.</li> <li>▶ La venta de bien ajeno está regulada en el artículo 1537 del CC.</li> <li>▶ El mecanismo ante el incumplimiento es la indemnización artículo 1470 del CC.</li> <li>▶ La doble venta no genera por sí misma la nulidad del acto jurídico.</li> </ul>
<p><b>Tabla 2</b> <i>Casación n.º 718-99A Lambayeque</i></p>	
<p><b>Sentencia seleccionada</b></p>	<p>Expediente: Casación n.º 718-99 A Lambayeque Tacna          Demandante: Marco Enrique Díaz Esquives          Demandado: Misael Zevallos Torres y otra          Materia: Nulidad de acto jurídico          Sentencia: Sala de Derecho Constitucional y Social          Fecha: 27/06/2001</p>
<p><b>Hechos del caso (sinopsis)</b></p>	<p>Caso de doble venta:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Enrique Alberto Díaz Nañez transfiere a favor de Marco Enrique Díaz Esquives el predio, con fecha 21 de agosto de 1967.</li> <li>▶ Teresa Isabel Díaz Esquives transfiere el mismo predio en venta a favor de Misael Zevallos Torres, con fecha 17 de junio de 1992.</li> </ul>
<p><b>La regla o principio (holding)</b></p>	<p>Que el propietario única y exclusivamente está facultado para enajenar; si un tercero —sin su autorización— lo enajena actuando y declarando ser propietario del bien ajeno, esa venta es nula por ser jurídicamente imposible (inciso 3, artículo 219 del CC) y por falta de manifestación de voluntad (inciso 1, artículo 219 del CC), tal conducta es delito de estelionato.</p>
<p><b>El razonamiento (rationale)</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ El comprador frente al engaño puede rescindir y pedir la restitución del precio más los daños y perjuicios.</li> <li>▶ Al propietario tiene la vía de la nulidad.</li> </ul>

### Tabla 3

Casación n.º 397-96 Tacna

<p><b>Sentencia seleccionada</b></p>	<p>Expediente: Casación n.º 397-96-Tacna          Demandante: Nancy Ticona Rojas          Demandado: Jaime Javier Villalba y otros          Materia: Nulidad de acto jurídico          Sentencia: Sala Civil de la Corte Suprema          Fecha: 08/09/1997</p>
<p><b>Hechos del caso (sinopsis)</b></p>	<p>Caso de venta del bien común por un copropietario:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Carmen Carpio viuda de Salas transfiere en venta el inmueble a favor de los esposos Gustavo Laureano Ticona Copaja y María Luisa Rojas de Ticona, con fecha 18/10/1960.</li> <li>▶ Al fallecer María Luisa Rojas de Ticona, se declara como herederos a su cónyuge supérstite Gustavo Laureano Ticona Copaja y a su hija Nancy Ambrocina Ticona Rojas; pero es preterido su otro hijo Jaime Villalba Rojas.</li> <li>▶ Luego, Gustavo Laureano Ticona Copaja vende a su hija Nancy Ambrocina Ticona Rojas todos los demás derechos de propiedad sobre el predio, con fecha 13/07/1988, sin intervención de Jaime Villalba Rojas.</li> </ul>
<p><b>La regla o principio (holding)</b></p>	<p>Que el artículo 1539 del CC, regula que el comprador puede pedir la rescisión de la venta de un bien ajeno, pero de ningún modo se reserva este derecho exclusivamente al comprador, porque el coheredero/copropietario que no intervino, goza del legítimo derecho para pedir la nulidad; que estamos ante un ilícito jurídico que es vender un bien donde ambas partes sabían que una parte de las acciones y derechos transferidos pertenecían a un tercero, es nulo el acto jurídico por contener un objeto jurídicamente imposible.</p>
<p><b>El razonamiento (rationale)</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Que al fallecimiento de un copropietario se genera un régimen de copropiedad entre los herederos respecto del bien heredado.</li> <li>▶ Si un heredero transfiere derechos sobre el bien común que no le pertenecen, el comprador puede pedir la rescisión, pero el copropietario titular de los derechos, puede pedir la nulidad.</li> <li>▶ Dicha transferencia no es una promesa de venta de bien ajeno, sino un acto ilícito porque ambas partes sabían que el bien es ajeno, es decir, que pertenecía a un tercero. Hay mala fe del vendedor, no hay buena de los contratantes.</li> </ul>

**Tabla 4**

Casación n.º 1375-2015 Puno

<b>Sentencia seleccionada</b>	<p>Expediente: Casación n.º 1375-2015 Puno</p> <p>Demandante: Dionicio Larico Apaza</p> <p>Demandado: Rosa Elena Aquino Quispe y otros</p> <p>Materia: Nulidad de acto jurídico</p> <p>Sentencia: Sala civil Permanente de la Corte Suprema</p> <p>Fecha: 17/01/2017</p>
<b>Hechos del caso (sinopsis)</b>	<p>Caso de venta de un bien social por un solo cónyuge, ambos contratantes sabían que el bien era ajeno</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Dionicio Larico Apaza y Rosa Elena Aquino Quispe contraen matrimonio civil el 14/10/1991 y adquieren el predio el 26/04/1989, inscrito a su favor.</li> <li>▶ Con fecha 05/04/2006, la cónyuge Rosa Elena Aquino Quispe transfiere el predio a favor de Fortunato Huahuaccapa Apaza y Estefanía Ccama Nina, sin la intervención de Dionicio Larico Apaza.</li> </ul>
<b>La regla o principio (holding)</b>	<p>Que la disposición de un bien social por un solo cónyuge, infringe la regla de legitimación prevista en el artículo 315 CC y, además, fue celebrado por las partes con intención de infringirla, el acto jurídico es nulo por fin ilícito.</p>
<b>El razonamiento (rationale)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Que este tipo de casos en algunas ocasiones será ineficaz y en otras inválidos, dependerá de la singularidad de cada supuesto.</li> <li>▶ Que la vendedora carecía de legitimidad para vender conforme al artículo 315 CC y además fue celebrado con la intención de burlar lo previsto en dicho artículo porque los compradores conocían que el titular era la sociedad de gananciales.</li> </ul>

**Tabla 5**

Casación n.º 2857-2001 Callao

<b>Sentencia seleccionada</b>	<p>Expediente: Casación n.º 2857-2001 Callao</p> <p>Demandante: Edy Cerrón Molina</p> <p>Demandado: Rosa Elena Aquino Quispe y otros</p> <p>Materia: Nulidad de acto jurídico</p> <p>Sentencia: Sala Civil Permanente de la Corte Suprema</p> <p>Fecha: 23/12/2002</p>
-------------------------------	--

**Hechos del caso (sinopsis)**

Caso de venta de un titular no inscrito

- ▶ En Registros Públicos figura como titular la Asociación Pro Vivienda «Almirante Grau».
- ▶ Pero vende la Caja de Pensiones Militar Policial el predio quien no aparece en registros.

**La regla o principio (holding)**

La venta de bien ajeno, normada en el artículo 1537 CC, se sanciona con la rescisión del contrato a solicitud del comprador, no con la acción de nulidad o anulabilidad del acto jurídico.

**El razonamiento (rationale)**

Que, ya que, para la celebración de este tipo de contratos, la ley no exige como requisito de validez que el vendedor sea el propietario en el momento de la celebración del contrato.

**Tabla 6**

*Casación n.º 1135-96 Chimbote*

**Sentencia seleccionada**

Expediente: Casación n.º 1135-96 Chimbote

Demandante: Gabriela Iselita Gadea Noel

Demandado: Club de Madres de Comandante Noel - Puerto Casma

Materia: Nulidad de acto jurídico

Sentencia: Sala Civil de la Corte Suprema

Fecha: 09/12/1997

**Hechos del caso (sinopsis)**

Caso de doble venta:

- ▶ El Concejo Distrital de Comandante Noel Puerto Casma transfiere el predio a favor del Club de Madres de comandante Noel - Puerto Casma.
- ▶ El Concejo Distrital de Comandante Noel Puerto Casma transfiere el mismo predio a favor de Gabriela Iselita Gadea Noel.

**La regla o principio (holding)**

- ▶ La venta de bien ajeno no constituye un objeto física o jurídicamente imposible, ya que se halla regulado por el artículo 1539 del CC, el mismo que prevé como consecuencia jurídica la rescisión del contrato de compraventa a solicitud del comprador y no la nulidad de dicho acto jurídico.

**El  
razonamiento  
(rationale)**

- ▶ Que la concurrencia de acreedores se regula por el artículo 1135° del CC y que su discusión deberá hacerse en el proceso adecuado, no siendo la acción de nulidad de acto jurídico la pertinente para resolver la controversia.
- ▶ Que la sentencia de mérito considera erróneamente que la venta de cosa ajena no está sancionada con nulidad y es solo rescindible a solicitud del comprador, confundiendo la acción del comprador de cosa ajena con la situación del propietario despojado, ajeno a la relación de compraventa.

**Tabla 7**

*Casación n.º 3525-2015 Huaura*

**Sentencia  
seleccionada**

Expediente: Casación n.º 3525-2015 Huaura  
 Demandante: Santiago Abelardo Regalado Ardiles  
 Demandado: Manuel Regalado Ardiles y otros  
 Materia : Nulidad de acto jurídico  
 Sentencia: Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema  
 Fecha : 02/10/2017

**Hechos del  
caso (sinopsis)**

- Caso venta de bien no efectuada por el propietario:
- ▶ Mediante contrato de venta del 20/03/2004, César Enrique Regalado Aguilar transfiere el predio a favor de Manuel Regalado Ardiles y María Graciela de Paz de Regalado
  - ▶ Bien es de propiedad Santiago Abelardo Regalado Ardiles.

**La regla o  
principio  
(holding)**

Para efectos de considerarse válido un contrato de compra-venta de un predio, se requiere que quien venda sea el propietario o esté autorizado para ello.

**El  
razonamiento  
(rationale)**

- ▶ Con la condena al vendedor por estelionato, quien admite su conducta delictiva, se acredita la conducta transgresora de los codemandados y que además los compradores tenían conocimiento de ello, lo que se evalúa en el ámbito civil.

## Tabla 8

Casación n.º 443-2014 Lima

### Sentencia seleccionada

Expediente: Casación n.º 443-2014 Lima

Demandante: Yna Liz Helen Chauca Solano

Demandado: Medios & Vidrios SAC y otros

Materia: Nulidad de acto jurídico

Sentencia: Sala Civil Permanente de la Corte Suprema

Fecha: 13/01/2015

### Hechos del caso (sinopsis)

Caso venta de bien no efectuada por la propietaria:

- ▶ Amador Chauca Gonzales vence en un proceso de retracto a Augurio Salhuana Cafferata y Rosa León Cerna; luego, vende a favor de Manuel Gonzáles Salinas y este último a favor de Yna Liz Helen Chauca Solano; dichas ventas no se inscriben, solo la demanda de retracto se anota registralmente.
- ▶ Fallece Augurio Salhuana Cafferata y son declarados herederos Rosa León Cerna cónyuge supérstite y sus hijas Rosaura Evarista Salhuana León y Lidia Guadalupe Salhuana León, inscriben su derecho en registros y posteriormente, mediante escritura pública del 11 de mayo de 1999, venden a favor de Medios & Vidrios S.A.C..

### La regla o principio (*holding*)

Si el vendedor vende un bien ajeno como suyo y el comprador tiene conocimiento de ello o tiene la posibilidad de conocer que su vendedor en realidad no es propietario del bien, dicha venta es nula.

### El razonamiento (*rationale*)

- ▶ El principio de que solo el propietario puede transferir la titularidad del derecho de propiedad sobre un bien; no significa que *per se*, la venta de bien ajeno sea inválida o nula, pues los efectos que se generen como consecuencia de la venta de un bien ajeno son diversos, dependiendo de determinadas circunstancias.
- ▶ Hay que distinguir:
  - a) El comprador sabe que el bien es ajeno: estamos ante un acto jurídico válido, porque el vendedor solo se compromete a obtener el consentimiento del verdadero propietario, o adquirir el bien del verdadero propietario, para luego transferir la propiedad al comprador.
  - b) El comprador no sabe que el bien es ajeno: sea porque en el contrato de compraventa no obra el compromiso del vendedor de adquirir el bien de su propietario para luego transferirlo al comprador, o porque en el contrato el vendedor declara que es el propietario del bien, y el comprador no tiene la posibilidad de conocer que dicho vendedor en realidad no es propietario del bien (buena fe), estamos ante un acto jurídico inválido.
- ▶ El artículo 1409 del Código Civil (sobre que la prestación materia de la obligación [objeto] puede versar sobre bienes ajenos), debe ser interpretado en el sentido de que únicamente es válida la venta de bien ajeno, cuando el comprador conoce tal circunstancia y el vendedor se compromete a obtener el consentimiento del verdadero propietario o adquirir el bien del verdadero propietario para luego transferir la propiedad al contrario.
- ▶ Pero, si se vende un bien ajeno como suyo y el propietario tiene conocimiento de ello o tiene la posibilidad de conocer que su vendedor en realidad no es propietario del bien, dicha venta es nula
- ▶ Si el contrato de bien ajeno se inscribe en Registros Públicos y el comprador del bien ajeno (premunido de la fe pública registral) transfiere el bien a un tercero de buena fe, el verdadero propietario no podrá hacer valer la figura de la ineficacia por cuanto ese tercero se encontrará protegido por los principios registrales de legitimación, fe pública registral y tracto sucesivo.

### 3. Resultados

Del análisis de las casaciones citadas en las Tablas del 1 al 8, podemos establecer los siguientes resultados como criterios que ha utilizado la Corte Suprema:

- ▶ La venta de bien ajeno se hallaría sustentada tanto en el artículo 1537 como en el artículo 1539 del Código Civil.
- ▶ La venta de bien ajeno en la mayoría de pronunciamientos es considerada un contrato nulo por las causales de falta de manifestación de voluntad, fin ilícito, objeto jurídicamente imposible y por ser contrario al orden público y las buenas costumbres.
- ▶ La venta de bien ajeno es una conducta típica prevista en el Código Penal como delito de estelionato.
- ▶ La falta de intervención del verdadero propietario es considerada como un supuesto de causal de nulidad aun cuando se reconoce que se presenta falta de legitimación.
- ▶ De una parte, para que se configure el contrato de compraventa de bien ajeno, el comprador debe conocer esa situación. Fuera de esas circunstancias la venta de cosa ajena es un delito y nulo el acto jurídico. Sin embargo, de otra parte, se sostiene que, si el vendedor vende un bien ajeno como suyo y el comprador tiene conocimiento de ello o tiene la posibilidad de conocer que su vendedor en realidad no es propietario del bien, dicha venta es nula.
- ▶ La intervención del propietario es un requisito de validez del acto jurídico de compraventa.
- ▶ Frente al pedido de nulidad de la venta de un bien ajeno, es necesario analizar la buena fe del comprador al celebrar el acto jurídico de compraventa.

### 4. Discusión

#### 4.1. Respecto a la diferencia entre el compromiso de la venta de bien ajeno y la venta de bien ajeno

Se indica por la doctrina que el contrato de venta de bien ajeno se halla regulado en los artículos 1537, 1538, 1539, 1549 y 1541 del Código Civil de 1984. Sin embargo, debe distinguirse entre la «promesa de venta de bien ajeno» de «la venta de bien ajeno en sentido estricto». No es lo mismo comprometerse a que otra persona venda un bien que no le pertenece al promitente, que obligarse a vender —como propio— un bien que es ajeno.

El citado artículo 1537 regula el caso de la promesa de venta de bien ajeno, esto es, cuando el promitente se compromete u obliga a que el titular de un bien le transfiera la propiedad del mismo al promisorio quien sabe que se trata de un bien ajeno; es por ello que dicho contrato se rige en realidad por las reglas de la promesa de la obligación no del hecho de un tercero, previsto en artículos 1470, 1471 y 1472. Mientras que el artículo 1539, regula el supuesto de la venta de un bien ajeno, facultando al comprador —en el caso que no sepa que el bien que está adquiriendo sea ajeno o que no haya adquirido el bien antes de notificarse con la demanda— a poder pedir la rescisión del contrato.

Así, del tenor de lo dispuesto en el artículo 1537, se advierte que la obligación a que se compromete el vendedor es a obtener que el propietario del bien le transfiera la propiedad al comprador (hecho o promesa de tercero). Es por ello, que dicha venta se regula por lo previsto en los numerales antes mencionados, referidos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Castillo (2016), comentando sobre este punto, señala que el supuesto legal previsto en el artículo 1537, se trata de un caso de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, no de un contrato de compraventa o de venta de un bien ajeno.

En cambio, el artículo 1539, se refiere al supuesto de que el vendedor se obliga él mismo a transferir el bien al comprador; es decir, no se compromete a vender un bien ajeno, sino que vende como propio lo ajeno, asume él dicha obligación y no un tercero. Es una venta de bien ajeno en sentido estricto, para diferenciar del compromiso de venta de bien ajeno.

En la línea jurisprudencial analizada, se extrae que no se diferencia bien ambas situaciones jurídicas; es decir, se confunde la venta de bien ajeno en sentido estricto con el compromiso de venta de bien ajeno, y se indica que el único supuesto de venta de bien ajeno es el previsto en el artículo 1537 antes acotado.

#### **4.2. Respecto de los elementos que configuran el contrato de venta de bien ajeno**

Del análisis de las casaciones se extrae que el contrato de bien ajeno se hallaría definida por dos elementos: la ajenidad del bien materia de venta (elemento objetivo) y el conocimiento o desconocimiento por parte del comprador sobre dicha ajenidad (elemento subjetivo). A ello hay que agregar que se asume la concepción de los efectos obligacionales (y no reales) que genera este tipo de contrato.

Al respecto, la venta de bien ajeno tiene como principal característica que el objeto del contrato sea precisamente un bien ajeno, es decir, que no

pertenezca al patrimonio del vendedor al momento de la celebración del contrato y que las partes celebren este contrato en ese sentido. En otras palabras, el hecho de que las partes conozcan o desconozcan el hecho de la ajenidad es indiferente para dejar de calificar que se trata de un contrato referido a un bien ajeno. Pudiera ser que las partes sepan que el bien es ajeno y aun así celebrar este contrato (donde el vendedor no se compromete o promete vender, sino que se obliga o asume la obligación de vender), pero también pudiera ser que el comprador no sepa que el bien es ajeno, lo cual no hace que no nos hallemos ante un contrato de bien ajeno. Desde el punto de vista contractual, basta el consentimiento para celebrar el contrato y la necesidad que se trate de un bien que no esté dentro del patrimonio del vendedor.

En las casaciones analizadas, no se admite la posibilidad de que las partes contraten (conociendo la ajenidad del bien) sobre un bien ajeno; aceptando solo esa situación como un supuesto de compromiso de venta de bien ajeno previsto en el artículo 1537 del Código Civil, pero dejando de aplicar e interpretar el artículo 1539.

### 4.3. Respetto de la venta de bien ajeno como un acto jurídico nulo

Se observa que la judicatura suprema se ha decantado por señalar que la venta de bien ajeno es un imposible jurídico por cuanto vender lo ajeno constituiría un ilícito civil y que, por tanto, no está permitido en nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto, debemos señalar que el Código Civil de 1852 prohibía la venta de bien ajeno; sin embargo, el Código Civil de 1936, conforme lo previsto en el artículo 1394, reconocía la posibilidad jurídica de poder vender lo ajeno.<sup>2</sup> Nuestro vigente Código Civil de 1984, también regula la venta de bien ajeno en el artículo 1539. Por tanto, es un error considerar que la venta de bien ajeno se encuentre prohibida en nuestro ordenamiento legal, incluso el inciso 2 del artículo 1409 del Código Civil de 1984<sup>3</sup> regula la posibilidad de que el objeto de las obligaciones pueda darse sobre bienes ajenos.

2 Código civil de 1936, artículo 1394: «La venta de la cosa ajena es anulable a solicitud del comprador, salvo que este hubiese sabido que la cosa no pertenecía al vendedor. Puede además demandar al vendedor la restitución del precio y el pago de los daños y perjuicios».

3 Código civil de 1984, artículo 1409, inciso 2): «La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre: (...) 2. Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquiera otra causa».

#### **4.4. Respeto de la venta de bien ajeno como ilícito de connotación civil y penal**

Uno de los requisitos desarrollados por la Corte Suprema para establecer que la venta de bien ajeno está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, es que en el artículo 197 del Código Penal, se ha establecido, como conducta típica y antijurídica, la venta de un bien ajeno.

Sin embargo, hay que tener en cuenta —tal como indica De la Puente y Lavalle— que la tipificación de este delito se encontraba acorde con lo dispuesto en el Código Civil de 1852, que prohibía la venta de bien ajeno; sin embargo, desde el Código Civil del 36 y luego del 84, se aceptó la posibilidad jurídica de la contratación sobre bienes ajenos, por lo que de primer orden no puede considerarse que con la sola celebración de este contrato se puede incurrir en un delito.

Ahora, realizando una compatibilización de lo previsto en el área civil con lo previsto en el área penal, puede considerarse que el ánimo doloso de perjudicar al verdadero propietario del bien, es el elemento común entre ambas conductas ilícitas. Es decir, en el campo civil se sanciona con nulidad cuando existe la intención de ambas partes de celebrar el acto jurídico con el ánimo de perjudicar el derecho del verdadero propietario y así obtener un provecho económico ilícito. Empero, si es solo el vendedor quien con engaño o ardid pretende obtener un provecho económico ilícito del comprador, quien ignora que el bien es ajeno, puede también ser sancionado penalmente. En el caso del titular del predio, quien desconocía de la venta o a quien se le pretende oponer efectos reales derivados del contrato, la jurisprudencia ha establecido que puede pedir la nulidad del contrato; sin embargo, el adquirente puede mantener su adquisición si habría actuado con buena fe, lo que será materia de probanza. En el campo penal, el titular del predio también podrá ser considerado como sujeto pasivo del delito de estelionato.

#### **4.5. Respeto de la venta de bien ajeno como causa de nulidad o de ineficacia**

Se observa que la falta de intervención del verdadero propietario en la venta de un bien ajeno, es calificada como un supuesto de nulidad y no de ineficacia. Se desprende de lo valorado en las casaciones, que no se concibe la posibilidad jurídica de la celebración de este tipo de contrato, cuando se le pretende dar efectos reales y así oponer al verdadero propietario. Es por ello, que se concluye que, con la celebración de este contrato, se afecta la estructura del acto jurídico; se valora que dicha conducta (disponer de un bien ajeno) lleva a la nulidad del acto jurídico por falta de manifestación de voluntad (inciso 1, artículo 219), por contener un objeto jurídicamente

imposible (inciso 3), por tener un fin ilícito (inciso 4) o por ser contrario al orden público y las buenas costumbres (inciso 8).

Sin embargo, debe tenerse presente que el supuesto de hecho referido a la «falta de intervención del verdadero propietario en la venta» no está previsto como una causal de nulidad prevista en el artículo 219. Además, la falta de intervención del titular del predio en este tipo de contrato, no puede asimilarse como un caso de «falta de manifestación de voluntad», en vista que en el acto jurídico celebrado existe partes intervinientes que han manifestado su voluntad (vendedor y comprador), por lo que el acto jurídico sí cuenta con declaraciones de voluntad, aun cuando no sean del «verdadero propietario». Tampoco se presenta un supuesto de objeto jurídicamente imposible, porque tal como ya hemos indicado anteriormente, este supuesto fáctico se encuentra regulado en el artículo 1539 concordado con el artículo 1409 del Código Civil del 84. Este tipo de contrato puede adolecer de un fin ilícito, siempre y cuando se acredite el contubernio o colusión entre las partes del contrato para querer obtener un provecho ilícito y en perjuicio del titular del predio. Finalmente, con la celebración de esta modalidad contractual, no se afecta el orden público por tratarse de un contrato con carácter meramente obligacional y de interés privado de las partes celebrantes.

#### **4.6. Respeto del comportamiento de buena fe en la venta de bien ajeno**

Se observa que se plantea de manera incoherente que este tipo de supuesto de hecho «vender un bien ajeno» sea considerado por un lado como un supuesto de nulidad, pero que a la vez se sostenga que esta nulidad puede ser justificada o neutralizada —a manera de excepción— por la actuación de «buena fe» del comprador. Es decir, que este último estará protegido de la eventual nulidad si obró desconociendo que el vendedor no era propietario del bien y que a su vez se haya comportado legítimamente como propietario en el ejercicio de su derecho adquirido.

Sin embargo, dicha respuesta también resulta incorrecta porque conforme a la teoría del acto jurídico, la nulidad no admite excepciones por ser esta sanción de interés público. En otros términos, la sanción de nulidad no admite posibilidad de convalidación alguna<sup>4</sup>; además, que la «buena fe» que se pretende valorar en base al artículo 2014 o del artículo 1135 del Código Civil, supone partir de la existencia de un acto jurídico válido. En consecuencia, tampoco se puede aceptar esta tesis.

---

4 Código civil del 84, artículo 220: «La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por la confirmación».

## 5. Conclusiones

- a) El contrato de compraventa de viene ajeno es una modalidad contractual prevista en el Código Civil peruano, teniendo como base el inciso 2 del artículo 1409 concordante con el artículo 1539; por lo que, se puede concluir que nuestro ordenamiento jurídico civil permite la contratación de bienes ajenos. En esta línea, la celebración de este contrato no podría valorarse como un acto jurídico nulo por contener un objeto jurídicamente imposible.
- b) Que la contratación de bien ajeno requiere para su configuración de dos elementos o requisitos: primero, la ajenidad del bien materia del contrato y, segundo, el carácter solo obligacional y no real del contrato. El conocimiento o desconocimiento por parte del vendedor sobre la ajenidad del bien materia de venta no constituye un elemento para la configuración de este contrato.
- c) El contrato de compraventa de un bien ajeno, constituye un acto jurídico válido entre las partes, de tal forma que el comprador puede optar por solicitar el cumplimiento del contrato más los daños y perjuicios o la rescisión del mismo en caso de desconocimiento de la ajenidad; también podrá optar por la resolución si es que se presenta incumplimiento de las obligaciones asumidas por parte del vendedor.
- d) Por su parte, en el caso del propietario del bien, que no interviene en la celebración del contrato, pero se le pretende oponer dicho contrato para conseguir efectos reales, podrá optar entre pedir la nulidad del acto jurídico en el caso advierta una conducta dolosa por parte de los celebrantes del contrato de querer perjudicar su patrimonio con la intención de obtener un provecho ilícito, o pedir la declaración de ineficacia, en sentido estricto, por falta de legitimación en el acto de disposición por parte del vendedor.
- e) La buena fe no podría servir como mecanismo de defensa para querer subsanar un acto jurídico calificado como nulo. Tampoco la inscripción registral puede convalidar un acto jurídico nulo, en vista que la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos recoge un sistema registral no convalidante de vicios de nulidad. El análisis de una actuación de buena fe por parte del comprador debiera corresponder a la categoría jurídica de la ineficacia y no de la invalidez del acto jurídico. La valoración de la buena fe del adquirente presupone la validez del acto jurídico, sin perjuicio de que pueda determinarse el contubernio existente entre las partes para celebrar el contrato lo que llevaría a la nulidad del acto jurídico por existir un fin ilícito.

## Referencias

- Castillo, M. (2002). Comentarios al contrato de compra venta. En *Análisis detallado de los artículos del Código Civil* (pp. 72 - 74). Gaceta Jurídica.
- Castillo, M. (2016). Algunos comentarios entorno a la venta de bien ajeno. A propósito de la Casación N.º 443-2014- Lima. *Diálogo con la Jurisprudencia*. 24(214).
- Código Civil. (1936). *Artículo 1394*. Perú.
- Código Civil. (1984). *Artículo 1409*. Perú.
- Código Civil. (1984). *Artículo 2014*. Perú.
- Código Penal (1991), *Artículo 197*, inciso 4. Perú.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2017). IX Pleno Casatorio, Casación N.º 4442-2015-Moquegua. *Diario Oficial El Peruano*, fundamento 4 y 7.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2019). Casación N.º 461-2016-Arequipa. *Diario Oficial El Peruano*.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2020). VIII Pleno Casatorio, Casación N.º 3006-2015- Junin. *Diario Oficial El Peruano*.
- De la Puente y Lavalle, M. (1991). Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. En *El contrato en General* (pp. 431-433, 448). Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Diez, L., y Gullón, A. (2002). *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos.
- Fernández, G. (1992). La publicidad en la transferencia del dominio inmobiliario. *Revista de derecho Advocatus*, 33-35.
- Ferri, L. (2004). *Lecciones sobre el contrato*. Grilley.
- Forno, H. (1993). El contrato con efectos reales. *Ius Et Veritas*, 77-82.
- Morales, R. (2006). En *Estudios sobre teoría general del contrato* (pp. 500-512). Grilley.
- Ninamancco, F. (2015). La configuración de la compraventa de bien ajeno: Críticas a la doctrina dominante. *Actualidad Civil*, 13(103), 95-97.
- Zúñiga, M. A. (2002). El comprador en la venta de bien ajeno, ¡Dueño de nada! *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, p. 356.



ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

## REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 4, enero-junio, 2021  
Publicación semestral. Lima, Perú.  
ISSN: 2707-4056 (en línea)  
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n4.06



### **La oposición en la medida cautelar: naturaleza jurídica y conflictos procesales en el proceso civil**

**The opposition in the precautionary measure: legal  
nature and pro-judicial conflicts in the civil process**

**Yrma Dennis Ramirez Castañeda\***

Corte de Lima Este  
(Lima, Perú)

yramirez@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-4722-7080>

**Resumen:** El presente trabajo de investigación se genera en base a la interpretación que están otorgando los operadores de justicia al artículo 637 del Código Procesal Civil en relación a la competencia de la resolución de la oposición en contra de una medida cautelar concedida en vía de apelación. Disputando así, si es el órgano jurisdiccional de primera instancia o de segunda instancia quien debe resolver de dicha oposición. Tema que incluso fue materia del Pleno Civil y Procesal Civil en el año 2009, y donde se aprobó por consenso que sea el órgano superior quien debe de resolver la oposición, cuando este concedió la medida cautelar. Además, se busca dilucidar si la

\* Juez titular del Primer Juzgado Civil de La Molina, en la actualidad juez superior provisional de la Sala Mixta de San Juan de Lurigancho de la Corte de Lima Este. Maestra en Derecho Civil y Comercial.

naturaleza de la oposición es contradictoria respondiendo al derecho a la defensa, o si posee carácter de recurso en uso del derecho impugnatorio de quien lo ejerce.

Por otro lado, se abordará la problemática consistente en omisión que hace la norma ya mencionada respecto a que es primero si la apelación o la oposición. En los juzgados hay una controversia al respecto, ya que existen personas que se oponen a la medida cautelar y otros que directamente apelan el auto cautelar, e incluso hay casos en los cuales, habiendo realizado la apelación, luego se oponen. Es decir, existe un desorden dentro de los procesos cautelares en lo referente al trámite de la oposición o de la apelación.

Es por ello que se llega a la interrogante: ¿cuál sería el correcto trámite de dichos recursos? Después del análisis realizado, estamos convencidos de que se debería establecer un orden respecto al trámite de la oposición, el cual será desarrollado. Más aún si el proyecto de reforma del Código Procesal Civil ha establecido que la parte afectada puede formular oposición dentro del plazo de seis días luego de notificada. No cabe formular apelación ni reconsideración en sustitución de la oposición. Además, se hace necesario regular también las facultades del juez superior, ante la denegatoria de la medida cautelar al solicitante quien apela, y en donde el superior solo debe tener facultades nulificante o confirmatoria, mas no revocatoria (el cual es el que origina el problema de estudio) y esto tiene su fundamento en lo que dispone la parte final del artículo 611 de la norma adjetiva acotada.

**Palabras clave:** órgano superior, impugnación, artículo 637 C.P.C., Pleno Civil 2019, recursos, contradictorio

**Abstract:** This research work is based on the interpretation of article 637 of the civil procedure code of legal operators on the competence of the opposition resolution against a precautionary measure granted on appeal. The discussion focuses on determining which is the competent court: (i) first instance; or, (ii) second instance. In addition, it seeks to clarify whether the nature of the opposition is contradictory, responding to the right to defense, or if it has the character of an appeal, in use of its right to appeal.

On the other hand, the problem consisting of the normative omission will be addressed, on the priority between the appeal and opposition. In the courts there is a controversy in this regard, since there are people who oppose the precautionary measure and others who directly appeal the injunction, and there are even cases in which, having made the appeal, then they oppose it; In other words, there is therefore a disorder within the precautionary processes in relation to the opposition or appeal proceedings.

Therefore, the following question arises: What is the correct procedure within those legal formalities? This paper proposes that it should establish an order regarding the processing of the opposition. Considering that the Reform of the Civil Procedure Code that establishes that the affected party can file an opposition within a period of six days after being notified. No appeal or reconsideration can be made to replace the opposition. In addition, it is also necessary to regulate the faculties that the superior judge possess, before the rejection of the precautionary measure. Moreover, is necessary to assess whether the superior judge either should only have nullifying or confirmatory faculties, but not revocation (which is the origin of the problem studied in this paper). This is based on last part the 611th article of the Procedural Code.

**Key words:** Supreme Court, Appeal, article 637 C.P.C., Civil Plenary 2019, legal procedures, contradictory

RECIBIDO: 2/05/2021

REVISADO: 26/05/2021

APROBADO: 26/06/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

## 1. Introducción

Cuando se expidió el Código Procesal Civil mediante el Decreto Legislativo n.º 768 en el año 1993, y al regularse el trámite de la medida cautelar no estuvo prevista la institución jurídica de la oposición dentro del trámite de la medida cautelar. Sin embargo, posteriormente se dan dos modificaciones a este artículo: el Decreto Legislativo n.º 1069, publicado el 28 de junio del 2008 y posteriormente la Ley n.º 29384 de fecha 28 de junio del 2009 y es esta última la que introduce la figura jurídica de la oposición.

Pues, en la exposición de motivos del Proyecto Ley n.º 29384 se alega que este nuevo procedimiento cautelar disminuye las limitaciones existentes a ciertas garantías procesales básicas como el contradictorio y el derecho a impugnar que existen en la actual regulación, sin que ello determine que la medida cautelar deje de cumplir su finalidad de manera eficaz. Sin embargo, eso no fue así, ya que incluso este tema ha sido analizado en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil en noviembre del 2019. Este tuvo como materia de discusión la oposición a la medida cautelar concedida por el órgano superior, referente a que si le corresponde al organismo jurisdiccional de la primera instancia resolver la oposición; o si por el contrario el mismo órgano que emitió la medida cautelar (en caso que le otorgue la medida cautelar sea el de segunda instancia) quien tendrá competencia respecto a una oposición.

En el análisis de dicha controversia, se debía interpretar el artículo 637 del Código Procesal Civil, en relación a la oposición, teniendo en cuenta

que según la naturaleza procesal de este como recurso o como elemento procesal contradictorio, se infiere que el órgano jurisdiccional deberá resolver la oposición a la medida cautelar. Es necesario entender que, al tener una naturaleza contradictoria estaría respondiendo al derecho a la defensa y, por ende, es el ente de primera instancia, quien debe dar resolución respecto a la exposición de las partes; pero, con una naturaleza impugnatoria se comprendería a la oposición como un recurso, por lo cual se aplica el principio de pluralidad de instancias.

Además, no está regulado si el juez de segunda instancia que emite la resolución que genera la medida cautelar debe ser el encargado de resolver la oposición que se le interponga; es decir, ¿se puede considerar que es el órgano de segunda instancia quien debe conocer de dicha oposición? Si esto fuera así cómo quedaría el justiciable si quisiera interponer recurso de apelación en mérito al principio de doble instancia. Se infiere que la ley, en teoría permite que tanto el órgano de primera instancia como el órgano de segunda instancia resuelvan la oposición al auto cautelar, situación que en la actualidad se presenta en los juzgados creando desorden en los procesos. Esta situación ocurre, ya que mientras que en algunos procesos se tramita en el órgano de primera instancia, en otros se tramita dentro del órgano de segunda instancia, lo que ocasiona confusión tanto en los actores del proceso como en el juzgador.

Por parte del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil del 2019, se origina un consenso el cual establece que, «el órgano jurisdiccional competente para conocer la oposición interpuesta contra la medida cautelar concedida por el superior, es el órgano jurisdiccional que actúa como primera instancia» (Centro de Investigaciones Judiciales, p. 243). Se hace necesario analizar si esta fue la mejor opción o es posible dar otro tipo de solución al presente caso y si en la norma podemos encontrar otra solución.

## 2. Naturaleza de la oposición del auto cautelar en la práctica judicial

Nuestra legislación crea la imposibilidad de contradecir u oponerse antes de que se expida resolución aprobando dicha medida cautelar, ya que según Alarcón (2005) causaría un «[...] perjuicio irreparable e inminente por tal motivo; lo que se busca es conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda [en este caso de la solicitud de la medida], en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso [...]». (p. 40). Es así que se ha privilegiado el derecho a la tutela efectiva, pues, solo queda la presentación de oposición o de apelación del auto en cuestión, después de emitida la resolución que concede la medida cautelar.

Ahora centrándonos en la oposición se puede evidenciar que desde muchas perspectivas toma el papel de contestación. Es decir, que se ejerce el derecho a la contradicción, después de emitida la resolución que admite la medida cautelar, ya que se estaría contradiciendo a la solicitud de medida cautelar de manera indirecta. Esto, porque su objetivo real es el auto cautelar y en donde podría cuestionar los requisitos de la solicitud de la medida cautelar o el fondo del mismo como es la verosimilitud del derecho invocado, el peligro de la demora, la razonabilidad e incluso podría ofrecer otro bien en donde debería recaer la medida.

Toda vez que no se trata de una oposición en estricto, pues la oposición se ejerce como lo refiere Veramendi (2011) «para impedir el cumplimiento de un acto jurídico o a imponer ciertas condiciones a ese cumplimiento. Es todo acto cuyo objeto consiste en que no se lleve efecto lo que otro propone» (p. 132). Es decir, se formula antes de admitirse la petición del solicitante y, por lo tanto, no se formula contra resoluciones. Y en el presente caso ya se expidió la resolución que concede la medida cautelar, por lo que no se estaría ante una oposición, propiamente dicha. Según nuestro Código Procesal Civil en su artículo 356 ha establecido que la oposición es un remedio; siendo así que lo dispuesto por la norma que la oposición se da después dictado la medida cautelar, no se condice con la esencia del remedio, ya que se emitió resolución y es contra ella que se interpone dicha oposición. Más aún si Guerra (2016) afirma:

En nuestra opinión, no cabe duda de que la naturaleza de la oposición en el artículo 637 es el de una contradicción (contradictorio), ya que sirve para que el afectado pueda formular la defensa pertinente contra el dictado de la medida cautelar. La oposición no es un recurso que excluye a la apelación. (p. 16)

Desde el punto de vista de su función de ataque contra dicha resolución aprobatoria cautelar, se puede decir que cumple como un recurso. Entonces la controversia es ¿la oposición cumple como derecho de defensa, remedio o como recurso? La oposición no cuenta con una figura totalmente definida o estandarizada de forma correcta puesto que, si bien está hecha para desacreditar lo dictado, su propia conceptualización y ejercicio presuponen posturas de naturaleza diferente, bien presentándose como un mecanismo de defensa, remedio o recurso.

La Ley n.º 29384 que modifica el articulado 637 del Código Procesal Civil hace referencia a la oposición dentro del derecho a la defensa. Entonces existirá una contradicción, ya que la defensa se da en contra de lo estipulado por la parte contraria, dentro de la demanda o dentro de la solicitud de medida cautelar; pero en este caso, por el contrario, la oposición como defensa se aplica en contra de una resolución; es decir, de lo dicho por el juzgador en el auto cautelar. Es por ello que a pesar de que esta normativa en forma genérica trata

a la oposición como un remedio, el proceso le da una connotación de recurso; es decir, como medio de impugnación, toda vez que se permite interponerla contra una resolución. Pues Viera (2011) afirma «de manera general se trata de un medio impugnatorio porque tiene por finalidad cuestionar o atacar un acto procesal concreto, en este caso la medida cautelar desde el inicio con la solicitud cautelar hasta su final otorgamiento» (p. 168).

Si bien, se ha mencionado que es correcto que la oposición se presenta a razón de contradecir a la otra parte, cierto sector definirá que solo se trata de un medio de defensa, pero dicha figura estará dirigida al auto dictado por el juez, ya que antes de la resolución sobre la medida no se admite oposición preveía alguna «*inaudita altera pars*» (sin escuchar a la otra parte). Es por ello se dice que la solicitud de medida cautelar no se puede contradecir ni se requiere conocimiento de la otra parte. Esto pondrá en tela de juicio su naturaleza jurídica dentro del proceso, lo cual producirá dentro de las partes procesales carencias en la correcta aplicación.

Es por todo lo expuesto, estando así regulado la oposición, es que considero la teoría de naturaleza dual, en donde la parte afectada al hacer uso de la oposición en contra del auto cautelar está ejerciendo, tanto su derecho a la defensa ejercida a manera de medio contradictorio, como su derecho a la impugnación ejercida a manera de recurso. En cierto punto la oposición tendrá un cuerpo contradictorio con una forma de recurso. El proceso sigue una naturaleza o curso propio por lo que la intervención de las partes se expresará conforme se desarrolla el proceso.

En este caso se debería aplicar una situación procesal donde se defiende primero y cuando se concluye de manera desfavorable, se tiene que apelar. Pero en este caso los papeles son invertidos: primero se emite el auto cautelar y luego te permiten oponerte a las razones presentadas por el demandante plasmadas en la emisión de resolución favorable de la medida cautelar, ya que no solo ataca a la solicitud, sino que su función será conseguir que el auto aprobatorio cautelar se deje sin efecto. Su naturaleza en efecto es similar a la apelación por la función que cumple. Inclusive la normativa permite que se pueda interponer contra el auto mencionado tanto la oposición como la apelación, lo cual se considera que la oposición es de naturaleza dual como derecho contradictorio en donde ejerzo mi defensa y como recurso se puede revocar dicha medida por el mismo órgano jurisdiccional que la dictó.

### 3. Contenido de la oposición en contra de auto cautelar

La oposición, se presentará como un mecanismo contradictorio que ataca al pedido del solicitante, tanto en su forma como en su fondo, y al resultado emitido por el magistrado. Estos dos deberían ser siempre abarcados al momento de interponerse la oposición, téngase presente que dichos ámbitos son el resultado de distintas naturalezas dentro del proceso. Por un lado tenemos la forma que está prevista en el artículo 610 de nuestro Código Procesal Civil en donde se establece los requisitos que debe tener toda medida cautelar y en cuanto al fondo se refiere a los presupuestos previstos en el artículo 611 de nuestra normatividad antes especificada, referente a la verosimilitud del derecho, la necesidad, la razonabilidad, la contracautela e incluso solicitar la variación y todo lo que considere a su derecho que está siendo afectado.

Posicionémonos en el desarrollo de una medida cautelar nacida dentro del proceso donde no se ha emitido una sentencia principal, un escenario común dentro de la gran mayoría de procesos en los pasillos judiciales. La oposición tendrá la obligación de hacer frente y atacar la postura presentada desde la «verosimilitud del derecho invocado», «el peligro de demora» y la «adecuación». Esto incluye de antemano los requisitos que formaron parte del otorgamiento, incluyendo también la contracautela ante la existencia del abuso en la medida, tomando en cuenta que la contracautela debe garantizar una forma más eficaz y proporcional a los eventuales daños y perjuicios que podría sufrir el afectado. Por ello, cuando la medida cautelar se concede, la oposición tendrá que atacar los dos puntos antes referidos en forma conjunta.

La primera, constituye en hacer frente a los requisitos y la segunda, estará contemplado para abarcar también los presupuestos de manera conjunta. Pero no menos importante podrá de igual manera hacer frente a la competencia que presenta o carece el juez para dictar la medida cautelar, toda vez que en el diario de los debates de Segunda Legislatura Ordinaria de 2008 se alegaba que con ello se elimina este ruleteo de acciones cautelares que se ha venido dando en el ámbito nacional. Por tanto, es necesario establecer si el juez que había dictado tal medida era competente o no, y que el objeto de la pretensión se vea expresado dentro de los parámetros permitidos. Ante lo previsto se podrá contemplar a la oposición como una figura contradictoria, que busca pronunciarse como una defensa, sin ser una tal cual, como respuesta a lo que exige y se concede por el dictado del juez.

Si con la oposición no se puede restar fundamento a la parte presupuesta o requerida, podrá tener un valor que motive la reducción a un monto entendido como razonable. Si bien en la oposición se puede demostrar la generación de un daño, está dentro de las facultades de este medio procesal,

que a pesar de que la medida cautelar no tenga ningún vicio o causal de nulidad, sí genera un efecto dañino en exceso hacia la parte perjudicada. Por ende, se estaría violando el principio de razonabilidad en la medida cautelar y este es uno de los supuestos para proceder con la oposición.

#### **4. La postergación del derecho a la defensa en la oposición o apelación del auto cautelar**

Existe un conflicto respecto a la notificación dentro del proceso cautelar, dado que al presentar una solicitud de medida cautelar se hace presente el principio *inaudita altera pars*. Este consiste en que el derecho a la defensa se ve suspendido; más aún si la norma como hace referencia Lujan (2018) «no ha regulado con claridad a partir de cuándo se puede formular oposición (...) pues ahora parece ser que ni bien concedida la medida y conocida por el afectado, ya se puede oponer» (p. 83). Por consiguiente, a partir de que «toma conocimiento el afectado» puede oponerse a la medida cautelar, muy al margen de la notificación del auto cautelar. El efecto de ello es brindar una contestación a la solicitud cautelar y al auto de concesión de medida cautelar. Por ende, se ve el demandado en la necesidad de realizar la contradicción mediante el uso de un recurso de impugnación en donde no solo cuestione el fondo de la medida, sino la forma. Incluso puede solicitar la variación y todo lo que considere pertinente para su defensa. Puede elegir interponer la oposición como la apelación y en donde se hace necesario un orden.

Ya en el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, en su artículo 624 se establece que la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de seis días luego de notificada. No cabe formular apelación ni reconsideración en sustitución de la oposición; es decir, en forma clara establece que primeramente es la oposición, y si no lo hace, solo le queda la apelación. Es decir, no le faculta como ahora sí se hace que se oponga o apele e incluso después de la apelación puede oponerse, lo cual me parece acertada la propuesta del proyecto, esperando que así se apruebe.

Es evidente que existe una colisión de derechos, por una parte, el derecho a la tutela cautelar y por otra el derecho a la defensa. El proceso cautelar en este momento se encuentra priorizando el derecho a la tutela, ya que estarían postergando la posibilidad de una defensa de la parte afectada. El accionar del legislador se encuentra fundamentada respecto a el peligro de la demora, porque si se le otorga a la parte, afecta la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa y poder plantear una oposición antes del auto confirmatorio de la medida cautelar. Devendría en una inminente demora en su aprobación, aplicación y con el riesgo de que los bienes desaparezcan y al final del proceso la sentencia no se pueda ejecutar. Es más, se podrían generar plazos similares al del proceso principal, haciendo inútil la aplicación de un proceso

cautelar, es aquí donde se presenta la necesidad de la restricción al derecho a la defensa, la que está reservada para el momento de la oposición.

Entonces, se entra en una fase del proceso, donde para proteger el derecho a la tutela cautelar, es necesario que se apliquen restricciones al derecho a la defensa. Por ello, surge el tiempo contradictorio, en donde primeramente se tendría que plantear la oposición en todo su contexto, tanto en la forma y fondo. El proceso de contestación en uso del derecho contradictorio se lleva a cabo en favor del principio de igualdad de las partes, para luego agotado este mecanismo de defensa recurrir a la impugnación y en donde se hace necesario respetar el principio de doble instancia, celeridad y económica procesal, en busca de que el proceso cautelar no se dilate, ya que por la misma naturaleza del proceso cautelar obliga al órgano jurisdiccional a proceder con prontitud en el desarrollo del proceso.

Y es así que, para que la tutela cautelar sea efectiva, se tienen que cumplir con todos los principios mencionados y con aquellos derechos conexos a estos para poder garantizar que el aspecto urgente de la medida cautelar sea respetada. Se evitará así dilataciones innecesarias procurando un proceso sencillo, rápido y eficaz. Toda vez que la medida cautelar tiene como finalidad que el demandante haga efectiva su sentencia, y como sostiene Rioja (2017) «De esta manera se garantiza de que no solo se va obtener una simple declaración respecto de su derecho, sino que su pretensión va a ser amparada de modo efectivo». (p. 317)

## 5. ¿Oposición o apelación contra el auto cautelar?

Dentro de este criterio, es posible que proceda tanto la apelación como la oposición, ya que el artículo 637 del Código Procesal Civil, que regula el accionar procesal en contra del auto cautelar, reconoce a la oposición como herramienta procesal para dicho acto y también se puede apelar en forma directa. Sin embargo, en un principio se reconocía a la apelación como único medio de acción en contra del auto cautelar, cuando se dio el Código Procesal Civil en el año 1993 en el articulado 637.º y que fue ratificado mediante el Decreto Legislativo n.º 1069 en el año 2008. El texto original decía «[...] al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior se notifica al afectado quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación que será concedida sin efecto suspensivo [...]». Es decir, la ley en los procesos cautelares permitía tan solo la apelación en contra del auto que las aprobaba la medida cautelar. Además, en dicho momento, la oposición era considerada como un simple elemento argumentativo en uso del derecho a la contradicción.

Pero con el transcurrir del tiempo, mediante la Ley n.º 29384 del 2009 se hace una modificación a dicho artículo. Se evidencia que se hace una adición

al proceso cautelar permitiendo a la parte afectada formular oposición dentro de un plazo determinado, el cual es de cinco días desde el momento de que se tomase conocimiento de dicha resolución (no necesariamente que se le notifique) de índole cautelar. Igualmente, de ser concedida se haría sin efecto suspensivo. Esto implicaría que la medida cautelar siga su curso y se haga efectiva mientras que aún está en proceso de resolverse la oposición interpuestas. Por supuesto si dicha oposición es amparada se deberá dejar sin efecto a la medida cautelar, en este caso la resolución que resuelve el recurso puede ser apelado.

Esta norma antes de su modificación creaba una situación de indefensión, ya que el derecho a la defensa no podía ser aplicado directamente en contra de la resolución que dictaba la medida cautelar, dada la celeridad del proceso, hasta que se pueda ejercer un recurso de apelación. La medida ya habría entrado en la etapa ejecución, si es que la medida cautelar no tuviese los fundamentos necesarios o contase con vicio o error. Mientras que esto se determine mediante la apelación, nos encontraríamos ante una situación donde los efectos estarían en un actual ejercicio, por lo que el daño ya se habría consumado.

Con la modificación del 2009, incorporándose la oposición como medio de defensa, se podría hacer un tratamiento mucho más efectivo de la medida cautelar, a pesar de que la oposición también es un medio impugnatorio, porque trata de revocar dicha resolución por el mismo magistrado que lo emitió. Sin embargo, considero que esto podría mejorar si nuestra norma previera que ante la oposición previamente el juzgado califique dicha solicitud, y si considera que falta algún requisito de forma y fondo pueda ser subsanado en el término de tres días, esto en mérito al Principio de Igualdad de las Partes y de ahí recién pronunciarse, y como quiera que lo resuelto puede ser apelado, así en segunda instancia se tenga todos los elementos para un pronunciamiento de fondo, sin que implique el de conceder dicha medida cautelar.

En relación a esta naturaleza cautelar de celeridad y urgencia, se evidencia que es necesario que no exista una contestación a la solicitud de medida cautelar por evadir trabas procesales. Además, es necesario que el proceso tome en cuenta que la oposición es un acto que puede resolverse en menor tiempo que una apelación. Bajo esta perspectiva se puede decir que la oposición obedece mejor a la celeridad y economía procesal presente en el proceso cautelar, pero con la salvedad que hay que mejorar dicha institución: No solo eso, sino que una vez subsanado, tanto los requisitos de forma y de fondo, el juez deberá correr traslado por el termino de tres días al solicitante de la medida cautelar a efecto que absuelva lo alegado por el oponente y de ahí recién resolver dicha oposición. Esto implica que si existiera apelación

en segunda instancia se va a tener todos los elementos necesarios para un pronunciamiento de fondo.

Siendo así, después de haber realizado la oposición y ante una resolución desfavorable se opte por la apelación, lo que conllevaría a que en segunda instancia se tenga todos los elementos necesarios para un pronunciamiento de fondo o una nulidad si no se hubiera motivado conforme a ley. Este tiene su fundamento en lo que dispone la parte final del artículo 610 del Código Procesal Civil: «La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad». Entonces se podría decir que la apelación es un recurso más después de haberse resuelto la oposición, pues en la actualidad existe un desorden y por el cual se hace necesario que exista orden, ya que no es coherente que habiendo apelado un auto cautelar luego se interponga la oposición.

Es indudable que la casuística en los juzgados evidencia un uso indiscriminado de la oposición como de la apelación. El problema no es el uso de estos recursos, sino que se hace sin orden ni proceso definido y suelen haber variantes respecto a cada caso, ya que en teoría la ley lo permite, pero en realidad existe una deficiencia en su regulación. Se plantea por ello que se haga uso de ambos, tanto de la oposición como de la apelación, pero que se establezca un orden de aplicación el cual se expondrá en el siguiente título.

## 6. Precisión para una mejor aplicación de la oposición y la apelación contra auto cautelar

Si bien es cierto, que los casos causan muchas variantes en el proceso, también es cierto que se puede establecer una forma general para una aplicación con mayor efectividad, por ello se propone como solución que se regulen dos supuestos bien definidos dentro del proceso cautelar respecto tanto a la oposición como a la apelación.

**En primer lugar en relación al demandado (oposición)** el modelo actual que se da en el articulado 637 del Código Procesal Civil, una vez dictada la medida cautelar considero que el demandado debe (forma imperativa) oponerse dentro de los cinco días siguientes de que toma conocimiento de la resolución cautelar y no dejarse al arbitrio del demandado en oponerse o apelar. Al recibir dicho recurso, el magistrado previamente deberá calificar los requisitos de dicha oposición, tanto en la forma como en el fondo. Si considera que no cumple, deberá otorgarle el plazo de tres días a efecto de que subsane, en concordancia con el artículo 426 del Código Procesal Civil e incluso puede solicitarle las pruebas que considere al caso concreto. Esto en razón como lo sostiene Ledesma (2013) «La bilateralidad se cumple luego de efectivizada la medida» (p. 603). Es más, Priori (2011) reafirma mi posición

que tiene base constitucional que «de otro lado, tenemos a la persona que podría verse afectada con la resolución cautelar. Ella tiene derecho a ejercer su derecho de defensa frente a dicho pedido. La Constitución es clara cuando sostiene que no se puede privar el derecho de defensa en ningún estado del proceso» (p. 418).

Luego de correr traslado al solicitante por el termino de tres días, tenemos presente que ya el solicitante tiene un derecho otorgado y no se justifica que se resuelva sin escuchar a ambas partes. Es por ello que el solicitante podrá absolver con las pruebas al caso concreto, ya que no se justifica que se le quite tal derecho sin escucharle o defenderse. Así que el solicitante pueda absolver los términos de dicha oposición a quien se le faculta presentar todas las pruebas pertinentes a efecto de seguir sosteniendo su medida cautelar y luego después que el magistrado ha escuchado ambas posiciones, en mérito al principio de igualdad de las partes.

No obstante, si la resolución le es desfavorable para el oponente, tendría cinco días para apelar la que se concederá sin efecto suspensivo y sin la calidad diferida. El superior teniendo todos los elementos de ambas partes pueda emitir una resolución confirmatorio o nulificante, mas no revocatoria, ya que esto quebrantaría el Principio de la Doble Instancia. Esto tiene su fundamento en la última parte del artículo 611 del Código Procesal Civil cuando establece que «la decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad»; implica así para que se anula por falta de motivación, y volverá al magistrado de primera instancia para que se motive bien su resolución. Si confirma la denegatoria, simplemente bajará a primera instancia para que en su oportunidad se ejecute el bien embargado. Para esto se tienen en cuenta lo expuesto por la profesora Ariano citado por Veramendi (p. 155). Afirma que esto ha dado muchos dolores de cabeza a los jueces de apelación que no saben si en caso que se den los presupuestos de la cautela deben conceder o más bien anular disponiendo que el a quo «conceda». Es más, el profesor argentino Brace (2005) citado por Veramendi (p. 155), manifiesta que «esta carece de potestad para resolver sobre la medida que no ha sido decidido en 1.ª instancia».

**El segundo supuesto en relación a la apelación del solicitante.** Se considera que el magistrado tiene facultad ante la solicitud de la medida cautelar para calificar dicha solicitud si cumple o no con los requisitos de forma y de fondo e incluso podría solicitar las pruebas pertinentes al caso concreto. Es por ello, que puede declarar previamente inadmisibile y conceder el plazo de tres días para que subsane y, luego, de subsanado el magistrado sin conocimiento de la parte afectada, podrá expedir la resolución que concede o deniega la medida cautelar y si esta fuera desfavorable el solicitante podrá apelar. Ledesma (2013) afirma: «A pesar que el texto actual no haga referencia

a ello, consideramos que no hay impedimento o prohibición alguna que impida que el juez requiera mayor información» (p. 602). Más aún Peláez (2007) refiere que «la doctrina aconseja que, ante un requerimiento cautelar, el juzgador debe actuar con criterio amplio, pero a la vez con sentido de responsabilidad (p. 340).

Y de igual manera el superior resolverá sin notificar al demandado. Como en el caso anterior, el superior solo tendrá facultades nulificante o confirmatoria mas no revocatoria. Esto con la finalidad de que sea el juez de primera instancia si lo considera pertinente conceder la medida cautelar y sea en dicha instancia que se procede a la oposición y se realice todo el tramite antes especificado y resuelva la oposición y no se dé ese desorden que existe en la actualidad y sobre todo se garantice la igualdad de las partes y el principio de la doble instancia, y no como está regulado en la actualidad.

Por ello, se considera una propuesta saludable que el superior solo confirme o declare nula la decisión cautelar. Es por ello que no se comparte con lo dispuesto en el Pleno Civil y Procesal Civil que ha establecido si el superior jerárquico concede la medida cautelar va a bajar dicho proceso al juez de primera instancia para que se interponga la oposición. Se considera que la mejor opción es la planteada, teniendo en cuenta que el órgano de primera instancia no tiene las facultades para evaluar una resolución emitida por el órgano de segunda instancia que ha concedido la medida cautelar.

Se sabe que la apelación según su naturaleza requiere que un órgano jerárquicamente superior de quien emitió la resolución, realice la revisión de dicha disposición. En este contexto, Ledesma (2018) refiere: «La apelación es una expresión del sistema de instancia plural» (p. 17). Esta situación no se cumple en relación a lo aprobado por el pleno, ya que si se interpone una apelación contra auto de segunda instancia que concedió la medida cautelar. A falta de más juzgados superiores, sería este mismo juzgado superior quien tendría que resolver la apelación, lo que como se mencionó rompería con la naturaleza de la apelación. Y si bien «el pleno por mayoría llegó al conceso que, el órgano jurisdiccional competente para conocer la oposición interpuesta contra la medida cautelar concedida por el superior es el órgano jurisdiccional que actúa como primera instancia» (Legis.pe, 2019, p. 2), tampoco resuelve el problema y más bien se considera que este consenso es erróneo ya que como se explicó por orden jerárquico resulta en un imposible procesal que un órgano de menor jerarquía realice una revisión a una resolución emitida por un órgano superior.

## 7. Una mejor opción en relación al pleno jurisdiccional respecto a la oposición contra auto cautelar en segunda instancia

Dentro del Pleno Civil y Procesal Civil celebrado el 2019 plantearon diversos temas, entre ellos como segundo tema, dispusieron la oposición cautelar concedida por el órgano superior. La problemática es directamente ¿qué órgano es el competente para resolver la oposición formulada cuando una medida cautelar es concedida por el superior en vía de apelación? Existen solo dos posibles respuestas: la primera será que el órgano jurisdiccional del «*ad quo*» (primera instancia) sea quien deba conocer y resolver dicha oposición, presentándose como la primera ponencia. Sin embargo, la segunda sustenta que quien debe resolver la oposición es el órgano jerárquico superior que concedió la medida.

Una vez que la oposición se haya convertido en el medio de defensa del demandado, así como en su medio impugnatorio, como ya se mencionó, se acepta que la oposición cuenta con una naturaleza compartida. Por tanto, por un lado, tendrá un cuerpo contradictorio y, por otro, una forma de recurso en este punto ya analizado en la naturaleza de la oposición. Estos permiten solucionar las controversias surgidas dentro del proceso de la oposición contra auto cautelar, el cual no va a ser posible que se dé en segunda instancia.

El segundo supuesto aprobado por el pleno se considera que al encontrarse en segunda instancia este órgano solo tendría facultad nulificante o confirmatoria. Esto con la finalidad de que al bajar los actuados a primera instancia es donde se debe interponer oposición y luego la apelación. Esta propuesta es la que solucionaría el problema que existe en la actualidad.

Esto teniendo como referencia al artículo 39 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual regula que las salas de segunda instancia deben participar del proceso como última ratio. Es decir que se da en situaciones en las cuales se requiera una segunda revisión del proceso como única instancia, relacionados con el proceso principal y en resolución de sentencias. Sin embargo, cuando se trata de autos de vista, autos de cuadernos incidentales se plantean que no se puede formular oposición o apelación, si es que han sido resueltos por el órgano jurisdiccional de segunda instancia; es necesario que se tenga en consideración la propuesta planteada.

Como ya se hizo mención, no se comparte con la ponencia aprobada, pues considera que no se ha tenido en cuenta que la misma norma da pautas de cómo se debería actuar en segunda instancia, ya que si después de haber realizado todo el trámite propuesto para conceder la medida cautelar y luego resolver la oposición, ya en segunda instancia se tendría un panorama de todos los elementos necesarios con las pruebas aportadas de ambas partes.

Y así con todos estos elementos el superior jerárquico solo tendría facultad de confirmatoria o nulificante, a efecto de que sea el juzgado de primera instancia que le otorgue la medida cautelar y es ahí en donde se tiene que oponer y recién apelar lo resuelto por el magistrado. Lo que implica que la resolución que resuelve la oposición, al ser emitido en primera instancia, sería ante este mismo órgano jurisdiccional donde se presentaría la apelación para que sea evaluado en segunda instancia.

Resulta ilógico que una decisión que otorga la medida cautelar en segunda instancia luego baje a primera instancia y ahí se oponga, es decir que el juez de primera instancia deje sin efecto el auto emitida por órgano de segunda instancia. Así pierde eficacia la oposición en dichas circunstancias porque el juez de primera instancia no puede revisar o reevaluar lo emitido por un órgano jurisdiccional superior, ya que existe una jerarquía que se debe respetar. Este aspecto inclusive se encuentra protegido por la constitución en su articulado 139 en su inciso 6, respecto a la pluralidad de instancias, infiriendo que al existir dentro de la estructura jurisdiccional la doble instancia. Esto tiene su razón de ser que las resoluciones emitidas por los órganos inferiores sean dilucidadas por su superior jerárquico, y no al revés. Es por ello, que la ponencia aprobada es inclusive hasta inconstitucional.

## 8. Material y métodos

Para la investigación del presente trabajo se realizó estudio de los antecedentes de la norma como los Diario de los Debates de la Segunda Legislatura Ordinaria de 2008, el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derecho Humanos el Proyecto Ley n.º 3079/2008 – CR del 19 de marzo del 2009, el Proyecto de Ley n.º 29384, Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, la doctrina nacional y extranjera. Se ha tenido en cuenta el efecto de cómo lo va a regular dicha institución jurídica y es por ello es que se concluye como se puede aún mejorar dicha institución jurídica de la oposición y apelación de la medida cautelar. Se aplicó como método el descriptivo-analítico.

## 9. Resultados

Siendo este trabajo de investigación descriptiva y analítica, se ha llegado como resultado a que es necesario mejorar la institución jurídica de la oposición y las facultades de segunda instancia ante una medida cautelar en el artículo 637 del Código Procesal Civil y en donde se resumen con este cuadro para una mejor aplicación de la norma:



Es decir, que ante una solicitud de medida cautelar el juez de primera instancia al calificar dicha solicitud deberá analizar si cumple con los requisitos de forma o fondo previstos en los artículos 610 y 611 del Código Procesal Civil; caso contrario, deberá concederle el plazo de tres días para que subsane dichas omisiones. Esto al amparo de lo que dispone el artículo 426 toda vez que estamos ante una pretensión del solicitante o demandante y realizando una interpretación sistemática de las normas. Es así que luego de las pruebas aportadas el juez deberá resolver, declarando fundada o infundada la medida cautelar.

Si fuera declarada fundada, y después de que «toma conocimiento» el demandado deberá de oponerse en donde tendrá igual derecho que el solicitante. Es decir, podrá pronunciarse sobre el fondo y la forma de la medida solicitada; incluso puede solicitar variación del bien, monto y todo lo que considere pertinente para su defensa. Luego, será calificado por el juez; y si considera que no lo ha realizado conforme a ley, también le concederá el plazo de tres días para que subsane, esto en mérito al principio de igualdad de las partes. Y al calificar ya esta oposición se deberá correr traslado al solicitante por el termino de tres días para que absuelva y ejerza su defensa respecto a la opinión realizada por el demandado. Recién después de este contradictorio el juez tiene todos los elementos necesarios para declarar fundada o infundada la oposición.

En segunda instancia (el superior), ya sea que apele el solicitante o el demandado en ambos casos solo tendría facultades de nulificar o confirmar las pretensiones de las partes. Si revocaría y otorgaría la medida cautelar, se produciría la incertidumbre que existe en la actualidad, ¿quién es el que va a resolver la oposición? Es por ello que hemos sostenido que dicho planteamiento está en la norma en la parte final del artículo 611 del Código Procesal Civil. Así la oposición se tendrá que plantear necesariamente ante el órgano de primera instancia y es quien resuelve para luego en segunda instancia dar solución a la apelación. Así se cumpliría con el principio de pluralidad de instancia.

## 10. Discusión

Concluida la presente investigación, se puede decir que con la modificatoria del artículo 637 del Código Procesal Civil a través Ley n.º 29384 del 28 de junio del 2009, no se cumple la anhelada seguridad jurídica a los justiciables quienes han visto relegado su derecho de contradecir a la medida cautelar. Han transcurrido más de once años y la incertidumbre y el desorden impera en la institución jurídica de la oposición y las facultades de segunda instancia. Más aun como lo sostiene Valverde (2010) que la ley antes referida «no establece propiamente una noción de la figura de la oposición» (p. 271).

Es ante el desorden de la norma y al no haberse establecido un orden para ejercitar dicho recursos, es que a través del presente trabajo se ha propuesto que debe existir un orden desde el momento en que se solicita la medida cautelar y en donde el magistrado de primera instancia está facultado antes de admitir, calificar lo solicitado, aplicar la igualdad de las partes, luego resolver. De igual forma, cuando le corresponda oponerse el demandado tendrá igual derecho, y ante la resolución denegatoria recién podrá apelar. Se establece en forma clara las facultades nulificante o confirmatoria a la segunda instancia.

Esta posición que se ve reforzada por profesor argentino Bacre citado por Veramendi (2011): «El conocimiento de alzada se encuentra limitado por la demanda impugnativa o expresión de agravios; por lo tanto, esta carece de potestad para resolver sobre la medida cautelar que no ha sido decidido en 1.ª instancia» (p. 155). Esto en merito a que la legislación argentina ha establecido en su artículo 198 del Código Procesal Civil y Comercial que «la providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también, será admisible la apelación, subsidiaria o directa». Siendo así, vemos como se regula primeramente la oposición, luego la apelación subsidiaria o directa. Estas dos propuestas han sido desarrolladas en el presente trabajo y se espera que se tenga en cuenta para mejorar la institución jurídica de la oposición y la facultad de segunda instancia en las medidas cautelares.

Toda vez que el Pleno Jurisdiccional desarrollado sobre la oposición va en contra de los principios de celeridad y economía procesal, se debe bajar los actuados al órgano de primera instancia. Para que resuelva la oposición conlleva un tiempo que pueden resultar meses de espera dada la carga procesal. Por practicidad procesal sería establecer un orden. Así ante una resolución que concede la medida cautelar el justiciable puede oponerse dentro del término de cinco días. Luego, se puede correr traslado al solicitante con igual plazo para ser resuelto por el juez de primera instancia, quien tendría que resolverlo. Consideramos así, que con este orden específico de la

norma se evitaría todo el problema del trámite de medida cautelar que existe en la actualidad.

## 11. Conclusión

La notificación en el proceso cautelar al realizarse con posteridad a la emisión del auto cautelar, se encuentra priorizando el derecho a la tutela toda vez que se estarían postergando la posibilidad de una defensa de la parte afectada y en donde el accionar del legislador se encuentra fundamentada respecto al peligro de la demora. Si se le otorga a la parte afecta la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa y poder plantear una oposición antes del auto confirmatorio de la medida cautelar, devendría en una inminente demora en su aprobación y con el riesgo de desaparecer los bienes. Aunado a ello, se corre el riesgo de generar plazos similares al del proceso principal, haciendo inútil la aplicación de un proceso cautelar, porque resultaría ineficaz al momento de ejecutar la sentencia.

La naturaleza de la oposición sigue una teoría de naturaleza dual, en donde la parte afectada al hacer uso de la oposición en contra del auto cautelar está ejerciendo tanto su derecho a la defensa ejercida a manera de medio contradictorio, como su derecho a la impugnación ejercida a manera de recurso. Por ello, la oposición tendrá un cuerpo contradictorio con una forma de recurso.

Se ha propuesto la forma de aplicar la oposición y la apelación contra auto cautelar a fin de que esta tenga una mayor efectividad, dándole un orden y dos grandes soluciones: una para la oposición en donde no solo se cuestione la forma y otra para los presupuestos. Esto se tendrá que cuestionar desde la «verosimilitud del derecho invocado», «el peligro de demora» y la «adecuación» e incluso pedir la variación y otros que considere pertinente a su defensa; esto incluye de ante mano a los requisitos que formaron parte del otorgamiento. Y en segundo lugar en relación a las facultades de según da instancia respecto a la apelación que solo tiene facultades confirmatorias o nulificante. Es necesario plantear este orden, para una mayor claridad en los operadores del derecho.

Respecto al Pleno Jurisprudencial, que favorece a la segunda ponencia plasmada, se ha llegado a la conclusión que es hasta inconstitucional, ya que resulta ilógico que una decisión de un órgano de segunda instancia pueda ser revisado y reevaluado por un órgano inferior de primera instancia, esto cuando se concede la medida cautelar por el juez superior. Pues, como se sabe, existe una jerarquía que se debe respetar; más bien la solución se encuentra en la parte final del artículo 611 del Código Procesal Civil y el cual es necesario aplicarlo, haciendo una interpretación sistemática de las normas.

## Referencia

- Alarcón, G. (2015). *La oposición contra las medidas cautelares como requisito para postular apelación en los procesos civiles y constitucionales* [tesis de titulación, Universidad Privada Antenor Orrego].
- Guerra, C. M. (2016). *La apelación en el proceso civil*. Gaceta Jurídica S.A.
- Ledesma, N. M. (2013). *La tutela cautelar en el proceso civil*. Gaceta Jurídica.
- Lujan, S. H. (2018). *La medida cautelar-casos especiales de procedencia e improcedencia*. Instituto Pacifico S.A.C.
- Legis.pe. (25 de noviembre de 2019). *¡Atención! Lea las conclusiones de IPleno*
- Peláez, B. M. (2007). *El proceso cautelar*. Editora Jurídica Grijley.
- Pérez, C. (2010). *Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Priori, G. (2011). *La oposición a las medidas cautelares*. ADVOCATUS, 0(24), 413 - 431.
- Rioja, B.A. (2017). *El proceso cautelar: Una mirada a sus particularidades en el proceso civil*. Gaceta jurídica, Tomo 54.
- Valverde, A. (2010). La oposición en la tutela cautelar ¿contradictorio en el procedimiento cautelar? *Revista Jurídica del Perú*, 110, 265-276.
- Veramendi, E. (s.f.). *La impugnación de desición cautelar: a propisito de la oposición*. Boletín. Derecho, 1-25.
- Viera, R. (26 de abril de 2011). *La oposición y levantamiento de la medida cautelar*. IUS ET VERITAS 43, 166 - 181.

## Diario de debates, Dictamen de la Comisión de Justicia, Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil y otros

- Diario de los Debates 2039 14.<sup>a</sup> B Sesión (matinal) 4-6-2009 de la Segunda Legislatura Ordinaria de 2008 - Tomo III - Diario de los Debates 14.<sup>a</sup> B Sesión (Matinal) jueves 4 de junio de 2008
- Dictamen de la Comisión de Justicia y Derecho Humanos el Proyecto Ley n.º 3079/2008 – CR del 19 de marzo de 2009.
- Congreso de la República (28 de junio de 2008). *El Peruano*. Decreto Legislativo n.º 1069. <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01069.pdf>
- Ley n.º 29384 de fecha 28 de junio de 2009.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2018) Resolución Ministerial n.º 0070-2018-JUS Lima, 5 marzo 2018, por la cual se disponer la publicación del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil presentado por el Grupo de Trabajo constituido mediante Resolución Ministerial n.º 0181-2017-JUS, conjuntamente con su Exposición de Motivos, en el Portal Institucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humano.

Centro de Investigaciones Judiciales. (2019). *Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil*. Poder Judicial del Perú.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ley 17.454 Buenos Aires, 18 de agosto de 1981 Boletín Oficial, 27 de agosto de 1981.gob.ar/17454-nacional-codigo-procesal-civil-comercial-nacion-Ins0004592-1981-08-18/123456789-0abc-defg.4000scanyel?&o=20&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia/Vigent



**RETOS** de la  
magistratura  
en temas  
de **DERECHO**  
**PROCESAL LABORAL**





ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

## REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 4, enero-junio, 2021  
Publicación semestral. Lima, Perú.  
ISSN: 2707-4056 (en línea)  
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n4.07



# Dilación de la ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo laboral

## Delay of the execution of sentences in the contentious administrative labor process

**Timoteo Cristoval De la Cruz\***

Corte Superior de Justicia de Junín

(Junín, Perú)

tcrisoval@pj.gob.pe

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

**Resumen:** El proceso contencioso administrativo laboral en nuestro país está destinado para resolver las controversias laborales de los trabajadores que están sujetos al régimen laboral de la actividad pública normado en el Decreto Legislativo n.º 276, del régimen especial del contrato administrativo de servicios establecido en el Decreto Legislativo n.º 1057 y del régimen del servicio civil normado en la Ley n.º 30027. En este proceso, también se tramita las reclamaciones respecto a las actuaciones de la seguridad social en materia de salud y previsional de las entidades públicas como EsSalud y Oficina de Normalización Previsional - ONP, así como las impugnaciones contra actuaciones de la autoridad administrativa de trabajo.

\* Juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de Junín. Docente ordinario de la Universidad Peruana Los Andes de Huancayo.

Esta investigación versa sobre la problemática de la dilación o demora de hasta ocho años en la ejecución de sentencias sobre pago de remuneraciones, bonificaciones o diversos beneficios laborales por parte de las entidades públicas que son demandadas. Como la dilación está fuera de todo plazo razonable, se propuso conocer la cantidad de procesos que afrontan esos retrasos, la duración de los mismos, las materias o pretensiones comprometidas, así como las razones de esa demora, recurriendo directamente a la información estadística, así como a los jueces de trabajo que tramitan esos casos.

Se ha realizado el trabajo de campo usando la técnica de la recolección documental y de la encuesta en los tres juzgados laborales de Huancayo. Los hallazgos indican que hay procesos que vienen ejecutándose hasta ocho años, vulnerando así los principios constitucionales como la efectividad de las resoluciones judiciales y del plazo razonable. Los jueces reconocen que esa demora obedece a diversas causas, siendo la principal el tema presupuestal que tienen que afrontar las entidades públicas demandadas, también la sobrecarga laboral y el ineficaz procedimiento de ejecución de sentencia. Finalmente, el autor concluye que se pueden adoptar determinadas medidas para superar esa situación, como creación de juzgados de ejecución, el incremento de presupuesto de las entidades demandadas, la ejecución anticipada de la sentencia, entre otros.

**Palabras clave:** efectividad de resoluciones judiciales, plazo razonable, presupuesto público

**Abstract:** The contentious administrative labor process in our country is intended to resolve labor disputes of workers who are subject to the labor regime of public activity regulated in Legislative Decree 276, of the special regime of the administrative service contract established in Legislative Decree 1057. and the civil service regime regulated in Law 30027. In this process, claims are also processed regarding the actions of social security in health and pension matters of public entities such as EsSalud and ONP, as well as challenges against actions of the administrative labor authority.

This investigation deals with the problem of procrastination or delay of up to eight years in the execution of sentences on the payment of remunerations, bonuses or various labor benefits by the public entities that are sued. As the delay is beyond any reasonable time, we set out to find out the number of processes that face these delays, their duration, the matters or claims involved, as well as the reasons for this delay, resorting directly to statistical information, as well as well as the labor judges who process these cases.

Field work has been carried out, using the technique of documentary collection and survey, in the three labor courts of Huancayo. The findings

indicate that there are processes that have been running for up to eight years, thus violating constitutional principles such as the effectiveness of judicial resolutions and the reasonable term. The judges recognize that this delay is due to various causes, the main one being the budget issue that the defendant public entities have to face, as well as work overload and the ineffective procedure for execution of the sentence. Finally, the author concludes that certain measures can be adopted to overcome this situation, such as the creation of execution courts, the increase in the budget of the defendant entities, the anticipated execution of the sentence, among others.

**Key words:** effectiveness of judicial decisions, reasonable term, public budget

RECIBIDO: 2/05/2021

REVISADO: 26/05/2021

APROBADO: 26/06/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

## 1. Introducción

El proceso contencioso administrativo en nuestro país tiene regulación constitucional en su artículo 148: «Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa». Esta disposición ha sido desarrollada por la Ley n.º 27584, actualmente compendiada en un texto único, aprobado por Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS. Este proceso tiene por objetivo que el Poder Judicial realice el control jurídico de las actuaciones de la administración pública, así como la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

Este proceso contencioso es el escenario donde se impugnan diversas decisiones administrativas y en el campo laboral a «las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública». En este trabajo se hará referencia, específicamente, a las reclamaciones de carácter económico que efectúan los trabajadores estatales pertenecientes al régimen laboral de la actividad pública. Concretamente, se analizará la dilación en la ejecución de la sentencia que reconoce derechos laborales de carácter pecuniario, como el pago de remuneraciones, bonificaciones, asignaciones y otros. Se precisa que los juzgados laborales, objeto de este estudio, tramitan reclamaciones no solo de trabajadores o extrabajadores del régimen laboral público, sino también pretensiones en materia previsional y los procesos ordinarios de trabajadores del régimen laboral privado, según la anterior Ley Procesal del Trabajo, Ley n.º 26636, la misma que se encuentran en liquidación desde el mes de julio de 2011.

Se considera que la presente investigación es de suma importancia porque va a posibilitar que la comunidad jurídica nacional e internacional, en especial los abogados y jueces del área contencioso administrativo laboral,

conozcan la existencia de demora muy prolongada de la etapa de ejecución de sentencia, que llegan hasta ocho años de duración. Esto con la finalidad de que los abogados sepan la cruda realidad que se afronta en la etapa final del proceso, a fin de que adopten algunas estrategias para que la duración no sea tan prolongada. Del mismo modo, para que los jueces internalicen y se comprometan con una eficaz y pronta ejecución de la sentencia. Se propone que la presente investigación contribuya a un debate judicial, doctrinario y legal sobre una eficaz ejecución de sentencia, en concreto respecto a la pretensión de dar sumas de dinero. También para que los legisladores efectúen las regulaciones pertinentes o algunas modificaciones sobre una eficaz ejecución de la sentencia, para que las autoridades administrativas del Poder Judicial brinden el apoyo logístico o de personal a los juzgados laborales para que atiendan de manera prioritaria las ejecuciones, a través, por ejemplo, de la creación de órganos jurisdiccionales encargados exclusivamente de la ejecución de la sentencia. Y para profundizar con investigaciones de este tema recurriendo a la entidad pública demandada y los abogados de los demandantes, quienes pueden brindar información desde su posición legal.

La presente investigación es útil para proporcionar a las autoridades administrativas del Poder Judicial información actualizada y ordenada sobre la ejecución de los procesos contenciosos administrativos en materia laboral, para que encaren eficazmente la problemática del retraso en el cumplimiento de las sentencias de obligaciones de dar por parte de las entidades públicas, que vienen dilatándose excesivamente y que afectan la imagen y credibilidad del sistema de justicia. También, este estudio permitirá a todos los jueces laborales de nuestro país tomar conciencia de que la ejecución de la sentencia es muy relevante no solo para el caso particular, sino para nuestra sociedad y democracia, porque va a posibilitar el goce de un derecho, la convivencia pacífica y la confianza ciudadana de que los jueces van ejecutar la sentencia en el plazo razonable. Es útil para la comunidad de abogados conocer los años que dura ejecutar una sentencia que contienen obligaciones dinerarias a cargo de las entidades públicas, y que puedan adoptar las acciones procesales más eficaces durante la etapa cognitiva, para así posibilitar que en la fase ejecutiva no exista demasiado retraso. Por último, esta investigación es relevante para las entidades públicas, a fin de que tomen conciencia de su papel dentro de la sociedad y sean ejemplo para los ciudadanos en el cumplimiento de las sentencias laborales, que es una expresión del estricto cumplimiento de la ley y la Constitución.

Finalmente, puntualizamos que este trabajo tiene como objetivo, dar a conocer a la comunidad jurídica la problemática del retraso de años en la ejecución de sentencias laborales, especialmente las que contienen obligaciones monetarias a cargo de las entidades públicas, pese a tener

carácter prioritario su pago. De esta manera, se adopten las medidas legales, judiciales o administrativas más idóneas para lograr una pronta efectividad de las sentencias judiciales, toda vez que el plazo legal que tiene una entidad pública para cumplir el pago es hasta cinco años, que resulta ser excesivo y violatorio del plazo razonable. También sustentamos empíricamente, desde la versión de los jueces laborales de Huancayo, las causas de la demora de hasta ocho años en la ejecución de la sentencia y las alternativas que serían idóneas para una eficaz ejecución.

## 2. Proceso contencioso administrativo laboral

La Constitución Política peruana, en su artículo 148, regula que las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación judicial mediante la acción contencioso-administrativa. Esa disposición constitucional ha sido reglamentada por la Ley n.º 27584, dada a finales del año 2001 y vigente desde el 14 de abril de 2002, que fue modificada en varias oportunidades, siendo la última, la Ley n.º 30914 dada el 14 de febrero de 2019. De ahí que, el legislador dispuso unificar en un solo texto la Ley n.º 27584 que fue aprobada por el Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS, publicada en el *Diario Oficial El Peruano*, el 4 de mayo de 2019.

El proceso contencioso administrativo no solo está reservado para la tramitación de pretensiones de carácter laboral y previsional, sino que contiene una regulación general para tramitar las impugnaciones contra todas las actuaciones de la administración pública, salvo que se recurra a un proceso constitucional. Dentro de las actuaciones administrativas de carácter laboral que pueden ser impugnadas en este proceso, tenemos la referida a los trabajadores dependientes al servicio de la administración pública. El texto de la ley procesal es genérico al permitir que todas las pretensiones puedan tramitarse en el proceso contencioso administrativo, con la sola condición de ser personal dependiente de la administración pública.

La Nueva Ley Procesal del Trabajo, con vigencia progresiva desde el 15 de julio de 2010, en su numeral 4 del artículo 2, ha ratificado como su predecesora la competencia de los jueces laborales para conocer en este proceso: «las pretensiones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de derecho público; así como las impugnaciones contra actuaciones de la autoridad administrativa de trabajo». Se entiende que dicha disposición ha sido complementada con el II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral publicado el 4 de julio de 2014, en cuyo subtema 1.4 del Tema 1, ha acordado que deben recurrir al proceso contencioso administrativo los trabajadores sujetos al régimen laboral público, los trabajadores que presten servicios suscribiendo contratos

administrativos de servicios y los trabajadores incorporados a la carrera del servicio civil al amparo de la Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil.

El trabajador debe reclamar por escrito ante su entidad empleadora el beneficio reclamado antes de ir al proceso contencioso administrativo. Esto es, acudir a la vía administrativa porque la administración pública tiene reservado el privilegio de la autotutela administrativa como una manifestación de la separación de poderes, ya que puede resolver el conflicto laboral de manera pronta. Sin embargo, existen pretensiones que el trabajador no requiere agotar la vía administrativa como ha establecido el III Pleno Jurisdiccional Supremo en Materias Laboral y Previsional (2015), sustentado en el rango constitucional del derecho reclamado como el contenido esencial del derecho a la remuneración, y la urgencia de la tutela efectiva de los derechos, que se patentiza en el acceso efectivo de los ciudadanos al sistema de justicia. Los reclamos que están exentos de agotar la vía administrativa son los referidos al pago de la remuneración básica, remuneración total, remuneración permanente, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos, compensaciones económicas y beneficios de toda índole.

Lo anterior, no significa que el trabajador deba recurrir directamente al Poder Judicial, sino que no está obligado a interponer los recursos administrativos, en otras palabras, solo debe cursar una carta de requerimiento de pago, otorgando el plazo de 15 días para que la entidad pública haga efectivo el pago solicitado. Se aprecia en los procesos judiciales que la administración, en ciertas ocasiones, emite el acto administrativo reconociendo el derecho reclamado por el trabajador, pero condiciona el pago a la existencia de presupuesto. Esto obliga al trabajador a recurrir a la justicia laboral para exigir que se cumpla con el acto administrativo que le reconoció el derecho.

Los tipos de procesos donde debe tramitar los conflictos laborales de carácter administrativo son dos: el proceso urgente y el proceso ordinario. En el primero, se incluyen entre otras, las pretensiones referidas al «cumplimiento por la administración de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme». Bajo este supuesto, se tramitan las pretensiones relativas al contenido esencial del derecho a la remuneración. En cambio, en el proceso ordinario, se tramitan pretensiones más complejas. La tramitación y duración de ambos procesos son diferentes solo en la etapa cognitiva, pero en la etapa de ejecución desaparece esa distinción, porque no existe un procedimiento específico por cada proceso y que la duración puede ser el mismo, incluso los procesos urgentes tendrían duración más prolongada porque en esta se tramitan pretensiones de cumplimiento de disposiciones legales, como son el pago de beneficios laborales, cuya demora es objeto de este trabajo.

En el proceso contencioso administrativo, se puede solicitar la medida cautelar adecuada, antes de un proceso o dentro de este, para asegurar la eficacia de la decisión definitiva. El autor considera que la parte demandante muy bien puede recurrir a esta tutela urgente, cumpliendo con el presupuesto de la existencia del peligro en la demora del proceso, que como veremos más abajo, la duración de estos procesos es de varios años.

### 3. Ejecución de sentencia en el proceso contencioso administrativo

La Ley n.º 27584 que regula el proceso contencioso administrativo, en su artículo 44, estatuye lo relativo a la ejecución de la sentencia. Indica que la potestad de hacer ejecutar las sentencias corresponde exclusivamente al juzgado o sala que conoció del proceso en primera instancia. Este precepto materializa uno de los poderes de la jurisdicción, la *executio*, de que la sentencia debe ser cumplida incluso mediante el auxilio de la policía. Dispone esa norma que existe el deber personal para el cumplimiento de la sentencia, recayendo en la autoridad de más alta jerarquía de la entidad, quien puede comunicar por escrito al juez qué funcionario será encargado de cumplirla, y que asumirá las responsabilidades de ley.

Finalmente, el artículo 46 del texto en comento regula el procedimiento para la ejecución de obligaciones de dar suma de dinero, como efectuar modificaciones presupuestarias y, en caso que no sea posible, debe comunicar a la autoridad judicial su compromiso de cumplir la sentencia conforme al artículo 73 del Decreto Legislativo n.º 1440. Este cuerpo legal prevé que, si los requerimientos de pago no pueden ser atendidos por falta de presupuesto o no cuentan con recursos suficientes, se atenderán con cargo a los presupuestos aprobados dentro de los cinco años fiscales subsiguientes. Esto quiere decir que la administración, para sí, se da una ley que le permite fraccionar su deuda hasta cinco años, privilegio que no ostenta las empresas o personas jurídica del sector privado.

Seguidamente, citaremos algunas investigaciones sobre la ejecución de sentencias en los procesos contenciosos administrativos en diversos lugares del Perú. Meza (2019), en su investigación sobre la efectividad de las sentencias judiciales por preparación de clases en los procesos contencioso administrativos tramitados en el 1.º y 2.º Juzgado Civil de Tarapoto, año 2012, ha concluido que las sentencias judiciales no son efectivas, ya que ha identificado que habiendo trascurrido siete años, más del 90 % de las sentencias no han sido ejecutadas en su totalidad. En tal sentido, el derecho a la tutela judicial y el derecho a la ejecución de sentencias en un tiempo razonable y efectiva están siendo gravemente vulneradas por las autoridades demandadas. Finalmente, acota que los jueces conocen que, en esos procesos

contenciosos administrativos, como jueces civiles no pueden actuar de oficio, y que corresponde que la parte afectada con el incumplimiento acuda hacia a ellos y solicite el cumplimiento de lo ordenado.

Por su lado, Tupiño (2018), en su trabajo de la efectividad en la ejecución de sentencias contra el Estado por los juzgados contencioso-administrativos de la Corte Superior de Justicia de Lima, durante el período 2003 - 2015, ha concluido que los procesos contenciosos administrativos no vienen brindando tutela judicial efectiva cuando ejecutan una sentencia contra el Estado, porque los jueces no ejecutan las sentencias en un plazo razonable. También concluye que la demora excesiva e injustificada en la ejecución afecta el derecho fundamental de efectividad plena, se afecta la dignidad de la persona y se genera incertidumbre e inseguridad jurídica. Asimismo, apunta a que el Estado no cumple las sentencias con la celeridad debida e incumple su obligación de protección y promoción de los derechos fundamentales y la plena efectividad de los derechos fundamentales. Además, atribuye esa demora a la excesiva carga procesal, ya que prefiere avanzar los procesos en giro, y que la complejidad de la etapa de ejecución impide su impulso oportuno. Asimismo, sostiene que el marco jurídico no contribuye a que los jueces adopten todas las medidas necesarias y adecuadas tendientes a la efectiva ejecución del fallo.

La investigadora Villafuerte (2018), en su tesis sobre la inejecución de las sentencias en los procesos contencioso-administrativos y la afectación a la tutela jurisdiccional efectiva (El caso de la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, año 2017), concluye que la inejecución de la sentencia que ordena la reincorporación de un trabajador en la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, durante el año 2017, afectó el principio de tutela jurisdiccional en su vertiente de ejecución de sentencia.

Por su lado, Hiquisi (2014), en su tesis respecto relativo al análisis de las deficiencias en la ejecución de sentencias contencioso-administrativas sobre reincorporación de trabajadores en el Primer Juzgado Mixto de Puno - 2012, ha concluido que las deficiencias que existen en la ejecución de estas sentencias es la insuficiencia del artículo 46 de la Ley n.º 27584, pues no contempla un plazo concreto para su ejecución. Adicionalmente, menciona, como una de las principales causas que dilata su ejecución, la presentación de escritos por parte de la entidad demandada indicando la inexistencia del cargo y la falta de presupuesto para crear uno; también indica que el plazo promedio en que se ejecuta la sentencia es de seis meses a un año, existiendo casos en el que puede durar dos años.

#### 4. Efectividad de la ejecución de las resoluciones judiciales

El constitucionalista Landa (2010), al referirse al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, cita la STC 0015-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional peruano, fundamento 8, que el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales firmes es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva establecido en el artículo 139, numeral 3 de la Constitución. Tal derecho se encuentra recogido en el segundo párrafo del numeral 2 del mismo artículo 139, cuando menciona que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada ni retardar su ejecución».

En el mismo sentido, García (2008) indica que el derecho a la ejecución de resoluciones jurisdiccionales se encuentra previsto implícitamente en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución vigente y que se expresa la obligatoriedad de la ejecución de las decisiones judiciales. Agrega que es un atributo del justiciable y un deber del juzgado que se cumplan sus decisiones en los términos adoptados. De esta manera, tenemos que la norma ius fundamental reconoce como un derecho constitucional la efectividad de la ejecución de la sentencia. Corresponde a la ley procesal de las diversas materias viabilizar que la ejecución de la sentencia sea de manera efectiva.

Por su parte Simons (2010), en su artículo sobre el derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales, indica que para que este derecho sea pleno se debe brindar a los jueces del poder suficiente para doblegar a la obligada a cumplir las mismas. Los atributos jurisdiccionales que deben tener los jueces son conocidos como medios compulsorios. Esta se divide en extraprocesales cuando no repercuten de modo directo en el trámite regular del proceso, sino a doblegar la voluntad del renuente. Y el intraprocesal es cuando tienen consecuencias directas con el trámite del proceso. Los medios compulsorios procesales son aplicables al incumplimiento de obligaciones con prestaciones de hacer, de no hacer o de dar cosas ciertas. Este poder judicial, en nuestro país, se encuentra reconocido en los artículos 52, 53, 707 y 715 del Código Procesal Civil y en el artículo 22 del primer Código Procesal Constitucional.

Para Sánchez (2013), en su investigación sobre la inexecución de las sentencias del Tribunal Constitucional: problema y soluciones. Indica que la inexecución (total o parcial e incluso tardía) de las sentencias del Supremo intérprete de la Constitución constituye no solo una vulneración al derecho constitucional reconocido en la sentencia, sino que también es una vulneración

al derecho a la efectividad de las resoluciones jurisdiccionales y, en última instancia, es la vulneración al derecho a la tutela procesal efectiva. Agrega que los medios para ejecutar las sentencias del Tribunal Constitucional no son suficientes. Por tal razón, plantea que se debe crear un órgano supervisor de la ejecución de las sentencias e incluso se debería tipificar el retraso de ellas por parte de la judicatura.

Finalmente, López (2019), en su tesis respecto a la exigencia del artículo 615 del Código Procesal Civil y la eficacia de las medidas cautelares sobre la ejecución de sentencia, sostiene que dicho artículo es la aplicación excepcional de la medida cautelar cuando exista sentencia de primera instancia que no tiene autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, frente a la falta de regulación de medidas de ejecución, los jueces aplican este artículo a la etapa de ejecución, con ello desnaturaliza el concepto de medida cautelar.

## 5. Plazo razonable en la ejecución de la sentencia

El retardo en la ejecución de la sentencia no es un tema nuevo en el sistema procesal, porque desde antaño siempre se consideraba que el proceso, no solo en su etapa cognitiva duraba varios años, sino en su etapa ejecutiva otro tanto igual. Para el pago de beneficios laborales, las leyes que regulan el procedimiento de pago establecen hasta cinco años, hecho que ha sido avalado por la justicia ordinaria y constitucional. Entonces, podemos preguntarnos si el plazo de cinco años, es un plazo razonable para el cumplimiento de obligaciones de dar suma de dinero por parte del Estado.

A este efecto, Jacha (2018) en su tesis el derecho constitucional a la ejecución de sentencias dentro de un plazo razonable en el amparo laboral, ha concluido que uno de las graves dificultades que tiene el Código Procesal Constitucional peruano es la limitada vigencia de los derechos fundamentales. Sucede que los textos constitucionales que reconocen estos derechos, a la fecha, no han sido suficientes para lograr su efectiva vigencia, por lo que es imperioso fortalecer los instrumentos y mecanismos procesales idóneos y suficientes para garantizar su plena vigencia.

Por último, el autor colombiano Rodríguez (2011), en su texto sobre el plazo razonable en el marco de las garantías judiciales en Colombia, ha concluido que el plazo razonable como garantía fundamental posibilita que las víctimas e interesados obtengan una rápida solución de sus casos. Por ello, no es aconsejable que la celeridad exigida ante cualquier autoridad y en cualquier instancia, deba confundirse o equipararse con una desmedida brevedad y laxitud de los procedimientos, dado que a pesar que ello, puede

ser perjudicial. Luego anota que la naturaleza de esta garantía, se sustenta en la necesidad de evitar dilaciones indebidas que se traduzcan en el rechazo de la justicia o en la consumación de perjuicios irremediables para quienes solicitan protección judicial.

## 6. Presupuesto público

Uno de los aspectos que incide bastante en la demora de la ejecución de sentencia es la falta de presupuesto. Acá podemos decir que encontramos una colusión entre dos bienes constitucionales: la efectividad de la ejecución de la sentencia con el equilibrio presupuestal. Precisamente, para evitar ese conflicto, es que debemos procurar que el presupuesto esté asegurado en su debida oportunidad y no esperar un requerimiento para recién iniciar el procedimiento. De ahí que resulta sumamente importante, adoptar varias medidas como la previsión presupuestal con la notificación de la demanda, así como la actuación de la sentencia impugnada para impedir que la interposición de los recursos de apelación o casación, muchas veces con ánimo dilatorio, retrasen la ejecución de la sentencia.

## 7. Materiales y métodos

En la presente investigación de corte jurídico social, se utiliza el método analítico para conocer la realidad de los procesos contencioso-administrativo-laborales que se encuentran en etapa de ejecución de sentencia, en la provincia de Huancayo, así como para saber cuáles son las causas del problema de investigación. En esa línea, tres juzgados laborales que conocen estos procesos son nuestro universo de estudio.

Para este fin, el recojo de la información sobre la cantidad de expedientes en etapa de ejecución de sentencia, el tiempo de duración de los mismos y las pretensiones que están involucradas, se ha aplicado la técnica de la recolección documental, en concreto los datos estadísticos solicitados a la Coordinación de Estadística de la Corte Superior de Justicia de Junín. Asimismo, se ha recabado información de los mismos jueces respecto a las causas de la demora y las alternativas para superarlo, para ello se ha utilizado la técnica de la encuesta.

Este estudio se ha desarrollado exclusivamente en los juzgados laborales de la provincia de Huancayo, capital del departamento de Junín, que vienen tramitando proceso contencioso-administrativo en materia laboral y previsional. También, estos juzgados conocen procesos de la anterior Ley Procesal del Trabajo n.º 26636 que están en liquidación desde julio de

2011. De los tres juzgados, el primero es permanente y los dos restantes son transitorios. Así tenemos:

- a) **El Primer Juzgado Permanente de Trabajo (1 JPT) de Huancayo**, viene conociendo estos procesos desde la vigencia de la Ley n.º 29364 publicada el 28 de mayo de 2009, cuya competencia por materia ha sido reiterado con la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley n.º 29497, vigente en la Corte de Junín desde el 19 de julio de 2011.
- b) **El Primer Juzgado Transitorio de Trabajo (1 JTT) de Huancayo** viene funcionando desde julio de 2009 (R. A. n.º 192-2009-CE-PJ) como órgano jurisdiccional transitorio de descarga procesal.
- c) **El Segundo Juzgado Transitorio de Trabajo (2 JTT) de Huancayo** no ha tenido continuidad; no obstante que inicialmente funcionaba desde octubre de 2010 (R. A. n.º 335-2010-CE-PJ) hasta agosto de 2016. Luego, ha reiniciado sus funciones desde el mes de febrero de 2020. De ahí que este juzgado actualmente tiene poca carga procesal en etapa de ejecución de sentencia. Por eso, no es objeto de este estudio dentro del análisis estadístico, pero al juez si se le preguntó sobre las causas de la demora en la ejecución de las sentencias.

De la información estadística, se han elaborado tres tablas respecto a la cantidad de expedientes en trámite y ejecución, duración por años en etapa ejecución de sentencia desde 2010 y duración de la ejecución según pretensiones o materias. De estos se han desagregado diferentes gráficos para ilustrar los datos estadísticos obtenidos. Finalmente, se ha formulado varias preguntas a los tres jueces laborales con respecto a la duración de los procesos de ejecución, las pretensiones que tienen más demora en ejecución, las causas de esas demoras y las medidas que se podría adoptar para tener una eficaz ejecución de la sentencia. Se han realizados cinco preguntas que figuran en el anexo.

## 8. Resultados

Seguidamente se brindan los datos obtenidos tanto de la información estadística de los juzgados laborales, hasta el mes de octubre de 2020, como de la encuesta realizada a los jueces laborales.

## Cantidad de expedientes en trámite y ejecución

En este rubro, se presenta la información real y actualizada sobre la cantidad de expedientes en materia laboral que vienen tramitándose en los tres juzgados laborales de la provincia de Huancayo, esto es el Primer Juzgado Permanente de Trabajo y el Primer y Segundo Juzgado Transitorio de Trabajo.

**Tabla 1**

*Cantidad de expedientes en trámite y ejecución*

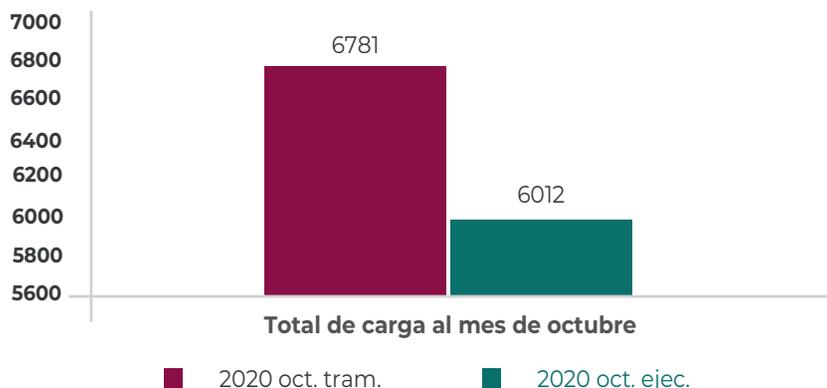
Dependencias	Octubre 2020	
	Trámite	Ejecución
1.º Juzgado Permanente de Trabajo	3193	4096
1.º Juzgado Transitorio de Trabajo	1615	1889
2.º Juzgado Transitorio de Trabajo	1973	27
<b>Total de carga al mes de octubre</b>	<b>6781</b>	<b>6012</b>

Fuente: Coordinación de Estadística CSJJU- Formulario Estadístico Electrónico (FEE).

En esta tabla, se presenta la carga total al mes de octubre de 2020 de los tres juzgados laborales, tanto en trámite como en ejecución de sentencia. Se aprecia que la cantidad total en ambas etapas del proceso es casi igual. Es notorio la diferencia de los dos primeros juzgados que tienen más carga en relación al segundo juzgado transitorio laboral, que tiene más casos en trámite y muy poco en ejecución.

**Figura 1**

*Carga procesal total en trámite y ejecución al mes de octubre 2020*



Fuente: Coordinación de Estadística CSJJU- Formulario Estadístico Electrónico (FEE).

**Figura 2**

*Carga procesal en trámite y ejecución de juzgados de trabajo contencioso administrativo*



Fuente: Coordinación de Estadística CSJJU- Formulario Estadístico Electrónico (FEE)

Se grafica la carga procesal, tanto en trámite como en ejecución de sentencia de cada uno de los juzgados laborales materia de la presente investigación. Observamos que, en el Primer Juzgado Permanente de Trabajo y en el Primer Juzgado Transitorio de Trabajo, la cantidad de procesos en ejecución es mayor a los que están en trámite.

**Figura 3**

*Carga procesal en ejecución a octubre 2020*



Fuente: Coordinación de Estadística CSJJU- Formulario Estadístico Electrónico (FEE).

Se gráfica solo el total de expedientes en ejecución de sentencia por cada uno de los tres juzgados laborales. Este resultado nos permite centrar esta investigación únicamente en los dos juzgados que tienen más carga procesal, como seguidamente se detallará.

### 8.1. Duración por años en etapa ejecución de sentencia desde 2010

En este rubro, se va a presentar la información estadística sobre los años que vienen durando los procesos en etapa de ejecución de sentencia. Solo se considerará como referencia los procesos judiciales iniciados desde el 2010, de ahí que encontramos una diferencia sobre el total de los expedientes en ejecución de sentencia, en relación a la primera tabla. Lo más importante, es conocer los prolongados años que comprenden los procesos laborales como se evidencia a continuación.

**Tabla 2**

*Duración por años en etapa ejecución de sentencia desde 2010*

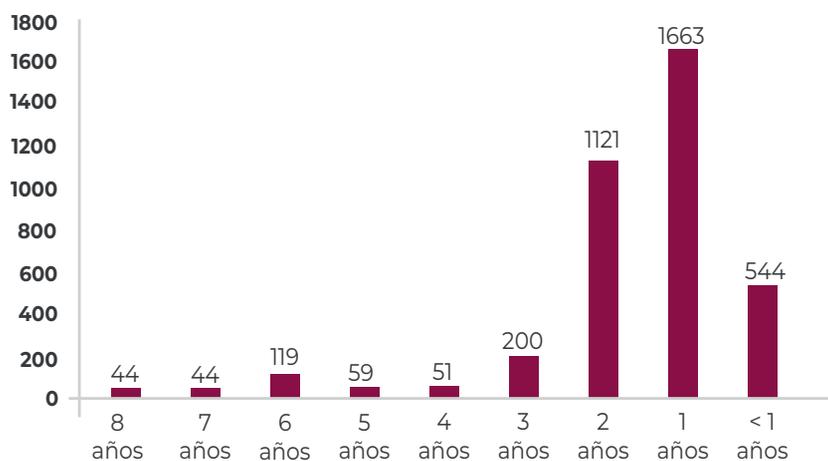
	8 años	7 años	6 años	5 años	4 años	3 años	2 años	1 año	<1 año	Total
1JPT	44	44	119	59	51	200	1121	1663	544	3845
1JTT	0	0	16	57	21	67	204	900	335	1600
<b>Total</b>	44	44	135	166	72	267	1325	2563	879	5445

Fuente: Coordinación de Estadística CSJJU- Formulario Estadístico Electrónico (FEE)

Advertimos con bastante preocupación que existen procesos laborales que están en etapa de ejecución de sentencia durante muchos años más del plazo razonable, si a ello sumamos el plazo que estuvieron en trámite, los años de duración total son mayores. No es objeto de esta investigación analizar la duración total del proceso. Pese a ello, de la información obtenida al mes de octubre de 2020, la mayor cantidad de procesos en etapa de ejecución de sentencia vienen durando de uno a dos años. Eso no quiere decir, que esos procesos solo van a tener esa duración y se van archivar pronto, sino que al mes de octubre de 2020 venían teniendo esa duración.

**Figura 4**

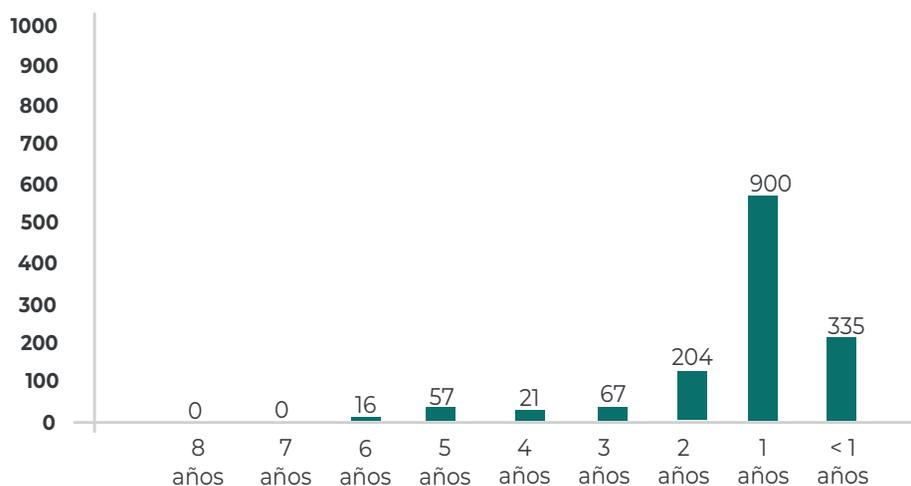
*Duración por años en el 1.er Juzgado Permanente de Trabajo*



Fuente: Coordinación de Estadística CSJJU- Formulario Estadístico Electrónico (FEE)

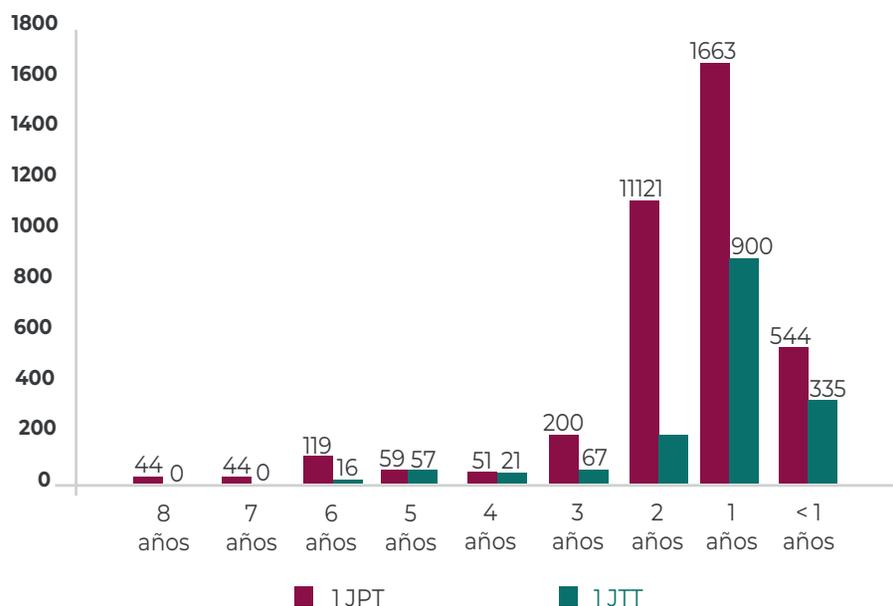
**Figura 5**

*Duración por años en el 1.er Juzgado Transitorio de Trabajo*



Fuente: Coordinación de Estadística CSJJU- Formulario Estadístico Electrónico (FEE).

Este gráfico corresponde al Primer Juzgado Transitorio de Trabajo de Huancayo, que tiene procesos en ejecución de sentencia hasta 6 años de duración al mes de octubre de 2020. La mayor cantidad de procesos, 900 casos, viene durando el lapso de un año.

**Figura 6***Duración por años en ambos juzgados de trabajo*

Fuente: Coordinación de Estadística CSJJU- Formulario Estadístico Electrónico (FEE)

Aquí tenemos una comparación del total de ambos juzgados laborales. Observamos que el Primer Juzgado Laboral permanente cuenta con mayor cantidad de procesos en etapa de ejecución de sentencia.

## 8.2. Duración de la ejecución según pretensiones o materias

En este acápite, se presentan las clases de pretensiones o materias que tienen la mayor cantidad en etapa de ejecución de sentencia. La información ha sido obtenida del sistema integrado judicial (SIJ) que es una intranet del Poder Judicial, donde se encuentran registrados todos los procesos judiciales que se tramitan en nuestro país. Pretendemos conocer qué tipo de pretensiones (pago de bonificaciones, asignaciones, remuneraciones, reposiciones, pensiones, etc.) tienen la mayor dilación en etapa de la ejecución de la sentencia.

Aclaremos que el registro de cada expediente en el SIJ no contiene la información precisa con el nombre de las pretensiones, debido a que son registrados en forma genérica, lo que imposibilita conocer con exactitud esa información. En el SIJ, existe registrada una lista de treinta y dos rubros o pretensiones para ser asignado en cada expediente, labor que lo realiza el personal de mesa de partes y que puede ser corregido por el personal jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales. En la data proporcionada, hay rubros o pretensiones que figuran con el nombre "por definir" y registran la

cantidad de doce y dieciséis expedientes en ejecución en los dos referidos juzgados, respectivamente.

En tal sentido, al existir una variedad de pretensiones que cuentan con pocos expedientes no lo presentamos por no ser muy útil, pero si lo hacemos con cuatro tipos de pretensiones que registran la mayor cantidad, según se detallará más adelante. Se destaca que los que registran mayor cantidad corresponden al proceso contencioso administrativo y no a los procesos laborales que se encuentran en liquidación según la anterior Ley Procesal del Trabajo, por eso la información que se incluye no distorsiona los objetivos que esta investigación.

Por último, cabe subrayar que, la información obtenida del SIJ no coincide con la información del área de estadística, por eso el total de expedientes que figura en la tabla 3 es muy superior al total que figura en las tablas anteriores. Esto se debe a que el reporte del SIJ es general donde están ingresados todos los expedientes, inventariados o no, estén o no asociados correctamente a los hitos estadísticos o simplemente no se han actualizado el estado de cada expediente. Generalmente, el SIJ es un indicador para saber el estado del expediente. Se ha recurrido al SIJ para obtener la información sobre las pretensiones, porque en el Área de Estadística del Poder Judicial no se encuentran registradas las clases de pretensiones o materias.

**Tabla 3**

*Duración de la ejecución según pretensiones o materias*

OO. JJ.	Declaración de nulidad total o parcial o ineficacia de actos administrativos	Acción contenciosa administrativa	Cumplimiento de actuación administrativa	Cump. de la adm. por actuación obligada por mandato de ley o por acto adm.	Otros	Total
1 JPT	4502	675	286	214	172	5849
1 JTT	1507	543	70	204	152	2476
<b>Total</b>	6009	1218	356	418	324	8325

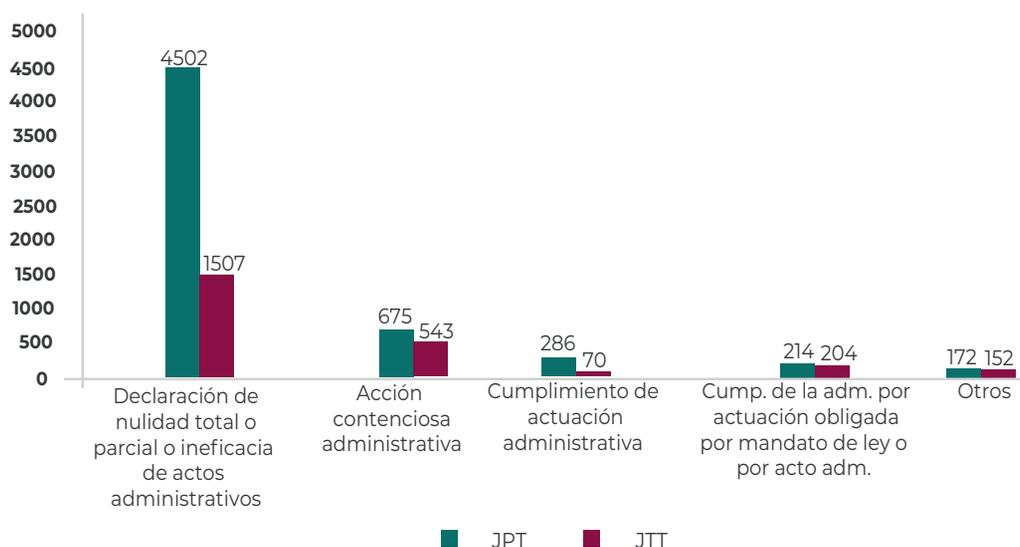
Fuente: Sistema integrado judicial (SIJ)

Según las materias o pretensiones en los dos juzgados laborales, el permanente y transitorio, tenemos la mayor cantidad de procesos registrados en cuatro rubros y el resto, veintiocho figuran como «otros». Nótese que la mayor cantidad —6009— está referida a la declaración de nulidad total o parcial o ineficacia de actos administrativos. Como se indicó, estos cuatro rubros siguen siendo muy genéricos que no permite conocer con exactitud

qué tipo de pretensiones engloba. Se considera que uno de los rubros es muy genérico al figurar como «acción contenciosa administrativa» que es propiamente el mismo proceso contencioso administrativo. Esta investigación ha permitido saber esta deficiencia en el registro de las materias y que urge superar esa deficiencia.

**Figura 7**

*Duración de la ejecución según pretensiones o materias*



Fuente: Sistema integrado judicial (SIJ)

### 8.3. Información de la encuesta realizada a los jueces laborales

Se realizó una encuesta a los tres jueces laborales que vienen tramitando los procesos contencioso-administrativos en materia laboral y previsional, con el fin de conocer sus impresiones sobre la problemática de la dilación de estos procesos en etapa de ejecución de sentencia. Se formularon cinco preguntas, obteniendo el siguiente resultado:

- 1. Se le ha preguntado si sabían que existen procesos en ejecución de sentencia, de más de cinco años, llegando incluso hasta ocho años.** Los tres jueces respondieron afirmativamente que existen procesos con esa duración. Si bien es cierto que solo en el primer juzgado de trabajo permanente existen procesos con esa duración máxima, los demás jueces tenían pleno conocimiento de esa realidad.
- 2. Se ha inquirido para que indiquen de manera más precisa, cuál es la pretensión procesal que tiene excesiva demora (años) en etapa de ejecución de sentencia.** De manera uniforme, los tres jueces laborales

tienen muy claro que se trata de las obligaciones de dar suma de dinero que comprende el pago de beneficios laborales, bonificaciones, asignaciones, intereses, entre otros.

**3. Se quiso saber de los tres jueces, cuáles son las causas principales de la excesiva dilación de los procesos contencioso-administrativos en materia laboral y que indicaran el orden de prioridad.** Para tal fin se les presentó cuatro alternativas. Las respuestas son como sigue:

- a) Falta de presupuesto : 1 juez
- b) Carga procesal : 2 jueces
- c) Ineficaz procedimiento : 1 juez  
de ejecución
- d) Otros : 2 jueces que indicaron la falta de personal  
y la displicencia de los funcionarios de  
las entidades públicas.

Lo anterior pone en evidencia que las causas de la demora en la ejecución de la sentencia son variadas y no obedecen a un solo factor. Significa que no es solo un problema interno del Poder Judicial (intraprocesal) sino de la parte demandada (extraprocesal).

**4. Se preguntó por una alternativa para superar esa demora y qué medida sería idónea para una eficaz ejecución de sentencia.**

La respuesta ha sido unánime de que se debe crear un juzgado de ejecución, por encima de instituir la ejecución anticipada de sentencia o actuación de la sentencia impugnada como indicar Monroy (2001) o de asignar mayor presupuesto a las entidades públicas demandadas. Ello evidencia que los jueces ven que la carga procesal que tienen no les permite ejecutar eficazmente las sentencias.

**5. Finalmente, se les preguntó, qué derechos fundamentales consideraban que se afecta con la dilación excesiva de los procesos judiciales.**

Dos jueces indicaron el plazo razonable y un juez indicó la efectividad de las resoluciones judiciales. Es claro y consciente para los jueces que con la dilación en la ejecución de la sentencia se vulneran de derechos fundamentales, razón por la cual urge reparar esa afectación.

## 9. Discusión

De los resultados obtenidos, es posible determinar un análisis en los cuatro ejes principales que se indican a continuación:

- ▶ **De la cantidad de procesos en ejecución de la sentencia:** Se ha evidenciado que la carga procesal en etapa de ejecución de los tres juzgados, es casi la mitad de los procesos que se encuentran en trámite. Lo que quiere decir, que el juez debe prestar atención a ambas etapas del proceso, cosa que no siempre ocurre, porque los que se encuentran en trámite se impulsan de oficio hasta la emisión de la sentencia y los de ejecución queda su impulso a petición de parte.
- ▶ **Los años que viene durando la ejecución de la sentencia:** esta investigación ha permitido saber que existen procesos que están en ejecución de sentencia por más de cinco años, llegando incluso hasta ochos años de duración hasta el mes de octubre de 2020. No se cuenta con la certeza de que vaya a concluir pronto, es decir, puede prolongarse más meses o años. Se cree que esa duración es muy prolongada y que amerita que los jueces presten especial atención a su tramitación, ya que se evidencia la vulneración de derechos fundamentales como el plazo razonable, la efectividad de la ejecución de la sentencia y la dignidad del trabajador demandante. Esta demora también configuraría el presupuesto para solicitar una medida cautelar.
- ▶ **La mayor cantidad de materias o pretensión que están en etapa de ejecución de sentencia:** La información estadística obtenida ha sido muy genérica para saber qué tipo de pretensiones son las que encabezan o tienen mayor incidencia en etapa de ejecución, para así enfocar en esos casos. Con el objetivo de superar ese problema, es necesario que esta área de estadística incorpore dentro de sus registros las pretensiones o materias, así como debe registrarse en el SIJ los nombres de las pretensiones. A tenor de las respuestas dadas por los jueces, es unánime de que las obligaciones de dar suma de dinero (pago de los diversos beneficios laborales) son los que afrontan la mayor demora en su ejecución. Esto tiene que ver con el presupuesto de la entidad pública demandada que evidentemente debe ser incrementada para el pago de las deudas sociales.

- ▶ **Las causas de la duración:** Los jueces han brindado información variada sobre las causas que originan esas demoras, que pasan por la carga procesal, la falta de presupuesto de la entidad pública, el ineficaz procedimiento de ejecución, como también la falta de personal en el juzgado o la renuencia de los funcionarios a cargo de las entidades públicas para cumplir el mandato judicial. Entonces, se tiene que encarar este problema desde diversas vertientes, que engloba no solo la labor jurisdiccional (endógena), sino de la entidad pública demandada (exógena) que no cuenta con los recursos económicos para satisfacer en forma oportuna la obligación laboral.
- ▶ **Las medidas que se debe adoptar para superar esa dilación:** Para este efecto, hemos recogido la posición de los jueces de trabajo, que unánimemente requieren que se debe crear un juzgado que se encargue de la ejecución de la sentencia. Esto resulta muy atendible, ya que la ejecución de la sentencia, para algunos juristas, es simplemente un trámite administrativo, por lo que debemos proponer a las autoridades administrativas competentes del Poder Judicial la creación de esos órganos jurisdiccionales, en los lugares que cuenten con bastante carga procesal como es el caso de Huancayo o en su caso la conversión de órganos jurisdiccionales. De ese modo, consideramos que se podría brindar mayor eficacia a la etapa de la ejecución de la sentencia.

## 10. Conclusiones

- a) Existe alrededor del 50 % de procesos contencioso-administrativo-laborales en etapa de ejecución de sentencia, en los tres juzgados de trabajo de la provincia de Huancayo, que ameritan que los jueces brinden la atención debida para que lo sentenciado se cumpla de manera eficaz dentro de un plazo razonable.
- b) Los procesos contencioso-administrativos en materia laboral tienen una demora ostensible en la etapa de ejecución de la sentencia, desde más de cinco años llegando a ocho años de duración, que evidentemente lesiona diversos derechos fundamentales de los trabajadores públicos como el plazo razonable, la plena efectividad de las resoluciones judiciales y la dignidad humana. Esa duración es hasta el mes de octubre de 2020, que podría seguir prolongándose por meses o años si no se presta la debida atención para encarar esa dilación. Esta dilación configuraría el presupuesto para solicitar una medida cautelar.

- c) Las pretensiones procesales o materias que tiene mayor dilación son las que contienen obligación de dar suma de dinero como el pago de beneficios laborales diversos, llámese bonificaciones, asignaciones, remuneraciones y otros similares, que demandan la existencia de un presupuesto para su cumplimiento, pero que lamentablemente es un mal que se tiene de años.
- d) Las causas de la demora en la ejecución de la sentencia son variadas como la excesiva carga procesal, la falta de personal en los juzgados, la carencia de presupuesto en las entidades públicas demandadas y la falta de eficacia del procedimiento de ejecución actual.
- e) Para superar el problema de la dilación en la ejecución de la sentencia, se sugiere a las autoridades administrativas del Poder Judicial crear o implementar juzgados de ejecución, para que puedan especializarse en esta labor y ejecutar eficazmente las sentencias. También, se puede modificar la ley procesal para permitir la ejecución anticipada de la sentencia o actuación de la sentencia impugnada, de eso modo hacer más efectiva la ejecución de las sentencias.

## Referencias

III Pleno Jurisdiccional Supremo en Materias Laboral y Previsional

Decreto Legislativo n.º 1440. (2018, 15 de setiembre). Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público.

García, V. (2008). *Los derechos fundamentales en el Perú* (1.ª ed). Juristas Editores.

Hiquisi, T. (2014). *Análisis de las deficiencias en la ejecución de sentencias contenciosas administrativas sobre reincorporación de trabajadores en el Primer Juzgado Mixto de Puno – 2012*. [Tesis de pregrado, Universidad Nacional del Altiplano] <https://n9.cl/oprku>

Jacha, L. (2018). *El derecho constitucional a la ejecución de sentencias dentro de un plazo razonable en el amparo laboral*. [Tesis de pregrado, Universidad San Pedro] <http://repositorio.usanpedro.edu.pe/handle/USANPEDRO/9932>

Landa, C. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (1.ª ed.). Palestra Editores.

Ley n.º 27584. (2001, 16 de diciembre) Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.

- López, K. (2019). *La exigencia del artículo 615.º del Código Procesal Civil y la eficacia de las medidas cautelares sobre la ejecución de sentencia*. [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo] <https://n9.cl/o1oo>
- Meza, L. (2019). *Efectividad de las sentencias judiciales por preparación de clases en los procesos contencioso administrativos tramitados en el 1.º y 2.º Juzgado Civil de Tarapoto año 2012*. [Tesis de pregrado, Universidad Cesar Vallejo] <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/45642>
- Monroy, J. (2001). La actuación de la sentencia impugnada. *THEMIS-Revista de Derecho*. (43), 19-43. [http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis\\_043.html](http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_043.html)
- Rodríguez, C. (2011). El plazo razonable en el marco de las garantías judiciales en Colombia. *Memorando de Derecho*, 2(2), 113-125. <https://n9.cl/50dd>
- Sánchez, W. (2013). *La inejecución de las sentencias del tribunal constitucional: problema y soluciones*. [Tesis posgrado, Pontificia Universidad Católica del Perú] <https://n9.cl/zzz3m>
- Simons, A. (2010). El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales. *THEMIS-Revista de Derecho*, (58), 81-98. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9120/9531>
- Tupiño, M. (2018). *La efectividad en la ejecución de sentencias contra el estado por los juzgados contencioso administrativos de la Corte Superior de Justicia de Lima durante el período 2003 - 2015*. [Tesis de posgrado, Universidad Federico Villareal] <https://n9.cl/s358x>
- Villafuerte, C. (2018). *La inejecución de las sentencias en los procesos contencioso administrativos y la afectación a la tutela jurisdiccional efectiva (El caso de la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, año 2017)*. [Tesis de pregrado, Universidad Norbert Wiener]. <https://n9.cl/dxol>

## Anexo

### CUESTIONARIO

Tema del artículo científico:

#### **Dilación En La Ejecución De Sentencias En El Proceso Contencioso Administrativo Laboral**

**Objetivo:** Cuestionario dirigido a los jueces especializados de Huancayo que conocen los procesos contenciosos administrativos en materia laboral y previsional.

**Instrucciones:** Marque una (x) la alternativa.

6. ¿Sabía que existen procesos en ejecución de sentencia, de más de cinco años, llegando incluso hasta 8 años?
- Sí
  - No
  - No es cierto esa duración.
7. ¿Cuál considera que es la pretensión procesal que tienen excesiva demora (años) en etapa de ejecución de sentencia?
- Obligaciones de dar (pago de beneficios laborales bonificaciones, asignaciones, intereses, etc.).
  - Obligaciones de hacer (reposiciones al empleo, inscripción en planillas, etc.).
  - Temas pensionarios.
8. ¿Cuál considera que son las causas principales de la excesiva dilación de los procesos contencioso-administrativos en materia laboral? Marca más de una alternativa según el orden de demora que usted considere:
- Falta de presupuesto : \_\_\_\_\_.
  - Carga procesal : \_\_\_\_\_.
  - Ineficaz procedimiento de ejecución : \_\_\_\_\_.
  - Otros : \_\_\_\_\_.

9. ¿Qué medidas considera que sería idóneo para tener una eficaz ejecución de sentencia?
- a) Crear juzgado de ejecución
  - b) Instituir la ejecución anticipada de sentencia (actuación de la sentencia impugnada)
  - c) Asignar mayor presupuesto a las demandadas para el pago de las deudas laborales
10. ¿Qué derechos fundamentales considera que se afecta con la dilación excesiva de los procesos judiciales?
- a) Plazo razonable
  - b) Efectividad de las resoluciones judiciales
  - c) Dignidad de los demandantes



**RETOS** de la  
magistratura  
**en temas**  
**de DERECHO**  
**PROCESAL PENAL**





ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

## REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 4, enero-junio, 2021  
Publicación semestral. Lima, Perú.  
ISSN: 2707-4056 (en línea)  
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n4.08



# Consecuencias del uso infrecuente de convenciones probatorias en audiencia de juicio

## Consequences of the infrequent use of evidentiary conventions in a trial hearing

**Roberto Castillo Velarde\***

Cuarta Fiscalía Superior Penal de Huánuco  
(Huanuco, Perú)  
rocastillodj@mpfn.gob.pe  
<https://orcid.org/0000-0002-9072-6977>

**Resumen:** Las convenciones probatorias son actos procesales voluntarios postulados por las partes (defensa técnica de la parte vinculada y el fiscal). Se utilizan con la finalidad de no discutir en el juicio oral hechos o circunstancias que no están en controversia, sino solo aquellas afirmaciones o contextos que son objeto de discrepancia. Coadyuva de esta manera a la descarga procesal, tanto en los despachos fiscales como en los judiciales.

El objetivo del presente trabajo es describir y explicar las consecuencias del uso infrecuente de las convenciones probatorias en la audiencia de juicio oral. Estas proporcionarán pautas para realizar una audiencia en la cual solo

\* Fiscal superior penal de la Cuarta Fiscalía Superior Penal de Huánuco.

se discutan aspectos relevantes que determinarán la responsabilidad o inocencia del procesado.

Así mismo el uso infrecuente de las convenciones probatorias trae como consecuencia que se lleven audiencias de juicio oral en sesiones extensas vulnerando los principios de economía y celeridad procesal. Estos principios tienen como finalidad flexibilizar y simplificar la actividad procesal del debate, sin vulnerar los derechos fundamentales del debido proceso y derecho de defensa.

Esta investigación es de tipo descriptivo, se analizó carpetas fiscales en apelación de sentencia. En las cuales se advierte que en ninguna de ellas las partes usaron las convenciones probatorias. En casos sencillos como complejos tuvieron una duración extensa creando tanto en las partes como en la sociedad una insatisfacción sobre la administración de justicia.

El estudio se dividirá en tres partes. En la primera, se describirá el sistema acusatorio, la prueba y los principios de economía y celeridad procesal. En la segunda, se analizarán las convenciones probatorias desde la doctrina y la jurisprudencia. Por último, se presentarán los resultados obtenidos luego del análisis realizado.

**Palabras clave:** proceso, medios probatorios, juicio oral, economía, celeridad procesal

**Abstract:** Evidence conventions are voluntary procedural acts postulated by the parties (technical defense of the related party and the prosecutor). They are used in order not to discuss facts or circumstances that are not in controversy in the oral trial, but only those statements or contexts that are the subject of discrepancy. In this way, it contributes to the procedural discharge both in fiscal and judicial offices.

The objective of this work is to describe and explain the consequences of the infrequent use of evidentiary conventions in the oral trial hearing. These will provide guidelines for holding a hearing in which only relevant aspects that will determine the responsibility or innocence of the accused are discussed.

Likewise, the infrequent use of evidentiary conventions results in oral trial hearings being held in extensive sessions, violating the principles of economy and procedural speed. These principles are intended to make the procedural activity of the debate more flexible and simpler, without violating the fundamental rights of due process and the right of defense.

This article is descriptive, prosecutorial files were analyzed in appeal of sentence. In which it is noted that in none of them did the parties use the

evidentiary conventions. In simple as well as complex cases, they lasted for a long time, creating dissatisfaction in both the parties and society about the administration of justice.

The study will be divided into three parts. In the first part, the accusatory system, the evidence and the principles of economy and procedural speed will be described. In the second, the evidentiary conventions will be analyzed from the doctrine and jurisprudence. Finally, the results obtained after the analysis will be presented.

**Key words:** process, evidence, oral trial, economy, procedural speed

RECIBIDO: 2/05/2021

REVISADO: 26/05/2021

APROBADO: 26/06/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

## 1. Introducción

Las convenciones probatorias entran en vigencia por primera vez en el Perú en la provincia de Huaura, departamento de Lima, año 2006, con el Nuevo Código Procesal Penal. En el departamento de Huánuco se instauró en el mes de junio del 2012. A la fecha en el Distrito Fiscal de Huánuco han transcurrido siete años de la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal y el uso de esta nueva figura legal aún no está considerada como una regla sino como una excepción.

La relevancia del presente artículo radica en la descripción y el análisis de las consecuencias del uso infrecuente de las convenciones probatorias en la audiencia de juicio. Es decir, por qué estas hasta la actualidad no han sentado las bases suficientes de conocimiento, práctica y confianza en las partes legitimadas, fiscal y procesado representado por su defensa técnica, a pesar que están amparadas desde la entrada en vigencia en este distrito fiscal desde el mes de junio del año 2012.

Dentro de las múltiples consecuencias del uso infrecuente de las convenciones probatorias, se describirá y analizará las que vulneran los principios de economía y celeridad procesal. Entre ellas están los debates innecesarios de hechos y circunstancias no controvertidas y el agotamiento de los operadores de justicia. Ambas consecuencias generan una extensión de las sesiones de audiencia de juicio y un sobre gasto al Estado en el proceso.

La monografía realizada por Bermeo y Sefair (2014), «Estipulaciones probatorias», tuvo como objetivo desarrollar un estudio sistemático de la aplicación de las estipulaciones probatorias que permitan al lector utilizar la figura dentro de la práctica procesal, como mecanismo de economía procesal

y analizar los procedimientos que se deben observar en la celebración de las estipulaciones probatorias. La metodología fue de investigación documental.

En la investigación realizada por Reategui (2019), «Aplicación de las convenciones probatorias y sus efectos en el principio de economía procesal en el Juzgado Penal Colegiado de San Martín», tuvo como finalidad determinar de qué manera la aplicación de las convenciones probatorias en la etapa de juzgamiento contribuye en el principio de economía procesal. La metodología utilizada fue de corte cualitativo de tipo aplicada.

En la investigación realizada por Aniceto (2019) «Las convenciones probatorias y su incidencia en la celeridad procesal en la etapa de juzgamiento, en el Juzgado Penal Colegiado del Distrito Judicial de Huánuco» tuvo como objetivo determinar la incidencia de la no aplicación de las Convenciones Probatorias; explicar los motivos por los que no se llevan a cabo las convenciones probatorias y describir las consecuencias que se generan a los principios procesales de economía y celeridad procesal. La metodología utilizada fue de tipo aplicada bajo el enfoque cuantitativo de nivel descriptivo.

Para realizar el análisis de las consecuencias del uso infrecuente de las convenciones probatorias en la etapa de juicio oral, es necesario describir el sistema acusatorio, la prueba y las convenciones probatorias desde la doctrina y la jurisprudencia.

## 2. Sistema acusatorio

Este sistema tiene como característica principal la exigencia de una configuración tripartita del proceso, siendo indispensable la presencia del ente fiscal, un procesado y un juzgador neutral. Esta configuración pretende alcanzar el equilibrio, no obstante que pueda arriesgar la persecución o al menos quedar supeditada a alteración por consecuencia de la función de la discrecionalidad (Armenta, 2012). En ese entender, el sistema acusatorio trae consigo los roles asignados a cada una de las partes garantizando así un proceso justo con igualdad de armas ante un juzgador neutral.

De otra parte, se tiene que el sistema acusatorio es un esquema en el que prima la presencia de un juez y de un acusador en el proceso, siendo el acusador una persona distinta al juez. La importancia de esta figura independiente de acusador es lograr la imparcialidad del juez. Solo así se garantiza a los sujetos intervinientes el mismo acceso a las herramientas procesales que avalan su teoría del caso (Nieva, 2009). De lo sostenido por el autor lo más relevante es que en este sistema acusatorio los roles de las partes se encuentran delimitadas. Lo que facilita que cada una de los participantes puedan presentar su teoría del caso ante un tribunal que goza de neutralidad.

Antes de adoptar el sistema acusatorio el modelo procesal que se utilizaba en el Perú era el inquisitivo. A continuación, se hará un cuadro comparativo de las diferencias entre ambos sistemas.

**Tabla 1**

*Diferencias principales entre los sistemas inquisitivo y acusatorio*

Sistema inquisitivo	Sistema acusatorio
a) Sistema escrito y reservado.	a) Sistema oral y público.
b) Prevalencia de la forma.	b) Prevalencia del contenido.
c) Concentración en una sola persona de las funciones de la acusación y juzgamiento.	c) Configuración tripartita del proceso, exige la presencia del ente fiscal, un procesado y un juzgador neutral.
d) La obtención de los medios de prueba está a cargo del acusado, quien debe probar su inocencia. Siendo imposible la aplicación de las convenciones probatorias.	d) La carga de la prueba recae en el ente acusador, quien debe probar la existencia del evento delictivo y de la responsabilidad del procesado, siendo factible hacer uso de las convenciones probatorias.
e) No hay oralidad en la investigación ni en el juicio.	e) Prevalencia de la oralidad.

En la tabla 1, se aprecia que una de las diferencias principales es que el sistema inquisitivo era netamente escrito y reservado. Además, no se dotaba a las partes de herramientas procesales como alternativa para llevar medios probatorios relevantes a conocimiento del juzgador. Lo que traía como consecuencias sesiones extensas y agotamiento de los operadores de justicia, siendo imposible dar cumplimiento a los principios de economía y celeridad procesal establecidos en la teoría general del proceso.

En contraposición al sistema inquisitivo, el sistema acusatorio goza del principio de oralidad. Establece de forma categórica la distribución de roles específicos de cada una de las partes, así como del juez dentro del proceso penal. Siendo que para el representante del Ministerio Público la presentación de la teoría del caso es obligatoria y para la defensa técnica del procesado es facultativa. Bajo estas condiciones procesales el fiscal y la defensa se presentan ante un juzgador imparcial. Además, las partes pueden hacer uso de las convenciones probatorias, las cuales son aprobadas por el juez y no son objeto de discusión en la audiencia de juicio. Por consiguiente, la duración de la sesión de la audiencia de juicio debería ser de menor tiempo y así lograr el cumplimiento de los principios de economía y celeridad procesal.

Como se evidencia, ambos sistemas son opuestos y el Perú al acoger el sistema acusatorio ha dado un giro en la aplicación del proceso penal, planteando varias alternativas a las partes para que el proceso sea manejado

por los mismos y el juicio oral sea la excepción y no la regla. Dentro de estas alternativas se encuentran las convenciones probatorias. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido de la vigencia de este sistema no se ha logrado que las convenciones probatorias hayan sentado sus bases normativas y prácticas. Por lo que las audiencias de juicio siguen siendo extensas y los principios de economía y celeridad procesal son vulnerados.

### 3. La prueba

De acuerdo a Castillo (2014) la prueba es toda aquella actividad que efectúan los participantes en el proceso, las que están amparadas en el marco de la ley. Está dirigida a convencer al juzgador, respecto a las afirmaciones o negaciones a las que hacen referencia las partes en su teoría del caso. Asimismo, por una parte, produce el conocimiento sobre unos hechos, mientras que de otra parte reconstruye hechos ocurridos. Es indispensable precisar que a la prueba en la etapa de investigación preparatoria se le conoce como elementos de convicción o elementos materiales probatorios. Cuando estos elementos son actuados en juicio pasan a ser denominados prueba. Los mismos que serán objeto de valoración por el juzgador.

#### Legitimidad de la prueba

Concierne a la adquisición, admisión y estimación del medio probatorio, lo cual debe efectuarse cumpliendo con lo establecido por ley (Sánchez, 2020). Por consiguiente, los medios probatorios adquiridos durante la investigación preliminar y preparatoria por las partes deben estar revestidos de todas las formalidades legales a fin de sustentar la teoría del caso. Aunado a ello estos elementos probatorios serán actuados en la etapa estelar del contradictorio y valoradas por el juzgador en su decisión final. Así se garantiza que las partes usen medios probatorios válidos que coadyuven en el esclarecimiento de los hechos definiendo la responsabilidad o la inocencia del procesado.

### 4. Medios de prueba

La doctrina y el ordenamiento procesal penal vigente regulan los siguientes medios de prueba:

- a) **Confesión.** Es la aceptación voluntaria del indiciado. En este medio de prueba el investigado se expresa de manera libre ante la autoridad competente, sobre su participación y responsabilidad en el evento delictivo (Rosas, 2018). Como este medio de prueba nace de la voluntad espontánea del procesado aceptando los hechos y circunstancias del evento criminoso es poco usual. Pues desde la experiencia estos mantienen la esperanza de no ser descubiertos, lo que obliga al ente

acusador a recabar el caudal probatorio que lo vincule al ilícito penal y a la participación del procesado.

- b) **El testimonio.** El testimonio de una persona dentro del proceso es de suma importancia para respaldar un hecho o una circunstancia que sustenta la postura de las partes. De acuerdo a Sánchez (2020), «aparece como una manifestación humana de un conocimiento pretérito y el termino se emplea para dar razón de un hecho percibido a través de los sentidos» (p. 298).
- c) **La pericia.** Es un medio de prueba pertinente que sirve para comprobar los hechos que conciernen al proceso y que demandan especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos (Ramírez, 2017). Esta modalidad de prueba requiere la actuación de un experto en conocimientos de temas específicos que demostrará la veracidad de la evidencia que tiene íntima vinculación con el hecho o circunstancia que está en investigación.
- d) **Prueba documental.** «Es un medio de prueba de carácter material — se trata de un soporte u objeto material: es prueba real y objetiva— que refleja un contenido de ideas: datos, hechos o narraciones, con eficacia probatoria» (San Martín, 2015, p. 548). Muchos hechos ocurridos en nuestra vida cotidiana como el nacimiento, el matrimonio, la muerte, entre otros, se plasman en documentos como soporte de lo sucedido. Cuando estos documentos se trasladan al campo jurídico, son los que demuestran los hechos o circunstancias con contenido legal.
- e) **Reconocimiento.** «Es por su propia naturaleza de identificación de la persona del imputado cuando no se sabe con certeza quién es» (Neyra, 2015, p. 336). Asimismo, el artículo 186 del Nuevo Código Procesal Penal (CPP), establece que cuando sea necesario, se ordenará el reconocimiento del documento, por su autor o por quien resulte identificado según su voz, imagen, huellas, señal u otro medio, así como por aquel que efectuó el registro. Podrán ser llamados a reconocerlo personas distintas, en calidad de testigos, si están en condiciones de hacerlo. Es decir, una persona en base a sus sentidos organolépticos puede reconocer hechos o circunstancias relacionados con la comisión de actos ilícitos, en la que se encuentran implicadas personas, documentos, cosas, etc. Siendo indispensable que previo a la participación de la diligencia de reconocimiento realice una descripción de lo acontecido.
- f) **Inspección judicial.** Involucra un reconocimiento directo del juzgador en el que se utilizan diversos medios y no exclusivamente los circunscritos a la vista. Asimismo, es de gran relevancia debido a

que el juzgador acude al lugar de los hechos tomando conocimiento directo de la escena del crimen. (Peña Cabrera, 2016). Aunado a ello la inspección judicial es un elemento material probatorio de suma importancia que coadyuva al esclarecimiento de los hechos. En esta diligencia participa el juez, el fiscal, el abogado de la defensa del procesado y el abogado de la agraviada. Esta actuación probatoria la dirige el juez con la finalidad de verificar el escenario criminoso, detallándose las características del objeto de prueba dejadas por una persona o cosa.

- g) **Reconstrucción.** Teniendo en cuenta a Cubas (2016). «Este tipo de prueba tiene por objeto contrastar si el ilícito penal sucedió o pudo acontecer, de acuerdo con las versiones y demás elementos materiales probatorios actuados» (p. 361). En ese entender la reconstrucción lleva consigo la recreación de la forma y circunstancias del evento criminoso, detallándose los pormenores en que sucedieron. Esta diligencia en lo posible se debe realizar en las mismas condiciones en la que se produjo el acto delictivo.
- h) **La prueba trasladada.** «Se denomina prueba trasladada cuya práctica y admisión obran en un proceso determinado. De la cual se consigue los actuados con el objetivo de ser ofrecidos en otro expediente judicial». (Rosas, 2018, p. 465). Por lo tanto, este tipo de prueba coadyuva a las partes a obtener medios probatorios de otro proceso que están directamente relacionadas con el caso en controversia, incidiendo en el ahorro de tiempo y celeridad a la actuación probatoria.
- i) **Prueba anticipada.** Para Frisancho (2014), «la prueba anticipada es aquella que se ha actuado en la investigación preparatoria, su admisión se realiza en la etapa intermedia. Su incorporación en el juicio es mediante su lectura» (p. 163). Este tipo de prueba especial se practica antes del juicio oral, cuando existen razones suficientes de urgencia y seguridad, es decir, que la prueba no desaparezca por fallecimiento, coacción o destrucción, etc.

Los medios probatorios antes descritos tienen por finalidad corroborar hechos y circunstancias de un evento delictivo, así como de la participación del sujeto activo. Los cuales pueden ser susceptible de convenciones probatorias. De ser así, ya no son materia de debate durante la audiencia de juicio, dejando la actividad probatoria solo para hechos y circunstancias que se encuentran en controversia.

## 5. Pruebas opacas

- a) **Prueba ilícita.** «Es una prueba adquirida con afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales y por ende es inconstitucional. Su admisión y valoración se encuentran prohibidas. Por ejemplo, una declaración realizada mediante cualquier tipo de coacción física o psíquica» (Miranda, 2012, p. 66). En concordancia a lo expuesto por el autor, es viable precisar que es aquella obtenida de forma ilegal por lo que no puede ser tomada en cuenta y no cabe la posibilidad de ser saneado dentro del proceso.
- b) **Prueba ilegal o irregular.** Es una prueba que se caracteriza por ser practicada con afectación al ordenamiento procesal, que son las que rigen la acción probatoria y sin violación a los derechos esenciales. Anomalía que no siempre implicará a la prohibición de admisión o valoración de la prueba (Miranda 2012, p. 67). También se conocen como aquellas pruebas adquiridas contraviniendo preceptos legales procesales que no afectan el contenido esencial de los derechos fundamentales. Sin embargo, al colisionar con el principio del debido proceso y legalidad procesal confirman su ilicitud lo que no permite ser usada en la actividad probatoria.

Ante esta posición tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen posiciones distintas. Una sección admite la regularización de la prueba ilegal, cuando la afectación al derecho fundamental es mínima. En contraposición otro sector no acepta su regularización haciendo prevalecer la exclusión.

Por consiguiente, para el uso de las convenciones probatorias las pruebas ilícitas e irregulares no cumplen con los criterios de legalidad, del debido proceso y del derecho de defensa

## 6. Sistemas de valoración de la prueba

De acuerdo con la doctrina jurídica procesal penal, para establecer la estimación de la convicción sobre la certeza de las pruebas existen tres sistemas de valoración que a continuación se detallan:

- a) **Íntima convicción.** Como expresa Cuello (1974), citado por Giacomette (2015) es el sistema que consagra la plena libertad del juzgador para fundar su certeza mediante los diversos medios de prueba para, por un juicio, adquirir su convicción de acuerdo con la impresión que una prueba le produzca. En conclusión, este sistema de valoración de la prueba se enmarca en la autonomía e independencia del juez para la valoración de un determinado hecho.

- b) **Tarifa legal.** Teniendo en cuenta a Cuello (1974), citado por Giacomette (2015), en este sistema el legislador le asigna a cada medio de prueba el grado de convicción: establece que prueba es plena y cual no lo es. Asimismo, esta convicción del juzgador se fundamenta en la estimación que la ley hace previamente a cada uno de los medios de prueba por lo que se considera que la labor del juzgador está supeditada a los parámetros de valoración que la ley le establece al medio de prueba.
- c) **Sana crítica.** En este sistema el ente juzgador debe fundar por sí mismo la estimación de los medios probatorios con estricta inclinación a las pautas de la experiencia, las normas de la lógica, el sentido común y las leyes de la ciencia. En tal sentido, la motivación requiere que el juzgador exprese sus razones para fundamentar la estimación de las pruebas, con fundamento en las citadas pautas. Cuello (1974), citado por Giacomette (2015), refiere que el juzgador es libre de formar su criterio, sin embargo, debe dar los motivos que fundamente el cómo o el porqué de su convicción sobre el acervo probatorio.

## 7. Requisitos para la admisión de la prueba

Es indispensable que toda prueba para ser admitida cumpla con los siguientes requisitos:

- a) **Pertinencia.** Para Talavera (2017), «es la relación lógica entre el medio y el hecho por probar. En consecuencia, una prueba pertinente es aquella que de alguna manera hace referencia al hecho que constituye un objeto del proceso» (p. 87). Por consiguiente, este requisito exige que la prueba este directamente relacionada a los hechos y circunstancias controvertidas del caso en concreto.
- b) **Conducencia.** Esta valoración está orientada a determinar la licitud del medio probatorio con el objeto de corroborar una afirmación o una negación. También efectúa un comparativo entre el medio probatorio y lo normativo. La finalidad es determinar si el hecho se puede o no demostrar durante el desarrollo del proceso. Para Talavera (2017), «la conducencia es una cuestión de derecho, porque se trata de determinar si el medio utilizado, presentado o solicitado es legalmente apto para probar el hecho» (p. 91).
- c) **Utilidad.** La característica principal de este elemento radica en que su prestación le brinde convicción al juzgador. Como dice Talavera (2017), «puede ser definida como aquella cualidad del medio de prueba que hace que esta sea adecuada para probar un hecho» (p. 91).

## 8. Principios de economía y celeridad procesal

Ambos principios buscan que el proceso sea desarrollado de forma oportuna, célere y en el menor tiempo posible. Esto sin vulnerar los derechos fundamentales de las partes respetando los procedimientos establecidos en el cuerpo normativo adjetivo penal. A continuación, se conceptualizará ambos principios.

### 8.1. Principio de economía procesal

En la opinión de Hurtado (2009), este principio busca que la controversia en el proceso se resuelva en el menor tiempo posible. De esta manera se alcanza una justicia rápida, sin dilaciones y sin enredos que detengan la actividad procesal. Sin embargo, desde la experiencia se puede hacer mención que esta orientación procesal dista de la realidad. Por cuanto se observa que los procesos penales en trámite no se resuelven de forma oportuna, lo que genera una sobre carga laboral, disconformidad en los usuarios y agotamiento en los operadores de justicia.

Este principio está compuesto por los siguientes elementos:

- a) **Economía de tiempo.** Este elemento es fundamental en el desarrollo del proceso por lo que en la gran parte de casos uno de los intervinientes quiera que se resuelva lo más rápido y la otra dilatar el mayor tiempo posible. Sin embargo, entre estos dos contextos opuestos el proceso debe cumplir con las formalidades y con los plazos establecidos por ley.
- b) **Economía de gasto.** En el Perú, el proceso penal es gratuito para las partes. El costo de dicho proceso lo asume el Estado garantizando de esta manera que los sujetos procesales efectivicen todos sus derechos sin restricción alguna. Ante esta posición y desde la experiencia, en muchos casos los intervinientes hacen requerimientos innecesarios generando un sobre gasto en el proceso, lo que vulnera el principio de economía procesal.
- c) **Economía de esfuerzo.** Busca que en el proceso se utilicen herramientas oportunas y eficaces con el objetivo de que el caso culmine antes del plazo establecido por ley, cumpliendo las formalidades procesales y evitando el agotamiento de los operadores jurídicos.

### 8.2. Principio de celeridad procesal

Monroy (2017) afirma que este principio está presente en todo el desarrollo del proceso a través de preceptos de restricción y sancionador a la demora. Así como de herramientas que favorecen la rapidez del proceso con exclusión

del accionar de los intervinientes. Al respecto en el proceso penal la celeridad está enmarcada en las salidas alternativas como el principio de oportunidad, acuerdo reparatorio, terminación anticipada, convenciones probatorias, entre otros. La aplicación de estos medios tiene la finalidad de que el proceso se lleve a cabo en el menor tiempo establecido por ley. El incumplimiento de esta finalidad trae como consecuencia sanciones a las partes y los operadores de justicia.

## 9. Convenciones probatorias

Las convenciones probatorias se encuentran reguladas en el artículo 350.2. del Cuerpo Normativo Adjetivo Penal del 2004. Tiene por finalidad que los hechos no controvertidos sean objeto de acuerdo y que las partes puedan consensuar acerca de los medios de prueba para que determinados hechos se estimen por probados. Estos hechos no serán llevados a debate al juicio, pero serán objeto de valoración en la decisión final del juez.

A continuación, desde la doctrina se hace referencia algunos conceptos sobre las convenciones probatorias.

Según Del Río (2017) «es una excepción al principio de necesidad de prueba, son pactos realizados en la etapa intermedia para dar por probado alguno o algunos hechos o circunstancias» (p. 189). Así como los elementos probatorios que serán presentados para demostrar hechos y circunstancias.

A juicio de Bernal y Montealegre (2013), las estipulaciones de prueba son acuerdos a los que llega la defensa y la fiscalía sobre el material probatorio que será ofrecido en las sesiones de juicio oral. Aquí la actividad del juez se basa en instar a los «contrincantes» a que realicen dichos acuerdos con el objetivo de reducir los tiempos del juicio oral. Esto cuando adviertan que un tópico probatorio específico se puede dar por aceptado.

Por último, Fernández (2017) concluye que la estipulación probatoria es un acto de disposición, en aquello que es accesorio, para lo cual se presume la aceptación del acusado. En tales actos prevalece la voluntad del indiciado. La presencia del abogado de la defensa es indispensable para que no sea invalidado el acto procesal.

De los conceptos antes referidos, queda claro para el autor del presente artículo que las convenciones probatorias son acuerdos consensuados entre el fiscal y la defensa técnica del acusado con la finalidad de no llevar al juicio oral hechos no controvertidos. De esta manera, se contribuye a la disminución de la duración de las sesiones de las audiencias de juicio oral coadyuvando a la descarga procesal y al cumplimiento de los principios de economía y celeridad procesal.

## 10. Hechos

En este aspecto se basa el uso de las convenciones probatorias, siempre y cuando no se trate de aspectos controvertidos. En ese sentido Alcócer (2015), sostiene que el hecho es el acontecimiento previo y fuera al proceso, inherente a la acción u omisión del sujeto que califica a un ilícito penal lo cual es requisito de todo análisis normativo.

## 11. Jurisprudencia

De acuerdo al pronunciamiento realizado por la Corte Suprema de Justicia de la República - Sala Penal Transitoria, en la Casación n.º 175-2016 Ica, del 20 de octubre de 2016, en el fundamento jurídico 14, precisa que las partes no pueden acordar incumplir una exigencia legal. Un consenso, en tal sentido, debe ser rechazado, incluso de oficio, puesto que vulnera un mandato legal.

Entonces, la reflexión que se hace de la casación es que el uso de las convenciones no sustituye la actuación probatoria para establecer la relación de causalidad del hecho, circunstancia o medio probatorio, pues la labor de la carga probatoria corresponde al ente acusador.

El ordenamiento jurídico peruano establece el uso de las convenciones probatorias en la etapa intermedia del proceso en el plazo de 10 días de notificado el requerimiento de acusación a la parte procesada. Es en esta etapa en la que el ente acusador y el abogado de la defensa están facultados para hacer uso del acuerdo probatorio. Sin embargo, no existe una prohibición del uso de las convenciones probatorias, tanto en el saneamiento probatorio como en el plenario oral y a pesar de esta permisón implícita los sujetos procesales no hacen uso de los acuerdos probatorios.

Desde la experiencia como representante del Ministerio Público, se puede mencionar que el uso de las convenciones probatorias en el Distrito Fiscal de Huánuco aún no ha sentado las bases suficientes de conocimiento, práctica y confianza en las partes legitimadas, fiscal y procesado representado por su defensa técnica. Esto se ve reflejado en numerosas y extensas sesiones de audiencias en la que se discuten hechos o circunstancias que no están en controversia. Generan lentitud en la resolución del proceso, el agotamiento en los operadores jurídicos y un sobregasto al Estado en el proceso.

Aunado a ello los casos que llegan en vía de apelación de sentencia requieren mayor tiempo de análisis en cuanto a los medios probatorios actuados, tiempo de escucha de audios e incluso generan confusión entre los hechos y circunstancias no controvertidos y controvertidos.

Estas situaciones vulneran los principios de economía y celeridad procesal creando una insatisfacción tanto en las partes como en la sociedad sobre el concepto de administración de justicia.

## 12. Materiales y métodos

De acuerdo a Aranzamendi (2013), el presente artículo está enmarcado dentro del diseño de investigación jurídica descriptiva que consiste en describir las partes y rasgos esenciales de fenómenos fácticos o formales del derecho. Se entiende como fenómeno fáctico a todo aquel que se funda en observaciones obtenidas por los sentidos y pertenecen al mundo real. Así mismo, la información obtenida en un estudio descriptivo explica el problema y supone mucho conocimiento a *priori* a cerca del caso tratado (pp. 80-81).

En esta investigación, se utilizó el método descriptivo-explicativo, se analizó los actuados en apelación de sentencia con el marco normativo, la doctrina y la jurisprudencia de los treinta y un casos correspondientes al periodo febrero de 2019 a marzo de 2020 de la Cuarta Fiscalía Superior Penal del distrito fiscal de Huánuco, asignados al autor de este artículo. Como resultado del análisis se dará pautas para que el uso de las convenciones probatorias sea frecuente y que en la audiencia de juicio solo se discutan hechos y circunstancias controvertidas. Se cumple de esta manera los principios de economía y celeridad procesal.

## 13. Resultados

En seguida, se muestran los resultados obtenidos luego del análisis documental efectuado a las treinta y una carpetas fiscales de diversos delitos en apelación de sentencia de la Cuarta Fiscalía Superior Penal del distrito fiscal de Huánuco asignados al autor del presente artículo, correspondiente al periodo de febrero 2019 a marzo de 2020.

De todo esto, se advierte características que confirman la problemática de estudio: en ninguna de las carpetas analizadas las partes usaron las convenciones probatorias. En casos sencillos como complejos, la cantidad de sesiones y la duración de audiencias de juicio superan el plazo razonable y el tiempo establecido por ley. Hay carpetas pendientes de audiencia de apelación de sentencia, en las que existe la posibilidad que sean declaradas nulas, iniciando nuevo juicio oral, sin hacer uso de las convenciones probatorias.

Las características antes mencionadas confirman la hipótesis planteada: el uso infrecuente de las convenciones probatorias vulnera los principios de economía y celeridad procesal.

## Resultado del análisis de los casos en apelación de sentencia del periodo de febrero de 2019 a marzo de 2020

**Tabla 1**

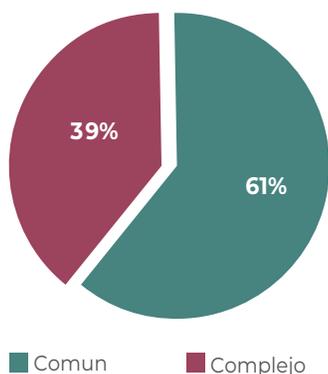
*¿El proceso es común o complejo?*

Proceso	Fi	%
Común	19	61
Complejo	12	39
<b>Total</b>	<b>31</b>	<b>100</b>

Fuente: Base de datos personal

**Figura 1**

*¿El proceso es común o complejo?*



Del análisis realizado a las 31 carpetas fiscales en apelación de sentencia, se evidencia que el 61 % corresponden a procesos comunes. Es decir, requieren menor tiempo de investigación con la finalidad de obtener material probatorio. El 39 % corresponde a procesos complejos que demandan mayor tiempo del plazo de investigación para recabar elementos de convicción.

**Tabla 2**

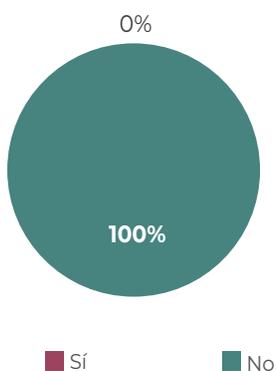
*¿Se usó convenciones probatorias?*

Uso de convenciones probatorias	Fi	%
Sí	0	0
No	31	100
<b>Total</b>	<b>31</b>	<b>100</b>

Fuente: Base de datos personal.

**Figura 2**

*¿Se usó convenciones probatorias?*



De las 31 carpetas fiscales analizadas en apelación de sentencia, se tiene que en el 100 % no se utilizó las convenciones probatorias.

**Tabla 3**

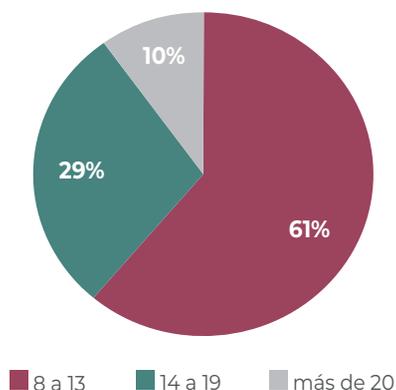
*¿Cuál fue el número de audiencias realizadas?*

N.º de audiencias	Fi	%
8 a 13	19	61
14 a 19	9	29
Más de 20	03	10
<b>Total</b>	<b>31</b>	<b>100</b>

Fuente: Base de datos personal

**Figura 3**

*¿Cuál fue el número de audiencias realizadas?*



Del análisis realizado a las 31 carpetas fiscales en apelación de sentencia, se llegó a determinar que en el 61 % se realizó entre 8 a 13 sesiones de audiencia. En el 29 %, oscila entre 14 a 19 sesiones de audiencia. Finalmente, en el 10 % superó más de 20 sesiones de audiencia.

**Tabla 4**

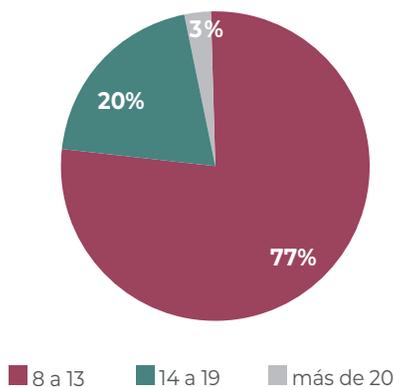
*¿Cuánto tiempo fue la duración de las audiencias?*

N.º de horas	Fi	%
8 a 13	24	77
14 a 19	06	20
Más de 20	01	03
<b>Total</b>	31	100

Fuente: Base de datos personal

**Figura 4**

*¿Cuánto tiempo fue la duración de las audiencias?*



Del análisis realizado a las 31 carpetas fiscales en apelación de sentencia, se tiene que en el 77 % tuvo una duración de 8 a 13 horas. El 20 % fluctúa entre 14 a 19 horas. Por último, en el 3 %, se superó más de 20 horas de duración.

**Tabla 5**

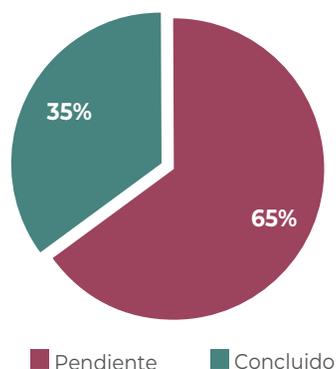
*¿Cuál es la situación jurídica del caso?*

Estado	Fi	%
Pendiente	20	65
Concluido	11	35
<b>Total</b>	31	100

Fuente: Base de datos personal

**Figura 5**

*¿Cuál es la situación jurídica del caso?*



Del análisis realizado a las 31 carpetas fiscales en apelación de sentencia, se llegó a determinar que el 65 % están pendiente de pronunciamiento de segunda instancia. Así mismo, el 35 % está concluido.

## 14. Discusión

Bermeo y Sefair (2014), en su investigación estipulaciones probatorias, concluyen que la falta de aceptación de este mecanismo es tan alta que en la Fiscalía General de la Nación ni siquiera se lleva una estadística que pueda medir su impacto procesal. Al igual que en Colombia, en el Perú sucede exactamente lo mismo. Es así que para poder obtener los datos mencionados en relación a la cantidad de procesos que utilizaron las convenciones probatorias se ha recurrido a una base de datos personal, pues estas no existen en las estadísticas oficiales del Poder Judicial, Ministerio de Justicia y Ministerio Público.

Reategui (2019), en su investigación aplicación de las convenciones probatorias y sus efectos en el principio de economía procesal en el Juzgado Penal Colegiado de San Martín, entre sus conclusiones, afirma que la aplicación de las convenciones probatorias si contribuye al principio de economía procesal. Esto debido a la simplificación de la actividad probatoria y, por ende, las sesiones de audiencia se realicen en menos tiempo lo que favorece la descarga procesal. Esta conclusión refleja el resultado positivo del uso de las convenciones probatorias en la muestra estudiada. Situación que es distinta a la totalidad de las carpetas analizadas en el presente artículo, pues en ninguna de ellas se usó las convenciones probatorias. En casos sencillos como complejos la cantidad de sesiones y la duración de audiencias de juicio superan el plazo razonable y el tiempo establecido por ley. Esto implica una sobrecarga procesal y el agotamiento laboral en los operadores de justicia vulnerando los principios de economía y celeridad procesal.

Al tener como referencia esta buena práctica procesal del uso de las convenciones probatorias en el distrito judicial de San Martín corresponde hacerlo extensivo en los distritos fiscales a nivel nacional con la finalidad de que el uso de las convenciones probatorias sean una regla y no una excepción.

Aniceto (2019), en su investigación las convenciones probatorias y su incidencia en la celeridad procesal en la etapa de juzgamiento, en el Juzgado Penal Colegiado del distrito judicial de Huánuco, determina que la no aplicación de las convenciones probatorias en la etapa de juzgamiento incide negativamente sobre el principio de celeridad procesal. Se concuerda con esa aseveración, pues esta se ve irradiada en la cantidad y duración de sesiones de audiencia de juicio de las carpetas fiscales analizadas.

De lo expuesto, se puede afirmar que el uso infrecuente de las convenciones probatorias vulnera los principios de economía y celeridad procesal por lo que sería pertinente que las instituciones involucradas en el sector de justicia incluyan en sus programas de capacitación temas relacionados al uso de las convenciones probatorias. Asimismo, la creación de una base de datos del registro de casos hace uso de las convenciones probatorias con el objetivo de poder acceder a esta información de forma confiable, rápida y precisa.

Por último, a nivel normativo se sugiere facultar al juez de investigación preparatoria, así como al juez unipersonal y colegiado que en los casos que adviertan hechos y circunstancias no controvertidas inciten a las partes a que hagan uso de las convenciones probatorias. Esto con la finalidad de reducir el número y extensión de las sesiones de audiencia de juicio.

## 15. Conclusiones

- a) En las carpetas fiscales que se encuentran en apelación de sentencia en la Cuarta Fiscalía Superior Penal del distrito fiscal de Huánuco, asignados al autor del presente artículo, entre procesos complejos y comunes la cantidad de sesiones y la duración de audiencia de juicio superan el plazo razonable y el tiempo establecido por ley.
- b) En las carpetas fiscales que se encuentran en apelación de sentencia en la Cuarta Fiscalía Superior Penal del distrito fiscal de Huánuco, asignados al autor del artículo, se confirma el uso infrecuente de las convenciones probatorias.
- c) Las consecuencias del uso infrecuente de las convenciones probatorias están reflejadas en la cantidad y la duración de sesiones de audiencia de juicio. Esta situación procesal vulnera los principios de economía y celeridad procesal.

- d) En los procesos pendientes de pronunciamiento de segunda instancia existe la posibilidad que el juzgador ordene llevar a cabo un nuevo juicio oral en la cual se discutan nuevamente hechos no controvertidos producto del uso infrecuente de las convenciones probatorias reincidiendo en la vulneración de los principios de economía y celeridad procesal.
- e) En el presente artículo, se utilizaron solo las carpetas asignadas al autor de este artículo. Estas se encuentran en apelación de sentencia en la Cuarta Fiscalía Superior Penal del distrito fiscal de Huánuco. Para un análisis macro, es conveniente ampliar la muestra con las carpetas fiscales de las demás fiscalías superiores penales.
- f) Continuar con la investigación en los despachos fiscales provinciales penales y mixtos del distrito fiscal de Huánuco para sensibilizar el uso de las convenciones probatorias y que estas sea una regla y no una excepción.
- g) Si bien el Nuevo Código Procesal Penal establece el uso de las convenciones probatorias en el plazo de diez días de notificado el requerimiento de acusación a la parte procesada, no existe una prohibición del uso de estos acuerdos durante el saneamiento probatorio o durante el plenario oral. Por tanto, el uso de las convenciones está implícito tanto en la etapa intermedia y en el juicio oral. Su aplicación podría ser considerada como una buena práctica, favoreciendo a los principios de economía y celeridad procesal.

## Referencias

- Alcócer, E. (2015). *Programa de capacitación del código procesal penal*. Incipp.
- Aniceto, M (2019). *Las convenciones probatorias y su incidencia en la celeridad procesal en la etapa de juzgamiento, en el juzgado penal colegiado del distrito judicial de Huánuco – 2018*. [Tesis de pregrado, Universidad de Huánuco] <https://n9.cl/72ud1>
- Aranzamendi, L. (2013). *Instructivo teórico-práctico del diseño y de la redacción de la tesis en derecho*. Grijley.
- Armenta, T. (2012). *Sistemas procesales penales*. Marcial Pons.
- Bermeo y Sefair (2014). *Estipulaciones probatorias*. <https://n9.cl/1j8kz>
- Bernal, J. y Montealegre, E. (2013). *El proceso penal*. Universidad Externado de Colombia.
- Castillo, L. (2014). *La prueba prohibida*. Gaceta Jurídica.
- Cubas, V. (2016). *El nuevo proceso penal peruano*. Palestra Editores.
- Del Río, G. (2017). *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. ARA Editores.
- Fernández, E. (2017). *Estipulaciones probatorias*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Frisancho, M. (2014). *El nuevo proceso penal teoría y práctica*. Ediciones legales.
- Hurtado, M. (2009). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Idemsa.
- Miranda, M. (2012). *La prueba en el proceso penal acusatorio*. Jurista Editores.
- Monroy, J. (2017). *Teoría general del proceso*. Communitas.
- Neyra, J. A. (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. Idemsa.
- Nieva, J. (2019). *Derecho procesal III proceso penal*. Tirant Lo Blanch.
- Peña, A.R. (2016). *Manual de derecho procesal penal*. Instituto Pacífico.
- Ramírez, D. M. (2017). *La prueba en el proceso una aventura intelectual*. Sánchez R Ltda.
- Reategui, N. (2019). *Aplicación de las convenciones probatorias y sus efectos en el principio de economía procesal en el Juzgado Penal Colegiado de*

*San Martín, 2019.* [Tesis de maestría, Universidad César Vallejo] <https://n9.cl/rujhm>

Rosas, J. (2018). *Derecho procesal penal*. Ceides.

San Martín, C. (2015). *Derecho procesal penal lecciones*. Inpeccp - Cenaus.

Sánchez, P. (2020). *El proceso penal*. Iustitia.

Talavera, P. (2017). *La prueba penal*. Instituto Pacífico.



ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

## REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 4, enero-junio, 2021  
Publicación semestral. Lima, Perú.  
ISSN: 2707-4056 (en línea)  
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n4.09



# Determinación judicial de la pena vista a través del fin dikelógico de la casación

## Judicial determination of the private punishment seen through the dikelological end of the cassation

**Nátaly Ugarte Molina\***

Distrito Fiscal del Cusco  
(Cusco, Perú)

nugartedj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-2607-8159>

**Resumen:** El recurso de casación fue incorporado dentro del Estado peruano el año 2004 por medio del Código Procesal Penal. Sin embargo, no existe claridad respecto a los fines que le fueron concedidos. En efecto, su procedibilidad está condicionada a la configuración de una infracción normativa —se evidencia el fin nomofiláctico y uniformador—. Pero, a través del artículo 433 del mismo cuerpo normativo se le otorga la potestad de optar por la anulación sin reenvío y pronunciarse sobre el fondo —fin dikelógico. Este último, en el marco de la jurisprudencia de las salas penales de la Corte Suprema, trasciende la valoración probatoria, para vincularse además a la determinación judicial de la pena. Aunque, la potestad de modificar el *quantum* de la misma es otorgado de manera exclusiva al juez *ad quem*,

\* Fiscal superior penal del Distrito Fiscal de Cusco.

su materialización debe ser avalada por la Corte Suprema, en atención al principio de celeridad procesal. En efecto, no tendría sentido declarar la nulidad con reenvío y someter al imputado a un nuevo juicio oral, cuando no está en cuestionamiento su culpabilidad. De este modo, se puede afirmar que es perfectamente posible invocar el fin dikelógico, para efectuar un ejercicio de determinación de pena. Ello no implica desconocer la naturaleza de la casación, como recurso extraordinario. Por el contrario, implica colocarlo al servicio de la justicia y garantía de derechos fundamentales en un contexto evolutivo, dejando atrás la casación de rasgos tradicionales.

**Palabras clave:** Corte Suprema, fin nomofiláctico, fin uniformador

**Abstract:** The cassation appeal was incorporated into the Peruvian State in 2004 by means of the Criminal Procedure Code. However, there is no clarity as to the purposes for which it was granted. In effect, its admissibility is conditioned to the configuration of a normative infringement - the nomophylactic and standardizing purpose is evident -. However, through Article 433 of the same body of law, it is granted the power to opt for annulment without remand and to rule on the merits - dikelological purpose -. The latter, in the framework of the jurisprudence of the Criminal Chambers of the Supreme Court, transcends the evidentiary assessment, in order to be also linked to the judicial determination of the sentence. Although the power to modify the quantum of the award is granted exclusively to the Judge, its materialization must be endorsed at the level of the Supreme Court, in accordance with the principle of procedural celerity. Indeed, it would not make sense to declare the nullity with remand and submit the accused to a new oral trial, when his guilt is not in question. Thus, it can be stated that it is perfectly possible to invoke the dikelological purpose in order to carry out a penalty determination exercise. This does not imply disregarding the nature of cassation, as an extraordinary remedy. On the contrary, it implies placing it at the service of justice and the guarantee of fundamental rights, in an evolutionary context, leaving behind the cassation of traditional features.

**Key words:** Supreme Court, nomophylactic purpose, uniformising purpose

RECIBIDO: 2/05/2021

REVISADO: 26/05/2021

APROBADO: 26/06/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

## 1. Introducción

Al revisar el artículo 141 de la Constitución de 1993, se verifica que las salas de la Corte Suprema asumen dos roles: pueden fallar como última instancia o como corte de casación. En materia penal, el primer supuesto se hace viable

a través del recurso de nulidad, que pese a ser extraordinario, es utilizado para garantizar el derecho a la pluralidad de instancias.

Este recurso, tal como se presenta en la práctica judicial, permite que las salas penales supremas se pronuncien no solo en los casos en que se cuestiona la valoración probatoria, sino también en aquellos en que el debate está centrado en la determinación de la pena. La controversia se presenta al revisar los supuestos en que se puede declarar la nulidad, regulados en el artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, si se toma en cuenta que, de una interpretación literal de los mismos, se concluye que están asociados a infracciones que no incorporan la posibilidad de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Ahora bien, el recurso de casación fue incorporado al sistema normativo a través del Código Procesal Penal, sin dejar claro cuáles son los fines de la casación. En efecto, por un lado, se requiere la configuración de una infracción para que proceda —causales contenidas en el artículo 429 del Código Procesal Penal—, dejando en evidencia el fin nomofiláctico y uniformador.

Mientras que, por otro, se otorga a las salas penales supremas la posibilidad de «decidir por sí el caso». Ello implica resolver sin reenvío, lo que es completamente ajeno a los fines mencionados en el párrafo precedente. Esta potestad está vinculada al fin dikelógico de la casación. ¿Qué implica esta posibilidad? Pareciera, que debe ser entendida como la revaloración de los medios probatorios y absolver a quien fue condenado o confirmar la sentencia, sin que ello signifique olvidar los límites que impone el principio de inmediación. Y en lo que respecta a los casos en que se cuestiona la pena, no está claro si se puede modificar la que fue impuesta, al ser una pena nueva está en juego el derecho a la pluralidad de instancias.

De este modo, surge la duda respecto a ¿cuáles son los fines de la casación en el proceso penal peruano?, ¿el fin dikelógico está habilitado? Ello conduce a una interrogante general que se traduce en lo siguiente: ¿Las salas penales de la Corte Suprema pueden efectuar un ejercicio de determinación de la pena en atención al fin dikelógico de la casación?

Responder esta pregunta es, sin duda, de vital importancia, lo que no está exento de polémica. Pues, como se mencionó, a través del Código Procesal Penal se otorga a la Corte Suprema la posibilidad de emitir un pronunciamiento sin reenvío. Pero, además, el recurso de casación gira en torno a la existencia de una infracción normativa.

Con tal fin, es indispensable dar cuenta del origen de la casación —no obstante, de manera puntual— pues ello permitirá entender, con objetividad, en qué contexto se incorpora dentro de nuestro sistema normativo, y si

existen matices que hacen a este recurso diferente. Solo de esta forma es posible determinar el rol que tienen las Salas Penales de la Corte Suprema, y cuáles son los límites que debe tener su actuación cuando deben resolver un recurso de casación.

En este contexto, la determinación de la pena desempeña un papel fundamental, pues si bien, se está frente a una cuestión de fondo, no es lo habitualmente reclamado en los procesos penales, como sí lo es la valoración que en las instancias de mérito se hace de la prueba —absolución de cargos—. Y al ser una cuestión vinculada al derecho a la libertad es importante clarificar esta situación, pues será a nivel de la Corte Suprema que se tomará una decisión determinante para quien está siendo procesado. Sin perder de vista, lo que significaría un nuevo juicio oral destinado a lograr un nuevo pronunciamiento que gire de manera exclusiva sobre la pena impuesta.

## 2. Breve referencia histórica

La casación se origina en Francia —aunque hay quienes consideran que existen otros antecedentes—. En esta línea, Paz (s.f.) señala que a nivel doctrinario se presenta una coincidencia absoluta respecto a que su punto de partida es la Revolución francesa. Con la atingencia que el mismo autor manifiesta que apareció con anterioridad «como una necesidad política del soberano» y con posterioridad en el marco de «la separación de poderes».

Delgado es otro autor que se pronuncia en este contexto, cuando hace referencia a la evolución de la casación en España. De manera concreta, cita a Nieva, quien atribuye a la casación española ideas inspiradoras que se encuentran en «la *supplicatio* del Derecho romano de la época del Imperio o, especialmente, en la querrela *nullitatis* del Derecho común y del Derecho estatutario italiano, cuya estructura procesal era muy similar a la del recurso de casación» (2009, p. 347). Empero, considera la necesidad de aceptar el origen francés.

Admitida esta tesis, se puede manifestar que la casación tenía naturaleza política en un inicio. A través de este recurso, se buscó crear un órgano destinado a vigilar de manera «efectiva» al Poder Judicial. La intención se tradujo, únicamente, en impedir intromisiones en el Poder Legislativo. Estaba descartada la posibilidad de evitar que se produjeran «invasiones recíprocas entre los tres poderes» (Hualde, 2017, p. 177).

De ello se deriva que el primer Tribunal Casacional no era un órgano jurisdiccional. Lo único que se le estaba permitido era declarar la nulidad de la sentencia puesta en su conocimiento —función negativa—, para luego reenviar el expediente al juez que la dictó y se pueda pronunciar nuevamente. Era posible una segunda casación en los casos en que se ratificaba la decisión

inicial. De producirse una tercera, el tribunal debía enviar el caso al Poder Legislativo, para que efectúe una interpretación auténtica de la ley, la que sí era obligatoria<sup>1</sup>.

Entonces, se entiende que el juez debía limitarse a la aplicación literal de la ley en cada caso concreto, no estaba permitida la interpretación. Al respecto, se ha dicho de manera acertada que esta situación «vino a negar operatividad práctica al poder judicial; a la vez que la atribución al poder legislativo de esa función trajo consigo la desnaturalización del carácter general y abstracto que ha de acompañar a las normas derivadas de este poder» (Hualde, 2017, p. 178).

De este modo, la posibilidad de un pronunciamiento de fondo no encontraba asidero en las potestades de la Corte. Esta se limitaba a declarar la nulidad de la sentencia, cuando evidenciaba una contravención al texto de la ley, buscando que se emita otra, respetuosa del mismo. No en vano, Gonzales-Cuellar citando a Calamandrei, afirma que no se puede negar que originalmente el fin de la casación podía ser considerado «nomofiláctico» (s.f.).

El panorama cambia de manera radical cuando se deroga el recurso de urgencia obligatorio, debido a que lo decidido por el tribunal pasa a ser vinculante para los jueces de instancia. Las potestades otorgadas al Poder Legislativo quedan restringidas. Además, se llega a entender que la uniformidad de la jurisprudencia «es uno de los fines claves del sistema casacional» (Calamandrei, citado por Glave, s.f.).

Queda claro entonces, que «en esencia» la casación nace para responder a un interés público. Lo que se traduce en alcanzar la unidad de la jurisprudencia, y al efectuar un control normativo, dar a conocer la manera en que la ley se interpreta y aplica de manera correcta (Hurtado, s.f.).

### **3. Rol de las salas penales de la Corte Suprema en la determinación de la pena: una mirada al fin dikelógico de la casación**

Dentro del Estado peruano, el recurso de casación es de conocimiento de la Corte Suprema. Esto se deriva de la Constitución de 1979, que lo regula por medio del artículo 241: «corresponde a la Corte Suprema fallar en última instancia o en casación los asuntos que la ley señala». Repárese en que se le otorga dos atribuciones diferentes.

<sup>1</sup> Cuando se recurría al Legislativo, en los términos planteados en el párrafo precedente, se estaba frente al Recurso de Urgencia Obligatorio. Este recurso se denominaba facultativo, cuando era el propio tribunal quien tenía alguna duda.

En materia penal, la primera recae en el recurso de nulidad incorporado por el Código de Procedimientos Penales, utilizado en todos los distritos judiciales del país<sup>2</sup>.

Este código no es modificado para incluir el recurso de casación, pese a que la Constitución lo consideró en el marco de las atribuciones que otorga a la Corte Suprema. Esta última, en los términos del código en comentario, actúa como una suerte de segunda instancia. No obstante, es imposible equiparar el recurso de apelación con el de nulidad, aunque los efectos en la práctica son los mismos.

Según Doig, el Código de Procedimientos Penales de 1940 incorpora un sistema que no solo ofrece menos garantías, sino que además puede ser catalogado de «ilógico», lo que se traduce en que es «inversamente proporcional a la gravedad de la pena a imponer». En lo que se refiere a faltas y delitos que son menos graves, de competencia de los jueces penales, implementa el sistema de apelación. Mientras que habilita el recurso de nulidad, únicamente, para los delitos graves, competencia de las salas penales de las cortes superiores (2004, p. 194).

El recurso de nulidad es extraordinario. Ello se deriva de normas contenidas en el Código de Procedimientos Penales. Así, según el artículo 298, la Corte Suprema puede declarar la nulidad en supuestos concretos que demarcan los alcances de este recurso:

- a) Si durante la instrucción o durante el proceso de juzgamiento se incurre en graves irregularidades, o se hayan omitido trámites o garantías que figuran en el marco de la ley procesal penal.
- b) Si el juez no es competente.
- c) Cuando se condena por un delito que no forma parte de la instrucción o del juicio oral o no se haya tomado en cuenta para instruir o juzgar algún delito que aparece en la denuncia, instrucción o acusación.

Aunque, se habla de la imposibilidad de declarar la nulidad cuando los vicios procesales pueden ser subsanados y que ello no afecte el sentido de la resolución.

La última autora en mención, cuando se pronuncia sobre el artículo 298, considera que este recurso «no tiene más efectos que el de retrotraer el procedimiento a la estación procesal en que se cometió o produjo el vicio». Por ello, lo califica de recurso tasado y supeditado a requisitos, que, por ser

---

2 De manera concreta, es utilizado en los distritos judiciales de Lima y Lima Sur, en los que aún los procesos son tramitados bajo las normas contenidas en el Código de Procedimientos Penales. En los demás distritos judiciales, en los casos que fueron iniciados con el Código en mención.

especiales, no permiten que todos los recurrentes puedan acceder al mismo, «peculiar medio de impugnación» (2004, p. 193).

Ahora bien, en lo que respecta a la determinación de la pena, son mayores las potestades que tienen las salas penales de la Corte Suprema —no obstante, ello parezca contravenir la naturaleza de un recurso extraordinario—. En efecto, el artículo 300 del Código Procesal Penal, en casos en que el recurso es interpuesto por el Ministerio Público<sup>3</sup>, puede modificar la pena o medida de seguridad (aumentándola o disminuyéndola), cuando no correspondan en atención a la comisión del delito.

Se debe recordar, que la potestad discrecional de los jueces para determinar la pena no tenía límites —incluso de los supremos. El artículo 282 del Código de Procedimientos Penales establecía que, frente a la disconformidad entre los tres miembros del tribunal, en lo que respecta a la pena, se tenía que discutir y votar nuevamente, sobre los puntos en los que no se estuvo de acuerdo. Si durante la segunda votación se mantenía el desacuerdo, la pena intermedia es la que debía imponerse. Es decir, aquella por la que votó el miembro en desacuerdo, con los que emitieron voto por una pena superior o inferior.

Repárese, que recién el año 2013 se incorporan modificaciones al Código Penal, estableciendo parámetros objetivos a ser utilizados para la determinación de la pena.

El artículo 45 del código mencionado en el párrafo precedente, relativo a los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, antes de la entrada en vigencia de la Ley n.º 30076, disponía que el juez debía tener en cuenta tres aspectos fundamentales: las carencias sociales; la cultura y costumbres; y los intereses que pudiera tener la víctima, su familia y las personas que dependen de ella.

Mientras que el artículo 46 del mismo cuerpo normativo establecía que para determinar la pena, los jueces debían hacerlo dentro de los límites fijados por la ley. Con tal fin, correspondía tomar en cuenta tanto la responsabilidad, como la gravedad del delito cometido, siempre que no formen parte del mismo o hagan viable la modificación de la responsabilidad<sup>4</sup>.

3 Cuando son los sentenciados quienes interponen el recurso, la pena puede ser únicamente confirmada o reducida.

4 En este contexto, se debían tomar en cuenta varios supuestos: la naturaleza de la acción; los medios que se emplearon para la comisión del delito; la importancia de los deberes que fueron transgredidos; la extensión del daño producido o peligro causado; circunstancias de tiempo, modo y ocasión; los móviles y fines empleados; la pluralidad o unidad de agentes; edad, educación situación económica y medio social; la reparación que de manera espontánea hubiese efectuado del daño ocasionado; la confesión, materializada antes que sea descubierto; las condiciones personales y circunstancias que permitan conocer al agente; y la habitualidad del agente al delito.

Esta situación cambia sustancialmente a través de la Ley n.º 30076. En efecto, introduce el artículo 45-A estableciendo etapas concretas: identificación del espacio punitivo de determinación en atención a la pena prevista en abstracto y división en tres partes; determinación de la pena concreta en mérito a los tercios establecidos; y aplicación de circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas.

No se debe perder de vista que el artículo único del Decreto Legislativo n.º 1237 modifica el artículo 46 del código mencionado, especificando circunstancias atenuantes y agravantes, según las que se dispone el sistema de tercios, lo que va en sintonía con el artículo 45-A.

Es en atención a estas normas que actualmente se pronuncian las salas penales de la Corte Suprema, cuando resuelven recursos de nulidad, por los que se cuestiona la pena. Aunque ello no está exento de controversia. En efecto, no todos los jueces consideran posible aplicar el sistema de tercios, al haber sido incluido por normas emitidas con posterioridad a la entrada en vigencia del Código de Procedimientos Penales, lo ideal sería evaluar cada caso concreto, debido a que existe la posibilidad de que a través del mismo se favorezca al reo.

Por muchos años el recurso de nulidad tuvo absoluto protagonismo. Recién el 2004 nace el recurso de casación en materia penal, al haber sido incluido en el Código Procesal Penal. Lo que está en concordancia con el artículo 141 de la Constitución de 1993: «Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley»<sup>6</sup>.

El recurso de nulidad desaparece del sistema normativo vinculado al nuevo proceso penal de corte acusatorio. En este sentido, es el recurso de apelación el que permite la materialización de la pluralidad de instancias. La casación se erige como recurso extraordinario, destinado a resolver casos en los que se produce una infracción normativa<sup>7</sup>.

5 Además, incorpora al artículo 45 elementos como: el abuso del cargo utilizado; la posición económica; la formación que tiene; el poder; y el oficio, profesión o función que desempeña en la sociedad.

6 No se debe olvidar que la Corte Suprema aún se pronuncia como última instancia en el proceso por delito de función atribuido a otros funcionarios públicos.

7 Ver las causales establecidas en el artículo 429 del Código Procesal Penal. Concretamente, se puede considerar la aplicación indebida, que se presenta cuando pese a entenderse los alcances y significado que tiene la norma, es aplicada en un caso que no contempla. Por otro lado, existe diferencia entre aplicación indebida y errónea, si se toma en cuenta que esta última se genera cuando siendo la norma la que corresponde para resolver el caso, es entendida de manera equivocada, y aplicada sin que ello sea advertido (Velasco, 1994, pp. 53-54). Sin olvidar que la inaplicación de la norma implica el desconocimiento de su existencia o del valor para ser utilizada al resolver un caso concreto.

Sin embargo, existe un punto de quiebre, traducido en que la norma contenida en el artículo 433 del Código Procesal Penal permite que las salas supremas vayan más allá de la función nomofiláctica y uniformadora de la casación<sup>8</sup>.

Por un lado, se le otorga la potestad de declarar fundado el recurso, pudiendo pronunciarse por la nulidad, pero además decidir por sí el caso —la restricción se centra en que no sea necesario un nuevo debate. De optarse por la anulación sin reenvío, los jueces supremos se podrán pronunciar sobre el fondo, en la misma sentencia, dictando el fallo que reemplazará el recurrido.

En este punto, es relevante considerar lo planteado por Navarro, para quien el origen de la casación penal es «ineludible» si se busca comprender cuáles son los fundamentos de «su dogmática tradicional» en lo que respecta a la prohibición de cuestionar la valoración de la prueba realizada en la instancia correspondiente (2009, p. 237). Como se mencionó, inicialmente predominó la finalidad política de la casación: tenía preeminencia la vigencia de la ley y la uniformidad en la interpretación que de la misma se efectuaba. El interés individual, de orden procesal, estaba indefectiblemente postergado.

Es evidente que a nivel normativo no existe claridad respecto a cuáles son los fines de la casación en materia penal. Ello sin duda trasciende al ámbito de la interpretación y aplicación de la norma por parte de las salas penales de la Corte Suprema.

No en vano se ha dicho, que actualmente es difícil afirmar que la diferencia existente entre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris* pueda conservar el sentido tradicional en el marco del recurso de casación<sup>9</sup>. Lo que trasciende al fin nomofiláctico y uniformador de la jurisprudencia (González-Cuellar, s.f., p. 55).

Basta con ver la cantidad de casos que llegan a la Corte Suprema, desestabilizando el fin uniformador de la casación. Es muy usual encontrar resoluciones absolutamente contradictorias dictadas por las mismas salas. En este sentido, como afirma Navarro (2009), ya no es correcto «defender la idea de limitar el recurso a los motivos necesarios para conseguir unos

8 Tómese en cuenta lo mencionado por Delgado (2009) respecto a la casación en España, en el sentido que este recurso tiene una función en la que se destaca la defensa *ius constitutionis* —función nomofiláctica vinculada a la salvaguarda y protección de la norma, y función uniformadora de la jurisprudencia, en lo relativo a la interpretación y aplicación de la norma—. Pero, además, la defensa del *ius litigatoris*, es decir, el vinculado al derecho que tienen los litigantes. En este contexto, resalta que el unificar la jurisprudencia es «sólo un bien», al posibilitar que los ciudadanos conozcan previamente «con cierta seguridad» las reglas que serán aplicadas para resolver una controversia que se pueda presentar (p. 351).

9 Sánchez, siguiendo a Llobregad, manifiesta que no es fácil definir el recurso de casación, debido a que los ordenamientos lo regulan de diversa forma. Sin embargo, en una aproximación, resalta un aspecto importante, traducido en que la casación existe con un fin sustancial, que implica otorgar protección al derecho fundamental de igualdad al aplicar la ley.

finos que no puedan ser alcanzados plenamente». Inclusive, la eliminación de sentencias contradictorias —hecho y prueba— encuentra una barrera cuando se limita el recurso de casación a las cuestiones de derecho (p. 246).

De manera similar, se pronuncia Pastor, citado por Navarro (2009), cuando señala que la función uniformadora requiere de la participación activa de la parte procesal interesada. Los tribunales supremos no pueden ejercer el control sobre todas las sentencias que son dictadas en las instancias de mérito, cuando desempeñan su rol. La interposición del recurso de casación es el que viabiliza su pronunciamiento. Por ello, afirma, de manera acertada, que la intención de otorgar protección al derecho vigente, por medio de la jurisprudencia que nace en el marco del trabajo de los tribunales, no debe ser el objetivo esencial de este recurso, porque ello está supeditado a la voluntad de quien se siente afectado con la emisión de una sentencia. En este espacio quedan sin control las infracciones existentes, pero no recurridas (pp. 245-246).

Esta posición, evidentemente, calza con la situación actual de la casación penal dentro del Estado peruano. Existe un número considerable de recursos de casación interpuestos. Si bien, es viable siempre que se presente una infracción normativa —las improcedencias por no alegar la misma son bastante frecuentes—, ello parece no tener trascendencia, si se toma en cuenta que el pronunciamiento de las Salas Penales de la Corte Suprema va más allá.

En este contexto, no se puede omitir la existencia de puntos de encuentro con el sistema alemán y español. En el primer caso, el Tribunal de Casación puede decidir el conflicto sin necesidad de reenviarlo, lo que encuentra un límite en la imposibilidad de hacerlo sin un nuevo procedimiento. En el segundo caso, si el Tribunal Supremo decide casar la sentencia, debe resolver en base a lo que considere pertinente, se presenta un límite cuando se trata de un vicio in procedendo, que hace inevitable la devolución (Ramírez, s.f.).

Entonces, el punto neurálgico es el reenvío. Cuando se habla de determinación de la pena<sup>10</sup> se está en un espacio de interpretación y aplicación de normas de orden material, por lo que el pronunciamiento de fondo es coherente. No sin razón, aunque en atención al proceso civil, se ha dicho que el sistema del reenvío se presenta cuando la Sala correspondiente decide casar la sentencia porque se generó la vulneración del derecho que

---

10 El Código Procesal Penal atribuye esta potestad únicamente a los jueces de primera y segunda instancia. En este último caso, lo hace en atención al recurso de apelación. De manera concreta, autoriza un pronunciamiento respecto a la sanción impuesta, en términos similares al Código de Procedimientos Penales, que lo hace en consideración al recurso de nulidad. Según el artículo 425. 3. b del primer Código en mención: «También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad».

se tiene al debido proceso, o cuando se hayan transgredido las normas que son esenciales para darle eficacia y validez a los actos procesales (Velasco, 1994, p. 56).

Sin perder de vista que el reenvío a efectos de determinación de la pena, dista de la garantía del principio de celeridad procesal. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que el plazo razonable que figura en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe ser tomado en cuenta en relación al tiempo total que dura el procedimiento, hasta la emisión de la sentencia definitiva. En atención a ello, afirma que una «demora prolongada» puede significar una vulneración de las garantías judiciales. En efecto, el derecho de acceso a la justicia exige que una controversia sea resuelta en un tiempo que pueda ser calificado de razonable.

En esta línea, se pronuncia Canelo-Rabanal, citado por Jarama et al. (2019), al señalar que «la celeridad no es un concepto abstracto; muy por el contrario, es el alma al servicio de la justicia. La existencia del debido proceso se debe necesariamente a la existencia de una justicia que no puede y no debe prolongar innecesariamente la causa».

En este escenario, debe quedar proscrita la posibilidad de que una persona permanezca, por un tiempo excesivo, en estado de incertidumbre respecto a la pena que le será aplicada<sup>11</sup>, sobre todo, cuando el recurso de casación se interpone para cuestionar la determinación que de la misma se efectuó en la instancia de mérito. Se agrava la situación, en los casos en que se materializa la ejecución provisional de la pena o cuando el imputado se encuentra en prisión preventiva, y se pretende alcanzar por medio del recurso de casación una pena suspendida en su ejecución.

Los cuestionamientos respecto a la utilización del fin dkelógico, pueden trascender al espacio de valoración de la prueba<sup>12</sup>. Gimeno y Ortells, citados por Navarro (2009), se pronuncian señalando que el derecho al recurso permite que el condenado pueda pedir que la sentencia sea revisada, no solo en lo que se refiere a la aplicación de normas de orden sustantivo, como adjetivo, sino respecto al hecho que ha sido probado. Por ello, consideran que se debe efectuar una valoración de la prueba, como segunda instancia, teniendo pleno conocimiento del material probatorio aportado, lo que está

---

11 La pena es sin duda una parte neurálgica de la sentencia condenatoria. Esta determina el tiempo en el que estará restringido el derecho a la libertad de una persona.

12 Según el fundamento cuarto de la casación 276-2015/La Libertad, el Tribunal Supremo está obligado a tomar en cuenta que el material probatorio «es propio del análisis de las instancias». Sin embargo, se puede efectuar un análisis en sede casatoria, siempre que se contravengan reglas de la lógica, al efectuar el examen respectivo, o cuando se haya omitido la valoración de pruebas.

«vedado» para un tribunal de casación, por no haber presenciado la prueba directamente (pp. 242-243).

Repárese, en que asocian, de manera exclusiva, el pronunciamiento de fondo al recurso de apelación, en atención al principio de inmediatez. Ello trae a colación el recurso de nulidad instaurado por el Código de Procedimientos Penales, pues resulta bastante polémico que los supuestos del artículo 298, que viabilizan la nulidad, estén vinculados a lo que implica una infracción normativa, sin dejar espacio de manera expresa a una interpretación que permita evaluar cuestiones de fondo. Mientras que el Código Procesal Penal, al incorporar la casación, permite un pronunciamiento sin reenvío.

De este modo, se debe establecer si el ejercicio de determinación de la pena, asociado al recurso de casación, está facultado normativamente, y si es utilizado a nivel jurisprudencial. Si a nivel de la Corte Suprema se considera que es así, no se estaría frente a la dilucidación de una infracción normativa de forma exclusiva, se estaría frente a un pronunciamiento de fondo, que involucra los elementos que fueron utilizados para establecer el *quantum* de la pena —fin dikelógico. Con la atingencia, que prevalecerá la posibilidad de efectuar un pronunciamiento de fondo que se instaura normativamente, frente a la exigencia de justificar una infracción normativa, para que el recurso sea declarado procedente.

#### 4. Materiales y método

Para recolectar los datos que permiten responder las interrogantes de investigación se utiliza la técnica de análisis documental. Técnica que posibilita examinar la argumentación que figura en casaciones y recursos de nulidad, emitidos por los jueces de las Salas Penales de la Corte Suprema.

De manera concreta, se utiliza como materiales ejecutorias supremas del año 2019, que se encuentran en la página oficial del Poder Judicial. De las identificadas se seleccionaron aquellas en que la controversia gira en torno a la pena. Son tomadas en cuenta como ejemplo ilustrativo, las que ofrecen información relevante que permite observar de manera objetiva cuál es la posición de estas salas supremas respecto a la posibilidad de recurrir al fin dikelógico, para efectuar un ejercicio de determinación de la pena.

#### 5. Resultados

Las salas penales de la Corte Suprema emiten de forma permanente casaciones y nulidades, dando respuesta a diversas pretensiones impugnatorias. Si bien, lo usual es rebatir la prueba, con la finalidad de alcanzar una absolución —se pretende incluso una revaloración de los medios probatorios. También

existen casos —aunque son los menos— en que se cuestiona el *quantum* de la pena establecido.

Ahora bien, a través del recurso de nulidad los jueces supremos pueden modificar la pena. El Código de Procedimientos Penales les otorga esa potestad, lo que no puede ser discutido, pues la propia Constitución permite que la Corte Suprema falle como última instancia. De este modo, cuando llega un caso en el que es cuestionada, se puede pronunciar efectuando un ejercicio de determinación de la pena.

El Recursos de Nulidad n.º 1886-2018/Lima permite ilustrar lo afirmado. De manera específica, el recurrente cuestiona la concurrencia de la tentativa, aceptación de cargos y conclusión anticipada. El juez *ad quem* valora estas circunstancias específicas al utilizar el sistema de tercios, que es lo que cuestiona la Sala Penal Permanente acertadamente. En atención a ello, disminuye los quince años de pena privativa de la libertad, al considerar, en el fundamento quinto, que puede efectuar «un nuevo esquema de dosificación penal». La Sala reconoce de manera tangible la potestad que le otorga el Código de Procedimientos Penales.

En la misma línea, se pronuncia la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, pero a través de la Casación n.º 237-2019/Puno. Confirma la potestad que tiene de determinar la pena. Ello implica que para esta Sala está habilitado el fin dikelógico. De manera concreta, en el fundamento 6.4 señala que corresponde estimar el recurso de casación propuesto y reducir la pena en atención a la responsabilidad restringida del agente.

El ejercicio de determinación de la pena es tangible. En efecto, la Sala se pronuncia señalando que la pena mínima regulada en abstracto en el artículo 170 del Código Penal, para el delito de violación sexual, es de seis años de pena privativa de la libertad. En este contexto, al concurrir la eximente imperfecta traducida en la responsabilidad restringida, corresponde reducir la pena de manera prudencial e imponer cinco años de pena privativa de la libertad, según afirma.

En consecuencia, a nivel de la Corte Suprema, se habilita de manera tácita el fin dikelógico. Esta posición no debe ser cuestionada, incluso cuando se está frente a nueva pena sin posibilidad de impugnación. En este supuesto, el rol del máximo Tribunal de Justicia no debe estar centrado en establecer si se produjo o no una infracción normativa, que en este caso podría ser la indebida motivación. El reenvío sería más perjudicial, pues implicaría un nuevo juicio oral destinado de manera exclusiva a que se pueda determinar la pena nuevamente.

Además, es innegable que la idea inicial que se tenía respecto a los fines de la casación ha ido cambiando. El fin procesal asoma con fuerza. En palabras de Pastor citado por Navarro «las connotaciones políticas de uniformidad interpretativa no pueden prevalecer frente al interés individual y concreto del afectado por la sentencia recurrida» (p. 246).

Para reforzar lo afirmado, se puede centrar la atención en la Casación n.º 186-2019/Junín. En efecto, en el fundamento vigésimo, la Sala Penal Permanente señala de manera expresa que la sentencia de vista aplicó indebidamente normas legales sustantivas, por lo que ampara el recurso de casación interpuesto.

En tal sentido, en sus propios términos, actuando en sede de instancia, decide reformar la sanción de treinta años de pena privativa de la libertad impuesta. De manera concreta, casa la sentencia de vista, revocándola sin reenvío, imponiendo la pena de veinticinco años de pena privativa de la libertad.

La posibilidad de recurrir al fin dikelógico no se presenta en igualdad de condiciones cuando se cuestiona el *quantum* de la pena, frente a los casos en que la discusión se centra en la valoración de la prueba. En el primer supuesto su aplicación está exenta de dificultades<sup>13</sup>.

Ello se advierte de la última casación analizada. En efecto, el imputado alega como infracción normativa, la indebida interpretación y falta de aplicación de la norma contenida en los artículos 15 del Código Penal (error de comprensión culturalmente condicionado) y 22 del mismo cuerpo normativo (responsabilidad restringida por la edad).

La Sala Penal Permanente decide modificar la pena, para ello toma en cuenta el marco conminatorio abstracto. En este caso, se está frente al delito de violación sexual (al momento de los hechos la pena era no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad) y al delito de homicidio calificado (al momento de los hechos la pena era no menor de quince años de pena privativa de la libertad).

Los jueces supremos centran su atención en la responsabilidad restringida por la edad, descartando la solicitud de disminución del *quantum* de la pena basado en lo dispuesto en el artículo 15.

---

13 No se debe olvidar que la impugnación se funda en una necesidad traducida en «disminuir la posibilidad de injusticia» que tiene como base los errores que se puedan cometer judicialmente (Jordán, s.f., p. 71). Sin embargo, ello no implica aceptar la posibilidad de revisar las decisiones indefinidamente. Ello constituye algo imposible de realizar, como señala Monroy (1992), de manera acertada, es «una utopía» (p. 21).

De manera concreta, refieren que la edad del imputado fue tomada en cuenta por el juez de primera instancia para efectuar una reducción de la cadena perpetua, solicitada por el Representante del Ministerio Público, a veinte años de pena privativa de libertad.

Posición que descartó el juez *ad quem*, pues al resolver sobre el *quantum* de la pena, hace referencia a la configuración de un concurso real de delitos, sosteniendo que en ese contexto la pena a aplicarse era de treinta y cinco años —máxima pena temporal establecida en nuestro ordenamiento. Esta fue reducida, en atención a la responsabilidad restringida por la edad, imponiéndose treinta años de pena privativa de libertad.

En este contexto, la Sala Suprema considera que «no existe infracción o vulneración al aplicarse el artículo 22 del Código Penal». Su atención se centra en otra eximente imperfecta de responsabilidad penal, que es el retardo mental leve que padece el imputado, que fue indebidamente considerado como parte del error culturalmente condicionado. Además, advierte el concurso real de delitos, no tomado en cuenta.

En este escenario, considera que el ejercicio de determinación de la pena efectuado en segunda instancia no es correcto. Sustenta su posición, señalando que, al determinar la pena concreta en casos como este, se debe tomar en cuenta el procedimiento que se basa en reglas derivadas del que se denomina «'principio de acumulación'». A partir de ello, se debe producir la identificación tanto de la pena básica, como la pena concreta parcial, en atención a cada delito. Para ello, aplicará las circunstancias que repercutan «en la concreción de la pena», como si se tratara de hechos individuales, que deban ser enjuiciados de forma independiente.

Como afirma la Sala Suprema, en una segunda etapa se debió proceder a sumar las penas concretas parciales, para tener la pena concreta total del concurso. Aclara, que el juez *a quem* debió utilizar las circunstancias de disminución de pena, antes de efectuar la sumatoria de las concretas establecidas por el delito de violación sexual y homicidio calificado, no después, como efectivamente lo hizo.

De este modo, procede a realizar el siguiente ejercicio de determinación de la pena tomando en cuenta lo dispuesto en los artículos 21 y 22 del Código Penal:

**Tabla 1**

*Determinación de la pena efectuada por la Sala Penal Permanente en la casación 186-2019/Junín*

<b>Delito</b>	<b>Pena establecida</b>
<b>Violación sexual</b>	Partiendo del mínimo legal previsto de treinta años de pena privativa de la libertad, se deben reducir seis años por cada una de las circunstancias de disminución de la pena -artículos 21 y 22 del Código Penal. La reducción total asciende a doce años de pena privativa de la libertad. Siendo la pena concreta parcial dieciocho años de pena privativa de la libertad.
<b>Homicidio calificado</b>	Partiendo del mínimo legal previsto de quince años de pena privativa de la libertad, se deben reducir seis años por cada una de las circunstancias de disminución de la pena —artículos 21 y 22 del Código Penal. La reducción total asciende a ocho años de pena privativa de la libertad. Siendo la pena concreta parcial siete años de pena privativa de la libertad.
<b>Sumatoria</b>	La pena que deriva del concurso real, asociado a los delitos de violación sexual y homicidio calificado es de veinticinco años de pena privativa de la libertad.

Como es evidente, la Sala Penal Permanente contaba con todos los elementos para determinar la pena. Incluso su trabajo fue más técnico, en tanto se utilizaron todas las herramientas contenidas en el Código Penal —se visualiza un manejo adecuado de las circunstancias atenuantes privilegiadas. Por ello, se reafirma la posibilidad de resolver sin reenvío.

## 6. Discusión

La Constitución de 1993 otorga a la Corte Suprema la potestad de pronunciarse en última instancia y en mérito al recurso de casación. Aunque el rol que le otorga en ambos supuestos no está claramente diferenciado, pues del texto del artículo 141 no se desprende cuáles son los fines de la casación. Si bien, el nomofiláctico y uniformador están presentes indefectiblemente, existe el fin dikelógico, que se desliza a través de normas de rango legal y la jurisprudencia de las salas penales de la Corte Suprema.

En el caso de la determinación de la pena, la infracción que podría ser alegada para interponer un recurso de casación, estaría vinculada a la aplicación indebida, errónea interpretación o falta de aplicación de normas contenidas en el Código Penal. La evaluación de una debida motivación juega un rol fundamental, pues a través de ella se evidencia lo antes señalado.

En definitiva, a nivel de la Corte Suprema se considera posible la modificación de la pena impuesta. Aunque ello implique equiparar el recurso de casación al de nulidad, que es lo que la jurisprudencia de sus salas penales deja en evidencia.

En concreto, en el recurso de nulidad que se analizó en los párrafos precedentes, se habla de la posibilidad de efectuar un nuevo esquema de dosificación penal. Pronunciamiento que va en la misma línea del que figura en la Casación n.º 237-2019/Puno y la Casación n.º 186-2019/Junín. En efecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema señala que puede reformar la sanción, actuando en sede de instancia.

Por ello, se puede afirmar que el fin dikelógico de la casación, a efecto de determinar judicialmente la pena, es incorporado dentro del sistema por medio de la jurisprudencia de sus Salas Penales. Queda aún la incertidumbre normativa respecto a los fines de casación penal, si se toma en cuenta que el Código Procesal Penal introduce como requisito para declarar procedente el recurso, la existencia de una infracción a la norma, pero al momento de resolver, autoriza un pronunciamiento sin reenvío. Así, queda en evidencia, que el interés privado se conecta con la intención de satisfacer la finalidad pública de la casación.

## 7. Conclusiones

A nivel constitucional, se otorga a la Corte Suprema la potestad de fallar en casación, la que está vigente desde el año 1979. Sin embargo, es incorporada recién con el Código Procesal Penal de 2004. Por ello, las Salas Penales de la Corte Suprema se abocaron al recurso de nulidad, actuando como una suerte de segunda instancia por mucho tiempo, lo que incluso se mantiene en la actualidad, en relación a los casos en que aún se viene aplicando el Código de Procedimientos Penales.

Si bien, el propósito del recurso de nulidad estuvo claramente establecido por medio del código mencionado. Los fines de la casación nunca lo estuvieron a nivel normativo. Ello se refleja en la jurisprudencia de las salas penales de la Corte Suprema, cuando su pronunciamiento va más allá de los fines nomofiláctico y uniformador, para centrar su atención en cuestiones vinculadas al caso concreto, fin dikelógico. En este escenario, se plasma de manera tangible la evolución del recurso de casación.

Lo afirmado se sustenta en que el Código Procesal Penal incorpora normas que siembran una duda respecto a cuáles son los fines de la casación penal dentro del Estado peruano. Por un lado, obliga al recurrente a justificar la existencia de una infracción normativa, como requisito indispensable para dar viabilidad a la interposición de este recurso. Mientras que, por otro lado,

permite un pronunciamiento sin reenvío, lo que obliga al tribunal supremo a revisar cuestiones de fondo, sin que ello pueda estar desvinculado de la determinación de una correcta interpretación y aplicación de la norma.

Así, lo han entendido las salas en mención en lo que respecta a la determinación de la pena. En efecto, no es usual que se produzca el reenvío — indebida motivación. La pena es modificada utilizando todas las herramientas que otorga el Código Penal, como si se tratara del juez *a quo* o juez *ad quem*. Lo que permite equiparar el recurso de nulidad al de casación en este punto.

Es evidente que los fines uniformador y nomofiláctico van de la mano con el dikelógico. Se puede incluso afirmar que este último está quitando protagonismo a los dos primeros.

Queda claro entonces, que sí es posible aplicar el fin dikelógico de la casación, sin dificultad alguna, cuando se cuestiona la determinación de la pena efectuada. El principio de celeridad procesal justifica esta posibilidad. Además, que el juez supremo contará con elementos para justificar su posición de manera idónea.

## Referencias

- Congreso de la República del Perú (1939, noviembre 23). Código de Procedimientos Penales (Ley n.º 9024).
- Congreso de la República del Perú (1991, abril 3). Código Penal (Decreto Legislativo n.º 635).
- Congreso de la República del Perú (1979, julio 12). Constitución de 1979.
- Congreso de la República del Perú (1993, diciembre 29). Constitución de 1993.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 12. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>
- Corte Suprema de la República. (2019, junio 17). Recursos de Nulidad n.º 1886-2018/Lima
- Corte Suprema de la República. (2020, octubre 13). Casación n.º 186-2019/Junín.
- Corte Suprema de la República. (2020, septiembre 2). Casación n.º 237-2019/Puno.
- Delgado, J. (2009). Historia de la Casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII*. Segundo semestre, 345-367.
- De León, H. (s.f.). *El recurso de casación penal* (tesis de doctorado). Universidad Autónoma de Barcelona.
- Doig, Y. (2004). *El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación*. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2004\\_10.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2004_10.pdf)
- Glave, C. (s.f.). *El recurso de casación en el Perú. Derecho y sociedad*. (38), 103-110.
- González-Cuellar, N. (s.f.). *Los fines de la casación en el proceso civil*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552472>
- Hurtado, M. (s.f.). *La casación penal*. <https://fideley.es.tl/La-casaci%F3n-civil.htm>
- Hualde, I. (2017). Algunas consideraciones sobre el Tribunal y el recurso de casación civil francés. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. (9) 1, 161-214.

- Jarama, Z., Vásquez, J., y Durán, A. (2019). El principio de celeridad en el Código Orgánico General de Procesos, consecuencias en la audiencia. *Universidad y Sociedad*. 11 (1), 314-323.
- Jordán, H. (s.f.). Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: Una visión desde la perspectiva de la efectiva tutela jurisdiccional. *Foro Jurídico*. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18379/18621/>
- Monroy, J. (1992). Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil. *Ius Et Veritas*, 3(5), 21-31.
- Navarro, J. (2009). El recurso de casación penal. Nuevos enfoques. *IUS*, (24), 236-253.
- Paz, C. (s.f.). *El recurso de casación civil: antecedentes históricos y perfil actual*.
- Ramírez, M. (s.f.). ¿Casación o recurso de nulidad? *Ius et Veritas*. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15402>
- Recursos de Nulidad n.º 1886-2018/Lima
- Sánchez, A. (2017). La casación de oficio en la reciente doctrina jurisprudencial. *Análisis y comentarios de las principales sentencias casatorias en materia penal y procesal penal*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Velasco, F. (1994). La casación civil. *Derecho*. (48), 51-56.



ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

## REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 4, enero-junio, 2021  
Publicación semestral. Lima, Perú.  
ISSN: 2707-4056 (en línea)  
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n4.10



# El tratamiento de la prueba testimonial y su relación con la intermediación en el proceso penal

The treatment of the testimonial evidence and its  
relation to the intermediation in the criminal process

**Jesús Gregorio Gavilán Pariguana\***

Distrito Fiscal de Tacna  
(Tacna, Perú)

[jgavilandj@mpfn.gob.pe](mailto:jgavilandj@mpfn.gob.pe)

<https://orcid.org/0000-0001-7600-3564>

**Resumen:** Las pruebas testimoniales significan un aporte valioso al proceso penal. Su uso, por tanto, es recurrente y generalizado. Pese a tales características y por lo general, la prueba testimonial no es valorada correctamente en las instancias judiciales, toda vez que se recurre a parámetros intuitivos y subjetivos. La génesis de dicha deficiencia viene de una concepción persuasiva de la prueba que se encuentra muy arraigada en nuestros sistemas judiciales. Por tal motivo, el contenido del principio de intermediación es sobredimensionado. Deja de ser considerado un instrumento para garantizar la correcta contradicción de las partes y es puesto como un

\* Fiscal adjunto de la Fiscalía Provincial Especializada en Materia Ambiental de Tacna. Magíster en Derecho con Mención en Ciencias Penales por la Universidad Privada de Tacna.

fin del proceso, en sí mismo. La adscripción a dichos parámetros es utilizada como una válvula de escape a la motivación judicial y a su revisión, en tanto que la racionalidad y el carácter epistemológico que han de guiar el discurrir del proceso son reemplazados por un cóctel de percepciones subjetivas, una suerte de olfato e intuición. El presente trabajo tiene como objeto el plantear un debate en torno a la necesidad de redefinir los alcances actuales del principio de inmediación y su relación con la prueba testimonial, de cara a disminuir la arbitrariedad que se viene dando en el campo probatorio.

**Palabras clave:** intermediación, prueba, testimonio, apelación

**Abstract:** The testimonial evidence means a valuable contribution to the criminal process. Its use, therefore, is recurrent and widespread. Despite these characteristics, and in general, testimonial evidence is not correctly evaluated in court, since intuitive and subjective parameters are used. The genesis of this deficiency comes from a persuasive conception of the evidence that is deeply rooted in our judicial systems. For this reason, the content of the immediacy principle is oversized. It is no longer considered an instrument to guarantee the correct contradiction of the parties and is put as an end of the process, in itself. The ascription to these parameters are used as an escape valve to judicial motivation and its revision, while the rationality and epistemological character that must guide the course of the process are replaced by a cocktail of subjective perceptions, a luck of smell and intuition. The purpose of this work is to raise a debate around the need to redefine the current scope of the principle of immediacy and its relationship with testimonial evidence, in order to reduce the arbitrariness that has been occurring in the evidentiary field.

**Key words:** immediacy, evidence, testimony, appeal

RECIBIDO: 2/05/2021

REVISADO: 26/05/2021

APROBADO: 26/06/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

## 1. Introducción

Dentro de los claustros y foros de las facultades de Derecho, en todo el país, es ya repetido aquel refrán que señala «...mientras la realidad corre, el Derecho camina». Y es que, en la práctica judicial, fiscal y sin duda también de la defensa técnica, en repetidas ocasiones se ha advertido cómo los instrumentos normativos con los que se cuenta (códigos, leyes, reglamentos, etc.), resultan insuficientes o hasta desfasados para la solución de la problemática fáctica que se les presenta.

Esto no obedece necesariamente a que el instrumento normativo haya sido dictado con el fin de poner trabas o entorpecer la administración de

justicia al momento de resolver determinado caso. Por el contrario, ocurre en que muchas veces estos instrumentos han sido dados en base a un contexto jurídico que en la actualidad ha dejado de ser vigente, ya sea por el avance social o científico sobre la materia que se pretendía regular.

Dicho fenómeno de desfase de instrumentos normativos y de las prácticas jurisprudenciales se viene repitiendo en nuestro proceso penal, específicamente, en lo que al análisis y tratamiento de la prueba testimonial se refiere. Y es que, como antecedentes, tenemos que el aspecto probatorio se ha venido tratando de forma artesanal, encumbrando a la convicción judicial, como objeto final del proceso penal, envolviéndolo como en épocas pasadas, de manifestaciones cargadas de subjetividad y sin base racional.

Son conocidas las prácticas probatorias dadas en la época del oscurantismo, donde se recurría muchas veces a las ordalías, al fuego y a torturas, de cara a que el ente divino develara la verdad; hasta después de los desarrollos de la ilustración, en donde se promovió la separación de los aspectos estatales (del que forma parte la administración de justicia), y la Iglesia, que propugnaron una valoración libre de la prueba por parte del juzgador.

No obstante, los avances de dicha época no permitieron un mayor desarrollo de la prueba, donde siguió primando la prueba enfocada como un mero procedimiento de convencimiento judicial. De ahí que surjan corrientes aún vigentes hoy en día como en el orbe del *common law*, como la denominada teoría persuasiva de la prueba, que, en resumidas cuentas, apunta a que lo verdadero es lo que finalmente el juez considera o cree como tal.

La subjetividad en la apreciación de la prueba, según demuestran autores como Jordi Ferrer Beltrán y Vitor de Paula Ramos, seguía y sigue siendo latente en las decisiones judiciales, en tanto que la convicción judicial resulta un fuero inexpugnable, ajeno a la fiscalización y control. Se otorgaba al juzgador un grado de discrecionalidad muy abierto, casi cercano a la arbitrariedad, exonerándolo de desarrollar y de plasmar aquellas razones —objetivas— que lo llevaba finalmente a decidir de tal manera.

Sin embargo, en los últimos años se ha venido produciendo importantes avances en cuanto al tratamiento de la prueba testimonial. Ello debido a los aportes efectuados principalmente por la epistemología jurídica y la psicología del testimonio. Estos surgen como antítesis, a aquel tratamiento probatorio de carácter subjetivo que se venía y viene dando en muchas latitudes judiciales, y con el fin de reemplazarlo por un ejercicio de razonamiento inductivo que sea pasible de ser contrastado, verificado y controlado.

De Paula (2019) afirma:

La ciencia y la epistemología han avanzado mucho durante el último siglo y es de suma importancia que el derecho se centre en analizar la calidad de los procedimientos y las decisiones cuyo objetivo es conocer los hechos que han sucedido, impulsando formas más acordes con la búsqueda de la verdad. Mediante la epistemología, por ejemplo, se estará en condiciones de debatir la posibilidad y la pertinencia de presumir como verdadero lo que diga un testigo. Con el análisis científico, sobre todo de la psicología del testimonio y de estudios sobre la percepción humana se podrá valorar bajo qué condiciones (si es que las hay), podríamos confiar en la información que obtenemos de la prueba testifical y los errores a los que estamos sujetos cuando procedemos de ese modo. (p. 37)

Conforme desarrollaremos en el presente artículo, veremos que, pese a la reforma procesal penal iniciada hace algunos años en nuestro país, parecen persistir en nuestra cultura jurídica, algunos tratamientos clásicos, artesanales o subjetivos de la prueba penal testimonial; básicamente compuestos de prejuicios, sesgos y prácticas automatizadas. Se parte de una posición sobredimensionada del principio de inmediación, producto de una concepción persuasiva de la valoración de la prueba, hasta dejar un gran margen de discrecionalidad al juez, blindando su decisión de cualquier intento de revaloración o corrección.

Tal facultad omnipotente en el tratamiento de la prueba testimonial resulta inconcebible con los postulados de un estado democrático, que surgieron precisamente para contrarrestar la existencia de una función o poder ilimitados, cualquiera sea su naturaleza; encumbrando la razón por sobre todo. Resulta ilustrativo lo señalado por Rivera (2011) quién refiere que: «Para alcanzar esto debe haber un sistema que efectivamente exija la racionalidad de la decisión y que esa racionalidad pueda ser controlada por instancias superiores» (p. 383). Es, por tanto, paso previo e imprescindible para dicho cometido desterrar algunos mitos respecto a la —estrecha y esencial— vinculación del principio de inmediación con la apreciación de la prueba testimonial. Por ello, Igartua (2018) señala que el cambio de horizonte que implica el tránsito del veredicto inmotivado a la sentencia motivada afectaría de lleno a la inmediación, puesto que el carácter tan arraigado de esta última, ha conllevado a que se sostenga la existencia de decisiones inmunes de control.

Los problemas que en la práctica forense se presentan en este ámbito, como vemos, aluden al principio de inmediación, como fundamento para avalar la exclusión de un control sobre la justificación de la suficiencia de la prueba testimonial. Por tanto, el presente trabajo tiene como principal objetivo plantear un esbozo de discusión respecto al tratamiento erróneo que se viene dando a la prueba testimonial, ahondando en sus orígenes de

cara a presentar criterios objetivos (verificables y controlables) que permitan su racionalización.

En razón a lo señalado, en el artículo se desarrollarán primero, algunos conceptos relacionados a la prueba y sus concepciones, el principio de inmediación y el testimonio, la relación de estas dos últimas. Finalmente, se mostrarán los resultados obtenidos, la discusión y las conclusiones a las que arribamos.

## 2. Materiales y métodos

El estudio se realizó en la dogmática nacional y extranjera, en nuestra legislación procesal penal y el tratamiento jurisprudencial en torno a la inmediación, la prueba testimonial y su revisión. Ello con el fin de contribuir al debate en torno a estas principales figuras y resaltar la necesidad de darles un tratamiento distinto, de cara a establecer y permitir un análisis racional de la prueba testimonial y consecuentemente hacer idóneo y factible un control por parte de los jueces de instancias superiores. Se aplicó como método el análisis descriptivo.

## 3. Resultados

### 3.1. La prueba penal

La prueba, dice Peña (2018), es «todo medio que produce un conocimiento cierto o probable, acerca de cualquier cosa y en sentido lato es el conjunto de motivos que suministran ese conocimiento» (p. 678). Tiene como finalidad contrastar la exactitud de las tesis fácticas postuladas por las partes en el proceso, por consiguiente, la prueba es una fuente de información.

En el tratamiento de la prueba, según De Paula (2019), existen básicamente dos grandes modelos: uno subjetivo, en el que el procedimiento probatorio gira alrededor de la convicción o creencia del juez. El otro modelo es el objetivo que aspira a desplazar la figura de la creencia del juez, del centro del procedimiento de confirmación y rechazo de las hipótesis sobre los hechos. Uno renunciaría a la búsqueda de la verdad, reemplazándola con la creencia judicial, en tanto el otro, apostaría por la verdad como correspondencia.

- a) **La prueba como convicción judicial o teoría subjetiva de la prueba.** La finalidad procesal de la prueba es convencer al juez. El procedimiento será exitoso si produce un convencimiento judicial. Será verdad lo que el juez decida que es. Sitúa como señala Ferrer (2005), al juez en una posición de infalibilidad, al eliminar cualquier criterio externo a la decisión.

Como señala Rivera (2011), debe entenderse que:

La convicción judicial no es un «estado anímico de certeza», ni fruto de inspiración mística, ni soplo divino, ni un estado psicológico de trance de revelación, sino el resultado de un proceso de conocimiento que se ha logrado con la participación dialéctica libre de las partes y en su culminación se han aplicado las reglas del pensar reflexivo científico – crítico, coherente, lógico, objetivo- para formular una decisión racional. (p. 416)

Conforme a esta teoría y en palabras de Gascón (2009), la libre convicción se entiende entonces como valoración libre, subjetiva y esencialmente incomunicable e incontrolable, como una especie de momento íntimo (y casi místico) capaz de permitir la valoración discrecional y no discutible de la prueba. Y es que la valoración de la prueba se reduce a la percepciones subjetivas como las impresiones e intuiciones del propio juez y no precisamente en la prueba en sí.

Se asimilan y equiparan los conceptos de convicción judicial y prueba. En esa línea, Igartua (2018) señala que:

Mientras que la «convicción» implica un conocimiento solipista y casi inexpresable, motivar la sentencia supone un saber compartible y comunicable; mientras que la «convicción» exalta la individualidad del juzgador, la motivación se orienta a la colectividad que rodea al juez y al proceso; y mientras la «convicción» rota sobre la libertad del juez para autoconvencerse, la motivación giraría en torno a la obligación judicial de ser convincente. (p. 141)

Entre las notas definitorias de esta clase de concepción, según Ferrer (2020) se encuentran los siguientes: a) la apelación a la íntima convicción del juez como único criterio de decisión; b) exigencias de motivación muy debiles o inexistentes respecto de la decisión sobre los hechos y los que interesan por sobre todo al presente trabajo; c) La defensa de una versión muy fuerte de inmediatez, de modo que reserve casi en exclusividad al juez de primera instancia la valoración de la prueba y d) un sistema de recursos que dificulta extraordinariamente el control o revisión del juicio sobre los hechos en sucesivas instancias.

- b) **La prueba como teoría racional o modelo objetivo.** Para este modelo, De Paula (2019) asegura: «afirmar que «está probado que p» es igual a decir que «hay elementos de juicio suficientes en favor de p» (p. 31). El centro de gravedad deja de ser el convencimiento del juez, para situarse en el razonamiento probatorio de los elementos de juicio en los autos a favor de determinada hipótesis (de culpabilidad o inocencia).

El juez, en este modelo, ya no será más el centro de la actividad probatoria, en la medida en que todas las fases, admisión, práctica y valoración serán medios para lograr un fin: la búsqueda de la verdad, es decir, conocer lo que realmente sucedió, de forma objetiva. De este modo, todas las fases deberán basarse en criterios objetivos y no en la capacidad o no de convencer al juez A o a la jueza B. (De Paula, 2019, p. 32)

La principal ventaja de asumir esta segunda postura es la de reconocer la falibilidad de la decisión judicial, haciendo más viable sus correcciones en la segunda instancia. Entre las sus notas definitorias —y en contraposición a las pertenecientes a la anterior postura—, Ferrer (2020) sostiene: a) el recurso al método de la corroboración y refutación de hipótesis como forma de valoración de la prueba; b) la defensa de una versión débil o limitada del principio de inmediación; c) una fuerte exigencia de motivación de la decisión sobre los hechos; y d) la defensa de un sistema de recursos que ofrezca un campo amplio para el control de la decisión y su revisión en instancias superiores.

### 3.2. El principio de inmediación

Referiéndose a la Constitución, señala San Martín (2020) que es fuente de toda juridicidad, grandes compendios de instituciones del Estado, de metas, principios, programas y valores; destaca —siguiendo a Hakansson Nieto— que los principios pueden ser agrupados en cuatro rubros: a) Principios fundamentales del Estado; b) Principios técnico-jurídicos del ordenamiento; c) Principios inspiradores de la actuación de los poderes públicos; y d) Principios informadores del derecho. Los principios procesales estarían en este penúltimo grupo.

Siguiendo al citado juez supremo, el principio de inmediación presentaría dos planos: El primero, referido a las relaciones entre los sujetos del proceso y el segundo—que importa a los efectos de la presente investigación—relacionado a la recepción de la prueba y en las alegaciones sobre ella. Dicho principio ha sido recogido para la etapa de juicio oral, por el artículo 356 del Código Procesal Penal peruano, el cual señala que rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria.

Su fundamento recaería a eliminar toda interferencia o mediador, entre el juez o jueces que van a emitir la sentencia y las fuentes de prueba postuladas. De lo cual, según Igartua (2018), se desprendería a su vez tres consecuencias: a) la percepción directa y personal de los elementos probatorios útiles para la decisión; b) la inmutabilidad del juez; y la c) concentración procesal.

Este principio, aduce San Martín (2020), dota de:

Una posición privilegiada a la apreciación probatoria contenida en la sentencia y limita considerablemente su revisión impugnativa, la cual en este caso solo podrá analizar si los razonamientos y conclusiones son ilógicos, arbitrarios o contrarios a derechos, no puede entrar a considerar la credibilidad de las declaraciones o los testimonios prestados ante el juzgador. (...) La inmediatez es, sin duda, una garantía, pero solo de carácter instrumental, preordenada a hacer posible del contacto directo, una valoración racional de la prueba que pueda a su vez ser racionalmente enjuicada por terceros. (p. 118)

Por su parte, Rivera (2011) señala:

El principio de intermediación de la prueba impone como condición de su eficacia la intervención del juez como director del proceso, tanto al admitirla como al practicarla, manteniendo el control de la producción de la prueba, lo cual asegura su legalidad y licitud, al tiempo que hace posible una apreciación más adecuada del acervo probatorio para la decisión final. (p. 397)

Una de las consecuencias más importantes que produce este principio es que solo se podrá valorar aquella prueba que haya sido objeto de oralización y confrontación ante el juez que va a decidir la causa, en consecuencia, esta función no podrá ser delegada o comisionada a otro funcionario. Como se resalta, gracias a la intermediación, el juez ante el cual se produce la actuación probatoria, se situaría en una posición privilegiada. La inmediatez (o intermediación), es decir, el contacto inmediato del juez con la prueba, se erigió como uno de los cánones de la oralidad, apuntándose como la única salida para que el juez pudiera ser realmente «libre» a la hora de valorar la prueba (De Paula, 2019, p. 58).

Es más, el principio de intermediación es considerado como una suerte de garantía para una decisión acertada y como un límite infranqueable que el tribunal revisor no puede alterar. Por su virtud, según Gonzales (2011) se exige que: «el funcionario juzgador presencie de manera directa y personal la prueba vertida a favor y en contra del acusado y solo con fundamento en las conclusiones que le produzca dicho contacto con la realidad investigada es que puede tomar una decisión acertada» (p. 87). Agrega el citado autor, que esto traería como consecuencia que el tribunal de apelación que no ha visto ni oído la prueba solo puede incidir en cuestiones de derecho, pero nunca de hecho. La doctrina nacional, acoge también esta postura, así Rosas (2013) señala que:

Con la vigencia plena del principio de intermediación, es decir lo que él observó, desde los gestos hasta las reacciones del acusado, del agraviado, del testigo y de los peritos al momento de responder o explicar sobre los hechos, constituye una garantía plena que va a resolver con conocimiento de causa. (p. 669)

De igual forma, nuestra máxima instancia judicial se ha pronunciado en la Casación n.º 9-2007-Huaura del 18 de febrero del 2018, al señalar que «la inmediación garantiza que el juez encargado de sentenciar tenga contacto directo con las pruebas. Si el juez no oye directamente la declaración del testigo, sino que la lee de un acta, no está en condiciones —por capaz que sea— de realizar un juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho. Además, tal declaración no puede ser contraexaminada y, por tanto, sometida al test de la contrariedad. Sin inmediación la información ostenta una bajísima calidad y no satisface un control de confiabilidad mínimo, de ahí que debe proteger la inmediación del juez, pues la escritura no permite conocer directamente la prueba».

Hasta aquí, se han mostrado las principales caracterizaciones que muestra el principio de inmediación, en la concepción persuasiva de la prueba. Y es que, el citado principio recibe un tratamiento y dimensión distintos, en la concepción racional de la prueba. En esta última, el principio de inmediación es débil, no es una finalidad en sí mismo. No es un instrumento de valoración de la prueba sino un instrumento para garantizar la contradicción.

### 3.3. La inmediación en la valoración de la prueba testimonial

El testigo como fuente de prueba es aquella persona física que, sin estar relacionada a los hechos materia de imputación, alcanza sus percepciones sensoriales al juez. La oralización de estas percepciones es lo que se denomina el testimonio. Por su parte Mixan Mass (1991), considera que el testimonio consiste en «la atestiguación oral, válida, narrativamente hecha ante la autoridad competente que investiga o juzga, producida sobre aquello que es inherente al *thema probandum*, con sujeción a la prescripción procesal pertinente, por una persona natural sin impedimento natural ni legal, citada o concurrente *motu proprio*» (p. 285).

La inmediación y la supuesta posición privilegiada en que coloca al juez respecto a la prueba han sido hasta, hoy en día, los principales argumentos para rebatir cualquier intento de control y fiscalización sobre el mérito probatorio, dada a la prueba testimonial en primera instancia.

Y es que, como afirma Igartua (2018) que:

Suele servir para legitimar sentencia que de hecho emplean incluso menos información que las verbalizaciones transcritas en las actas. Semejante perversión pasa desapercibida porque la «inmediación» ha sido colocada en la órbita de ese astro rey que es la «convicción» (judicial). Pero hora es de tomar la saludable determinación de liquidar las ideas muertas del siglo XVIII dando el adiós a otra época e instalando a la «motivación» en el trono vacío. (p. 141)

De igual manera, Ibañez (2007) manifiesta que:

La práctica de la intermediación en el tratamiento de las pruebas personales ha sido peligrosamente contaminada por el modo irracionalista de concebir el principio de libre convicción. En efecto, entendido este como forma de captación emocional o intuitiva de lo expresado por la prueba, como una suerte de contacto con lo inefable, la audición y valoración de las manifestaciones del imputado y de los testigos solo podrían producirse en ese ámbito de apreciación y de forma que hace imposible cualquier pretensión de racionalizar u objetivar tal proceso de obtención de conocimiento y la justificación de los resultados. (p. 156)

Precisamente, estos autores se muestran críticos a dar un tratamiento sobredimensionado a la intermediación, en tanto concebida desde el plano de la prueba como persuasión o convicción, abriría una zona de imposible fiscalización por parte de quien no hubiera participado, y en idéntico plano de proximidad de la misma singular experiencia, por ejemplo los tribunales de segunda instancia.

Y es que según la concepción persuasiva de la prueba que defiende un principio de intermediación fuerte, el juez con tan solo ver la cara al testigo, observar sus ademanes, su tono de voz, su nerviosismo, tartamudeo, podía determinar si era o es fiable. En la mayoría de nuestros sistemas judiciales, en el que se incluye el nuestro, se subestima desde un inicio la percepción directa de la prueba, la verdad o la mentira, circunscribiéndolas a circunstancias solamente subjetivas.

Se considera que el juez, al tener un contacto directo con el testigo, podrá tener un control sobre todos los problemas de la prueba testifical, puesto que el juez, con su «prudente arbitrio» podrá valorar la prueba testifical «de conformidad con el conocimiento que los testigos muestren tener sobre los hechos» (De Paula, 2019, p. 61). Autores como Cerda (2003) sostienen que la intermediación colocaría en un grado epistemológicamente superior al juez de primer instancia, quien «gracias» a su contacto directo con el testigo producirá en él un tipo de conocimiento más puro del que puede alcanzar un tribunal superior, que solo tendría a su disponibilidad lo escrito, mas no lo verbalizado, oído, ni observado. Esto conlleva a que el tribunal superior no se encuentre en la capacidad de cuestionar lo valorado por este. Ello es un carácter ínfimo y propio de la concepción persuasiva de la prueba.

Esta relación viene dada con la percepción —a través de la intermediación— de aquellas características no verbales del testigo (nerviosismo, llanto, muecas, movimiento de las manos, enrojecimiento de las mejillas, etc.). Todos estos indicios, según los acérrimos defensores de este principio, permitirían al juez llegar a una convicción racional al juez respecto a la verosimilitud o no de lo dicho por el testigo. Sin embargo, como veremos más adelante, ni estas características fisiológicas son sinónimo de veracidad o falsedad, ni el juez

se encuentra en la capacidad técnica (psicológica o médica) de interpretar sólidamente estos signos no lingüísticos, mucho menos de fundamentar una sentencia basada siquiera en dichos datos.

Como escribe Lacoviello, la intermediación, deja de ser una técnica de formación de las pruebas, para convertirse en un método para el convencimiento del juez. Señala Talavera (2017) que «la intermediación se convierte en una suerte de blindaje del juicio, de coartada o vía de escape del deber de motivar y con ello en peculiar garantía de irracionalidad del enjuiciamiento» (p. 128).

Con razón Abellán (2009), señala que:

Si la convicción del juez es el resultado de su exposición directa al material probatorio (a través de la cual se da cuenta si el testigo tiembla o titubea, si duda o está entero, y –mediante todo ello si dice la verdad o miente), entonces esa convicción no es susceptible de exteriorización ni por consiguiente de motivación y control. (p. 101)

De igual manera, Ibañez (2007) magistralmente reseña:

En efecto, la intermediación, la relación de proximidad témporo-espacial utilizada reflexivamente como medio de captación de datos efectivamente observables para hacerlos objeto de valoración racional explícita será, qué duda cabe, fuente de conocimiento asimismo racional, y, como tal, susceptible de verbalización y de valoración intersubjetiva, esto es accesible a la crítica de terceros. En cambio, tomada como forma de percepción íntima de un lenguaje gestual, subliminalmente emitido (y diríase que también recibido), fuentes de datos esenciales y, sin embargo, tenidos por no expresables con palabras y por incomunicables de otro modo que el implícito en el sentido último de la decisión, la intermediación se convierte en una suerte de blindaje del juicio, de coartada o vía de escape del deber de motivar. Y con ello peculiar garantía de irracionalidad del enjuiciamiento. (p. 159)

En algunas ocasiones, se utiliza el principio de intermediación para rehuir al derecho a la debida motivación y ello resalta aún más en las instancias superiores, quien refiere carecer de dicho principio y por tanto estar proscritos o vedados de realizar un control sobre el análisis probatorio de lo resuelto en primera instancia. Ello parte, según Rivera (2011), de sobredimensionar la intermediación, de suerte que sea utilizado como un refugio o mecanismo, que impida el control de la racionalidad judicial. En base al citado principio, se otorga al órgano de instancia un poder prácticamente omnímodo, incontrolable e ilimitado en materia de valoración fáctica, que en un Estado social constitucional y democrático, es simplemente inconcebible.

Muchos sectores acogiéndose a este criterio, postulan la imposibilidad del control sobre la decisión judicial concerniente a la valoración de la prueba, quién en base a dicha apreciación, tendría absoluta libertad. Postura

que además ha sido recogido en nuestro Código Procesal Penal, que en su artículo 425, numeral 2, señala: «(...) La sala penal superior no puede otorgar valor diferente probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia».

Esto encuentra correspondencia con la mayoría de pronunciamientos judiciales en nuestro país. Así, por ejemplo, en la Casación n.º 385-2013-San Martín, se señala que «en segunda instancia, respecto a la labor de valoración de la prueba personal, debemos tener en cuenta que el *ad quem* solo puede valorar los medios probatorios que se actuaron ante él, ello en virtud del principio de inmediación. Dicho de otro modo, las pruebas personales que fueron actuadas con inmediación en primera instancia no pueden ser revaloradas por el *ad quem*, lo que significa que este órgano debe respetar el mérito o conclusión probatoria realizada por el *ad quo*.» De igual forma, en la Casación n.º 1773-2018-Lambayeque se establece que «el órgano de apelación tiene una restricción en su poder de revisión probatoria, circunscrita a la prueba actuada en la instancia de apelación y a la prueba no personal. Sin embargo, la prohibición de revaloración probatoria es más extendida tratándose de la prueba personal en primera instancia, cuyo sentido probatorio no puede ser modificado en segunda instancia, por exigencias del principio de inmediación. De acuerdo con este principio, la actividad probatoria debe desarrollarse en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados en el proceso, que le permitirá ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria».

Y es aquí donde la nueva psicología del testimonio ha dado uno de sus mas grandes aportes: el desmitificar, el hecho de que con la mera oralidad e inmediación y por arte mística, el juez va a estar en condiciones de escudriñar en las mentes humanas y por tanto de establecer si un testigo miente o no. Esta psicología, afirma Mora (2020), ha desmitificado la suficiencia de elementos conductuales externos para determinar la fiabilidad de un testimonio. Diges (2016), afirma con respecto a quienes piensan que las intenciones de un testigo se reflejan en signos externos observables, que:

Ni la cara (ruborizarse, palidecer, mirar a los ojos o no, mirar a la izquierda o derecha, como erróneamente afirma la programación neurolingüística), ni los gestos de manos, pies o la postura del cuerpo en general; ni desde luego los datos fisiológicos que proporciona el polígrafo, son indicadores fiables para disinstguir más allá del 50 % (el nivel delazar) entre verdad y mentira. Solo el análisis del contenido de la declaración añade un poco mas de precisión en la discriminación (p. 22).

Concordante a su vez con lo señalado Ferrer (2020), quien refiere que:

La idea misma de evitar la participación de intermediarios en la trasmisión de la información aportada por las pruebas al juzgador está dirigida a ofrecerle a este la percepción directa de esa información. Esa percepción no podrá ser puesta en cuestión evidentemente por quien no haya tenido la misma relación directa con las pruebas. Sin embargo, una adecuada concepción del razonamiento probatorio, compatible con la concepción racionalista de la prueba y con el derecho fundamental al debido proceso, exige limitar el alcance de la intermediación a la estricta percepción de la práctica de la prueba y no a las inferencias probatorias que de esa percepción se extraen (p. 293).

Se cierra la posibilidad de un control y revisión sobre el mérito probatorio dada a la prueba testimonial, escudándose en el sagrado principio de intermediación. En relación a ello, afirma Nieva (2010) que «los tribunales de segunda instancia y casación han abusado tremendamente del valor de la intermediación (...). Argumentan los tribunales que no pueden valorar aquello que no han visto, y de ese modo prescinden de todas las declaraciones de personas» (p. 347).

Afirmar que el órgano jurisdiccional de segunda instancia no está en condiciones de valorar una prueba que no ha presenciado directamente es consagrar una confusión sobre dos aspectos: a) sobre la prueba y lo que se conoce; y b) sobre la intermediación (Rivera, 2011, p. 412).

Por tanto, es necesario empezar a desmitificarse el principio de intermediación. Como magistralmente señalan Igartua (2018) y Ferrer (2020), la intermediación no lo es todo y que la actividad probatoria se basa también en un complejo juego de inferencias lógicas y no solo de percepciones muchas veces subjetivas.

#### 4. Discusión

Hemos desarrollado cuáles son las consecuencias de adoptar una concepción persuasiva de la prueba en torno a la prueba testimonial y cómo es que finalmente se distorsiona el carácter de la intermediación. Tal situación no ha sido ajena en nuestro sistema procesal penal peruano. El legislador, siguiendo a los clásicos postulados, insertó una cláusula, que limita el control y la revisión del valor probatorio del testigo otorgado por el juez de primera instancia; adscribiéndose a este modelo subjetivista de tratamiento de la prueba testimonial.

En contraposición de los caracteres intuitivos, de mera percepción y subjetivos propios de una intermediación sobredimensionada, en primer lugar, es necesario contar con criterios objetivos y explicables que sirvan para la valorización del testimonio y su respectiva credibilidad, de cara a que puedan ser controlados o fiscalizados a través de la impugnación respectiva.

Al respecto, considero muy importantes los tópicos propuestos por Fenoll (2010), quien en primera línea advierte que no otorga una piedra filosofal de la credibilidad, pero considero un punto de partida importante de cara a otorgar racionalidad y control en estos extremos de poder de decisión del juez.

Resulta crucial abandonar la teoría persuasiva de la prueba y con ello sus criterios subjetivos para valorar el testimonio (aspectos conductuales, de lenguaje no verbal, corporal, entre otros), y asumir una teoría racional de la prueba, para dar, según Manzanero (2008), mayor énfasis a la credibilidad del testimonio, que a la credibilidad del propio testigo. Por ende, resulta —por sobre todo— necesario realizar un examen objetivo la declaración que un examen al propio declarante, en tanto el juez no tiene la formación profesional para ello.

Pese a la postura asumida por nuestro legislador, la realidad ha sido más que evidente. Los jueces —como todo ser humano— están sujeto a falibilidad y a error. Por ello, es que a nivel jurisprudencial se han establecido algunos tópicos que, pese a algunas limitaciones (en tanto se persiste en dar valor a aspectos meramente subjetivos), permiten al juez de apelación o casación, entrar a analizar el valor probatorio otorgado por la primera instancia.

San Martín (2020) refiere que «debe distinguirse las zonas opacas, de difícil acceso a la supervisión y control, y las zonas francas, que sí son controlables en la segunda instancia» (p. 993). Las zonas opacas estarían constituidas por los datos probatorios estrechamente ligados a la intermediación, tales como el lenguaje gestual del testigo, expresiones de nerviosismo, silencio, tono de voz, titubeo, entre otros. Las zonas francas, en cambio, estarían referidos a los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, que al ser ajenas a la percepción sensorial, si podrían ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos, los cuales a criterio del citado autor, estarían reservados a las documentales y pericias, ajenas al principio de intermediación.

Afirma Igartua (2018) que debe distinguirse entre el hecho externo (que está al margen de nuestra percepción y comprensión), el hecho percibido (que nos llega a través de nuestros sentidos) y el hecho interpretado (que no es el más que resultado de subsumir el hecho percibido en una clase de hechos), este último producto de las inferencias que realicemos. Y es que, siguiente al citado autor, sin duda la intermediación pone a disposición del juzgador un insumo informativo de elementos no lingüísticos o verbales, pero estos serían datos a valorar, no criterios para valorar. O sea «una vez obtenidas todas las informaciones (lingüísticas y extralingüísticas) del declarante termina la tarea de la intermediación». Por lo tanto, el juzgador que quisiera valorar estos signos debe, en primer lugar, dejar constancia de los mismos y seguidamente

interpretarlos, señalando las razones —verificables y controlables— por las cuales las considera como sinónimos de credibilidad o incredibilidad.

Ello ha sido materia de énfasis, en sede casacional, por parte de San Martín (2020):

El razonamiento de la prueba personal puede controlarse en casación desde las deducciones e inducciones que el juez de mérito puede realizar a partir de los hechos que ha percibido directamente en el juicio oral, dado que no dependen sustancialmente de la inmediatez, sino de la conexión del razonamiento que se debe fundar en las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia y, en su caso, de los conocimientos científicos. (p. 118)

Se determina esta distinción (hecho externo/percibido/ interpretado) para ayudar al recurrente a situar las coordenadas para enfocar su recurso impugnativo. Yes que es perfectamente posible y necesario, reiteramos, que se justifique —y además se controle— las razones respecto de los datos percibidos y tenidos por relevantes para el juicio de fiabilidad y consecuentemente la decisión judicial. Por lo tanto, esa tesis abogaría también por desterrar —aunque de forma limitada— aquel postulado consistente en que el tribunal de apelación se encuentra en una posición limitada respecto del a quo, en lo que respecta a la revisión de todos los extremos que constan en los autos, siempre y cuando haya sido postulado en la impugnación.

Si bien saludamos estas posturas que abogan por dar racionalidad al tratamiento de la prueba, a través de fiscalización y control por parte del tribunal revisor, considero que se sigue persistiendo, aunque en menor medida, en validar posiciones subjetivas respecto a la prueba testimonial (denominadas zonas opacas), reconociendo a su vez, un aspecto más importante, el cual está constituido por las denominadas zonas francas o abiertas.

Este tratamiento, sin embargo, no es uniforme y recibida por la mayoría de la jurisprudencia nacional, quizá por su carencia de vinculatoriedad. Es por ello, que consideramos que sigue siendo necesario derogar el numeral 2) del artículo 425 del Código Procesal Penal, que constituye el principal límite legal para posibilitar un control por parte del tribunal superior revisor y para otorgar al testimonio, un valor probatorio distinto al otorgado por el juez de primera instancia, sujetando esta posibilidad a que se actúe nueva prueba en segunda instancia.

Por consiguiente, es necesario que a través del recurso se posibilite la fiscalización y control —plenos— del valor probatorio otorgado en primera instancia. Es necesario, también, una reforma respecto de las reglas de tratamiento del juicio oral. En ese sentido como *lege ferenda* proponemos además que se modifique el numeral 1) del artículo 361 del Código Procesal

para que establezca que las audiencias, principalmente las de actuación de pruebas, se documenten en video y se transcriba debidamente en actas y no como se hace a la fecha, en donde solo se coloca una breve síntesis o generalidad de todo lo actuado.

Ello como ocurre en el proceso laboral y penal español, venezolano y colombiano. Estas grabaciones de las sesiones del juicio oral, permitirían según Ferrer (2020) de forma idónea que los errores en la percepción de la prueba puedan ser corregidos en sede impugnatoria. Permitiendo, además, que el tribunal revisor se encuentre, sino es en la misma posición, en una más cercana a la posición epistemológica del juez de primera instancia para un control efectivo sobre el merito probatorio otorgado al testimonio.

Por otro lado, respecto a los criterios objetivos que permitan una adecuada valoración de la prueba testimonial, Nieva (2010) ha brindado parámetros que considero importantes:

- a) La coherencia del relato, que se exija una buena estructuración desde el punto de vista lógico, que no adolezca de contradicciones insalvables e irreconciliables.
- b) La contextualización del relato, que el testigo ofrezca detalles de un marco o ambiente (vital, espacial o temporal) en el que se habrían desarrollado los hechos.
- c) Que existan corroboraciones periféricas, que exista concordancia o coincidencia con el resto de pruebas obtenidas (otros testimonios, documentales, pericias, etc.)
- d) La existencia de detalles oportunistas a favor del declarante, que no se realice menciones innecesarias que tendrían como fin beneficiar a una de las opciones, tesis o partes que vienen debatiendo en el proceso, o, incluso, al propio declarante.

Conforme a los postulados desarrollados por Jordi Ferrer Beltrán debiera tenerse en cuenta también:

- e) Que haya sido sometida al respectivo contradictorio, es decir, que se haya otorgado la posibilidad a la parte contraria (ya sea defensa o fiscalía), de formular los cuestionamientos y las preguntas respectivas, de modo tal, que el juez, a través de sus inferencias probatorias, pueda sostener con un grado de objetividad y motivación suficientes, cuál de las hipótesis en conflicto (responsabilidad vs. no responsabilidad o duda razonable) es la que más grado de corroboración ha alcanzado.

Dichos criterios deberán ser analizados de manera conjunta, sin que deban significar requisitos rígidos y únicos, de forma que la falta de alguno

de ellos no conlleven por sí solas a la desestimación del testimonio. Por lo tanto, el juez no deberá de tratar la cuestión como un tema matemático, esto es, como un ejercicio de suma o resta de criterios. Estos deberán de obedecer mas bien, siempre al caso en concreto, con todas las circunstancias del suceso fáctico, el contexto, la calidad de memoria del testigo, el tipo de delito, los sujetos involucrados en el mismo, entre otros.

## 5. Conclusiones

- a) El contenido y tratamiento del principio de inmediación varía dependiendo de la concepción de prueba que se adopte.
- b) La defensa de un acérrimo o fuerte principio de inmediación, su consideración como un método de valoración probatoria y por ende su absoluta revisión y corrección por parte de un tribunal distinto, son productos de una concepción persuasiva de la prueba.
- c) Desde el punto de vista racional de la prueba, la inmediación no debe ser considerada como un método de valoración probatoria infalible; mucho menos, servir de límite u obstáculo para la fiscalización para terceros. Debe ser considerada solo un método o instrumento para facilitar y hacer posible el contacto directo con las pruebas y la contradicción; mas no un método directo para la adquisición de conocimiento.
- d) Un poder absoluto en torno al tratamiento de la prueba testimonial, que implique una decisión jurisdiccional inmune a la fiscalización y revisión por parte de un tribunal superior, resulta contrario a la esencia misma de un Estado Constitucional y Social de Derecho. Consecuentemente, se debe desterrar, concepciones y técnicas que vayan en menoscabo del control sobre el ejercicio del poder jurisdiccional en la decisión probatoria.
- e) Una propuesta de *lege ferenda* es de eliminar la prohibición o blindaje previsto en el artículo 425 numeral 2) del Código Procesal Penal, a efectos de permitir una revisión plena por parte del tribunal superior o de casación. Es necesario también que, a través de las disposiciones administrativas del ente jurisdiccional, se adopte que todas las actuaciones probatorias —principalmente las testimoniales— sean grabadas, de modo tal que se coloque al órgano jurisdiccional revisor en la misma calidad o nivel de percepción que el de primera instancia.
- f) Deben excluirse del ámbito de la valoración testimonial, cuestiones referentes a temas de percepción subjetiva y de lenguaje no verbal, en tanto no constituyen signos de debida motivación ni elementos útiles para identificar la fiabilidad o no de un testigo.

- g) Existen criterios objetivos que permiten una valoración objetiva y racional de la prueba testimonial, tales como la coherencia del relato, la contextualización del relato, debida contradicción, que existan corroboraciones periféricas y la existencia de detalles oportunistas.

## Referencias

- Andrés, P. (2007). *En torno a la jurisdicción*. Editores del Puerto.
- Cerda, R. (2003). *Etapa intermedia, juicio oral y recursos*. Librotecnia.
- De Paula, V. (2019). *La prueba testifical*. Marcial Pons.
- Diges, M. (2016). *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*. Estudios de psicología forense. Trotta.
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2020). *Prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*. Hidalgo: Centro Jurídico Integral de Ciencias Penales y Criminología A.C.
- Gascón, M. (2009). *La motivación de la prueba*. En S. ORTEGA ROMERO, Interpretación y razonamiento jurídico. ARA Editores.
- Gonzales, A. (2011). *El juicio en el sistema penal acusatorio*. Leyer Editorial.
- Igartúa, J. (2018). *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*. Ediciones Olejnik.
- Manzanero, A. (2008). *Psicología del testimonio, una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Ediciones Pirámide.
- Mixan, F. (1991). *La prueba en el procedimiento penal*. Ediciones Jurídicas.
- Mora, J. J. (2020). *Estándares probatorios (¿diferenciados?) en delitos contra las mujeres*. En D. A. Pisfil Flores, Prueba, verdad y razonamiento probatorio. Editores del Centro.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Peña, A. R. (2018). *Estudios de derecho procesal penal*. Tribuna Jurídica SAC.
- Rivera, R. (2011). *La prueba: un análisis racional y práctico*. Marcial Pons.
- Rosas, J. (2013). *Tratado de derecho procesal penal*. Pacífico SAC.
- San Martín, C. (2020). *Derecho procesal penal lecciones*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Talavera, P. (2017). *La prueba penal*. Pacifico SAC.





ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

# REVISTA DE INVESTIGACIÓN

## DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 4, enero-junio, 2021  
Publicación semestral. Lima, Perú.  
ISSN: 2707-4056 (en línea)  
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n4

La edición y corrección de textos de este número de la revista  
estuvo a cargo de Naffis Roque Roca; y  
el diseño y diagramación, Luis Enrique Vega Quiroz.

La producción digital de la Revista de Investigación de la Academia de la  
Magistratura finalizó en junio de 2021.