



II CONCURSO NACIONAL DE ENSAYOS JURIDICOS 2009

TRABAJOS GANADORES

INDICE

Pág.

PRIMER PUESTO

“Fundamentos constitucionales que justifican la pretensión indemnizatoria derivada de la ruptura unilateral del concubinato”

Dr. RUBÉN CAYRO CARI

Juez Mixto del Primer Juzgado Mixto de San Juan de Miraflores, Lima

3

SEGUNDO PUESTO - Empate

“Las diligencias preliminares en el nuevo Código Procesal Penal Y su duración”

Dr. MIGUEL ANGEL VASQUEZ RODRIGUEZ

Juez de Paz Letrado del Primer Juzgado de Paz Letrado de Iñapari, Tahuamanu, Madre de Dios

34

“El fundamento democrático del principio de legalidad penal en la creación de la norma penal y su aplicación en el distrito judicial de Lima”

Dr. ROGER ESTANISLAO TUMI PACORI

Fiscal Adjunto Provincial del Pool de Fiscales de Lima

70

“La negociación penal. En referencia al rol negociador del Fiscal en los acuerdos de terminación anticipada”

Dr. OTTO SANTIAGO VERAPINTO MARQUEZ

Fiscal Provincial de Control Interno de Huaura.

119

TERCER PUESTO – Empate

“El contrasentido médico legal en la regulación de los menores de 16 años como incapaces absolutos en el Código Civil Peruano”

Dr. MANUEL JAVIER LOPEZ MENDEZ

Fiscal Adjunto Provincial de la II Fiscalía Provincial Penal de Ascope La Libertad

163

“La impunidad de la negligencia médica versus el derecho de nacer del concebido. Hacia una mejora legislativa en el ordenamiento penal peruano”

Dra. GIANINA ROSA TAPIA VIVAS

Fiscal Adjunta Suprema de la Fiscalía Suprema Contencioso Administrativo

202

“Delitos sexuales en el agravio de menores en la provincia del Callao”

Dr. VICTOR JIMMY ARBULU MARTINEZ

Juez Superior de la Primera Sala Penal del Callao

238

PRIMER PUESTO

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES QUE JUSTIFICAN LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA DERIVADA DE LA RUPTURA UNILATERAL DEL CONCUBINATO

Dr. RUBÉN CAYRO CARI

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES QUE JUSTIFICAN LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA DERIVADA DE LA RUPTURA UNILATERAL DEL CONCUBINATO

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. JUSTIFICACIÓN PRELIMINAR. II. LA FAMILIA: DEL AUTORITARISMO A LA IGUALDAD. III. LA UNIÓN DE HECHO: APROXIMACIONES. III.1. UNIÓN DE HECHO O PERSONA COLECTIVA. III.2. UNIÓN DE HECHO O COMUNIDAD. III.3. LA UNIÓN DE HECHO ES UN SUJETO DE DERECHO. IV. LA FAMILIA Y LA UNIÓN DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. V. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADO DE LAS RELACIONES FAMILIARES: APORTES DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANA. VI. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA RUPTURA UNILATERAL DE LA UNIÓN DE HECHO. VI.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL. VI.1.1. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. VI.1.2. ELEMENTOS. VI.1.2.1. LA ANTIJURIDICIDAD. VI.1.2.2. EL DAÑO. VI.1.2.3. EL NEXO CAUSAL. VI.1.2.4. FACTORES DE ATRIBUCIÓN. VI.2. LA UNIÓN DE HECHO: ELEMENTOS O REQUISITOS. VI.3. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA UNIÓN DE HECHO. VI.4. UNIÓN DE HECHO Y RESPONSABILIDAD CIVIL. VI.5. LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA POR RUPTURA UNILATERAL DE LA UNIÓN DE HECHO: JURISPRUDENCIA COMPARADA. VI.6. ARGUMENTOS JURÍDICOS QUE NIEGAN Y JUSTIFICAN LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA POR RUPTURA UNILATERAL DE LA UNIÓN DE HECHO. VII. LA TEORÍA DEL CONTACTO SOCIAL Y LA DOCTRINA DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN COMO FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR RUPTURA UNILATERAL DEL CONCUBINATO IMPROPIO VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación analiza el fundamento constitucional de la adecuada protección de la unión de hecho o concubinato como una de las principales instituciones jurídicas del Derecho de Familia, permitiéndonos exponer dos tesis: una específica referida a la unión de hecho, y otra tesis general aplicable a todas las formas de comunidad familiar. Atendiendo a sus fines valiosos y a los intereses dignos de tutela de sus integrantes, se postula que **la unión de hecho es un sujeto de derecho** digno de protección constitucional, porque **funda una familia o comunidad de afecto y asistencia, sede de autorrealización y desarrollo integral, encaminado a la construcción de un proyecto de vida libremente elegido**. La concepción de la familia en los términos antes expuestos, implica: a) Igualdad de los padres o responsables, y de todos sus integrantes (hijos), y b) Una adecuada protección en caso de ruptura unilateral de la unión de hecho, a través de la responsabilidad civil o los sistemas compensatorios que garanticen la estabilidad familiar y el nivel de vida adquirido. Asimismo, se propone la posibilidad de aplicar la teoría del contacto social y la doctrina de los deberes de protección para justificar las pretensiones indemnizatorias derivadas de los concubinatos impropios.

I. JUSTIFICACIÓN PRELIMINAR

Como tema de nuestro ensayo hemos elegido a la unión de hecho o concubinato porque resulta imperativo reflexionar sobre la necesidad de otorgar mayor protección jurídica a dicha institución que, al igual que el matrimonio, funda la familia y es la base de la comunidad de vida libremente elegida. En efecto, ya sea a través del matrimonio o de la convivencia, los seres humanos deciden fundar una familia como derecho que forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad y, específicamente, del derecho al libre desarrollo y bienestar¹; no obstante, no existen derechos absolutos y el límite en el ejercicio de los derechos fundamentales lo constituye precisamente el derecho de los demás².

No olvidemos que la arraigada idea de la inmoralidad del concubinato, la indisolubilidad del matrimonio, la desigualdad de los consortes y la discriminación de la filiación extramatrimonial, caracterizaron el viejo orden familiar autoritario, considerado “**natural**”, y en donde las relaciones familiares se definían por un estado de sujeción de la mujer y los hijos respecto al jefe de familia, como grafica detalladamente Michele Sesta³. El viejo orden familiar anacrónico hoy ha sido superado en la moderna concepción del Estado Constitucional de Derecho.

En el ejercicio de sus derechos fundamentales uno de los convivientes unilateralmente puede quebrar la unión de hecho si considera que esta institución ya no le permite desarrollar libremente su personalidad; sin embargo, el límite a su derecho lo constituye el derecho de su conviviente y sus hijos, y no nos referimos al derecho de preservar la unión estable del varón y la mujer sino al derecho a percibir una adecuada reparación y asistencia familiar que garantice el desarrollo integral de los hijos y la redefinición del proyecto de vida del conviviente que no consienta la separación, para que el derecho cumpla su función racional de exclusión o minimización del dolor, como precisaba el renombrado jurista italiano Luigi Ferrajoli⁴.

La conceptualización del concubinato como sujeto de derecho le va a otorgar un plus de protección a la estabilidad familiar ante eventuales contingencias que pongan en riesgo no sólo el patrimonio social frente a terceros, sino el patrimonio propio de los convivientes ante una eventual ruptura y el abuso de facultades que pueda ejercer el otro conviviente que se encuentre en mejor posición económica.

II. LA FAMILIA: DEL AUTORITARISMO A LA IGUALDAD

Respecto al origen de la familia, resultan importantes las investigaciones clásicas de Engels⁵ y Morgan, en las que claramente se pueden distinguir las relaciones de dominación (autoritarismo) al interior de las familias primitivas, incluso caracterizadas por la promiscuidad y algunos ritos que podían implicar sacrificios humanos, impensables en nuestra época; por ello, no creemos que deba

¹ Ver: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. “Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona: Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. (El subrayado es nuestro).

² Ver: DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. “Artículo 29: “(...) 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática” (el subrayado es nuestro).

³ SESTA, Michele. (2003). *Derecho de Familia Italiano*. Primera edición. Universidad Externado de Colombia, pp. 9-10.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. (2007). “Derecho y Dolor”. En *ISOMÍA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Edición N° 28. Octubre 2007, p. 195.

⁵ ENGELS, Federico. (s/f). *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. Ciudad, Almen Editores S.R.L., pp. 30-64.

definirse a la familia como una institución natural, aunque los instrumentos internacionales sobre derechos humanos hayan acogido dicha teoría naturalista.

La familia romana estaba constituida bajo el tipo patriarcal; **el hijo es extraño a la familia de la madre y la autoridad absoluta pertenece al pater familias**, el que es un *sui juris*, dueño de su persona física y tiene personalidad jurídica, así como un patrimonio. Al contrario, el *alieni juris* carece de personalidad jurídica, su persona física y su patrimonio depende de otro. La concubina no tiene protección jurídica; incluso el matrimonio genera una relación similar a la de padre e hijos (relación de dependencia y sujeción a la autoridad del padre).

Es a través de una larga evolución histórica que los hombres se fueron emancipando de los grupos a los que pertenecían, así como la mujer fue adquiriendo mayores derechos hacia la consolidación de la igualdad de género⁶. Se trata de un proceso que podríamos llamar de **integración social**, gracias al cual se dieron concomitantemente dos fenómenos complementarios:

- La atribución progresiva de **poderes autónomos e iguales** a los individuos como tales y,
- La constitución de una estructura jurídica superior capaz de **garantizar** esta autonomía (familia comunidad).

Sólo cuando se ha alcanzado un cierto grado de evolución es cuando se proclama, como en la Revolución francesa, que todos los hombres nacen libres e iguales afirmándose, de forma solemne y con proyección universal, lo que ya fuera proclamado con ocasión de la independencia norteamericana en la Declaración de Filadelfia: que el hombre es sujeto de derechos y de deberes por el simple hecho de ser hombre.

Debe acotarse que la afirmación de que todos los hombres, sin distinción de nacionalidad, credo, raza, etc. son titulares de derechos y obligaciones en el orden civil ha sido el resultado de un desarrollo histórico social. En ese sentido, la Corriente Historicista, a diferencia de iusnaturalismo⁷, considera que los derechos subjetivos son el producto del desarrollo social. Los derechos humanos son derechos históricos: por razones del desarrollo de la sociedad, el hombre se ve revestido de derechos variables sometidos al flujo del devenir y que son el resultado de la sociedad a medida que ésta progresa. Los derechos son derechos variables y relativos a cada contexto histórico.

Todavía subsisten absurdas restricciones por el género, no solamente en la esfera de lo civil sino también en lo que se refiere al Derecho Político y que varían según los países, así tenemos como ejemplo a lo que ocurre en los países de Asia y el Medio Oriente en temas relativos al derecho de las mujeres.

III. UNIÓN DE HECHO: APROXIMACIONES

⁶ Género es la identidad producida por el rol sexual de las personas. Los términos género y sexo se utilizan a menudo indistintamente, aunque sexo se refiere de forma específica a las características biológicas y físicas que convierten a una persona en hombre o mujer en el momento de su nacimiento, y género se refiere a las conductas de identificación sexual asociadas a miembros de una sociedad.

⁷ La corriente iusnaturalista considera a los derechos humanos como derechos naturales. Son atributos de las personas; facultades inherentes a la esencia del hombre y son anteriores y superiores al Estado y al derecho positivo por lo que son inalienables. Admiten la distinción entre derecho natural y derecho positivo, con supremacía del primero sobre el segundo.

III.1. UNIÓN DE HECHO O PERSONA COLECTIVA

En palabras del maestro León Barandiarán, el hombre puede ser considerado por el derecho como ser individual o como ser colectivo. En el primer caso se habla de persona natural; en el segundo, de persona colectiva⁸. Debemos interpretar el término persona colectiva como una ficción legal genérica, englobante de todos los supuestos en los que una persona forma parte de una entidad distinta, pues el concepto de persona permanecerá inherente al ser humano en todos los supuestos de la persona jurídica o de los patrimonios autónomos.

La unión de hecho, como unión estable que forma una comunidad de bienes similar a la sociedad de gananciales, es una institución que desborda la noción del patrimonio autónomo, por ello es necesario reflexionar sobre la necesidad de considerarla como una persona colectiva, como primera aproximación.

III.2. UNIÓN DE HECHO O COMUNIDAD

Como sostiene Miguel Reale, el derecho es una ordenación bilateral atributiva de las relaciones sociales que mira a la realización del bien común. Esto quiere decir que, en toda relación jurídica, **dos o más personas quedan ligadas entre sí por un vínculo que, de una manera proporcional y objetiva**, les atribuye poderes para obrar y deberes que cumplir⁹. Sujeto de derecho es el titular a quien corresponden tales poderes o tales deberes.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, el concubinato o unión de hecho es una comunidad donde sus integrantes se interrelacionan en igualdad de derechos, y como tal es considerada como una **institución fundamental de la sociedad y del Estado, pues su esencia radica en constituir una familia**. Aunque el matrimonio es la principal forma de constituir una familia, los fines valiosos del concubinato lo hacen digno de tutela.

III.3. LA UNIÓN DE HECHO ES UN SUJETO DE DERECHO

Nuestro ordenamiento civil sólo reconoce, en forma expresa, cuatro sujetos de derecho: a) La Persona Natural; b) La Persona Jurídica; c) El Concebido; y d) La Persona Jurídica No Inscrita, conforme a la normativa contenida en los Artículos 1, 76, 124, 127, y 130 del Código Civil.

El jurista nacional Carlos Fernández Sessarego señala que “Sujeto de Derecho” es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. En la experiencia jurídica –en la dimensión existencial- éste ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano, antes de nacer o después de haberse producido este evento, ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas¹⁰. En ese sentido, el hombre puede ser considerado por el derecho como ser individual o como ser colectivo, y en uno u otro caso, el concepto de persona permanece inherente al **ser humano**.

⁸ LEÓN BARANDIARÁN, José. (2002). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo VIII. (CD-Rom). CD N°3. Lima, Gaceta Jurídica, versión 2002.

⁹ REALE, Miguel. (1984). *Introducción al Derecho*. Sexta edición. Madrid, Ediciones Pirámide S.A., p. 184.

¹⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. (2001). *Derecho de las Personas*. Octava edición. Lima, Editora Grijley, p. 36.

El Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil señala que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía. En consecuencia, aplicando el argumento *a contrario*, podemos concluir que la ley se puede aplicar por analogía cuando favorece derechos. Con relación a la analogía, en el derecho se han trabajado cuatro argumentos que ayudan a la interpretación, entre los que puede destacarse el argumento *a pari*: “donde hay la misma razón hay el mismo derecho”, y el argumento *a fortiori* que funciona en base al criterio de “con mayor razón”.

Fernández Sessarego explica magistralmente que la regulación de las personas jurídicas en el Código Civil de 1984 responde a una concepción tridimensional del Derecho. La aplicación de esta peculiar y comprensiva visión del fenómeno jurídico permite distinguir en la persona jurídica la presencia necesaria, simultánea y en recíproca exigencia de tres niveles integrados por el dato formal derivado del aparato normativo, por las conductas humanas intersubjetivas que constituyen la dimensión sociológico-existencial de las personas jurídicas y por los fines valiosos que las caracterizan y le otorgan sentido¹¹.

El citado autor también señala que son sujetos de derecho aquellas organizaciones de personas que no son formalmente “personas jurídicas” no obstante actuar como tales en la realidad social; es decir, cumplen fines valiosos (contribuyen al desarrollo económico y social), y sólo les falta la inscripción para ser personas jurídicas, acto formal que puede ocurrir en cualquier momento, al igual que los convivientes que en cualquier momento pueden contraer nupcias.

Nosotros postulamos que **el concubinato o unión de hecho cumple las tres dimensiones del derecho** (hecho, valor y norma), como fenómeno jurídico digno de tutela especial, a través de su reconocimiento como sujeto de derecho:

- El aspecto normativo. El ordenamiento jurídico le confiere al concubinato derechos y deberes que son distintos a los de las personas naturales que la integran (comunidad de bienes).
- El aspecto fáctico, que se materializa en las conductas humanas intersubjetivas que constituyen la dimensión sociológico-existencial de la sociedad conyugal, con relaciones individuales internas (organización y economía familiar), y su exteriorización como patrimonio autónomo en sus relaciones externas.
- El aspecto axiológico, que se evidencia en los fines valiosos de la unión estable de los concubinos, en base a su función sistémica como soporte de la familia; es decir, consolida el desarrollo de la sociedad y preserva el Estado democrático.

Si las razones que expone el profesor Fernández Sessarego justifican la regulación de las personas jurídicas y las organizaciones sociales no inscritas, como sujetos de derecho, con mayor razón o cuando menos por la misma razón, debe considerarse a la unión de hecho como sujeto de derecho, aplicando el argumento *a pari*.

Para sustentar nuestra tesis también podemos recurrir al método sistemático por comparación con otras normas, como procedimiento de interpretación consistente en esclarecer qué quiere decir la norma, atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella¹².

¹¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. (2001). Op.Cit., p. 181.

¹² RUBIO CORREA, Marcial. (1999). *El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho*. Octava edición. Lima, Fondo Editorial PUCP, p. 267.

El Artículo 65 del Código Procesal Civil, norma adjetiva o formal, al regular la representación procesal del patrimonio autónomo, en apariencia, ha invadido funciones propias de los códigos sustantivos, al definir nuevos derechos que no estaban expresamente reconocidos en el Código Civil y que algunos autores han denominado entes no personificados; así, se ha establecido que: “Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica” (el subrayado es nuestro).

En párrafo seguido se establece que la sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes si son demandantes. Si son demandados, la representación recae en la totalidad de los que la conforman, siendo de aplicación -en este caso- el Artículo 93 del Código Adjetivo que se refiere al litisconsorcio necesario. **Tal regulación habría conferido a la unión estable de varón y mujer, que forman una comunidad de bienes, un estatus de sujeto de derecho** como ente susceptible de imputación de deberes y derechos subjetivos.

IV. LA FAMILIA Y LA UNIÓN DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

El profesor italiano Giancarlo Rolla resalta la influencia de la normativa y la jurisprudencia supranacional sobre los ordenamientos nacionales, generándose un verdadero bloque de constitucionalidad que permite al derecho nacional especificar e implementar sus principios y establecer sus propios estándares de tutela de los derechos de la persona, independientemente del ordenamiento estatal en particular¹³; es decir, el ordenamiento supranacional en materia de derechos humanos puede otorgar un plus de protección, aunque no esté positivizado en el ordenamiento interno.

El Artículo 1 de la Constitución Peruana de 1993 establece que *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*. A su vez la persona humana tiene que propiciar relaciones de coexistencia pacífica y contribuir al fortalecimiento del Estado democrático; para tales fines, el ordenamiento jurídico crea nuevas figuras o instituciones jurídicas con la finalidad de garantizar la subsistencia de la familia, la sociedad y el Estado.

Recordemos el Tercer Párrafo del preámbulo de la Constitución de 1979 que a la letra señalaba que *“la familia es la célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y la cultura”*. En similar sentido el Artículo 4 de la vigente Carta Magna establece la protección a la familia: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio”*. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Si bien el matrimonio es una institución fundamental de la sociedad y del Estado pues como unión de derecho garantiza con mayor estabilidad la constitución de una familia, es decir, una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse

¹³ ROLLA, Giancarlo. (2008). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Ciudad, Editora Jurídica Grijley, pp. 170-171.

mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino¹⁴; no es menos cierto que **el concubinato, como unión de hecho, también cumple similares fines a los del matrimonio.**

El Artículo 5 de la Constitución Política del Perú, que reconoce al concubinato como la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que al formar un hogar de hecho dan lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

Asimismo, asumiendo dicha protección constitucional, el Código Civil en su Artículo 326 contempla que la unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, **para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio**, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

En consonancia con las normas constitucionales antes referidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Ya en 1948 se estableció en la Declaración que la familia se constituía en el momento en que un hombre y una mujer decidieron libremente unirse y que se ampliaba con la procreación de los hijos como fruto natural de la unión. En el mismo sentido, el Artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos define a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida.

V. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADO DE LAS RELACIONES FAMILIARES: APORTES DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANA

La protección de la persona y la estabilidad familiar, en clave de derechos humanos, nos obliga a tomar medidas para asegurar el respeto de los derechos fundamentales y, en caso de rupturas unilaterales de las uniones de hecho, los jueces, ejerciendo su función tuitiva en materia familiar, podrán dictar medidas de reparación y adoptarán las disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos dentro de la concepción de la familia comunidad, desarrollada con mayor claridad en la doctrina y jurisprudencia italianas.

En un fenómeno que imprecisamente se ha venido a llamar privatización de las relaciones familiares, Michele Sesta afirma que *“la actual disciplina del Derecho de Familia es respetuosa de la autonomía de sus miembros, de su mundo de relaciones, afectos y responsabilidades”*¹⁵. En el contexto de la privatización de las relaciones de pareja se inserta la publicización de las relaciones familiares por las crecientes regulaciones estatales e internacionales de derechos humanos que otorgan una protección integral a los hijos, convivientes o cónyuges (leyes de protección contra la violencia familiar, convención de los derechos del niño, jurisprudencia constitucional que reconoce los derechos de todos los integrantes de las familias reconstituidas o ensambladas, etc.).

¹⁴ En la Exposición de Motivos del Código de Napoleón, Portalis definía al matrimonio como *“société de l’homme et de la femme qui s’unissent pour perpétuer leur espèce, pour s’aider par des secours mutuels, à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée”*.

¹⁵ SESTA, Michele. (2003). Op.Cit, p. 11.

Con la reforma del Derecho de Familia de 1975 se revaloró la relación conyugal, extensible al concubinato, basada en el principio de igualdad entre los cónyuges o convivientes. Este principio encuentra su expresión en los Artículos 143 y 144 del Códice¹⁶; así como en el Artículo 3 de la Constitución Italiana que garantiza que todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.

Un caso emblemático, que también puede ser aplicable a los concubinatos por el principio de igualdad, lo constituye la Sentencia de la Corte de Casación Italiana del 10 de mayo del 2005 (Resolución 9801/05 del 10 de mayo del 2005), donde el supremo tribunal italiano fundamenta **el tránsito de la familia institución a la familia comunidad**, configurada no ya como un lugar de compresión y mortificación de derechos irrenunciables sino como **sede de autorrealización y desarrollo personal**, marcada por el recíproco respeto e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito sus componentes conservan sus connotaciones esenciales y reciben reconocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas... Por tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de un derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, no pudiendo concebirse que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar¹⁷.

VI. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA RUPTURA UNILATERAL DE LA UNIÓN DE HECHO

VI.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil es una institución que presenta variados aspectos que deben ser analizados para una comprensión cabal de la misma. Así pues, seguidamente haremos referencia a algunos de dichos tópicos a fin de preparar adecuadamente el contexto teórico en el cual desarrollaremos la aplicación del sistema de responsabilidad civil al ámbito de las relaciones interpersonales en la unión

¹⁶ Ver Códice. "Artículo 143 *Diritti e doveri reciproci dei coniugi. Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri. Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione* (Cod. Pen. 570).

Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia.

Artículo 143 bis. *Cognome della moglie. La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze.*

Artículo 143 ter (abrogato).

Artículo 144. *Indirizzo della vita familiare e residenza della famiglia. I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa.*

A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato.

¹⁷ Suprema Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, sentenza n.9801/2005: "La famiglia si configura quindi non già come un luogo di compressione e di mortificazione di diritti irrinunciabili, ma come sede di autorealizzazione e di crescita, segnata dal reciproco rispetto ed immune da ogni distinzione di ruoli, nell'ambito della quali i singoli componenti conservano le loro essenziali connotazioni e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi, come persone, in adesione al disposto dell'articolo 2 Costituzione, che nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità' delinea un sistema pluralistico ispirato al rispetto di tutte le aggregazioni sociali nelle quali la personalità' di ogni individuo si esprime e si sviluppa.

E pertanto il rispetto della dignità' e della personalità', nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare assume i connotati di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia, così come da parte del terzo, costituisce il presupposto logico della responsabilità' civile, non potendo chiaramente ritenersi che diritti definiti come inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i loro titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare".

de hecho, con especial énfasis en los perjuicios causados por la ruptura unilateral de la convivencia.

Etimológicamente, el término responsabilidad se remonta al vocablo latino “*respondere*”, que significa responder, por eso se afirma que la responsabilidad es la actitud de dar respuesta. Por otro lado, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la responsabilidad como una deuda u obligación de reparar y satisfacer por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.

Partiendo del principio romano de no causar daño a otro, la responsabilidad se presenta como el correlato del mismo en tanto obligación que surge del incumplimiento de tal principio y que consiste en la reparación del perjudicado con el perjuicio. En ese sentido, el tema de la responsabilidad civil no debe ser desarrollado de manera ajena a la relación jurídico-obligatoria, dado que se desenvuelve dentro de la dinámica del derecho de las obligaciones.

La responsabilidad civil que nació de una misma fuente, el ***alterum non laedere***, ha sido dividida en dos campos: la responsabilidad civil contractual y la extracontractual. La responsabilidad civil extracontractual como sistema gira en torno a la tutela de un interés amparado por el principio del *alterum non laedere* en su concepción más global; es decir, en su función de deber jurídico general de no causar daño a otro, regla de conducta que el ordenamiento jurídico impone a todos los particulares.

De conformidad a lo expuesto, la responsabilidad civil se define como “*un conjunto de consecuencias jurídicas a las que los particulares se someten por el hecho de haber asumido una situación jurídica pasiva sea en forma voluntaria o por efectos de la ley*”.

VI.1.1. Responsabilidad extracontractual

Los antecedentes sobre la responsabilidad civil extracontractual en nuestro ordenamiento se remontan al Código Civil de 1852, el cual adopta el principio de la culpa como fundamento de imputación. El Código Civil de 1936 mantuvo igualmente la teoría de la culpa, pero dejando alguna discrecionalidad para el elemento objetivo, mientras que nuestro actual Código Civil de 1984 ha regulado la responsabilidad civil acogiendo el sistema de imputación objetiva y subjetiva al mismo tiempo.

Al respecto hay que precisar que el Código Civil de 1852, que se inspiró en el Code Napoléon al igual que todos los cuerpos legislativos de su época, basó su sistema de responsabilidad en la idea de culpa. Así pues, colocó el tratamiento de esta materia bajo el título de “*Obligaciones que nacen de los delitos o de cuasidelitos*”. En principio la culpa debe ser demostrada por el demandante que la alega; sin embargo, en algunas situaciones se contempla la posibilidad de liberarse de la responsabilidad si los imputados prueban que el daño se produjo sin mediar negligencia por parte de ellos. Es el caso de los que tenían bajo su guarda a un incapaz (Artículo 2194), y los que asumían los daños causados por sus animales (Artículo 2192).

Por otro lado, si bien el Código de 1936 continúa bajo el imperio del principio de la culpa, al momento de regular los aspectos relativos a la responsabilidad civil extracontractual (Artículo 1136) también posibilita la presencia de algunos atisbos de objetivación, sobre

todo en la realización de actividades riesgosas, tanto en la aplicación de la ley (Augusto Olaechea), como al momento de su interpretación (José León Barandiarán)¹⁸.

La responsabilidad está referida pues, al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación de los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria o contractual, o bien se trate de daños que sean producto de una conducta que no deriva de ningún vínculo de orden contractual entre los sujetos¹⁹. Cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o aun existiendo ella, el daño es consecuencia no del incumplimiento de una obligación voluntaria sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro; entonces nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad extracontractual. En consecuencia, es posible afirmar que la responsabilidad civil descansa sobre un deber jurídico general de no hacer daño a nadie.

Ahora bien, los criterios de imputación en materia de responsabilidad civil extracontractual se fundamentan en tres pilares:

- La Responsabilidad Subjetiva, contemplada en el Artículo 1969 del Código Civil, siendo sus elementos la determinación de la culpa por acción u omisión del agente y la determinación del dolo del ofensor.
- La Responsabilidad Objetiva, que se aplica en el empleo de cosas o actividades riesgosas y peligrosas (Artículo 1970 del Código Civil de 1984), no requiriéndose que medie una conducta dolosa o culposa, sino la existencia de un nexo causal entre el desarrollo de la actividad peligrosa y el daño causado.

VI.1.2. Elementos

La responsabilidad civil extracontractual está conformada por los siguientes elementos:

- La antijuridicidad.
- El daño.
- El nexo causal.
- Los factores de atribución.

En ese sentido, la jurisprudencia se ha preocupado en establecer que:

“De acuerdo a los Artículos 1969, 1970 y 1985 del Código Civil, para la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual, deben concurrir los siguientes requisitos: a) La antijuridicidad de la conducta; b) El daño; c) La relación de causalidad entre el hecho generador y el daño producido; y d) Los factores de atribución (Casación N° 1072-2003-ICA)”.

VI.1.2.1. La antijuridicidad

Se refiere a todo comportamiento humano que causa daño a otro mediante acciones u omisiones no amparadas por el derecho, ya sea por contravenir una norma, la moral o las buenas costumbres. Las conductas que pueden causar daños y dar lugar a una responsabilidad civil pueden ser:

¹⁸ LEON BARANDIARÁN, José. (1983). *Curso del Acto Jurídico, con referencia al Proyecto del Código Civil Peruano*. Lima, p. 76.

¹⁹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Segunda edición. Grijley, p. 29.

- Conductas Típicas. Cuando están previstas en abstracto en supuestos de hecho normativos, es decir la conducta contraviene una norma.
- Conductas Atípicas. Aquellas que no están reguladas en normas legales pero vulneran el ordenamiento jurídico. La conducta contraviene valores y principios²⁰.

La antijuricidad genérica es aceptada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual porque incluye las conductas típicas y atípicas. Así, la obligación de indemnizar nace siempre y cuando se cause un daño mediante un comportamiento no amparado en el derecho, ya sea por contravenir una norma de carácter imperativo, por contravenir los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social.

Dentro de la concepción clásica resulta evidente que siempre es necesaria una conducta antijurídica e ilegítima para poder dar nacimiento a la obligación de indemnizar. Se entiende, entonces, que la antijuridicidad es toda manifestación, actitud o hecho que contraría los principios básicos del derecho, por lo cual el autor del daño no será responsable si la conducta realizada se efectuó dentro de los límites de lo lícito. Por ejemplo, no existe responsabilidad civil en los casos de daños causados en el ejercicio regular de un derecho pues se trataría de daños producidos dentro del ámbito de lo permitido por el sistema jurídico.

En el ámbito de la responsabilidad no rige el criterio estricto de la tipicidad ya que la obligación legal de indemnizar nace con la realización de conductas que se encuentran previstas en supuestos legales, como en aquellas que violen o contravengan los principios que inspiran al ordenamiento peruano. Este amplio concepto de antijuridicidad es reconocido por la responsabilidad extracontractual, pues en ella no se encuentran predeterminadas las conductas, por lo que se entiende que cualquier conducta será susceptible de dar lugar a una indemnización, en la medida que se trate de una conducta ilícita que cause daño.

En cambio, dentro de la concepción clásica, la antijuridicidad relativa a la responsabilidad contractual, por lo general, es típica, ya que es consecuencia de un incumplimiento obligacional.

Los hechos o conductas antijurídicas de los particulares pueden tomar múltiples formas:

- a) *El hecho ilícito*. Son todas aquellas acciones u omisiones contrarias al ordenamiento jurídico. Torres Vásquez²¹ señala que la ilicitud se deduce del Artículo V del Título Preliminar del Código Civil, el cual dispone que “... es nulo el acto jurídico contrario a las leyes imperativas que interesan al orden público y a las buenas costumbres”, agregando que la distinción entre lo lícito y lo ilícito se debe más que a la naturaleza voluntaria del acto, a la naturaleza de sus consecuencias.

La acepción subjetiva de ilicitud es acogida en el Código Civil al regular la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Con relación a la responsabilidad

²⁰ MOSSET ITURRASPE. (1982). *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires. EDIAR, p. 24

²¹ TORRES VASQUEZ, Aníbal. (año). *Acto Jurídico*. Lima, editorial, p. 37

extracontractual, la obligación de indemnizar surge no del incumplimiento de una obligación jurídica preexistente sino del mero hecho de haberse causado el daño; es decir, la relación jurídica recién nace con el daño causado. Así pues, los elementos de la ilicitud son: la voluntariedad del acto, la reprobación del ordenamiento jurídico, y el dolo o la culpa.

Nuestro ordenamiento jurídico establece la responsabilidad subjetiva cuando afirma que: *“Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”* (Artículo 1969 del Código Civil). En ese sentido, podemos afirmar que un comportamiento es doloso cuando contraviene un deber y es culposo cuando ha sido realizado sin la voluntad de causar daño a otro (descuido, imprudencia, impericia, etc.).

La responsabilidad subjetiva se constituye en el principio rector de nuestro ordenamiento; sin embargo, nuestra legislación admite también la aplicación de la responsabilidad objetiva, así el Artículo 1970 nuestro Código Civil dispone que: *“Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro está obligado a repararlo”*.

Por otro lado, y a efectos de no caer en confusiones de concepto, es necesario remarcar las diferencias entre la responsabilidad civil y la penal. El proceso penal nacional, regulado por el Código de Procedimientos Penales, acumula obligatoriamente la pretensión penal y la pretensión civil; el objeto del proceso penal es entonces doble. Así lo dispone categóricamente el Artículo 92 del Código Penal: *“La reparación civil se determina conjuntamente con la pena”*, y la satisfacción de la víctima debe ser promovida por el Ministerio Público, tal como lo prevé el Artículo 1 de su Ley Orgánica.

La reparación civil se rige por los Artículos 54 al 58, 225.4, 227 y 285 del Código de Procedimientos Penales y los Artículos 92 al 101 del Código Penal, remitiendo este último cuerpo legal a las disposiciones del Código Civil: *“La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil”*. A partir de estas normas, nuestro proceso penal cumple con una de sus funciones primordiales: la protección de la víctima y el aseguramiento de la reparación de los derechos afectados por la comisión de un delito, en cuya virtud garantiza *“... la satisfacción de intereses que el Estado no puede dejar sin protección”*²².

La reparación civil, regulada por el Artículo 93 del Código Penal, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal. Por ejemplo, el fundamento de la responsabilidad civil que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño causado por una conducta ilícita, la misma que no llega a constituir un delito necesariamente, por lo que no puede identificarse con la ofensa penal (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, cuya base se encuentra en la intencionalidad del agente); por otro lado, en el ámbito civil el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son diferentes a los establecidos para el campo penal.

Desde la perspectiva civil, el daño debe entenderse como aquel efecto negativo que deriva de la lesión de un interés protegido, perjuicio que puede originar consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales. Una conducta puede ocasionar tanto daños patrimoniales (que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que puede ser una disminución del patrimonio, o una ganancia patrimonial neta dejada de

²² ASENCIO MELLADO, José María. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Valencia, Tirat lo Blanch, p. 27.

percibir), como daños extrapatrimoniales (que consisten en la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales –no patrimoniales– de personas naturales o jurídicas, es decir como acota Alastuey Dobón, bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo económico alguno²³).

En consecuencia no es procedente que el que se constituye en parte civil en el proceso penal se abstenga de solicitar la reparación civil, ya que siempre tendrá la vía para recurrir al fuero civil a efectos de solicitar una indemnización si la reparación penal no lo satisface, previa deducción del monto obtenido en el fuero penal. La reparación civil incluye, además de la compensación por los daños y perjuicios, la restitución del bien o el pago de su valor cuando ésta no es posible.

Por otro lado, el plazo de prescripción dispuesto en el Artículo 100 del Código Penal no afecta el plazo de prescripción extintiva de la acción en materia civil, pues este plazo no corre mientras no se extinga la acción penal.

- b) *El hecho abusivo*. En relación al hecho abusivo se han desarrollado una serie de discusiones teóricas, las cuales han intentado precisar los criterios mediante los cuales pueda establecerse cuando nos encontramos ante un hecho de tal naturaleza. En el desarrollo de estos actos podemos observar que el agente se excede en el ejercicio de sus derechos, de los límites, de la finalidad económico-social de los mismos, lo que implica ir más allá de lo legítimamente permitido, dando lugar a la lesión de la esfera de interés de otro particular. Por ejemplo: el propietario de un bien inmueble tiene derecho a usar, disfrutar, disponer y reivindicar dicho bien; sin embargo, en ejercicio de ese derecho, el propietario no puede demoler su inmueble ocasionando daños a los inmuebles colindantes pues se estaría excediendo en el ejercicio de su derecho de propiedad.

En cuanto a las causas de justificación del hecho dañino, nuestra legislación prevé como causa de exoneración de responsabilidad el ejercicio regular de un derecho a la legítima defensa y el estado de necesidad.

- a) *El ejercicio regular de un derecho*. Para el profesor Juan Espinoza²⁴ el ejercicio regular de un derecho tiene su origen en la antigua formula romana *qui suo iure utitur neminem laedit*. Así, el que atenta contra un derecho ajeno en el ejercicio razonable de su propio derecho no actúa antijurídicamente y, por ende, ninguna responsabilidad le incumbe por los daños que pudiere ocasionar. Por ejemplo, el ejercicio del derecho de retención (Artículo 1123 del Código Civil).
- b) *La legítima defensa*. Esta figura se inspira en el principio enraizado en la conciencia social y jurídica, por el cual toda persona puede defenderse de cualquier agresión cuando no haya manera de contar con la tempestiva y adecuada intervención de órganos competentes del Estado. Tiene como características que el peligro debe ser actual, el peligro debe amenazar un interés directo y plenamente tutelado por el derecho, la amenaza debe ser injusta; el recurso de defensa debe ser necesario e inevitable, y la reacción debe ser proporcional a la agresión.

²³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. (2002). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima, Gaceta Jurídica, pp. 157-159.

²⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. (2002). Op. Cit.

Por ejemplo, la conducta del acusado que ha causado lesiones con su arma al presunto agraviado a fin de repeler el asalto del que era víctima pues los ladrones contaban con un mayor número de armas de fuego y ya habían herido de bala a su menor hijo carece de relevancia penal al hallarse regulada como una causal que excluye la antijuridicidad del hecho.

- c) *Estado de necesidad*. Suele ser definido como el sacrificio del bien jurídicamente inferior a favor de uno jurídicamente superior, frente a un estado de peligro inminente. Según el Artículo 1971 inciso 3) del Código Civil no hay responsabilidad

“... en la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos por estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, deterioro o destrucción del bien es de cargo del liberado del peligro”.

VI.1.2.2. El daño

Es la lesión de un interés jurídicamente protegido. Sin daño o perjuicio no hay responsabilidad civil puesto que el objetivo primordial de la misma es precisamente la indemnización o resarcimiento del daño causado.

Todo daño, a efectos de ser indemnizado, debe ser cierto, lo cual implica que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia, tal como lo exige nuestra legislación: el Artículo 424 del Código Procesal Civil hace referencia a los fundamentos de hecho, de derecho y a los medios probatorios sobre los cuales el accionante debe sustentar su pretensión.

Doctrinalmente también se exige que el daño sea cierto o real, esto es, efectivo. El daño futuro también es indemnizable en la medida que sea real, esto es, que necesariamente se tenga que producir. En cambio el daño eventual no es indemnizable porque no es cierto. Se entiende por daño eventual al hipotético, fundado en suposiciones²⁵.

El daño indemnizable debe ser directo, debe provenir directamente del hecho del autor o del incumplimiento de una obligación contractual. El daño indirecto no se indemniza jamás porque no existe nexo causal entre el incumplimiento o el hecho dañoso por un lado, y el daño por el otro.

El daño moral es también indemnizable, entendiéndose por tal a toda molestia, angustia, dolor o sufrimiento que padece la víctima, aunque no tenga una apreciación pecuniaria.

Cabe señalar que en la responsabilidad extracontractual los daños imprevistos no se indemnizan: la imprevisibilidad de los daños no tiene cabida en la responsabilidad culposa puesto que al ejecutarse el hecho dañoso no existe un vínculo jurídico previo que ligue al dañador con la víctima. Los requisitos del daño son:

- a) *Afectación personal del daño*. En todo supuesto indemnizatorio debe verificarse la existencia de una relación entre el sujeto responsable y la víctima, siendo esta última la llamada a solicitar la reparación por haberse perjudicado su interés. La presente necesidad se complementa con la exigencia establecida en el Artículo 424 del Código

²⁵ DE CUPIS, Adriano. (1975). *El daño*. Barcelona, Bosch, p. 322.

Procesal Civil de identificar al sujeto demandante y al demandado, que en materia procesal está considerada como una condición de la acción. El daño se va a concebir como el menoscabo de un interés, diferenciándolo con el bien jurídico que es concretamente afectado. Por ejemplo, si una persona sufre un atropello quedando inválida (antes del accidente trabajaba en una mina, percibiendo un ingreso suficiente para cubrir las necesidades de su cónyuge e hijos, quienes dependían económicamente de él), no solo es víctima ella misma sino también su cónyuge e hijos, quienes no podrán seguir estudiando, ni cubrir sus necesidades, toda vez que el padre percibía el único ingreso económico de la familia. En ese sentido, hay que diferenciar entre los sujetos damnificados, considerando que pueden existir damnificados directos, que son los que se ven afectados de manera directa con el resultado dañoso al haber participado en forma concreta en el evento (víctima), y damnificados indirectos que son aquellos que ven afectados sus intereses sin que hayan participado directamente en el evento (cónyuge, hijos, etc.).

- b) *La injusticia del daño.* Hacemos referencia con este requisito (propio de la doctrina italiana) a que el daño debe haberse producido por efectos de un hecho generador de un supuesto de responsabilidad civil, en otras palabras un daño cuya realización no sea “justificada” por el ordenamiento jurídico.
- c) *Subsistencia del daño.* Para solicitar y obtener una indemnización, no se debe haber sido objeto de un resarcimiento previo que haya dado lugar a su satisfacción, puesto que al permitir dicha reparación se estaría incurriendo en un supuesto de enriquecimiento indebido al pagarse doblemente por un mismo concepto.
- d) *Certeza.* Hay que analizar dos aspectos de la certeza: Una certeza lógica y una certeza fáctica; este requisito está relacionado con la existencia del daño mismo, es decir que haya irrumpido en la realidad.

VI.1.2.3. El nexo causal

Podemos definirlo como la relación existente entre el hecho y el daño propiamente dicho que es una relación de causa-efecto. Esta relación causal nos permitirá establecer hechos susceptibles de ser considerados factores determinantes del daño; por ejemplo, quién es aquel que ocasionó el daño. Nuestra legislación hace uso del criterio de la relación causal, plasmándola en nuestro Código Civil vigente, y consignándola también en nuestra jurisprudencia. Así tenemos que: “*Debe ampararse la demanda por indemnización si existe un nexo causal entre el accionar doloso de las demandadas y el daño producido*” (Expediente N° 368-97/Lima, 02 de junio de 1997).

Es necesario que entre el incumplimiento (responsabilidad contractual) o el hecho (responsabilidad extracontractual) por una parte, y el daño o perjuicio por otra, medie una relación de causalidad, es decir que el daño sea consecuencia del incumplimiento o del hecho dañoso. Es precisamente por falta de nexo causal que el daño indirecto no se indemniza.

Este requisito general se presenta en todo el ámbito de la responsabilidad civil; la diferencia reside que mientras en el campo extracontractual la relación de causalidad

debe entenderse según el criterio de la causa adecuada, en el ámbito contractual la misma deberá entenderse bajo la óptica de la causa inmediata y directa²⁶.

VI.1.2.4. Factores de atribución

Podemos resumir los factores de atribución en la pregunta: ¿a título de qué se es responsable? Viene a ser el fundamento del deber de indemnizar. Existen dos sistemas de responsabilidad: el sistema subjetivo y el sistema objetivo, cada uno de ellos fundamentado en distintos criterios denominados factores de atribución.

a) *Sistema subjetivo*. En este sistema se hace referencia al dolo y a la culpa del agente:

- **Dolo**. En derecho tiene diversas acepciones. En sentido lato significa una idea de mala fe, malicia, fraude, daño; por ello entendemos al dolo como la voluntad o el ánimo deliberado de la persona de causar el daño. Se presenta desempeñando una triple función: i) Dolo como vicio de la voluntad, es el engaño que se emplea para inducir a alguien a consentir en la formación de un acto jurídico, que sin ese dolo no se habría realizado o lo hubiera sido en condiciones diferentes; en este caso puede ser el dolo que falsea la intención del agente y que este puede aducir para obtener la anulación de un acto celebrado con ese vicio; ii) En materia de actos ilícitos, el dolo designa la intención del agente de provocar el daño que deriva de un hecho; y iii) En el incumplimiento de la obligación, el dolo alude a la intención con que el deudor ha obrado para ineficacia la prestación debida. Es un concepto que ha tomado la responsabilidad civil, y que normalmente se había confinado al campo penal. Adicionalmente, el dolo puede ser dolo directo, si el sujeto actúa para provocar el daño; y dolo eventual, en el cual no se actúa para dañar, pues la persona representa la posibilidad de un resultado dañoso que no descarta, asumiendo el riesgo de que su conducta pueda causar un daño. Por ejemplo: Mario conduce un vehículo a excesiva velocidad, asumiendo que con esa conducta puede ocasionar un accidente.
- **Culpa**. La culpa es el fundamento del sistema subjetivo de responsabilidad civil (fluye claramente del Artículo 1969 del Código Civil) y, ante la dificultad de probar la culpa del autor, es decir, dado lo difícil que es conocer el aspecto subjetivo del autor, nuestro ordenamiento ha considerado que es conveniente establecer presunciones de culpabilidad invirtiendo la carga de la prueba, de tal modo que la víctima ya no estará obligada a demostrar la existencia de culpa. Esta inversión de la carga de la prueba y correlativa presunción de culpabilidad del autor en el sistema subjetivo de responsabilidad civil, presume la culpa del autor en el daño causado.
Por otro lado, la culpa puede presentarse de dos maneras: i) Culpa objetiva o culpa in abstracto, que viene a ser la culpa por violación de las leyes; el ordenamiento determina el parámetro de comportamiento y si la persona no cumple es responsable; ii) Culpa subjetiva o culpa in concreto que se basa en las características personales del agente. Este tipo de culpa comprende la conducta imprudente y negligente²⁷.

²⁶ ORGAZ, Alfredo. (1967). *El daño resarcible. Actos Ilícitos*. Buenos Aires, Depalma, p. 47.

²⁷ MAZEAUD, Henri y otros. (1960). *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires, Europa-América, Volumen II, p. 113.

b) *Sistema objetivo*. El sistema de responsabilidad objetiva se basa en la noción del riesgo creado. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “riesgo” es una contingencia o proximidad de un daño, mientras que “peligroso” es todo “aquello que tiene riesgo o puede ocasionar daño”. Para la doctrina, el riesgo creado viene a ser el riesgo adicional al ordinario, tal como el que se genera mediante el empleo de automotores, artefactos eléctricos, cocinas a gas, ascensores, armas de fuego, insecticidas, medicamentos, actividades industriales, etc.

En este tipo de daños no será necesario examinar la culpabilidad del autor, pues deberá bastar con acreditar el perjuicio, la relación de causalidad y que se trate de un bien o actividad que suponga un riesgo adicional al normal, por lo que merece la calificación de “riesgoso”. Haya sido el autor culpable o no, igualmente será responsable por haber causado el daño mediante una actividad riesgosa o peligrosa.

Se observa entonces que la ausencia de culpa no sirve como mecanismo liberador de responsabilidad civil adquiriendo, por el contrario, importancia fundamental la noción de causa ajena o fractura causal.

El sistema objetivo de responsabilidad civil no pretende que en los daños que se hayan causado a través de bienes o actividades riesgosas no exista la culpa del autor; lo que se persigue es la abstracción de dicho concepto, de tal modo que la existencia de culpa sea totalmente intrascendente para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil, debiendo acreditarse únicamente el daño, la relación causal, y la calidad del bien o de la actividad realizada.

Cabe agregar que la calificación de un bien o actividad como riesgosa y peligrosa no depende de las circunstancias de un caso concreto, pues de ser así cualquier actividad podría ser considerada riesgosa. Esta calificación depende del riesgo que supone el uso socialmente aceptado del bien o actividad de que se trate, siempre y cuando su uso suponga un riesgo adicional al común y ordinario, como sucede con las armas de fuego o con los vehículos.

VI.2. LA UNIÓN DE HECHO: ELEMENTOS O REQUISITOS

Los elementos de la unión de hecho son:

- **Unidad.** Pues al igual que el matrimonio, implica que solo puede existir una unión entre un solo hombre y una sola mujer para ser considerada como válida.
- **Consentimiento.** Se fundamenta en el acuerdo de tomarse como pareja, entre los convivientes y ante los demás, no siendo necesaria la convivencia bajo el mismo techo.
- **Perpetuidad.** La unión también implica permanencia en el tiempo, que debe ser como mínimo de dos años.
- **Informalidad.** No está sujeto a formas legales, solo que aquel que lo alegue debe probarlo y ha de ser declarado o reconocido para que surta efectos, mediante sentencia definitivamente firme.
- **Disolubilidad.** Pues puede quedar disuelto por el acuerdo de voluntades o por decisión unilateral de uno de los integrantes²⁸.

²⁸ MARTINEL, J. M. y otros. (1998). *Uniones de Hecho*. España, Universidad de Lleida, p. 11.

VI.3.DESARROLLO HISTÓRICO DE LA UNIÓN DE HECHO

En estos últimos años asistimos a una evolución social y jurídica en todos los temas relacionados con la vida en pareja. El cambio, en todo cuanto concierne a las relaciones extramatrimoniales, nos encontramos en una etapa copernicana; hasta hace pocos años los concubinos eran repudiados, condenados, perseguidos, discriminados, y sancionados. En los últimos 25 años dejaron de ser sancionados, dejaron de ser considerados inmorales, alcanzaron un reconocimiento social e instauraron en la sociedad la idea de que constituyen una familia que debe ser reconocida. En lo social, pues, advertimos que se ha pasado del repudio a la tolerancia, llegándose a una aceptación cada vez mayor de las parejas que conviven fuera del matrimonio²⁹.

No obstante no fue un camino fácil llegar a la actual situación en la que nos encontramos. De unos inicios en los que las uniones de hecho no se encontraban reconocidas por los ordenamientos jurídicos, pasamos a una etapa en la que tímidamente algunos fallos jurisprudenciales intentaron darles cabida, para, posteriormente alcanzar el reconocimiento jurídico y legal que tanto reclamaban. En ese sentido, resulta interesante reseñar dos casos que ejemplifican las etapas por las que pasó la unión de hecho en el ámbito jurídico. Uno es el caso dominicano, en el que fueron los tribunales quienes contribuyeron con su reconocimiento, y otro es el caso francés, en el que la situación de hecho fue recogida por el ordenamiento.

Así pues, resulta interesante consignar el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, por medio del cual se extendió la protección legal a las parejas unidas sin la formalidad matrimonial³⁰. En ese sentido, la Corte de Justicia, consideró que si bien la Constitución dominicana reconocía al matrimonio como el único fundamento legal de la familia, no debía derivarse de este precepto que la concepción imperativa de la familia era aquella que se constituía exclusivamente sobre el matrimonio, toda vez que ello implicaría una vulneración al principio de igualdad que la misma Carta Magna garantiza; por consiguiente, se imponía contar con fórmulas que garanticen justicia a todos los ciudadanos, en especial a la institución familiar, la cual presenta diversas formas de convivencia a las que el derecho, en caso de conflicto, tiene que dar respuesta sin ninguna distinción, desechando una teoría abstracta de las realidades sociales para fundarse en la necesidad de dar respuesta a un reclamo concreto por parte de los agentes sociales, titulares de intereses legítimos.

Por otro lado, en el régimen jurídico de Francia existía una problemática similar a la de la República Dominicana, en el entendido de que no había ninguna regulación legal sobre el concubinato; sin embargo, y debido a la presión social que se ejerció sobre los órganos de gobierno, se adicionó el artículo 515-8 al Código Civil Francés, consagrándose un capítulo relativo al concubinato y su régimen, disponiéndose -entre otras cosas- lo siguiente: "El concubinato es la unión de hecho, que se caracteriza por una vida en común, con un carácter de estabilidad y continuidad, entre dos

²⁹ LOSING, Norbert. (1999). *Los derechos humanos en las parejas, en el derecho de familia y los nuevos paradigmas. X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Setiembre de 1998*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 129.

³⁰ VIZCAÍNO CANARIO, Juan Narciso. Artículo "Situación de la Concubina en el Ámbito de la Responsabilidad Civil en la República Dominicana". *Página web Encuentro Jurídico*. Mayo del 2008. <http://www.encuentrojuridico.com/2008/05/situacion-de-la-concubina-en-el-ambito-de.html>

personas de distinto sexo o del mismo sexo que viven en pareja”. Además se regulan los efectos jurídicos del concubinato, admitiéndose el reconocimiento de una sociedad de hecho.

VI.4. UNIÓN DE HECHO Y RESPONSABILIDAD CIVIL

La unión de hecho es la situación derivada de la convivencia entre dos personas, hombre y mujer, que no se encuentran unidas legalmente, las cuales llevan una vida en común, sustentada en una relación amorosa con fines de permanencia, llegando a reunir características que aproximan esta figura al matrimonio.

Previo al inicio del análisis, es importante destacar que en el Perú es un fenómeno social real, es decir, que gran parte de la población se une bajo este escenario fáctico o de convivencia con los fines de fundar una familia y lograr la autorrealización personal.

Cuando la convivencia termina **por decisión unilateral**, el juez puede conceder, a elección del abandonado, **una cantidad de dinero por concepto de indemnización** o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales (Artículo 326 Código Civil).

Analizando este supuesto de responsabilidad típica, creemos que no habría coherencia en nuestro sistema jurídico si negamos la responsabilidad civil derivada de un divorcio unilateral por causal objetiva (separación de hecho), aplicando el argumento *a fortiori* que funciona en base al criterio de con mayor razón. Como explica Marcial Rubio, este argumento es una variante de la analogía basada en una *ratio legis* que funciona “con mayor razón” en el ámbito de poder que el Derecho otorga³¹.

Cornejo Chávez, respecto a la terminación unilateral del concubinato *strictu sensu*³², se limita a reproducir el contenido normativo del Artículo 326 del Código Civil, al señalar que “... *el Juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos...*”. Al parecer la pensión de alimentos cumple una función sustitutoria de la indemnización como lo sugiere la jurisprudencia nacional en la Casación N° 2228-2003³³.

Mayor desarrollo en la doctrina nacional lo realiza el profesor Arias Schreiber al señalar que:

“En el caso de la extinción de la unión de hecho por decisión unilateral de uno de los convivientes, la ley contempla que el ex conviviente abandonado pueda exigir una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos. Lo primero tiene por objeto

³¹ RUBIO CORREA, Marcial. (1999). *El Sistema Jurídico - Introducción al Derecho*. Octava edición. Lima, PUCP Fondo Editorial, p. 299.

³² CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. (1999). *Derecho Familiar Peruano*. Décima edición. Lima, Gaceta Jurídica, p. 291.

³³ Unión de Hecho. Pensión de alimentos e indemnización: para que se pueda conceder una pensión alimenticia, a la demandante en base a una supuesta ruptura de relación convivencial, se exige que el solicitante de dicha pensión mantenga una relación convivencial actual o vigente o acredite la condición de abandonado, y que sea este conviviente quien elija alternativamente por una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos. Cas. N° 2228-2003-Ucayali. Diario Oficial El Peruano del 31 de enero del 2005.

reparar los daños que pueda sufrir el abandonado como consecuencia de la frustración del proyecto de vida, la aflicción de los sentimientos, etc.³⁴".

Yuri Vega sostiene que la disolución por ruptura unilateral no sólo causa perjuicios personales o morales, y trae a colación la llamada indemnización compensatoria de la legislación española, específicamente de la Ley catalana de 1998 que establece una compensación económica al término de la convivencia a favor de aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, cuyo fin es atender una eventual situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y, además, para poder subvenir los requerimientos de quien carece de una fuente de ingresos³⁵.

VI.5. LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA POR RUPTURA UNILATERAL DE LA UNIÓN DE HECHO: JURISPRUDENCIA COMPARADA

A semejanza de lo que sucede con el matrimonio, la unión de hecho puede fenecer, poniendo término a la relación de pareja, y ello puede suceder por múltiples razones. Lo que a nosotros nos interesa resaltar en el presente estudio es el tema relativo a la culminación de la unión de hecho por decisión unilateral de uno de los convivientes. Nuestro interés se justifica en que es precisamente en esta situación la que acarrea la mayor cantidad de consecuencias dañinas y, además, porque nuestro ordenamiento jurídico contempla dicha causa como fundamento para el resarcimiento de los perjuicios.

En ese sentido, debemos empezar por señalar que cuando se produce la ruptura unilateral de la unión de hecho pueden presentarse las siguientes situaciones:

- Un reclamo por la reparación del daño que la ruptura de la relación le produjo a una de los concubinos.
- Un reclamo frente al tercero que provocó la ruptura.

La jurisprudencia francesa hace alusión al tema³⁶. Se trata del caso de una pareja que convivió desde antes del año 1980. En 1989 sufren un aparatoso accidente de tránsito, con consecuencias nefastas para la mujer integrante de la relación, quien a raíz del percance comienza a padecer graves alteraciones de la memoria. Poco tiempo después, el conviviente varón pone fin a la relación, argumentando que la vida en común se tornó insoportable. Hay que señalar, además, que antes del accidente, la pareja tenía planes serios de formalizar su situación contrayendo matrimonio.

El tribunal entendió que la ruptura del concubinato no puede dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios, salvo que haya habido culpa en la ruptura por parte de alguno de los convivientes, cosa que en el presente caso consideró que no se había producido.

³⁴ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. (2006). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Primera edición. Tomo III. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, p.191.

³⁵ VEGA MERE, Yuri. (2003). "Uniones de Hecho". En: *Código Civil Comentado*. Primera Edición. Tomo II. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, p. 458.

³⁶ (1990). En *Revue Trimestrielle de Droit Familial*. De Boeck, enero de 1990, p. 149

En España³⁷, a su vez, se presentó el caso siguiente: una actriz formuló demanda en juicio de menor cuantía contra un sujeto con el que había vivido junto con sus hijos, durante tres años. A fin de convivir y en razón de un proyectado matrimonio, la demandante y sus hijos se habían mudado de domicilio, resolviendo el contrato de arrendamiento de su anterior vivienda, donde obtenía ingresos alquilando habitaciones, y enviando a uno de sus hijos a un centro de enseñanza próximo a la ciudad donde debía celebrarse el matrimonio y donde fijarían el domicilio conyugal. Frustrado el proyectado matrimonio por motivo exclusivo del hombre, la mujer le inicia la demanda.

La mujer pretende que se le conceda el uso del inmueble urbano de propiedad del demandado que había sido el lugar de residencia habitual de la pareja, y que se le permita el uso y disfrute del automóvil propiedad del demandado. Asimismo, solicitó que se condene al demandado a pagar una indemnización de seis millones de pesetas por concepto de daños y perjuicios.

El Tribunal de Primera Instancia acogió parcialmente la demanda, condenando al demandado a pagar la suma de cinco millones de pesetas por concepto de daños y perjuicios, concediendo el uso del auto a la demandante por el plazo de un año y medio y la ocupación del inmueble por el plazo de dos años. El fallo se fundamentó en el Artículo 43 del Código Civil español que establece que:

“El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio”.

La audiencia provincial confirmó parcialmente la sentencia, reduciendo el capital de condena a tres millones de pesetas. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo Español lo rechazó, mas le dio diferente fundamento a la obligación de reparar, señalando que resultaba desmesurada la interpretación del Artículo 43 del Código Civil que habían hecho las sentencias de las dos instancias anteriores, pues los conceptos de “gastos hechos” y “obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido” se avenían mal con la relación de causalidad directa que deben guardar aquellos y éstos con la promesa de matrimonio, aspecto que, además, no podía incluir una especie de indemnización por los daños morales, ya que no existe ninguna obligación de indemnizar al novio o a la novia abandonado por el daño moral sufrido sobre la base del Artículo 43 del Código Civil español.

El Tribunal Supremo entendió que la obligación de indemnizar radicaba en la culpa de ambos convivientes

“que debieron establecer con claridad los derechos y deberes recíprocos aún en caso de ruptura de la convivencia. Especialmente negligente se muestra en ese caso la conducta del hombre que indujo con su promesa a establecer la convivencia, sin reparar en las consecuencias que podía acarrearle a la mujer el abandono de su hogar y de sus medios de vida,

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala 1º, del 16 de diciembre de 1996, publicada en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Enero- Marzo 1997, p. 1173.

con el consiguiente empobrecimiento que dada su situación se produciría (tal como ocurrió) si aquella convivencia tuviese fin, aunque tampoco está exenta de culpa la actora que debió ponderar los efectos de sus actos si la promesa no se cumplía”.

En definitiva, se entendió que había concurrencia de culpas, siendo la del hombre mayor; sin embargo no se disminuyó el capital de condena de tres millones de pesetas por cuanto se estimó que los daños materiales eran superiores a los considerados por la alzada.

Adicionalmente, existe una jurisprudencia argentina que tiene relación con el supuesto que venimos analizando³⁸, ya que puede abonar como fundamento para las pretensiones indemnizatorias de los concubinos. Se trata del caso de una pareja de novios que estaban prontos a contraer nupcias y, días antes del matrimonio, el novio fallece en un accidente de tránsito. La ex novia demanda una indemnización de daños y perjuicios al responsable directo del accidente (un tercero), argumentando que se han frustrado sus legítimas expectativas de contraer nupcias, acarreándole ello un daño, más aún si se considera que se encuentra embarazada.

La primera instancia concede la reparación argumentando la pérdida de chance matrimonial, mientras que la segunda la desestima argumentando que la teoría de la pérdida de chance no puede aplicarse a las relaciones prematrimoniales, dada la naturaleza extrapatrimonial de las mismas.

Lo interesante del caso reside en que en primera instancia, se toma como punto de referencia para fundamentar la reparación, **la legitimación del concubino para solicitar una indemnización en el caso de la muerte de su pareja** por acción de un tercero, por lo que se considera que dicha noción debe ser extendida a las relaciones de noviazgo.

A propósito de lo expresado anteriormente, la cuestión reside en determinar si el conviviente se encuentra legitimado para accionar un reclamo por los daños y perjuicios que le produjo la muerte de su compañero. Para empezar, es necesario recalcar que está legitimado para promover una acción indemnizatoria quien sufre un daño, entendiendo por tal a la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial. Siguiendo a la doctrina moderna, afirmamos que la noción de interés se extiende al interés simple no ilegítimo³⁹ o interés digno de tutela.

En definitiva, pensamos que la acción de indemnización puede ser intentada *iure proprio* por el conviviente que acredite la lesión a un interés de hecho no ilegítimo, a raíz del cual se determina un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial.

VI.6. ARGUMENTOS JURÍDICOS QUE NIEGAN Y JUSTIFICAN LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA POR RUPTURA UNILATERAL DE LA UNIÓN DE HECHO

Respecto a la polémica de si procede reclamar una indemnización como consecuencia de la ruptura

³⁸ STJ La Pampa, Sala A, 2-7-96.-B., G.A. c. C., A.N. s/ proceso sumario (daños y perjuicios); E.D. 172-240.

³⁹ Al respecto ver la doctrina: ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. pp. 8-9; SPOTA, Alberto. (1947). *Los titulares del derecho al resarcimiento en la responsabilidad aquiliana*. J.A. 1947- II-314; BUSTOS BERRONDO, Horacio. "Acción resarcitoria del daño causado por el homicidio". En: Revista JUS, N° 3, p. 74; IRIBARNE, Pedro. *De los daños a las personas* p. 435.

unilateral de la unión de hecho, conviene realizar una breve reseña.

Entre los argumentos que pueden desarrollarse para denegar la legitimación del conviviente para reclamar por los perjuicios producidos, pueden encontrarse los siguientes:

- No existe el deber alimentario. En la legislación argentina, al igual que en la peruana, no existe norma alguna que imponga al conviviente coactivamente dar alimentos a su pareja, por lo que de ello se desprende que si durante la relación el conviviente no tiene derecho a exigirle judicialmente a su pareja el pago de alimentos, menos podrá hacerlo luego de producida la ruptura. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico ha resuelto este problema sustrayendo de la pretensión indemnizatoria los montos destinados a la subsistencia del perjudicado, estableciendo una pensión destinada a sostener a la víctima (Artículo 326 del Código Civil) pero sólo cuando se ha producido la ruptura unilateral de la unión de hecho.
- La unión de hecho no es fuente de derechos. La unión de hecho no constituye una fuente de derechos legales entre sus integrantes, ellos no pueden reclamarse entre sí deberes personales ni patrimoniales; así, no están legalmente obligados a ser fieles, ni a prestarse asistencia durante la vigencia de la unión de hecho, ni a responder por los gastos comunes frente a los acreedores. Si la unión fáctica no genera obligaciones jurídicamente exigibles durante su vigencia no puede transformarse en fuente de derechos a su finalización.

Como lo destaca Acuña Anzorena,

"... el daño como elemento integrante de la noción de responsabilidad y presupuesto necesario de la acción resarcitoria, debe incidir indefectiblemente en el desconocimiento o en el quebrantamiento de un derecho, es decir, de un interés legítimo o legalmente protegido. Con ello se descarta la posibilidad de que la lesión de un mero interés o la privación de un simple beneficio basten para comprometer la responsabilidad del lesionado".

Al respecto, debemos expresar que nuestro ordenamiento, al admitir la posibilidad de aplicar a la unión de hecho un régimen patrimonial similar al del matrimonio, abre las puertas para extender más derechos y deberes a la convivencia,

Creemos que existen argumentos de tipo jurídico con mayor solidez doctrinaria y constitucional que también posibilitan la procedencia de la aplicación de la responsabilidad civil a la unión de hecho. Entre ellos podemos mencionar:

- Cambio del estado de subsistencia. Independientemente de la inexistencia del deber legal de prestarse alimentos, si en los hechos uno de los convivientes sostenía al otro, la ruptura de la relación le ha producido un daño porque le ha privado de ese sostén, es decir, se vulnera su derecho fundamental a los alimentos. Si el sobreviviente demuestra debidamente que vivía del auxilio y los recursos del conviviente, debe ser indemnizado, desde una perspectiva de respeto irrestricto a los derechos humanos. Esta línea doctrinaria ha sido aceptada por la jurisprudencia española: *"Se encuentran legitimados los concubenarios para reclamar la indemnización del*

daño patrimonial ocasionado (...) como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen".

- Existencia de un interés simple. Como sostiene un sector mayoritario de la doctrina argentina, la legitimación del conviviente para efectuar el reclamo no se funda directamente en su carácter de miembro de una pareja, sino que se origina en su condición de simple damnificado por el hecho ilícito, el cual genera una obligación de reparar. Cabe recordar que en las I Jornadas Bonaerenses se declaró que la *"... acción de indemnización podrá ser intentada iure proprio por todos aquellos que acrediten la lesión a un interés de hecho no ilegítimo, a raíz del cual se determina un menoscabo patrimonial"*.

Pizarro y Vallespinos expresan al respecto que:

"Nada justifica a reducir la esfera de protección normativa a aquellos intereses que el derecho tutela de manera formal, por ser contenido de un derecho subjetivo o estar dotados de medios de protección legalmente establecidos para asegurar su eficacia. Tal criterio de valoración, axiológicamente disvalioso, es fruto de una desafortunada transpolación (...) de una polémica gestada en Francia a mediados del presente siglo, que ha sido totalmente superada por la doctrina gala"⁴⁰.

VII. LA TEORÍA DEL CONTACTO SOCIAL Y LA DOCTRINA DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN COMO FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR RUPTURA UNILATERAL DEL CONCUBINATO IMPROPIO

A continuación nos aventuraremos en un arriesgado intento por elaborar una justificación teórica que nos permita fundamentar de manera más amplia las reparaciones de los daños y perjuicios producidos como consecuencia de la ruptura unilateral de la unión de hecho; para ello haremos referencia a dos conceptos jurídicos que han alcanzado reconocimiento en variados campos del derecho, y que pueden servir para entender de mejor manera la problemática que nos convoca: la teoría del contacto social y la doctrina de los deberes de protección; doctrinas que podrían ser aplicadas en el Derecho de Familia.

Vamos a partir de un caso hipotético a efectos de ir desarrollando la exposición debido a los variados aspectos que pueden presentarse en la realidad, máxime si un concubinato impropio (con impedimento matrimonial de uno a ambos cónyuges) puede adquirir legitimidad a través del tiempo si es que funda una familia estable y, en consecuencia, albergaría intereses dignos de tutela, aunque no sea reconocido expresamente por el ordenamiento jurídico.

María inició una convivencia con Mario en 1990 y fruto de esa unión nacieron dos hijos. Durante muchos años, María se dedicó a las labores domésticas y a la crianza de los hijos, sacrificando sus propias expectativas personales en aras de una estabilidad familiar que garantice el desarrollo integral de todos sus hijos. En 1998, Mario abandona el hogar y la relación de convivencia termina. María consulta con un abogado y entabla una demanda con el propósito que se le indemnice por los daños y perjuicios producidos. En los trámites judiciales se entera que Mario era casado desde el

⁴⁰ PIZARRO, Ramón y otros. (1999). *Instituciones de Derecho Privado*. Buenos Aires, Hammurabi, p. 658.

año 1985.

Como se comprenderá, las posibilidades de que María sea indemnizada son prácticamente nulas, puesto que la unión de hecho de la que participó era ilegítima, por estar viciada con impedimento matrimonial.

Analicemos en primer lugar, de qué manera la doctrina de los deberes de protección pueden permitirnos ver la cosas de otra manera, complementada por la teoría del contacto social y la tesis de la injusticia del daño.

En principio, debemos acotar que existen diferentes posturas respecto a la naturaleza de la unión matrimonial. Están las que defienden la tesis del matrimonio-contrato, hasta las que sostienen la idea del matrimonio institución o el matrimonio comunidad. Lo cierto es que nadie puede negar que el matrimonio es un acto consensual que genera una serie de derechos y obligaciones entre las personas que deciden hacer vida en común. En ese sentido, la unión de hecho, en tanto comparte finalidades propias del matrimonio, también responde a este esquema de acto consensual, con la diferencia de que los derechos y obligaciones que nacen de tal acto algunas veces alcanzan amparo en el ordenamiento jurídico y otras no. Pero, más allá de las formalidades, los hechos son básicamente los mismos.

Ahora bien, cuando hablamos de responsabilidad civil, normalmente aludimos a la extracontractual, en el ánimo de resolver los problemas ocasionados por los daños derivados del divorcio o de la ruptura de la convivencia. Sin embargo, hemos perdido de vista el enorme potencial de la responsabilidad contractual -más allá de las definiciones estrictas de contrato- para afrontar muchos de los problemas relativos a los daños que se generan en las relaciones de pareja, y específicamente en los rompimientos de los vínculos de pareja, que se constituyen -en realidad- en verdaderos vínculos jurídicos extramatrimoniales similares a los vínculos jurídicos patrimoniales, a nuestro juicio, únicamente diferenciados por la disponibilidad o indisponibilidad de los derechos y obviamente el componente de la autonomía privada propio de las relaciones contractuales.

Así pues, la idea clásica es que la responsabilidad contractual debe referirse únicamente al incumplimiento de la prestación, y cualquier otro daño que no esté vinculado a la prestación cae en el campo de la responsabilidad civil extracontractual.

Ante este panorama surge la doctrina de los deberes de protección en el foro alemán, y las obligaciones de seguridad en la jurisprudencia francesa, con la finalidad de colocar a las víctimas en una mejor situación para reclamar las reparaciones por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la ejecución de una prestación contractual⁴¹. Según la doctrina italiana, los deberes de protección y la obligación de seguridad no son algo totalmente ajeno a la prestación, sino que forman parte de la misma.

Los deberes de protección se fundamentan en el contexto de la buena fe en el que toda prestación debe desarrollarse. En toda relación obligatoria, dos esferas de intereses entran en **contacto social**, estando sujetas a la inseguridad de que la conducta de la otra parte pueda producirles algún tipo de daño. Y es precisamente dicho contacto el que justifica la aparición de una serie de deberes

⁴¹ CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los Deberes de Protección del Deudor en el Derecho Civil, en el Mercantil y en el Laboral.*

íntimamente vinculados al objeto de la prestación principal. No obstante, **los deberes de protección no se fundamentan en la prestación misma sino en el interés de la persona**, por lo que poco importa que la prestación se haya cumplido, igual se puede haber causado un daño a la otra parte por la inobservancia de los deberes accesorios. El ejemplo típico es el del albañil que cumple con su trabajo, pero que por su imprudencia (esparce colillas de cigarro) provoca el incendio de la casa en donde realizaba su labor. Los daños producidos entrarían en el campo de la responsabilidad contractual ya que, si bien es cierto el albañil cumplió con su prestación, no observó los deberes de protección vinculados a su prestación, los cuales eran velar para que la ejecución de la misma se realice observando las reglas de seguridad elementales a fin de no causar un daño a los bienes de su acreedor.

Si extrapolamos el ámbito contractual en el que surgen los deberes de protección (básicamente por el contacto social que experimentan las esferas de intereses del acreedor y deudor, bajo el contexto de la buena fe) a situaciones que, si bien no conforman relaciones jurídico-patrimoniales **propias, sí experimentan el mismo fenómeno del contacto social, y a lo mejor con mayor intensidad que en los contratos típicos**, pensamos que estaríamos aportando un nuevo elemento de análisis que nos permitiría acercarnos mejor a la esencia jurídica de realidades que sucumben, en lo que importa a la justicia y la reparación, ante esquemas rígidos que pueden resultar útiles para determinados casos pero que de ninguna manera sirven para explicar toda la problemática jurídico-social.

Así por ejemplo, cómo se podría negar que en una relación de concubinato propio o impropio (siempre que el matrimonio sea disfuncional o exista prolongada separación de hecho), con mayor razón que en una relación contractual típica, **el contacto social entre los partícipes acarrea una serie de deberes entre los convivientes, fundados precisamente en la buena fe**, y más aún en las relaciones de afecto e interdependencia emocional que se presentan con mucha intensidad en este tipo de relaciones.

Por otro lado, como bien sabemos uno de los elementos necesarios para que se configure un supuesto que dé lugar a la responsabilidad civil, es la antijuridicidad. Esta es entendida como la oposición de una conducta a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico; sin embargo, dicho esquema clásico se ha visto cuestionado por la tesis de la injusticia del daño⁴², de origen italiano. De acuerdo a esta concepción, se sostiene que el análisis debe centrarse en saber si la conducta del agente fue realizada fundándose en legítimas motivaciones amparadas por el ordenamiento, es decir **lo importante es conocer si el daño se encuentra justificado o no** (si es justo o injusto). Así pues, el principio de la antijuridicidad de la conducta se ve atenuado, puesto que pueden existir conductas que no contraríen ninguna norma del ordenamiento jurídico y, sin embargo, afectar la esfera de intereses de la víctima. De igual forma pueden producirse daños cuyo resarcimiento no es amparado por el ordenamiento jurídico, pero por ello no dejan de ser daños dignos de tutela.

Ahora bien, un criterio utilizado frecuentemente en las sociedades anglosajonas es el de hacer soportar el daño a quién está en mejor aptitud de mitigar los costos del mismo y, por lo general, ello deriva en la aplicación del sistema de responsabilidad objetiva. Así pues, en el caso de la responsabilidad por productos defectuosos, por ejemplo, vía responsabilidad objetiva se hace asumir a la empresa fabricante los costos del daño producido, puesto que se considera que la misma está en mejor aptitud de asumirlos, ya sea contratando un seguro o distribuyendo el costo social

⁴² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. (2002). Op. cit. pp. 79-81.

mediante el sistema de precios.

En ese sentido, en nuestro caso hipotético bien podríamos afirmar que pese a que la conducta jurídica de Mario no es antijurídica por cuanto la unión de hecho era ilegal, existe una auténtica situación de injusticia en la esfera de intereses de María, quien ajustó su conducta en mérito al compromiso que asumió respecto a la relación que mantenía con Mario (teoría del contacto social), y que se vio traicionada por cuanto su conviviente no honró los deberes que la situación le imponía (deberes de protección), por lo que, consideramos que una indemnización a favor de María sería procedente en tanto la conducta de Mario no tuvo ninguna justificación para ser desplegada, engañando a su conviviente, y produciendo con ello un daño injusto.

VIII. CONCLUSIONES

1. En clave de derechos humanos, en consonancia con las normas constitucionales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y Convención Americana de Derechos Humanos, la familia es considerada como el elemento natural y fundamental de la sociedad y, por consiguiente, merece la más alta protección que debe ser extendida al concubinato o unión de hecho como institución digna de tutela, siempre que cumpla sus fines, esto es, siempre que funde una familia. La protección no implica preservar la vigencia de uniones informales o paralelas que no cumplen sus fines, de lo contrario también se vulnerarían derechos fundamentales de terceros si el ordenamiento jurídico protege uniones no estables o disfuncionales.
2. Conforme al Artículo 1 de la Convención de Derechos Humanos, es obligación de los Estados garantizar el pleno ejercicio y goce de los derechos humanos. La obligación la ejerce el Estado a través de los órganos jurisdiccionales que administran justicia. Los Jueces de Familia deben asumir la concepción de la familia comunidad como sede de autorrealización y desarrollo personal, garantizando que todos sus integrantes (cónyuges o concubinos, hijos matrimoniales o hijos de familias reconstituidas, y todos los que vivan bajo un mismo techo sin que medien relaciones contractuales) reciban tutela como personas, preservando sus derechos fundamentales inviolables, en base al principio de igualdad.
3. Al resolver los procesos en los que se ponga en riesgo la estabilidad familiar, los jueces válidamente pueden considerar al concubinato o unión de hecho como sujeto de derecho, siempre que cumpla los requisitos de ley pues, aparte del reconocimiento como patrimonio autónomo que le confiere el Código Procesal Civil, la unión de hecho cumple las tres dimensiones del derecho, como institución digna de tutela especial:
 - El aspecto normativo. Tiene derechos y deberes distintos a los de las personas naturales que la integran.
 - El aspecto fáctico, que se materializa en las conductas humanas intersubjetivas o vida de relación familiar.
 - El aspecto axiológico, que se evidencia en los fines valiosos de la unión de hecho, como fundar una familia que será la base de la sociedad y el Estado.
4. Para garantizar una adecuada protección de la estabilidad familiar y los derechos humanos de los convivientes, es necesario que legislativamente se incorporen instituciones jurídicas como la

pensión compensatoria del sistema español o la compensación patrimonial del *common law* para mitigar los posibles graves desequilibrios que puedan producirse por las consecuencias de la ruptura unilateral de la unión de hecho; es decir, no se debe forzar la unión evitando la separación, sino evitar una situación que implique un empeoramiento económico de uno de los concubinos respecto a su situación anterior a la cohabitación.

5. La concepción de la familia como una comunidad no solo garantiza el pleno ejercicio y respeto de los derechos fundamentales de los cónyuges o concubinos sino también los de los hijos (niños y adolescentes) y de los integrantes incorporados (*step child*) con igual estatus (familia reconstituida), quienes ya no serán considerados como objetos de protección sino como sujetos de derechos, en base a la publicización de las relaciones entre padres e hijos, en aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, en especial la Convención de los Derechos del Niño.
6. El proyecto de vida de los concubinos (formar una familia estable) constituye un interés digno de tutela y, por consiguiente, la ruptura unilateral e injustificada de la unión de hecho debe ser resarcida aplicando las categorías de la responsabilidad civil para garantizar no sólo una adecuada reparación por las graves violaciones de los derechos fundamentales sino, principalmente, para que no vuelvan a ocurrir hechos que desestabilicen a la familia como base de la sociedad y del Estado.
7. Para evitar los desequilibrios económicos que puedan producirse como consecuencia de la ruptura unilateral de la unión de hecho deben fijarse reglas (vía legislación) que también eviten inflar los resarcimientos, a cuyo efecto es posible recurrir al instituto jurídico del derecho español: la llamada indemnización compensatoria (Ley catalana de 1998), que establece una compensación económica al término de la convivencia a favor de aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, cuyo fin es atender una eventual situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y, además, para poder subvenir los requerimientos de quien carece de una fuente de ingresos.
8. Ante eventos dañosos que se puedan producir como consecuencia de la ruptura unilateral de los concubinatos impropios (con impedimento legal de uno o ambos convivientes), cuyos efectos no son reconocidos por el ordenamiento jurídico, debe fijarse criterios de juridicidad que permitan establecer un adecuado sistema de responsabilidad civil, analizando si existen intereses dignos de tutela y proscribiendo toda situación de injusticia, en base a la teoría del contacto social y los deberes de protección ínsitos en toda relación convivencial libremente asumida, siempre que exista un impedimento meramente formal como por ejemplo, la existencia de un matrimonio disfuncional o con prolongada separación de hecho.

IX. BIBLIOGRAFÍA

IX.1. LIBROS

(1990). En *Revue Trimestrielle de Droit Familial*. enero de 1990, p.

- ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. (2006). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Primera edición. Tomo III. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica.
- ASENCIO MELLADO, José María. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Valencia, Tirat lo Blanch.
- BUSTOS BERRONDO, Horacio. "Acción resarcitoria del daño causado por el homicidio". En: Revista JUS, N° 3.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Los Deberes de Protección del Deudor en el Derecho Civil, en el Mercantil y en el Laboral*.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. (1999). *Derecho Familiar Peruano*. Décima edición. Lima, Gaceta Jurídica.
- DE CUPIS, Adriano. (1975). *El daño*. Barcelona, Bosch.
- DELMAS-MARTY, Mireille y LABRUSSE-RIOU, Catherine. (1987). *Matrimonio y Divorcio*. Bogotá, Temis.
- ENGELS, Federico. (s/f). *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. Ciudad, Almen Editores S.R.L.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. (2002). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima, Gaceta Jurídica.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. (2001). *Derecho de las Personas*. Octava edición. Lima, Editora Grijley.
- FERRAJOLI, Luigi. (2007). "Derecho y Dolor". En *ISOMÍA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Edición N° 28. octubre 2007.
- HERRERA PAULSEN, Darío. (2002). *Derecho Romano*. Lima, Gráfica Horizonte
- IRIBARNE, Pedro. *De los daños a las personas*.
- LEON BARANDIARÁN, José. (1983). *Curso del Acto Jurídico, con referencia al Proyecto del Código Civil Peruano*. Lima.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. (2002). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo VIII. (CD-Rom). CD N°3. Lima, Gaceta Jurídica.
- LOSING, Norbert. (1999). *Los derechos humanos en las parejas, en el derecho de familia y los nuevos paradigmas*. X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Setiembre de 1998. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- MARTINEL, J. M. y otros. (1998). *Uniones de Hecho*. España, Universidad de Lleida.
- MAZEAUD, Henri y otros. (1960). *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires, Europa-América, Volumen II.
- MOSSET ITURRASPE. (1982). *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires. EDIAR.
- ORGAZ, Alfredo. (1967). *El daño resarcible. Actos ilícitos*. Buenos Aires, Depalma.
- PIZARRO, Ramón y otros. (1999). *Instituciones de Derecho Privado*. Buenos Aires, Hammurabi.
- REALE, Miguel. (1984). *Introducción al Derecho*. Sexta edición. Madrid, Ediciones Pirámide S.A.
- ROLLA, Giancarlo. (2008). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Editora Jurídica Grijley.
- RUBIO CORREA, Marcial. (1999). *El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho*. Octava edición. Lima, Fondo Editorial PUCP.
- SESTA, Michele. (2003). *Derecho de Familia Italiano*. Primera edición, Universidad Externado de Colombia.
- SPOTA, Alberto. (1947). *Los titulares del derecho al resarcimiento en la responsabilidad aquiliana*. J.A. 1947- II-314.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Segunda edición. Grijley.
- TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Lima,

VEGA MERE, Yuri. (2003). "Uniones de Hecho". En: *Código Civil Comentado*. Primera Edición. Tomo II. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica.
ZANNONI, Eduardo. (2002). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Editorial Astrea.

IX.2. RECURSOS ELECTRÓNICOS

VIZCAÍNO CANARIO, Juan Narciso. Artículo "Situación de la Concubina en el Ámbito de la Responsabilidad Civil en la República Dominicana". *Página web Encuentro Jurídico*. Mayo del 2008. <http://www.encuentrojuridico.com/2008/05/situacin-de-la-concubina-en-el-mbito-de.html>

IX.3. NORMAS Y CÓDIGOS

Constitución Política del Perú
Convención Americana de Derechos Humanos.
Declaración Universal de Derechos Humanos.
Código Civil de España.
Código Civil Italiano de 1942 (Códice).

IX.4. JURISPRUDENCIA

Suprema Corte Di Cassazione, Sezione Prima Civile, sentenza n.9801/2005.
Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala 1º, 16-12-96, publicada en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Enero- Marzo, 1997.
STJ La Pampa, Sala A, 2-7-96.-B., G.A. c. C., A.N. s/ proceso sumario (daños y perjuicios).

SEGUNDO PUESTO
Triple empate

**LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES EN EL
NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL Y SU DURACIÓN.
ANÁLISIS DE LA CASACIÓN 02-2008-LA LIBERTAD**

Dr. MIGUEL ÁNGEL VÁSQUEZ RODRÍGUEZ

LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL Y SU DURACIÓN - ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N°02- 2008-LA LIBERTAD

SUMARIO: INTRODUCCION. I. LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES: NECESIDAD. I.1. ¿SON SIEMPRE NECESARIAS LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES? II. LOS FINES DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES. II.1. ¿ES LO MISMO LO URGENTE QUE LO INAPLAZABLE? II.2. LA ESCENA DEL CRIMEN. II.3. LA INDIVIDUALIZACIÓN. II.4. LOS FINES. III. EL PLAZO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES. III.1. ¿CUÁL ES EL PLAZO QUE SE DEBE TENER EN CUENTA PARA LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES? III.1.1. “SI Y SOLO SI” Y LA LECCIÓN DEL EXTREMISTA. III.2. EL CASO DE LA DETENCIÓN DE PERSONA. III.3. RECAPITULANDO. III.4. EL PLAZO RAZONABLE. III.5. ¿PLAZO CUANTITATIVO O CUALITATIVO? IV. LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y LA CASACIÓN N°02-2008-LA LIBERTAD. IV.1. CUANDO 120 NO SON 120. IV.2. EN BUSCA DE LA SEMILLA. IV.3. EL CONSIDERANDO DÉCIMO SEGUNDO Y EL SILOGISMO ARISTOTÉLICO. IV.4. EL ACUERDO PLENARIO 02-2008 DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD. IV.5. UN EJEMPLO A MANERA DE EPÍLOGO. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFIA

“Muchos otros doctores de la Iglesia adelantan la misma opinión, y sería el colmo de la locura que cualquier persona intentara contradecirlos, y no podría afirmarse que estuviese libre de la culpa de la herejía. Porque a cualquiera que yerre gravemente en la exposición de las Sagradas Escrituras se lo considera con toda razón un hereje. Y quien piense en forma diferente en lo tocante a estos asuntos que conciernen a la fe que sostiene la Santa Iglesia Romana, es un hereje. Esa es la Fe”⁴³.

INTRODUCCION

La Corte Suprema de la República ha precisado por medio de su Sala Penal Permanente, en la Casación N°02-2008-La Libertad, que los plazos de la Diligencias Preliminares y los de la Investigación Preparatoria, regulados por el Nuevo Código Procesal Penal, son diferentes, es decir se inician en momentos distintos y son independientes entre sí. Cabe agregar que también son consecutivos y no se superponen, lo que significa que el inicio del trámite de la Investigación Preparatoria implica necesariamente el fin del plazo de las Diligencias Preliminares.

Cabe aclarar que el objeto de este trabajo no encuentra su tema de desarrollo en lo previamente expresado, punto con el que además el que suscribe se encuentra totalmente de acuerdo, sino que el cuestionamiento tiene que ver con el décimo segundo considerando de la indicada casación que pone un tope cuantitativo al plazo de las Diligencias Preliminares. Igualmente y por la conexión que implica, se analizará el Tema 4 del Acuerdo Plenario 02-2008 de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que interpreta la referida casación y además establece reglas para el cómputo del inicio del plazo de duración de las Diligencias Preliminares.

⁴³ KRAMER, Heinrich y SPRENGER, Jacobus (Inquisidores Dominicos). (1487). *Malleus Maleficarum (El Martillo de las Brujas)*. Alemania.

En el presente trabajo, en la primera parte se procurará hacer un esbozo conceptual de las sub etapa o fase de las Diligencias Preliminares, así como el plazo razonable en el que éstas deben desarrollarse. En la segunda parte, se analizará la ya mencionada Casación N°02-2008-La Libertad, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República y el Acuerdo Plenario de la Corte Superior de La Libertad, poniendo énfasis en su validez desde el punto de vista de su estructura argumentativa y las consecuencias jurídico procesales que de ellas se derivan.

Para el desarrollo del trabajo se hará uso de diversas herramientas provenientes de la argumentación jurídica como son las tablas de la verdad, operadores lógicos, el uso de variables y constantes, así como la aplicación del silogismo aristotélico; todo ello con la intención de procurar aproximarnos lo más posible al rigor científico para el desarrollo de nuestras hipótesis y afirmaciones.

I. LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES: NECESIDAD

I.1. ¿SON SIEMPRE NECESARIAS LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES?

El Nuevo Código Procesal Penal (en adelante CPP), vigente en varios distritos judiciales del país, menciona a las Diligencias Preliminares en 13 artículos del texto normativo⁴⁴, contra las 78 menciones que tiene la etapa de la Investigación Preparatoria (sin considerar las menciones a las intervenciones del Juez de dicha etapa). Las Diligencias Preliminares se inician una vez que el Fiscal tiene noticia del delito⁴⁵ o noticia criminosa como suele llamarse en el argot judicial; así una vez que los hechos que configuran el delito se ponen en conocimiento del fiscal, este se encuentra ante dos etapas consecutivas:

- Disponer, de ser el caso, la realización de diligencias preliminares y luego,
- Disponer la formalización y continuación de la Investigación Preliminar, entendiéndose que la llamada continuación constituye el inicio como sub etapa o fase de la Investigación Preliminar propiamente dicha.

No consideramos el sobreseimiento en este escenario por cuanto en nuestro análisis partimos de la hipótesis de que efectivamente se cometió el ilícito y que hay elementos para disponer su investigación.

Se debe tomar especial atención al hecho de que el Artículo 65.2 del CPP menciona entre guiones que las **primeras** Diligencias Preliminares se realizarán **si correspondiere**, por lo cual cabe preguntarse: ¿cuál es la hipótesis en la que estas diligencias no corresponderían? En este punto cabe retornar sobre nuestros pasos: una vez que el Fiscal toma conocimiento de la noticia del delito debe disponer las primeras Diligencias Preliminares salvo que no corresponda hacerlo; es decir

⁴⁴ Artículos 65.2, 71.4, 330.1, 330.2, 334.1, 334.2, 336.1, 337.2, 340.3, 341, 446.1.c, 447.1 y en la segunda disposición modificatoria y derogatoria.

⁴⁵ "Artículo 65. La investigación del delito. (...) 2. El Fiscal, en cuanto tenga noticia del delito, realizará –si correspondiere– las primeras Diligencias Preliminares o dispondrá que las realice la Policía Nacional".

cuando, para los fines del proceso, resulta que éstas no son necesarias. Esto implica que el supuesto de la frase del Artículo 65.2 del CPP se debe interpretar de la siguiente manera: las Diligencias Preliminares no son siempre necesarias. Esta afirmación se desprende también de la lectura del Artículo 336.1 del CPP⁴⁶ que proporciona tres fuentes de información para que el Fiscal pueda llegar a la conclusión de que debe formalizar la Investigación Preparatoria:

- La denuncia (D)
- El Informe Policial (IP), o
- Las Diligencias Preliminares (DP).

Es decir: **D o IP o DP**. Obsérvese que el operador de la proposición en el texto normativo es la “o”, que es equivalente a la disyunción de las reglas de la lógica y conforme la estructura de la proposición en estudio resulta que las tres fuentes enumeradas no son excluyentes, ya que podría existir una denuncia con su correspondiente Informe Policial y además sus consecuentes Diligencias Preliminares que aporten datos a favor de la tesis del Fiscal; de lo que se puede concluir que la disyunción es simple⁴⁷ o incluyente (“v”)⁴⁸.

Entonces dicho de otra forma: **D v IP v DP**. Establecido esto, aparece que basta que sea verdadero cualquiera de los tres elementos de la proposición para que todo el enunciado sea verdadero⁴⁹. Por tanto, bastará que el Fiscal tenga información que surja de cualquiera de las fuentes mencionadas para que se den por satisfechos los requisitos del Artículo 65.2 del CPP, la que puede fluir, por ejemplo, del Informe Policial, para que pueda formalizar la Investigación Preparatoria sin necesidad de recurrir a las Diligencias Preliminares.

En ese mismo orden de ideas y solo para enriquecer el argumento de la necesidad o no de actuaciones, se aprecia de la lectura del Artículo 134.1 del CPP⁵⁰ que el Informe Policial tampoco sería obligatorio ni necesario en determinadas situaciones, por cuanto se producirá **de ser el caso**, y ello en vista de que una denuncia particular puede estar lo suficientemente fundamentada y acreditada ante sede fiscal de tal manera que no sea necesaria ninguna diligencia adicional para que el representante del Ministerio Público tome la decisión de iniciar formalizar la Investigación Preparatoria, e incluso recurrir al Proceso Inmediato previo interrogatorio al imputado, diligencia que puede hacer por sí mismo conforme a lo dispuesto por el Artículo 330.1 del CPP.

⁴⁶ “Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria”. (El subrayado es nuestro)

⁴⁷ ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia y GUIBOURG, Ricardo A. (1991). *Lógica, proposición y norma*. Primera edición. Tercera reimpresión. Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 54.

⁴⁸ Existen diversas notaciones para los símbolos que representan conectivas lógicas. La que usaremos para efectos de este trabajo es la notación inglesa o de Russell, cuyos principales símbolos son: “-”, “.”, “v”, “≠”, “⊃” y “≡”. Ibid. p. 41.

⁴⁹ La tabla de verdad de la disyunción simple o incluyente establece que dados los valores **p**, **q** los posibles valores para **p v q** son verdaderos en todos los casos excepto cuando tanto **p** como **q** son falsos. Resumiendo $V v V = V$; $F v V = V$; $V v F = V$; $F v F = F$. Ibid. p. 54.

⁵⁰ “El Fiscal, (...), abrirá un expediente para la documentación de las actuaciones de la investigación. Contendrá la denuncia, el Informe Policial de ser el caso, las diligencias de investigación que hubiera realizado o dispuesto ejecutar, los documentos obtenidos, los dictámenes periciales realizados, las actas y las disposiciones y providencias dictadas, los requerimientos formulados, las resoluciones emitidas por el Juez de la Investigación Preparatoria, así como toda documentación útil a los fines de la investigación”. (El subrayado es nuestro).

Otro argumento que abona a la afirmación de que las Diligencias Preliminares no son obligatorias es el texto del Artículo 447 del CPP: “... *El requerimiento se presentará luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la Investigación Preparatoria*” (el subrayado es nuestro), de lo que se desprende claramente que el Código considera la posibilidad de que la Investigación Preparatoria se haya formalizado sin que se hayan producido diligencias preliminares, esto es **en su defecto**, ausencia o inexistencia.

II. LOS FINES DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES

II.1. ¿ES LO MISMO LO URGENTE QUE LO INAPLAZABLE?

El Artículo 330.2 del CPP establece taxativamente en su primera parte que “*Las Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad...*”, notándose aquí que la expresión “actos urgente o inaplazables” no tiene una connotación de disyunción sino, más bien, un aspecto gramatical de sinonimia⁵¹, ya que los significados de las palabras “urgente” e “inaplazable” son idénticos, y una proposición solo puede construirse sobre la base de premisas distintas. Por tanto, la expresión en comentario responde en realidad a la voluntad del legislador de poner énfasis a la característica de perentoriedad de estas diligencias; es decir, estas diligencias deben reservarse para realizar los actos que de realizarse posteriormente carecerían de sentido y utilidad para los fines del proceso.

Partiendo de esta idea, en las Diligencias Preliminares no podrán realizarse actos que, estando destinados a determinar si han tenido lugar los hechos denunciados y si estos constituyen delito, puedan ser postergados o no sean urgentes, dado que estos actos podrán llevarse a cabo dentro de la fase de Investigación Preparatoria propiamente dicha y que servirán además en esta etapa para fortalecer o desvirtuar la hipótesis del Fiscal con la que formalizó la investigación.

Estos actos urgentes tienen un destino y es el de determinar si los hechos materia del futuro proceso penal se dieron en la realidad y no son una invención fabulesca del denunciante; además, una vez comprobada (o por lo menos habiéndose logrado conseguir indicios razonables de su realización) deberá determinarse si los hechos denunciados constituyen delito.

II.2. LA “ESCENA DEL CRIMEN”

La siguiente parte del Artículo 330.2 del CPP menciona que, además, las Diligencias Preliminares deben apuntar también a asegurar los elementos materiales de la comisión del ilícito. Claro ejemplo, por excelencia, de esta disposición legal es el aseguramiento de la escena del crimen, acto perfectamente retratado, ilustrado y popularizado en innumerables películas de cine, series de televisión, cuentos y novelas de corte policial, tanto así que el término es común incluso entre legos. Este acto de aseguramiento de la evidencia que rodea la ubicación física de la comisión de un delito o su culminación, cumple con la función de preservar elementos que son sumamente sensibles al

⁵¹ Esto de acuerdo a la mayoría de diccionarios de sinónimos consultados, en particular el diccionario de sinónimos en línea de la Universidad de Oviedo, España. Ver: <http://www6.uniovi.es/dic/sinon.html>

contacto con objetos y sujetos extraños, incluso sensibles al simple paso del tiempo. Será por ejemplo inaplazable el análisis químico de alguna evidencia orgánica cuya composición se degrade con el transcurrir de las horas: el veneno que yace en el sistema linfático de un cadáver, o la toma de una huella de zapato en el campo lodoso adyacente al lugar donde se encontró a la víctima.

Estos ejemplos aludidos en el párrafo anterior justifican por qué esta situación no podría darse (en la casi absoluta generalidad) dentro de la etapa de Investigación Preparatoria:

- Primero porque, incluso haciendo un trámite sumamente diligente y eficiente, entre el tiempo que demora la toma de conocimiento del Fiscal, la emisión de la disposición de formalización y continuación de la Investigación Preparatoria y ésta a su vez es puesta a conocimiento del Juez y notificada a los sujetos procesales, se habrían perdido valiosos minutos para el aseguramiento de la evidencia.
- La segunda hipótesis se deriva del caso en el que, a pesar de tener la certidumbre de la comisión de un delito o por lo menos indicios suficientes, si es que no se ha individualizado al autor, no se podría disponer la formalización de la Investigación Preparatoria y, por tanto, se paralizaría cualquier acto orientado a asegurar la evidencia hasta que se pueda identificar al posible responsable.

II.3. LA INDIVIDUALIZACIÓN

La individualización del presunto autor del delito es un requisito indispensable para la formalización de la Investigación Preparatoria; así lo establece el Artículo 336.2.a del CPP, que indica que la disposición de formalización contendrá, en primer lugar, el nombre completo del imputado.

Las Diligencias Preliminares, entonces, tendrán también como finalidad la individualización de las personas involucradas, en particular el imputado, ya que el nombre del agraviado no es un requisito indispensable para la formalización de la Investigación Preparatoria.

Tiene mucho sentido dentro del sistema garantista que el requisito de la individualización sea insoslayable ya que, durante la etapa de las Diligencias Preliminares puede aun rondar un ambiente de penumbra e incertidumbre referido al qué, cómo y quién del ilícito, pero esta bruma debería estar desvanecida en gran porcentaje a la hora de la formalización, precisamente porque en ese acto se ponen en movimiento las ruedas del engranaje judicial -entre éstas la de la tutela de los derechos del imputado-, y resulta evidente que es necesario que el sistema sepa quién es el titular de los derechos que se pretenden tutelar dentro del proceso penal garantista.

Se podría eventualmente decir que el sistema apunta hacia una mayor protección del imputado frente a la protección que recibe el agraviado (no se exige que el agraviado sea individualizado), pero no se debe olvidar que además de las garantías del imputado, el deber del Estado no es solo resguardar los derechos fundamentales de éste sino también hacer cumplir su rol de persecución del crimen, y su consecuente facultad sancionadora. No se podría esperar que el Estado, por medio del aparato judicial, se detenga en el proceso de juzgar al presunto imputado debido a la imposibilidad de identificar al agraviado cuando se tienen indicios razonables de la comisión del delito.

Adicionalmente, se debe considerar que el agraviado no puede ser solo un espectador impávido. Su intervención en el proceso no es voluntaria. Normalmente se puede apreciar en los procesos penales que al agraviado no tuvo la intención de estar inmerso en ellos; el azar muchas veces los lleva a ser seleccionados como víctimas por el perpetrador y este hecho es el que lo lleva hasta los escenarios judiciales en busca de tutela también respecto a sus derechos vulnerados: vida, honor, propiedad, libertad, integridad física, salud, etc., por tanto no podría afirmarse que no se afecta derecho alguno cuando el imputado aún no ha sido individualizado y el plazo de las diligencias preliminares sigue corriendo. Existe el derecho del agraviado a obtener una respuesta pronta y eficaz del Estado respecto al resguardo de sus derechos y, cuando el proceso se dilata como consecuencia de la arbitrariedad o la negligencia de los encargados de tutelar esos derechos, entonces nos encontramos ante una revictimización también del agraviado.

II.4. LOS FINES

Conforme a lo desarrollado, se puede resumir el Artículo 330 del CPP de la siguiente manera:

Fines de las Diligencias Preliminares:

- Realizar actos urgentes solo para determinar si los hechos denunciados son reales y si además configuran uno o varios ilícitos tipificados penalmente.
- Asegurar la llamada “escena del crimen” y la evidencia sensible de la presunta comisión del ilícito, así como evitar -en lo posible- mayores consecuencias derivadas de la perpetración del delito.
- Individualizar al presunto imputado fundamentalmente y al agraviado, si es posible.

En este orden de ideas, cualquier actuación que no esté dentro de los parámetros de los puntos precedentes no debe ser materia de Diligencias Preliminares y deberá desarrollarse dentro de la Investigación Preparatoria. Cualquier solicitud de control de plazos presentada ante el Juez de Investigación Preparatoria y que contenga una infracción a estos preceptos, deberá ser amparada y el Juez⁵² deberá discrecionalmente reducir el plazo fijado por el Fiscal para el desarrollo de las diligencias preliminares a uno que razonablemente permita realizarlas, siempre que estas acciones puedan subsumirse en los presupuestos detallados.

Se debe tener mucho cuidado respecto a reconocer que las Diligencias Preliminares no implican investigación propiamente dicha, punto respecto al cual los fiscales deben ser sumamente exigentes consigo mismos. La investigación se debe desarrollar dentro de la fase de la Investigación Preparatoria donde, con un plazo perfectamente razonable tanto para procesos simples como complejos, el Fiscal podrá recabar los elementos adicionales para fortalecer su tesis a fin de conseguir una sentencia condenatoria en juicio. Y si fuese el caso, también le permitirá en el camino descubrir -por ejemplo- una falsa imputación, una denuncia simulada o el simple error de las partes respecto a la apreciación de los hechos.

⁵² La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la Casación sistema acusatorio N°26.310; en el punto 2.1 de los fundamentos de la Corte ha señalado que “... el Juez de Control de Garantías en el nuevo ordenamiento penal es el principal garante de la protección judicial de los derechos constitucionales fundamentales de quienes intervienen en el proceso penal...”, p. 63.

III. EL PLAZO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES

III.1. ¿CUÁL ES EL PLAZO QUE SE DEBE TENER EN CUENTA PARA LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES?

Determinados claramente los fines de la Diligencias Preliminares, cabe hacer especial hincapié en el plazo, ya que este debe ser tal que permita la realización de estos fines y no más.

El Artículo 334.2 del CPP establece que el plazo de duración de las Diligencias Preliminares (PDP) es de 20 días, con una oscura referencia al Artículo 3 del mismo Código y que será materia de otro análisis futuro; de la misma manera, más adelante analizaremos la excepción del caso de detención de una persona que establece el precitado Artículo 334.2 en su primera parte.

El Código no establece en el enunciado las palabras mínimo o máximo; en ninguna parte del texto normativo se señala que los 20 días serán el plazo mínimo o si habrá un plazo distinto a tomarse como máximo. Es una regla de aritmética básica que ante la existencia de un valor numérico único, ese valor único es al mismo tiempo el mínimo y el máximo. Es decir que debido a que el legislador no ha puesto en este extremo un tope inferior y superior de duración no puede existir tampoco rango de plazos posible. El plazo es uno solo: 20 días por tanto, a primera vista no estaríamos frente a una ecuación de variables sino ante la presencia de una simple y llana constante, donde $PDP = 20$.

Sin embargo, el supuesto normativo luego de haber entregado el valor numérico para PDP señala: *“No obstante ello, el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos materia de investigación”*. El artículo en mención no señala que el plazo a ser fijado por el Fiscal pueda ser mayor, utiliza claramente el término “distinto”, luego tenemos que el plazo para la duración de las Diligencias Preliminares también puede ser otro que no sea 20, entonces afirmar que $PDP \neq 20$ es válido.

Luego tenemos que el plazo de PDP puede ser de 20 días o puede ser uno distinto:

$PDP = 20$ v $PDP \neq 20$

Analicemos:

$PDP = 20$ según la primera parte del Artículo 334.2 del CPP.

Posibles valores según la atribución del Fiscal concedida por el Artículo 334.2 del CPP: $PDP = 1, 2, 3...$, 20, 21, 22, 23... o cualquier otro (ver Tabla N°1).

Tabla N°1

Posibles valores según la atribución del Fiscal concedida por el Artículo 334.2 del CPP

Posibles valores para PDP	$PDP = 20$	$PDP \neq 20$	$PDP = 20$ v $PDP \neq 20$
1	F	V	V
2	F	V	V
3...	F	V	V

20	V	F	V
21	F	V	V
22	F	V	V
23...	F	V	V

Como se puede ver en la Tabla N°1 de la disyunción simple, no hay manera que el resultado sea F (Falso) o no válido, por lo que siendo una atribución del Fiscal fijar un plazo distinto, mayor o menor, el valor $PDP = 20$ -desde el punto de la vista de la lógica y en la hipótesis de que la facultad del Fiscal pueda ser a su libre arbitrio- este plazo sería puramente referencial. En términos prácticos sería lo mismo no poner ningún plazo.

Sin embargo, esta primera aproximación es todavía escasa por cuanto la atribución del Fiscal no puede ser arbitraria, y esa es la variable que no estamos utilizando aún. Esta variable es la que proporciona el propio texto normativo, y es que el plazo a ser fijado por el Fiscal debe ser motivado y razonado, lo que se extrae en interpretación contraria del mismo apartado en análisis: “... Si el Fiscal (...) fija un plazo irrazonable, este último (el afectado) podrá acudir al Juez de la Investigación Preparatoria...”. Adicionalmente el Artículo 122.5 del CPP señala expresamente que tanto las Disposiciones como los Requerimientos dictados por el Ministerio Público deben ser motivados y, como ya se indicó antes, la decisión del Fiscal debe estar basada en las características (CA), complejidad (CO) y circunstancias del hecho investigado (CI).

Entonces:

Plazo Razonable (PRA) = CA + CO + CI

Luego se puede afirmar que:

$PDP \neq 20 \supset PRA$

Siendo $\supset$ el equivalente a nuestra expresión gramatical condicional “si”, podemos afirmar que el plazo de las Diligencias Preliminares podrá ser diferente a 20 días si para ello existe un plazo razonable (PRA) basado en la suma de tres variables adicionales: CA, CO y CI, que representan las características, complejidad y circunstancias del hecho investigado.

Comprobemos aplicando la nueva variable a la tabla inicial (ver Tabla N°2)⁵³:

Tabla N°2

Posibles valores según la atribución del Fiscal concedida por el Artículo 334.2 del CPP incluyendo la expresión gramatical condicional “si” ($\supset$)

Posibles valores para PDP	$PDP \neq 20$	PRA	$PDP \neq 20 \supset PRA$
1	V	V	V

⁵³ La tabla de verdad de la condicional establece que dados los valores **p, q** los posibles valores para **$p \supset q$** son verdaderos en todos los casos excepto cuando tanto **p** es verdadero y **q** es falso. Resumiendo $V \supset V = V$; $F \supset V = V$; $V \supset F = F$; $F \supset F = V$. ECHAVE. (1991). Op. Cit. p. 57.

2	V	V	V
3...	V	V	V
20	F	V	V
21	V	V	V
22	V	V	V
23...	V	V	V

Como se puede apreciar, si el plazo es diferente a 20 días y existe una debida fundamentación del Plazo Razonable (PRA), en todos los casos el resultado final es Verdadero o válido (V), incluso en el caso de $PDP = 20$ y eso se produce porque cuando el plazo está debidamente razonado y fundamentado, resulta irrelevante si éste se asemeja o no el plazo referencial de la norma.

En el caso de no existir plazo razonable (o no fundamentado) (ver Tabla N°3):

Tabla N°3

Posibles valores según la atribución del Fiscal concedida por el Artículo 334.2 del CPP en caso de no existir plazo razonable

Posibles valores para PDP	$PDP \neq 20$	PRA	$PDP \neq 20 \supset PRA$
1	V	F	F
2	V	F	F
3...	V	F	F
20	F	F	V
21	V	F	F
22	V	F	F
23...	V	F	F

Se observa que, sin importar la cantidad de días que se otorguen, el resultado siempre será Falso o no válido, precisamente por la inexistencia de un plazo razonable, excepto en el caso de $PDP = 20$, en el que el resultado es Verdadero, y eso sucede porque cuando el plazo es igual al de la norma, carece de relevancia si este se encuentra fundamentado o no.

III.1.1. “Si y solo si” y la lección del extremista

Puede existir la posibilidad de que alguien, en el ánimo de seguir el modelo garantista de este nuevo Código, piense que un mayor grado de exigencia pueda garantizar mejor el modelo. Este mayor grado puede estar representado por el operador “ $\equiv$ ” que es un operador bicondicional y que, siendo más exigente, viene a expresar la condición que nosotros podríamos denominar como “si y solo si”; de esta manera este operador genera un requisito tal, de manera que el plazo razonable sea una condición suficiente y necesaria para la variación del plazo referencial:

$$PDP \neq 20 \equiv PRA$$

Pudiendo leerse que el plazo de las Diligencias Preliminares podrá ser diferente a 20 días **si, y solo si** para ello existe un Plazo Razonable (PRA). Comprobemos aplicando la nueva variable a la tabla inicial (ver Tabla N°4)⁵⁴:

Tabla N°4

Posibles valores según la atribución del Fiscal concedida por el Artículo 334.2 del CPP incluyendo la variable “si y solo si” ($\equiv$)

Posibles valores para PDP	$PDP \neq 20$	PRA	$PDP \neq 20 \equiv PRA$
1	V	V	V
2	V	V	V
3...	V	V	V
20	F	V	F
21	V	V	V
22	V	V	V
23...	V	V	V

Como se puede apreciar, si el plazo es diferente a 20 días y existe una debida fundamentación del Plazo Razonable (PRA), en todos los casos el resultado final es Verdadero o válido, excepto en el caso de $PDP = 20$, esto es que el plazo sea de 20 días y no se haya fundamentado, lo que a todas luces es un error, dado que estando establecido el plazo en la ley no podría exigirse una fundamentación sobre ese plazo, precisamente porque el uso de un plazo establecido por ley no requiere más fundamentación que la ley misma; con lo que queda demostrado que el operador “ $\equiv$ ” no podría aplicarse al presente supuesto.

No analizaremos la otra tabla, es decir la del plazo no fundamentado, por cuanto al haber fallado la primera no tiene caso realizar más variantes. Nos quedamos con la lección de que el ser excesivamente exigentes con el cumplimiento de los parámetros, más allá de lo que exige la norma, no hace a ésta más eficiente. Este ejemplo es la prueba de ello.

III.2. EL CASO DE LA DETENCIÓN DE PERSONA

El Artículo 334.2 del CPP, en su primera parte, hace referencia a que el plazo de 20 días establecido será tal “... *salvo que se produzca la detención de una persona*”. Es decir sugiere la existencia de un escenario adicional. A la fecha entonces tendríamos identificados tres escenarios:

Duración de las Diligencias Preliminares:

- Plazo legal referencial de 20 días.
- Plazo distinto a los 20 días, siempre que este obedezca a la determinación de un Plazo Razonable fijado por el Fiscal, y
- Plazo distinto a 20 días en caso de detención de persona.

⁵⁴ La tabla de verdad de la bicondicional establece que dados los valores **p, q** los posibles valores para $p \equiv q$ son verdaderos en tanto **p** como **q** sean ambos verdaderos o ambos falsos. Resumiendo $V \equiv V = V$; $F \equiv V = F$; $V \equiv F = F$; $F \equiv F = V$. ECHAVE. (1991). Op. Cit. p. 63.

Cabe la pregunta: si hemos demostrado ya que el plazo distinto al legal puede ser cualquiera siempre que sea razonable ¿cuál es la tercera posibilidad en la que ya no es posible considerar el plazo legal ni el plazo razonable? ¿Cómo debe interpretarse la primera oración del Artículo 334.2 del CPP?

Como ya se dijo en la primera parte de este trabajo, las Diligencias Preliminares no son siempre necesarias y, por lo tanto, como fase del proceso, no son obligatorias. Para responder a nuestras interrogantes debemos recurrir al tratamiento del Código acerca de la detención de persona. La detención está regulada en el Libro Segundo, Sección III, Título II del CPP, y puede suceder en cualquiera de los siguientes supuestos:

- Detención Preliminar policial por flagrancia, sin mandato judicial. Artículo 259.
- Arresto ciudadano, que se convierte luego en una Detención Preliminar Policial por flagrancia, por mandato del Artículo 260.
- Detención Preliminar Judicial, sin flagrancia, razones plausibles de la comisión de un delito con pena superior a cuatro años y peligro de fuga. Artículo 261.1.a.
- Detención Preliminar Judicial, cuando habiendo sido sorprendido en flagrancia, el imputado logra escapar. Artículo 261.1.b.
- Detención Preliminar Judicial, cuando el detenido fugue de un centro de detención preliminar. Artículo 261.1.c.

En todos los casos, la detención preliminar tiene una duración claramente establecida en el Artículo 264.1 del CPP, concordante con lo dispuesto en el Artículo 2 inciso 24 apartado f de la Constitución Peruana, esto es 24 horas para todos los casos, excepto en los delitos de terrorismo, espionaje y narcotráfico, en cuyo caso la duración de la detención será de 15 días naturales.

Esto implica que cumplido el plazo de 24 horas o 15 días, dependiendo del caso, el Fiscal deberá solicitar alguna medida de coerción en contra del imputado, ya sea Prisión Preventiva, Comparecencia Restringsida o Simple, Internación Preventiva u otra de las reguladas en el Título III de la sección en comentario del CPP. Para que el Fiscal pueda solicitar alguna de estas medidas deberá previamente haber comunicado la Formalización de la Investigación Preparatoria, puesto que la facultad y competencia del Juez para concederlas solo es posible durante la indicada etapa, tal como lo dispone el Artículo 29.2 del CPP: *“Compete a los Juzgados de la Investigación Preparatoria: (...) 2. Imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la Investigación Preparatoria”*. (El subrayado es nuestro).

En este orden de ideas, y conforme lo detallado, se pueden hacer las siguientes afirmaciones:

- Sólo es posible dictar medidas de coerción durante la Investigación Preparatoria.
- El inicio de la Investigación Preparatoria implica necesariamente la finalización de las Diligencias Preliminares.
- La Detención Preliminar, ya sea Policial o Judicial, reduce el término del plazo de las Diligencias Preliminares al término del plazo de la Detención Preliminar.

Respecto a este último punto es preciso indicar que de los cinco supuestos de detención preliminares detallados líneas arriba, sólo los dos primeros implican flagrancia pura, es decir, en

esos dos casos el plazo de la Detención Preliminar será menor o igual al Plazo de las Diligencias Preliminares. Alguien se preguntará ¿cómo podría ser menor? Imagínese el caso de una detención policial en flagrancia producida a las 10 horas de un día equis y supongamos que por descuido, negligencia o desconocimiento de la norma la policía demora tres horas en comunicar la detención al Fiscal, esto es que el Fiscal toma conocimiento de la noticia criminal a las 13 horas del día equis: es obvio que el Fiscal no podrá extender el plazo de detención más allá de las 10 de la mañana del día siguiente, por lo tanto tendrá solo 21 horas para las diligencias preliminares antes de formalizar la Investigación Preparatoria y solicitar alguna medida restrictiva contra el imputado.

De otro lado, respecto a los otros tres supuestos, todos ellos permiten que se puedan realizar Diligencias Preliminares paralelamente a la ejecución de la medida de Detención Preliminar, puesto que los tres supuestos implican que previamente se produzca la ubicación y captura del imputado, momento en el cual empieza a correr el plazo de detención preliminar establecido para cada caso.

Finalmente, resulta curioso que el CPP haya puesto en mención a “una persona” en lugar de referirse a un imputado, sospechoso o indiciado. La mención a “una persona” en la primera oración del Artículo 334.2 del CPP nos hace pensar en un hecho especial: la falsa flagrancia.

La falsa flagrancia no es otra cosa que una errónea apreciación de los hechos por parte de una persona, ya sea víctima o agraviado, tercero denunciante o personal policial. Implica la ubicación lamentable de un ciudadano inocente en el momento y lugar incorrectos. En estos casos cabe la pregunta de si, luego de detenerse al individuo y poner en conocimiento del Fiscal esta situación, es posible -dentro de las 24 horas de la Detención Preliminar- llegar a la conclusión clara y meridiana de que el detenido no es responsable del delito (partiendo de la premisa de que los hechos delictuosos efectivamente se produjeron, pero que el detenido no intervino en ellos) y por tanto se le debe liberar ya que su intervención es en el peor de los casos como testigo. ¿Este hecho debe generar también la expiración de las Diligencias Preliminares? El texto del Artículo 334.2 del CPP es expreso: *“El plazo de las Diligencias Preliminares, (...) es de 20 días, salvo que se produzca la detención de una persona”*. El Código no establece mayor circunstancia. Mediante una interpretación literal, se podría afirmar que basta la detención de una persona inocente o culpable para que el plazo de las Diligencias Preliminares se retraiga al tiempo de la Detención Preliminar. Sin embargo, parece que el criterio que se debería adoptar es el de la referencia a **una persona** como a un imputado partiendo del análisis sistemático del Código, puesto que no tendría sentido obligar al Fiscal a formalizar la Investigación Preparatoria cuando aún no se ha individualizado al imputado lo que sería un imposible procesal pues, como ya hemos dicho previamente, la individualización es un requisito *sine qua non* para la indicada formalización.

III.3. RECAPITULANDO

Recordemos finalmente que si el Plazo Razonable se basa en realidad en argumentos irracionales o arbitrarios, regresamos a la primera tabla del punto III.1 donde cualquier cosa es posible y el plazo referencial establecido por la norma no tendría fines prácticos; de otro lado, si consideramos al razonamiento o justificación del plazo distinto como una condición suficiente y necesaria **siempre**, entonces se desvirtúa el plazo referencial establecido por la norma. Cabría afirmar entonces, que la fundamentación del plazo será requisito suficiente y necesario cuando se use un plazo distinto al plazo referencial de los 20 días establecidos por el Artículo 334.2 del CPP. Hemos llegado entonces

a la conclusión de que el plazo de las Diligencias Preliminares es de 20 días, que el Fiscal puede variar ese plazo disminuyéndolo o aumentándolo en función a los criterios para determinar un Plazo Razonable.

Surge como consecuencia lógica de la lectura del Artículo 334.2 del CPP y del análisis realizado que no sería procedente una solicitud de control de plazos por alguien que se sienta afectado por un plazo demasiado corto, ya que el texto normativo es claro: *“Quien se sienta afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares...”*, por lo que resulta evidente que una eventual ampliación del plazo solo podría ser argumentada y dispuesta por el Fiscal y no por ninguno de los otros sujetos procesales.

III.4. EL PLAZO RAZONABLE

Hemos arribado a la conclusión también de que el Plazo Razonable (PRA) está compuesto por CA, CO y CI, que representan las características, complejidad y circunstancias del hecho investigado. Hemos determinado igualmente que cualquier variación propuesta por el Fiscal respecto al plazo referencial de 20 días debe estar fundamentada. Es necesario entonces preguntarnos ahora: ¿cómo es que se determina un Plazo Razonable?, ¿cómo se deben manejar las variables CA, CO y CI dentro de las Diligencias Preliminares?

En primer lugar se debe dejar claramente establecido que el concepto de Plazo Razonable es aplicable a todo el proceso penal y no es inherente a alguna de sus etapas en particular. Así, aunque la Investigación Preparatoria tiene un plazo máximo establecido por ley, también es aplicable el concepto de Plazo Razonable a las actuaciones que se lleven dentro de la indicada etapa. De la misma forma sucede con el Juicio Oral, que si bien no tiene plazos establecidos respecto a su duración, es evidente que se desarrolla en un lapso determinado por el concepto de Plazo Razonable.

Este análisis nos lleva a preguntarnos si la Investigación Preparatoria propiamente dicha también debería prescindir de plazos perentorios y que su duración esté regulada por el criterio del Plazo Razonable. Esta afirmación ciertamente sería aparentemente controvertida y herética dado que implicaría la liberación por completo de los plazos cuantitativos en todos los procedimientos. Debe anotarse que, en primer lugar, el plazo de duración de la Investigación Preparatoria propiamente dicha, para efectos de este trabajo, no está en discusión, ya que la norma ha precisado claramente su duración. Como dato adicional, cabe señalar que los plazos cuantitativos siempre son arbitrarios: se establecen por una evaluación de costo-beneficio y variables estadísticas, de tal manera que en los casos en los que el costo de analizar cada caso concreto es demasiado alto, se fija un plazo genérico; y en el caso en que el costo social e incluso económico del plazo genérico es demasiado alto, se fija un plazo cualitativo determinable en cada caso concreto.

Un ejemplo de esta relación de costo-beneficio es la regulación de la mayoría de edad. Es demasiado costoso para el Estado averiguar si cada uno de los peruanos que está terminando su adolescencia está capacitado mental y emocionalmente para hacerse cargo de sus decisiones. Habrá algunos sujetos que a los 16 años ya pueden decidir acerca de todos los aspectos de su vida, pero también habrá personas que a los 21 años aún dependan por completo de sus padres. El Estado no puede regular cada caso particular, por tanto, valiéndose de datos estadísticos y

opiniones profesionales, establece una regla cuantitativa general: la mayoría de edad es a los 18 años, inclusive aceptando como una verdad axiomática que ninguna persona se convierte por arte de magia en una persona madura al día siguiente de su cumpleaños décimo octavo, ya que la llegada a la madurez es un proceso continuo en el tiempo.

De la lectura del texto de la norma aparece que el espíritu del Código es el de establecer que en la fase de Diligencias Preliminares es preferible analizar cada caso concreto. La relación de costo-beneficio de esta actividad es razonable para el Estado por cuanto, al no haberse judicializado el proceso, todavía es viable el cálculo del plazo razonable caso por caso. Por el contrario, durante la Investigación Preparatoria propiamente dicha, la relación costo-beneficio varía porque la regla especial (plazo cuantitativo) optimiza el procedimiento. No olvidemos que cuando la Investigación Preparatoria propiamente dicha se inicia, ya se cuenta con todos los requisitos de procedibilidad y elementos de convicción suficientes para la judicialización de la causa. Si bien en principio, como ya dijimos, todo plazo es arbitrario, en este caso particular se establece a fin de dar garantía de certidumbre jurídica a una etapa que es propiamente judicial y requiere de plazos perentorios y preclusivos, cosa que no sucede en la fase de las Diligencias Preliminares, tal como ya hemos mencionado.

Hecho este paréntesis, retornemos a analizar el punto de fondo, que es el Plazo Razonable. El derecho a ser juzgado en un Plazo Razonable está estrechamente vinculado al derecho fundamental que tiene toda persona a tener un juicio justo; derechos ambos que si bien no están expresamente contenidos en la Constitución peruana, si han sido recogidos por diversos tratados internacionales, como por ejemplo los Artículos 7.5 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 7.5: “Toda persona (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable (...).”

Artículo 8: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente (...).”

De la misma manera, el Artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre señala que:

“Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.”

También este precepto aparece en el Artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, derecho a un recurso efectivo: *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.”*

Adicionalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su Artículo 9.3 que *“Toda persona (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable (...)”*.

Todos estos preceptos han sido recogidos a su vez por el Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal, el mismo que refiere en su apartado primero que *“La justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código. Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable”* (el subrayado es nuestro), siendo un gran logro en materia de justicia penal que el Código haya recogido este precepto constitucional, de manera tal que no quede duda que uno de los principios fundamentales del proceso penal es que éste se desarrolle no solo con imparcialidad, sino que, además, exista un juicio rápido, esto es dentro de un Plazo Razonable.

Aclarado esto, cabe indicar que en este apartado del presente trabajo analizaremos exclusivamente el concepto de Plazo Razonable respecto a las Diligencias Preliminares.

Las variables de trabajo para esta parte de nuestra labor son, como ya indicamos previamente CA, CO y CI, que representan las características, complejidad y circunstancias. Variables que estando vinculadas a un hecho concreto, y dado que este hecho tiene que ser producto del accionar humano, resulta que asimilan la esencia del hecho humano: el hecho humano como evento es único e irrepetible.

Cada accionar del hombre es especialmente particular, tanto si está orientado a construir y desarrollar como a destruir. Solo las máquinas en las líneas de producción de las fábricas e industrias y los sofisticados equipos modernos de cómputo pueden generar objetos perfectamente idénticos. El ser humano, con su directo accionar sobre las cosas que lo rodean, impregna a éstas con huellas especiales y distintas en cada ocasión. Hecha esta afirmación, cabe decir que cada hecho tendrá entonces características, complejidades y circunstancias diferentes, por lo que no se puede establecer una regla que funcione para todos los casos. No se puede afirmar que todo robo sin agravantes será fácil de resolver y que todo homicidio agravado tendrá siempre un altísimo grado de complejidad, y que además esos grados puedan ser cuantificables numéricamente. Cada caso tendrá circunstancias distintas y estas circunstancias no son cuantificables aritméticamente para la generalidad.

Lo expuesto implica que tanto el Fiscal como el Juez de la Investigación Preparatoria deberán, cada uno desde su propio estrado, proceder discrecionalmente para fijar los plazos de las Diligencias Preliminares en el primer caso y para el control de estos plazos, en el segundo caso.

Este acto discrecional de intentar cuantificar en días el Plazo Razonable en cada caso particular deberá surgir de un minucioso análisis de las diligencias por practicar, del tiempo en que éstas se puedan desarrollar en el mejor de los casos (nunca en el peor de ellos) y de los medios con los se cuenta para llevar a cabo estas diligencias (logística y factor humano).

Como fácilmente se puede entender a partir de esta reflexión, el Plazo Razonable no puede ser una regla general obligatoria, lo que confirma nuestra teoría de que los 20 días del plazo legal son, en realidad, un plazo referencial y que cualquier otro plazo a criterio del Fiscal deberá ser singular y

único para cada caso concreto, confiando en la discrecionalidad de éste para fijarlo y de la discrecionalidad del Juez de la Investigación Preparatoria para reducirlo, cuando sea necesario⁵⁵.

Para abundar más en estas ideas, el Tribunal Constitucional ha procurado definir el concepto de Plazo Razonable en distintas resoluciones, entre las que cabe resaltar por ejemplo el caso de Hábeas Corpus presentado por Fernando Cantuarias Salaverry contra el Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, Silvio Máximo Crespo Holguín (Expediente N° 6167-2005-PHC/TC de Lima), Resolución expedida el 28 de febrero del 2006 donde, al comentar el **Principio de interdicción de la arbitrariedad** en el considerando 30 se menciona lo siguiente:

“Desde la consolidación del Estado de derecho surge el principio de interdicción de la arbitrariedad, el mismo que tiene un doble significado, tal como ha sido dicho en anterior sentencia: “a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad”⁵⁶.

Y en el mismo considerando señala:

“Adecuando los fundamentos de la referida sentencia a la actividad fiscal, es posible afirmar que el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.”

Resulta interesante confirmar que, tal como ya se debe haber advertido, es sumamente complicado definir lo que constituye o es la esencia del Plazo Razonable, precisamente al tratarse de un valor no determinable en el caso general; es por ello que al procurar una definición de éste, el Tribunal Constitucional opta por decir lo **que no es**; es, decir otorga elementos para una interpretación *contrario sensu*; así no será Plazo Razonable todo aquel que esté basado en:

⁵⁵ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (European Court of Human Rights), en el caso Zimmermann and Steiner versus Switzerland, del 13 de julio de 1983, en su párrafo 24 ha señalado que para efectos del plazo razonable de duración del proceso y, por tanto, de la investigación se debe tener en consideración la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes y la actuación de los tribunales para la determinación de la existencia de un plazo razonable en un caso concreto, sin necesidad de recurrir a un tope numérico o cuantitativo.

⁵⁶ Expediente N° 090-2004 AA/TC

- Actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica, lo que puede resumirse como **actividad negligente**.
- Decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; es decir **arbitrariedad**, y
- Lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, esto es **discrecionalidad no fundamentada**.

Este tipo de conductas no solo deben estar proscritas sino que además implican necesariamente responsabilidad funcional de quien las practica; es por ello que viene a colación lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el Expediente N°177-2002-HC/TC Piura, mediante Resolución del 04 de junio del 2002 en el proceso seguido por Henry Orosco León que interpone acción de Hábeas Corpus contra el Juzgado Militar para delitos de Terrorismo Agravado de Lambayeque, y que en su considerando cuarto dice:

“No obstante, este Tribunal constata que, en el fuero militar, se tuvo detenido al accionante por más de 30 meses sin haber sido sentenciado, situación que, en todo caso, debe ser investigada por la autoridad competente dado que ello significó, conforme reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la vulneración del derecho del accionante a ser juzgado dentro de un plazo razonable, reconocido por el Artículo 9, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, y por el Artículo 7, numeral 5, de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por esta razón, es de aplicación lo establecido por el Artículo 11 de la Ley N° 23506, respecto a las autoridades que conocieron el citado proceso penal en el fuero militar”.

A la determinación de la vulneración del derecho a ser juzgado en un Plazo Razonable, el Tribunal Constitucional dispuso en la parte resolutive que el Juez de la causa remita copias al Ministerio Público sobre la actuación de las autoridades del Fuero Militar, a fin de que asuman su responsabilidad penal por el excesivo plazo de carcelería sufrido por el demandante.

III.5. ¿Plazo cuantitativo o cualitativo?

Habíamos señalado líneas arriba la siguiente fórmula:

$$\text{Plazo Razonable (PRA)} = \text{CA} + \text{CO} + \text{CI}$$

Luego, después de los argumentos desarrollados en los apartados previos de este trabajo, llegamos a la conclusión de que es necesario agregar un factor adicional a la fórmula, que es la apreciación de cada caso concreto (CC), factor⁵⁷ que debe determinar cada una de las variables que componen nuestra ecuación de Plazo Razonable, así:

$$\text{PRA} = \text{CA} \times \text{CC} + \text{CO} \times \text{CC} + \text{CI} \times \text{CC}$$

⁵⁷ En este caso “x” es el signo de multiplicación. “Multiplicado por”.

Simplificando:

$$PRA = (CA + CO + CI) \times CC$$

Si admitimos que CC va a ser siempre un plazo variable porque depende -como ya se ha argumentado- de cada situación especial, y dado que al aplicarse como factor en nuestra fórmula inevitablemente alterará los valores de CA, CO y CI en función a su propio valor a determinar, se puede afirmar categóricamente que el Plazo Razonable siempre será un valor desconocido mientras no exista un caso concreto; así tenemos el axioma:

PRA = Valor indeterminado en la generalidad, determinable en cada caso concreto o particular.

Dicho esto y habiendo concluido que no es posible determinar una regla numérica general para el Plazo Razonable, se puede elaborar ahora el siguiente teorema o enunciado:

Teorema 1:

Dado que el Plazo Razonable (PRA) siempre será un valor variable que se convertirá en valor constante solo en el caso particular, resultará imposible generar una regla general cuantitativa para PRA, ya sea una constante o un rango posible de valores.

En otras palabras, la regla general (norma jurídica de carácter procesal) no podría de ninguna manera establecer un plazo numérico (cuantitativo) o tope para el plazo de las Diligencias Preliminares, en la medida que la variable a regular solo puede ser despejada en cada caso concreto.

IV. LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y LA CASACIÓN N°02-2008-LA LIBERTAD

IV.1. CUANDO 120 NO SON 120

Luego de llegar a la conclusión de que el llamado Plazo Razonable no puede ser determinado sino solo determinable a partir del caso concreto, entonces cabe hacer el análisis de la Casación N°02-2008-La Libertad, la que a juicio de muchos ha dispuesto que el plazo para las Diligencias Preliminares sea como máximo de 120 días.

A fin de trabajar con valores apropiados para nuestras variables, en primer lugar despejaremos el dato proporcionado por la casación en mención en su considerando décimo segundo.

De una lectura detenida de la casación se puede observar lo siguiente: la parte resolutive⁵⁸ no alude en absoluto al plazo de las diligencias preliminares sino que indica y precisa que los plazos de esas diligencias son distintos a los de la Investigación Preparatoria.

⁵⁸ Cabe precisar que el texto de la parte resolutive de la Casación N°02-2008-La Libertad señala lo siguiente: **"ESTABLECIERON:** (...) como doctrina jurisprudencial, que los plazos para las diligencias preliminares, de 20 días naturales y el que concede el Fiscal para fijar uno distinto, según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación, son diferentes (...)". En la parte a la que se refiere al plazo distinto que puede fijar el Fiscal, se usó la fórmula del Código Procesal Penal distorsionando el sentido de la oración, generando que esta no

Es en el considerando décimo segundo de la resolución donde aparece el pronunciamiento sobre el plazo de las diligencias preliminares que dice textualmente: "... y que por estas consideraciones, la fase de diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la Investigación Preparatoria, regulado en el Artículo 342 de la ley procesal penal", debido a ello y a fin de completar el enunciado necesitamos descubrir el valor del plazo al que hace referencia este considerando, valor que surge del Plazo Máximo de la Investigación Preparatoria (PMIP) y que se encuentra regulado por el Artículo 342 del CPP.

De la lectura del Artículo 342.1 del CPP aparece que *"El plazo de la Investigación Preparatoria es de 120 días naturales. Sólo por causas justificadas, dictando la Disposición correspondiente, el Fiscal podrá prorrogarla por única vez hasta un máximo de 60 días naturales"*.

Entonces tenemos que la Investigación Preparatoria propiamente dicha tiene dos plazos posibles: el primero, un plazo ordinario (POIP) de 120 días y un segundo plazo, acumulable al primero, de prórroga (PPIP) hasta por 60 días más. Luego:

POIP = 120

PPIP = 60

El plazo de prórroga se utiliza sólo cuando existen causas justificadas; luego, ese es el tope máximo al que podría extenderse la Investigación Preparatoria de tal manera que nuestra ecuación podría establecerse así:

PMIP = POIP + PPIP

Donde:

PMIP = 120 + 60

Luego:

PMIP = 180

Tenemos entonces como primera aproximación que el Plazo Máximo de la Investigación Preparatoria sería de 180 días y no 120 días como se venía diciendo. Pero aquí no termina el análisis: no olvidemos que el Artículo 342.2 del CPP regula también la duración de la Investigación Preparatoria en casos complejos donde, aplicando las mismas fórmulas de las líneas precedentes, se puede afirmar que el Plazo Máximo de la Investigación Preparatoria en esos casos es de 16 meses, considerando los 8 meses que determina el Código y los 8 meses que puede conceder el Juez de la Investigación Preparatoria:

PMIP1 = 180 días (En casos ordinarios)

guarde concordancia con el resto del párrafo, debiendo haber dicho para una mejor redacción: **"ESTABLECIERON:** (...) como doctrina jurisprudencial, que los plazos para las diligencias preliminares, de 20 días naturales y el plazo distinto que el Fiscal puede fijar conforme sus atribuciones, según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación, son diferentes (...)". El subrayado es nuestro.

PMIP2= 16 meses (En casos complejos)

El considerando décimo segundo de la Casación N°02-2008 invoca de manera general al Artículo 342 del CPP, por lo que para todos los efectos de análisis deben considerarse las dos variables halladas y queda desvirtuado, de esta manera, cualquier argumento que pretenda afirmar que la Corte Suprema dijo algo que en realidad nunca dijo; es decir, que el plazo de las Diligencias Preliminares era de 120 días. Conforme a lo desarrollado, la referencia debe entenderse hecha a 180 días en casos ordinarios y 16 meses en casos complejos. Sobre este tema volveremos más adelante en la parte final de este trabajo.

IV.2. EN BUSCA DE LA SEMILLA

No cabe duda alguna que en cuanto a la materia de la casación propiamente dicha, es decir, la diferenciación entre la fase de las Diligencias Preliminares e Investigación Preparatoria, el criterio de la Suprema Sala Penal resulta acertado. Sin embargo cabe hacer un paréntesis para intentar encontrar la semilla de la resolución casatoria en comentario.

Tal como ha señalado la Sala Suprema en sus fundamentos, el abogado del imputado solicita audiencia de control de plazos en mérito al Artículo 343 del CPP, al interpretar que el tiempo de duración de las Diligencias Preliminares debería ser adicionado al tiempo transcurrido desde la formalización de la Investigación Preliminar. Este pedido pudo haber estado fundado en una errónea interpretación del Artículo 337.2 del CPP, el que en su primera parte dispone que *“Las diligencias preliminares forman parte de la Investigación Preparatoria”*. Cabe aquí, para efectos didácticos, especular un poco acerca de cómo pudo haberse llegado a la conclusión de que los plazos de las Diligencias Preliminares estaban incluidos en los de la Investigación Preparatoria. El término **Diligencias Preliminares** en el Código Procesal Penal se usa en dos sentidos: en primer lugar, para determinar todas aquellas diligencias que realiza el Fiscal junto con la Policía desde que se toma conocimiento del hecho criminoso y hasta que se formaliza la Investigación Preparatoria y, en segundo lugar, se usa para nombrar una fase del proceso, precisamente la fase que contiene las actuaciones que acabamos de describir. Es fácil comprender entonces que el error de interpretación se debió a un error de semántica: una primera lectura, muy ligera por cierto, de la primera oración del Artículo 337.2 del CPP arrojaría la idea de que se refiere a la fase; luego se podría interpretar que la fase de las Diligencias Preliminares es parte de la etapa de Investigación Preparatoria, así:

Casos ordinarios:

Investigación Preliminar: 120 días prorrogable a 60 días más.	
Diligencias Preliminares: 20 días o plazo distinto a criterio del Fiscal, sujeto a control de plazos.	Investigación Preliminar propiamente dicha: 120 días prorrogable a 60 más, menos el plazo empleado en las Diligencias Preliminares.

Casos complejos:

Investigación Preliminar: 8 meses prorrogable a 8 meses más.	
Diligencias Preliminares: 20 días o plazo distinto a criterio del Fiscal, sujeto a control de plazos.	Investigación Preliminar propiamente dicha: 8 meses prorrogable a 8 meses más, menos el plazo empleado en las Diligencias Preliminares.

Sin embargo, como ya determinó la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, esta interpretación es equivocada, entre otras razones por los propios fundamentos de la Casación N°02-2008, los que no repetiremos; agregaremos solamente que de la propia lectura de la parte pertinente del artículo en mención aparece que: *“Las diligencias preliminares forman parte de la Investigación Preparatoria”*. Obsérvese la utilización del verbo **formar** en su forma de la tercera persona del plural: **forman**, lo que deja en evidencia que la estructura gramatical utilizada por el legislador implica la primera acepción que mencionamos en el párrafo anterior; es decir, la referida a las actuaciones dentro de la fase y no a la fase en sí, pues de haberse referido a la segunda acepción la redacción tendría que haber sido en singular y habría sido algo así como: *“La fase (o sub etapa) de diligencias preliminares, forma parte de la Investigación Preparatoria”*.

En este orden de ideas y **siguiendo los lineamientos de los considerandos séptimo y octavo de la resolución en análisis**, la interpretación de la casación, tal como está redactada, quedaría graficada de la siguiente manera:

Casos ordinarios:

Etapa de Investigación Preliminar Plazo: duración de la Fase de Diligencias Preliminares más la duración de la Fase de Investigación Preparatoria. Total: 360 días como máximo.	
Sub etapa o fase de Diligencias Preliminares: 20 días o plazo distinto fijado por el Fiscal con un tope de 180 días, equivalente a la duración máxima de la Investigación Preliminar propiamente dicha.	Sub etapa o fase de Investigación Preliminar propiamente dicha: 120 días prorrogable a 60 más como máximo.

Casos complejos:

Etapa de Investigación Preliminar Plazo: duración de la Fase de Diligencias Preliminares más la duración de la Fase de Investigación Preparatoria. Total: 32 meses como máximo.	
Sub etapa o fase de Diligencias Preliminares: 20 días o plazo distinto fijado por el Fiscal con un tope de 16 meses, equivalente a la duración máxima de la Investigación Preliminar propiamente dicha.	Sub etapa o fase de Investigación Preliminar propiamente dicha: 8 meses prorrogable a 8 meses más como máximo.

Como se puede ver, mediante la Casación N°02-2008-La Libertad, habría quedado establecido que el tope máximo de la duración de las Diligencias Preliminares es de 180 días en los casos ordinarios y 16 meses en los casos complejos, y la duración máxima que puede tener la etapa de Investigación Preparatoria es de 360 días (casi un año) en los casos ordinarios y de 32 meses en los casos complejos.

IV.3. EL CONSIDERANDO DÉCIMO SEGUNDO Y EL SILOGISMO ARISTOTÉLICO

En justicia a la Casación N°02-2008-La Libertad y a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, parece ser que el establecimiento de un plazo perentorio no fue la intención principal de los magistrados de la indicada Sala. El argumento de la duración de los plazos máximos de las Diligencias Preliminares tratado en el considerando décimo segundo de la resolución, aparece en todo caso como preludio a la especificación de que los plazos de éstas y los de la Investigación Preparatoria son distintos, en contraposición a las actuaciones de ambas sub etapas que sí tienen comunidad en vista del principio de unidad de prueba.

Sin embargo, como ocurre en la literatura, una vez que una norma o una resolución de la importancia de la que estamos estudiando sale de las manos de sus creadores toma vida propia, y son los receptores de estas creaciones quienes por medio de las interpretaciones que puedan darle, las hacen independientes de la voluntad del legislador o del juez.

El considerando décimo segundo que es nuestro objeto de análisis en este caso particular, conforme a la apreciación de múltiples operadores del Código Procesal Penal, habría establecido que el plazo de duración de las Diligencias Preliminares tendría un tope máximo de 120 días cuando es distinto al plazo referencial de 20 días ya estudiado.

Es así que el considerando en mención, refiriéndose al plazo de las Diligencias Preliminares, ha señalado que este:

"(...) no debe ser uno ilimitado y, si bien es cierto, en este extremo de la norma no se precisa de manera cuantitativa cual es su límite temporal, también es verdad que ello no puede afectar el derecho al plazo razonable que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso; que por lo demás, deben entenderse como excepcionales, ponderándose el plazo máximo de duración atendiendo a criterios de orden cualitativos conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debiendo tenerse siempre presente que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes e inaplazables conforme dispone el Artículo 330 de la ley procesal penal y que por estas consideraciones, la fase de diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria, regulado en el Artículo 342 de la ley procesal penal."

Estamos plenamente de acuerdo con la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el sentido de que el plazo de las diligencias preliminares no debe ser ilimitado. Y estamos de acuerdo también en que la norma no precisa de manera cuantitativa su límite temporal y esto sucede porque, precisamente, el límite impuesto a la duración de las Diligencias Preliminares es el del Plazo Razonable que, como ya se explicó, es un valor determinable frente a cada caso concreto.

Para demostrar esto es necesario recurrir al análisis de la estructura lógica del párrafo en comentario, y a fin de lograrlo recurriremos a la figura del silogismo aristotélico, figura que se puede ilustrar fácilmente con el siguiente ejemplo de silogismo clásico:

Si P1: Todos los hombres son mortales, **y P2:** Todos los griegos son hombres, **entonces C:** Por tanto todos los griegos son mortales.

Como se aprecia, la conclusión es el resultado de las dos premisas previas, unificándolas para lograr un resultado lógico cuya validez se desprende de la validez de sus dos premisas.

Para determinar si existe contradicción del considerando décimo segundo en estudio lo dividiremos entonces en las siguientes premisas:

Premisa 1: El plazo de las Diligencias Preliminares no debe ser uno ilimitado.

Premisa 2: Se pondera el plazo máximo de duración (de las Diligencias Preliminares) atendiendo a criterios de orden cualitativos, conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad

La primera premisa deberá ser invertida ya que una de las reglas del silogismo aristotélico es que de dos premisas negativas no puede lograrse conclusión alguna y, por otra parte, solo se aprecia como verdadero “lo que es”, por tanto, diremos:

Si:

Premisa 1: El plazo de las Diligencias Preliminares debe ser limitado.

Y:

Premisa 2: Se pondera el plazo máximo de duración (de las Diligencias Preliminares) atendiendo a criterios de orden cualitativos, conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Entonces:

Conclusión: El plazo de duración de las Diligencias Preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria.

Recordando que al Plazo de las Diligencias Preliminares le atribuimos la variable PDP y que PMIP es el plazo máximo de la Investigación Preparatoria (180 días o 16 meses, según el caso):

Si:

P1: PDP debe ser limitado.

Y:

P2: El máximo de PDP se debe calcular en base a criterios cualitativos (razonabilidad y proporcionalidad).

Entonces:

C: El máximo de PDP debe ser igual a PMIP (180 días o 16 meses según el caso).

Aplicando el silogismo a nuestro caso en estudio, tenemos que la conclusión arribada no se desprende de las premisas previas (esto sin entrar a analizar todavía la validez de las premisas), puesto que no aparece en el silogismo la premisa que sirve de base para afirmar que PDP deba durar lo mismo que PMIP.

Si se analiza con cuidado el silogismo se podrá apreciar que la premisa 2 no aparece reflejada en la conclusión; lo que ya implica una falla en la estructura de la composición lógica. De otro lado, no podría tampoco aparecer reflejada porque se haría evidente la contradicción que existe entre esta premisa y la propia conclusión del silogismo: si es cierto que PDP se debe calcular en base a criterios cualitativos, ¿cómo es posible que finalmente se asigne a PDP un plazo cuantitativo? Esto implica la falsedad o invalidez de uno de los dos elementos, ya sea de la premisa 2 o de la conclusión. Partiendo del hecho de que tanto la premisa 1 como la premisa 2 son comprobables a partir de la lectura del texto normativo y de los derechos constitucionales, solo queda afirmar que es la conclusión el elemento que no es válido y es por lo tanto es una conclusión errónea que deviene en falaz por su aparente estructura lógica.

La consecuencia lógica de las premisas elaboradas sería más bien la que venimos sosteniendo a lo largo de este trabajo, por lo que el silogismo (y por tanto el considerando décimo segundo de la casación) debió quedar así:

Si:

Premisa 1: PDP debe ser limitado.

Y:

Premisa 2: El máximo de PDP se debe calcular en base a criterios cualitativos (razonabilidad y proporcionalidad).

Entonces:

Conclusión: El máximo de PDP debe tener como límite un criterio cualitativo (razonabilidad y proporcionalidad).

Como complemento de la conclusión se puede agregar que el límite que debe tener el plazo máximo de las Diligencias Preliminares tiene el fin de garantizar la investigación en un plazo suficiente, el mismo que quedará a discreción -motivadamente- del Fiscal en primera instancia y sujeto a control por parte del Juez de la Investigación Preparatoria⁵⁹ de ser el caso. Este plazo suficiente es evidentemente el Plazo Razonable, respecto al cual ya habíamos elaborado un teorema:

Teorema 1:

Dado que el Plazo Razonable (PRA) siempre será un valor variable que se convertirá en valor constante solo en el caso particular, resultará imposible generar una regla general cuantitativa para PRA, ya sea una constante o un rango posible de valores.

⁵⁹ Al respecto Germán Martínez Cisneros precisa que una de las principales razones que justifican la existencia del Juez de Control o de Garantías (Juez de la Investigación Preparatoria en nuestro sistema) es: *“Poner límites a las acciones de los órganos investigadores y de procuración de justicia, a fin de que sus acciones se sujeten a las normas legales (con especial apego a los principios constitucionales del debido proceso y a las garantías del acusado y de la víctima) se dice que, en este aspecto, su función es una suerte de control difuso de la constitucionalidad permitida expresamente por la ley”*. MARTINEZ CISNEROS, Germán. (2009). Artículo “El juez de control en México, un modelo para armar”. En: *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. p. 181. Extraído de <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista>

En función al primer teorema elaborado, podemos ahora elaborar un segundo teorema partiendo del anterior:

Teorema 2:

Dado que es imposible generar una regla general cuantitativa para el Plazo Razonable, y la Duración de las Diligencias Preliminares (DPD) está sujeta al Plazo Razonable, entonces el Plazo de las Diligencias Preliminares no puede ser cuantitativo, y por tanto es ilimitado, sujeto tan solo al valor que se pueda asignar al Plazo Razonable (PRA) en cada caso concreto.

El Código Procesal Penal acertadamente no dictó plazo alguno cuantitativo para la duración de las Diligencias Preliminares y no lo hizo precisamente, como ya se ha dicho, porque el tope debiera ser únicamente el del Plazo Razonable, e incluso si hubiese sido una omisión del legislador, igualmente la determinación del límite hubiese quedado en el mismo ámbito de razonabilidad y proporcionalidad. En ese sentido resulta ilustrativa la opinión de Díaz García⁶⁰:

“Está implícito también, más allá de las estipulaciones legales, en el concepto de plazo razonable. Allí donde la ley sea oscura, donde haya vacíos legales, el juez debe obrar de acuerdo con el concepto de plazo razonable. Todo plazo desmedido, toda acción de la justicia que no sea proporcional, que no se ajuste a un mínimo de razonabilidad, deberá ser controlado y ajustado a derecho. El problema de la duración del proceso penal y del plazo razonable, constituye una de las preocupaciones centrales en el derecho procesal comparado y en la jurisprudencia internacional”.

Como se logrará entender, el objeto de todo este análisis no es otro que el de fortalecer el modelo procesal penal acusatorio-adversarial, modelo que además se rige por principios de celeridad, razonabilidad y proporcionalidad como bien ha indicado la Corte Suprema. Sin embargo, obsérvese cómo este considerando en análisis podría servir para extender un plazo que originariamente se concibió como breve y destinado a actos urgentes o inaplazables, y convertirlo en un plazo con un tope máximo de 180 días en casos ordinarios y de 16 meses en casos complejos. Resulta inaceptable pensar que el espíritu de la norma haya sido el de dar un plazo de 16 meses como máximo a las Diligencias Preliminares en un caso de crimen organizado, por ejemplo. Se puede afirmar en defensa de la resolución que este es un plazo máximo, y que tanto el Fiscal como el Juez de la Investigación Preparatoria pueden disponer plazos menores. Esta afirmación, siendo válida, no será obstáculo para que eventualmente (más a menudo de lo que se quisiera), algunos operadores hagan uso del plazo máximo como una especie de escudo protector en caso de negligencia o arbitrariedad. Es por ello que la objeción no se dirige a si el plazo es muy reducido o si es demasiado extenso sino al hecho de que sencillamente no debería haber plazo cuantitativo.

⁶⁰ DÍAZ GARCÍA, Alexander. Artículo “El Juez de Control de Garantías Frente al Tratamiento de Datos Personales en Colombia”. En: *Página Web Derecho Penal*.p. 4. Extraído de http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20090402_02.pdf

En el modelo Chileno y en palabras de Baytelman y Duce⁶¹:

“En los casos en los que el Ministerio Público decida llevar adelante una investigación, podrá investigar libremente sin limitaciones de tiempo, no obstante, cuando la persecución respecto de una persona determinada pueda importar la afectación a sus derechos constitucionales y, en consecuencia, se requiera de la intervención judicial, deberá formular cargos precisos en contra del imputado. Esta formulación de cargos se llama formalización de la investigación [...] La formalización de la investigación tiene el efecto de suspender el curso de la prescripción de la acción y dar inicio a un plazo máximo de dos años para ser cerrada.”

Nótese la diferencia: un plazo sin límites para la investigación previa a la formalización de la Investigación Preparatoria, que sería el equivalente a nuestras Diligencias Preliminares y un plazo de dos años para la Investigación Preparatoria, propiamente dicha.

En defensa nuevamente de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República creo que es necesario afirmar que el considerando décimo segundo de la Casación N°02-2008-La Libertad no es vinculante y más bien expresa un deseo de lo que debería ser un tope en casos extremos y no un mandato imperativo. No olvidemos que la última parte del indicado considerando está redactada en condicional (**no podría**) y que de otro lado, tal como lo señala expresamente la parte resolutive, lo que se ha constituido como doctrina jurisprudencial es la distinción de plazos distintos de las Diligencias Preliminares e Investigación Preparatoria y no los fundamentos de la resolución al no haber sido dispuesto así expresamente.

La confusión doctrinaria, aparentemente, no viene de lo resuelto por la Corte Suprema de la República en la casación en estudio sino de la interpretación hecha por otros operadores y, en particular, por los magistrados de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

IV.4. EL ACUERDO PLENARIO 02-2008 DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

La Corte Superior de Justicia de La Libertad celebró el Acuerdo Plenario 02-2008 el 14 de julio del año 2008 donde, entre otros temas se propuso el Tema 4: ¿Desde cuándo se inicia el cómputo y cómo se computa el plazo de la Investigación Preliminar y de la Investigación Preparatoria según la Sentencia Casatoria N°02-2008-La Libertad?, a propósito justamente de la resolución casatoria que se había dictado un mes antes. La indicada Corte respecto a este tema arribó al siguiente acuerdo:

“Los plazos de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria son diferentes. El plazo de las diligencias preliminares se computará desde la recepción de la noticia criminal por el Fiscal, siempre que el imputado se encuentre individualizado. El plazo de la investigación preparatoria se computará desde la comunicación de la

⁶¹ BAYTELMAN A., Andrés. y DUCE J., Mauricio. (2005). *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*. Lima, Editorial Alternativas, p. 65.

disposición fiscal al Juez de la Investigación Preparatoria, tomándose como criterio el plazo máximo legal de 24 horas para la notificación de las disposiciones”.

Respecto al acuerdo citado, en el primer párrafo de las consideraciones se establece lo siguiente:

“La Sentencia Casatoria N°02-2008-La Libertad ha precisado que el cómputo de los plazos de las Diligencias Preliminares y de la etapa de Investigación Preparatoria son diferentes, así tenemos para el primero un plazo legal de 20 días (Artículo 334.2 del CPP), prorrogado hasta 120 días en total, y para el segundo un plazo legal de 120 días (Artículo 342.1 del CPP), prorrogado por 60 días más. La prórroga del plazo es facultad exclusiva del Fiscal, pudiendo ser objeto de un control de legalidad y razonabilidad a solicitud de los sujetos procesales como lo preveen los Artículos 334.2 y 343.2 del CPP”.

Como se aprecia en el Acuerdo Plenario en estudio, se hace la afirmación categórica de que las Diligencias Preliminares tienen un plazo legal de 20 días, prorrogado hasta 120 días en total, afirmación que -como ya hemos desarrollado previamente- resulta ser una interpretación muy particular de los magistrados de la Corte Superior de La libertad, puesto que la casación referida no mencionó en ningún momento el plazo de 120 días y tampoco hizo mención expresa al Artículo 342.1 del CPP sino al Artículo 342, de manera genérica.

No se debe soslayar el hecho de que la Corte Superior de Justicia de La Libertad ha hecho notables aportes en la interpretación, implementación, desarrollo y aplicación del Código Procesal Penal, y la crítica objetiva que se hace en este trabajo no tiene ningún ánimo de restar la importancia que tienen estos aportes para el quehacer jurídico nacional. En defensa también de los jueces de la República, es prudente afirmar que cualquier error de interpretación generado por los jueces que estamos comprometido con nuestra labor y con la causa del derecho, es siempre generado de manera involuntaria y de buena fe y, en el caso de Corte Superior de Justicia de La Libertad, seguramente por el admirable ímpetu y espíritu innovador de los magistrados de esa Corte.

El hecho objetivo es que, como consecuencia de la interpretación del considerando décimo segundo de la Casación N°02-2008-La Libertad realizada en el Acuerdo Plenario 02-2008, en diversos sectores se ha venido interpretando que el plazo máximo o tope para las diligencias preliminares es de 120 días, afirmación que -como ya hemos expresado abundantemente- no se ajusta al espíritu del Código ni al espíritu del sistema garantista que apunta a que estos plazos sean dictados discrecionalmente por el Fiscal y controlados de ser el caso por el Juez de Garantías, de Control o como se denomina en nuestro Código, Juez de Investigación Preparatoria.

El segundo párrafo de las consideraciones del Acuerdo Plenario señala lo siguiente:

“El inicio del plazo de las diligencias preliminares será desde que el Fiscal toma conocimiento de la noticia criminal, sea por denuncia de parte (ciudadanos) o por denuncia policial (policía), siempre que el imputado se encuentre individualizado, con prescindencia de la

expedición de la disposición fiscal de investigación preliminar. Cuando la noticia criminal no contiene la individualización de sujeto agente delictivo, por lógica consecuencia tampoco existe un derecho concreto (el plazo razonable de investigación) que tutelar, ergo, no se computa el plazo hasta la individualización del potencial imputado”.

El Código Procesal Penal en su Artículo 329 señala cuáles son las formas para el inicio de la investigación, llamados actos iniciales de investigación en esta parte del Código. El Acuerdo Plenario concuerda con ello al señalar que: *“El inicio del plazo de las diligencias preliminares será desde que el Fiscal toma conocimiento de la noticia criminal, sea por denuncia de parte (ciudadanos) o por denuncia policial (policía)...”* pero establece una condición y dice que esto será así **siempre que el imputado se encuentre individualizado**. Aquí se puede detectar una contradicción con el ya estudiado y comentado Artículo 330.2 del CPP: las Diligencias Preliminares tiene como finalidad - entre otras cosas- individualizar a las personas involucradas en la comisión de los hechos delictuosos, esto es la individualización del imputado en líneas generales. Luego, veamos las dos premisas que se generan:

- **Premisa 1:** Es finalidad de las diligencias preliminares la individualización del imputado (Artículo 329 del CPP).
- **Premisa 2:** Las diligencias preliminares se inician con la individualización del imputado (Acuerdo Plenario 02-200 de la Corte Superior de Justicia de La Libertad – Tema 4).

Luego, no existe conclusión posible porque las dos premisas son contradictorias entre sí, generando una paradoja: un hecho en particular no puede ser causa y finalidad del mismo proceso al mismo tiempo.

El punto débil de esta afirmación es que la individualización del imputado no es la finalidad única de las Diligencias Preliminares, hecho que podría servir de argumento para quienes defienden la tesis del Acuerdo Plenario, dado que además se deben realizar los actos urgentes e inaplazables, asegurar los elementos materiales de la comisión y generar la convicción de que los hechos investigados constituyen delito.

Aceptando incluso esta debilidad, aún queda una pregunta sin respuesta: ¿cuánto debe durar la etapa de investigación previa al inicio del cómputo del plazo de las Diligencias Preliminares de acuerdo a lo establecido en el Acuerdo Plenario 02-2008? El derecho a un juicio rápido implica también el arribo a un resultado que despeje incertidumbres jurídicas respecto a los justiciables. La tutela de derechos constitucionales mediante la solicitud de control de plazos no es una prerrogativa única del imputado, por ello el Código expresamente establece que tiene derecho a esta acción *“Quien se considere afectado por una excesiva duración de las Diligencias Preliminares”* sin discriminar entre imputado, agraviado u otro. El plazo razonable en el desarrollo de un proceso también es un derecho que le acude al agraviado; también él necesita la certidumbre de saber quién causó el daño, incluso el derecho moral de saber los móviles y obviamente el derecho de recibir una reparación oportuna por el daño causado como consecuencia de los hechos delictuosos.

En la línea de ideas de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, los actos iniciales de investigación tendrían una duración indeterminada, que culminarían solamente con la

individualización del imputado, si esto ocurriera. Si esto es así, ¿no estaríamos regresando al mismo punto de partida? Tendríamos de nuevo un plazo sin límite de tiempo alguno y peor aún, porque este plazo no estaría sujeto a la intervención del Juez de la Investigación Preparatoria, ya que el límite no estaría establecido por criterios cuantitativos legales, tampoco por criterios cualitativos de razonabilidad y proporcionalidad, sino por un hecho aleatorio que sería la eventual individualización del imputado.

De acuerdo a esta estructura planteada por la Corte Superior de Justicia de La Libertad en el Plenario en estudio, los plazos de la Etapa de Investigación Preparatoria quedarían así:

Casos ordinarios:

Etapa de Investigación Preliminar		
Diligencias Preliminares		Sub etapa o fase de Investigación Preliminar propiamente dicha: 120 días prorrogable a 60 más como máximo.
Diligencias Preliminares no sujetas a plazo: se inicia con la noticia criminal, culmina con la Individualización del Imputado.	Sub etapa o fase de Diligencias Preliminares: 20 días o plazo distinto a criterio del Fiscal, con un máximo de 120 días en total, plazo que se inicia con la individualización del imputado.	

Casos complejos:

Etapa de Investigación Preliminar		
Diligencias Preliminares		Sub etapa o fase de Investigación Preliminar propiamente dicha: 8 meses prorrogable a 8 meses más como máximo.
Diligencias Preliminares no sujetas a plazo: se inicia con la noticia criminal, culmina con la Individualización del Imputado.	Sub etapa o fase de Diligencias Preliminares: 20 días o plazo distinto a criterio del Fiscal, con un máximo de 120 días en total, plazo que se inicia con la individualización del imputado.	

Nótese que, según el Acuerdo Plenario de La Libertad, ahora tendríamos tres sub etapas o fases en la Investigación Preliminar, y no dos como señala el Código y había ratificado la Sala Penal Suprema. La creación de este plazo inicial en todo caso va en contra, precisamente, del espíritu de la Casación N°02-2008-La Libertad, que proponía que la duración de la Investigación Preliminar no sea ilimitada en el tiempo en ninguna de sus fases.

Las Diligencias Preliminares se inician con la noticia del delito y el plazo de éstas, a nuestro juicio, debería iniciarse también al mismo momento, considerando que se debe tender a la simplificación del proceso y que, como se ha demostrado, las Diligencias Preliminares no pueden tener un plazo perentorio cuantitativo.

IV.5. UN EJEMPLO A MANERA DE EPÍLOGO

A fin de hacer aterrizar toda la teoría desarrollada pongamos un ejemplo sencillo. Trabajaremos sobre el caso hipotético de la comisión de un delito, supongamos un homicidio: el 01 de octubre del

2009, en horas de la mañana, aparece el cadáver de la víctima en el bosque cercano a la ciudad, con evidentes huellas de haber sido agredido y que las heridas causadas por tercera persona desencadenaron su muerte. Para no dejar dudas acerca de la existencia de tercera persona, diremos que nuestra víctima presenta dos orificios letales de arma de fuego en la frente, lo que descarta cualquier hipótesis de suicidio. La policía es informada por algún transeúnte y luego ésta a su vez informa al Fiscal correspondiente. Se dispone el aseguramiento de la escena del crimen hasta la llegada de los peritos forenses y luego el levantamiento del cadáver (diligencias urgentes e inaplazables). No se encuentra el arma y la lluvia persistente de la madrugada ha desvanecido la mayor parte de la evidencia material del lugar.

Con estos actos ya se ha dado inicio a las Diligencias Preliminares, en tanto los eventos descritos en la última parte del párrafo anterior tienen que haber sido dispuesto por el Fiscal. Estamos en el escenario de Diligencias Preliminares sin individualización de imputado.

Transcurre el tiempo y estamos a 01 de marzo del 2010, aún no se ha podido ubicar ni averiguar la identidad del agresor. En este estadio debemos elegir qué camino tomar, se ha generado una bifurcación normativa y doctrinaria y en el camino a seguir tenemos dos senderos posibles a la vista: el primero es el que propone el Acuerdo Plenario de La Libertad y el otro, el segundo, el que se ha propuesto a lo largo de este trabajo.

Continuemos por un momento por el sendero número uno: el Acuerdo Plenario señalado indica que el plazo se iniciará con la individualización del imputado **con prescindencia de la expedición de la disposición fiscal de investigación preliminar**, de lo que debe presumirse que al acuerdo consideró la hipótesis de hecho de nuestro caso, por tanto el Fiscal al tomar conocimiento de la noticia del delito debió dictar disposición de investigación preliminar (sub etapa previa a la sub etapa o fase de Diligencias Preliminares).

Esto confirma nuestra tesis de que el acuerdo estaría considerando la existencia de tres sub etapas (como ya lo graficamos en el cuadro previo) y que la primera de ellas no tendría plazo perentorio alguno, lo que pasaremos a demostrar: si el Fiscal no dictó disposición con plazo alguno; es decir, solo dispuso que se inicie la investigación preliminar sin dar por iniciado el plazo de duración de las diligencias preliminares y estando en la hipótesis de trabajo de que ya han pasado 5 meses desde el homicidio, cabe preguntarse si esta investigación previa sin individualización de imputado estaría sujeta a control de plazos.

Nuevamente de acuerdo al Artículo 334.2 del CPP, quien se sienta afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares solicitará al fiscal que el dé término y dicte la disposición que corresponda. No olvidemos que, de acuerdo al escenario propuesto, aún no estamos en fase de Diligencias Preliminares; por lo tanto, aún no se ha establecido plazo alguno y por tanto no podría solicitarse el término de un plazo que no existe. En segundo lugar, y en el orden de ideas del Acuerdo Plenario de La Libertad, sólo el imputado podría solicitar el control de plazos por cuanto él sería (erróneamente creemos) el único titular de esa acción y, al no haberse individualizado al autor, ninguna otra persona ostentaría la legitimidad necesaria para interponerla.

Lo expuesto comprueba que esta fase inicial creada por el Acuerdo Plenario no estaría sujeta a control alguno, dejando al libre arbitrio del Fiscal a cargo su duración y sin que el plazo pueda ser tocado tampoco por el supuesto tope de 120 días establecido por la Corte Suprema.

Siempre en el sendero número uno, elaboremos otra posible hipótesis: supongamos ahora que el Fiscal, luego de realizadas las primeras diligencias del 01 de octubre (día de los hechos), y con el objetivo de iniciar la búsqueda y ubicación de agresor, dispone conforme el Artículo 334.2 del CPP que se inicien las Diligencias Preliminares por un plazo de 20 días. Pasados los primeros 20 días y luego de diversas actuaciones y entrevistas con familiares y amigos de la víctima, así como de potenciales testigos de la zona, aún no se logra determinar la identidad del agresor. Si el Fiscal no pudo prever que ubicar al homicida sería más difícil de lo que calculó inicialmente ¿eso significa que la disposición con la que dio inicio a las Diligencias Preliminares no es válida? No cabe duda que los actos realizados el 01 de octubre de aseguramiento de la escena del crimen y levantamiento del cadáver fueron **actos o diligencias preliminares**, pero con esos actos ¿se inició o no el cómputo del plazo de las Diligencias Preliminares?

Desde la perspectiva del Acuerdo Plenario de La Libertad aún no se podría computar el inicio del plazo de las diligencias preliminares porque aún no se ha individualizado al autor del ilícito, entonces ¿qué hacemos con la disposición del Fiscal?, ¿el Fiscal incurrió en responsabilidad al haber dictado la disposición de inicio de la fase de Diligencias Preliminares sin haber individualizado al autor a pesar de que el Código no dispone ese requisito? Como se puede ver, la solución dada por el Acuerdo Plenario genera más dudas que respuestas.

Supongamos que el Fiscal decide continuar con las investigaciones y resuelve ampliar el plazo de las Diligencias Preliminares por 100 días más (para completar los 120 días que se supone son el tope de duración de las Diligencias Preliminares). Nuevamente llegamos al 01 de marzo (más de 120 días) sin que haya sido posible individualizar al imputado. Es evidente que no hay manera de formalizar la Investigación Preparatoria por falta de individualización de este último, pero surgen dos preguntas más: ¿puede alguien solicitar control de plazos al 01 de marzo? De acuerdo al Plenario la respuesta es no porque aún no hay imputado y solo él podría hacerlo. ¿Puede entonces el Ministerio Público seguir investigando con la ventaja evidente de que nadie podrá legítimamente solicitar que se ponga fin a las Diligencias Preliminares?, ¿y si alguien pudiera? Dado que no hay imputado solo quedaría disponer el archivo de la denuncia.

Supongamos que un año después, en octubre del 2010, finalmente y por un acto del azar, un familiar de la víctima logra identificar al homicida y se presenta en sede Fiscal aportando elementos que prueban que el sujeto "S" es efectivamente al autor del delito; entonces, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 335.2⁶² del CPP se deberá desarchivar la denuncia y (ya no caben más diligencias preliminares, porque venció el plazo) se deberá directamente Formalizar la Investigación.

Procuremos plantear el caso ahora con el articulado del Código Procesal Penal y prescindiendo del supuesto plazo de 120 días o cualquier otro para la duración máxima de las Diligencias Preliminares, así como del requisito de la individualización del autor para el inicio del cómputo del plazo de éstas.

⁶² "ARTÍCULO 335. Prohibición de nueva denuncia.- 2. Se exceptúa esta regla si se aportan nuevos elementos de convicción, en cuyo caso deberá reexaminar los actuados el Fiscal que previno. En el supuesto que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el Fiscal Superior que previno designará a otro Fiscal Provincial".

Estando de nuevo a 01 de octubre del 2009, el Fiscal dispone que se inicien las Diligencias Preliminares por 20 días, iniciándose también el cómputo del plazo de estas últimas. Dispone asimismo que se asegure la escena del crimen y el levantamiento del cadáver luego de la intervención de los peritos de criminalística.

Pasan los primeros 20 días y al no haber resultados respecto a la individualización de autor, el Fiscal amplía el plazo, digamos por 50 días más, por cuanto ya se percató de la dificultad que representa el caso y la ausencia de testigos y otros elementos probatorios. Dispone también la actuación de diligencias especiales referidas a análisis de ADN en las prendas del occiso, análisis de muestras del terreno y otros, pruebas que usualmente demoran más tiempo y cuyos resultados deben ser emitidos por laboratorios especializados.

Si al cabo de los 50 días el Fiscal llega a la conclusión de que no hay mayores elementos para individualizar al autor porque el resultado de las diligencias ordenadas es negativo, dispondrá el archivamiento de la denuncia de ser el caso.

Si llega a la convicción de que nuevas diligencias pueden darle mayores luces acerca de la comisión del delito, dispondrá nuevamente una ampliación de plazo por 90 días más, por ejemplo, sin la presión de un plazo perentorio y dispondrá que se recabe información de peritos especializados de otros países o enviará oficios a la Interpol u otros organismo internacionales, entre otras diligencias y, finalmente, puede disponer también el archivo de la denuncia.

En cualquiera de los dos casos, en octubre del 2010, mediante el aporte del pariente de la víctima que logra individualizar al imputado, se podrá disponer la formalización de la Investigación Preparatoria en mérito a lo dispuesto por el Artículo 335.2 del Código Procesal Penal.

Como se puede apreciar, este segundo camino es mucho más simple y expeditivo y además tiene una ventaja que no tiene el primero y que pasamos a exponer:

¿qué sucedería si el Fiscal no resulta ser lo suficientemente diligente? Digamos que dispone la serie de diligencias que hemos detallado líneas arriba y finalmente no las lleva a cabo o no le pone el interés necesario a su ejecución. ¿Puede pedirse vía control de plazos que se hagan efectivas esas diligencias? Digamos que cada vez que se va a desarrollar una diligencia determinada el Fiscal la posterga indeterminadamente y cada vez que se vence el plazo lo vuelve a ampliar y nuevamente posterga la diligencia. Si el imputado fuese el único que puede solicitar control de plazos no habría manera de poder exigir el desarrollo adecuado de las diligencias pendientes, que tal vez sean determinantes, por ello el Código establece que cualquiera puede solicitar el control de plazos y en ese orden de ideas el agraviado (la familia de la víctima en este caso), podría solicitar que el Fiscal dé por terminadas las diligencias preliminares (implícitamente se estaría pidiendo que se realicen las diligencias preliminares pendientes) vía control de plazos y en función a ello se disponga el archivamiento de la denuncia hasta la aparición de nuevos elementos de convicción o se disponga la formalización de la Investigación Preparatoria si las diligencias pendientes tienen éxito.

El ejemplo es sencillo pero ilustrativo, y demuestra que el sistema está orientado a la simplificación y elasticidad; además demuestra en una aplicación posible en la realidad que los argumentos desarrollados a lo largo de este trabajo pueden ser validados. Es posible plantear una diversidad

adicional de ejemplos y casos que pueden evidenciar que el modelo -tal como lo ha considerado el Código- puede funcionar eficazmente sin necesidad de agregar plazos ni topes, ni forzando los supuestos procesales. No se debe olvidar que para que un sistema funcione debe obedecer a reglas elásticas que permitan el aporte de sus operadores mediante el uso de su criterio, razonabilidad y buenas prácticas. El añadir reglas rígidas y plazos perentorios sólo contribuye a que el sistema pierda eficacia y eficiencia. También debe tenerse cuidado con el camino por el que se transita, pues si el primer paso implica poner un tope perentorio a la duración de las Diligencias Preliminares debido a que el código no lo hizo, no debería extrañarnos que en un futuro no lejano y bajo el mismo argumento se establezcan también plazos perentorios para la duración del Juicio Oral.

V. CONCLUSIONES

1. De acuerdo a lo desarrollado a lo largo de todo el trabajo, aparece en primer lugar que la aparente omisión de un plazo tope para la realización de las Diligencias Preliminares no es tal, sino más bien es una muestra de lo que espera el modelo garantista de los operadores jurídicos: una orientación clara al autocontrol, razonabilidad y criterio tanto de Fiscales como de Jueces, ello dentro de los parámetros del respeto y observancia de los derechos fundamentales y entre ellos, principalmente, el de ser investigado y juzgado en un Plazo Razonable.
2. La duración de las Diligencias Preliminares no es ni puede ser ilimitada; su duración está determinada por la regla general del Plazo Razonable. Sin embargo dicho regla no es de orden cuantitativo por cuanto el Plazo Razonable es variable y distinto para cada caso concreto, por lo que la determinación del Plazo Razonable y por lo tanto de la duración de las Diligencias Preliminares será tarea del Fiscal en la etapa correspondiente por medio de las disposiciones debidamente fundamentadas que aporte al proceso.
3. En caso de que cualquier persona parte del proceso (no solo el imputado) se sienta afectado por una excesiva duración en las Diligencias Preliminares o por no estar debidamente fundamentado el plazo, podrá recurrir al Juez de la Investigación Preparatoria para que en audiencia se pronuncie al respecto, pudiendo éste dar por finalizadas las Diligencias Preliminares.
4. Las Diligencias Preliminares para todos los efectos contemplan tres supuestos:
 - Diligencias preliminares con detención de persona.
 - Diligencias preliminares sin detención de persona y con individualización de imputado.
 - Diligencias preliminares sin detención de persona y sin individualización de imputado.
5. Las Diligencias Preliminares se inician con la noticia del delito, y el plazo de éstas debe iniciarse también al mismo momento, considerando que se debe tender a la simplificación del proceso y que, como se ha demostrado, las Diligencias Preliminares no pueden tener un plazo perentorio cuantitativo.
6. La fase de las Diligencias Preliminares no es obligatoria. El Código concede al Fiscal la posibilidad de formalizar directamente la Investigación Preparatoria si del informe policial o la denuncia y los indicios aportados en cualquiera de ellas, se desprenden suficientes elementos de convicción y los requisitos para proceder con la formalización.

7. Conforme a lo expuesto, desarrollado y demostrado en el presente trabajo, la estructura de la Investigación Preliminar debe ser simple y expeditiva, respetando los derechos fundamentales de todos los intervinientes, por lo cual en interpretación del Código Procesal Penal y la parte resolutive de la casación N°02-2008-La Libertad, el esquema debe ser como sigue:

Casos ordinarios:

Etapa de Investigación Preliminar	
Sub etapa o fase de Diligencias Preliminares: 20 días o plazo distinto a criterio del Fiscal, sujeto a control de plazos, salvo que haya persona detenida, en cuyo caso el plazo será de 24 horas o 15 días, según el caso. Esta fase no es obligatoria.	Sub etapa o fase de Investigación Preliminar propiamente dicha: 120 días prorrogable a 60 más como máximo.

Casos complejos:

Etapa de Investigación Preliminar	
Sub etapa o fase de Diligencias Preliminares: 20 días o plazo distinto a criterio del Fiscal, sujeto a control de plazos, salvo que haya persona detenida, en cuyo caso el plazo será de 24 horas o 15 días, según el caso. Esta fase no es obligatoria.	Sub etapa o fase de Investigación Preliminar propiamente dicha: 8 meses prorrogable a 8 meses más como máximo.

8. En los casos de detención de persona se debe entender que el Código Procesal Penal se refiere al imputado, en cuyo caso la duración de las Diligencias Preliminares se reduce al plazo de la detención preliminar: 24 horas por regla general y 15 días naturales en caso de delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, Espionaje o Terrorismo.
9. La ampliación del plazo referencial de 20 días establecido por el Código solo puede ser argumentada y dispuesta por el Fiscal y no por ningún otro sujeto procesal.
10. La solicitud de control de plazos que se fundamente en la ampliación de un plazo demasiado corto de las Diligencias Preliminares deviene en improcedente, dado que el texto normativo solo contempla la hipótesis de *“Quien se sienta afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares”*.
11. Finalmente, de manera acertada y afortunada, en el Título Preliminar del Código Procesal Penal se ha consignado de manera expresa un derecho fundamental, que si bien se desprende de la lectura de la Constitución y de los Tratados Internacionales, hasta ahora no se le había asignado la preponderancia que merece; esto es el derecho que tiene toda persona de ser juzgada en un Plazo Razonable.

VI. BIBLIOGRAFÍA

VI.1. LIBROS

- ANGULO ARANA, Pedro. (2009). "La Investigación Preparatoria". En: *Selección de Lecturas del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- BAYTELMAN A., Andrés. y DUCE J., Mauricio. (2005). *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*. Lima, Editorial Alternativas.
- CACERES J., Roberto E. e IPARRAGUIRRE N., Ronald D. (2008). *Código Procesal Penal Comentado*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L.
- CAFFERATA NORES, José I. *Garantía y Sistema Constitucional*. Materiales de Estudio de la Academia de la Magistratura.
- CASTAÑEDA OTSU, Susana. "El plazo razonable de la Investigación Preliminar y del Proceso Penal.- Su control a través del Hábeas Corpus". En: *Colectivo En defensa de la Libertad personal.- Estudios sobre el hábeas corpus*. Castillo Córdova, Luis (coordinador). (2008). Lima, Palestra editores
- ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia y GUIBOURG, Ricardo A. (1991). *Lógica, proposición y norma*. Primera edición. Tercera reimpresión. Buenos Aires, Editorial Astrea.
- TABOADA PILCO, Giammpol. (2009). *Jurisprudencias y Buenas Prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Editorial Reforma.

VI.2. RECURSOS ELECTRÓNICOS

- DÍAZ GARCÍA, Alexander. Artículo "El Juez de Control de Garantías Frente al Tratamiento de Datos Personales en Colombia". En: *Página Web Derecho Penal*. Extraído de http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20090402_02.pdf
- HERMOZA OROSCO, Plinio Hugo. (2009). Artículo "La reforma: El plazo razonable en las diligencias preliminares en el Nuevo Código Procesal Peruano". Blog. Mayo, 2009
- MARTÍNEZ CISNEROS, Germán. (2009). Artículo "El juez de control en México, un modelo para armar". En: *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. p. 181. Extraído de <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista>
- REYES LOAEZA, Jahaziel. Artículo: "El Juez de Garantías en el Nuevo Proceso Penal Oaxaqueño". Página web. En: <http://www.juiciooraloaxaca.gob.mx/Publicaciones/55revistajussemperloquitur>
- ROSAS YATACO, Jorge. (2008). Artículo "Breves anotaciones a la Investigación Preparatoria en el Nuevo Código Procesal Penal". En: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa>
- VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna Fabiola. Artículo "El Nuevo Código Procesal Penal: La necesidad del cambio en el sistema procesal peruano". En: www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2007/marzo/01/5_velez.doctiva

SEGUNDO PUESTO

Triple Empate

“El fundamento democrático del principio de legalidad
penal en la creación de la norma penal y
su aplicación en el Distrito Judicial de Lima”

Dr. ROGER ESTANISLAO TUMI PACORI

EL FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN LA CREACIÓN DE LA NORMA PENAL Y SU APLICACIÓN EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. MARCO METODOLÓGICO. I.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. II. EL FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL. II.1. CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL. II.2. LA JERARQUÍA DE LAS LEYES PENALES. II.3. LEGALIDAD Y DERECHO CONSUECUDINARIO. II.4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN EL PERÚ. II.5. LAS ESCUELAS TEÓRICAS JURÍDICAS. II.5.1. EL JUSNATURALISMO RACIONALISTA. II.5.2. TEORÍA DE LA COACCIÓN PSICOLÓGICA. II.5.3. EL POSITIVISMO. II.5.4. EL GARANTISMO PENAL. II.5.5. TEORÍA POLÍTICO CRIMINAL. II.5.6. EL FUNCIONALISMO. II.5.7. LA TEORÍA DISCURSIVA DEL DERECHO. III. EL CONTEXTO SOCIO JURÍDICO Y LA INCIDENCIA DE LOS DELITOS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA. III.1. EL CONTEXTO SOCIO JURÍDICO. III.2. LOS DELITOS CON MAYOR INCIDENCIA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA. III.3. LAS MATERIAS MÁS CONTROVERTIDAS DEL DERECHO PENAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA. IV. LAS NORMAS JURÍDICAS PENALES APLICADAS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA. IV.1. IDENTIFICACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA PENAL APLICADA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA. IV.2. LA FORMA DE CREACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA PENAL. IV.2.1. DECRETOS LEYES. IV.2.2. DECRETOS LEGISLATIVOS. IV.2.3. LEYES. IV.2.4. DECRETO SUPREMO. IV.2.5. LEYES ORGÁNICAS. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFIA. VI.1. LIBROS. VII. ANEXO. REGISTRO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2003-2007 TOMADAS COMO MUESTRA.

INTRODUCCION

El estudio y análisis de la norma penal tiene que trascender el ámbito estrictamente jurídico. El punto de partida para su estudio teórico, filosófico y científico no debe ser la norma penal ya elaborada y promulgada como actualmente sucede en nuestro país, sino que el punto de partida debe ser el origen de la norma penal, la forma cómo se crea, cómo se produce esta norma penal que tipifica los delitos y penas, y que regula el proceso penal y la ejecución de la pena.

El objetivo del presente ensayo es indagar sobre esta problemática, la forma cómo se crea la norma jurídico penal que es aplicada en los Juzgados penales del Distrito Judicial de Lima, para lo cual se recurre al principio de legalidad penal para su fundamentación teórica. Este principio, que como concepción jurídica y política tuvo su inicio en la Ilustración, actualmente ha decaído como fuerza que limita la facultad punitiva del Estado, sobre todo en cuanto se refiere a la fundamentación democrática o garantía política por medio de la cual se exige que la norma jurídica penal sea producida, solamente, por el Poder Legislativo; sin embargo, las normas jurídicas penales, en su mayoría, son creadas por el Poder Ejecutivo por lo que no se puede caracterizar nuestra sociedad como un Estado legal.

Metodológicamente se recurre a la observación estructurada de 332 Sentencias de procesos constitucionales de Hábeas Corpus y de Inconstitucionalidad publicadas por el Tribunal Constitucional para el Distrito Judicial de Lima. Esta metodología nos permite caracterizar la

incidencia del delito, las materias del derecho penal más controvertidas, y la forma como se crea la norma jurídica penal en el Distrito Judicial de Lima.

En este contexto se presenta este ensayo titulado “El fundamento democrático del principio de legalidad penal en la creación de la norma penal y su aplicación en el Distrito Judicial de Lima” dividido en cuatro capítulos, el que ponemos a su consideración. El contenido es el siguiente: en el primer capítulo se desarrolla el área problemática que comprende el planteamiento del problema; en el segundo capítulo se realiza un análisis doctrinario conceptual del principio de legalidad penal como sustento del Estado Legal o Estado de derecho, revisando las principales Escuelas Técnico Jurídicas. En el tercer capítulo se presenta una breve exposición del marco metodológico de la investigación, y se detallan los resultados del procesamiento de datos, mientras que en el último capítulo se aborda la forma de creación de las normas jurídico penales, presentándose los resultados de los datos recabados y el análisis de los mismos. Se complementa el presente ensayo con Conclusiones, Recomendaciones, Bibliografía y Anexos.

I. MARCO METODOLÓGICO

I.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El principio de legalidad penal, que como concepción jurídica y política tuvo su inicio en la Ilustración, ha decaído como fuerza que limita la facultad punitiva del Estado, sobre todo en cuanto se refiere a la fundamentación democrática o garantía política de este principio que exige que la norma jurídica penal sea producida, solamente, por el Poder Legislativo y mediante una norma escrita, descartándose que otros poderes del Estado y que la costumbre sean fuente de la norma penal.

Seramente cuestionado por distintas corrientes filosóficas y jurídicas esencialmente por el Neoconstitucionalismo, se va perfilando en el Perú, rápidamente, el paso de un Estado Legal a uno de tipo Constitucional, donde los principios constitucionales tendrían más preponderancia sobre las normas legales que emite el Poder Legislativo; sin embargo, en nuestro país nunca se ha consolidado un Estado Legal, no se ha perfilado una tradición o una institucionalización del Estado Legal, y el presente ensayo indaga sobre esta problemática en el Distrito Judicial de Lima.

El Estado Legal o Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad penal. Este principio, conocido con el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁶³, es definido por el jurista español Francisco Muñoz Conde de la siguiente manera: “*El contenido esencial del principio de legalidad en materia penal radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley*”⁶⁴. Esta definición impone límites que se derivan, además, de las exigencias de ley previa (*lex praevia*) por la cual se prohíbe la retroactividad;

⁶³ FEUERBACH, Paul Anselmo Ritter von. (1989). *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi S. R. L. En esta obra fue proclamado por primera vez este aforismo que identifica al principio de legalidad penal.

⁶⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. (2002). *Derecho penal – parte general*. Quinta edición. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 97.

la ley estricta (*lex stricta*) que prohíbe la analogía; la ley escrita (*lex scripta*) que prohíbe la costumbre, y la ley cierta (*lex certa*) que prohíbe las normas penales indeterminadas.

Importa para fines de este ensayo el límite que se impone con la exigencia de la ley escrita (*lex scripta*), por medio del cual solo puede crearse la ley penal mediante una ley escrita emanada del Poder Legislativo en representación del pueblo, y que legisla conforme al derecho natural. Estas características forman parte constitutiva de la génesis del principio de legalidad penal según planteaba César Beccaria, quien señalaba: “Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social”⁶⁵; al respecto, el filósofo y jurista español Luis Prieto Sanchís dice que la legalidad penal:

“... no significa sólo que la tipificación legal representa una condición indispensable para que el Juez pueda castigar, sino que implica una exigencia que pesa sobre el propio legislador a fin de que las prescripciones penales sean claras, precisas y dotadas de una denotación empírica taxativa. Esto es, en sentido amplio la legalidad. Constituye un límite que se alza frente a cualquier otro poder o fuente de creación jurídica mientras que en sentido estricto, es un límite al propio legislador, que ya no puede castigar de cualquier manera, sino sólo a través de un género de normas dotadas de unas cualidades formales que son garantía de la libertad y de la seguridad”⁶⁶.

También en este mismo sentido, el jurista español Santiago Mir Puig señala que este principio -en su sentido actual- se derivó de la teoría ilustrada del contrato social que presuponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley penal fuese de competencia exclusiva de los representantes del pueblo por medio del Poder Legislativo. Sólo de él puede emanar la ley que constituye la expresión de la voluntad popular. Dice este autor que el principio de legalidad penal

“... no es sólo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo”⁶⁷.

Esta garantía política es a lo que denominamos el fundamento democrático de la norma jurídica penal vinculado al Estado Legal.

El problema se identifica en el hecho de que en el Distrito Judicial de Lima, durante el periodo de estudio 2003 al 2007, se tiene que la mayoría de normas jurídico penales que son aplicadas en los Juzgados Penales, Salas Penales y el Tribunal Constitucional no son expedidas por el Poder Legislativo como manda el principio de legalidad penal sino que son expedidas, en su mayoría, por

⁶⁵ BECCARIA, César. (1994). *De los Delitos y de las Penas*. Santa Fe de Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, p. 12.

⁶⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. (2007). *La Filosofía Penal de la Ilustración*. Lima, Palestra Editores, p. 58-59.

⁶⁷ MIR PUIG, Santiago. “El principio de Legalidad Penal como exigencia del Estado de Derecho”. En: (2002). *Derecho Penal*. Barcelona, Editorial REPERTOR, p. 111.

el Poder Ejecutivo que, conforme al sistema político de división de poderes no tiene esta facultad de emitir normas penales.

Sin embargo, el Poder Ejecutivo es fuente de creación de la mayoría de normas penales del país, las que elabora mediante Decretos Supremos como la Ley Orgánica del Poder Judicial; Decretos Leyes como la Legislación Antiterrorista (Decretos Leyes N°25475, N°25659, N°25708 y N°25880), y mayoritariamente vía los Decretos Legislativos, procedimiento frecuentemente utilizado para que el Ejecutivo, mediante la delegación de facultades, emita normas de carácter penal como el Código Penal -el texto sustantivo penal más importante del Perú donde están contenidas casi todas las normas que tipifican conductas ilícitas junto con sus respectivas penas- y que fue creado mediante el Decreto Legislativo N° 635. De la misma forma se creó el Código Procesal Penal de 1991 -en sus artículos vigentes, especialmente para las medidas cautelares- que ha sido expedido mediante el Decreto Legislativo N°638; el Código de Ejecución Penal, creado mediante Decreto Legislativo N°654, entre otros. Esta situación no reproduce un Estado Legal y menos un Estado Constitucional sino todo lo contrario: abre las posibilidades de un Estado excesivamente represivo, un “Estado Leviatán”.

A la par que se dan este tipo de normas también existe un conjunto de leyes penales emanadas del Poder Legislativo y elaboradas en base a realidades socio-políticas coyunturales, que tienen como objetivo principal modificar las normas penales contenidas en los códigos antes referidos o crear normas penales al margen de una política criminal sostenida e institucionalizada. Estas normas no son producto de un estudio científico conectado con la realidad y relacionado con el ciudadano, pese a que el legislador peruano representa a las múltiples realidades existentes en los distintos departamentos del Perú que son desiguales en su desarrollo socio-económico y distintos culturalmente, aprobando leyes generales y por mayoría simple.

En el Perú, un país con poca tradición legalista y democrática, hay que insistir en la lucha porque la legalidad se internalice en la población y, sobretodo, en los sectores políticos y en los operadores de justicia para reafirmar un Estado de Derecho sólido, que sea el sustento para el desarrollo del país. Pero esta legalidad debe tener una base democrática; es decir, la ley tiene que ser resultado de la participación de la población ya que todos los ciudadanos deberían involucrarse en la creación de normas penales.

Así tenemos que el presente ensayo responde a las siguientes interrogantes: ¿qué tipo de norma jurídica penal se aplica en los Juzgados Penales del Distrito Judicial de Lima?, ¿cómo se crea la norma jurídico penal que es aplicada en los Juzgados Penales del Distrito Judicial de Lima?, ¿de qué manera la norma jurídica penal que se aplica en los Juzgados Penales del Distrito Judicial de Lima es creada respetando los límites del fundamento democrático del principio de legalidad penal?

II. EL FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

II.1. CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

El Estado Legal o Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad penal. Uno de

los conceptos más subyugantes sobre este principio es el que encontramos en el jurista alemán Klaus Roxin quien, para definir este principio, parte de una concepción jurídica-política señalando que

“... un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal, Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviatán”⁶⁸.

Estos límites están señalados por el principio de legalidad penal que es un instrumento de vital importancia porque protege al individuo de las sanciones públicas y sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley.

Roxin define el principio de legalidad penal separándolo en sus dos componentes clásico que hoy se extienden al proceso penal y a la ejecución de la pena. El primero referido a que “no hay crimen o delito sin ley” (*nullum crimen sine lege*) y el segundo referido a que “no hay pena sin ley” (*nulla poena sine lege*). En el primer caso resalta su significado en el hecho de que por más que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico-penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley. Es así que un hecho sólo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho. Es por ello, recuerda Roxin, que Franz V. Liszt denominó al Código Penal como la ley que prescribe los delitos, como “la Carta magna del delincuente”, lo que significa que así como en su momento la “*Magna Charta Libertatum*” británica (1215) protegía al individuo de intromisiones arbitrarias del poder estatal, el Código Penal pone a cubierto de todo castigo al ciudadano (tanto al honrado como al no honrado) por una conducta que no haya sido claramente declarada punible antes del hecho.

En el segundo componente, “no hay pena sin ley”, resalta el hecho de que no basta con que una determinada conducta sea ya punible sino que también es necesario fijar legalmente la clase de pena y su posible cuantía antes del hecho⁶⁹. La clase de pena también está referida a las medidas de seguridad, de tal forma que quedan claramente establecidos los límites a la facultad punitiva del Estado, afirmándose así la existencia de una seguridad jurídica para el ciudadano.

Al igual que el jurista Mir Puig, este autor señala que el principio de legalidad penal se fundamenta jurídica y políticamente en la democracia basada en la división de poderes, dado que la aplicación de la pena constituye una injerencia tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos solo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular de un poder del Estado, que es el Parlamento como representación electa del pueblo. Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera al Juez de la creación del derecho y se le reduce a la función de aplicar el derecho; mientras que al Ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición y, de este modo, se le

⁶⁸ ROXIN, Claus. (1997). *Derecho penal*. Madrid, Editorial Civitas, p. 137.

⁶⁹ ROXIN, Claus. (1997). *Op. Cit.* pp. 138 y 139.

impide cualquier abuso de poder del mismo en este campo⁷⁰. Este fundamento de carácter jurídico-político aparece en todos los conceptos del principio de legalidad que realizan diversos autores, siendo el jurista español Santiago Mir Puig quien lo enfatiza, diferenciando dos ámbitos del principio de legalidad: el de **garantía de seguridad jurídica**, por el cual la población tiene la posibilidad de conocer previamente los delitos y las penas, sino que además se constituye en una **garantía política** de que el ciudadano no podrá verse sometido, por parte del Estado ni de los jueces, a penas que no admita el pueblo representado por el Parlamento.

El principio de legalidad penal supone cuatro exigencias tanto para el legislador como para el juzgador, que están plasmadas en forma de prohibiciones y que son las siguientes:

- La prohibición de retroactividad, conocida con el aforismo latino de *lex praevia*; es decir, ley previa, por la que el delito y la pena que regirán para efectos de la tipificación y sanción penal es la vigente al momento de ocurrir el hecho delictuoso. No está prohibida, en cambio, la retroactividad de las leyes más favorables.
- La prohibición de analogía conocida con el aforismo latino *lex stricta*; es decir, ley estricta, que admite en forma unánime que una consecuencia fundamental del principio de legalidad es la prohibición de la analogía.
- La prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena conocido con el aforismo latino *lex scripta*, que quiere decir ley escrita, por medio de cual se establece la reserva de la ley penal; es decir, la ley formal es la única fuente del Derecho Penal.
- La prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas llamada *lex certa*, que significa ley cierta, es decir la ley debe determinarse de forma suficientemente diferenciada de las distintas conductas punibles y de las penas que puedan acarrear.

En la exigencia de ley escrita se ha constituido la garantía política o el fundamento democrático de la ley penal, ya que al establecer la reserva de la ley penal -es decir que la ley formal es la única fuente del Derecho Penal-, queda excluida la posibilidad de que se puedan instituir delitos y penas mediante la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia y otro tipo de fuentes. Tampoco basta cualquier norma escrita sino que es preciso que tenga rango de ley y que emane del Poder Legislativo que emite leyes penales en representación del pueblo; por lo tanto, por esta exigencia, quedan excluidas como fuente de delitos y penas las normas emanadas por el Poder Ejecutivo como Decretos Supremos, Decretos Leyes, Reglamentos y otro tipo de leyes emitidas por este poder del Estado que son aplicadas comúnmente en los Juzgados del Distrito Judicial de Lima.

II.2. LA JERARQUÍA DE LAS LEYES PENALES

Vinculado a la cuestión de la ley como única fuente del Derecho Penal, se encuentra el problema de la jerarquía normativa que se requiere para las leyes penales. En el ordenamiento jurídico peruano se tiene la siguiente jerarquía:

- La Constitución. Es la ley de leyes, se constituye como un conjunto de normas, principios y mandatos de obligatorio cumplimiento que están en primer orden de jerarquía dentro del orden jurídico. Cumplen con el principio de legalidad.

⁷⁰ Ibid. p. 145.

- Los Tratados Internacionales. También tienen esta jerarquía si cumplen con el principio de legalidad. Son acuerdos del Perú con otros Estados u organismos internacionales. Los tratados forman parte del derecho nacional conforme lo establece el Artículo 55 de la Constitución.
- Leyes Orgánicas. Señala el Artículo 106 de la Constitución que mediante leyes orgánicas se regula la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la carta magna, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución. Estos artículos son: el derecho de ser elegido y de elegir libremente a sus representantes establecido en el Artículo 31; el ejercicio de las garantías constitucionales preceptuado en el Artículo 200; las condiciones de utilización y otorgamiento a particulares de los recursos naturales (Artículo 66); los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial (Artículo 143); el Consejo Nacional de la Magistratura (Artículo 150); la estructura de la Defensoría del Pueblo (Artículo 161); la Contraloría General de la República (Artículo 82); el Banco Central de Reserva (Artículo 84); y el régimen municipal (Artículo 198). Dice, además, que los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley pero que, para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso; es decir, lo que se conoce como la aprobación calificada de inicio identifica y diferencia una ley orgánica de una ley, entendiéndose que son del mismo nivel y jerarquía, sin embargo, el hecho de que para su aprobación se requiera de una mayoría calificada le sitúa -en mi opinión- en un nivel jerárquicamente superior a la ley.
- Leyes. Obviamente cumplen el principio de legalidad al emanar del Poder Legislativo. La Constitución Política del Perú señala que corresponde al Congreso la producción de normas con rango de ley conforme lo señala el Artículo 102 de la Constitución.
- Decretos Legislativos. Consiste en que el Poder Legislativo puede autorizar al Ejecutivo la producción de normas con rango de ley, mediante decretos legislativos, sobre una materia específica y en un plazo determinado conforme se establece en el Artículo 104 de la Constitución que señala lo siguiente:

“El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecido en la ley autoritativa. No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. El presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo”.

Estos decretos legislativos si bien tienen rango constitucional no cumplen con el principio de legalidad penal.

- Decretos de Urgencia. Son normas que tienen rango de ley pero que se dictan de manera extraordinaria por el Poder Ejecutivo en materia económica y financiera. No cumplen con el principio de legalidad.
- Decretos Leyes. Son las normas con rango de ley aprobadas por los gobiernos *de facto*. No obstante el origen inconstitucional de estas normas, la mayoría de los teóricos se inclinan por darles continuidad en cuanto a su vigencia para que tengan validez y rijan mientras no sean derogadas o modificadas por otra ley. Evidentemente estas normas no cumplen con el principio de legalidad penal.

- Decretos Supremos. Es la norma de mayor jerarquía que dicta el Poder Ejecutivo. No cumple con el principio de legalidad penal y lleva la firma del Presidente de la República y de uno o más ministros.
- Reglamentos. No cumplen las exigencias del principio de legalidad, toda vez que no tienen la jerarquía de una ley y en muchos casos son formuladas por el Poder Ejecutivo.
- Resolución Suprema y Resolución Ministerial. No cumplen con el principio de legalidad penal ya que son emitidos por el Poder Ejecutivo, el Presidente de la República y sus ministros.
- Ordenanzas, Edictos, Decretos. Son normas emitidas por los gobiernos locales y no cumplen con lo establecido por el principio de legalidad en su exigencia de ley escrita.

Dentro de esta gama de normas que tiene el sistema legal peruano es evidente que la Constitución, los Tratados Internacionales, las Leyes Orgánicas y las leyes cumplen con el principio de legalidad penal y son constitutivas del Estado Legal; los demás tipos de normas no cumplen este principio pero es la ley, el tipo de norma emanado por el Parlamento, la forma apropiada de crear la norma jurídica penal conforme al principio de legalidad penal, siendo hasta la actualidad la única fuente del Derecho Penal; sin embargo, un tipo de ley que es la Ley Orgánica tiene mayor jerarquía, ofrece mayor seguridad jurídica y se asienta mejor con el fundamento democrático de la norma penal. Esta constatación es analizada en la realidad española por el jurista español Enrique Bacigalupo, quien señala que en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español N°140/86 quedó decidido que las leyes penales que "impongan penas privativas de la libertad deben tener el carácter de leyes orgánicas" (Artículo 81.1 de la Constitución Española), pues esta materia constituye un desarrollo de derechos fundamentales, concretamente del derecho a la libertad⁷¹. No es lo mismo que una norma jurídica penal tenga el carácter de ley o el carácter de ley orgánica; esto último supone un mayor consenso del Parlamento y no una mayoría simple, brindando mayor seguridad jurídica, lo que evitaría la facilidad con la que los legisladores peruanos crean y derogan leyes penales sin la orientación de una política criminal.

Según este autor, otra de las características que debe tener la norma jurídica penal y que tiene consonancia con la seguridad jurídica y el carácter democrático es que la norma penal tenga un carácter indelegable; es decir, que la ley penal no se produzca vía delegación de facultades de la misma manera como se hace en la realidad española donde, conforme a lo establecido en el Artículo 82.1 de la Constitución española, se determina la indelegabilidad de la potestad legislativa sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas⁷². Este último mandato constitucional español sobre la indelegabilidad de la potestad legislativa no existe en la Constitución Política del Perú; normalmente y vulnerando el principio de legalidad, se delega al Poder Ejecutivo facultades legislativas en materia penal que, como se ha visto, resguardan derechos fundamentales y libertades públicas en la medida que imponen penas privativas de libertad.

II.3. LEGALIDAD Y DERECHO CONSUETUDINARIO

Sobre la exigencia del principio de legalidad penal de considerar a la ley como única fuente del Derecho Penal (*lex scripta*), se ha desarrollado extensamente un debate sobre la posibilidad de **eliminar en su totalidad la prohibición de fundamentar la punibilidad en el derecho**

⁷¹ BACIGALUPO, Enrique. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Lima, ARA Editores, p. 127 y ss.

⁷² Ibid.

consuetudinario. El tratadista español de Derecho Penal Enrique Bacigalupo, analiza esta exigencia refiriéndose al caso concreto de su país que tiene similitud con la realidad peruana, señalando que las ambigüedades de los Artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución española son parecidos a lo escrito en el Artículo 149 de la Constitución Política del Perú que dice:

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

Al respecto, Bacigalupo señala que:

“Las ambigüedades que podrían surgir del texto de las disposiciones citadas se despejan en el Artículo 53.1 de la Constitución española que establece que los derechos y libertades que consagra el capítulo segundo del título I (derechos fundamentales) sólo podrán regularse por ley, y en el Artículo 82.1 de la misma Constitución que determina la indelegabilidad de la potestad legislativa sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas”⁷³.

II.4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN EL PERÚ

En el Perú, el Estado Legal y el principio de legalidad penal que lo caracteriza no tiene la tradición jurídica ni está institucionalizado como sucede en otros países de América Latina. Recién se incorpora a nivel constitucional en el siglo XX con la Constitución de 1920 que en el Artículo 26 señala: “Nadie puede ser condenado sino conforme a las leyes preexistentes, al hecho imputable y por los jueces que las leyes establezcan”. Esta actitud tardía se debe a que, como señala Marcial Rubio, “los constituyentes del siglo XIX prefirieron no constreñir las posibilidades represivas del Estado con normas expresas de rango constitucional”⁷⁴.

Actualmente, como ocurre en la mayoría de las constituciones modernas de muchos países, este principio es consagrado en la Constitución Política del Perú en el Artículo 2, inciso 24, d) dentro de los derechos fundamentales de la persona con el siguiente texto: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

El Código Penal de 1991, en el Artículo II del Título Preliminar, establece sobre el principio de legalidad que “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren

⁷³ BACIGALUPO, Enrique. (2004). Op.Cit., p. 127.

⁷⁴ RUBIO C., Marcial. (2003). *La Constitucionalización de los derechos en el Perú del Siglo XIX*. Lima, PUCP Fondo Editorial, p. 41

establecidas en ella". Es decir, prohíbe la analogía, reconoce la garantía jurisdiccional al establecer que sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y la garantía de ejecución por la que no puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley.

En cuanto al principio de legalidad penal el Tribunal Constitucional, en la sentencia del Expediente N°2758-2004-HC/TC del 23 de noviembre de 2004 señala que:

"... se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica".

Se reconoce así el carácter de derecho fundamental del principio de legalidad y la actuación del Poder Legislativo en determinar las conductas prohibidas.

II.5. LAS ESCUELAS TEÓRICAS JURÍDICAS

Revisando las principales escuelas y/o corrientes teóricas del Derecho Penal en su desarrollo histórico, el Jusnaturalismo y la Teoría Discursiva son los que le dan un desarrollo teórico al fundamento democrático del principio de legalidad y ven como necesaria que la creación de normas jurídicas penales se legitime desde su conexión con la realidad con el pueblo; en cambio, para las escuelas teóricas como la Coacción Psicológica, el Positivismo y el Funcionalismo, si bien es cierto aceptan este fundamento, para su concepción tiene mayor valor el sentido lógico formal de la norma; para el Garantismo y la Escuela Político Criminal la creación de las normas tiene origen democrático pero sólo son válidas si se emiten dentro de los principios fundamentales reconocidos por la Constitución. Todas las teorías se adhieren a la creación democrática de las normas pero solo las primeras lo desarrollan, como expondremos a continuación:

II.5.1. El Jusnaturalismo Racionalista

César Beccaria resume el pensamiento jurídico de esta escuela y señala que *"Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social"*⁷⁵. Los conceptos de la razón, el derecho natural y el contrato social forman parte constitutiva de la norma jurídica penal; para ellos, la única fuente de la norma penal es la ley escrita por medio de la cual se pueden decretar las penas correspondientes a los delitos, y esa autoridad no puede residir sino en el legislador que representa a toda la sociedad unida por un contrato social; así, la vinculación de la creación de la norma jurídica penal con la realidad se logra por esta representación.

⁷⁵ BECCARIA, César. (1994). Op. Cit. p. 12.

La concepción del Estado en la teoría ilustrada del contrato social presupone una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley penal es de competencia exclusiva de los representantes del pueblo; es decir, el Parlamento. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto - contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye la expresión de la voluntad popular que tiene a la vez criterios democráticos y democratizadores de participación ciudadana, de corte proteccionista para el individuo.

Esta Concepción de Beccaria parte de la posición sostenida por Juan Jacobo Rousseau en el "El contrato social", obra publicada en 1762, donde manifiesta que los hombres deben establecer un nuevo Contrato Social que los acerque a su estado natural. Este contrato no es un pacto o convenio entre individuos (Hobbes). El nuevo contrato social es un **pacto de la comunidad** con el individuo y del individuo con la comunidad, desde el que se genera una "voluntad general" que es distinta a la suma de las voluntades individuales y que se constituye en fundamento de todo poder político. La soberanía ha de emanar de la voluntad general mediante la celebración de una sociedad o comunidad, cuyas competencias normativas no se ceden sino que se distribuyen entre todos los afectados. El pacto social determina el estatus jurídico de los agentes y los límites y condiciones de las decisiones normativas que se generan, no a través del poder absoluto del soberano o del Estado Leviatán, sino **mediante el poder delegado desde la soberanía popular, desde la voluntad popular.**

Esta teoría es distinta a la de Tomas Hobbes, quien sostiene que la sociedad mediante el contrato o pacto social tiene un fin determinado que es la protección del individuo **y su interés particular**. Los individuos deciden dejar de lado, o más bien ceder ámbitos de su libertad natural, a cambio de la protección de su integridad asegurada por el soberano. Las partes contratantes instituyen al soberano quien, mediante el derecho, configura el orden social. El establecimiento del poder a través del pacto social no tiene, en Hobbes, un correlato en el establecimiento de competencias normativas a favor de los súbditos. Ellos no acceden a la **producción o creación de normas** sino que determinan, de una sola vez en el estado de la naturaleza, quién es el favorecido de dicha competencia. Luego de la cesión de la libertad por parte de los contratantes, el soberano es quien ordena la sociedad mediante el derecho y al individuo sólo le corresponde el cumplimiento de las normas jurídicas.

II.5.2. Teoría de la Coacción Psicológica

La teoría de la Coacción Psicológica tiene una naturaleza puramente penal (teoría preventiva de la pena). La idea de que ésta tenga un origen más allá de la norma no es de interés y aquí comienza a madurarse la dogmática jurídica. También comienza a alejarse de la realidad el fundamento jurídico-político desarrollado por la escuela del Jusnaturalismo racionalista que se pierde: ya no es de interés determinar la legitimación del poder punitivo del Estado a través de la participación ciudadana y el fundamento democrático del principio de legalidad penal solo es mencionado. La prioridad es elaborar un *corpus juris* para lograr la intimidación psicológica a los ciudadanos, método por el cual se busca evitar cometer

delitos. El jurista alemán Paúl Johann Anselm Ritter von Feuerbach desarrolló un claro y preciso articulado de delitos y penas contenidos en el primer Código Penal del mundo, que es el Código Bávaro del 26 de mayo de 1813, dando inicio a la ciencia penal liberal del siglo XIX conocida como la dogmática jurídica, donde la solución de la tensión entre derecho natural y derecho positivo se termina en el sentido de preeminencia del segundo.

Los conceptos básicos de esta teoría son los siguientes:

- Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*).
- La imposición está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*).
- El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*).

De esta manera queda perennizado el aforismo latino completo del principio de legalidad penal: *Nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine, y nullum crimen sine poena legal*⁷⁶.

II.5.3. El Positivismo

De Feuerbach hasta 1840, aproximadamente, hay un predominio del derecho positivo aunque moderado por la ayuda del derecho natural; posteriormente se consolidó el positivismo con la teoría dogmática jurídico penal alemana, denominada también ciencia del derecho positivo, que pasó a convertirse en normativismo (Binding, Meriel, Beling); también se desarrollo otra matiz, el positivismo naturalístico, que apareció con el estudio empírico del delito y la pena (von Liszt). Ambos se adherían al liberalismo clásico en cuanto a la creación de las normas jurídicas penales; es decir, al principio de legalidad penal en su fundamento democrático y a la división de poderes, por lo que solamente el Parlamento podía crear normas jurídico penales pero no avanzaron en desarrollar más allá de lo que había logrado el Jusnaturalismo con el contrato social.

La preocupación de ambos, sobre todo del positivismo normativista, era crear la ley lógica y desechar, formalmente, los juicios de valor en esta tarea dogmática. En un mimetismo fiel de los métodos propios de las ciencias de la naturaleza, el positivismo jurídico se convierte en un normativismo formalista. Busca solo la ligazón lógico-formal entre los conceptos jurídico-positivos sobre cuya base, por inducción, quiere llegar al “sistema” conceptual, a la “construcción jurídica”, conseguido lo cual será posible “clasificar” los nuevos conceptos en el seno de las categorías abstractas que integran el sistema. Sin embargo, no obstante buscar neutralidad, el método analítico formalista aseguraba la vinculación del Juez a la ley y su estrecha vinculación al liberalismo clásico, por lo que la creación de la ley estaba en manos del Parlamento. Este positivismo tiene su máximo exponente en la obra la “Teoría pura del derecho” formulada por Hans Kelsen⁷⁷, de donde se puede colegir la importancia de la legalidad en la estructura jerárquica que ha construido a nivel de normas jurídicas, en la aplicación del derecho por parte de los jueces. Una Ciencia del Derecho, señalaba esta escuela técnico jurídica, debe considerar todo derecho positivo como válido dentro de un orden jurídico positivo en relación con su estructura jerárquica, ascendiendo del nivel

⁷⁶ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. (1989). Op. Cit. pp. 57 – 63.

⁷⁷ KELSEN, Hans. (1982). *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires, EUDEBA.

individual de una resolución judicial o de un acto administrativo hasta llegar a la Constitución.

II.5.4. El Garantismo Penal

Es la teoría que critica severamente la concepción de que la ley emane del Parlamento o el Poder Legislativo, señalando que el legislador onnipotente impone leyes que son vigentes pero no válidas. Para esta teoría la validez de la ley no se encuentra necesariamente en el pueblo representado en el Parlamento; es decir, en el fundamento democrático de la Ley Penal, sino que la validez de la Ley Penal se da cuando se cumplen formalidades y también imperativos de orden sustancial como la tutela y efectividad de los derechos fundamentales.

El principio de estricta legalidad es una garantía, una meta-norma que condiciona la validez de las normas penales a la denotación taxativa de las figuras de delito que ellas definen. Los delitos deben estar predeterminados por la ley de manera taxativa, sin reenvío (aunque sea legal) a parámetros extra-legales, a fin de que sean determinados por el juez mediante aserciones refutables y no mediante juicios de valor autónomos. La ley penal está obligada a vincular a sí misma no sólo las formas sino también a través de la verdad jurídica exigida a las motivaciones judiciales. Se tiene que realizar una interpretación restrictiva de la ley penal y no extensiva, reducir la brecha entre el “deber ser” y el “ser”, agregándose al aforismo clásico del principio de legalidad la propiedad de validez de la siguiente forma: “*Nulla poena, nullum crimen sine lege valida*”⁷⁸. Esta teoría reclama la validez, vigencia y eficacia de la norma penal. Una norma es vigente pero no es válida o está vigente aunque sea inválida cuando su contenido contradice principios constitucionales.

Una norma penal está vigente pero no es efectiva; por ejemplo, está vigente aunque sea inefectiva, como los reglamentos que contradicen la ley. No es efectiva si es vigente y válida la cláusula constitucional del principio de inocencia, la igualdad ante la ley, la abolición de todo tipo de discriminación, o si subsisten normas que la contradicen. Una ley penal está vigente cuando su texto legislativo no está anulado y puede no ser aplicada cuando el juez la considere inválida por contradecir el contenido de la Constitución.

II.5.5. Teoría Político Criminal

Esta teoría parte de la constatación de que el principio de legalidad penal se concibe dentro de una determinada concepción político criminal general que orienta, legitima y limita su ejecución. Los alcances de esta concepción llegan al Estado Social y Democrático de Derecho: aquí interesa mucho la garantía política de que la ley penal debe emanar del pueblo representado en el Parlamento, pero se enfatiza más en el hecho de que, en el desarrollo socio histórico de las sociedades, la facultad punitiva del Estado se ve influenciada por los modelos de Estado que se fueron configurando en este proceso histórico y social, de tal manera que el Estado de Derecho corresponde a un modelo de sociedad liberal; el Estado Social, a un modelo de Estado intervencionista, y el Estado Democrático, a un modelo participativo y de igualdad. Para cada tipo de Estado corresponden principios que limitan la facultad punitiva del Estado:

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. (1997). *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*. Segunda Edición. Madrid, Editorial Trotta, p. 703.

- Límites del Estado de Derecho o el Estado Legal. Relacionado con este tipo de Estado está el principio de legalidad penal que es solamente uno de los tantos principios limitantes de la facultad punitiva del Estado. Aquí el fundamento democrático del principio de legalidad tiene directa referencia al contrato social, la democracia y la división de poderes.
- Límites del Estado Social. Operan otros principios como el principio de intervención mínima; el principio de subsidiariedad de última *ratio*; el carácter fragmentario al sancionar las conductas lesivas más peligrosas, y principio de protección de los bienes jurídicos. La utilidad de la intervención penal es que protege a la sociedad.
- Límites del Estado Democrático. Busca el servicio del ciudadano y opera el principio de protección de la dignidad de la persona humana; principio de humanidad de las penas; principio de culpabilidad (derecho penal del hecho); principio de proporcionalidad (pena proporcionada); principio de resocialización; principio de la racionalidad democrática: ley consenso, y principio del reconocimiento de la pluralidad cultural.

II.5.6. El Funcionalismo

Es una de las escuelas de gran influencia en el derecho penal de hoy. Su representante más conspicuo es Günther Jakobs quien denomina al principio de legalidad penal como el principio de taxatividad o de sujeción a la ley. Por este principio Jakobs señala que se garantiza la objetividad de la aplicación de los delitos y las penas sobre los ciudadanos: “El comportamiento punible y la medida de la pena no se debe determinar bajo la impresión de hechos ocurridos (...) *sino por anticipado y con validez general*, precisamente mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho”⁷⁹. Esta ley tiene que ser escrita, emanada del Parlamento; es decir, interesa el origen democrático de la ley penal para legitimar la práctica punitiva y dar una confianza generalizada en el tratamiento no subjetivo de las cuestiones penales. Hay una sujeción a la ley como garantía de objetividad.

Jakobs señala que el fundamento democrático del principio de legalidad penal desarrollada por el pensamiento de la Ilustración desde la teoría del Estado es más importante que lo desarrollado por Feuerbach desde la teoría de la pena. Jakobs dice que:

“El uso de la libertad de acción sin peligro de resultar castigado sólo es posible si se da la determinación previa de lo punible, y solo se garantiza la seguridad ante la arbitrariedad – sobre todo judicial – cuando la determinación previa tiene lugar en consonancia con lo razonable (Montesquieu) o la voluntad general (Rousseau), es decir la ley”⁸⁰.

Luego señala la necesidad de la ley escrita y la prohibición del derecho consuetudinario:

“Debido al necesario carácter escrito de la ley, queda excluido el Derecho consuetudinario en la fundamentación de la punibilidad. La razón es que el Derecho consuetudinario no lo ha creado una instancia legitimada lo más directamente posible de modo democrático. En la medida en que la

⁷⁹ JAKOBS, Günter. (1997). *Derecho Penal parte general*. Segunda Edición. Lima, Ediciones Jurídicas Marcial Pons S.A., p. 82-83.

⁸⁰ *Ibid.* p. 79.

legitimación histórica del Derecho llega a ser dudosa, el problema del Derecho consuetudinario se funde con problemas generales de la interpretación de la norma”⁸¹.

Esto se conecta con el fundamento democrático del principio de legalidad; sin embargo, no llega a desarrollar esta dimensión de cómo la norma penal crea esta instancia legitimada sino que enfatiza el hecho de que es necesario el fundamento democrático porque objetiviza y generaliza la ley penal para impedir la arbitrariedad, más que por legitimar la norma penal.

II.5.7. La Teoría Discursiva del Derecho

Con esta teoría, cuyo representante es Jürgen Habermas, se retoma la discusión del fundamento democrático de la ley penal que sostiene que la relación entre norma y realidad no debe realizarse desde la perspectiva del observador. Los ciudadanos han de reconocerse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia con los medios del derecho positivo, por lo que es necesario analizar la preponderancia del procedimiento legislativo como punto de generación de normas penales. La legitimación de una norma penal proviene no de la norma jurídica en sí misma, de la ley abstracta y general, sino de la **posibilidad de participación y consideración** de todos los posibles afectados por la norma ya que la conminación penal vincula al destinatario de la norma con la autoría de ella. Esta participación también tiene que darse en la aplicación de las normas; de esta manera propone una profundización del sustento democrático del principio de legalidad penal: ya no es solo importante la razón y la voluntad general sino la participación deliberativa de los afectados por la norma penal.

Las normas jurídicas, como normas de conducta, son válidas cuando todos los posibles interesados pueden aprobarlas mediante un discurso racional que se aplique mediante una argumentación. No puede haber derecho autónomo y Estado de Derecho sin que la idea racional de democracia sea también una realidad. La ley es producto de una democracia deliberativa, de un amplio consenso entre todos los involucrados ya que los actores mismos deben discutir sus leyes y deben estar representados en el Parlamento⁸².

Es una propuesta de conectar el derecho penal, la legalidad penal con la realidad desde el punto de vista del procedimiento participativo de los mismos actores. Es con esta teoría discursiva del derecho que el fundamento democrático de la norma penal nuevamente cobra vigencia. Habermas señala que:

“El Estado democrático de derecho se convierte en proyecto (el cual, a la vez que resultado, es también un catalizador acelerante) de una racionalización del mundo de la vida (...). Único contenido del proyecto es la institucionalización gradualmente mejorada de procedimientos de formación racional de la voluntad colectiva”⁸³.

⁸¹JAKOBS, Günter. (1997). Op.Cit., p. 89.

⁸²HABERMAS, Jürgen. (2000). *Facticidad y Validez, sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*. Madrid, Trotta, p. 68.

⁸³ *Ibíd.*, p. 615.

III. EL CONTEXTO SOCIO JURÍDICO Y LA INCIDENCIA DE LOS DELITOS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA

III.1. EL CONTEXTO SOCIO JURÍDICO

El contexto socio jurídico en el que se enmarca el presente ensayo corresponde a los años 2003 al 2007, periodo en el que se va restableciendo una nueva etapa democrática en el Perú, interrumpida desde el año 1990 al 2000 con el gobierno de Alberto Fujimori. Al final de este periodo se descubren situaciones flagrantes de corrupción en el país, que estaba saliendo de un periodo de terror impuesto por grupos subversivos terroristas. El presidente del Congreso de la República, Valentín Paniagua, fue elegido para encabezar un gobierno de transición que duró ocho meses; de esa manera se inició una etapa de recuperación de la democracia donde se efectuaron una serie de medidas muy importantes para recobrarla junto con el Estado de derecho. En abril del 2001 se celebraron nuevas elecciones y en julio del mismo año asumió la presidencia del Perú el doctor Alejandro Toledo, producto de las mencionadas elecciones. Con el restablecimiento democrático se suceden dos hechos de trascendencia jurídica: por una parte el restablecimiento de las funciones del Tribunal Constitucional y sus miembros, reincorporándose a los magistrados Delia Revoredo, Guillermo Rey Terry y Manuel Aguirre Roca, en virtud de la Resolución Legislativa N° 07-2000-CR publicada el 17 de noviembre del 2000; por otro lado, la promulgación y puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional mediante Ley N° 28237, promulgado el 28 de mayo del 2004 y publicado el 31 de mayo del mismo año.

Estos últimos hechos profundizaron un control judicial y constitucional de las resoluciones judiciales penales y las leyes penales, labor que realiza el Tribunal Constitucional a petición de los ciudadanos y la sociedad civil organizada para que el contenido de las resoluciones y las leyes estén acordes con los principios y derechos fundamentales protegidos por la Constitución. Los ciudadanos encontraron instrumentos procesales para tutelar sus derechos fundamentales, consagrados en la Constitución Política, vía los procesos constitucionales como el hábeas corpus en el ámbito penal, que se interponen ante los Juzgados Penales de Lima, aumentando significativamente la carga procesal de estos juzgados, y los procesos de inconstitucionalidad en materia penal que son presentados ante el Tribunal Constitucional.

Es del universo de estas sentencias de hábeas corpus y procesos de inconstitucionalidad del Distrito Judicial de Lima que, en forma aleatoria, seleccionamos una muestra representativa que sea fiel reflejo de la totalidad de sentencias que emite el Tribunal Constitucional en el Distrito Judicial de Lima para contrastar el problema planteado. El número de sentencias que se ha considerado por cada año representa el 50% del total del universo de ese año. Se establece esta muestra por la heterogeneidad del universo ya que son 52 Juzgados Penales en el Distrito Judicial de Lima y hay una diversidad de los delitos penales procesados, cuyo resultado se detalla en el siguiente cuadro:

TABLA N°5
NÚMERO DE SENTENCIAS POR AÑO DE EMISIÓN

AÑO	N°	%
2003	95	29.0

2004	69	21.0
2005	70	21.0
2006	43	13.0
2007	55	17.0
Total	332	100.0

Fuente: Registro de Sentencias del Tribunal Constitucional 2003 – 2007.
Elaboración Propia.

En total suman 332 sentencias las que constituyen la muestra; de todas ellas, 327 corresponden a sentencias de procesos constitucionales de hábeas corpus que se interponen ante los Juzgados Penales de Lima y que darán lugar a las sentencias emitidas en el Tribunal Constitucional vía el recurso de agravio constitucional. La distribución de los procesos de hábeas corpus por cada Juzgado Penal es seis a siete procesos por Juzgado, en promedio. Se incluyen, también, cinco sentencias sobre procesos de inconstitucionalidad de leyes emitidas en materia penal, los que se interponen directamente ante el Tribunal Constitucional. Los procesos de hábeas corpus tomados como muestra se han iniciado en 52 Juzgados Penales del Distrito Judicial de Lima desde el año 2003 al 2007.

La distribución de las demandas en los Juzgados Penales se realiza en forma aleatoria a través de una Mesa de Partes Única de donde se derivan a los 52 Juzgados Penales que resuelven en primer grado los procesos de hábeas corpus, constituyéndose los jueces penales también en constitucionales. En vía de apelación, los procesos de hábeas corpus son resueltos por las Salas Penales y finalmente son vistos por el Tribunal Constitucional mediante el recurso de agravio constitucional previsto en el Artículo 18 del Código Procesal Constitucional, que señala: *“contra la resolución de segundo grado que declara improcedente o infundada la demanda de hábeas corpus procede el recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional”*.

Los procesos de inconstitucionalidad se interponen ante el Tribunal Constitucional conforme lo establece el Artículo 98 del Código Procesal Constitucional, y sólo pueden ser presentados por el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, el 25% del número legal de congresistas, 5,000 ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, entre otros, conforme lo establece el Artículo 203 de la Constitución. Muchas leyes penales que se aplican los juzgados penales de Lima son cuestionadas por demandas de inconstitucionalidad. En la siguiente Tabla (ver tabla N°6) se detalla el número de sentencias de hábeas corpus y de inconstitucionalidad que se ha tenido en cuenta para la presente investigación:

TABLA N°6
NÚMERO DE SENTENCIAS POR TIPO DE PROCESO CONSTITUCIONAL

TIPO DE PROCESO CONSTITUCIONAL	Nº	%
Procesos de hábeas corpus	327	98.5

Procesos de inconstitucionalidad	5	1.5
Total	332	100.0

Fuente: Registro de Sentencias del Tribunal Constitucional 2003 – 2007.
Elaboración propia.

El 98.5% de sentencias corresponden a procesos de hábeas corpus que han tenido su inicio en un Juzgado Penal de Lima y que se han derivado a un proceso penal regular y a procesos de inconstitucionalidad (1.5%). La tutela del derecho penal por parte del ciudadano, desde el proceso constitucional de hábeas corpus, es una constante en los Juzgados Penales de Lima. Esto es posible no solamente para casos en los que se ha vulnerado la libertad individual, sino para casos conexos; es lo que señala el Código Procesal Constitucional en el Artículo 25 donde dispone que: “(...) *también procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio*”. Es decir que, dentro de un proceso constitucional de hábeas corpus, es posible que el juez constitucional se pronuncie en defensa de los derechos fundamentales conexos con la libertad individual. El mismo principio se aplica cuando se trata de la vulneración del derecho fundamental al debido proceso que se haya incurrido en un proceso penal regular, siempre que tenga conexión con la libertad personal, lo que es frecuente en un proceso penal donde las penas son privativas de la libertad.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado de esta manera. Como ejemplo tenemos la Sentencia N° 2840-2004-HC/TC de fecha 25 de noviembre del 2004, que establece que:

“Conforme a reiterada jurisprudencia de este Colegiado, si bien el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso, en el presente caso, habida cuenta de que se han establecido judicialmente restricciones al pleno ejercicio de la libertad locomotora, tras la imposición de la medida cautelar de detención preventiva, el Tribunal Constitucional tiene competencia, ratione materiae, para evaluar la legitimidad constitucional de los actos judiciales considerados lesivos”.

Es por este motivo que los procesos constitucionales de hábeas corpus son los mejores instrumentos para observar si en los Juzgados Penales del Distrito Judicial de Lima se aplican las normas penales, respetando el fundamento democrático del principio de legalidad. Ello nos permite conocer las decisiones judiciales de primer grado emitidas por los Juzgados Penales; de segundo grado, por las Salas Penales y, finalmente, en vía de agravio constitucional, las decisiones de máximo organismo de control constitucional que es el Tribunal Constitucional. De igual manera, los cinco procesos de inconstitucionalidad tomados como muestra son pronunciamientos de fondo que realiza el Tribunal Constitucional sobre leyes en materia penal que contravienen la Constitución⁸⁴.

⁸⁴ La Constitución Política del Perú establece en el Artículo 200, inciso 5, que el proceso de inconstitucionalidad procede contra normas que tienen rango de ley: Leyes, Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia, Tratados, Reglamentos del Congreso, Normas Regionales de carácter general y Ordenanzas Municipales que contravengan la Constitución en la

De la observación estructurada de las 332 sentencias antes detalladas y justificadas se determinará la forma cómo se crea la norma jurídico penal que es aplicada en los Juzgados Penales del Distrito Judicial de Lima, si se respeta en ella el fundamento democrático del principio de legalidad penal, para lo cual precisaremos la materia controvertida de los procesos de hábeas corpus de donde llegaremos a precisar el tipo de norma jurídica penal aplicada en los Juzgados Penales del Distrito Judicial de Lima pero antes, necesariamente, hay que establecer los tipos de delitos que se ventilan en los procesos penales de los juzgados del Distrito Judicial de Lima, de los cuales han derivado los procesos de hábeas corpus.

III.2. LOS DELITOS CON MAYOR INCIDENCIA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA

En el contexto socio jurídico de restablecimiento de una nueva etapa democrática, se han ido definiendo determinadas características de la criminalidad en el Distrito Judicial de Lima. La ciudad tiene una excesiva concentración poblacional ya que el 27% de la población peruana vive en la capital por lo que Lima es la ciudad con mayor población en el Perú. Según los datos del último censo realizado en el año 2007 y publicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)⁸⁵, la capital tiene una población de 7'605,742 habitantes, mientras que la población del Perú asciende a 28'220,764 habitantes. Mediante la variable tipo de delitos procesado en los Juzgados Penales del Distrito Judicial de Lima se tiene una aproximación a las principales características de la criminalidad en Lima, datos que se presentan en la siguiente Tabla (ver Tabla N°7):

TABLA N°7
NÚMERO DE PROCESOS PENALES POR TIPO DE DELITO GENÉRICO

TIPO DE DELITO		Nº	%
	Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud	7	2.0
	Contra la Libertad	18	6.0
	Contra el Patrimonio	64	19.0
	Contra la Seguridad Pública	64	19.0
	Contra la Tranquilidad Pública	104	31.0
	Contra la Administración Pública	49	15.0
	Contra la Fe Pública	13	4.0
	Otros	13	4.0
	Total	332	100.0

Fuente: Registro de Sentencias del Tribunal Constitucional 2003 – 2007.
Elaboración propia.

forma y en el fondo. Tiene como finalidad la defensa de la Constitución frente a las infracciones contra su jerarquía normativa, conforme lo establece el Artículo 75 del Código Procesal Constitucional.

⁸⁵ Los datos de población del último censo efectuado en el año 2007 están publicados en la página web del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Ver <http://www.inei.gob.pe>.

El número de procesos penales más frecuentes por tipo de delito genérico, según el cuadro precedente, son los cometidos contra la Tranquilidad Pública, que representan el 31%; luego siguen los delitos contra el patrimonio que representan el 19% con 64 sentencias al igual que los delitos contra la Seguridad Pública; luego se tienen los delitos cometidos contra la Administración Pública que representan el 15% con 49 casos, los delitos contra la Libertad que representan el 6%, los delitos contra la Fe Pública que constituyen el 4% con 13 casos y, finalmente, los delitos contra la Vida el Cuerpo y la Salud que representan el 2%. En el rubro Otros se tienen 13 casos que representan el 4%.

El Ministerio Público es un organismo autónomo que conduce desde su inicio la investigación de los delitos, según atribución que le asigna la Constitución Política del Perú, y publica anualmente datos estadísticos denominados Anuarios, relacionados con esta función de persecución del delito. Si comparamos el cuadro precedente con el publicado por el Ministerio Público para el mismo periodo se tendrá una caracterización cabal de la criminalidad. En el anuario que corresponde al año 2007 se establece que las Fiscalías Provinciales Penales de Lima registraron un total de 51,576 casos penales⁸⁶ sobre una población de 5'309,082 habitantes fijados para el Distrito Judicial de Lima. Según el tipo genérico de delito se tiene el siguiente resultado.

TABLA N°8
DELITOS POR TIPO GENÉRICO CON MAYOR INCIDENCIA
EN LAS FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES DE LIMA

TIPO DE DELITO GENERICO	Nº	%
Contra el Patrimonio	15,814	30
Delitos Contra la Seguridad Pública	7,680	15
Contra la Fe Pública	7,150	14
Contra la Administración Pública	6,719	13
Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud	4,964	10
Contra la Libertad	4,961	10
Contra la Familia	1,755	3
Otros	2,533	5
Total	51,576	100

Fuente: Anuario Estadístico 2007 del Ministerio Público.
Elaboración propia.

Como puede observarse los delitos con mayor incidencia en Lima, según el tipo genérico, son los cometidos Contra el Patrimonio que representa el 30% con 15,814 casos; los delitos seguidos Contra la Seguridad Pública representan el 15% con 7,680 registros; los delitos contra la Fe Pública

⁸⁶ El Anuario Estadístico 2004 del Ministerio Público está publicado en su página web:
<http://www.mpfm.gob.pe/estadistica/anuario>.

representan el 14% con 7,150 casos; luego se encuentran los delitos Contra la Administración Pública que representan el 13% con 6,719 registros; a continuación tenemos los delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud que representan el 10% con 4,964 casos registrados; los delitos Contra la Libertad que constituyen el 10% con 4,961 registros y, con menos incidencia, los delitos Contra la Familia que representan el 3% con 1,755 registros. Otros delitos representan el 5% con 2,533 casos.

Conviene comparar ambos cuadros para obtener una real caracterización de la criminalidad, encontrando similitudes y diferencias. La diferencia marcada está establecida por el delito contra la Tranquilidad Pública – Terrorismo que no aparece en el cuadro del Ministerio Público debido a que, para el año 2007, este fenómeno social había sido fuertemente erradicado. También hay una marcada diferencia en el caso de los delitos contra la Fe Pública que resultan siendo los terceros en importancia para el Ministerio Público y los sextos para el registro de sentencias (Cuadro N°7). La explicación para esta diferencia es que, normalmente, este delito no conlleva una prisión efectiva del procesado.

Exceptuando ambos tipos de delitos, se puede afirmar que existen similitudes en la frecuencia de los delitos lo que marca una clara tendencia del tipo de criminalidad existente en la ciudad de Lima por la incidencia de tres tipos de delitos:

- Delitos Contra el Patrimonio.
- Delitos Contra la Seguridad Pública.
- Delitos Contra la Administración Pública.

La incidencia de los delitos cometidos contra la Libertad; contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, contra la Familia y otros tienen menor relevancia según se puede apreciar de los datos que aparecen en los cuadros, lo que es importante tomar en cuenta a efectos de definir la estrategia para la persecución del delito.

Conviene, para la correcta comprensión de la criminalidad en el Distrito Judicial de Lima, determinar cuáles son los tipos de delitos específicos que tienen mayor incidencia en el periodo de estudio que son los que están ubicados en los tipos de delitos genéricos, teniéndose la siguiente Tabla (ver Tabla N°9):

TABLA N°9
NÚMERO DE PROCESOS PENALES POR DELITOS POR TIPO ESPECÍFICO

TIPO DE DELITO ESPECÍFICO	Nº	%
Terrorismo	90	27
Tráfico Ilícito de Drogas	62	19
Robo Agravado	36	11
Estafa y otras defraudaciones	18	5
Peculado	15	5
Asociación Ilícita para Delinquir	14	4
Violación de la Libertad Sexual	13	4

Corrupción de Funcionarios	11	3
Falsificación de documentos	11	3
Otros	62	19
Total	332	100

Fuente: Anuario Estadístico 2004 del Ministerio Público.

Elaboración propia.

El delito de Terrorismo, que es parte de los delitos Contra la Tranquilidad Pública, es el más frecuente y constituye el 27% del total de los casos observados. Luego está el delito de Tráfico Ilícito de Drogas con 62 casos que representa el 19%; el delito de Robo Agravado con 36 casos que representa el 11%; el delito de Estafa y otras Defraudaciones con 18 casos que representa el 5%; el delito de Peculado tiene 15 casos y representa el 5%, luego tenemos el delito de Asociación Ilícita para Delinquir con 14 casos que representa el 4%; el delito de Violación de la Libertad Sexual con 13 casos que representa el 4%; el delito de Corrupción de Funcionarios y el delito de Falsificación de Documentos tienen 11 casos cada uno de ellos, representando individualmente el 3% entre los delitos con mayor incidencia. Es importante observar el rubro Otros en el que hay un importante 19% del total de casos.

El periodo que abarca el presente estudio es de cinco años; durante este lapso se han producido variaciones en el tipo de criminalidad. Los datos nos pueden dar este panorama si interrelacionamos la variable tipo de delito genérico con el año de la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional. Los resultados son reveladores y nos muestran una interacción entre la situación social y jurídica en el Distrito Judicial de Lima. Veamos los resultados de estos datos en la siguiente Tabla (ver Tabla N°10):

TABLA N°10

TIPO DE DELITO PROCESADO SEGÚN AÑO DE EMISION DE LA RESOLUCION (%)

TIPO DE DELITO	AÑO DE EMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN					Total
	2003	2004	2005	2006	2007	
Contra la Vida el Cuerpo y la Salud	1.1	2.9	1.5	2.3	3.6	2.1
Violación de la Libertad Sexual	1.1	2.9	4.4	6.8	7.3	3.9
Violación de la Libertad Personal	3.2	1.4	1.5	.0	.0	1.5
Contra el Patrimonio	9.5	25.7	26.5	18.2	20.0	19.3
Tráfico Ilícito de drogas	16.8	24.3	14.7	25.0	18.2	19.3
Terrorismo	47.4	24.3	32.4	4.5	7.3	27.1
Cometido por Funcionario Público	13.7	8.6	7.4	22.7	25.5	14.5
Asociación para delinquir	1.1	5.7	7.4	2.3	5.5	4.2
Contra la Fe Pública	2.1	.0	4.4	6.8	7.3	3.6
Otros	3.2	2.9	.0	11.4	3.6	3.6
Total	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0

Fuente: Registro de Sentencias del Tribunal Constitucional 2003 – 2007.
Elaboración Propia.

Se observan tendencias muy marcadas como en el caso del delito de Terrorismo que para el año 2003 representa el 47.4% de alta incidencia y para el 2007 solamente el 7.3%, al revés de lo que ocurre con los delitos especiales cometidos por Funcionarios Público que, de una tendencia menor de 13.7% que presenta en el año 2003, sube a un notable 25.5% en el 2007: el fenómeno del terrorismo empieza a decaer y aparece la tendencia de la corrupción de funcionarios del Estado como signo distintivo de la criminalidad en el Distrito Judicial de Lima, lo que tiene relación con el proceso social, económico y político seguido en el Perú y seguramente con la normatividad jurídica penal producida y aplicada en este periodo.

La tendencia de los delitos comunes cometidos contra el Patrimonio y los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, contra la Libertad, contra la fe Pública, contra el Cuerpo la Vida y la salud, son una constante en todos los años desde el 2003 al 2007.

III.3. LAS MATERIAS MÁS CONTROVERTIDAS DEL DERECHO PENAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA.

En este contexto de criminalidad se tiene una actividad intensa del Tribunal Constitucional en materia penal. Las sentencias que emite en los procesos de hábeas corpus derivados de procesos penales ventilados en los Juzgados Penales van a ir definiendo los puntos más controvertidos del Derecho Penal peruano en el periodo de estudio; de esta manera, la legislación antiterrorista, la tipificación de los delitos, la duración de la medida cautelar de detención preventiva, el mandato de detención, la detención domiciliaria, el debido proceso, la motivación de resoluciones, la prescripción, los beneficios penitenciarios y el traslado de penal son materias controvertidas frecuentes planteadas por los procesados,

La importancia del proceso constitucional de hábeas corpus para cautelar los derechos de los procesados no tiene precedentes en el Derecho Penal peruano ya que no sólo cautelaba la libertad personal como tradicionalmente ocurría, sino que también materias referentes a la tipificación de delito y penas, sobre el debido proceso y la ejecución de la pena, como se muestra en los datos que aparecen en el siguiente cuadro, resultado de la observación estructurada de las sentencias del Tribunal Constitucional tomadas como muestra, mediante la variable: "materia del proceso constitucional".

TABLA N°11
NÚMERO DE SENTENCIAS SEGÚN MATERIA CONTROVERTIDA

Materia	Nº	%
Legislación Antiterrorista	73	22.0
Tipificación del Delito	52	16.0
Detención Preventiva	55	16.0
Mandato de Detención	26	8.0
Detención Domiciliaria	10	3.0
Debido Proceso	62	19.0

Motivación de Resoluciones	11	3.0
Prescripción	11	3.0
Beneficios Penitenciarios	16	5.0
Traslado de Penal	16	5.0
Total	332	100.0

Fuente: Registro de Sentencias del Tribunal Constitucional 2003 – 2007.

Elaboración Propia.

Los datos del cuadro precedente revelan lo dicho anteriormente, configurando las materias más relevantes para el Derecho Penal en este periodo; de esta manera, la materia controvertida más frecuente resulta siendo la aplicación de la Legislación Antiterrorista con 73 casos que representa el 22%; luego, la aplicación de normas jurídico penales referidas al Debido Proceso con 62 casos que representa el 19% del total; seguidamente materias sobre la Tipificación de los Delito y las Penas representando el 16% con 52 casos. La detención preventiva representa el 16% con 55 casos, luego el Mandato de Detención que representa el 8% con 26 casos, y la Detención Domiciliaria que constituye el 3% del total, con 10 casos. Otro tema de suma relevancia en materia penal que aparece en este periodo es el referido a la Motivación de Resoluciones penales con 11 casos que constituye el 3%. También resulta importante el tema de la Prescripción que representa el 3% con 11 casos; finalmente se observan los Beneficios Penitenciarios y la aplicación de normas sobre el Traslado de Penal: cada uno de ellos tiene 16 casos que representan el 5% individualmente.

El proceso de hábeas corpus ya no puede ser concebido como un recurso que tutela solamente la libertad personal, sino también derechos penales que están cautelados en la legislación penal y la Constitución, relacionado con los delitos y las penas, el proceso penal y la ejecución de la pena; así tenemos:

- En cuanto a la tipificación de los delitos y las penas tenemos, por ejemplo, la legislación antiterrorista que ha tipificado el delito de terrorismo como traición a la patria y a partir de ello ha delineado un proceso penal sin respeto a los derechos fundamentales. También la tipificación de formas agravadas del delito de Tráfico Ilícito de Drogas y la excesiva pena privativa de libertad; la tipificación del delito de Violación Sexual de menores de 14 años y la imposición de penas inhumanas como la cadena perpetua; también la tipificación sobre el delito de Peculado, el delito de Falsificación de documentos públicos o privados, la tipificación del delito de Asociación Ilícita, entre otros.
- En cuanto al proceso penal, se han discutido materias respecto al debido proceso garantizado en el Artículo 139.3 del la Constitución que, de alguna manera, no se han observado en el proceso judicial penal. Aquí también se encuentra la motivación de resoluciones, la prescripción, entre otros.
- La medidas cautelares son de constante discusión y reclamo por parte de los procesados. La detención preventiva, el mandato de detención y la detención domiciliaria son medidas cautelares que, sumadas, representan el 27% de los casos con 91 sentencias; constituyendo el derecho más reclamado por los procesados y que tiene más relación con la libertad individual.
- Finalmente, materias referidas al momento de la ejecución penal no están exentas de reclamo por parte de los procesados; en este caso, de los ya sentenciados que buscan acceder a un beneficio penitenciario o quieren impedir un traslado arbitrario del penal.

El Derecho Penal se ha desarrollado con mucha prolijidad en este periodo en tres instancias tanto en los Juzgados Penales, las Salas Penales y el Tribunal Constitucional vía el recurso de agravio constitucional. Hay una diversificación de las materias controvertidas del Derecho Penal a partir de los procesos constitucionales.

IV. LAS NORMAS JURÍDICAS PENALES APLICADAS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA

IV.1. IDENTIFICACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA PENAL APLICADA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA

En el contexto socio jurídico antes descrito, subyace un determinado tipo de norma jurídica penal: la norma jurídica penal en su acepción lógico-jurídica es una proposición implicativa y mandataria, destinada a regular las conductas dentro de la sociedad; sin embargo, en la medida que norma conductas sociales tiene que tener vinculación con la realidad, con la ciudadanía y sus valores. No puede hacer un derecho autónomo que se legitime por sí mismo y esta ruptura entre norma, formal y realidad es la que trae la crisis de lo que se ha denominado Estado legal.

En el ordenamiento peruano existen distintos tipos de leyes formales que están jerarquizadas: la Constitución Política del Perú es la ley suprema creada por una Asamblea Constituyente; luego sigue la Ley Orgánica que regula la estructura del Estado y requiere de una mayoría calificada para su creación, seguida por la Ley, emitida por el parlamento, y así sucesivamente como ya se ha visto en el capítulo II. En el contexto de la criminalidad y el desarrollo de las materias más controvertidas subyace un determinado tipo de norma jurídica penal. A continuación se busca escudriñar el tipo de ley penal que colorea las decisiones de los Juzgados Penales del Distrito Judicial de Lima, para lo cual se identificará el tipo de norma jurídica y el número de la Ley Penal aplicados en la solución de las materias controvertidas.

Para determinar el tipo de norma jurídica aplicada se utiliza la variable Tipo de Norma Penal teniéndose como indicadores: 01 = Decreto Ley, 02= Decreto Legislativo, 03= Ley, 04= Decreto Supremo, 05= Ley Orgánica, los resultados se muestran en la siguiente Tabla (Tabla N° 12):

TABLA N° 12
NÚMERO DE SENTENCIAS SEGÚN TIPO DE NORMA JURÍDICA APLICADA

TIPO DE NORMA JURÍDICA PENAL	N°	%
Decreto Ley	57	17.0
Decreto Legislativo	184	55.0
Ley	66	20.0
Decreto Supremo	18	6.0
Ley Orgánica	07	2.0
Total	332	100.0

Fuente: Registro de Sentencias del Tribunal Constitucional 2003 – 2007.

Elaboración propia.

De la Tabla presentada se advierte que el tipo de norma jurídica penal predominante que se aplica en los Juzgados Penales del Distrito Judicial de Lima es el Decreto Legislativo, que representa el 55%; luego la Ley que representa el 20%; el Decreto Ley que constituye el 17%, y el Decreto Supremo que representa el 5.4%. La Ley Orgánica representa el 2% de los casos.

El Decreto Legislativo, por medio del cual el Poder Ejecutivo adquiere facultades para legislar en materia penal, vía delegación de facultades legislativas del Poder Legislativo, es la forma común de crear la norma jurídica penal y no la Ley como establece el principio de legalidad penal, por lo que el Poder Legislativo no es quien produce o crea la norma penal aplicada en el Distrito Judicial de Lima sino que esta facultad se ha concentrado en el Poder Ejecutivo que es el verdadero creador de la norma jurídica penal, ya que, sumando todos los tipos de normas emitidas por el ejecutivo como son Decretos Leyes, Decretos Legislativos y Decretos Supremos, representan el 78% del total, lo que quiere decir que en casi la totalidad de sentencias tomadas, como muestra en el presente trabajo, se han fundamentado en leyes penales emitidas por el Poder Ejecutivo, lo que contraviene el contenido esencial del principio de legalidad penal en cuanto a su fundamento democrático, cuyo fin es limitar el poder punitivo del Estado para que en base a la división de poderes, las leyes penales sean emitidas por el pueblo representado en el Poder Legislativo.

Es sumamente grave para un Estado de Derecho que solamente el 20% del total de casos cumpla con esta exigencia que es una garantía política para la emisión de normas jurídicas penales, y que exista un exceso en la expedición de normas penales mediante Decretos Legislativos que si bien es un procedimiento permitido por la Constitución, éste debe ser utilizado en forma excepcional, lo contrario no favorece a institucionalizar un Estado legal.

Los Decretos Leyes, que representan el 17% de las normas jurídicas penales predominantes que se aplican en los Juzgados Penales del Distrito Judicial de Lima, son normas que utilizan los gobiernos no democráticos, es decir, los gobiernos de facto que no tienen legitimidad. Se fundamentan en el despotismo y autoritarismo de los gobernantes, por ello es preocupante la cantidad de sentencias sustentadas en este tipo de norma jurídica penal que, de por sí, vulneran el principio de legalidad penal; son normas que no deberían subsistir en un Estado de Derecho, social y democrático. En esta misma línea de análisis encontramos que el 5% de sentencias se fundamentan en Decretos Supremos que son normas emitidas exclusivamente por el presidente y sus ministros, lo que es preocupante para un Estado de Derecho. Todo este análisis configura que la conformación de un Estado Legal es solo una aspiración.

Aunado a ello resulta de suma importancia identificar el número de la Ley Penal para establecer la forma como fueron creadas las normas que tienen contenido penal. Veamos los resultados de la observación de las sentencias mediante la variable Número de la Ley Penal en la Tabla N°13.

IV.2. LA FORMA DE CREACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA PENAL

Es preciso identificación de la norma jurídica penal para llegar a conocer cómo se crea la norma penal. Mediante la variable número de la ley penal se puede precisar la norma que ha sido aplicada

en la resolución de los puntos controvertidos, para luego hacer un seguimiento de cómo se han creado éstos. Los resultados se presentan en la siguiente Tabla (ver Tabla N°13):

TABLA N°13
NÚMERO DE SENTENCIAS SEGÚN NÚMERO DE NORMA PENAL APLICADA

TIPO DE LEY	N°	%
1. D. Leg. N°638	62	19.0
2. D. Leg. N°635	60	18.0
3. Ley N°9024	28	8.0
4. D. Ley N°25475	25	8.0
5. D. Ley N°25659	22	7.0
6. D. Leg. N°922 y N°926	28	8.0
7. D. Leg. N°654	17	5.0
8. Ley N°27553	16	5.0
8. D. Supremo N°017-93 (Ley Orgánica)	11	3.0
9. D. Ley N°25824	08	2.0
10. D. Leg. N°052 (Ley Orgánica)	06	2.0
11. D. Supremo N°015- 03	06	2.0
12. Otros	43	13.0
Total	332	100.0

Fuente: Registro de Sentencias del Tribunal Constitucional 2003 – 2007.
Elaboración Propia.

De la Tabla precedente se puede precisar que la norma más utilizada es el Decreto Legislativo N°638 que representa el 19% con 62 sentencias y que contiene el Código Procesal Penal de 1991, vigente en las medidas cautelares de coerción personal; luego tenemos el Decreto Legislativo N°635 que constituye el 18% y que contiene el Código Penal. Posteriormente aparece la Ley N°9024 que representa el 8% de casos que regula el Código de Procedimientos Penales, luego el Decreto Ley N°25475 que representa el 7% de casos y el Decreto Ley N°25659 que representan el 8%; ambos contienen normas para combatir el terrorismo, denominada comúnmente como la legislación antiterrorista. A continuación tenemos los Decretos Legislativos N°922 que representa el 5% del total que contiene, también, normas, que regulan el tratamiento de terrorismo; luego tenemos el Decreto Legislativo N°654 que representa el 3% de los casos y que regula el Código de Ejecución Penal. El Decreto Ley N°25824 representa el 2%, que modifica el Artículo N°137 del Código Procesal Penal sobre la duración del mandato de detención. Finalmente tenemos el Decreto Legislativo N°052 que

representa el 2%; y la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Decreto Supremo N°015-03, que también representa el 2%, referido al Reglamento del Código de Ejecución.

En el último rubro de Otros se han considerado normas legales con frecuencia menores a 5 puntos, que representan menos del 2%; en conjunto representan el 13% de las sentencias observadas. Aquí se pueden identificar las siguientes normas jurídicas penales:

- Decreto Legislativo N°124 que regula el proceso sumario.
- Decreto Legislativo N° 126 que modifica el Artículo 5 del Código de Procedimientos Penales sobre el trámite de las excepciones.
- Ley N°27553 que modifica el Artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991 sobre el plazo de detención.
- Ley N°26223 que modifica el Artículo 297 del Código Penal sobre Tráfico Ilícito de Drogas.
- Ley N°26320 sobre Tráfico Ilícito de Drogas y Beneficios Penitenciarios.
- Ley N°26689 que modifica el Código de Procedimientos Penales y establece los delitos que se tramitarán en vía sumaria y ordinaria.
- Ley N°27454 que modifica el Artículo 300 del Código de Procedimientos Penales sobre el reforma en peor.
- Ley N°27472 que deroga los decretos legislativos que elevan las penas y restringen los derechos procesados para casos de delitos agravados.
- Ley N°27507 que restablece el texto de los Artículos 173 y 173a del Código Penal modificado por el Decreto Legislativo N°896.
- Ley N°27545 que establece la adecuación de la pena no sólo en el *quantum* sino en la pena.
- Ley N°27765 contra el lavado de activos.
- Ley N°27770, ley que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios en favor de aquellas personas que cometen delitos contra la administración.
- Ley N°28002 que modifica el Código Penal en materia de tráfico ilícito de drogas.
- Ley N°28117 que modifica artículos del Código de Procedimientos Penales sobre celeridad y eficacia procesal penal.
- Ley N°28482 que establece la entrada en vigencia del Artículo 39 del Código de Procedimientos Penales.
- Ley N°28568 que modifica el Artículo 47 del Código Penal sobre arresto domiciliario.
- Ley N°28726 que modifica normas del Código Penal y Procesal Penal sobre habitualidad y reincidencia.
- Ley N°27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Se observa una diversificación de los tipos de normas que colorea el sistema jurídico penal, todas contempladas en el ordenamiento jurídico peruano y con distinta jerarquía. Los Decretos Legislativos son los más frecuentes y son normas penales delegadas del Poder Legislativo al Ejecutivo; mediante esta fórmula se han llegado a crear los *corpus juris* más importantes como el Código Penal que tipifica delitos y penas, los Códigos Procesales y el Código de Ejecución Penal, aunque orientado a normas para combatir el terrorismo y prolongar el plazo del mandato de detención. Aparece una fuerte regulación mediante Decretos Leyes lo que es repudiable en un sistema penal así como la creación de normas penales mediante Decretos Supremos como la Ley Orgánica del Poder Judicial

que estructura la organización de este poder del Estado, lo que resulta inconcebible para un Estado de Derecho. En el rubro Otros aparecen distintas leyes emitidas por el parlamento, cuya característica principal es modificar los grandes *corpus juris* que ordenan el sistema penal.

Es necesario hacer una mención aparte para las normas creadas mediante Leyes Orgánicas: Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica del Ministerio Público y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Dichas normas han sido creadas de distinta manera: la primera, mediante Decreto Supremo; la segunda, mediante Decreto Legislativo, y la tercera, mediante Ley Orgánica propiamente dicha. Dentro del ordenamiento jurídico, la Ley Orgánica tiene una alta jerarquía porque necesita una mayoría calificada para ser aprobada pero aquí se advierte un exceso de facultades del Poder Ejecutivo al crear una Ley Orgánica mediante Decreto Supremo y la otra mediante Decreto Legislativo.

A continuación se hará un seguimiento para conocer cómo fueron creadas estas normas penales, cuáles son los fundamentos que se esgrimen en las respectivas leyes de creación para así determinar, con mayor razón, si cumplen con las exigencias del principio de legalidad penal en la garantía de que la ley penal tiene que tener un origen democrático.

IV.2.1. Decretos Leyes

Los Decretos Leyes más aplicados en las sentencias expedidas por los órganos jurisdiccionales del Distrito Judicial de Lima son los que se conocen como la Legislación Antiterrorista. Aquí importa indagar sobre los fundamentos de estos Decretos Leyes: uno de ellos es el Decreto Ley N°25475, promulgado con fecha 05 de mayo de 1992, día en que ocurrió el autogolpe de Estado del gobierno de Fujimori. En él se establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio de los implicados en este delito.

El fundamento para la emisión de este Decreto Ley aparece señalado de la siguiente manera en sus considerandos:

“El Presidente de la República, Por cuanto; El Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; Ha dado el Decreto Ley siguiente: Artículo 1.- Contenido del dispositivo. El presente Decreto Ley (25475) establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación policial, la Instrucción y el Juicio, así como las medidas de protección que la Sociedad está obligada a proporcionar a los Magistrados, miembros del Ministerio Público y Auxiliares de Justicia que intervengan en dichos procesos”.

Aquí queda claro el fundamento utilizado por un gobierno que no es democrático y que, prescindiendo absolutamente del Poder Legislativo, dispone a nombre de un supuesto Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, normas jurídicas penales en cuanto a su tipificación, penalidad y procedimiento.

De la misma forma se puede advertir del fundamento que se ha seguido para emitir el Decreto Ley N°25659 de fecha 07 de agosto de 1992 que tipifica el delito de Traición a la Patria, cuyo enunciado es el siguiente: *“El Presidente de la República; Por cuanto: El Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; ha dado el Decreto Ley siguiente...”*. Se señala casi similar texto, prescindiendo del fundamento legislativo de la norma jurídica penal.

IV.2.2. Decretos Legislativos

Las normas jurídico penales mas aplicadas por los jueces están contenidas en Decretos Legislativos. Son textos normativos fundamentales del Sistema Penal peruano; aquí indagaremos respecto a los fundamentos que sustentan los Decretos Legislativos más frecuentemente utilizados, entre ellos tenemos: el Decreto Legislativo N°635 que corresponde al Código Penal, el texto normativo sustantivo más importante del Derecho Penal en el Perú, siguiendo el procedimiento establecido en el Artículo 188 de la Constitución Política del Perú de 1979, vigente para entonces. Tiene el siguiente fundamento para su emisión:

“El Congreso de la República, mediante Ley 25280, delega en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar mediante Decreto Legislativo el Código Penal dentro del término de 90 días, nombrando para tal efecto una Comisión Revisora de los proyectos elaborados y facultándola a introducir en ellos las formas que estime pertinentes”.

Luego el Congreso amplía el plazo al Ejecutivo mediante Ley N°25305 publicada el 10 de febrero de 1991, concediéndole un término adicional de 60 días para ejercer la facultad delegada. Así, la mencionada Comisión Revisora, al cumplir con presentar al Poder Ejecutivo el proyecto del Nuevo Código Penal, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y con cargo de dar cuenta al Congreso, promulga el Código Penal mediante el Decreto Legislativo N°635.

Aquí no hay mención previa al Congreso. Este procedimiento de elaboración del Código Penal tiene su origen en una ley en cuanto a su delegación, pero finalmente es creada por medio de un Decreto Legislativo que es promulgado por el Poder ejecutivo con cargo a dar cuenta del Congreso. Este procedimiento es válido constitucionalmente pero es contrario al principio de legalidad penal en lo que se refiere a su fundamento democrático y de garantía política; más aun, tratándose de un Código Penal que contiene todos los delitos, penas y medidas de seguridad aplicables a los ciudadanos que infringen sus mandatos que, en la medida que impone penas privativas de la libertad, de por sí tiene relación con los derechos fundamentales que tienen los ciudadanos si se restringe su libertad.

Otra de las normas jurídicas penales frecuentemente utilizadas es el Código Procesal Penal, uno de los textos normativos procesales más importantes, y que está contenido en el Decreto Legislativo N°638, promulgado por el Ejecutivo con fecha 27 de abril de 1991. Es aprobado por la Comisión revisora constituida por la Ley N°25281 que pone en vigencia los siguientes artículos del indicado Código Procesal Penal:

- Artículo 2 sobre el principio de oportunidad.
- Artículo 135 sobre los presupuestos para la imposición de la orden de detención.

- Artículo 136 sobre el contenido del mandato de detención.
- Artículo 138 y Artículo 143 sobre el mandato de comparecencia y sus formas de cumplimiento.
- Artículo 145 y Artículo 182 sobre la procedencia de la libertad provisional.
- Artículo 188.

Aquí, es relevante notar que se ponen en vigencia normas jurídicas penales respecto a las medidas cautelares como la detención preventiva, de comparecencia y detención domiciliaria. El procedimiento es similar a la anterior delegación de facultades otorgadas al Poder Ejecutivo, quien promulga con cargo de dar cuenta al Congreso.

Otro texto normativo jurídico penal que frecuentemente es utilizado es el Decreto Legislativo N°654, por medio del cual se aprueba el texto más importante que regula la ejecución de la pena impuesta en un proceso penal; se trata del Código de Ejecución Penal que es promulgado con fecha 02 de agosto de 1991. También se sustenta en el procedimiento señalado en el Artículo 188 de la Constitución Política del Perú de 1979, emitiéndose la Ley N°25297 publicada el 03 de enero de 1991. Mediante este procedimiento el Congreso de la República delega en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar mediante Decreto Legislativo el Código de Ejecución Penal al término de 210 días, nombrando para tal efecto una Comisión revisora. Dicha comisión revisora cumplió con presentar al Poder Ejecutivo el proyecto del nuevo Código de Ejecución Penal con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y, con cargo de dar cuenta al Congreso el Poder Ejecutivo promulga el Decreto Legislativo. Nuevamente uno de los textos normativos más importantes es promulgado por el Ejecutivo.

En muchas ocasiones el Poder Ejecutivo, que tiene la facultad de crear normas penales sobre determinados asuntos, se excede en las facultades concedidas para legislar vía Decreto Legislativos. Un ejemplo de ello lo encontramos en la sentencia del Tribunal Constitucional N°005-2001-AI/TC de fecha 15 de noviembre del 2001, en la que se declara inconstitucionales por la forma los Decreto Legislativos N°895 y N°897 al haberse excedido el Ejecutivo en las facultades conferidas para legislar sobre seguridad nacional y emite normas penales sobre ciudadana ya que, mediante Ley N°26950 del 18 de mayo de 1998 se otorga al Poder Ejecutivo autorización para legislar en materia de seguridad nacional. El Tribunal Constitucional ha sostenido que hay un exceso en el cumplimiento de las facultades otorgadas al Ejecutivo ya que el concepto de **Seguridad Nacional no debe confundirse con el de seguridad ciudadana**. Aquella implica un peligro grave para la integridad territorial, para el Estado de Derecho, para el orden constitucional establecido: es la violencia contra el Estado y afecta los cimientos del sistema democrático. Supone, pues, un elemento político o una ideología que se pretende imponerse, y sólo puede equipararse a la seguridad ciudadana por excepción o emergencia, cuando ésta es perturbada gravemente. La seguridad ciudadana normalmente preserva la paz, la tranquilidad y la seguridad de los ciudadanos, sin mediar el factor político y/o el trasfondo ideológico en su vulneración. Quien delinque contra la seguridad ciudadana no se propone derrocar o amenazar al régimen político constitucionalmente establecido a fin de imponer uno distinto o una distinta ideología.

El poder punitivo del Estado no puede ser arbitrario ni excesivo, debe ser congruente con los principios constitucionales y razonablemente proporcionados no sólo al hecho delictivo, sino también al bien jurídico protegido. La necesidad comprensible, real y legítima, de combatir la delincuencia común organizada en bandas armadas responde, más bien, al objetivo de preservar el orden interno o la seguridad ciudadana más que a la finalidad de proteger el Estado de Derecho, el régimen constitucional o la integridad territorial; es decir, el bien jurídico de la seguridad nacional. La delincuencia común, aún organizada en bandas armadas, carece de la motivación político-ideológica que es elemento constitutivo del delito de terrorismo que atenta contra la seguridad nacional. No coinciden, entonces, la materia delegada de seguridad nacional con el objetivo que busca la delegación; es decir, combatir la delincuencia común en su expresión de bandas armadas. Esta incongruencia en la propia delegación de facultades bastaría para declarar inconstitucionales los Decretos Legislativos que son objeto de la presente acción de inconstitucionalidad. En efecto, dicha incongruencia ocasiona la irracionalidad de la ley autoritativa y, por lo tanto, en último análisis, su inconstitucionalidad. Se advierte pues el peligro de que el Poder Ejecutivo, con las facultades delegadas, cree normas para las que no está facultado.

IV.2.3. Leyes

Respecto a la creación de la denominada Ley N°9024 de fecha 23 de noviembre de 1939 sobre el nuevo Código de Procedimientos Penales, podemos decir que en realidad no es una ley creada por el Poder Legislativo por lo que la denominación no corresponde a la jerarquía de Ley. En los fundamentos del texto de la ley se lee que fue promulgada por el Poder Ejecutivo por medio de las facultades legislativas que le diera el Congreso Constituyente. En los considerandos de la ley se expresa lo siguiente:

“Oscar R. Benavides, General de División, Presidente Constitucional de la República POR CUANTO: El Congreso Constituyente ha concedido facultades legislativas al Poder Ejecutivo en virtud de la Ley N° 8463, CONSIDERANDO: Que la comisión nombrada por Resolución Suprema del 25 de Agosto de 1937 para practicar la revisión del Anteproyecto de Código de Procedimientos Penales ha elevado el Proyecto respectivo Con el voto aprobado del Consejo de Ministros: EL PODER EJECUTIVO Ha dado la ley siguiente: Artículo Primero.- Promúlguese el siguiente Código de Procedimientos Penales que regirá en todo el territorio de la República, a partir del 18 de marzo de 1940 inclusive”.

Esta denominada Ley tiene las mismas características de un Decreto Legislativo en la forma como actualmente conocemos, ya que es emitida por delegación de facultades, con lo que se puede afirmar que no es una Ley emitida por el Poder Legislativo.

De las muchas leyes a la que se hizo referencia que han modificado los textos contenidos en los Códigos, haciendo un seguimiento de alguna de ellas, vemos que tienen el siguiente fundamento de creación: en el caso de la Ley N°26320 se dictan normas referidas a los procesos por delito de Tráfico Ilícito de Drogas que establecen beneficios según el siguiente formato: *“Por cuanto el Congreso Constituyente Democrático ha dado la Ley siguiente:*

Artículo 1.- Adiciónase a la parte final del Artículo 298 del Código Penal el siguiente texto...” y continua la disposición normativa y al final se cierra con el siguiente formato:

“Comuníquese al Presidente de la República para su promulgación. En Lima, a los diecisiete días del mes de mayo de mil novecientos noventa y cuatro JAIME YOSHIYAMA Presidente del Congreso Constituyente Democrático; CARLOS TORRE Y TORRES LARA Primer Vicepresidente del Congreso Constituyente Democrático. AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA por tanto Mando se publique y cumpla.- Dado en la casa de Gobierno, en Lima, a los treinta días del mes de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.- ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI.- Presidente Constitucional de la República”.

La Ley N°28568 que modifica el Artículo 47 del Código Penal sobre arresto domiciliario tiene otro procedimiento de creación y promulgación. Es una ley creada por iniciativa de los congresistas, lo que está contemplado en el Artículo 107 de la Constitución y en el Artículo 75 del Reglamento del Congreso. El Proyecto de Ley N°12952/2004-CR fue decretado a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos y tres días después el proyecto llegó a dicha Comisión, que lo aprobó el 02 de junio del mismo año. El proyecto enviado por la Comisión de Justicia fue rápidamente aprobado por el pleno del Congreso, con dispensa del trámite de difusión en el portal del Congreso, sin reparto del dictamen a los parlamentarios, sin debate alguno, con 57 votos a favor y sin un solo voto en contra, por mayoría simple.

Toda vez que el Presidente de la República no la promulgó dentro del plazo constitucional, el Presidente del Congreso, de acuerdo con el Artículo 108 de la Constitución y el Artículo 80 del Reglamento del Congreso, con fecha 02 de julio del 2005, ordenó la publicación de la Ley N°28568. La Ley que modifica el Artículo 47 del Código Penal apareció al día siguiente en la separata de normas legales del Diario Oficial El Peruano de la siguiente forma: “Ley N°28568.- EL PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.- POR CUANTO EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA; ha dado la ley siguiente: Ley que modifica el Artículo 47 del Código Penal.- Artículo único.- Modifica el artículo 47 del Código Penal”. Luego sigue el texto de la norma penal y al final se lee lo siguiente:

“COMUNÍQUESE AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA PARA SU PROMULGACIÓN. En Lima, a los ocho días del mes de junio de dos mil cinco. ANTERO FLORES-ARAOZ E. Presidente del Congreso de la República. NATALE AMPRIMO PLÁ Primer Vicepresidente del Congreso de la República. AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA. POR TANTO: No habiendo sido promulgado dentro del plazo constitucional por el señor Presidente de la República, en cumplimiento del Artículo 108 de la Constitución Política y Artículo 80 del Reglamento del Congreso, ordeno que se publique y cumpla. En Lima, a los dos días del mes de julio de dos mil cinco.- ANTERO FLORES-ARAOZ E. Presidente del Congreso de la República. NATALE AMPRIMO PLÁ Primer Vicepresidente del Congreso de la República”.

Éstas son la dos formas más comunes que tiene el Congreso para aprobar una Ley: en el primer caso, el procedimiento está establecido en la Constitución cuando es aprobado por el Congreso y promulgado por el Presidente de la República y, en el segundo caso, no es promulgado por el Presidente de la República sino directamente por el Congreso; en ambos casos el Parlamento aprueba la ley mediante mayoría simple.

Para la aprobación de las leyes no hay necesidad de mayoría calificada, es una mayoría simple la que aprueba las leyes por lo que la norma penal es modificable con suma facilidad, caracterizándose la norma penal por su fragilidad.

IV.2.4. Decreto Supremo

Mediante el Decreto Supremo N°015- 2003-JUS se aprueba el Reglamento del Código de Ejecución Penal. Este texto normativo penal es constantemente utilizado en las decisiones judiciales para resolver casos que se encuentran en ejecución de sentencias. Es aprobado por el Presidente de la República a raíz de la promulgación del Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N°654) y de conformidad con el numeral 8 del Artículo 118 de la Constitución Política del Estado que establece como atribuciones del Presidente el reglamentar leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones. Nuevamente se tiene el hecho de que se aprueba una norma jurídica penal por parte del Ejecutivo sustentada en esta norma constitucional, pero que de igual manera se transgrede el principio de legalidad penal.

Dentro de las normas jurídicas más frecuentemente citadas en los procesos penales también encontramos el Decreto Supremo N°017-93-JUS, promulgado el 28 de mayo de 1993 y que está referida al Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, una norma jurídica que también rige el ámbito penal, que es una muestra cabal de que el Poder Ejecutivo tiene y ha tenido en el Perú control absoluto de las normas jurídicas en materia penal. La emisión de este Decreto Supremo así lo indica ya que, desde que se emitiera en el Gobierno de Fujimori hasta la actualidad, sigue vigente.

El fundamento y procedimiento que sustenta esta ley Orgánica del Poder Judicial es el siguiente:

“El Presidente de la República; Considerando; que por Decreto Ley N°25869 se han Reestructurado las Normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial; Que, la Cuarta Disposición Complementaria del dispositivo antes mencionado establece que el Poder Ejecutivo mediante Decreto Supremo aprobará el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial a que se refiere el Decreto Legislativo N° 767, incluyendo las modificaciones contenidas en el Decreto Ley N°25869; De conformidad con el inciso 11) del Artículo 211 de la Constitución Política del Perú; DECRETA: Artículo 1.- APRUÉBESE el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial...”

Como podemos apreciar el procedimiento no está acorde con el fundamento democrático del principio de legalidad del Estado de Derecho; más aún si se tiene en cuenta que se trata de una Ley Orgánica que tiene jerarquía de Ley aprobada con mayoría calificada.

IV.2.5. Leyes Orgánicas

La forma como se han creado la Ley Orgánica del Ministerio Público y la Ley Orgánica del Poder Judicial es una deformación de lo que dispone la Constitución Política del Perú, que exige una mayoría calificada del Parlamento. Además porque, increíblemente, se han aprobado mediante Decreto Legislativo la primera y mediante Decreto Supremo la segunda.

Respecto al Decreto Legislativo N°052 por el que se aprueba nada menos que la Ley Orgánica del Ministerio Público el 15 de julio de 1981, podemos apreciar su fundamento que es el siguiente:

“El Presidente de la República por cuanto: que por Ley N°23230 de fecha 15 de diciembre de 1980, se ha autorizado al Poder Ejecutivo por el término de 90 días para que dicte el Decreto Legislativo referente a la Ley Orgánica del Ministerio Público previa revisión de la Comisión Permanente del Congreso, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; ha dado el Decreto Legislativo N°52 Ley Orgánica del Ministerio Público”.

Se observa que se ha seguido el mismo procedimiento que en los anteriores Decretos Legislativos, pero es en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N°27785, donde se puede apreciar el respeto al procedimiento Constitucional para la creación de una Ley Orgánica. En los fundamentos de la ley se aprecia el siguiente texto:

“EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. POR CUANTO: El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente: EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA; Ha dado la Ley siguiente: LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL Y DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA...”.

Luego aparece el texto y al final se tiene el siguiente texto:

“Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación. En Lima, a los trece días del mes de julio de dos mil dos. CARLOS FERRERO, Presidente del Congreso de la República. HENRY PEASE GARCIA, Primer Vicepresidente del Congreso de la República. AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA POR TANTO: Mando se publique y cumpla. Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintidós días del mes de julio del año dos mil dos. ALEJANDRO TOLEDO, Presidente Constitucional de la República. LUIS SOLARI DE LA FUENTE, Presidente del Consejo de Ministros”.

No existe una tradición e institucionalización democrática en la forma de crear la norma jurídica penal; ésta se puede crear mediante cualquier tipo de norma que acepta el

ordenamiento jurídico peruano. Así encontramos serias deformaciones como en el caso de las Leyes Orgánicas del Ministerio Público y del Poder Judicial que, en realidad, no son Leyes Orgánicas sino el primero un Decreto Legislativo y el segundo, un Decreto Supremo. También hay una deformación en la mal llamada Ley N°9024 del Código de Procedimientos Penales que no es una ley sino un Decreto Legislativo.

Se utilizan mal los Decretos Supremos para la creación de la norma penal por ser emitidos por el Ejecutivo. También hay una deformación cuando se crea la norma penal mediante Decretos Leyes que son propios de la dictadura y cuando se abusa de la excesiva delegación de facultades al Poder Ejecutivo para la creación de la norma jurídica penal. Un Estado Legal se distingue porque únicamente el Poder Legislativo crea la norma jurídica penal y ésta debe quedar institucionalizada y ser parte de la tradición legislativa en materia penal, como una forma de conectar la norma con la realidad y legitimar la norma a partir de la voluntad ciudadana.

Con las anotaciones realizadas y rectificando las tergiversaciones del tipo de norma al que corresponden realmente las normas jurídicas penales aplicadas en el Distrito Judicial de Lima, se tiene la siguiente Tabla (ver Tabla N°14):

TABLA N°14
NÚMERO DE SENTENCIAS SEGÚN TIPO DE NORMA JURÍDICA APLICADA

TIPO DE NORMA JURÍDICA PENAL	N°	%
Decreto Ley	57	17.2
Decreto Legislativo	218	65.7
Ley	38	11.4
Decreto Supremo	18	5.4
Ley Orgánica	01	0.3
Total	332	100.0

Fuente: Registro de Sentencias del Tribunal Constitucional 2003 – 2007.
Elaboración propia.

Finalmente se tiene que el 65.7% de las normas jurídicas son Decretos Legislativos; el 17.2%, Decretos Leyes; 11.4%, Leyes; el 5.4% son Decretos Supremos y un 0.3% son Leyes Orgánicas. Sumadas todas las normas que son creadas por el Poder Ejecutivo (Decreto Ley, Decreto Legislativo y Decreto Supremo), tenemos que representan un 88.3% de las sentencias, lo que no configura de ninguna manera un Estado Legal o un Estado de Derecho. No hay una legitimidad democrática de la Ley Penal que propugna el principio de legalidad que es vulnerado al no haber un límite al Poder Ejecutivo, que se constituye en la principal fuente de creación de la norma penal.

Mediante Decretos Legislativos se crean los más importantes textos normativos del Derecho Penal, lo que representa el 65.7% de las normas aplicadas en el distrito de Lima: así

tenemos que el Código Penal se crea por Decreto Legislativo N°635; el Código Procesal Penal por Decreto Legislativo N°638; el Código de Procedimientos Penales de 1940, vigente para el Distrito Judicial de Lima, se crea mediante Decreto Legislativo mal denominado Ley N°9024; el Código de Ejecución Penal nace mediante Decreto Legislativo N°654; la Ley Orgánica del Ministerio Público lo hace mediante Decreto Legislativo N°052, entre otros. Todos ellos son grandes *corpus juris* que definen y tipifican los delitos, las penas, el proceso y la ejecución penal, y son verdaderos *corpus juris* ya que son una configuración sistemática y lógico-formal del Derecho Penal, hecho por expertos en Derecho, entregados al desarrollo de la dogmática jurídica penal. Esta forma de crear la norma penal es propia de la teoría de la coacción psicológica del positivismo normativista, del funcionalismo; es la ilusión de la teoría pura del Derecho formulada por Hans Kelsen, iniciada en el campo penal por el jurista alemán Johan von Feuerbach, y reeditada últimamente por el funcionalismo de Jakobs, donde se prioriza la necesidad de establecer una dogmática coherente y lógica del Derecho Penal, marginando su relación con la realidad. Por ello, resulta natural que se encargue la elaboración de la norma jurídica penal a estos expertos mediante la delegación de facultades a “comisiones” de expertos, obviando que la legitimidad de una norma penal se encuentra en su relación con la ciudadanía que, mal que bien, está representada en el Parlamento. Esta relación norma-realidad y norma-ciudadanía es obviada por los expertos y por estas teorías, por lo que el límite que impone el fundamento democrático del principio de legalidad penal se vulnera.

Los expertos en Derecho velan por el “formalismo del Derecho” por lo menos en tres aspectos:

- La configuración sistemática de un *corpus*, un código de proposiciones jurídicas claramente analizadas.
- La forma de la ley abstracta y general, ni cortada a la medida de contextos particulares ni tampoco a determinados destinatarios; es lo que da al sistema una estructura unitaria.
- La vinculación de la justicia y la administración a la ley garantiza una aplicación de ésta susceptible de cálculo.

Este tipo de normativismo se aísla de la realidad. Este normativismo solamente puede justificarse a la luz de principios de contenido ético-moral expresados en la ciudadanía. Las normas no cobran legitimidad por el solo hecho de que se precisen sus significados lógicos y que se expliquen los conceptos que subyacen en ellas, sino que tienen su legitimidad en la vivencia de la ciudadanía: tienen que conectarse con la realidad de personas que conviven en espacios distintos, diferenciados, multiculturales, tarea que no cumplen los expertos en dogmática penal.

La dogmática penal, los grandes *corpus juris* que conforman la norma jurídica penal en el Perú, nos lleva a un panorama como el descrito por el jurista alemán Ihering, quien soñó que había muerto y había llegado a un paraíso especial reservado para los teóricos del Derecho, para los expertos. En su obra dice:

“En él se encontraban uno, frente a frente, con numerosos conceptos de la teoría jurídica en su absoluta pureza, libres de contaminación de la vida humana. Allí estaban los espíritus incorpóreos de la buena fe de la mala

*fe, de la propiedad, de la posesión. Estaban asimismo los instrumentos lógicos para manipular y transformar esos conceptos, pudiéndose así resolver los más apasionados problemas del derecho*⁸⁷.

Los expertos se encuentran, pues, libres de contaminación de la vida humana y ese es el principal problema de los *corpus juris* de los Códigos y de los expertos que no se contaminan con las vivencias de la población.

Es a través del fundamento democrático del principio de legalidad penal donde la dogmática tiene que interrelacionarse con el pueblo y se hace necesario desarrollar teórica y filosóficamente esta relación. Es la Teoría Discursiva del Derecho la que actualmente propone un desarrollo de la concepción jurídico-política de la teoría penal de la Ilustración de cómo la participación del pueblo es importante en la construcción de las normas lógico-formales. Son los procedimientos para crear la norma penal los que tienen que mejorar para relacionar norma y realidad, ya no por medio de una democracia representativa sino deliberativa ya que si se reconoce normativamente al individuo como portador de derechos subjetivos de libertad y de participación política, ello implica la preponderancia del procedimiento legislativo como punto de generación de normas penales y en el proceso legislativo la legitimación proviene, no de la norma jurídica en sí misma, sino de la posibilidad de participación y consideración de todos los posibles afectados por la norma.

Esta concepción de la teoría discursiva de involucrar a los propios afectados para la creación de la norma jurídica penal es importante a tener en cuenta, además de desarrollarla para su aplicación práctica ya que la elaboración de normas penales por el Poder Legislativo como representante del pueblo no ha significado esta conexión entre dogmática y realidad. En el Distrito Judicial de Lima el 11.4% de las normas son leyes emanadas por el Parlamento y estas leyes penales no traducen la vasta realidad que tiene nuestro país y al que representan los parlamentarios. Las leyes, en la mayoría de casos, solo han servido para modificar las normas jurídicas penales contenidas en los Códigos, los *corpus juris*, alterando la coherencia de la política criminal contenida en estos códigos ya que son leyes aprobadas por mayoría simple y otras veces para dar respuesta a situaciones políticas coyunturales. Estas malas utilizations de la ley han traído críticas como la esgrimida por la teoría garantista. Esta teoría critica severamente la concepción de que la Ley emane del Parlamento o del Poder Legislativo, señalando que el legislador omnipotente impone leyes que son vigentes pero no son válidas por contravenir principios constitucionales; en este sentido, la teoría política criminal también enfatiza la adhesión de las leyes a los principios a una política criminal, no solo del Estado de Derecho, como el principio de legalidad penal, sino también del Estado Social y Democrático como el principio de humanidad, de dignidad de las personas, de intervención mínima, de proporcionalidad, entre otros. Pero, nuevamente, no hay una preocupación por ligar las normas a la realidad de las vivencias del ciudadano sino a valores y principios metajurídicos consagrados en la Constitución.

No hay un Estado Legal cuando la mayoría de las normas jurídicas penales son emitidas por el Poder Ejecutivo; no se institucionaliza la importancia de que las normas jurídicas penales

⁸⁷ Citado por BULLARD, Alfredo. (2002). "Esquizofrenia jurídica. El impacto del análisis económico del derecho en el Perú" En *Revista Themis* N° 44. Lima, PUCP, p 17.

se emitan vía el Poder Legislativo. Se puede mejorar en la consecución de un Estado Legal si la dogmática jurídica compatibiliza con la voluntad general del pueblo representada en el Parlamento; cuando la propuesta de los expertos sea debatida en el Parlamento y validada con la realidad heterogénea que se vive en el país; cuando se acepte la deliberación de los involucrados en las normas y éstas sean aprobadas por una mayoría calificada del Poder Legislativo, es decir, -conforme ocurre en la realidad española- la norma jurídica penal en el Perú debe ser creada por medio de una Ley Orgánica; sólo de esa manera podría producirse un acuerdo, un convenio para legitimizar desde el pueblo la norma jurídica técnicamente elaborada pero, además, estas normas no deben transgredir principios constitucionales. De esta manera también debe declararse la indelegabilidad de la norma jurídica penal; es decir, no deben ser creadas por Decretos Legislativos.

Las normas penales, cuando imponen penas privativas de la libertad, transgreden derechos fundamentales; otra razón más para que éstas sean creadas siguiendo las reglas antes indicadas, buscando institucionalizar la jerarquía de la norma penal creada mediante una Ley Orgánica aprobada por una mayoría calificada de la representación del pueblo (el Parlamento), labor que debería ser indelegable, haciendo que la comisión de expertos se adhiera a la dinámica parlamentaria, mejorando así el sistema político de representación con procedimientos para la participación directa del pueblo en la norma penal, de los sectores afectados por la norma jurídica penal, lo que implica que los representantes deliberen con sus representados acerca de los contenidos de la norma jurídica penal de tal forma que exprese la realidad socio-cultural de una nación multicultural.

En este sentido, el Artículo 106 de la Constitución debe ser modificado y ampliado en el sentido que la norma jurídica penal debe ser regulada mediante Leyes Orgánicas, para que su aprobación o modificación requiera que la mitad mas uno del número legal de miembros del Congreso y no como se hace ahora en el Perú, donde una norma jurídica penal es modificada o aprobada por mayoría simple, lo que es inconcebible en materia penal que restringe derechos fundamentales como la libertad, abusándose de la delegación de facultades.

V. CONCLUSIONES

1. En el Distrito Judicial de Lima se aplican normas jurídico penales creadas por el Poder Ejecutivo mediante Decretos Leyes, Decretos Legislativos y Decretos Supremos, que representan el 88% de todas las sentencias tomadas como muestra, lo que contraviene el límite que impone el fundamento democrático del principio de legalidad penal a la facultad punitiva del Estado.
2. En el Distrito Judicial de Lima, solamente el 11% de las normas jurídico penales aplicadas son emanadas del Poder Legislativo mediante Leyes, conforme al principio de legalidad penal, por lo que no se puede caracterizar como un Estado Legal a una sociedad donde las normas jurídicas penales son creadas por el Poder Ejecutivo.

3. El 17% de las normas jurídicas penales aplicadas en el Distrito Judicial de Lima en el periodo 2003 al 2007 fueron creadas mediante Decretos Leyes y tienen relación con la Legislación Antiterrorista, cuyos efectos aún se mantienen.
4. El 5% de las normas jurídicas penales aplicadas en el Distrito Judicial de Lima son creadas mediante Decretos Supremos, lo que es inaceptable para un Estado de Derecho. Entre las normas creadas de esta manera tenemos al Decreto Supremo N°017-93-JUS de fecha 28 de mayo de 1993 que crea el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Siendo una Ley Orgánica debería ser aprobada por el Parlamento con mayoría calificada, ya que define la estructura del órgano del Estado más importante en materia de justicia como es el Poder Judicial.
5. La Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Ministerio Público no han sido creadas mediante el procedimiento señalado en el Artículo 106 de la Constitución Política del Perú para Leyes Orgánicas, sino que lo han sido mediante Decreto Legislativo la primera, y Decreto Supremo, la segunda. De la misma forma, la Ley N°9024 que crea el Código de Procedimientos Penales no es una Ley sino un Decreto Legislativo, lo que muestra las graves tergiversaciones del ordenamiento jurídico legal.
6. Las Leyes Penales emanadas del Legislativo se han emitido mayormente para modificar las normas contenidos en los Códigos, en los *corpus juris*, alterando la coherencia de la política criminal contenida en estos códigos y, para dar respuesta a situaciones políticas coyunturales, son aprobadas por mayoría simple y muchas de ellas declaradas inconstitucionales. La teoría garantista crítica esta situación severamente, señalando que el legislador omnipotente impone leyes que son vigentes pero que no son válidas.
7. El Decreto Legislativo es la forma común de crear la norma jurídica penal que llega a representar el 66% del total de sentencias tomadas como muestra. Mediante este tipo de norma jurídica se han llegado a crear los *corpus juris* mas importantes como el Código Penal, los Códigos Procesales, el Código de Ejecución Penal, entre otros, que tipifican los delitos, las penas, el proceso y la ejecución penal. Son una configuración sistemática y lógico-formal del Derecho Penal hecho por expertos en Derecho.
8. Esta forma de crear normas jurídicas es propia de la concepción teórica positivista-normativista que se aísla de la realidad, que pretende legitimarse por sí misma cuando la norma tiene su sustento en su interrelación con la vivencia de los ciudadanos, del pueblo, que conviven en espacios distintos, diferenciados, multiculturales.
9. Es a través del fundamento democrático del principio de legalidad penal donde la dogmática se interrelaciona con la ciudadanía, con el pueblo, y se hace necesario desarrollar esta relación en la teoría y en la práctica, conforme a la propuesta del Jurnaturalismo y de la Teoría Discursiva del Derecho. Son los procedimientos para crear la norma penal los que tienen que mejorar para relacionar norma y realidad, no solo por medio de una democracia representativa sino mediante una democracia deliberativa, ya que si se reconoce normativamente al individuo como portador de derechos subjetivos de libertad y de participación política, ello implica la preponderancia del

procedimiento legislativo como punto de generación de normas penales, con la posibilidad de participación y consideración de todos los posibles afectados por la norma.

10. La norma jurídica penal tiene que aprobarse por una mayoría calificada del Poder Legislativo con carácter de Ley Orgánica para que así tenga mayor representatividad. De este modo no se impondrán leyes por mayoría simple, sobre todo teniendo en cuenta que son normas penales que afectan derechos fundamentales porque imponen pena privativa de la libertad a las personas.
11. En este sentido, el Artículo 106 de la Constitución debe ser modificado y ampliado para que la forma de producir la norma jurídica penal sea regulada mediante Leyes Orgánicas, y su aprobación o modificación requiera de la mitad mas uno del número legal de miembros del Congreso.
12. Las normas jurídico penales deben ser indelegables de tal forma que se institucionalice la producción de normas en el Parlamento para que la comisión de expertos se adhiera a la dinámica parlamentaria, mejorando el sistema político de representación con procedimientos para la participación directa del pueblo en la norma penal, asegurando así la participación de los sectores afectados por la norma jurídica penal, lo que implica que los representantes deliberen con sus representados acerca de los contenidos de la norma jurídica penal.
13. El proceso de *hábeas corpus* no solamente tutela la libertad personal: de acuerdo con la materia controvertida encontrada en las sentencias analizadas, los ciudadanos utilizan este procedimiento para amparar derechos en las diversas etapas del proceso penal como en la tipificación de los delitos, las penas, el proceso penal y la ejecución de la pena, específicamente en materias como la Legislación Antiterrorista, la Tipificación del Delito, la Detención Preventiva, el Mandato de Detención, la Detención Domiciliaria, el Debido Proceso, la Motivación de Resoluciones la Prescripción, los Beneficios Penitenciarios, el Traslado de Penal.
14. Durante el periodo 2003 al 2007 se presentan tendencias muy marcadas de la criminalidad existente en el Distrito Judicial de Lima. Así encontramos una alta incidencia del delito de Terrorismo en el año 2003 y una alta incidencia de delito cometidos por Funcionarios Público en el año 2007. Los delitos contra el Patrimonio, la Seguridad Pública y contra la Fe Pública son delitos comunes que tienen incidencia permanente.

VI. BIBLIOGRAFIA

VI.1. LIBROS

- BACIGALUPO, Enrique. (2004). *Derecho Penal – Parte General*. Lima, ARA Editores.
- BECCARIA, César. (1994). *De los delitos y las penas*. Santiago de Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia.
- BINDER, Alberto. (2001). *Entre la Democracia y la Exclusión: La Lucha por legalidad en una Sociedad Desigual*. Buenos Aires, INECIP.

- BOCANEGRA, José Carlos. (1984). "El principio de legalidad en el Derecho Penal peruano (con algunas anotaciones al Proyecto de Código Penal Peruano)". En: *Revista Themis*. N°2. 1984.
- BRAMONT ARIAS, Luis. "El principio de Legalidad de la Represión en la Nueva Constitución del Perú". En HURTADO POZO, José (Editor). (1980). *La Nueva Constitución y el Derecho Penal*. Lima, Editorial SESATOR.
- FERRAJOLI, Luigi. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Segunda Edición. Madrid, Editorial Trotta.
- FEUERBACH, Paúl Anselmo. (1989). *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Primera Edición. Buenos Aires, Editorial Hammurabi S. R. L.
- HABERMAS, Jürgen. (1994). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta.
- HABERMAS, Jürgen. (2000). *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I: Racionalidad de la acción y racionalidad social*. Madrid, Taurus.
- HASSEMER, Winfried. (1984). *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona, Editorial Bosch.
- HERNANDO NIETO, Eduardo. (2002). *Deconstruyendo la Legalidad*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- HOBBS, Thomas. (2005). *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Quinta reimpresión de la Segunda Edición. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- JAKOBS, Günther. (1987). *Derecho Penal - Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda Edición. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A.
- JAKOBS, Günther. (1998). *Sociedad, norma, persona en una teoría de Derecho penal funcional*. Universidad Externado de Colombia.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luis. (1959). *Tratado de derecho penal*. Segunda Edición. Buenos Aires, Editorial Losada S.A.
- KANT, Immanuel. (1989). *Metafísica de las Costumbres*. Madrid, Tecnos.
- KELSEN, Hans. (1984). *Teoría pura del derecho – Introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires, EUDEBA.
- MIR PUIG, Santiago. (2002). *Derecho Penal - Parte General*. Sexta Edición. Barcelona, Editorial Reppertor.
- MIR PUIG, Santiago. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*. Segunda Edición. Buenos Aires, Editorial IB de F.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. (2002). *Derecho Penal – Parte General*. Quinta Edición. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.
- OUVIÑA, Guillermo. (1965). *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Tomo XX. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. (2000). *La Función de la Pena y sus Teorías. Las Consecuencias jurídicas del Delito en el Perú*. Lima, Gaceta Jurídica S.A.
- PRIETO SANCHIS, Luis. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Editores Trota.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. (2007). *La Filosofía Penal de la Ilustración*. Lima, Palestra Editores.
- ROXIN, Claus. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Madrid, Ed. Civitas.
- RUBIO C., Marcial. (2003). *La Constitucionalización de los derechos en el Perú del Siglo XIX*. Lima, PUCP Fondo Editorial.
- SAN MARTÍN, César. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición. Volumen I. Lima, Editorial Grijley.

- SILVA SERNAQUÉ, Santos. (2002). *Control Social, Neoliberalismo y Derecho Penal*. Lima, Fondo Editorial UNMSM.
- TIEDMANN, Klaus. (1969). *La constitucionalización de la materia penal en Alemania*.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1989). *En Busca de las Penas Perdidas*. Buenos Aires, Ediar.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1993). *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. Volumen I y II. Cuarta Edición. Buenos Aires, Ediar.

VII. ANEXO

TABLA N°15
REGISTRO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2003-2007
TOMADAS COMO MUESTRA

FECHAS	NÚMERO DE EXPEDIENTE
03-Ene-2003	010-02
06-Ene-2003	2721-02, 2742-02
30-Ene-2003	2932-02, 2936-02, 2938-02
24-Feb-2003	2494-02
03-Mar-2003	2708-02, 2754-02, 2927-02, 2929-02
	2934-02
07-Mar-2003	2939-02
10-Mar-2003	2933-02
17-Mar-2003	104-03, 129-03, 152-03, 189-03, 209-03
	212-03, 215-03, 218-03, 289-02, 295-03, 297-03, 389-03, 390-03, 399-03, 419-03, 421-03, 52-03
25-Mar-2003	2366-02, 2412-02, 2674-02
27-Mar-2003	504-03, 506-03, 513-03, 539-03, 540-03
03-Abr-2003	2267-02, 2272-02, 2526-02, 2926-02
07-Abr-2003	376-03
09-Abr-2003	591-03, 697-03
14-Abr-2003	723-03, 726-03
15-Abr-2003	823-03
21-Abr-2003	645-03
22-Abr-2003	750-03, 752-03
12-May-2003	0875-03, 1036-03, 879-03, 912-03
15-May-2003	2168-02
20-May-2003	601-03
21-May-2003	0901-03, 1044-03, 1097-03, 1098-03, 1138-03
29-May-2003	873-03
03-Jun-2003	1013-03
09-Jun-2003	1076-03
13-Jun-2003	7503-03
17-Jun-2003	1277-03
23-Jun-2003	1280-03, 1320-03, 1352-03
24-Jun-2003	1402-03
07-Jul-2003	1366-03, 1437-03
14-Jul-2003	1436-03
12-Ago-2003	1634-03
29-Ago-2003	0228-03
08-Sep-2003	1832-03, 1929-03, 1934-03
09-Sep-2003	2042-03, 2045-03
11-Sep-2003	1896-03

II CONCURSO NACIONAL DE ENSAYOS JURIDICOS 2009
TRABAJOS GANADORES



15-Sep-2003	2053-03, 2100-03, 2105-03, 2114-03
17-Sep-2003	2082-03
23-Sep-2003	2428-03
07-Oct-2003	2440-03
04-Nov-2003	2332-03
07-Nov-2003	011-03
18-Dic-2003	2939-03, 3120-03, 3201-03
28-Ene-2004	3272-03
29-Ene-2004	1289-03, 1617-03
02-Feb-2004	3187-03
03-Feb-2004	123-03
09-Feb-2004	023-04, 031-04, 035-04, 020-04, 032-04
26-Mar-2004	3056-03
29-Mar-2004	2642-03
13-Abr-2004	359-04
15-Abr-2004	551-04, 658-04
16-Abr-2004	731-04
21-Abr-2004	2614-03, 3551-03
07-May-2004	18-04
10-May-2004	033-04, 3053-03
11-May-2004	2638-03, 3554-03
12-May-2004	2792-03
17-May-2004	2439-03, 739-04
20-May-2004	206-04
23-Jun-2004	2644-03, 3185-03
25-Jun-2004	027-04, 1305-03, 977-04
30-Jun-2004	2640-03
02-Jul-2004	1552-03, 2529-03, 3183-03, 684-04
08-Jul-2004	2007-03
09-Jul-2004	2649-03
20-Jul-2004	1760-04
23-Jul-2004	2643-03, 913-03
26-Jul-2004	2043-03
12-Ago-2004	2067-04, 2128-04, 2164-04, 2212-04, 2249-04
24-Ago-2004	1055-04
31-Ago-2004	1751-04
02-Sep-2004	1553-03
06-Sep-2004	2101-04
04-Oct-2004	2145-04, 2434-04, 2624-04
21-Oct-2004	1768-04, 2993-03
25-Nov-2004	2822-04
09-Dic-2004	2798-04
28-Dic-2004	2933-04, 2934-04, 3563-04, 3663-04
29-Dic-2004	4045-04, 4069-04, 4095-04, 4124-04, 4247-04, 4262-04
21-Ene-2005	549-04

II CONCURSO NACIONAL DE ENSAYOS JURIDICOS 2009
TRABAJOS GANADORES



09-Feb-2005	473-05
10-Feb-2005	0228-05
18-Feb-2005	129-05, 198-05
28-Feb-2005	9725-05
04-Mar-2005	0553-05, 565-05
17-Mar-2005	1073-05, 1086-05, 1196-05, 830-05
13-Abr-2005	1197-05, 1258-05
26-Abr-2005	1558-05
28-Abr-2005	2029-05
29-Abr-2005	1774-05, 1905-05, 2032-05, 615-05
07-May-2005	2497-05
10-May-2005	2042-05, 2076-05
11-May-2005	1979-05
16-May-2005	1908-05, 2289-05
17-May-2005	2504-05
31-May-2005	4644-04
10-Jun-2005	1915-05
21-Jun-2005	2289-04
25-Jun-2005	4447-05
27-Jun-2005	3256-05, 3392-04, 3426-05, 3481-05
07-Jul-2005	828-05
08-Jul-2005	3551-05, 3880-05
21-Jul-2005	0019-05, 1939-04,
25-Jul-2005	4444-05, 4448-05
06-Ago-2005	3390-05
08-Ago-2005	3791-05
12-Ago-2005	4677-05
18-Ago-2005	4569-05
25-Ago-2005	474-05
29-Ago-2005	5694-05, 5942-05, 6136-05
12-Sep-2005	6231-05
29-Sep-2005	5241-05
17-Oct-2005	6584-05, 6688-05, 6757-05, 6763-05, 7021-05, 7068-05, 7361-05
21-Oct-2005	5291-05
24-Oct-2005	2591-05
07-Nov-2005	5836-05
14-Nov-2005	8123-05, 8125-05, 8322-05, 8323-05
24-Nov-2005	8816-05
29-Nov-2005	88-11-05
06-Dic-2005	2986-04, 9016-05
04-Ene-2006	5815-05
06-Ene-2006	9674-05, 9723-05
18-Ene-2006	8508-05
06-Feb-2006	9264-05
22-Feb-2006	0932-06, 1161-06

II CONCURSO NACIONAL DE ENSAYOS JURIDICOS 2009
TRABAJOS GANADORES



23-Feb-2006	8595-06
13-Mar-2006	2005-06
16-Mar-2006	1923-06
28-Mar-2006	0833-06
17-Abr-2006	2290-06, 2346-06, 2526-06, 2714-06
12-May-2006	3411-05
18-May-2006	2243-06
22-Jun-2006	4748-06, 7944-05
07-Jul-2006	0174-06, 8817-05
14-Jul-2006	3485-05
27-Jul-2006	7624-05
04-Ago-2006	1175-06, 1917-06, 8506-05
24-Ago-2006	6838-06
29-Ago-2006	0839-06, 1943-06, 2345-06, 3015-06, 6253-06, 6779-05
11-Sep-2006	5890-06
19-Sep-2006	6034-06
06-Oct-2006	9727-05
19-Oct-2006	6063-06
15-Nov-2006	5068-06
27-Nov-2006	7849-06, 9221-06, 9440-06
11-Dic-2006	4989-06
15-Dic-2006	0012-06
12-Ene-2007	10364-06
16-Ene-2007	10275-06, 10612-06
19-Ene-2007	014-06
07-Feb-2007	10192-06
15-Feb-2007	5228-06
23-Feb-2007	3345-06, 3965-06
26-Feb-2007	6439-06
27-Feb-2007	3013-06, 8278-05
06-Mar-2007	10499-06, 9826-06
12-Mar-2007	0647-06
14-Mar-2007	6648-06
23-Mar-2007	2700-06
27-Mar-2007	6840-06, 9291-06
28-Mar-2007	06602-06
29-Mar-2007	2525-06
30-Mar-2007	092-07, 10368-06, 1132-07, 1157-07, 1379-07, 1386-07, 1414-07, 1937-06, 349-07
04-Abr-2007	0768-06
05-Abr-2007	1014-07, 5175-06
12-Abr-2007	7357-06, 8587-06
16-Abr-2007	2860-06
17-Abr-2007	6033-06
18-Abr-2007	10366-06, 6936-06, 7355-06

II CONCURSO NACIONAL DE ENSAYOS JURIDICOS 2009
TRABAJOS GANADORES



24-Abr-2007	1377-07
27-Abr-2007	1218-07
19-May-2007	8453-05
09-Jul-2007	1155-07, 6086-06
23-Ago-2007	2930-07
24-Ago-2007	1568-07
26-Ago-2007	9544-06
29-Ago-2007	2492-07
11-Sep-2007	2283-06
07-Nov-2007	790-07
13-Nov-2007	3553-07
19-Nov-2007	1294-07, 998-07
23-Nov-2007	8841-06
28-Nov-2007	7219-06

SEGUNDO PUESTO

Triple Empate

“La negociación penal en referencia al rol negociador del Fiscal en los acuerdos de terminación anticipada”

Dr. OTTO SANTIAGO VERAPINTO MARQUEZ

LA NEGOCIACIÓN PENAL EN REFERENCIA AL ROL NEGOCIADOR DEL FISCAL EN LOS ACUERDOS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. II. DESARROLLO DEL ENSAYO. II.1. NEGOCIACIÓN PENAL EN LOS SISTEMAS COMPARADOS. II.1.1. SISTEMA NORTEAMERICANO. II.1.2. SISTEMA EUROPEO CONTINENTAL. II.1.3. SISTEMA LATINOAMERICANO. II.1.3.1. EN CHILE. II.1.3.2. EN ARGENTINA. II.1.3.3. EN COLOMBIA. II.2. CRÍTICAS A LA JUSTICIA NEGOCIADA. II.3. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA JUSTICIA NEGOCIADA. II.4. NEGOCIACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL PERUANO. II.4.1. PRELIMINARES. II.4.1.1. DEFINICIÓN DE TERMINACIÓN ANTICIPADA. II.4.1.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TERMINACIÓN *ANTICIPADA*. II.4.2. ÁMBITOS NEGOCIABLES EN LA TERMINACIÓN ANTICIPADA. II.4.3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. II.5. EL FISCAL EN LA NEGOCIACIÓN PENAL. II.5.1. GENERALIDADES. II.5.2. ETAPAS DE LA NEGOCIACIÓN PENAL. II.5.2.1. ETAPA PRE- NEGOCIADORA. II.5.2.2. ETAPA NEGOCIADORA O NEGOCIACIÓN PROPIAMENTE DICHA. II.5.2.3. ETAPA CONCLUSIVA DE LA NEGOCIACIÓN. II.5.3. VALORES Y ACTITUDES DEL FISCAL NEGOCIADOR. II.5.4. EL ABOGADO DEFENSOR EN LA NEGOCIACIÓN PENAL. II.5.5. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA NEGOCIACIÓN. II.5.6. ESTILOS DE NEGOCIACIÓN. II.5.7. INTELIGENCIA EMOCIONAL EN LA NEGOCIACIÓN. II.5.8. FORMA Y CONTENIDO DEL ACUERDO PROVISIONAL. II.5.9. PREVENCIÓN GENERAL Y ESPECIAL EN LA NEGOCIACIÓN FISCAL. II.5.10. PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA NEGOCIACIÓN PENAL. II.5.11. LA NECESIDAD DE REGULAR LA NEGOCIACIÓN PENAL. III. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS. III.1. A MODO DE CONCLUSIÓN. III.2. ALGUNAS SUGERENCIAS: REGLAS DEL FISCAL NEGOCIADOR. IV. BIBLIOGRAFÍA. IV.1. LIBROS. IV.2. RECURSOS ELECTRÓNICOS IV.3. NORMAS Y CÓDIGOS. V. ANEXOS.

INTRODUCCIÓN

Frente a la demanda de una mayor eficacia por parte de la administración de justicia penal en la resolución de conflictos, la mayoría de países Latinoamericanos han optado por reformar su Sistema Procesal Penal, tomando como referente el impacto positivo que ha traído en otros países la práctica de nuevas instituciones procesales, proclives a restarle al Estado tareas que tradicionalmente han sido parte de su resorte, como el ejercicio del monopolio de la persecución penal.

En el Perú, el Código Procesal Penal del 2004, en fase de implementación y vigente en los distritos judiciales de Huaura, La Libertad, Tacna, Moquegua, Arequipa, Tumbes, Piura, Lambayeque, Cuzco, Puno y Madre de Dios, pretende acabar con una justicia de trámites engorrosos, tardía e ineficaz que deja en muchos casos una sensación de corrupción e impunidad que afecta enormemente la imagen de los operadores de justicia, poniendo en práctica procesos especiales como la terminación anticipada.

La gran novedad del Código Procesal Penal del 2004 en lo que se refiere al llamado proceso de terminación anticipada es haber introducido la posibilidad de aplicarlo a toda clase de delitos. La experiencia peruana anterior en esta materia restringió la aplicación de la terminación anticipada del proceso al ámbito de ciertos delitos como los de Tráfico Ilícito de Drogas, previstos en el Artículo

296, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal, y los delitos aduaneros regulados por la Ley N°26421. Entonces podemos decir que este procedimiento no es una experiencia inédita dentro del libro reservado a los denominados procesos especiales. La introducción del proceso de terminación anticipada responde a una decisión político-criminal que parte de la constatación del desbordamiento de los sistemas de impartición de justicia y el fracaso del uso exclusivo de los modelos de procesamiento tradicionales. La deslegitimación de nuestro sistema de administración de justicia en el ámbito penal tiene que ver con la ineficacia demostrada a lo largo de los años por los mecanismos procesales utilizados por el Estado en el procesamiento y juzgamiento de los delitos, ineficacia que se traduce dramáticamente en la enorme carga procesal no satisfecha por los órganos jurisdiccionales y, de alguna manera, también en el inhumano hacinamiento de nuestras cárceles que en su mayoría están pobladas por reos sin condena⁸⁸.

El proceso especial de terminación anticipada se encuentra regulado en el Artículo 468 del referido cuerpo legal. Esta institución es un negocio jurídico procesal regido por los criterios de transacción, en virtud del cual las partes (acusadora e imputada) disponen de la pretensión penal, extinguiendo el ejercicio de la acción punitiva. Para el Tribunal Constitucional es un acuerdo entre el procesado y la fiscalía con admisión de culpabilidad de alguno o algunos de los cargos que se formulen, permitiéndolo al encausado la obtención de la disminución punitiva⁸⁹.

Es el carácter adverso del nuevo modelo procesal penal el que ha propiciado que se instaure la denominada “justicia penal negociadora”, en la que términos como negociación y acuerdo tienen una utilización constante.

La terminación anticipada permite en esencia que, a iniciativa del Fiscal o del imputado, se lleve a cabo una audiencia especial y privada con la finalidad de encontrar un acuerdo respecto de la pena, reparación civil y demás consecuencias accesorias del ilícito penal; respondiéndose, de esta forma, a la exigencia social.

Prueba de ello es que dentro del tercer año de vigencia del Código Procesal Penal del 2004 en Huaura, la negociación de las penas a través del proceso especial de terminación anticipada es y sigue siendo mayoritariamente aceptada como mecanismo alternativo para concluir el proceso penal, tanto por el Ministerio Público, la Defensoría Pública como privada y el Poder Judicial, conforme a la estadística que establece que la institución procesal penal de terminación anticipada es la más relevante porque representa el porcentaje más alto de los requerimiento fiscales.

Para Milton Heumann tal es la significación práctica de la terminación anticipada que se corre el riesgo de que nuestros tribunales, en un futuro no muy lejano, terminen convirtiéndose en tribunales de mera negociación más que en tribunales penales⁹⁰.

La terminación anticipada⁹¹, según Reyna Alfaro, tiene su origen en el *plea bargaining* o acuerdo negociado norteamericano, que es desarrollado en Estados Unidos desde hace unos cien años y

⁸⁸ GALVEZ VILLEGAS, Tomás; RABANAL PALACIOS, William y CASTRO TRIGOSO, Hamilton. (2008). *El Código Procesal Penal comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Primera Edición. Juristas Editores, p. 885.

⁸⁹ Ver <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00855-2003-HC.html>

⁹⁰ HEUMANN, Milton; citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel. (2009). *La terminación Anticipada en el Código Procesal Penal*. Primera Edición., Jurista Editores, p. 16.

⁹¹ Dado que la terminación anticipada es una novedad procedimental se le han dado diferentes denominaciones. Entre ellas tenemos la italiana, que la conoce como procedimientos especiales, al igual como se le conoce en el Código tipo para América latina. En Estados Unidos se le conoce con la figura de *plea bargaining* o alegaciones preacordadas de

con reconocimiento pleno por la Jurisprudencia del Supremo Tribunal desde hace más de treinta años, precisa que es una suerte de transacción judicial previa al inicio del juzgamiento (juicio oral), y es en efecto una transacción en la medida que los sujetos procesales involucrados (Ministerio Público y acusado) se otorgan recíprocas concesiones: el imputado negocia el reconocimiento de su culpabilidad y el Ministerio Público negocia una posible reducción considerable de la pena⁹².

El legislador peruano ha optado por la importación de este mecanismo procesal de la tradición jurídica anglosajona, que forma parte del fenómeno expansivo del procedimiento penal norteamericano al que alude Schunemann⁹³ o a lo que Reyna Alfaro ha etiquetado como la americanización del proceso penal peruano⁹⁴. Recientemente el autor costarricense Juan Rivero Sánchez, destacando la utilización de la fórmula de los restaurantes de comida rápida en ámbitos sociales diversos como el derecho, sostiene la existencia de una “mcdonalización de la justicia penal”, por compartir los mismos criterios de racionalización del negocio de comida McDonalds, sintetizados en cuatro criterios:

- Eficacia. Se pasa de un estado de necesidad a un estado de satisfacción de la necesidad.
- Cálculo. Supone la exigencia de la prestación del servicio en el menor tiempo posible.
- Previsibilidad. La gente sabe qué esperar, no tendrá sorpresas.
- Control. Obligación de respetar las normas y pautas preestablecidas⁹⁵.

El proceso especial de terminación anticipada, precisamente, responde a estos factores de racionalización descritos cuando ante la producción de un evento criminal la sociedad y, especialmente la propia víctima, espera una respuesta rápida de la justicia formal.

La influencia del derecho anglosajón, sin embargo, ha significado un choque cultural que, a diferencia de la discusión comparada e histórica de otras tradiciones jurídicas como por ejemplo las europeas (España frente al derecho alemán, o Alemania frente a Estados Unidos), no ha permitido aclimatar de manera racional las reformas judiciales. En efecto: las reformas legales le han dado importancia mayúscula a la oralidad en los procedimientos, a la presencia de los institutos de aceleración o culminación procesal anticipada, e incluso se nota una tendencia severa a la privatización de la justicia en otros sectores por la vía de la negociación de penas.

Así, no han faltado críticas a esta forma de convenir en el ámbito del Derecho Penal público, ajena al principio dispositivo: desde su inconstitucionalidad por vulneración del principio de inocencia, pues se pasa a condenar anticipadamente al imputado por su aceptación de cargos, hasta la violación del debido proceso, por cuanto se le impide ir a juicio.

Se cuestiona además, por ejemplo, la respuesta ambivalente: se trata con severidad a quien, siendo inocente, se declara culpable para reducir el riesgo de una pena más grave, y se trata con

culpabilidad; en España, como conformidad y en Portugal como suspensión provisional del proceso. En el modelo colombiano se le conoce como preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado y acusado.

⁹² GACETA JURÍDICA. (2007). “Actualidad Jurídica”. En: *Gaceta Jurídica*. Tomo 158, enero 2007. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, pp. 130-131.

⁹³ REYNA ALFARO, Miguel. Op. Cit., p. 91.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 123.

⁹⁵ RIVERO SÁNCHEZ, Juan. (2004). *Episteme y Derecho. Una exploración jurídico penal*. Granada, Comares, p. 208.

indulgencia a quien, siendo responsable, se vale de la aceptación de cargos para recibir una pena menor. Los acuerdos negociados -se critica- no realizan el ideal de la justicia y desplazan el conocimiento de la verdad material por el consenso del imputado.

Con relación a la indulgencia con que se trataría al verdaderamente culpable a través del *plea bargaining*, los estudios realizados al respecto dan cuenta de la existencia de una sensación colectiva en virtud de la cual, los acuerdos colectivos implicarían un trato suave frente al crimen. Esta percepción de condescendencia con el delito se produciría no solo desde la perspectiva social, sino que involucraría también la visión del imputado⁹⁶.

En éste orden de ideas, si bien la terminación anticipada abre las puertas a instituciones como la justicia penal negociada -cuya utilización implica el cambio de perspectivas y paradigmas sobre la función del Derecho Penal y la persecución del delito- su práctica requiere nuevas técnicas y estrategias de negociación para arribar a acuerdos que la ley faculta, donde los negociadores deberán desarrollar habilidades propias, deben fijar sus intereses mutuos y plantear una serie de propuestas aplicables al caso, para que ambos se vean beneficiados con los posibles resultados, logrando una satisfacción conjunta producida por una solución también conjunta⁹⁷.

Se redefine, de esta manera, el rol del Fiscal Penal como “negociador”, lo que implica un Fiscal diseñador de una estrategia, analítico en los hechos y en la determinación de fortalezas y debilidades de la teoría que tiene sobre el caso que le permita lograr un negociación de acuerdo a los intereses estatales, compatibilizando con los intereses del imputado y la víctima en un marco de cautela de la protección de los bienes jurídicos protegidos.

El Fiscal negociador deberá, además, tener como perfil el conocimiento fáctico, jurídico y probatorio del caso; contar con una estrategia o plan de trabajo; inteligencia emocional en la toma de decisiones, así como respeto, transparencia y ética en su relación con el imputado y el abogado defensor.

La relevancia de la aplicación del instituto de la terminación anticipada es, precisamente, la razón de ser del presente ensayo, donde precisamos el estudio de la negociación fiscal conforme a las normas del Código Procesal Penal del 2004, teniendo en cuenta la doctrina extranjera y las principales características controversiales en la aplicación del referido instituto en nuestro país, finalizando con algunas sugerencias.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

“Del preso sin condena al condenado sin juicio”.
Alberto Binder.

En el sistema penal de impartición de justicia impera el principio de oficialidad, por el cual el Estado se reserva la titularidad del ejercicio de la acción penal. Vinculado con la oficialidad de la acción penal rige también el principio de legalidad que implica, en términos generales, la sujeción del

⁹⁶ GACETA JURÍDICA. (2007). Op. Cit.

⁹⁷ UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando *Técnicas de Negociación de Acuerdos en el Nuevo Código Procesal Penal*. Instituto de Ciencia Procesal, p. 2.

órgano persecutor a la rigidez de la Ley, de tal manera que el Ministerio Público, llegado el caso y si éste cumple con los requisitos pertinentes, estaría constreñido a investigar y a instar el juzgamiento mediante la presentación de la acusación ante el órgano jurisdiccional.

Adicionalmente, bajo el imperio de este principio, no sería posible interrumpir el curso de la persecución penal que deberá culminar necesariamente con la decisión judicial definitiva. Una aplicación cerrada y dogmática de dichos criterios implicaría perder la ocasión de contemplar la vigencia del principio de oportunidad, que es el opuesto dialéctico del principio de legalidad, en orden a buscar o explorar fórmulas de consenso que permitan poner término anticipadamente a la persecución penal. En este contexto, el proceso de terminación anticipada se erige como una herramienta de celeridad procesal que privilegia el principio de oportunidad sobre el de legalidad para posibilitar un mecanismo de negociación entre el Fiscal y el imputado que, previa aprobación judicial, conduzca a la culminación del proceso sin necesidad de ir al juicio oral. En tal sentido, el Código faculta al Fiscal y al imputado a solicitar al Juez de la investigación preparatoria la celebración de una audiencia de carácter privado, por única vez, después de dictada la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria. En dicha audiencia, con asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado junto con su abogado defensor, se discutirá fundamentalmente la solicitud conjunta y el acuerdo provisional sobre la pena, la reparación civil y las demás consecuencias accesorias a que hayan arribado el Fiscal y el imputado antes de requerir la celebración de la audiencia. El sentido del mecanismo de terminación anticipada es posibilitar la negociación entre quien sostiene la imputación y quien la resiste, con miras a lograr acuerdos concretos que permitan la culminación rápida del procedimiento⁹⁸.

Así, con la vigencia del Código Procesal Penal del 2004, el Ministerio Público se erige como uno de los protagonistas centrales del nuevo modelo procesal penal, pues es responsable no sólo de dirigir la investigación de los delitos, acusar a los presuntos responsables, probar en juicio tal responsabilidad; sino también de ejercitar facultades negociadoras y de simplificación procesal. Este nuevo modelo procesal penal, para racionalizar la persecución del delito, le otorga al Fiscal determinadas facultades para optar por salidas alternativas; es el caso del procedimiento especial de terminación anticipada, la aplicación del principio de oportunidad -entre otros-.

El presente ensayo desarrolla el nuevo rol o guión “negociador” de acuerdos que asume el Fiscal en la práctica del instituto de la terminación anticipada, regulada escasamente en los Artículos 467 al 471 del Código Procesal Penal. Considero escasa su regulación en tanto esta salida alternativa prescinde de una fase tan importante como es el juicio oral, definida no sólo como la fase principal del proceso penal sino como la esencial, pues es donde se tiene que realizar la actividad probatoria que deberá sustentar la decisión sobre el fondo, fase a la cual le sirven los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, tal como lo prescribe el inciso 1 del Artículo 356 del citado Código.

Ocorre, además, que nuestro ordenamiento procesal penal no desarrolla aspectos sumamente relevantes como ¿frente a qué delitos se puede arribar a una terminación anticipada?, ¿cómo negociar la pena y la reparación civil?, ¿qué formalidades esenciales debe contener el acuerdo de terminación anticipada?, ¿deberá participar la víctima en la celebración de la terminación anticipada?, ¿existen límites para negociar con un mismo imputado?, ¿existe una política institucional que atender?; estas y otras interrogantes no son esclarecidas por nuestro Código

⁹⁸ GALVEZ VILLEGAS, Tomás; RABANAL PALACIOS, William y CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Op. Cit., pp. 885 y 886.

Procesal Penal que únicamente señala en el Artículo 468, entre otras cosas, que “*El Fiscal y el imputado **podrán** presentar una solicitud conjunta y un acuerdo provisional sobre la pena y la reparación civil y demás consecuencias accesorias...*”.

De la lectura del citado artículo se colige que la presentación de un acuerdo provisional sobre la pena por parte del Fiscal y del imputado es facultativa, otorgándose -de esta manera- discrecionalidad al Fiscal a cargo de la investigación para recurrir a la práctica de esta salida alternativa.

Nuestra legislación procesal penal, al no haber establecido restricción alguna para la aplicación de la terminación anticipada indica que ésta se puede celebrar frente a cualquier delito, a diferencia de las fuentes originarias como Italia, España, Colombia y Chile donde está restringida a determinado tipos penales por su *quantum* punitivo, utilizándose en la leve y mediana criminalidad.

En este orden de ideas, dado al deficiente marco regulador de la terminación anticipada y no existiendo criterios uniformes de actuación que permitan controlar su funcionamiento, considero que la discrecionalidad del Fiscal negociador debe responder a una política institucional definida expresamente. Por tanto, el Ministerio Público debería estandarizar los términos de la negociación fiscal a nivel institucional conforme al criterio de jerarquía y unidad de criterio en la actuación fiscal que establece el Artículo 5 de La Ley Orgánica del Ministerio Público y propugnar que la negociación defina una estrategia no sólo en términos de legalidad sino también en niveles comunicacionales, emocionales, de evaluación de impacto en el contexto socio económico, y de revalorización de la víctima, adecuándolo siempre a un sistema de garantías que comprende el proceso penal.

Actualmente y pese a la falta de reglamentación de esta figura procesal, desde la vigencia del Código Procesal Penal del 2004 el mecanismo alternativo de conclusión del proceso penal ha sido el procedimiento de terminación anticipada por excelencia, así lo reportan los informe anuales de los distritos judiciales de Huaura, Trujillo, Tacna, Moquegua y Arequipa⁹⁹.

En este contexto parece ser premonitoria la expresión de Binder: “*del preso sin condena al condenado sin juicio*”, puesto que en el escenario penitenciario del país se ha revertido la situación de los internos de los penales de procesados a sentenciados, según lo demuestran las estadística del INPE¹⁰⁰ y, analizando entre líneas los cuadros estadísticos, tenemos que la aplicación de la terminación anticipada es igual o mayor a la práctica de los principios de oportunidad y acuerdos reparatorios durante el período 2006-2008 en Huaura, convirtiendo a esta institución en una forma regular u ordinaria del procesamiento penal.

Nadie discute que las instituciones de la justicia procesal penal acogidas en el Código Procesal Penal del 2004 están demostrando una gran capacidad de rendimiento cuyos alcances conoceremos con el paso del tiempo; lo que no podemos dejar de lado son las evaluaciones, ya que sólo través de una permanente evaluación del Código se logrará su optimización, debiendo éste aclimatarse a nuestra peculiar realidad multicultural, social, económica, étnica y política, en beneficio de la justicia penal en el Perú.

⁹⁹ En: <http://www.pj.gob.pe>

¹⁰⁰ En: <http://www.inpe.gob.pe/portal/estadisticas>

Podemos comenzar esa larga tarea pretendiendo facilitar soluciones jurídicas en ese desafío institucional que tiene el Ministerio Público como titular de la acción penal, ofreciendo soluciones a los problemas interpretativos que pueda abrigar la nueva regulación; por tanto este ensayo propone que se dicten -por parte de la Fiscalía de la Nación- pautas, reglas y buenas prácticas, ahora muy usadas, de trabajo fiscal en la negociación dentro del procedimiento especial de terminación anticipada, cuyo propósito sea “*no sacrificar la veracidad para lograr la eficacia, sino alcanzar un sano equilibrio entre ambas*”, y precisar que a mayor discrecionalidad del Fiscal, mayor responsabilidad funcional y, consecuentemente, mayor control institucional

II. DESARROLLO DEL ENSAYO.

II.1. NEGOCIACIÓN PENAL EN LOS SISTEMAS COMPARADOS.

II.1.1. Sistema norteamericano

Iniciaré el desarrollo del ensayo con el estudio del sistema procesal penal norteamericano que representa, según B. Schunemann¹⁰¹, un mayor desarrollo del procedimiento penal por parte de las partes, en el cual inicialmente la víctima o su familia acusaban al autor ante los tribunales del rey. Esta estructura de la decisión de un conflicto de partes por un Juez imparcial se ha mantenido en los Estados Unidos. En el *adversary system* la práctica de la prueba va a depender de las partes, las que se encargan de presentar a los testigos y tomarles la declaración; el control de la misma corre a cargo del Juez profesional (*bench*), pero éste no participa personalmente de la decisión sobre la culpabilidad y, en caso de una condena por parte del Jurado (*veredict*), debe fijar finalmente la pena (*sentence*).

De acuerdo a la estructura de un proceso de partes, el acusado puede llegar a prescindir completamente de la audiencia sobre la cuestión de culpabilidad y, con ello, también de la prueba si desde el principio se declara culpable. Su *guilty plea* sustituye entonces la determinación de su culpabilidad judicial y resulta inmediatamente el fundamento para la determinación de la pena. Como apunta Shunemann, en este nuevo modelo de procedimiento denominado *plea bargainig* negocia la Fiscalía y la defensa luego del reconocimiento de culpabilidad del acusado; es decir, en cierta forma, se consensúa una considerable reducción de la pena a través del reconocimiento de culpabilidad, de manera formal o informal con el tribunal. Esta práctica se viene desarrollando desde hace más de cien años, en un principio, sin la aprobación del legislador o de los altos tribunales. Hoy está reconocida legalmente en los Estados Unidos y en los estados federales; finalmente su constitucionalidad ha sido confirmada expresamente por la Suprema Court en una serie de resoluciones.

Para Richard Vogler¹⁰², el *guilty plea* es el método principal en la gestión y disposición de un caso en los países del *common law*, donde la justicia criminal es “consensuada” en su inmensa mayoría. El referido autor comenta que un estudio del Departamento de Justicia de

¹⁰¹ SHUNEMANN, B. “¿Crisis del Procedimiento Penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo? Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania”. Cuadernos de CGPJ 8, pp. 49 y ss.

¹⁰² VOGLER, Richard. “Justicia Consensuada y Proceso Penal”. En: *Revista Jurídica de ESMP*. N°2. Instituto de Ciencia Procesal Penal, pp. 220.

los Estados Unidos, publicado en 1999, mostró que el 94% de las actas de condena de los 75 principales condados de los Estados Unidos fueron obtenidas con el *guilty plea*, y el 20% procedían por delito grave. En Inglaterra y Gales el 92% de los 1.8 millones de acusados que comparecieron en los *Magistrales Courts* (tribunales inferiores) se declararon culpables mientras que el 73% de la cifra bastante inferior lo hizo en los *Crown Courts* (tribunales superiores).

II.1.2. Sistema Europeo Continental

Surge como consecuencia del sistema inquisitivo, en el cual el acusado era el único objeto del proceso de instrucción llevado a cabo por jueces estatales. Este tipo de proceso se desarrolló fundamentalmente, por un lado, a través de una división de tareas ante el Tribunal y la Fiscalía como la autoridad acusadora, modelo creado por primera vez en Francia; por otro lado, mediante el Juez que identifica personalmente las pruebas y tiene encomendada la tarea de buscar la verdad material y, de oficio, impulsar la acción penal del Estado una vez interpuesta la acusación, sin que la Fiscalía ni el acusado tengan ya ningún tipo de derecho de disposición. La práctica de la prueba y la determinación de la sentencia, por tanto, no pueden ser reemplazadas por el reconocimiento formal de la culpabilidad del acusado o, dicho de otra manera, cabe pensar en la instauración de un *plea bargaining*¹⁰³.

Como apunta Schunemann¹⁰⁴, hasta hace pocos años el sistema continental aún era considerado como el más moderno: no sólo era el más adecuado para combatir la criminalidad, sino que resultaba compatible con los propios fundamentos normativos del Estado.

El procedimiento norteamericano, por el contrario, se entendía como poco adecuado, especialmente para combatir la criminalidad organizada. Además la verdad formal por él garantizada no podía asegurar una ejecución material justa del Derecho Penal, porque no garantizaba un tratamiento igualitario de autorías de similar culpabilidad. Por ello en Estados Unidos diversos autores como Thiunaut y Walter llamaron la atención respecto de mejores garantías en la búsqueda de la verdad del sistema europeo; Alchuler y otros sostuvieron que se consideraba cada vez más desvalorizado el instituto del *plea bargaining*.

Creemos sin embargo, que durante estos últimos años se ha ido produciendo un movimiento que habla del proceso penal oportuno frente al proceso penal necesario, casi como dos coordenadas fundamentales dentro de las que se incardinan los sistemas antes citados.

Desde principio de los años 70, señala Schunemann¹⁰⁵, se presentan síntomas externos de crisis permanentes en el procedimiento penal alemán. Se ha llegado a promulgar casi 40 leyes de reforma sobre procedimiento penal en el curso de 18 años. Básicamente los problemas que se han llegado a presentar en Alemania derivan de su dificultad de aplicación práctica, de la gran afluencia de procesos y duración de los mismos, todo ello derivado de la limitada capacidad de resolución que impone un sistema judicial altamente formal, en el que se exige la veracidad por encima de la efectividad y la rapidez. Después de que las

¹⁰³ BARONA VILAR, Silvia. (1994). *La conformidad en el Proceso Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 28.

¹⁰⁴ SHUNEMANN, B. Op. Cit., p. 50.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p 51.

extensiones legales del principio de oportunidad y de las distintas medidas aceleratorias no resultan suficientes, la práctica judicial alemana ha encontrado una solución radical propia, que se mantuvo durante muchos años encerrada en torres de silencio y que recientemente, en los últimos años, ha surgido a la luz de la opinión pública. Justo aquí es donde entran a jugar un papel decisivo los acuerdos en el proceso penal, que van a reducir el alto número de causas, los problemas de la práctica de la prueba en los procesos muy voluminosos y el cuello de botella de la acumulación de la vista pública. Estos acuerdos informales operan de forma similar al *plea bargainig* de los Estados Unidos, con una diferencia: en Alemania no se trata de acuerdos formales sino solo de aquellos acuerdos que se basan en la confianza y, por otro lado, el acusado no se declara culpable (*guilty plea*), sino que formaliza una confesión que es valorada por el Tribunal como el medio de prueba general para su culpabilidad. Lo que en Alemania fue producto de una práctica judicial ha sido introducido en España e Italia por los propios legisladores.

Así la LECRIM española prevé esta posibilidad tras la ley de 1988, siempre que el Fiscal no solicite en su escrito de acusación una petición de pena que supere los seis años de pena privativa de libertad; o acuerdos entre la acusación, la defensa y el acusado en sus diversas manifestaciones. Desde la nueva regulación existe también la posibilidad de que la Fiscalía presente en la vista una acusación disminuida respecto de su acusación originaria o que el Tribunal reconozca una disminución de la pena, con lo cual se ha logrado introducir también en el juicio oral un espacio para el *plea bargaining*.

Más profunda es la reforma producida en el ordenamiento procesal italiano, que entró en vigor el 24 de octubre de 1989. La nueva ley procesal ha creado un sistema acusatorio basado en el procedimiento de partes americano, introduciendo el *plea bargainig* que, en su concepción particular, supera en parte al modelo americano aunque su ámbito de aplicación está limitado a la criminalidad baja y mediana. Según esto, la aplicación de la pena a petición de las partes alcanza a las penas privativas de la libertad de hasta dos años y tanto el Fiscal como el acusado pueden solicitar, de acuerdo entre sí, que el Tribunal imponga una pena reducida de hasta un tercio respecto de la que concretamente le hubiese correspondido al autor del delito.

II.1.3. Sistema Latinoamericano

En el marco de la reforma procesal penal, la mayoría de países latinoamericanos ha venido introduciendo instituciones o figuras que se apartan del modelo europeo-continental -basado en el respeto al principio de legalidad procesal-, intentando aproximarse al modelo anglosajón del consenso y la justicia negociada.

Esto se produce en un contexto en el cual el incremento del índice de criminalidad pone en evidencia la imposibilidad material de investigar todos los delitos que ingresan al sistema de justicia penal, así como la incapacidad del sistema penal de hacer frente a los problemas derivados de la sobrecarga procesal, y la excesiva duración de los procesos penales. Pero la implementación de mecanismos de selección no sólo tiene como objetivo la descarga procesal sino, además, la rápida definición de la situación jurídica del imputado y la oportuna reparación de la víctima. Es por ello que los países en reforma se han preocupado por diseñar mecanismos que coadyuven a acortar los plazos procesales; implementando

procedimientos de solución temprana, criterios de oportunidad, así como otras medidas de simplificación.

Los mecanismos de solución temprana funcionan como filtros para impedir que las denuncias sin mérito o con insuficientes elementos de incriminación, ingresen al flujo de causas. Entre las diversas expresiones del principio de oportunidad, además de la celebración de acuerdos relativos a una persecución penal eficiente, se incluye la posibilidad de desestimar casos, esto es, extraerlos tempranamente del sistema cuando no se han obtenido elementos incriminatorios suficientes o éstos deben ser dilucidados en otras vías.

Dentro de los denominados mecanismos de simplificación encontramos:

- La suspensión condicional del proceso, que permite paralizar el proceso durante un período, tiempo en el cual se somete al imputado al cumplimiento de determinadas reglas a cambio de extinguir la acción penal si es que las cumple.
- El acuerdo reparatorio, que permite extinguir la acción penal en aquellos delitos de mínima lesividad, cuando imputado y víctima se ponen de acuerdo en el resarcimiento por el daño sufrido.
- El procedimiento abreviado, que permite al Juez dar por concluido el proceso penal cuando el imputado acepta los hechos imputados y llega a un acuerdo con el Fiscal, respecto a la pena y la reparación civil.

En la base de estas salidas alternativas se encuentran ideas tales como la composición del conflicto y la reparación del daño a la víctima, así como la necesidad de racionalizar los recursos públicos en la persecución del delito, estableciendo criterios racionales de persecución penal pública y sistemas diferenciados de solución de los conflictos, en atención a su mayor o menor gravedad.

Se debe tener en cuenta que el éxito en la aplicación de estas medidas depende no sólo del poco tiempo de respuesta del sistema en la atención de estos casos, o de la conformidad de las partes con la medida adoptada; también es importante identificar en qué tipo de delitos se vienen aplicando estas salidas¹⁰⁶.

II.1.3.1. En Chile

La provisión del procedimiento abreviado respondió a la necesidad de contar con una vía más rápida y económica de enjuiciamiento “con el fin de favorecer la eficacia en una cantidad importante de casos” o, dicho en otros términos, para acortar procedimientos, ahorrándose los costos y las demoras del mismo en aquellos casos en que no parezca necesario realizar un juicio debido a que no existe controversia fundamental entre el acusador y el imputado respecto de los hechos que constituyen las imputaciones materia del proceso.

Este pacto sobre el procedimiento es procedente cuando el Fiscal requiere en su acusación la imposición de una pena privativa de la libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualquier otra pena de distinta

¹⁰⁶ ORÉ GUARDIA, Arsenio y RAMOS DÁVILA, Liza. *Aspectos comunes de la Reforma Procesal Penal en América Latina*. En: www.incipp.org.com, pp. 21 y 22.

naturaleza, cualquiera fuera su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas (Artículo 406, inciso 1 del CPP)¹⁰⁷.

II.1.3.2. En Argentina

El Artículo 415 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba contempla el denominado procedimiento abreviado que tiene como presupuesto la confesión “circunstanciada y llana” de culpabilidad por parte del imputado. En tal caso “*podría omitirse la recepción de la prueba tendiente a acreditarla, siempre que estuviesen de acuerdo el Tribunal, el Fiscal y los defensores*”. Por consiguiente, “*la sentencia se fundará en pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria y no se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la pedida por el Fiscal*”. Lo mismo ocurre en el Código Procesal Argentino¹⁰⁸.

II.1.3.3. En Colombia

El Código de Procesamiento Penal colombiano de 1991, Decreto N°2700, regulaba en su Artículo 37 la figura de la terminación anticipada del proceso¹⁰⁹.

El estatuto procesal consagraba dos formas de terminación abreviada del proceso: la sentencia anticipada y la audiencia especial. A diferencia de la preclusión de la investigación y la cesación de procedimiento, estos casos no constituyen una forma de extinción de la acción penal, porque simplemente se trata de abreviar la ritualidad procesal para proferir sentencia condenatoria de algunas actuaciones; por ejemplo, del cierre de

¹⁰⁷ HORTIZ LENNON, María Inés y MASLE LÓPEZ, Julián. (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, p. 523.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 508.

¹⁰⁹ **Terminación anticipada del proceso.** Artículo 37.- A iniciativa del Fiscal o del sindicato, el Juez podrá disponer en cualquier momento, desde que se haya proferido resolución de apertura de la investigación y antes que se fije fecha para audiencia pública, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia especial, en la que deberá intervenir el Ministerio Público. En ésta, el Fiscal presentará los cargos que de acuerdo con la investigación surjan contra el sindicato y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos en todo o en parte, o rechazarlos. Si el Fiscal y el sindicato llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible así lo declararán ante el Juez, debiéndolo consignar por escrito dentro de la audiencia. El Juez deberá explicar al sindicato los alcances y consecuencias del acuerdo y las limitaciones que representa la posibilidad de controvertir su responsabilidad. El sindicato puede condicionar el acuerdo a que se le otorgue la condena de ejecución condicional, cuando ello sea procedente, de acuerdo con las disposiciones del Código Penal. El Juez de la audiencia dispondrá inmediatamente sobre la libertad del sindicato y tendrá cinco días hábiles para dictar sentencia.

Si el Juez considera que la calificación jurídica del delito y la pena imponible, de conformidad a lo acordado por las partes, son correctas y obra prueba suficiente, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la indemnización de perjuicios. El acuerdo entre el sindicato y el Fiscal es inoponible a la parte civil. La sentencia aprobatoria del acuerdo solo podrá ser recurrida por el Ministerio Público. El auto que lo niega es apelable en el efecto diferido por el sindicato, el Fiscal o el Ministerio Público.

El sindicato que se acoja a la terminación anticipada del proceso durante la etapa de la investigación, recibirá un beneficio de rebaja de pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que se reciba por confesión.

Cuando no se llegue a un acuerdo, o éste no sea aprobado por el Juez, el Fiscal que dirigía la investigación y el Juez que participó en la audiencia deberán ser reemplazados por otros que tenga la misma competencia. En este caso, cualquier declaración hecha por el sindicato se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra.

investigación y calificación formal del proceso, o la audiencia pública. Este mecanismo es procedente para toda clase de delitos y puede ser aplicado por cualquier Juez o Fiscal¹¹⁰.

Sin embargo, en el Nuevo Código de Procedimiento Penal del citado país, emitido mediante Ley N°906 del 2004, ya no ha considerado el proceso de terminación anticipada, sino que más bien se ha legislado en un capítulo único, del Artículo 348 al 354, lo que se ha denominado "Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado" cuyo fin, se indica, es humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, así como activar solución de los conflictos sociales que genera el delito en la definición de su caso¹¹¹.

Para Reyes Alvarado resulta sumamente interesante dicha legislación porque otorga una serie de beneficios tales como rebajar hasta una mitad de la pena imponible; la posibilidad de eliminar de la acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico; tipificar la conducta por parte del Fiscal, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena, señalando la norma que los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y acusado obligan al Juez, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales. Se agrega que, aprobado el preacuerdo por el Juez, éste procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente. Asimismo dicho Código ha legislado disposiciones generales como las de los Artículos 518 al 527 sobre las instituciones jurídicas de "justicia restaurativa", conciliación procesal y mediación.

Otros países latinoamericanos y centroamericanos han implementado este instituto. Tenemos, por ejemplo, el Código Procesal Penal de Guatemala, que entró en vigencia en 1994, donde se regula el denominado "Procedimiento Abreviado" en sus Artículos del 464 al 466. Utilizando la misma denominación, el nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica de 1998 ha introducido mecanismos similares, conforme a los Artículos del 373 al 375. También se le da al querellante una participación activa en los acuerdos. En Paraguay las disposiciones sobre procedimiento abreviado entraron en vigencia el 09 de julio de 1999.

Las normas citadas no hacen referencia a negociaciones entre el Fiscal y el imputado; sin embargo, en tanto ellas prevén la posibilidad de acuerdos entre ambos suponen -e incentivan- la posibilidad de negociaciones entre acusador y acusado. Por otro lado, excluyo de esta definición y del objeto de este trabajo los mecanismos de negociación, explícitos o implícitos, entre Juez e imputado, como aquellos que conceden una reducción de pena al imputado a cambio de que confiese o que renuncie al juicio -como lo establece, por ejemplo, el Código de Procedimiento Penal Italiano en sus Artículos 438 y siguientes mediante el denominado *giudizio abbreviato*-.

II.2. CRÍTICAS A LA JUSTICIA NEGOCIADA

¹¹⁰ BERNAL CUELLAS, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (1995). *El Proceso penal*. Segunda Reimpresión. Ciudad, Universidad Externado de Colombia, p. 519.

¹¹¹ REYES ALVARADO, Víctor Raúl. (2006). "El Proceso Especial de Terminación Anticipada. Su aplicación en el Distrito Judicial de Huaura, a partir de la vigencia del Código Procesal Penal de 2004". En: *Revista Actualidad Jurídica*. Tomo 156. Lima, Editorial Gaceta Jurídica.

Para Marcolini, S., un importante sector doctrinal ha alertado de los riesgos de la generalización de un modelo de justicia negociada, a propósito del debate en torno al futuro de la justicia penal. Las críticas ponen el acento en la necesidad de tomar conciencia del riesgo que supone una administración de justicia penal dependiente en el extremo de la solución de los conflictos de manera negociada, que podría llegar a eludir los costos humanos y materiales que exige la sustanciación de un proceso con todas las garantías lo que, como advierte Cabezudo Rodríguez, puede derivar en una relajación de los instrumentos de control. Las objeciones también aluden al amplio margen de renuncia que, para las partes, entraña la alternativa negociada, piénsese sino en la renuncia a los principios de inmediación, de oralidad, al contradictorio, a la publicidad del juicio, a la impugnación, y a la formación de la prueba ante el Juez¹¹².

Asimismo, para el nacional Taboada Pilco¹¹³, la mala utilización de esta herramienta de justicia negociada puede servir para tratar con severidad a quien, siendo inocente, se declara culpable para salir de prisión o eludir el riesgo de una pena grave; de otro lado, también puede tratarse con indulgencia a quien, siendo responsable, se vale de la aceptación de cargos para recibir una pena menor. La psicología del juego de la negociación provoca que el más poderoso sea quien imponga sus intereses al otro, y el proceso penal podría transformarse en una regulación de conflictos regido por criterios de poder y no por criterios jurídicos.

Es importante destacar que, en los casos de terminación anticipada, existen renunciaciones mutuas: la del Estado a seguir ejerciendo sus poderes de investigación, y la del imputado, a que se agoten los trámites normales del proceso, pero estas renunciaciones, señala Talavera Elguera, sólo son factibles cuando la ritualidad subsiguiente se torna innecesaria, por estar ya demostrados los presupuestos probatorios para dictar sentencia condenatoria. Si no fuera así, sería inconstitucional porque ni el Estado puede renunciar a su potestad punitiva, ni el imputado puede estar expuesto, por insuficiencia procesal, a ser condenado por hechos que no ha cometido. A manera de ejemplo enunciaremos algunos casos en los que el Juez puede rechazar el acuerdo por violación de garantías sustanciales:

- Cuando la aceptación de los hechos o la prueba existente no es lo suficientemente clara para fundamentar sobre ella sentencia condenatoria, o cuando la confesión fue cualificada, o cuando se advierten vicios en el consentimiento del imputado.
- Cuando la confesión es desvirtuada en el proceso por otros medios probatorios.
- Cuando existe error sobre la adecuación típica del comportamiento, o de cualquier elemento estructurante del hecho punible. En estas hipótesis el Juez no podría proferir sentencia condenatoria por el delito calificado en el acuerdo, porque el acervo probatorio apunta a la ocurrencia de una infracción distinta. No puede dictar sentencia condenatoria por el delito efectivamente cometido porque violaría el principio de congruencia entre acusación y sentencia. Tampoco puede pronunciar sentencia absolutoria porque tal decisión se opone a la estructura de este procedimiento, que debe culminar siempre en sentencia condenatoria. Cuando se trata de

¹¹² DOIG DÍAZ, Yolanda. (2006). "El Proceso de terminación Anticipada en el CPP del 2004". En: *Revista Actualidad Jurídica*. N°149. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, p. 106.

¹¹³ TABOADA PILCO, Giammpol. (2009). "El Proceso de Terminación Anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal. Especial referencia a su aplicación en el Distrito Judicial de la Libertad". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo II, agosto del 2009. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, p. 34.

error en la calificación, realizada la nueva adecuación típica, puede imprimirse el trámite de la sentencia anticipada. En la segunda hipótesis (requisitos formales), la nulidad tiene por finalidad la corrección de los vicios *in procedendo* para que, una vez subsanados los errores, se puede suscribir nuevamente el acta de acuerdo¹¹⁴.

Carlos de Río Ferratti¹¹⁵ señala al estudiar la jurisprudencia producida durante el breve período de aplicación del nuevo sistema de justicia penal en Chile, que se ha incurrido en prácticas reprochables. Precisa que tal vez dichas prácticas se deban a una cierta ambigüedad de la norma en la regulación del consenso, la que ha sido aprovechada para introducir mayores espacios de acuerdo penal de los que en principio serían admisibles.

En cuanto al aprovechamiento del procedimiento abreviado para producir o incentivar una negociación (y lo mismo en el reconocimiento de responsabilidad del Artículo 395 del Código de Procedimientos Penales), refiere que se ha usado especialmente (pero no únicamente) la oportunidad que tienen las partes de acordar el procedimiento abreviado en la audiencia de preparación del juicio oral. En efecto, tras la acusación inicial en la que se puede presentar una petición de procedimiento abreviado por escrito, se permite que en la audiencia de preparación se intente por segunda vez, o por primera, un acuerdo entre las partes que dé lugar al procedimiento abreviado, para lo cual se puede modificar la acusación y la petición de pena.

No cabe duda que esta norma tiene un fin de incentivo de la negociación si no, entonces, cómo se justifica la autorización de la modificación de la calificación y de la pena sin que se haya producido ningún cambio en los elementos de juicio en que se basan. El problema, en realidad, no consiste en establecer si las partes pueden negociar o no sino en determinar cuánto margen a la negociación se puede autorizar al amparo de esta norma.

Conviene poner de relieve que con la negociación fiscal, por una parte, se busca provocar y compensar de manera ilícita la confesión del acusado a través de rebajas de la pretensión punitiva al margen de la ley penal y, de otra, se persigue "forzar" al Juez de garantía a que recoja en sentencia el contenido intencionadamente equivocado de la acusación, privándole en la práctica de sus poderes de enjuiciamiento. Este segundo aspecto, que es el de la eficacia del consenso sobre el contenido de la resolución del asunto, es fundamental para que el primer aspecto sea posible, es decir, para que las rebajas ilegales sean efectivamente un incentivo y compensación de la confesión.

Para el chileno Carlos de Río Ferratti la negociación aceptable en el marco del procedimiento abreviado debe respetar ciertos límites que derivan del sistema legal y del proceso penal de garantías, cuyos efectos no pueden afectar jamás los poderes de enjuiciamiento que aseguran la garantía jurisdiccional en la aplicación del Derecho Penal. Desde su punto de vista hay cuatro razones que limitan la negociación:

- El respeto a los principios de legalidad y objetividad que rigen las potestades y actuaciones del Ministerio Público.

¹¹⁴ TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Los procesos especiales en el Nuevo Código Procesal Penal. Tema: Procesos Especiales*. Lima, Instituto de Ciencia Procesal penal, pp. 31 y 32.

¹¹⁵ DEL RÍO FERRATTI, Carlos. (2008). "El principio de Consenso de las partes en el Proceso Penal y Enjuiciamiento Jurisdiccional: Aclaraciones Conceptuales necesarias". En: *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 35, N° 1, pp. 157-182.

- La vigencia del principio de legalidad penal sustantivo (*nulla poena et nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine crimine et sine culpa*).
- La exclusividad de las potestades jurisdiccionales en la aplicación del Derecho Penal.
- La vigencia de la presunción de inocencia y la carga (formal) de la prueba sobre la acusación.

La negociación no puede infringir estos límites. Así, la acusación pública (el MP) debe ser respetuosa de la legalidad y de la objetividad en el ejercicio de sus potestades; es decir, cuando acusa le debe animar la correcta aplicación de la ley, y no su incorrecta aplicación como medio eficaz para provocar la confesión. Además, la negociación de partes -y sobre todo la acusación pública- debe respetar la legalidad penal sustantiva que establece cuáles hechos lesivos constituyen cuáles precisos delitos, a los que se les atribuyen unas determinadas y proporcionadas consecuencias penales, cuestión que impediría hacer calificaciones manifiestamente incorrectas.

Por otra parte, la negociación debe ser respetuosa de la exclusividad de las potestades jurisdiccionales de los Tribunales de Justicia en la aplicación del Derecho Penal, de modo tal que ella no puede implicar jamás la imposición no jurisdiccional de penas o el forzamiento del Juez a sancionar un acuerdo punitivo negociado y, en último término, la negociación no puede infringir la presunción de inocencia mediante su conversión en un mecanismo de provocación de confesiones que exonere a la acusación de aportar genuinos elementos de convicción.

Desde estas perspectivas, cabe denunciar las prácticas del Ministerio Público que han sido toleradas y consentidas por los jueces, tendientes a provocar y estimular la negociación y a determinar el contenido de la sentencia (de manera ilícita), y que nos parecen del todo censurables. Estas son las siguientes:

- La manipulación fáctica del hecho punible o de alguna circunstancia fáctica con el fin de dar lugar a una calificación jurídica menos grave.
- La incorrecta modificación de la calificación jurídica de la acusación sin hacer ningún ajuste a los hechos.
- La alegación de hechos atenuantes (inexistentes) o el abandono de hechos agravantes (existentes).

II.3. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA JUSTICIA NEGOCIADA

Para el nacional Talavera Elguera, el consenso al que pueda llegarse dentro del proceso de terminación anticipada resulta beneficioso no sólo para el imputado sino también para el propio sistema de justicia penal actualmente en crisis, y además, también favorece a la parte agraviada por el delito.

Por el lado del ofensor, debe reconocerse que las cargas y aflicciones propias de verse involucrado en un proceso penal son difíciles de soportar; en ese contexto, el derecho de ser juzgado sin dilataciones indebidas y dentro de un plazo razonable cobra especial importancia¹¹⁶.

¹¹⁶ REYNA ALFARO, Luis. (2006). *El Proceso penal aplicado*. Lima, Gaceta Jurídica, pp. 235 – 239.

Además el imputado obtiene por el solo hecho de someterse a este procedimiento especial, la rebaja de la pena en una sexta parte, a la que podría agregar aquella que le corresponde por confesión sincera.

Por otra parte, la persecución penal llega anticipadamente a su término, obviándose la realización de actos formales de la instrucción y juzgamiento, propios de un proceso penal regular, imponiéndose una sanción penal y reparación civil. No solo las autoridades tendrán un proceso menos que conocer, sino que dispondrán de mayor tiempo para la investigación y juzgamiento de otros casos de igual o mayor gravedad¹¹⁷.

Varona Villar¹¹⁸ señala los beneficios del instituto del consenso, entre ellos destacan los siguientes:

- El consenso va a reportar beneficios a todas las partes que intervienen en el proceso.
- A través de este instituto se va a producir una reducción clara de los riesgos que, para el imputado, supone el juicio oral. La ventaja ofrecida por el hecho de haberse condenado a una pena más leve que aquella que podría llegar a esperarse por el hecho cometido es, a primera vista, evidente.
- Se le otorga al imputado un papel decisivo y realmente participativo en el proceso penal.
- El principio de economía procesal va a verse favorecido por este instituto del *plea bargainig*. En la medida que este instituto se van a suprimir trámites procesales posteriores y, básicamente, el juicio oral.

Según Daley¹¹⁹ no pude afirmarse que el *plea bargainig* sea un instituto positivo o negativo sino que, de alguna forma, su valoración dependerá exclusivamente del modo en que se desarrolla en la práctica judicial. Si se utiliza correctamente este instituto puede contribuir a definir el proceso de manera satisfactoria tanto para los intereses de la colectividad, representados por el órgano de acusación, como para los intereses de la defensa. Con este consenso se consigue una justicia mucho más rápida y eficiente, creando las condiciones para que el juicio quede reservado exclusivamente a aquellos casos en los que la culpabilidad del imputado deba ser determinada para los jueces o por el jurado. Y, junto con ello, sigue apuntando el autor citado, este instituto se presenta en ocasiones como un abuso. Así en la práctica se convierte en una vía utilizada por las partes para afrontar el excesivo trabajo judicial mediante la definición contratada del proceso. Esto se traduce en una falta de justicia para los imputados, para las víctimas, para los testigos y para la colectividad, determinando la pérdida de credibilidad del sistema judicial a los ojos del ciudadano.

Richard Vogler¹²⁰ señala que, aunque se han hecho intentos para cuantificar los costos de la abolición en recursos judiciales y tiempo de juicio, el impacto exacto es impredecible y propenso a variar de jurisdicción en jurisdicción. Se argumenta que el *plea bargainig* es efectivamente un sistema de mercado que permite una gran flexibilidad en el manejo de recursos, permitiendo que el gasto del proceso judicial se concentre en los casos intratables que desafían una resolución consensuada o en aquellos que son importantes por razones políticas y jurisprudenciales. Esto tiene la ventaja de proteger a la víctima de las consecuencias infelices o posible “re victimización” de dar

¹¹⁷ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Op. Cit., p. 28.

¹¹⁸ BARONA VILAR, Silvia. (1994). Op. Cit., p. 58.

¹¹⁹ DALEY, Richard. *II Plea bargainig*, citado por BARONA VILAR, Silvia. (1994). Op. Cit., p. 60.

¹²⁰ VOGLER, Richard. Op. Cit., p. 237.

prueba en juicio, además de impedir que los acusados tengan la oportunidad de demostrar en público su reconocimiento libre de culpabilidad y su arrepentimiento.

II.4. NEGOCIACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL PERUANO

II.4.1. Preliminares

El modelo acusatorio asumido en el Código Procesal Penal (CPP) del 2004 prevé diversos mecanismos procesales para obtener una solución rápida y efectiva al conflicto jurídico penal derivado de la comisión de un hecho delictivo, pudiendo aceptarse la siguiente clasificación:

- Por decisión Fiscal: el proceso inmediato y acusación directa.
- Por acuerdo del imputado y la víctima: el principio de oportunidad y acuerdo reparatorio.
- Por acuerdo del Fiscal y el imputado: terminación anticipada, colaboración eficaz y conclusión anticipada¹²¹.

La terminación anticipada es una respuesta a la exigencia social de celeridad y eficacia procesal y que, en experiencias de otros países, ha tenido un impacto positivo dentro de su sociedad. En nuestro caso, la implementación del nuevo CPP en Huaura y La Libertad ha tenido también una aceptación considerable, teniéndose como el principal camino de terminación del proceso desde la implementación del nuevo código¹²².

En concreto, esta institución se encuentra regulada en la Sección Quinta del Libro Sexto en los Artículos 468 al 471 del CPP del 2004¹²³.

¹²¹ TABOADA PILCO, Giammpol. (2009). Op. Cit., p. 31.

¹²² UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. Op. Cit., p. 11.

¹²³ Artículo 468 del CPP: "Normas de aplicación.- Los procesos podrán terminar anticipadamente, observando las siguientes reglas: 1. A iniciativa del Fiscal o del imputado, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, una vez expedida la Disposición Fiscal del Artículo 336 y hasta antes de formularse acusación fiscal, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia de terminación anticipada, de carácter privada. Su celebración no impide la continuación del proceso. Se formará, al respecto, cuaderno aparte. 2. El Fiscal y el imputado podrán presentar una solicitud conjunta y un Acuerdo Provisional sobre la pena y la reparación civil y demás consecuencias accesorias. Están autorizados a sostener reuniones preparatorias informales. En todo caso, la continuidad del trámite requiere necesariamente la no oposición inicial del imputado o del Fiscal según el caso. 3. El requerimiento fiscal o la solicitud del imputado será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formularán sus pretensiones. 4. La audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. Es facultativa la concurrencia de los demás sujetos procesales. Acto seguido, el Fiscal presentará los cargos que como consecuencia de la Investigación Preparatoria surjan contra el imputado y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos. El Juez deberá explicar al procesado los alcances y consecuencias del acuerdo, así como las limitaciones que representa la posibilidad de controvertir su responsabilidad. A continuación, el imputado se pronunciará al respecto, así como los demás sujetos procesales asistentes. El Juez instará a las partes, como consecuencia del debate, a que lleguen a un acuerdo, pudiendo suspender la audiencia por breve término, pero deberá continuar el mismo día. No está permitida la actuación de pruebas en la audiencia de terminación anticipada. 5. Si el Fiscal y el imputado llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible, de la pena, reparación civil y consecuencias accesorias a imponer, incluso la no imposición de pena privativa de libertad efectiva conforme a la Ley penal, así lo declararán ante el Juez debiéndose consignar expresamente en el acta respectiva. El Juez dictará sentencia anticipada dentro de las cuarenta y ocho horas de realizada la audiencia. 6. Si el Juez considera que la calificación jurídica del hecho punible y la pena a imponer, de conformidad con lo acordado, son razonables y obran elementos de convicción suficientes, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada, la reparación civil y las consecuencias accesorias que correspondan enunciando en su parte resolutive que ha habido acuerdo. Rige lo dispuesto en el artículo 398. 7. La

En relación con el ámbito de aplicación de la terminación anticipada, el CPP no establece un criterio material ni uno cuantitativo, cuando se trata de precisar los casos en los que puede ser acordada la terminación del proceso. Así, a diferencia del *patteggiamento* italiano, no existe una norma que excluya determinados delitos del beneficio de terminación anticipada, ni tampoco -como sí sucede con la conformidad española- un límite máximo de la pena objeto de acusación, superado el cual no es posible invocarla. En suma, al proceso de terminación anticipada podrá acogerse el procesado por cualquier delito, siempre y cuando cumpla con los trámites que establece dicha regulación.

Con esta fórmula abierta, la ley procesal del 2004 toma distancia del modelo previsto en las Leyes N°26230 y N°28008 que restringen la aplicación del proceso de terminación anticipada a dos clases de delitos: los delitos de tráfico ilícito de drogas, previstos en los Artículos 296, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal y los delitos aduaneros contemplados en la Ley N° 28008¹²⁴.

Asimismo la Fiscal de la Nación en aquel entonces dictó la Circular N° 005-95-MP-FN -El proceso de Terminación Anticipada en Tráfico Ilícito de Drogas, de fecha 15 de noviembre de 1995, quizá el primer antecedente normativo para los fiscales sobre pautas de negociación en estos casos.

II.4.1.1. Definición de Terminación Anticipada

César San Martín Castro señala que el procedimiento de terminación anticipada se sitúa en la necesidad muy sentida de conseguir una justicia más rápida y eficaz, aunque respetando el principio de legalidad procesal. La idea de simplificación del procedimiento parte del modelo del principio de consenso, lo que significa que este proceso habrá cumplido el objetivo solamente si el imputado y el Fiscal llegan a un acuerdo sobre las circunstancias del hecho punible, la pena (calidad y cantidad), la reparación civil y las consecuencias accesorias a imponer.¹²⁵

Pablo Sánchez Velarde establece que la terminación anticipada es un proceso especial que se ubica dentro de los mecanismos de simplificación del proceso que modernamente se introducen en los Códigos Procesales. Su finalidad: evitar la continuación de la investigación judicial y el juzgamiento si de por medio existe un acuerdo entre el imputado y el Fiscal, aceptando los cargos el primero y obteniendo por ello el beneficio de la reducción de la pena en una sexta parte. Se trata en esencia de una transacción penal para evitar un proceso que se hace ya innecesario¹²⁶.

Reyna Alfaro¹²⁷ señala que la terminación anticipada constituye una suerte de transacción judicial previa al juzgamiento; es, en efecto, una transacción, un acuerdo entre partes en la medida que los sujetos procesales involucrados (Ministerio Público y acusado) se otorgan concesiones recíprocas.

sentencia aprobatoria del acuerdo puede ser apelada por los demás sujetos procesales. Los demás sujetos procesales, según su ámbito de intervención procesal, pueden cuestionar la legalidad del acuerdo y, en su caso, el monto de la reparación civil. En este último caso, la Sala Penal Superior puede incrementar la reparación civil dentro de los límites de la pretensión del actor civil".

¹²⁴ DOIG DÍAZ, Yolanda. (2006). Op. Cit., p. 110.

¹²⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. (1999). *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Lima, Editorial Grijley, p.1384.

¹²⁶ Citado por TALAVERA ELGUERA, Pablo. Op. Cit., p. 28.

¹²⁷ REYNA ALFARO, Luis Miguel. (2006). Op. Cit., p. 135.

Giammpol Taboada Pilco¹²⁸ precisa que el proceso especial de terminación anticipada es una institución consensual que permite la solución del conflicto jurídico penal en forma alternativa y hasta preferente por su rapidez y eficacia, en comparación con la conclusión tradicional en un juicio público y contradictorio. Es una suerte de transacción previa a la etapa final de juzgamiento que, evidentemente, contiene concesiones recíprocas: el imputado negocia la admisión de culpabilidad y el Fiscal negocia una reducción de la pena.

Para Benavente Chorres la terminación anticipada es el resultado de una estrategia defensiva llevada a cabo en la fase de investigación preparatoria (hasta antes de que el Fiscal formule acusación) que, basada en un pronóstico adecuado sobre el futuro proceso, implica llegar a un acuerdo con la fiscalía, renunciando a la defensa, a las excepciones y a la tramitación de la causa, con el fin de hacerse acreedor de beneficios en la pena, previa audiencia y homologación por el Juez de la investigación preparatoria¹²⁹.

En suma, el Código Procesal Penal del 2004 en los Artículos 468 a 471 no desarrolla una definición de esta institución, por lo que intentamos señalar que es un procedimiento penal por el cual el Fiscal con el imputado luego de negociar los alcances de la pena, reparación civil y consecuencias accesorias previa aprobación judicial, concluyendo extraordinariamente el proceso penal.

II.4.1.2. Naturaleza jurídica de la terminación anticipada

Entender el por qué de este instituto jurídico o el conocer mejor “la razón de ser” de las formas de simplificación procesal en el ámbito penal, es decir, expresar su naturaleza jurídica, implica situarnos en un marco genérico de cómo se ha venido desarrollando el procedimiento penal tradicional que, justamente por entenderse así, hoy en día sus instituciones no cumplen su finalidad, creándose en consecuencia un malestar generalizado en la sociedad que, en la coyuntura actual, implica una desconfianza total en el órgano jurisdiccional. Todo ello ha dado paso a que asomen instituciones modernas como la figura que tratamos, la cual viene siendo acogida ampliamente en el derecho comparado. Así, para Peña Cabrera y Frisancho Aparicio es evidente que una de las características prevalecientes de nuestro sistema de administración de justicia penal descansa, indudablemente, en que el Estado ejerce el monopolio de la persecución penal. Políticamente, el Estado se convierte en el gran detentador del poder penal. Es decir, el Estado acapara la herramienta más temible que alberga el control social: la pena estatal como expresión de este poder político¹³⁰.

El objeto de negociación es, pues, la pena, aunque desde ya es del caso puntualizar, siguiendo a Pedro Butrón Balina, que ello no implica negociar el cargo que se imputa o una

¹²⁸ TABOADA PILCO, Giammpol. (2009). Op. Cit., p. 33.

¹²⁹ BENAVENTE CHORRES, Hesbert. (2009). “La Terminación Anticipada del Proceso en el Código Procesal Penal de 2004. Aspectos Conceptuales y Procedimentales”. En: *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo II, agosto del 2009. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, p. 23.

¹³⁰ PEÑA CABRERA, Alonso Raúl y FRISANCHO APARICIO, Manuel. (2003). *Terminación Anticipada del Proceso*. Primera Edición. Jurista Editores, pp. 101 y 102.

pena distinta a la prevista legalmente, lo que a nuestro juicio revela que este instituto respeta las fuentes mismas del principio de legalidad, en todas sus dimensiones¹³¹.

La finalidad funcional de este procedimiento es reducir los tiempos de la causa. El criterio de economía procesal que inspira este procedimiento tiene como presupuesto el acuerdo entre el imputado y el Fiscal sobre la verdad de los hechos, en base a las investigaciones prejurisdiccionales o actos sumariales, sin dejar de formar las pruebas en el contradictorio de las partes propias del juicio oral y, como efecto, evitar la celebración del juicio oral y una exclusiva función primordial al conceder una rebaja de la pena si la causa culmina por esta vía¹³².

Se ha discutido cuál es la naturaleza de esta clase de procedimientos especiales de conformidad. Así, se ha sostenido que esta es una transacción o, lo que es lo mismo, un convenio entre acusación e imputado para poner fin al proceso, aceptando una concreta extensión de la pena precedente por el delito reconocido. Se ha sostenido, igualmente, que nos hallamos ante una autentica confesión del imputado con las consecuencias jurídicas de poner fin al proceso. Ahora bien, el último párrafo del Artículo 380 le viene a negar tal valor, puesto que de no ser aceptada por el Juez “no podrá ser considerada como prueba útil durante el procedimiento común”. Alcalá Zamora y Aguilera de Paz defienden la posición de que nos encontramos ante un allanamiento penal, como acto dispositivo o renuncia del derecho de defensa, en los supuestos en los que por Ley, así lo autoriza. Fenech lo menciona como procedimiento especial en cuya virtud se lleva a cabo un acto de disposición procesal, que tiene como consecuencia que se dicte sentencia sin celebre el debate de juicio oral. Serra Domínguez, al que sigue Barona Vilar, lo considera como una institución con efectos puramente procesales provocando la abreviación del procedimiento ordinario, prescindiendo de la etapa probatoria y dictándose, sin más, sentencia¹³³.

Reyna Alfaro, respecto a la naturaleza jurídica de la terminación anticipada¹³⁴, establece lo siguiente:

“En primer lugar, no resulta admisible sostener que el imputado, a través de la terminación anticipada, negocia su derecho a ser sometido a un juicio oral pues dicha etapa del proceso penal es el mecanismo a través del cual se garantiza la preservación del derecho al debido proceso legal del imputado que no puede ser objeto de renuncia ni de negociación. Si se observan las diversas modalidades procedimentales previstas en el nuevo Código Procesal Penal podremos identificar una dinámica recurrente. En todas ellas se recurre al juicio oral, incluso en las modalidades más simplificadas como el proceso penal inmediato.

¹³¹ SAN MARTÍN CASTRO, César. (1999). Op. Cit., p. 1384.

¹³² Ibid. p. 1385.

¹³³ CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA. (2002). *Código Procesal Comentado*. San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura. En <http://www.cnj.gob.sv/index>, p. 1549.

¹³⁴ REYNA ALFARO, Luis Miguel. (2006). Op. Cit., p. 138.

En segundo lugar, debe rechazarse la tesis que propone que la terminación anticipada implica la negociación del derecho a la presunción de inocencia del imputado al contradecir el contenido del Artículo 468 del Código Procesal Penal. En efecto, si se sostiene que el imputado, a través de la terminación anticipada, negocia su derecho a la presunción de inocencia, la consecuencia lógica de dicha afirmación reduce e incluso desaparece la exigencia de una mínima actividad probatoria como requisito para la determinación de la responsabilidad penal. Sin embargo, dicha propuesta se opone al contenido del Inciso 6 del Artículo 468 del Código Procesal Penal que exige que el acuerdo de terminación anticipada entre Fiscal e imputado sea sometido a control judicial que incluya, dentro de sus ámbitos esenciales, el análisis de la razonabilidad de los medios de convicción con lo cual la voluntad del imputado de perder su estatus de inocencia no podrá anteponerse ni superar los controles judiciales de razonabilidad que establece la ley”.

Las terminación anticipada así vistas las cosas, sería una transacción en la medida que los sujetos procesales involucrados (Ministerio Público y acusado) se otorgan recíprocas concesiones¹³⁵.

II.4.2. Ámbitos negociables en la terminación anticipada

La interpretación de los fines y las normas procesales penales deben estar guiadas por los principios que le son propios a esta rama. Así, la institución de la terminación anticipada obedece al principio dispositivo, que sugiere el poder de las partes para componer su *litis*. Sin embargo, no siendo un modelo puro, el acusatorio garantista o adversarial que instaura el Código limita el principio dispositivo en mayor medida que el sistema anglosajón. En este sistema, por el mecanismo del *plea bargaining*, el Fiscal tiene amplias facultades para disponer de su acusación, incluso pierde la imputación delictiva. En cambio, desde que el nuestro es, además de mero acusador, el protector de la legalidad, está sujeto a la norma, que en el Artículo 468.2 del Código Procesal Penal del 2004 estipula claramente que en lo único sobre lo que pueden negociar es la pena, la reparación civil y las demás consecuencias jurídicas del delito, nada más¹³⁶.

Así, para Ibarra Espíritu, no es materia de negociación la calificación jurídica del delito. Los hechos siempre deben ser encuadrados en su tipo legal correspondiente, por más que sea muy riguroso y haya otros más benignos. El principio dispositivo tiene en frente al de legalidad. El Juez que advierta un acuerdo no solo en la terminaciones anticipadas sino, incluso en la conformidad o en la aplicación del principio de oportunidad que intente pasar por alto la norma y se atribuyan delitos distintos a los que correspondían a los hechos, debe desaprobarlos.

II.4.3. Posición del Tribunal Constitucional

La sentencia del Tribunal Constitucional del 08 de julio del 2004 (caso Rodríguez López, expediente N° 855-2003-HC) define la terminación anticipada como “un acuerdo entre el procesado y la Fiscalía,

¹³⁵ ALBRECHT, Hans, citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel. (2006). Op. Cit., p. 139.

¹³⁶ IBARRA ESPÍRITU, Carlos Enrique. “Impugnación de la Terminación Anticipada por la parte civil”. En: Diálogos con la Jurisprudencia. N°123, diciembre, Año 14. p. 258.

con admisión de la culpabilidad de alguno o algunos de los cargos que se formulan, permitiéndose al encausado la obtención de la disminución punitiva”.

II.5. EL FISCAL EN LA NEGOCIACIÓN PENAL

II.5.1. Generalidades

Para Ángel Ugaz¹³⁷ la utilización de procedimientos especiales como la negociación, en la práctica, no sólo requiere el cambio de perspectivas y paradigmas sobre la función del Derecho Penal y la persecución del delito sino que, en términos prácticos, requiere la adopción de nuevas técnicas y estrategias de negociación en los procesos de arribo de acuerdos que la ley faculta.

Sobre las técnicas de negociación fiscal afirma que antes de negociar el Fiscal, en un primer momento, debe valorar lo investigado hasta la realización de la negociación y si ha recopilado suficientes elementos para una acusación convincente, debe evaluar si la terminación anticipada es la solución más factible. Por ello se dice que el acuerdo depende de las cartas que se pongan sobre la mesa tanto por el Fiscal como por el defensor, es decir, su desarrollo y conclusión están dados por las circunstancias de cada caso concreto.

A tenor de ello, debe insistirse en que los criterios deben ser objetivos, deben dar un fundamento de lo que estamos acordando; de esa forma tenemos una negociación donde el análisis y la opinión de ambas partes forman el acuerdo.

Según el sistema procesal penal colombiano¹³⁸, en el marco de esta figura, el Fiscal no está obligado a aceptar la propuesta del imputado si considera que tiene todos los elementos de convicción que serían suficientes para obtener del Juez de conocimiento el llamamiento a juicio. Además, en caso de acuerdo, el Fiscal decide autónomamente qué delito imputa o cuál sentencia solicita, siempre teniendo en cuenta la posición del imputado. Con un acuerdo por delante, el Fiscal está en la obligación de cumplirlo cuando la declaración de culpabilidad del imputado estuvo basada en tal acuerdo. Sin embargo, el Fiscal puede retirar su oferta consignada en el acuerdo, siempre y cuando esto lo haga antes de la declaración formal de culpabilidad ante el Juez.

Desde una perspectiva americana Nicolás Rodríguez García¹³⁹ señala que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, en los *Principles of Federal Prosecutions*, establece que en el proceso de determinación, si se debe llevar a una declaración negociada, el Ministerio Público debe tener en cuenta:

- La disposición del acusado a cooperar en la investigación o prosecución de otros delitos. Ésta deberá ser valorada adecuadamente en atención a la naturaleza y al valor de cooperación ofrecida y si esa misma puede ser alcanzada sin tener que hacer concesiones sobre los cargos o la sentencia que implica todo *plea agreement*.

¹³⁷ UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando Op. Cit., p. 15 y 16.

¹³⁸ USAID/ PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO Y ACCESO A LA JUSTICIA. (2003). *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano*. Primera Edición. Bogotá D.C., Comisión Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el Proceso Penal - USAID/ Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia, p. 85.

¹³⁹ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. (1997). *La Justicia Penal Negociada, Experiencias de Derecho Comparado*. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 72 y ss.

- El historial criminal del sujeto. Los fiscales deberán ser sumamente cuidadosos cuando negocien con criminales habituales o reincidentes, procurando asegurar que la necesidad social de protección no se vea sacrificada en el proceso de alcance de este tipo de solución, puesto que una de las principales críticas que se hacen a la práctica del *plea bargainig* es que su realización tiene como resultado la lenidad, con lo que se reduce el efecto disuasivo de las normas y en parte favorece la actitud reincidente de muchos de los acusados.
- La naturaleza y gravedad del delito o delitos. El Ministerio Público no deberá pasar por alto los intereses que pretenden proteger las normas tipificadoras de los delitos (la defensa nacional los derechos constitucionales, el bienestar social, la propiedad), la naturaleza y el grado del daño causado y las amenazas a esos intereses, así como la posible concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes que modifiquen la responsabilidad criminal.
- Los remordimientos o la contrición del acusado y su intención de asumir la responsabilidad por su conducta. Será determinante para establecer si el *plea agreement* es lo más apropiado que el acusado haya demostrado esta actitud (si se ha esforzado en compensar a su víctima o si de otro modo ha buscado aminorar las consecuencias de su conducta). Además se considera que es especialmente importante no permitir al acusado declararse culpable bajo aquellas circunstancias que le puedan permitir con posterioridad afirmar su falta de culpabilidad o su completa inocencia; el acusado tiene que admitir los hechos objeto de la acusación y su participación culpable en los mismos.
- Los deseos de una pronta y cierta disposición del caso. Dado que por el mayor gasto de tiempo y dinero que puede suponer no es igual que se plantee el *plea bargaining* antes que después, se recomienda que la acusación pública sea clara con la defensa y le exponga desde el primer momento que las negociaciones debe concluirse en un determinado periodo de tiempo (con las lógicas excepciones), con lo cual el gobierno y los tribunales saldrán beneficiados (no hay que hacer frente a los gastos de un juicio y una apelación) y se habrán llevado a cabo los fines del sistema de justicia criminal.
- La posibilidad de ser condenado en juicio. Dado que el juicio conlleva riesgos e incertidumbres para ambas partes, estas circunstancias deben ser valoradas; sin embargo, el Departamento de Justicia puede considerar correcto que el prosecutor intente resolver el caso por medio de un acuerdo si considera que no se han cumplido las normas de culpabilidad.
- El probable efecto sobre los testigos. Se avisa al Ministerio Público para que tenga en consideración ciertas consecuencias negativas que se podrían derivar de su declaración para los testigos (supuestos en que, por ejemplo, se hace testificar a un confidente, con lo que se revelaría su identidad y su relación con el gobierno, o podría frustrar investigaciones en curso).
- La probable sentencia y otras consecuencias en el caso de que el sujeto sea condenado.
- El interés público de que el caso sea llevado a juicio en vez de ser resuelto mediante una declaración negociada. El interés general se sirve mejor mostrando al público claramente que *justice is done* o cuando el alcanzar un acuerdo iría en detrimento de la confianza general en la administración de justicia.
- Los gastos del juicio y apelación.
- La necesidad de evitar las dilaciones en la persecución de otros casos pendientes. La disposición del caso por medio de un acuerdo preserva recursos humanos para la más rápida resolución de otros, así como produce en otros acusados el *dominio effect*, incitándoles a declararse culpables. A la vista de estas importantes consecuencias, el Departamento de Justicia recomienda a los *prosecutors* que consideren la acumulación de asuntos de sus oficinas y la necesidad de una rápida disposición de los casos pendientes.

En conclusión, a pesar de las amplias facultades discrecionales de que dispone el Ministerio Público, no se tiene que plantear ningún problema si se fija como criterio de actuación el hacer justicia, asegurar sentencias justas y se olvida de buscar empecinadamente unas buenas estadísticas de condenas que atraigan la atención del público. Sus intereses personales y políticos deben ceder ya que no podemos olvidar que es un servidor de la justicia, del pueblo, de la sociedad, que tiene como responsabilidad principal el determinar el interés de la misma en cada caso concreto en el que actúa.

Finalmente desde una perspectiva colombiana¹⁴⁰, el Fiscal debe atender a un decálogo que establece lo siguiente:

- Analice los hechos, y determine las fortalezas y debilidades de su teoría del caso y de sus pruebas frente a sus deberes públicos.
- Desarrolle un plan de negociación. No se puede negociar con éxito si no se está preparado sobre los hechos y el derecho, y también en el conocimiento de las estrategias de la contraparte.
- Estudie los intereses y realidades procesales del imputado. Tenga en cuenta siempre su postura honesta y sus pretensiones frente a la negociación.
- Tome el liderazgo de la negociación ya que usted es quien tiene el control sobre la acción penal.
- De entrada no formule muchos cargos, ya que a éstos pueden corresponder a muchos años de cárcel y son pocos los imputados que negocian sobre tal base.
- Sea un negociador cooperativo e integrador, que dé valor a la contraparte. Tome el estilo de “ganar- ganar”.
- Conozca los detalles que contribuyan a determinar los rangos de la negociación (máximos y mínimos).
- No negocie desde una posición de poder. Aprenda a reconocer los intereses del contrario para así lograr un acuerdo más rápido y justo.
- Involucre sus emociones en la negociación siempre alrededor del objeto de ella.

II.5.2. Etapas de la negociación penal

Las técnicas de negociación penal, señala Ugaz Zegarra¹⁴¹, no son estáticas sino que, por el contrario, su aplicación es dinámica y se encuentra en constante variación, dependiendo del caso concreto en el que nos encontremos y del objeto que estemos negociando.

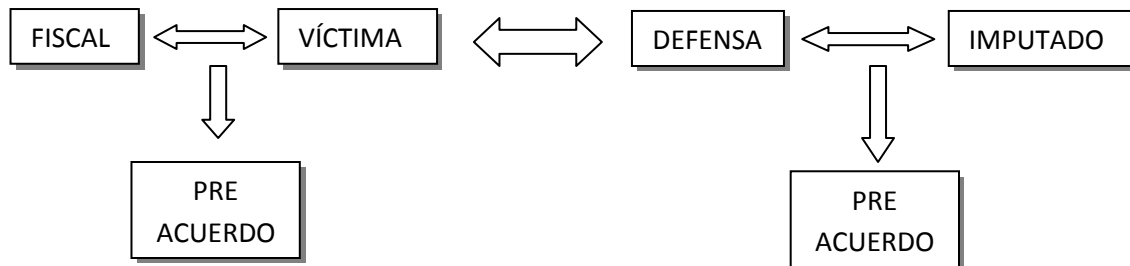
La negociación en el ámbito penal no sólo se da cuando el Fiscal se pone de acuerdo con el imputado o su defensa, sino también cuando existe una etapa previa en la cual el Fiscal debe ponerse de acuerdo con la víctima y la defensa con el imputado, ello con la finalidad de tener conocimiento de los intereses de las partes enfrentadas (imputado y agraviado) y sobre la base de la cual deben plantear la negociación, ya que la disposición propiamente no depende sólo de ellos (situación más apreciable en el caso de la víctima en razón de la expropiación del conflicto por parte del Estado, en el cual colisionan los intereses de la víctima y del Estado y, consecuentemente, los derechos y exigencias de los agraviados quedan de lado por ser opuestos a los intereses definidos por el Estado en sus decisiones).

¹⁴⁰ USAID/ PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO Y ACCESO A LA JUSTICIA. (2003). Op. Cit., p. 99.

¹⁴¹ UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. Op. Cit., pp. 3-5.

Desde esta perspectiva Ugaz presenta el siguiente gráfico (ver Gráfico N°1) que se produce en el proceso penal:

Gráfico N°1
NEGOCIACIÓN PENAL



Las etapas que podemos identificar dentro del proceso son las siguientes:

II.5.2.1. Etapas pre- negociadora

Ponti considera que en esta etapa se desarrolla una fase de preparación completa para la futura negociación. Es la etapa en la cual el negociador debe equiparse de todas las armas posibles para ingresar a la negociación y no verse desprotegido ante alguna propuesta de la otra parte si ésta no le es ventajosa.

- a) Preparación táctica. Consiste en establecer estrategia que se empleará en la negociación. Para ello se deben tener en claro los intereses (de ambas partes), el estilo de negociación que se empleará (negación situacional¹⁴²), los temas sobre los que se va a negociar (temas específico que entrarán en debate, organizados en orden de prioridades), crear una opción previsor, es decir, prever qué hacer si no se alcanza el objetivo, establecer hipotéticamente cuáles serán los temas y propuestas que la otra parte someterá a negociación, crear un proyecto del acuerdo ideal que se busca lograr.
- b) Preparación creativa. Consiste en crear un mapa basado en cada tema sobre los que se debatirá, dentro del cual se debe establecer una serie de propuestas (lluvia de ideas) para cada uno de los temas, creando de esta manera mayor espacio para negociar. El mapa debe estar estructurado de manera equilibrada y armónica con miras al objetivo que se busca obtener con la negociación.
Se recomienda seleccionar el lugar donde se desarrollará la negociación (preferentemente debe tratarse de un ambiente informal que brinde las comodidades necesarias).
- c) Preparación personal. Consiste en la preparación interna (relajación) de la persona que va a negociar. En esta área se debe realizar la gestión emocional (control de emociones), la que consiste en la inversión de roles (percepción), comunicación (verbal o no verbal) y escucha activa, así como el actuar asertivamente. Prepararse emocionalmente para mantener el control sobre situaciones complejas.

¹⁴² UGAZ ZEGARRA, Fernando. Op. Cit. Citando a PONTI, F., explica que la negociación situacional consiste en la capacidad de cambiar la forma de negociar en función de las circunstancias en las que opere en un determinado momento.

II.5.2.2. Etapas negociadora o negociación propiamente dicha

Esta etapa es aquella en la cual se despliega todo el proceso de la negociación, es decir, es este el momento en el que se ponen en práctica todo lo ideado en la etapa de preparación y se desarrollan los temas analizados en el orden que se estableció previamente. Debemos tener en cuenta lo siguiente: Iniciar esta etapa con una comunicación suave (no temerosa), expresándonos con claridad y seguridad; identificar intereses, interactuar poner en conocimiento de la otra parte cuales son nuestros intereses y hacer que éste precise los suyos mediante preguntas (desbloquear negociaciones posicionadas); una vez conocidos los intereses comunes, debemos iniciar la negociación basada en criterios objetivos, generar acuerdos creativos, etc.

II.5.2.3. Etapas conclusiva de la negociación

En esta etapa ya sólo resta plasmar el acuerdo, producto de la negociación, en un documento, que como tal, adquiere valor y relevancia para el ámbito en el que se desarrolló. Si en la etapa pre negociadora se creó el proyecto de acuerdo, es en este momento en el que se empleará dicho proyecto con determinadas variaciones que se produjeron por efectos de la negociación.

II.5.3. Valores y Actitudes del Fiscal Negociador

Dentro del sistema penal colombiano¹⁴³ los valores y la ética son importantes en la negociación dentro del proceso penal, dado que hoy por hoy la negociación penal es objeto de innumerables críticas a cerca de su contenido ético, ya que muchas veces no se ve con buenos ojos que la justicia se imparta por fuera de un juicio público, oral y contradictorio. Por esta razón, las personas involucradas en una negociación deben asumir comportamientos acordes con la función que están desempeñando en un sistema de justicia. Sus conductas deben acercarse a valores y principios generales que garanticen el debido proceso y la recta y cumplida administración de justicia. Podemos aproximar algunos aspectos:

- Una norma permanente de conducta y de finalidad de la negociación es que se debe proceder de forma consciente, digna y honesta. No debe utilizarse la técnica de la negociación para distorsionar la realidad ni forzar los hechos.
- La actuación no debe amparar, ocultar o facilitar actos incorrectos o punibles. No se debe dilatar, confundir o sorprender la buena fé de la contraparte, ni usarse en forma contraria al interés público, a los intereses del proceso o para evadir la ley.
- En la negociación se deben respetar y aplicar las normas legales y éticas de toda actuación judicial y los principios que fundamentan el debido proceso y la protección de los bienes jurídicos fundamentales.
- Las negociaciones tienen que ser abiertas, transparentes, sin acuerdo debajo de la mesa.
- Los compromisos deben ser considerados, por igual, de estricto cumplimiento.
- La interacción entre abogados debe ser muy profesional, honesta, sin trampas. Jamás debe tomar ventaja de la persona que no conoce muy bien el derecho o la ley.
- Durante la negociación debe evitarse ser agresivo, insultante y severamente crítico.

¹⁴³ USAID/ PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO Y ACCESO A LA JUSTICIA. (2003). Op. Cit., p. 97.

II.5.4. El abogado defensor en la negociación penal

No siempre lo considerado por el abogado defensor como correcto y beneficioso para la negociación lo es necesariamente para los intereses de su defendido. En todo momento el abogado defensor debe evitar la confrontación con el cliente; en su lugar, debe establecer con él una “relación colaborativa”, es decir, un lazo centrado en su posición para favorecer la negociación pues, de esta manera, se busca identificar cuáles son sus intereses y prioridades para perseguirlas vía la negociación. Para ello, el enfoque se basará en cuáles son las “consecuencias fácticas” de las decisiones que se podrían tomar (se debe informar al cliente sobre los pro y los contra de tomar determinada decisión) y sobre la delimitación de la autonomía (entre el abogado y su cliente)¹⁴⁴.

Para Ugaz Zegarra¹⁴⁵ el abogado defensor no solo utilizará determinadas técnicas y estrategias de negociación con las otras partes (el Fiscal y el agraviado) sino también con su cliente para llegar a buen entendimiento, entre las cuales menciona:

- El abogado debe saber compartir el control. El abogado defensor no puede actuar unilateralmente, debe compartir opiniones y responsabilidades con su defendido.
- El abogado deberá escuchar a su cliente pues existe un aprendizaje mutuo, una retroalimentación para la formación de una teoría del caso y para determinar las pautas de cómo y desde qué posición negociar.
- El abogado defensor debe entender que su defendido a veces no estará de acuerdo con ciertas concepciones personales del abogado, por lo que una buena negociación con su cliente es un punto fundamental.
- Ambas partes deberán debatir constantemente los conflictos que se pueden generar, sea sobre el tratamiento de la negociación, temas externos o de emolumentos.

Desde la perspectiva del abogado con la contraparte, el objetivo del abogado defensor se centrará en establecer una relación de cooperación con las otras partes que permita la creación de un valor agregado, siempre y cuando ello no implique algún detrimento para el cliente. Se debe evitar riesgos de conflicto entre aquellos que intervienen en la negociación, por eso podría ser útil conocer anticipadamente las creencias y formas de pensar en la negociación, y formas de pensar de las contraparte, además de adoptar actitudes proactivas (con las que buscará abrir camino hacia la resolución de problemas), optimistas (para abordar las disputas y tratos buscando acuerdos que generen valor, y formular esta búsqueda como una parte esencial de la atención del cliente) y realistas (que en vez de responder el ataque se debe proteger al cliente mientras se sigue intentando que la contraparte opte por la negociación constructiva).

Por otro lado, el Manual de la Defensoría Penal Pública para América Latina y El Caribe¹⁴⁶ precisa que la negociación es otro cambio fundamental que consiste en que el sistema acusatorio hace transparente el entorno de negociación entre el imputado y la Fiscalía.

¹⁴⁴ MNOOKIN, Robert; URY, William y PATTON, Bruce, citados por UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. Op.Cit., p. 5.

¹⁴⁵ UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. Op. Cit., pp. 5-8.

¹⁴⁶ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). (2005). *Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y El Caribe*. Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). En http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/MANUAL_DE_DEFENSA_completo.pdf

En el sistema tradicional, aunque la ley no la reconociera, existía en la práctica la negociación entre las partes. En efecto, la oficialidad extrema de la acción penal nunca suprimió los incentivos que existen para que las partes negocien sus intereses en el proceso. Aunque no estuviese legalmente reconocido, siempre era posible facilitarle ventajas al imputado a cambio de su confesión, y era lógico que éste no la diera, salvo cuando la prueba era tan contundente que tuviese mayor ganancia que pérdida confesando su culpabilidad.

Llevar adelante las negociaciones de un modo favorable al imputado es una tarea muy difícil. En primer lugar porque se encuentran como telón de fondo las condiciones carcelarias que ya implican, por sí mismas, un elemento de presión de tipo estructural. En segundo lugar, porque muchas veces la negociación debe incluir necesariamente elementos de reparación que pueden provocar salidas no punitivas o sanciones alternativas, y la gran mayoría de los defendidos carecen de mayores recursos para encarar propuestas atractivas para las víctimas.

El desarrollo de las habilidades de negociación es un desafío central en el nuevo perfil del defensor para poder utilizar al máximo las políticas de diversificación de respuestas que hoy constituyen salidas procesales, en términos generales, favorables a los imputados por su menor nivel de violencia.

En síntesis, la mayor ventaja de un sistema adversarial frente a este entorno es sacar a la luz estas prácticas, con el fin de conocerlas bien y regular su ejercicio. Dentro de un proceso adversarial existen varias instancias para que la Fiscalía, dueña de la acción penal, dialogue con el imputado en busca de soluciones que impliquen ceder en ciertos aspectos y convengan a los intereses de ambos más que el juicio oral.

El imputado que negocia con la Fiscalía habitualmente obtendrá que dicha instancia pida una pena menor a la que pediría en juicio ya que, de otro modo, no tendría ningún incentivo para negociar e irá a juicio oral. Sin embargo, el abogado debe ser muy cauteloso en este campo, debido a que un mal consejo de negociar en un momento decisivo del proceso puede condicionar indebidamente la posición de su defendido. Incluso, debe ser muy claro según los momentos en que le habla al imputado de la posibilidad de negociar, evaluando el entorno de un posible juicio, porque en ocasiones el imputado estará dispuesto a sacrificar buenas posibilidades de una decisión exculpatoria por lograr una respuesta rápida que lo saque de la cárcel o de la incertidumbre y ello puede ser un factor de presión comprensible, pero que le causaría perjuicios futuros. Por ejemplo, el imputado puede, en un momento determinado del inicio del proceso, querer declararse culpable y obtener una pena baja que no se cumplirá con privación efectiva de la libertad, pero el defensor sabe que el imputado quedará registrado con antecedentes penales, que cualquier otro contacto con el sistema hará pesar esos antecedentes en su contra y que, posiblemente, el caso de la Fiscalía no sea tan fuerte.

En fin, el defensor debe cuidar siempre de respetar los intereses del imputado y conocer bien el caso, con el fin de recomendar una negociación solamente en el momento propicio y bajo las mejores circunstancias para su defendido, así como representar al imputado en las conversaciones de negociación con el Fiscal.

Asimismo debe mantener suficiente y claramente informado al imputado sobre el sentido y los alcances de las negociaciones que se están desarrollando.

En síntesis y, tomando como referente la doctrina colombiana¹⁴⁷, el abogado defensor podrá gestionar la aplicación del preacuerdo en cualquier tipo penal, pero antes de aconsejar su aplicación a una persona, deberá verificar la existencia de elementos probatorios que acrediten:

- La existencia del hecho.
- Que el hecho constituye un delito.
- Que existen suficientes elementos que incriminan al acusado en los mismos.
- Que no existe ninguna causa de justificación o exculpación que afecte una eventual responsabilidad criminal, o cualquier otra circunstancia de derecho penal general o especial que invalide la acusación.
- Que no exista posibilidad de negociar ninguna modalidad del principio de oportunidad, salvo en aquellas donde se solicita una colaboración al imputado (casos típicos del “testigo de la corona”) donde a riesgo de perder la vida o amenazar la integridad del imputado o su familia, puede resultar más conveniente un preacuerdo. Jamás podrá un defensor optar por esta alternativa por conveniencia personal (es un caso muy complejo, no tengo ánimo o no me atrae; ésta es la vía más rápida para terminar este proceso o evitar actuaciones porque no hay que ir a juicio, no hay que interrogar testigos, no hay que realizar alegatos, etc.). Ese sería un comportamiento totalmente desleal para con su representado, la decisión se basa en la contundencia de los elementos probatorios y la pertinencia para el acusado.
- Si analizado el proceso se concluye que la mejor opción es pactar una pena favorable al imputado antes de exponerlo a sanciones más severas, dada la calidad de elementos de convicción recopilados, el defensor asume otro tipo de compromisos ya que debe explicar al acusado, con detalle, en qué consiste el preacuerdo, su procedimiento y consecuencias. La experiencia en algunos casos es que una vez concretado el acuerdo e impuesta la pena, los acusados responsabilizan de su condena a sus defensores, pues manifiestan presiones al momento de dar su consentimiento.
- El defensor deberá disponer del tiempo suficiente para discutir con su patrocinado sobre las opciones de su proceso, sea el acuerdo, el procedimiento normal u otra salida alterna.
- El análisis que presenta el defensor al acusado tiene que ir más allá de una referencia a la posible sanción.
- El defensor deberá tener la madurez y capacidad profesional para no dejarse llevar por un ofrecimiento en principio atractivo del Fiscal, debe analizar objetivamente cada uno de los aspectos que se mencionaron líneas arriba (si se acreditaron los hechos denunciados, si realmente constituyen un delito, si no hay causas de exclusión de responsabilidad, o de exceso en alguna de ellas etc.), y con base a ellos debe dar un consejo legal a su patrocinado quien, desde luego, tiene todo el derecho de una explicación detallada de la situación.
- Confeccione un registro. Si el acusado acepta la recomendación hecha por el defensor de acogerse a un acuerdo es importante que se deje constancia por escrito y, si es posible, recoger la firma o huella del procesado como prueba de que se le explicó en detalle el instituto y sus consecuencias.
- Procurar negociar la mejor opción entre las alternativas que ofrece el preacuerdo. Para realizar este análisis en procesos complejos donde se involucren varios hechos criminales se deberá estudiar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de cada uno de ellos, y valorar los elementos

¹⁴⁷ USAID/ PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO Y ACCESO A LA JUSTICIA. (2003). Op. Cit., p. 80-84.

probatorios. En todo caso siempre preferirá negociar los asuntos de mayor penalidad donde, con seguridad, puede obtener un buen pacto, salvo que el material probatorio (por inexistente, ilícito, la posibilidad de abstención, etc.) le permita una buena discusión a nivel de juicio o antes.

- No deberá esperar a que el Fiscal llegue con un ofrecimiento, deberá estar atento a los intereses de su representado; si eso significa negociar el acuerdo al inicio del proceso así lo hará.
- Deberá verificar que los términos acordados se consignaron fielmente o al menos no en perjuicio del imputado. Si se llega a un preacuerdo es conveniente que en ese momento se firme un documento con indicación clara de la fecha y el lugar donde se realiza el acto, las partes, las condiciones del acuerdo, la identificación del o los procesos cubiertos por la negociación, pero especialmente el detalle de los hechos aceptados por el imputado, a quien en el proyecto no se le exige una confesión, solo la declaración de culpable del delito atribuido o de uno relacionado con pena menor; la aceptación de los cargos libre y voluntaria; la contrapartida, es decir, lo que obtiene a cambio el imputado; además de verificar que no se ha quebrantado ninguna garantía o derecho constitucional. El defensor deberá exigir que se le facilite una copia de este documento, firmada por todos los intervinientes; en caso de existir una diferencia con la copia tendrá un respaldo a cualquier reclamo.
- Permanecer alerta al control de legalidad realizado por el Juez.

II.5.5. Requisitos de validez de la negociación

Para que una negociación sea válida se requiere cumplir con por lo menos cuatro principios¹⁴⁸ :

- El acusado debe estar representado por su abogado.
- El acusado debe ser mentalmente competente.
- Cláusula del debido proceso. Una negociación debe ser voluntaria y consiente, toda vez que se está renunciando a principios constitucionales como el derecho que se tiene a un juicio oral y público, de defensa, de controvertir prueba, etc.
- Se requiere que existan bases fácticas para la negociación; es decir, que existan suficientes elementos de juicio o probatorios que indiquen la posibilidad de una negociación, esto con el fin de no negociar con personas que tengan un alto grado de inocencia.

II.5.6. Estilos de negociación

Según el manual para operadores jurídicos en Colombia¹⁴⁹, que desarrolla -entre otros temas- las técnicas básicas de negociación, existe un tipo de negociante competitivo y un tipo de negociante cooperativo. Sus diferencias se esquematizan a continuación:

Tabla N°16
TIPOS DE NEGOCIADOR

NEGOCIADOR COMPETITIVO	NEGOCIADOR COOPERADOR
Un negociador competitivo tiene grandes expectativas: hace demandas muy grandes y	El negociador cooperativo busca una solución justa; es más dado a compartir información;

¹⁴⁸ BERNATE OCHOA, Francisco (et al). (2005). *Sistema Penal Acusatorio*. Primera Edición. Bogotá, Centro Editorial de la Universidad El Rosario, p. 221.

¹⁴⁹ USAID/ PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO Y ACCESO A LA JUSTICIA. (2003). Op. Cit., p. 121-124. Disponible en http://www.pfyaj.com/chechchi/biblioteca/Manual_General_para_Operadores_Jurxdicos.pdf

realiza pocas y pequeñas concesiones; hace burla o denigra de las concesiones de la otra parte; crea asuntos falsos haciendo, por ejemplo, una dramatización sobre un aspecto que él no considera importante pero que le da oportunidad de lograr, en cambio, una mayor concesión para los oponentes; utiliza la intimidación o la amenaza; puede ser muy abusivo, argumentativo y difícil para lograr empatía.	busca armonizar, no es argumentativo; admite sus debilidades y problemas; utiliza la persuasión lógica y racional.
El negociante competitivo busca maximizar el acuerdo a favor de su cliente. Lucha por las necesidades de su cliente y se siente satisfecho utilizando herramientas legales.	El cooperativo mantiene buenas relaciones con los otros; se comporta éticamente; evita el litigio, cuando es posible; busca un acuerdo justo; no trata de atacar al contrario; no persigue optimizar sus propios intereses.
El negociador competitivo mide su éxito en la negociación por cuanto superó o venció a la otra parte. Se pregunta ¿gané?, ¿vencí a mi oponente? Negocia en contra.	El cooperador, por el contrario, lo mide según si fue una solución justa. Negocia. Las dos partes trabajan en conjunto para solucionar el conflicto.
El negociador competitivo es duro con el oponente y duro con el asunto que hay que negociar. Con ellos es poco probable que se llegue a un acuerdo porque hay más confrontación y lucha. Generan tensión y desconfianza. Incrementan el riesgo de romper la negociación. Patrocinan reacciones dilatorias por el oponente frustrado. Tienen reputación de agresivos.	El negociador cooperativo es suave con las personas y duro con el asunto que se debe negociar. Promueve un mutuo entendimiento entre las partes y la realización mutua de sus necesidades. Generalmente produce acuerdos en menor tiempo y en un mayor número de casos, así como mayores resultados compartidos.
El competitivo hace producir resultados porque está en permanente combate. Rara vez falla en ser muy suave o en conceder mucho. Algunas veces obtiene mayores resultados.	Los cooperativos son vulnerables a la explotación. Tienden a hacer muchas concesiones. Tienden a interpretar erróneamente la situación, a sobre reaccionar y a perder objetividad.

Los profesores Bleems y Snips investigaron sobre los dos tipos de estilos de negociadores, y encontraron las siguientes características:

Tabla N°17
CARACTERÍSTICAS DE EFECTIVIDAD DE LOS NEGOCIADORES

Negociante Competitivo	Negociante Cooperativo

Dominante. Talentoso. Honesto. Amplias demandas. Logra conocer al oponente.	Creíble. Cortés. Afectivo. Legalmente astuto. Efectivo.

Tabla N°18
CARACTERÍSTICAS DE INEFECTIVIDAD DE LOS NEGOCIADORES

Negociante Competitivo	Negociante Cooperativo
Irritable. Simula fortaleza. Cabeza dura. Arrogante.	Creíble. Dice la verdad. Cortés. Inteligente. Se lamenta. Autocontrolado. Sin habilidades para leer las señales del oponente.

La gran mayoría de los negociantes cooperativos se ven afectados por la negociación. Los competitivos son poco efectivos por ser conflictivos.

II.5.7. Inteligencia emocional en la negociación

El reflexionar sobre lo que es la inteligencia emocional lo encontramos dentro de lo que es la teoría de la toma de decisiones y la lógica de la toma de decisiones en la negociación. La negociación suele apreciarse de diferentes modos: si se ve una posibilidad de obtener algo, por ejemplo, dinero, como humanos tendemos a no arriesgarnos. No nos gusta el riesgo y por eso se acepta el dinero, automáticamente. Y no nos gusta tomar riesgos porque podríamos no obtener nada. Por otra parte, cuando se incrementan las expectativas de mayor dinero, más personas toman la decisión de ir por la salida del riesgo. Esto tiene especiales efectos para evaluar los valores en la negociación.

En cuanto al Fiscal, si ve la oportunidad de reducir la pena y obtener una decisión inmediata y esto lo considera una ganancia fácil porque sus pruebas no son lo suficientemente fuertes, de inmediato lo acuerda. Si por el contrario, ve la negociación como una pérdida y el acusado tendría que ir a la cárcel por un largo tiempo, entonces toma el riesgo de que el Juez desestime sus cargos y decide ir a juicio.

En la negociación, las motivaciones humanas inciden grandemente en la perspectiva con que se mire la ganancia o la pérdida. Si somos actores racionales y si las emociones no cumplen ningún papel en la toma de decisiones no habría diferencias entre escoger la salida de los pocos beneficios pero seguros y la salida de los muchos beneficios pero a riesgo.

Hay una estrecha relación entre el nivel de confianza y la eficiencia de la negociación. En la relación entre el Fiscal y el abogado defensor, si hay una buena comunicación y confianza en la información, a largo plazo es mucho más fácil para ellos obtener un acuerdo porque la negociación no tiene que demorarse por una larga investigación o preparación. Pero la primera vez que el defensor le mienta al Fiscal o al revés, que el Fiscal le mienta al abogado defensor ¿qué pasa con la confianza? Se acaba. Entonces la negociación se vuelve mucho menos eficiente.

Lo común es pensar que, al momento de tomar decisiones, deben desligarse las emociones. La ciencia actual plantea que no pueden tomarse decisiones sin que estén de por medio las emociones. Las funciones emocionales del cerebro por sí solas tienden a limitar la toma de decisiones, ya que no existe ningún pensamiento sin emoción, y cada uno de los recuerdos tiene emociones atadas. Todas las decisiones tienen un componente de memoria pues, al tomar una decisión, se mide qué se debe hacer con respecto a las emociones anteriores.

En este orden de ideas, al negociar deben tenerse en cuenta las emociones, lo que no quiere decir que se involucren emocionalmente. Las emociones no son solo del cliente sino también del abogado¹⁵⁰.

II.5.8. Forma y contenido del acuerdo provisional

La Fiscalía de la Nación ha aprobado los modelos de formatos e instrumentos técnicos, ha dictado la directiva para el uso de formatos técnicos para el trabajo fiscal. Como parte de la reforma se ha visto en la necesidad de estandarizar la documentación, asignando en el formato A-27 el Acta de Acuerdo Provisional sobre la pena y la reparación civil y demás consecuencias accesorias, y para la celebración de la audiencia de terminación anticipada (PPTA) en mérito a lo establecido en los Artículos 468 y 471 del Código Procesal Penal, donde se consignan reglas a manera de estatuto del imputado en la negociación.

En el formato A-27, que se entiende que es un formato básico que podría ser mejorado por los fiscales, deberían incluirse otros ítems como:

- Partes procesales: imputados, agraviados, y tercero civilmente responsable.
- Hechos.
- Elementos de convicción.
- Imputación penal.
- Fundamentación de la dosificación de la pena y reducción de la pena.
- Fundamentación de la reparación civil.
- Aceptación de culpabilidad pena y reparación civil.

¹⁵⁰ USAID/ PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO Y ACCESO A LA JUSTICIA. (2003). Op. Cit., pp. 95-96. Disponible en http://www.pfyaj.com/hechchi/biblioteca/Manual_General_para_Operadores_Juridicos.pdf

Según Jaime Bernal y Eduardo Montealegre¹⁵¹, dentro del proceso abreviado colombiano, el acta de acuerdo debe cumplir formalmente los requisitos señalados en el Artículo 442 del CPP. Esto significa que no se trata de un acto procesal de redacción libre, por cuanto en él deben expresarse en forma clara, sin ambigüedad de ninguna naturaleza, los cargos que se atribuyen al procesado.

El acta que contiene el acuerdo y que se suscribe en la etapa de instrucción debe hacer referencia expresa a los cargos formulados como medida de seguridad, además de contener una manifestación clara y precisa del imputado o imputados en cuanto a la aceptación de cargos de su responsabilidad por todos o algunos de los hechos investigados.

Los hechos ilícitos contenidos en el acuerdo provisional debe tener congruencia a su vez en la hipótesis fáctica criminal (hechos) asumida en la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria (principio de congruencia y vinculación), los cuales deben ser corroborados con suficientes elementos de convicción de cargo obrantes en la carpeta fiscal, adicionales a la elemental aceptación de cargos del imputado¹⁵².

II.5.9. Prevención general y especial en la negociación fiscal

Luis Miguel Reyna Alfaro¹⁵³ refiere que si se reconoce que la consecuencia jurídica más relevante, la pena, puede ser objeto de transacción o negociación, la intensidad de la amenaza punitiva, desde luego, disminuye. Es que si el destinatario de la amenaza penal, sea este la sociedad en su conjunto o el ciudadano directamente involucrado en la realización del hecho punible, reconoce que dicha amenaza no es categórica debido a que puede ser objeto de negociación, es obvia la reducción de la eficacia preventiva de la norma penal.

Los innegables inconvenientes y efectos perniciosos que la posibilidad de negociación de la pena genera sobre su eficacia preventiva pueden, sin embargo, ser superados mediante la estricta aplicación de las normas contenidas en el Artículo 468 del Código Procesal Penal que reconoce que la individualización de la pena en la terminación anticipada debe responder a las pautas previstas en los Artículos 45 y 46 del Código Penal, con lo cual los riesgos de arbitrariedad se reducen ostensiblemente en virtud de que aquella responde a los fines preventivos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico penal.

II.5.10. Participación de la víctima en la negociación penal

Un sujeto procesal y su resarcimiento es un tema pendiente en la agenda de aceleramiento penal y, en especial, en los acuerdos de terminación anticipada.

Al respecto Silvia Barona Vilar¹⁵⁴ señala que es interesante esta determinación subjetiva de la institución, que es fijar qué papel puede llegar a tener la víctima en el *plea bargain*. En realidad, algunos autores apuntan que la participación de la víctima es verdaderamente obligada en el consenso, y que, de alguna forma, sufren la presión de convertirse en presa de un pez gordo que se come al pequeño, es decir, que se encuentra en la alternativa de, o bien participar en el *plea*

¹⁵¹ BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (1995). *El Proceso Penal*. Universidad Externado de Colombia, p. 531.

¹⁵² TABOADA PILCO, Giammpol. (2009). Op. Cit., p. 44.

¹⁵³ REYNA ALFARO, Luis Miguel. (2006). Op. Cit., p. 241-242.

¹⁵⁴ BARONA VILAR, Silvia. (1994). Op. Cit., p. 72-73.

bargainig o bien encontrarse con el trauma de una vista en la que la víctima un tanto frágil quedará sin defensa alguna ante el pez gordo que intente hacerse de ella¹⁵⁵.

En el Perú el Código Procesal Penal del 2004 supera al Código de Procedimientos Penales en este aspecto, pues no sólo otorga al agraviado una participación de cara a obtener una reparación civil sino que, en términos generales, la ha revalorizado, reconociéndole una serie de derechos, entre los cuales están el derecho de ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento; a ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal; a recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia¹⁵⁶.

En efecto, el Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal no solo reconoce a la víctima del delito el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal, sino que impone a toda autoridad pública el deber de tutela y trato digno a su favor. En este contexto, la terminación anticipada tendría un escenario favorable para transformarse en un mecanismo idóneo de atenuación de los efectos de victimización secundaria al provocar que la víctima reciba pronta tutela jurisdiccional. Esta posibilidad, sin embargo, se encuentra condicionada al efectivo consenso entre el Fiscal y el imputado. La intervención de la víctima del delito en la etapa preparatoria de la terminación anticipada reduce los índices de victimización secundaria que el propio sistema penal genera sobre el perjudicado por el hecho punible. Es que, mediante la participación de la víctima, se evita que ésta se sienta, una vez más, desplazada del conflicto penal y que resulte nuevamente victimizada. Si la regulación de la terminación anticipada permite la realización de reuniones preparatorias informales entre el Fiscal y el imputado con el propósito de arribar a un acuerdo provisional, y las reuniones y el acuerdo fueran excluyentes de la víctima, tendríamos que ésta adquiere conocimiento de la terminación anticipada cuando todo está consumado, y si la negociación previa entre el Fiscal e imputado afecta especialmente a la víctima del delito, por más legítimo o arreglado a ley que resulte el acuerdo provisional, lo percibirá siempre como un acto de neutralización y de revictimización¹⁵⁷.

En este sentido para Reyna Alfaro, a través de la terminación anticipada, se realiza el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la víctima, pues la pronta solución del conflicto penal no solo evita la intensificación del sufrimiento propio de su condición de víctima, sino que le reconoce dicho estatus de víctima permitiendo un auténtico -y no solo formal- cierre del conflicto penal. Sin embargo, una interpretación incorrecta de las cláusulas regulatorias de la terminación anticipada que resulte excluyente de la víctima, no solo no mejora la posición de ésta, sino que la degrada, intensificando los niveles de victimización que sufre. Se impone así una lectura *pro victimae* del nuevo estatuto procesal penal.

II.5.11. La necesidad de regular la negociación penal

¹⁵⁵ WELLING, S.H. (1987). "Victim participation in plea bargaining". En: *Washintogn University Law Quarterly*. N°2, Vol. 65. Washington, Washington University in St. Louis School of Law, pp. 304 y ss.

¹⁵⁶ BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. (2005). *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*. Lima, Editorial Alternativas, p. 21.

¹⁵⁷ REYNA ALFARO, Luis Miguel. (2009). "Problemas en la Aplicación del Proceso Especial de Terminación Anticipada". En: *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo II, agosto del 2009. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, pp. 14, 17-18.

El fundamento para regular la negociación fiscal en la terminación anticipada la encontramos en la autonomía interna del Ministerio Público dado que, de acuerdo a ley, la Fiscal de la Nación por propia iniciativa o de acuerdo con la Junta de Fiscales Supremos (sus pares), debe dictar instrucciones generales y especiales sobre la interpretación y aplicación de las leyes, y la manera y alcances de la intervención de los fiscales, con el objeto de lograr y conservar una homogeneidad en la acción e interpretación.

La Fiscal de la Nación, como los demás fiscales, puede llamar a los de rango inferior para orientarlos o solicitarles información sobre la manera como están procediendo en relación a un caso o a cierto tipo de asunto, pero no podrá obligarlos a actuar de un modo determinado. Actualmente la Ley Orgánica del Ministerio Público señala los casos en que se darán instrucciones. El reglamento que se dicte deberá precisarlas mejor¹⁵⁸.

Por ello, a raíz de la vigencia del Código Procesal Penal del 2004, la Fiscalía de la Nación ha dictado directivas denominadas “instrucciones de actuación de los fiscales en materia de ejecución de sentencias condenatorias¹⁵⁹” y sobre el desempeño del Fiscal en el rol constitucional del nuevo modelo procesal penal¹⁶⁰.

Así, el Fiscal desempeña su tarea conforme al principio de unidad de actuación; esa unidad está garantizada por el principio de dependencia jerárquica interna, de modo que la Fiscal de la Nación se sitúa en la cúspide del sistema organizativo piramidal, que permite mantener la cohesión de la actividad de todos los miembros del Ministerio Público; de este modo asegura que la actuación del Ministerio Público, no sólo en la persecución del delito sino en la comprensión e interpretación del conjunto del ordenamiento jurídico, obedezca a razonamientos y a objetivos unitarios y coherentes.

El principio de unidad de actuación garantiza que la coordinación y aplicación efectiva de la política criminal responderá a unas determinadas directrices inspiradas desde la jefatura suprema del Ministerio Público.

En Chile, la Fiscalía Nacional se ha pronunciado a través de instructivos y oficios para regular las prácticas de los fiscales en el procedimiento abreviado¹⁶¹; también el Ministerio Público de la República de Guatemala¹⁶² ha aprobado un conjunto de ocho instrucciones generales que se enmarcan dentro del eje de trabajo “racionalización de la persecución penal”, las que buscan ordenar el trabajo sustantivo de los órganos fiscales, mediante estrategias que recogen criterios criminológicos, político-criminales y dogmáticos.

¹⁵⁸ HURTADO POZO, José. (1983). *El Ministerio Público*. Segunda Edición. Lima, Editorial Dili, p. 18.

¹⁵⁹ Resolución de la Fiscalía de la Nación N°279-2007-MP de fecha 09 de marzo del 2009. “Instrucciones respecto a la actuación de los fiscales en la etapa de Ejecución de Sentencias Condenatorias en el nuevo modelo procesal penal”.

¹⁶⁰ Resolución de la Fiscalía de la Nación N°243-2007-MP.FN. Directiva “Instrucciones para el adecuado desempeño del Fiscal en el rol constitucional del nuevo modelo procesal penal”.

¹⁶¹ Oficio de la Fiscalía Nacional de Chile N°401 del 20 de agosto de 2003, y Oficio de la Fiscalía Nacional N°724 del 12 de diciembre del 2005. Oficio N°144 de Materia del Instructivo N°57 sobre directrices fundamentales para la aplicación del procedimiento abreviado y la interpretación de las normas pertinentes contenidas en los Artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal.

¹⁶² En http://www.cejamericas.org/doc/documentos/instrucciones_2005.pdf

En el caso de Colombia, la Fiscalía ha dictado el Manual del Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio¹⁶³ para prever posibles inquietudes y dificultades que hayan surgido con motivo del cambio radical del sistema de investigación y juzgamiento, dirigida a Fiscales y servidores de la Policía Judicial. Concretamente en su Sección N°14 ha regulado el rol de los operadores de justicia en los preacuerdos y la negociación. Estas estrategias permiten al Ministerio Público elegir la mejor respuesta penal al conflicto criminalizado y mejorar el desempeño y rendimiento institucional.

En nuestro país, frente a la deficiente regulación procesal penal que se le ha dado al instituto de la terminación anticipada, la cual alberga gran discrecionalidad para su práctica por parte de los Fiscales, es de suma importancia que se establezcan directrices y pautas que garanticen la plena eficacia de los principio de igualdad, suficiente información al imputado, legalidad en contra del abuso en el ejercicio de la discrecionalidad, contradicción mediante el conocimiento de la prueba de cargo antes del preacuerdo, razonabilidad y proporcionalidad de las penas que se soliciten ante el Juez, así como un comportamiento ético de los operadores sean abogados, Jueces o Fiscales.

III. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

“La justicia consensuada es un mal necesario, donde siempre estarán enfrentadas las garantías del juzgamiento y la efectividad del sistema”.
Óscar Guerrero.

III.1. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los sistemas procesales penales fundados en mayor o menor medida en los principios inquisitivo y acusatorio han evolucionado hacia la incorporación progresiva de elementos compositivos en el proceso penal, instalando un tercer modelo de referencia basado en el consenso.

En el marco de esta reforma, la introducción progresiva de fórmulas negociadas al interior del proceso penal respondería al rechazo del modelo intervencionista y expansionista del Derecho Penal. Como enseña el profesor español Víctor Fairén Guillén¹⁶⁴, el proceso penal está retornando hacia el contractualismo

Con la vigencia del Código Procesal Penal del 2004 se ha puesto en práctica, en gran parte de los distritos judiciales del Perú, la institución de la terminación anticipada, único proceso especial que posibilita la conclusión de procesos graves sin llegar al juzgamiento. De esta manera se abre la puerta y se crea incentivos para que los sujetos procesales negocien el resultado de la investigación criminal. Así en un nuevo sistema construido alrededor de la presunción de inocencia, se presume también la culpabilidad para poder celebrar una negociación.

¹⁶³En <http://www.fiscalia.gov.co/sistPenal/sistemapenal/ManprocedfiscaliaenelspacolombianoMariolguaran.pdf>

¹⁶⁴ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. (1994). “Tendencias Actuales del Derecho Procesal Penal”. En: *Revista del Derecho Procesal*. N°18. Santiago de Chile, Universidad Santiago de Chile, p. 105. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1376/2.pdf>

Ante instituciones que involucran un alto grado de discrecionalidad para quien ejerce la acción penal como la terminación anticipada, es necesario que la Fiscalía de Nación regule los márgenes de actuación de la negociación de penas como parte de su política institucional, conforme a los principios de jerarquía y unidad de actuación fiscal, para alcanzar estándares no solo cuantitativos sino cualitativos en la negociación penal, con respeto a las garantías y condiciones de validez del sistema con los fines de prevención perseguidos por la ley penal y sobre todo su legitimidad social, buscando conciliar la eficacia con las garantías procesales penales.

El proceso especial de terminación anticipada, conforme lo regula el Código Procesal Penal del 2004, procede frente a cualquier tipo de delito; entonces, es ineludible la aplicación de una política legislativa encaminada a fortalecer esta institución. Considero que deben seleccionarse algunas figuras típicas que, por sus implicaciones sobre la sociedad, pueden ser excluidas de la posibilidad de la negociación (delitos sexuales, tráfico de drogas, etc.). Mientras tanto, la investigación y análisis del Fiscal frente al delito debe ser minucioso para decidir si negocia o no con el imputado. En este sentido, el Fiscal negociador debe desarrollar conocimientos, habilidades y actitudes para la negociación eficaz y equilibrada de las pretensiones de parte, dentro de un proceso penal.

La negociación dentro del proceso penal requiere también, por parte de quien ejerce la acción penal, de un estudio de la relación costo-beneficio. Asimismo, el Fiscal negociador deberá tener como perfil el conocimiento fáctico, jurídico y probatorio del caso; contar con una estrategia o plan de trabajo; tener inteligencia emocional en la toma de decisiones, así como respeto y transparencia en su relación con el imputado y el abogado defensor.

Por último, el Fiscal en este nuevo modelo no debe buscar liquidar sus casos en tiempo récord, sino detenerse y reflexionar si su conducta se acerca a los valores y principios generales que garanticen el debido proceso y la recta administración de justicia.

La negociación penal será útil si se hace un uso racional, ponderado y objetivo, bajo las directrices de una política criminal, científica y debidamente trazadas por la Fiscalía de la Nación.

III.2. ALGUNAS SUGERENCIAS: REGLAS DEL FISCAL NEGOCIADOR

El Fiscal debe hacer un análisis de los hechos y la determinación de las fortalezas y debilidades de su teoría del caso, que le permitirá orientar desde un primer momento las diligencias preliminares, y acopiar los elementos de convicción que le permitan considerar que se encuentra ante “un caso” relevante y con perspectivas favorables de llevarlo, eventualmente, a una negociación aplicando una terminación anticipada o, a un exitoso juicio.

Deberá tener un manejo de la teoría del delito entendida como el conjunto de herramientas o instrumentos conceptuales que permiten determinar cuándo una conducta humana corresponde al mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de la pena¹⁶⁵.

¹⁶⁵ BACIGALUPO, Enrique. (1989). *Lineamientos de la Teoría del Delito*. Segunda Edición. Buenos Aires, Editora Hammurabi, p. 1-9.

Deberá conocer del sistema de determinación de la pena entendido como un procedimiento a través del cual el Fiscal define de modo cualitativo la sanción que corresponde aplicar al autor o partícipe de un delito. Para dicha tarea se tomará en cuenta la función que se asigna a la pena en nuestra legislación (Artículo 139 Inciso 21 y 22 de la Constitución y Artículo IX del Título Preliminar del Código Penal), así como los criterios que derivan de principios fundamentales del Derecho Penal como los de lesividad, de culpabilidad y de proporcionalidad (Artículos IV, VII y VIII del título preliminar del Código Penal). Igualmente, analiza y valora la presencia en el hecho *subjudice* de circunstancias agravantes o atenuantes, genéricas o específicas, que pueden alterar los términos máximos o mínimos de las penas conminadas para el delito cometido (por ejemplo, los Artículos 13 *in fine*, 14 *in fine*, 15 *in fine*, 21, 22, 25 *in fine*, 26, 45, 46, etc., del Código Penal); y así deberá constar en los Acuerdos Provisionales de Terminación Anticipada.

Deberá definir una estrategia y técnica de negociación¹⁶⁶, por excelencia dinámica y creativa, deberá tener un manejo emocional del escenario de negociación interpersonal con el imputado y su defensor y la influencia mediática de los medios de comunicación. Una estrategia válida para todos los casos es moverse de una estrategia de competitiva a una de colaboración.

Deberá tener en cuenta que la negociación no significa necesariamente efectuarse en términos de libertad para el imputado, y ofertar las penas en estos términos, para que el imputado acepte los acuerdos. Asimismo tendrá que considerar en la negociación de la pena, el monto de la reparación civil que debe ser proporcional y sobre todo, buscar formas legales innovadoras para su cumplimiento (pago en especie, adjudicación en pago de bienes, cesión de derechos, etc.), con participación de la parte agraviada

En la negociación fiscal, si bien debe promoverse su aplicación como forma alternativa de conclusión del proceso penal, deberá ser evaluada no solo en términos celeridad del proceso o de producción de trabajo fiscal, sino que debe estar sujeto a evaluación “cualitativa” de los acuerdos provisionales por los Fiscales Coordinadores, sin perjuicio de la responsabilidad penal o funcional que eventualmente acarrearía.

El Fiscal negociador debe hacer una prognosis del impacto colateral en el entorno socio-económico, dado que el delito puede afectar otros ámbitos de la sociedad, así como en el ético frente al juicio público.

¹⁶⁶ “En todo proceso de negociación las habilidades comunicativas y emocionales son fundamentales, es ahí donde entra la psicología que ha investigado cuáles son las características principales que caracterizan a un buen negociador. La negociación se puede definir como la relación que establecen dos o más personas respecto a un asunto determinado con vista a acercar posiciones y llegar a un acuerdo que sea beneficioso para todos ellos. Es un proceso dinámico al que debemos acercarnos bien preparados y conscientes de sus dificultades, conocedores del tiempo y el desgaste de su desarrollo, prevenidos contra el desaliento y confiados en el éxito final. También la negociación es un proceso psicosocial que es complejo y en el cual es preciso desplegar innumerables habilidades. La capacidad negociadora viene dada por un conjunto de aptitudes intelectuales y de habilidades sociales, unidas a un entendimiento profundo de lo que es un proceso negociador”. Tomado de “Psicología para negociar: técnicas y estrategias para enfrentar situaciones durante una negociación”, de la psicóloga Daniela Novoa. Disponible en <http://www.psicomatico.com/general/psicologia-para-negociar-tecnicas-y-estrategias-para-enfrentar-situaciones-durante-una-negociacion.html>

Se deberá limitar la terminación anticipada a los delincuentes habituales o reincidentes, y no convertir los Juzgados en una puerta giratoria de la justicia en la que los imputados entran y salen inmediatamente.

Se debe tener mucho cuidado en efectuar rápidamente terminaciones anticipadas cuando se vean comprometidas organizaciones delictivas, con una significativa contingencia económica, con masificación de implicados, y con afectación de intereses estatales, dado que la conclusión del proceso interrumpiría una investigación que tendría mayores ramificaciones, que comprometería a otros miembros de la organización o la comisión de otros delitos que eventualmente se pretenderían ocultar.

IV. BIBLIOGRAFÍA

IV.1. LIBROS

- BACIGALUPO, Enrique. (1989). *Lineamientos de la Teoría del Delito*. Segunda Edición. Buenos Aires, Editora Hammurabi.
- BARONA VILAR, Silvia. (1994). *La Conformidad en el Proceso Penal*. Valencia, Edita Tirant Lo Blanch.
- BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. (2005). *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*. Lima, Editorial Alternativas.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. (2009). "La Terminación Anticipada del Proceso en el Código Procesal Penal de 2004 Aspectos. Conceptuales y Procedimentales". En: *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo II, agosto del 2009. Lima, Editorial Gaceta Jurídica.
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (1995). *El Proceso Penal*. Segunda Reimpresión., Universidad Externado de Colombia.
- BERNATE OCHOA, Francisco (et al). (2005). *Sistema Penal Acusatorio*. Primera Edición. Bogotá, Centro Editorial de la Universidad El Rosario.
- DEL RÍO FERRATTI, Carlos. (2008). "El principio de Consenso de las partes en el Proceso Penal y Enjuiciamiento Jurisdiccional: Aclaraciones Conceptuales necesarias". En: *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 35, N°1.
- DOIG DÍAZ, Yolanda. "El Proceso de Terminación Anticipada en el CPP del 2004". En: *Revista Actualidad Jurídica*. N°149. Lima, Editorial Gaceta Jurídica
- GACETA JURÍDICA. (2007). "Actualidad Jurídica". En: *Gaceta Jurídica*. Tomo 158, enero 2007. Lima, Editorial Gaceta Jurídica.
- GACETA PENAL Y PROCESAL PENAL. "Especial Problemas en la Aplicación del Proceso Especial de Terminación Anticipada". En: *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo II, agosto del 2009. Lima, Editorial Gaceta Jurídica.
- GALVEZ VILLEGAS, Tomás; RABANAL PALACIOS, William y CASTRO TRIGOSO, Hamilton. (2008). *El Código Procesal Penal comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Primera Edición. Juristas Editores.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. (2009). *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II., Editorial Jurídica de Chile.
- HURTADO POZO, José. (1983). *El Ministerio Público*. Segunda Edición. Lima, Editorial Dili.

- IBARRA ESPÍRITU, Carlos Enrique. "Impugnación de la Terminación Anticipada por la parte civil". En: *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*. N°123, diciembre del Año 14.
- OSSORIO, Manuel. (2003). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Vigésimatercera Edición Actualizada, corregida y aumentada por Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. Editorial Heliasta.
- PEÑA CABRERA, Alonso Raúl y FRISANCHO APARICIO, Manuel. (2003). *Terminación Anticipada del Proceso*. Primera Edición. Juristas Editores.
- PINKAS, Flint. (2001). *Negociaciones Eficaces, Implemente las Mejores estrategias y tácticas*. Lima, Área de Publicaciones de El Comercio.
- REYES ALVARADO, Víctor Raúl. (2006). "El Proceso Especial de Terminación Anticipada. Su aplicación en el Distrito Judicial de Huaura, a partir de la vigencia del Código Procesal Penal de 2004". En: *Revista Actualidad Jurídica*. Tomo 156. Lima, Editorial Gaceta Jurídica.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. (2006). *El Proceso penal aplicado*. Lima, Ediciones Gaceta Jurídica.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. (2009). "Problemas en la Aplicación del Proceso Especial de Terminación Anticipada". En: *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo II, agosto del 2009. Lima, Editorial Gaceta Jurídica.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. (2009). *La Terminación Anticipada en el Proceso Penal*. Primera Edición. Lima, Juristas Editores.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan. (2004). *Episteme y Derecho. Una exploración jurídico penal*. Granada, Comares.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. (1997). *La Justicia Penal Negociada, Experiencias de Derecho Comparado*. Ediciones Universidad de Salamanca.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. (1997). *La Justicia Penal Negociada. Experiencias de Derecho Comparado*. Primera Edición. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. (1999). *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Lima, Editorial Grijley.
- SHUNEMANN, B. "¿Crisis del Procedimiento Penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)" En: *Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania*. Cuadernos de CGPJ 8.
- TABOADA PILCO, Giammpol. (2009). "El Proceso de Terminación Anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal. Especial referencia a su aplicación en el Distrito Judicial de la Libertad". En: *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo II, agosto del 2009. Lima, Editorial Gaceta Jurídica.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Los procesos especiales en el Nuevo Código Procesal Penal. Tema: Procesos Especiales*. Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. *Técnicas de Negociación de Acuerdos en el Nuevo Código Procesal Penal*. Instituto de Ciencia Procesal.
- USAID/ PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO Y ACCESO A LA JUSTICIA. (2003). *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano*. Primera Edición. Bogotá D.C., Comisión Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el Proceso Penal - USAID/ Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia.
- VOGLER, Richard. "Justicia Consensuada y Proceso Penal". En: *Revista Jurídica de ESMP*. N°2. Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- WELLING, S.H. (1987). "Victim participation in plea bargaining". En: *Washintogn University Law Quarterly*. N°2, Vol. 65. Washington, Washington University in St. Louis School of Law.

IV.2. RECURSOS ELECTRÓNICOS

- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). (2005). *Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y El Caribe*. Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). En [http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/MANUAL DE DEFENSA_completo.pdf](http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/MANUAL_DE_DEFENSA_completo.pdf)
- CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA. (2002). *Código Procesal Comentado*. San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura. En <http://www.cnj.gob.sv/index>.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. (1994). "Tendencias Actuales del Derecho Procesal Penal". En: *Revista del Derecho Procesal*. N°18. Santiago de Chile, Universidad Santiago de Chile, p. 105. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1376/2.pdf>
- <http://books.google.com.pe/books>
- <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/artigo.pdf>
- http://www.cejamericas.org/doc/documentos/instrucciones_2005.pdf
- <http://www.fiscalia.gov.co/sistPenal/sistemapenal/ManprocedfiscaliaenelspacolombianoMariolguaran.pdf>
- <http://www.fiscalia.gov.co/sistPenal/sistemapenal/ManprocedfiscaliaenelspacolombianoMariolguaran.pdf>
- <http://www.incipp.org.com>
- <http://www.inpe.gob.pe/portal/estadisticas>
- <http://www.pj.gob.pe>
- <http://www.pj.gob.pe>
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00855-2003-HC.html>
- NOVOA, Daniela. "Psicología para negociar: técnicas y estrategias para enfrentar situaciones durante una negociación". Disponible en <http://www.psicomatico.com/general/psicologia-para-negociar-tecnicas-y-estrategias-para-enfrentar-situaciones-durante-una-negociacion.html>
- ORÉ GUARDIA, Arsenio y RAMOS DÁVILA, Liza. *Aspectos comunes de la Reforma Procesal Penal en América Latina*. En: www.incipp.org.com.

IV.3. NORMAS Y CÓDIGOS

- Oficio de la Fiscalía Nacional de Chile N°401 del 20 de agosto de 2003.
- Oficio de la Fiscalía Nacional de Chile N°724 del 12 de diciembre del 2005.
- Oficio N°144 de Materia del Instructivo N°57 sobre directrices fundamentales para la aplicación del procedimiento abreviado y la interpretación de las normas pertinentes contenidas en los Artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal.
- Resolución de la Fiscalía de la Nación N°243-2007-MP.FN. Directiva "Instrucciones para el adecuado desempeño del Fiscal en el rol constitucional del nuevo modelo procesal penal".
- Resolución de la Fiscalía de la Nación N°279-2007-MP de fecha 09 de marzo del 2009. "Instrucciones respecto a la actuación de los fiscales en la etapa de Ejecución de Sentencias Condenatorias en el nuevo modelo procesal penal".

V. ANEXOS

TABLA N°19
REPORTE DE DURACIÓN DE CONCLUSIÓN DE CASOS
CASOS DENUNCIADOS DE 01 DE JULIO DEL 2006 AL 30 DE JUNIO DEL 2009
DISTRITO JUDICIAL DE HUAURA
(Fecha de corte: 30 de junio del 2009)

TIPO DE PROCESO	DURACION PRO. DÍAS	DURACIÓN MIN. (DÍAS)	DURACIÓN MAX (DÍAS)	TOTAL DE CASOS
ACUERDO REPARATORIO	274	3	1111	195
ARCHIVO	293	1	1851	11249
DERIVADOS	113	4	976	114
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	296	2	1365	1414
PROCESO COMUN (SIN FALLO REGISTRADO)	480	195	771	74
PROCESO INMEDIATO	349	170	632	7
SOBRESEIMIENTO	731	1	3838	1490
TERMINACIÓN ANTICIPADA	287	1	1496	1432
PROCESO COMUN (CONDENATORIA)	603	1	2583	1254
PROCESO COMUN (ABSOLUTORIA)	659	1	1812	239

Fuente: Área de Gestión del Distrito Judicial de Huaura.

TOTAL DE CASOS RESUELTOS 17468

- Se consideran los casos denunciados entre las fechas de inicio y fin que hayan concluido hasta la fecha de corte.
- Derivados: se consideran las derivaciones efectuadas a Fiscalías de otro Distrito Judicial, de otra especialidad o a Fiscalías no conectadas.

TERCER PUESTO
Empate

**EL CONTRASENTIDO MEDICO LEGAL EN LA REGULACIÓN
DE LOS MENORES DE 16 AÑOS COMO INCAPACES
ABSOLUTOS EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

Dr. MANUEL JAVIER LOPEZ MENDEZ

EL CONTRASENTIDO MEDICO LEGAL EN LA REGULACION DE LOS MENORES DE 16 AÑOS COMO INCAPACES ABSOLUTOS EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.

I.- INTRODUCCION

1. ANTECEDENTES

1.1. Antecedentes.

1.1.1.- Realidad Problemática.-

Actualmente en el Perú, todo menor de 16 años es considerado un incapaz absoluto, conforme lo señala el artículo 43 del Código Civil, a saber: “son absolutamente incapaces: 1) Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la Ley; 2) Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento; y 3) Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable”. En igual condición están los privados de discernimiento y los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos, a quienes la ley los equipara con los menores de 16 años y los reputa también incapaces absolutos, conforme se ve de los dos restantes incisos del artículo antes reseñado. Sin embargo, a los retardados mentales los considera incapaces relativos, de conformidad con el inciso 2 del artículo 44 del Código Civil. Por lo que tal regulación es cuestionable cuando nos enfrentamos a la siguiente interrogante: ¿están los privados de discernimiento (incapaces absolutos) o los retardados mentales (incapaces relativos) por encima del desarrollo mental de los menores de dieciséis años (incapaces absolutos)?

Ciertamente no y lo que genera dicha regulación son contradicciones de índole médico y legal. Así tenemos que para la ley (aspecto legal), fuera de las excepciones estipuladas en el inciso 1 del artículo 43, un menor mayor de 14 a 16 años no tiene suficiente capacidad intelectual ni de discernimiento para ejercer por sí mismo sus derechos, mientras que en el aspecto médico (que para el presente trabajo hemos considerado el nivel Psiquiátrico y psicológico), el menor en el rango antes mencionado sí tiene capacidad y el suficiente discernimiento para asumir responsabilidades y, en algunos casos, en idéntica forma que los mayores. Pese a ello dichos menores son equiparados a los privados de discernimiento, a los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos, que no pueden expresar su voluntad en forma indubitable y son puestos a un nivel menor que los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental y demás incapacitados relativos. De allí, que es controvertido la causa de tal delimitación- sobre todo cuando incorpora a los menores mayores de 14 años hasta antes de los 16 años como incapaces absolutos, rango que es materia de nuestro trabajo- y es preciso encontrar el fundamento jurídico que ha hecho que colisione razones de índole legal sobre razones de tipo médico, cuando debió buscarse la coherencia entre ambos aspectos. La interrogante, por supuesto, merece un análisis más exhaustivo, pero lo que se intenta demostrar ya en el desarrollo de la tesis, es que no es adecuado técnicamente desde el punto de vista médico, que necesariamente va a influir en lo legal, incorporar a los menores de 16 años como incapaces absolutos cuando no se ha hecho una delimitación, por lo menos, de las edades de uno a dieciséis años.

Cabe anotar también que respecto de las excepciones que se encuentran determinados por la ley, previsto en el precitado inciso 1 del artículo 43, como por ejemplo la del artículo 1358 del Código Civil por lo cual los menores de 16 años pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades de la vida diaria, nos muestra que lo de absoluto deviene en relativo por las excepciones estipuladas por la Ley, que son muchas a lo largo de todo el ordenamiento civil, de lo que se deduce que ya no resulta tan admisible que la regla general sea la incapacidad y su excepción sea su capacidad. Con ello creemos que esa aparente “solución útil” dada por el legislador, como es la de fijar la edad de 16 años para reputar que una persona menor a dicha edad es un incapaz absoluto y luego otorgarle muchas excepciones para “paliar” dicha incapacidad, devela otra contradicción de la norma en cuestión y el propio legislador admite tácitamente que un menor de 16 años está por encima del desarrollo intelectual de un retardado mental y, sin embargo, considera a éstos últimos como incapaces relativos, mientras que a los menores de 16 años (sin distinción en la edad, esto es, de uno a 16 años) los declara incapaces absolutos, cuando la realidad y las investigaciones científicas, como ya dijéramos, en materia psiquiátrica, psicológica y también pedagógica, demuestran que los menores de 16 años tienen capacidad intelectual y un discernimiento por encima de los retardados mentales que la ley les niega y que al mismo tiempo les reconoce en éste último caso.

En nuestro país no es infrecuente ver o escuchar a través de los medios de comunicación que menores de 12 años ingresen en los primeros lugares a la Universidad Mayor de San Marcos y la Universidad Nacional de Ingeniería, entre otras. Y es común ver también que los adolescentes, por razones de estudios o trabajo, necesiten comprar una computadora con las características que se adecue a sus necesidades y también necesiten repotenciarlas o adquirir nuevos softwares o una calculadora científica, la pregunta es si podrían hacerlo y si dicho acto jurídico se puede decir que constituye una necesidad ordinaria de la vida diaria de ese menor, de no ser así dicho acto jurídico no es válido al ser nulo. Es interesante el ejemplo que da Christian Hernández Alarcón cuando, en su artículo ¿Son incapaces los menores de edad?, narra un caso de uno de los niños que fue infectado por VIH hace un tiempo en la Maternidad de Lima, quien era hijo de una adolescente de 15 años. El niño, necesitaba una transfusión sanguínea y una intervención quirúrgica en el Hospital Bartolomé Herrera y el médico tratante previa consulta al departamento legal se negaba a realizar la intervención sin recabar el consentimiento informado de los abuelos del niño, pues no tenía valor la autorización que podría dar la adolescente que era madre de la criatura. En ese caso se tuvo que tramitar una autorización judicial para suplir la ausencia de los tutores legítimos (abuelos). Es decir, señala el autor, en la práctica pese a permitirse el reconocimiento de esta madre adolescente de su hijo no se permitió el ejercicio de los otros derechos relativos al ejercicio de la patria potestad como si su palabra no contara como si fuera una incapaz. Nada más lo contrario a la realidad, puede reconocer pero no puede hacer nada más una capacidad sin capacidad.

En ese caso el Derecho no puede limitar los derechos de los menores solo porque su regulación no corre al mismo ritmo que la realidad social y el Derecho no puede poner trabas ni obstáculos para que los menores desarrollen su proyecto de vida, habida cuenta que éstos ya no solo pagan sus pasajes en los buses, sus entradas en los cines, compran caramelos o refrescos, sino que realizan actos de mayor importancia y trascendencia económica y sus necesidades en la vida moderna se han incrementado considerablemente, y no solo en el tráfico comercial sino respecto de asuntos personales y laborales. Por lo que tal incorporación de los menores mayores de 14 y menores de 16 años como incapaces absolutos resulta insostenible y debe modificarse, no hacerlo sería nadar

contra corriente dado que no solo se aparta de la realidad sino de la tendencia mayoritaria en la legislación comparada, que recoge la dinámica y el palpitante desarrollo de la vida en la sociedad actual y ubica a los menores a partir de los 14 años cumplidos hacia delante como sujetos con capacidad restringida (incapacidad relativa).

Por otro lado, dicha regulación acarrea efectos jurídicos que devela otra incoherencia, ya que al declarar a un menor en el rango bajo estudio como incapaz absoluto, a despecho de su capacidad natural, sanciona sus actos como nulos, mientras que al declarar a los retardados mentales como incapaces relativos, no obstante su deficiente desarrollo intelectual y de discernimiento, sanciona sus actos como anulables.

1.1.2. Estudios realizados relacionados al Problema.-

a) DE LAMA AYMA, Alejandra: En su tesis doctoral por la Universidad Autónoma de Barcelona denominada “La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad”, concluye:

“Siempre que el menor tenga madurez suficiente, debe ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad (...) Antes de los doce años se considera, como regla general, que el menor no tiene madurez para ejercer sus derechos de la personalidad mientras que por encima de los dieciséis años la regla es que sí existe madurez suficiente. Entre los doce y los dieciséis años existe una zona difusa en la cual debe estarse al caso concreto y a la relevancia del acto entendido como norma general que, salvo que el acto a realizar sea de especial gravedad, existe madurez a partir de los doce años.” (S. /f.: 470).

b) PIETRA, María Luciana: En su investigación “Los padres menores de edad no emancipados y el ejercicio de la patria potestad”, señala que:

“El progenitor menor de edad no emancipado es un sujeto de derechos, y no un objeto manipulable que no puede intervenir en las decisiones adaptadas en relación a sus hijos, por lo que debe asegurarse el respeto a su persona y su condición protagónica como padre. La exagerada protección de los llamados “incapaces”, en numerosas ocasiones no logra resguardarlas, sino por el contrario las perjudica.” (S. /f.: 9)

c) BELTRAN AGUIRRE, Juan Luis: En su trabajo “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: Dimensión Jurídica”, establece que:

“La expresión el ‘menor maduro’ se utiliza para identificar a las personas legalmente menores de edad, pero en capacidad suficiente para involucrarse en la toma de decisiones atinentes a su persona. A partir de los años ochenta, nuestras legislaciones, tanto la civil y penal como la específica reguladora de la protección de menores y, desde luego, la sanitaria, han avanzado bastante con relación a este tema reconociendo al menor de edad con madurez suficiente su capacidad de autodeterminación en el ámbito de los derechos de la personalidad y, por ende, sobre su salud en general y, en particular, sobre su salud sexual y reproductiva (...) Destaca que el conocimiento científico actual permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos, y que de esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de Futuro.” (S. /f.: 470).

d) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal: En su obra “Acto Jurídico” menciona que “El límite de los dieciséis años para la incapacidad absoluta de obrar está establecido arbitrariamente. No es posible trazar una línea divisoria entre mayor de edad (capaz) y menor de edad (incapaz), entre incapaz absoluto y un incapaz relativo por razón de la edad, sino que la adquisición de la capacidad de ejercicio es gradual y paulatina hasta aproximarse a los límites de mayor de edad, es por eso que se establece que el menor de 16 años es un incapaz absoluto, pero reconociéndole, excepcionalmente, al menor de esa edad una cierta capacidad limitada “ (2001: 181).

e) ESPINOZA ESPINOZA, Juan: En su libro “Derecho de las Personas” concluye que” Basta dar una ojeada a cualquier escrito tradicional sobre el Derecho de Familia para percibir que en la relación paterno-filial campea la idea de total sujeción del menor a la potestad de los padres. Este dogma debe volver a ser visto a la luz de los 'espacios de autodeterminación de los menores'. Por eso coincido con quien opina que: 'la edad no es ni puede ser, en el diseño constitucional y en la vigencia de los principio fundamentales, elemento que divide a los hombres en dos clases: por encima de la mayoría de edad sé es 'persona', completamente, por debajo de aquella sé es menos persona”. (2004: 536-537).

f) DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: Explican en su tratado “Instituciones de Derecho Civil” “que “la menor edad es un estado civil que se caracteriza por sumisión y dependencia de la persona a las que ostentan oficios protectores de la misma, como son la patria potestad y tutela. Y ello porque al menor se le considera como incapaz de gobernarse a sí mismo, y sus representantes legales (titulares de la patria potestad, tutor) son los que actúan u obran por él. Pero ello no significa que el menor vea anulada toda su capacidad de obrar en virtud de esa sumisión y dependencia. EL ordenamiento no tiene más remedio que reconocerle un amplio campo de actuación con el correspondiente poder y responsabilidad, pues es evidente que su dignidad como persona exige que en él no sea sustituido por sus representantes legales”. (1998: 137-138).

g) GHERSI, Carlos Alberto: En su libro “Derecho Civil. Parte General”, citado por Rinesi (S. /f.: 25), refiriéndose a los menores púberes, sostiene “que si bien la regla, es la de ser incapaces relativos, desde la óptica del ejercicio del derecho, a partir de los catorce años, inicia la capacidad negocial genérica (puede adquirir bienes muebles), lo que es reconocerle capacidad de ejercicio.

En el ámbito legislativo nacional, tenemos que el Código Civil de 1936 regulaba la incapacidad absoluta en el artículo noveno del Título II de la Sección Primera del Libro I, estableciendo que son absolutamente incapaces: 1) los menores de 16 años, 2) los que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, los sordomudos que no saben expresar su voluntad de una manera indubitable y 3) los desaparecidos cuya ausencia está judicialmente declarada. Y la incapacidad relativa lo regula en el artículo décimo, señalando que son relativamente incapaces los mayores de 16 años, y los sujetos a curatela no comprendidos en el artículo anterior. Es decir que la edad de 16 años fijado en el anterior Código Civil, que establecía que menor a esa edad sé es un incapaz absoluto, se ha mantenido en el Código Civil de 1984. Sin embargo en el mismo inciso del artículo analizado no les otorga ninguna excepción a los menores de 16 años para “atenuar” su incapacidad absoluta. Pero sí lo hace en el artículo 12 cuando señala que “los casos en que los menores de 16 años pueden practicar actos civiles están determinados por la ley”, norma que no es reproducida por el Código Civil vigente en razón que tal excepción lo ha regulado en un

solo artículo e inciso (artículo 43, inciso primero). Evidentemente, el Código Civil vigente mantiene el mismo error que el código derogado al señalar arbitrariamente que entre los cero y antes de cumplir los 16 años sé es incapaz absoluto cuando, como veremos, dicho límite de los 16 años, no se condice con la realidad y los tiempos actuales y mantiene también la misma contradicción de otorgar excepciones a los menores de 16 años a fin de que puedan practicar algunos actos civiles, conforme lo exige su vida diaria. Es decir, los menores de 16 años, sin distinción, son por un lado incapaces absolutos y cuando hacen uso de las excepciones determinadas por la ley, tienen capacidad relativa de ejercicio.

Por su parte el Código Civil vigente en su artículo 43 del Título V de la sección I del Libro I, que es el dispositivo que se cuestiona y materia de nuestro análisis, prescribe que son absolutamente incapaces: 1) Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la Ley; 2) Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento; y 3) Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. Estas causas de incapacidad absoluta tienen como fundamento la edad o la salud de la personas. El primer inciso se refiere a la edad y los dos restantes a la salud de las personas. Pero la pregunta es ¿cómo se ha llegado a fijar la edad de 16 años para determinar que antes de esa edad sé es un incapaz absoluto?

h) LEÓN BARANDARIÁN, José: En su “Tratado de Derecho Civil” responde de cierta manera la pregunta precedente cuando, comentando la incapacidad absoluta de ejercicio por razones de edad contenido en el Código Civil de 1936 (que resulta atendible y actual para el Código Civil vigente dado que se ha mantenido que los menores de 16 años son incapaces absolutos), concluye que la edad de 16 años fijada fue producto de una transacción más que de un análisis riguroso desde punto de vista de la realidad social, psiquiátrico, psicológico, pedagógico y jurídico (médico legal) al establecer que “la fijación de esta edad de 16 años fue resultado de un compromiso o transacción entre diversos puntos de vista originariamente sustentados en el seno de la Comisión Reformadora. De una parte se propugnó la edad de 18 años; de otra parte la de 12 años y 14 años; que no se avenía con la idea de reputar incapaz absoluto al púber que ganaba su sustento colaborando en la vida económica de la nación (...) que todos estos hechos no debían pasar inadvertidos para el legislador que sí éste los olvidaba, los recogería la práctica, la cual tendría que echar mano de algún recurso técnico, el del consentimiento tácito, por ejemplo, para dar eficacia a algunos actos de los menores (...) que para proteger a los menores no había porque extender su incapacidad absoluta, puesto que se conseguía ese fin tutelar con la incapacidad relativa(..)”. Y agrega que la edad de 14 años fijada por el Código argentino era una solución superior desde el punto de vista legislativo, en comparación con la edad de 16 años, toda vez que “con ella la ley se apartaba menos de la realidad”. (1981: 122-123).

En el Derecho Comparado existen antecedentes ilustrativos que denotan el esfuerzo de la regulación de los menores de edad por incorporarlos a la dinámica de la vida social, así tenemos que:

I) SPOTA, Alberto: En su obra “Tratado de Derecho Civil. Parte Civil”, analizando el antiguo Código Civil Italiano de 1865, señalaba que “si bien, en principio, el menor carece de capacidad de obrar y cae bajo patria potestad o tutela mientras no llegue la mayoría de edad, ello no era absoluto, no siempre podía decirse que dicho menor no actúa en la escena jurídica y explica, además, que la

legislación tiende a ampliar cada día esta esfera jurídica del menor y que el principio de la incapacidad del menor se hallaba plagado de excepciones como en el campo del derecho de familia o cuando se trata de actos que importan disponer de la propia persona, citando por ejemplo cuando se trata de contratos de trabajo. (1949: 130).

El Código Civil argentino en su artículo 54 establece que tienen incapacidad absoluta los menores impúberes y que son los menores de 14 años. Y es que el Código Civil Argentino al menor mayor de 14 años (menor púber) lo considera como incapaz relativo o con capacidad restringida y pueden realizar muchos actos jurídicos como administrar su peculio, ejercer profesiones o industrias, y con plenitud de facultades también demandar a sus representantes, defenderse por sí solo en juicio criminal, reconocer hijos, etc. Es decir, se les reconoce una actuación en la esfera jurídica en el campo de los derechos personalísimos y en el terreno de la vida cotidiana y del derecho laboral. Por ello compartimos la posición de la legislación Argentina de fijar la edad de 14 años, al ser una solución adecuada, toda vez que la capacidad natural o capacidad de entender y de querer es fundamental y relevante para determinar la validez de los actos realizados por los sujetos de derecho, no así la edad o capacidad legal establecida por el legislador, que muchas veces prescinde del discernimiento de los sujetos de derecho, lo que genera normas contradictorias con la realidad.

Por otro lado, el Código Civil ruso de 1984 ha señalado que los menores entre los 14 a 18 años no tienen todavía capacidad plena y el mismo Código de los Niños y Adolescentes Peruano en su artículo 51 establece las edades requeridas para el trabajo de los adolescentes en determinadas actividades y fija la edad mínima de 12 años para las demás modalidades de trabajo. La doctrina nacional considera que el discernimiento, -tomando en cuenta la psicología moderna y la legislación peruana- puede aparecer aproximadamente a los 10 años, (basándose en el artículo 378. Inc. 4 CC), y que estaría en pleno proceso de formación y consolidación hacia los 14 años. (Rubio Correa 1995: 157).

Pero si el Código Civil Argentino declara incapaz absoluto al impúber, o sea, del que todavía no ha cumplido los 14 años, el Código Civil Alemán va más allá y lo declara en esa condición al menor de siete años, por lo que el menor que cumplió los 7 años tiene capacidad de obrar limitada, reconociendo dicho sistema de la ley alemana que ese menor tiene aptitud para formular por sí mismo una declaración de voluntad.

Asimismo, las investigaciones científicas han determinado que la impubertad es el período que media entre los 7 y los 14 años y la pubertad es el período entre los 14 a dieciocho años (menores adultos) y que en este último período el individuo tiene algunas capacidades de los mayores y ya se rigen por principio morales individuales y son responsables de sus actos. Este punto se tratara con mayor amplitud en el marco teórico: El discernimiento de los Menores de 16 años y de los retardados mentales (ver cuadro: Características del desarrollo del menor).

Y es que la determinación de la edad de 16 años para considerar que menos de dicha edad sé es incapaz absoluto obedece al criterio del legislador y es relativo, más aún cuando dicha delimitación se ha realizado teniendo en cuenta la dinámica y evolución social de ese tiempo, con lo que tal límite resulta provisional. De tal modo que, a fin de no resultar demasiado tajante y arbitraria tal delimitación, se ha dado una solución aparentemente útil, introduciendo excepciones a la incapacidad absoluta de los menores de 16 años. Así, el inciso primero del artículo 43 del Código

Civil vigente, incorpora que éstos podrán ejercer, por sí mismo, aquellos actos determinados por la Ley. Por ejemplo la referida en el artículo 1358 que permite a los incapaces no privados de discernimiento celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida. Así, no es excepcional que un menor en edad escolar adquiera útiles de escritorio o golosinas o se movilice a su centro de estudios utilizando un medio de transporte público. A mayor abundamiento, que sustenta en parte nuestro trabajo, se encuentra regulado en los siguientes artículos del Código Civil: artículo 577 que señala que “el menor que ha cumplido la edad de catorce años puede pedir al Juez la remoción de su tutor; el artículo 455 prescribe “que el menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias siempre que sean puras y simples sin intervención de sus padres. También pueden ejercer derechos estrictamente personales; el artículo 457 dice “que el menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio. En este caso puede, practicar los actos que requiera el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que se le hubiesen dejado con dicho objeto o que adquiera como producto de aquella actividad, usufructuarlos o disponer de ellos”.

Por otro lado, dado que como personas siempre vamos a gozar de capacidad jurídica, se debe partir de la capacidad y no de la incapacidad para regular las especiales situaciones en que el sujeto de derecho no puede ejercer por sí mismo sus derechos, debiéndose hablar de “capacidad relativa o restringida” o “capacidad plena o absoluta” y no de “incapaces absolutos” o “incapaces relativos”, como algunas legislaciones del Derecho Comparado así lo mencionan, más aún cuando la tendencia legislativa internacional es desterrar dicha infeliz clasificación que denota una absurda técnica legislativa (no se puede partir de la incapacidad). El proyecto del Código Civil argentino de marzo de 1999, por ejemplo, ya no menciona el término incapacidad absoluta y únicamente señala en su artículo 19 “capacidad de ejercicio” y respecto de la excepción de dicha situación solo señala “son incapaces”. En el caso peruano, las reformas al Código Civil de mayo de 1999 realizada por la Comisión de la Reforma del Código Civil del congreso de la república del Perú (R.M. N° 074-99-JUS), modifica el artículo 43 y no se refiere ya a la incapacidad absoluta sino únicamente a la capacidad de ejercicio y señala que “los menores de 18 años en cuanto a sus derechos patrimoniales, salvo para aquellos actos determinados por la ley, deben estar sujetos a patria potestad o tutela según el caso. Quienes por cualquier causa estén privados de discernimiento o no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, deben estar sujetos a curatela, siempre que hayan sido declarados interdictos. Y en su artículo 44 no establece que son relativamente incapaces como el Código Civil vigente, sino “son sujetos de capacidad de ejercicio restringida: 1) los retardados mentales, 2) los que sufren de severo trastorno mental, 3) los dependientes crónicos del alcohol, 4) los adictos a las drogas, 5) los que sufren pena que conlleva la inhabilitación y 6) los que por cualquier causa de una discapacidad física, mental o sensorial se encuentran impedidos, aun temporalmente, del cuidado de sí mismos o de administrar su patrimonio.

2. PROBLEMA

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que genera el inciso primero del artículo 43 del Código Civil Peruano de 1984, según el cual son incapaces absolutos los menores mayores de 14 y menores de 16 años?

3. HIPOTESIS

Las consecuencias jurídicas que genera el inciso primero del artículo 43 del Código Civil Peruano de 1984, según el cual son incapaces absolutos los menores mayores de 14 y menores de 16 años, son contradicciones de índole médico y legal.

4. MARCO TEORICO

4.1.- CAPACIDAD E INCAPACIDAD.-DEFINICIONES Y DIFERENCIAS.

La capacidad es la aptitud que tiene el hombre para ser titular de derechos o de ejercer por sí sus propios derechos. Existen muchas definiciones a nivel doctrinario respecto de la capacidad e incapacidad. En realidad la aptitud para gozar de derechos o para ser sujeto de derecho, esto es la capacidad jurídica, comienza con el nacimiento de la persona. En todo caso no se concibe la hipótesis de la incapacidad jurídica absoluta. Ella solo es relativa en relación a las específicas situaciones prescritas por la Ley. Como se sabe ahora, la esclavitud y la muerte civil son instituciones del pasado. La capacidad jurídica es atributo inherente e inseparable de la persona humana, por el solo hecho de serlo y así lo ha entendido la doctrina, que es unánime al definir este instituto jurídico.

Cifuentes define la capacidad como “la aptitud o posibilidad jurídica de gozar y obrar los derechos”. (1988a: 70). Abelenda, como la “aptitud para adquirir derechos y contraer deberes jurídicos”. (1980: 239). García Amigo la concibe como “la aptitud otorgada por el ordenamiento jurídico, para ser titular de relaciones jurídicas.” (1979: 399).

El autor nacional Aníbal Torres Vásquez refiere que “La capacidad (de capacitas) es la aptitud que tienen las personas para el goce y el ejercicio de los derechos subjetivos que les reconoce el ordenamiento jurídico. Goza de un derecho el que es su titular; ejerce un derecho, el que, por sí o mediante representantes, lo pone en práctica mediante los actos jurídicos destinados a producir algunos efectos. En otros términos, la capacidad es la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones y para realizar actos con eficacia jurídica”. (2001: 139).

Por otro lado, León Barandarián, anotando las diferencias entre la capacidad jurídica y la de obrar, señala que la capacidad puede entenderse con dos significaciones: como aptitud de disfrute de un derecho, o como aptitud de ejecutar o realizar ese derecho, con lo que se alude, creemos, al aspecto estático de la capacidad jurídica y al aspecto dinámico de la capacidad de obrar; y, también, al carácter abstracto de aquella y concreta de esta última, al establecer que la capacidad de goce es, propiamente, una capacidad jurídica en virtud de que califica a la persona natural o colectiva como sujeto de derecho, en cuanto tiene los derechos civiles que como tal le corresponde y se trata de una capacidad intrínseca, que compromete a esa persona en abstracto, de manera general; mientras que la capacidad de ejercicio es una que se funda en la de goce: es una capacidad de actuación, que se manifiesta en concreto, como una realización de tal capacidad de goce”. (1991: 117-118).

Otra diferencia es que “la capacidad de goce tiene como único presupuesto a la existencia de la persona, mientras la capacidad de ejercicio tiene como presupuesto no solamente a la persona sino

también a su capacidad de entender y de querer, a su edad, a su salud mental, entre otros factores específicos exigidos por el ordenamiento”. (Torres Vásquez 2001: 150).

La incapacidad es la falta de idoneidad o aptitud para adquirir un derecho (incapacidad de goce) o para ejercerlo (incapacidad de ejercicio). Viene hacer la contrafigura de la capacidad.

4.2.- CLASIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

La distinción clásica de la capacidad es: a) capacidad de goce, de derecho o jurídica y b) capacidad de ejercicio, de hecho o de obrar, pero dentro de cada uno de ellas actualmente existen subdivisiones.

La doctrina Francesa en la actualidad divide la capacidad en dos manifestaciones:

a) Capacidad de goce o de derecho, entendida como la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas.

b) Capacidad de ejercicio o de hecho, es la aptitud que se tiene para ejercer por sí mismo los derechos y deberes que comprenden las relaciones jurídicas.

4.2.1. Capacidad de Derecho: de goce o jurídica: es la aptitud o idoneidad que tiene el sujeto para ser titular de derechos y deberes. Es decir, la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, que lo hace sujeto de derechos. También se le llama pasiva o general. Los seres humanos adquieren capacidad jurídica desde su concepción hasta su muerte y las personas jurídicas de derecho público nacen por la ley de creación (Ej.: la ley de creación de una provincia que es lo que da nacimiento a esta provincia), las personas jurídicas de derecho privado nacen por su inscripción en los Registros Públicos.

Fernández Sessarego, cita tres juristas que a su entender son representativos del momento histórico que nos ha tocado vivir. Así, para Francesco Galgano la expresión capacidad de goce o capacidad genérica es equivalente a la de subjetividad jurídica. Esta “aptitud”, que se instala en la subjetividad, es inherente al ser humano, indesligable de su propia naturaleza. Lo subjetivo es el mundo interior del hombre, de suyo íntimo e incommunicable. Karl Larenz subraya, por su parte, que la capacidad jurídica es aquella de que está dotada una persona “para ser sujeto de relaciones jurídicas y, por ello, titular de derechos y destinatario de deberes jurídicos”. En similar sentido se pronuncia Máximo C. Bianca cuando afirma que “la capacidad jurídica general compete a todas las personas físicas y jurídicas. La persona física adquiere la capacidad jurídica definitiva con el nacimiento y la conserva hasta el momento de la muerte”. (1999a: 1-3). Concordamos con Sessarego cuando hace una observación en relación con lo expresado por el profesor de la Universidad de Roma cuando afirma que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere en forma definitiva con el nacimiento, toda vez que, en el caso peruano, no solo todas las personas físicas o naturales poseen dicha capacidad sino que ella es también inherente a todo ser humano y, por lo tanto, corresponde también al ser humano aún no nacido, al concebido o nasciturus. Opinión de la que hacen eco también otros autores nacionales como Aníbal Torres, por ejemplo.

El antes mencionado autor García Amigo, comentando la capacidad de las personas físicas señala que “también se llaman capacidad de goce, ya que el titular de las relaciones jurídicas es quien las disfruta -positiva o negativa-, es decir, se aprovecha de ellas o la sufre; quizá sea más precisa esta

expresión, ya que la capacidad de obrar también es jurídica, es decir, creada y actuada con arreglo a Derecho. (1979: 400).

Aníbal Torres Vásquez, divide esta capacidad en general y especial, cuando señala que “La capacidad jurídica puede ser general, cuando es atribuida para la totalidad de los derechos subjetivos reconocidos a las personas por el ordenamiento jurídico, y especial, cuando se refiere a determinados derechos, por ejemplo, la capacidad para hacer testamento, la capacidad para la adopción requiere que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar (art. 378.2). La capacidad jurídica general se adquiere por el nacimiento (art. 1°), mientras que la capacidad jurídica especial se establece caso por caso”. (2001: 141).

4.2.2 Capacidad de Hecho: de ejercicio o de obrar: Es la idoneidad para actuar en el mundo del Derecho, es decir, es la aptitud que tiene el sujeto para ejercitar por sí mismo sus derechos y asumir sus deberes sea celebrando toda clase de actos jurídicos, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas. Se llama también capacidad negocial, capacidad de negociar, capacidad de actuar, capacidad activa.

Messineo (1970), citado por Guevara Pezo (2004: 211), lo define así “Es la aptitud para adquirir y para ejercitar derechos con la propia voluntad, o sea por sí solo, derechos subjetivos, o de asumir, con la propia voluntad o sea por sí solo obligaciones jurídicas, es decir, de realizar los actos de la vida civil”.

Para gozar de la capacidad de ejercicio, se debe tener como requisito 18 años y la inscripción en el Registro Civil. A este respecto, Marcial Rubio Correa distingue como una de las modalidades de la capacidad de ejercicio a la capacidad de ejercicio plena – las otras son la incapacidad de ejercicio relativa y la incapacidad de ejercicio absoluta-, que es aquella que se obtiene al cumplir los 18 años de edad, siempre que el sujeto no tenga limitaciones que puedan impedirle ejercer adecuadamente sus derechos (ver artículos 43 y 44 Código Civil). (1995: 149).

La doctrina moderna de derecho admite que las personas jurídicas también tienen capacidad para obrar, aplicándose para ello la teoría orgánica que una persona jurídica para adoptar un acuerdo lo hace a través de sus órganos de gobierno, adopta sus acuerdos: los Directorios, y los ejecuta su representante legal: Gerente.

Asimismo, la doctrina Alemana seguida por autores italianos, españoles y algunos franceses y que admite la moderna doctrina francesa distingue dentro de la capacidad de ejercicio, a la cual sus seguidores llaman de “obrar”, lo siguiente:

- a) Capacidad negocial, es la idoneidad para celebrar en nombre propio negocios jurídicos.
- b) Capacidad de imputación o delictual, es la aptitud para quedar obligado por los propios hechos ilícitos que se cometen.
- c) Capacidad procesal, es la aptitud para realizar actos procesales válidos.

Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón señalan que “la capacidad de obrar es la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, o, en otros términos, la capacidad para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones, que puede ser plena o encontrarse limitada si el sujeto no

puede realizar por sí mismo con plena eficacia actos o negocios jurídicos o algún tipo de ellos... “: (1998: 126).

Esta capacidad puede ser: general o especial y natural o legal, a saber:

- a) General.- Es la capacidad atribuida para ejercer todos los actos jurídicos permitidos por el ordenamiento jurídico.
- b) Especial.- Es la capacidad atribuida para determinados actos singulares.

La capacidad de ejercicio general puede ser plena o atenuada.

a.1) Capacidad general plena.- Es la capacidad que se adquiere al cumplir dieciocho años de edad (art. 42) y es conferida al sujeto para realizar todos los actos que sean de su interés, sean extrapatrimoniales o patrimoniales, de administración o de disposiciones o gravamen.

a.2) Capacidad general atenuada.- Es la capacidad que con respecto a la anterior no es plena, pero es general por cuanto el sujeto puede realizar todos los actos que sean de su interés, pero con excepción de determinados actos que no los puede llevar a cabo sino con la asistencia de otras personas.

Asimismo, la capacidad de ejercicio especial puede ser plena o atenuada:

b.1) Capacidad especial de ejercicio plena.- Es la capacidad que autoriza a celebrar libremente determinados actos jurídicos, sin requerir la autorización de nadie. Por ejemplo, el incapaz legal que tiene discernimiento puede realizar por sí todos los contratos relativos a sus necesidades ordinarias sin requerir la intervención de sus representantes legales (art. 1358 del C.C.).

b.2) Capacidad especial de ejercicio atenuada.- Es capacidad que faculta realizar determinados actos con la asistencia o autorización de otras personas. Por ejemplo, la del menor, varón o mujer, que ha cumplido dieciséis años de edad que puede contraer matrimonio con la autorización de sus padres (art. 244 del C.C.).

Por último, la capacidad de ejercicio puede ser natural (aptitud de apreciar o valorar las cosas) o legal (se adquiere al cumplir dieciocho años de edad).

4.3.- CLASIFICACIÓN DE LA INCAPACIDAD

4.3.1.- Incapacidad de Derecho: esta a su vez puede ser:

a) Absoluta: se podría admitir como una situación histórica que ya no existe. Por lo que está incapacidad solo puede ser relativa.

b) Relativa: si existe y puede ser temporal (tiempo determinado) o permanente (para toda la vida) o para determinados casos concretos y que deben estar debidamente determinados por la Ley. Esta incapacidad existe o se determina por: razones éticas, conveniencia pública, proteger a determinadas personas. En el caso Peruano, tenemos por ejemplo: por ningún motivo se puede celebrar el acto jurídico de matrimonio entre la madre y el hijo o el padre y la hija; debidamente regulada por el artículo 274° inc. 4 del Código Civil, si éste se celebra es nulo de nulidad absoluta (Art. 219° inc. 8° del Código Civil). Un ejemplo de incapacidad de derecho relativa temporal está contenido en el Art. 1366° del C.C, donde la ley en forma específica señala que no puede ser sujeto de derecho para un caso concreto.

4.3.2.- Incapacidad de Hecho: o ejercicio: es de dos clases:

La incapacidad de ejercicio, de hecho o de obrar es la ineptitud o inidoneidad para ejercer por sí mismo los derechos, situación en la que el incapaz tiene que ejercerlos necesariamente a través de un representante.

a) Absoluta: están incursos en la incapacidad de hecho absoluta los mencionados en el Art. 43° del Código Civil, a excepción de lo establecido en el Art. 1358° del antes mencionado cuerpo normativo. Se le puede denominar “incapacidad natural de obrar”, por derivarse de una situación de hecho, de la naturaleza en que se encuentra la persona.

b) Relativa: los estipulados en el Art. 44° del Código Civil. Pero dentro de esta incapacidad hay excepciones como por ejemplo el matrimonio de un menor de 16 años lo convierte en persona capaz de ejercicio. Se le denomina también incapacidad civil o legal.

En ese sentido, doctrinariamente se ha establecido que la incapacidad de obrar se podría clasificar en incapacidad natural e incapacidad civil. La primera deriva de la propia naturaleza, por lo que debe ser reconocida por la ley, como es el caso de la incapacidad del privado de discernimiento o del enajenado mental, por ejemplo. Y la segunda, la incapacidad civil, es la que establece la misma ley, como es el caso de la minoría de edad.

4.4.- CLASIFICACION DE LOS MENORES

Las personas a lo largo de su vida pasan por distintas edades o fases, consideradas, en mayor o menor medida, por el Derecho. Carlos Rogel Vide señala que son seis: Infancia: a) La infancia que es desde el nacimiento hasta los 7 años, edad en la que se alcanza- se decía antes- uso de razón, un cierto discernimiento, una cierta capacidad de entender y querer, b) la impubertad que es el período que media entre los 7 y los 14 años, si bien y en distintas etapas históricas se ha reducido la última cifra a 12 años, en lo que a las mujeres respecta, c) la pubertad o adolescencia que empieza a los 14 años, edad en la que tanto hombres como mujeres alcanzan capacidad para procrear, y se prolonga hasta el momento en que se suele producir el completo desarrollo del organismo, d) la juventud que es a partir de los 18 años, e) la madurez que es la época sin límites temporales precisos en la que la persona alcanza su mayor capacidad intelectual, y f) la vejez, senectud o ancianidad que es la última época de la vida, sin límite inicial preciso, caracterizado por una disminución progresiva del vigor intelectual y físico. En Derecho, las tres primeras fases citadas se encuadran en la menor edad –dentro de la que cabe la emancipación- y las tres últimas en la mayor de edad. (1998: 42).

En el Derecho romano, el infante era la persona que no había cumplido siete años, e impúber aquel que había alcanzado dicha edad y no había alcanzado la edad de la pubertad, que en la mujer empezaba a los doce años y en el varón en la época que fuera capaz de generar, hasta que Justiniano la fijó en los catorce años, en general.

En el Perú, y también en otros países, toda persona entre cero y dieciocho años es considerada menor de edad. Muchas veces se olvida que los menores pasan por etapas progresivas de madurez, que pueden dividirse en tres fases: la del niño de tierna edad (de 0 a 7 años), la de los grands enfants (de 7 a 14 años) y la de los sujetos aviados al cumplimiento de la mayoría de edad (de 14 a 18 años). En la legislación comparada, a partir de esta calificación se prospecta la idea de acceso directo a la justicia para todos los menores que tienen más de catorce años.

El Código de los Niños y Adolescentes vigente no adopta estas tres fases, como sí lo hacen otras legislaciones, y únicamente señala dos como se aprecia en su artículo primero del Título Preliminar que establece que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce años hasta los dieciocho años de edad; y en su artículo cuarto del Título Preliminar le otorga capacidad especial cuando establece que "...Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este código y demás leyes". Y es que la legislación nacional, desarrollando la definición de niño de la Convención de los Derechos del Niño y siguiendo el criterio adoptado por el legislador brasileño, optó por diferenciar a los menores de edad en dos categorías jurídicas: niños desde el momento de la concepción hasta cumplir los 12 años, y adolescentes a partir de los 12 años hasta que adquieran la mayoría de edad. El criterio que primó para establecer dos categorías fue el aporte de las modernas tendencias de la psicología evolutiva.

En el país de Colombia, la ley hace una división clara de los menores de 18 años, en infantes o niños (menores de 7 años), impúberes (7 a 12 años para las mujeres y 7 a 14 para los varones) (Sentencia T-474/96. Corte Constitucional). (El menor y el Consentimiento S. /f.: 1)

Clasificación de los menores

Infantes	0 a 7años (infantes)
Impúberes	7 a 12 años (mujeres) 7 a 14 años (Varones)
Menores adultos	12 a 18 años (mujeres) 14 a 18 años (varones)

Para el Código Argentino son menores impúberes los que no han alcanzado la edad de catorce años y menores adultos los que fueren de esta edad hasta los veintiún años cumplidos; y, en el caso peruano, en la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, se debatió respecto a la fijación de la edad para distinguir los púberes de los impúberes, sugiriéndose que esa edad fuese la de 14 años y la de 18 años, arribando a un acuerdo "transaccional" en el sentido que dicha edad fuera de 16 años, y así quedó establecido en el artículo 10 en concordancia con el inciso I del artículo 9, del precitado cuerpo normativo, acuerdo que rige hasta ahora.

El Código Civil ruso de 1994, al referirse a la capacidad de la personas que aún no es plena, divide a los menores en las siguientes clases: a) menores por debajo de los 6 años de edad, menores entre los 6 y los 14 años y menores entre los 14 y los 18 años.

Ennecerus (1953), citado por Rubio Correa (1995: 157), anota que en el derecho "son los siete años el límite entre la total incapacidad y el inicio de la capacidad limitada, pero esta edad inicial es para realizar actos de mínima importancia". A su vez, sobre dicho límite, "nuestro Código establece la edad expresa mínima de diez años en las normas que hemos transcrito (art. 378 inciso 4) y menciona muy frecuentemente los catorce años, que es la edad más cercana a los dieciséis que aparece en las normas especiales antes transcritas". (Rubio Correa 1995: 157).

4.5.- DISCERNIMIENTO DE LOS MENORES DE 16 AÑOS Y LOS RETARDADOS MENTALES

4.5.1.- DE LOS MENORES DE 16 AÑOS

El diccionario de la Real Academia Española lo define el discernimiento como “distinguir algo de otra cosa, señalando las diferencias que hay entre ellas. (2005: 562).

Según Fernando Vidal Ramírez, “el discernimiento es la aptitud para percibir o distinguir las diferencias en relación a aquello que guarda conformidad con nuestra conveniencia o sentido moral. Es, pues, una aptitud que nos permite diferenciar lo que nos conviene de lo que no nos conviene, de lo que nos interesa de lo que no nos interesa, de lo que es bueno de lo que es malo y, en general, de lo que nos hace actuar con entendimiento y desarrollar nuestra Inteligencia”. (2002: 91).

Aguilar, por su parte, señala que “el discernimiento es un estado de conciencia determinado por el desarrollo intelectual del individuo que, invistiéndolo de la facultad de conocer en general, lo coloca en condición de formar un juicio por medio del cual percibe y declara la diferencia que existe entre varias cosas, de apreciar y de juzgar sus actos y los ajenos, o, en términos más simples, de distinguir los diversos actos en sus diferentes categorías”. (1950: 51).

Arauz Castex y Llambías lo definen como “la aptitud del espíritu humano que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, y apreciar las consecuencias convenientes o inconvenientes de las acciones humanas, concluyendo en que es la versión jurídica del entendimiento o inteligencia”. (1955: 101). Para Cifuentes “es la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias”. (1994b: 37).

Rubio Correa lo define como “La capacidad humana de distinguir el bien del mal y, al mismo tiempo, de desarrollar el pensamiento abstracto. Es el momento en que el ser humano deja su ego y mundo propio y concreto para proyectarse más allá, a un mundo complejo, de muchas y variadas interrelaciones, que no solo tiene presente sino también sentido de previsión y de futuro”.(1995: 156).

En este punto es importante reseñar la teoría de Piaget, que ha inspirado gran parte de la investigación sobre el conocimiento en la infancia y la niñez, quien postula la existencia de cuatro grandes etapas del desarrollo cognoscitivo: la sensorio-motriz (0 a 18 meses), la preoperativa (18 meses a 7 años), la de las operaciones concretas (de 7 a 12 años) y, finalmente, la de las operaciones formales (de los 12 años en adelante).

La etapa sensitiva motora que abarca desde el nacimiento hasta aproximadamente dieciochos meses, el lactante recién nacido ejercita sus esquemas sensitivo motores, succionando, respirando, moviendo brazos y piernas, observando a su alrededor, etc. Luego, en la segunda sub etapa, varía sus esquemas y los combina, como por ejemplo, succiona y sujeta de manera simultánea y vuelve la cabeza para seguir un objeto en movimiento. En la tercera sub etapa el pequeño toma alguna iniciativa para responder a su ambiente. Hasta ahí, simplemente ha reaccionado a estímulos; a partir de ese momento empieza a participar. En la cuarta sub etapa, que

abarca desde alrededor de los ocho o nueve meses de edad hasta los once o doce meses, el lactante coordina los esquemas secundarios que desarrolló en el tercer período. Juega, deja caer objetos para escuchar el sonido que hacen, exploran y usan los objetos de manera activa, surge la curiosidad y el interés es la novedad.

En la etapa preoperativa el niño posee el lenguaje y es capaz de un pensamiento simbólico, maneja imágenes y símbolos. El niño de dos años de edad tratará una vara como si fuese una vela y lo soplará. Esta capacidad para tratar a objetos como si fuesen cosas simbólicas es una característica esencial de la etapa preoperativa.

En esta etapa de las operaciones concretas “el niño emplea pensamiento operacional. La intuición impresionista queda reemplazada por pequeñas etapas lógicas de raciocinio, y los datos empleados son concretos; esto es, son constantes, reproducibles y comunicables”. (Goldman 1989: 55). El niño empieza a ser racional y de pensamientos más estables, aunque se ocupa del presente, del aquí y ahora.

En la etapa de las operaciones formales el niño puede trascender la realidad concreta y ponerse a pensar en lo que podría ser, sobre el futuro, sobre lo abstracto e hipotético. Los adolescentes pueden operar con proposiciones que versan sobre otras proposiciones y no simplemente sobre objetos concretos. Se marca el inicio del pensamiento abstracto y el razonamiento deductivo y puede resolver un problema. En esta etapa el adolescente empieza a tener madurez cognoscitiva. El pensamiento moral convencional tiende a volverse dominante durante este período. En esta etapa existe una preocupación no solo por ajustarse al orden social de uno mismo, sino también por mantener, apoyar y justificar ese orden. Luego al comenzar la adolescencia, con el nuevo desarrollo del pensamiento operacional formal, la persona joven llegará quizás a las etapas post convencionales del desarrollo moral, caracterizados por un gran avance hacia principios morales abstractos de validez universal, no vinculados a ningún grupo social en particular. Existe un recién descubrimiento o relativismo de los valores personales y las opiniones particulares, a la cual corresponde una necesidad de encontrar reglas de procedimiento para llegar a un consenso.

Creemos que “en ningún otro momento de su vida es probable que una persona se vuelva a sentir tan preocupada por los valores y normas morales como durante la adolescencia. Por una parte, las capacidades cognoscitivas del adolescente propician que cobre una mayor conciencia de las cuestiones y valores morales y una mayor sutileza en su manera de tratarlas”. (Mussen, Conger y Kagan 1990; 492).

Piaget sostiene que existen básicamente dos etapas en el desarrollo moral, pero antes de estas dos etapas, hay también un período temprano en el que el niño resuelve problemas de conducta en forma ritual, sin ninguna comprensión de los conceptos morales. El niño a esta edad no es capaz de pensar en lo que se ve implicado.

La primera etapa, que abarca desde aproximadamente los tres o cuatro años hasta los ocho años, el niño emplea lo que Piaget denomina moralidad objetiva en su trato con otros. “Este periodo se caracteriza por 1) responsabilidad objetiva, o sea la evaluación literal de un acto considerando su justa conformidad con la regla, más que la intención de la regla; 2) inalterabilidad de las reglas; 3)

absolutismo del valor, es decir la creencia del niño de que todos comparten las mismas ideas de lo que está bien o mal; 4) definición del error moral mediante sanciones, o sea cuando el niño define lo que no está bien en cierto acto por el hecho de que se le aplica un castigo; 5) definición de la obligación como obediencia a la autoridad; y 6) justicia inmanente, esto es la creencia de que la infracción a las normas sociales produce accidentes o infortunios inflingidos por la naturaleza o Dios. Ésta más primitiva etapa de moralidad se conoce también como realismo moral, moralidad de restricción o moralidad heterónoma.

La segunda etapa es en diversas formas denominada moralidad subjetiva, moralidad autónoma, moralidad de cooperación o reciprocidad. Se caracteriza por desechar las ideas de moralidad fijadas anteriormente suplantándolas por un sistema de creencias que tiene en cuenta las intenciones del individuo y la posibilidad de error humano. Esta apreciación de los sentimientos, actitudes, necesidades y valores de los demás se desarrolla dentro del contexto del juego y de la interacción con ellos, especialmente en los juegos de los niños. (Watson y Lindgren 1991: 535-536).

Existen varias teorías que explican el desarrollo humano, pero la más influyente es la de Piaget, al que nos hemos abocado básicamente en el presente estudio. Teorías que se resume a modo de ilustración en el anexo 01 y que ha sido tomado del libro de Diane Papalia y otros autores titulado "Psicología del desarrollo". (Papalia, Wendkos, Olds y Duskin Feldman 2003: 23).

En el modelo diseñado por el Código Civil Peruano es relevante el discernimiento de los sujetos de derecho. La doctrina nacional, como hemos visto, estima que el discernimiento puede aparecer aproximadamente a los 10 años (basándose en el art. 378, inc. 4 c.c.) y que ya estaría en pleno proceso de formación y consolidación hacia los 14 años.

Es evidente que tanto la codificación civil como la doctrina le otorgan especial relevancia al discernimiento, toda vez que lo toma como factor para la determinación de la capacidad de ejercicio.

Respecto del discernimiento de los menores, específicamente de los menores de 16 años, tenemos que entre los 7 y 14 años se van adquiriendo progresivamente, características que estructuran la personalidad y que permiten el desarrollo cada vez mayor de la capacidad de decisión y evaluación de las consecuencias de sus actos. Con la consolidación de la voluntad y la independencia moral viene la capacidad de hacer juicios de valor, pero no todavía de manera imparcial, porque los juicios éticos raramente apuntan a la propia persona, mientras las faltas de los demás son severamente juzgadas. Entre los 13 a 17 años, años previos al reconocimiento de la mayoría de edad, el individuo ha adquirido y goza de algunas de las capacidades reconocidas para el adulto tales como regirse por principios morales individuales y entender las responsabilidades e implicaciones de sus actos.

Características del desarrollo del menor Infantes (0-7años)

- Inconsciencia de la autonomía.
- No sentido del beneficio común.
- Moral hedonista, Lo bueno es lo que da placer.
- Juicios simples sin jerarquización.
- Conciencia Moral, obediencia.

- Depende del juicio de los adultos.

Impúberes (7-14)

- Desarrollo de capacidad de decisión.
- Evaluación de consecuencias.
- Consolidación de la voluntad.
- Juicios de valor imparciales.
- Sentimientos de justicia.
- Lo bueno es cumplir con el deber.

Menores adultos (14-18)

- Principios morales individuales
- Responsabilidad de sus actos.
- Sentido de identidad.
- Compromiso con metas definidas
- Independencia social.
- Búsqueda de la verdad.
- Sentido de intimidad y solidaridad
- Lo bueno es lo legal y lo que da bien a la comunidad.

En ese sentido, a los menores progresivamente se les va reconociendo mayor capacidad de autodeterminación, lo que redundará en mayor autonomía en el ejercicio de sus derechos civiles. “Este reconocimiento progresivo de autonomía se basa en el conocimiento de las etapas de maduración ética de la conciencia enunciadas por varios autores, entre ellos Piaget, Erikson y Kohlberg. La condición de incapacidad plena y de total ausencia de juicio y discernimiento, sólo se atribuye sin excepción a los infantes, lo que se corresponde con el hecho que estos no son aun conscientes de su condición de seres autónomos, separados claramente de los demás, que no poseen el sentido del beneficio común y dado que tienen una moral de tipo hedonista, deciden lo que es bueno para ellos en virtud del placer que les brinda”. (El Menor y el Consentimiento S. /f: 1).

4.5.2.- DE LOS RETARDADOS MENTALES

Existen muchas definiciones como clasificaciones en relación al retardo mental o también llamado retraso mental.

4.5.2.1.- DEFINICION

Los doctores Francisco Vásquez Palomino y Emilio Majluf señalan que “el retraso mental, llamado también retardo mental, abarca un amplio grupo de pacientes cuyas limitaciones en la personalidad se deben, esencialmente, a que su capacidad intelectual no se desarrolla lo suficiente para hacer frente a las necesidades del ambiente y poder, así, establecer una existencia social independiente. Fundamentalmente es un compromiso con el desarrollo del cerebro, de una enfermedad o de una lesión cerebral que se produce durante o inmediatamente después del nacimiento, o es la consecuencia de un déficit en la maduración debido a que los estímulos ambientales provenientes de fuentes familiares, sociales o culturales han sido insuficientes para estimularla. Se muestra como

una incapacidad o limitación, tanto psíquica como social, y generalmente es descubierta en la infancia". (S. /f.: 1).

La Asociación Americana de Psiquiatría (American Psychiatric Association) en la cuarta edición de su "Manual Diagnóstico y Estadístico de trastornos Mentales", DSM-IV, lo define como "Trastornos caracterizado por una capacidad intelectual significativamente por debajo del promedio (un coeficiente de inteligencia (C.I.) de 70 o inferior), que iniciándose con anterioridad a los 18 años de edad, se acompaña de limitaciones significativas de la actividad adaptativa de por lo menos dos de las siguientes áreas de habilidades: comunicación, cuidado personal, vida en el hogar, habilidades sociales e interpersonales, utilización de recursos comunitarios, autogobierno, habilidades académicas funcionales, trabajo, ocio, salud y seguridad. (Manual Diagnostico y Estadístico de los Trastornos Mentales S. /f.: 3).

Es decir el retraso mental significa un funcionamiento intelectual debajo del promedio que se presenta junto con deficiencias de adaptación y se manifiesta durante el periodo de desarrollo (antes de los 18 años).

Cabe agregar que la definición anterior también la recogía la Asociación Americana de Retraso Mental (AAMR) en la novena edición de su Manual. Pero en el año 2002 aparece la décima edición de la AAMR en la que se revisa la anterior conceptualización pero no supone un nuevo cambio de paradigma, y se define así "El retraso mental es una discapacidad caracterizada por limitaciones significativas tanto en el funcionamiento intelectual como en conducta adaptativa, expresada en habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas. Esta discapacidad se origina con anterioridad a los 18 años". (Egea García y Sarabia Sánchez S. /f.: 14-15).

La Organización Mundial de la Salud en su "Décima Edición de la Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales", en sus siglas CIE-10, también lo define como "trastornos por la presencia de un desarrollo mental incompleto o detenido, caracterizado principalmente por el deterioro de las funciones cognoscitivas, las del lenguaje, las motrices, y la socialización". (Clasificación de Trastornos Mentales CIE 10. Criterios de la OMS S./f.)

4.5.2.2.- CLASIFICACION

El déficit en la función intelectual es considerado como su principal característica. Se toma en cuenta el cociente intelectual (C.I) para clasificar los grados de retardo.

Fidel Rojas Vargas (2001: 87), señala que los clasificadores internacionales tanto la CIE-10 (Criterios de la Organización Mundial de la Salud) como la DSM-IV (de la Asociación Americana de Psiquiatría) coinciden en señalar cuatro formas básicas y una subsidiaria del retardo mental, a saber: a) Retardo mental leve (50-70 de C.I. con edad mental de 7 a 10 años). Representa el 85% de incidencia. Las personas son aquí sujetos adaptables que desarrollan habilidades sociales, de comunicación, e intelectuales. No poseen discernimiento crítico ni pueden desarrollar conceptos abstractos. Son sujetos de emotividad inmediata, fácilmente sugestionables que realizan actos sin criterios de asumidad. No presenta anormalidades de índole orgánica., siempre pasibles de superar su retardo mediante aplicación de programas pedagógicos especiales.

- b) Retardo mental moderado (35-40 de C.I., con edad mental de 5 a 7 años). Representa el 10% de la población con retardo. Son susceptibles de adquirir ciertos aprendizajes, son fácilmente detectables, tienen marcadas dificultades para adaptarse al sistema de normas. Requieren de constante vigilancia y cuidado en su aprendizaje y adaptación.
- c) Retardo mental grave (20-35 de C.I.). Representa el 3-4% de la población comprometida, observan dolencias neurológicas, acusan deficiencias motoras de coordinación y por lo general tienen afectado el sistema nervioso central. Tiene muy escasa capacidad de comprensión, pueden aprender a hablar y ser adiestrado en habilidades elementales de cuidado personal, no internalizan normas.
- d) Retardo mental profundo (menos de 20 de C.I., con edad mental inferior a 3 años). Representa al 1-2% de la población con retardo. Observan por lo general malformaciones orgánicas: macrocefalia, microcefalia, hidrocefalia, alteraciones metabólicas, cromosómicas y genéticas. Poseen sicomotricidad rudimentaria, carencia de autoestima. Incapacidad para leer y expresarse, dificultad para vestirse y para andar. No existe manifestación de vida psíquica superior ni expresiones afectivas, no reconocen a los integrantes de su entorno. Poseen dificultades para articular un lenguaje, emiten por lo general sonidos guturales. Tienen desarrollada una existencia instintiva.
- e) Retardo mental de gravedad no especificada. Es esta una clasificación subsidiaria, sin importancia jurídico penal, pero sí de interés médico operativo, vale decir, ingresan aquí los casos de retardo que no pueden ser clasificados en los anteriores niveles, en razón a que las personas no cooperan con las pruebas científicas a que son objeto, o los tests de inteligencia no reportan datos fiables.

Como dijimos, que si bien es cierto que el retardado mental no necesariamente ni usualmente se encuentra privado de discernimiento también lo es que su rendimiento intelectual es bajo, lo que hace que en actividades que requieran pensamiento abstracto tendrá que tener incapacidad. A diferencia de los menores de 16 años no privados de discernimiento quienes al tener discernimiento y al desarrollar sin ningún problema su pensamiento abstracto se encuentran en condiciones de superiores de rendimiento intelectual que los retardados mentales. Observamos, entonces, que los retardados mentales al no tener un desarrollo intelectual y discernimiento adecuados, va a influir en su capacidad de ejercicio negativamente, dado que para la doctrina y para la legislación civil el discernimiento es relevante. Al respecto, Rubio Correa considera que “El retardo mental es un cociente intelectual inferior a 69 puntos y se mide con pruebas reconocidas. No es una enfermedad sino un efecto que se puede deber a múltiples causas. Quién tiene retardo mental no elabora correctamente su pensamiento y, por tanto, puede no tener el grado de formulación y expresión de voluntad que el derecho considera adecuado para actuar por sí mismo. (1995: 161).

4.6.- TRATAMIENTO LEGISLATIVO Y DOCTRINARIO DE LA CAPACIDAD E INCAPACIDAD DE EJERCICIO EN EL C.C. PERUANO

El Código Civil Peruano vigente no define a la capacidad jurídica ni de obrar así como tampoco la incapacidad (de goce o de obrar), únicamente regula sobre la capacidad de ejercicio y los casos sobre incapacidad de ejercicio y las reglas que le son atinentes, los mismos que se encuentran contemplados en el Título V de la Sección I del Libro Primero del Código acotado denominado “Capacidad e incapacidad de ejercicio”. Pero también prevé la capacidad jurídica o de goce cuando en su artículo tercero señala en forma genérica que “toda persona tiene el goce de los

derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”, pero dicha disposición inexplicablemente, a nuestro juicio, lo ubica en otro título distinto a la “capacidad e incapacidad” como es el Título III destinado a los derechos de la persona.

Centrándonos en nuestro tema, vemos que la capacidad de ejercicio se encuentra previsto en el artículo 42 del Código Civil señala que “Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.

Las excepciones como señala el precitado numeral y que se encuentran en los artículos 43 y 44 en realidad son causales de incapacidad de ejercicio como se ve a continuación:

El artículo 43, señala que son absolutamente incapaces:

- a) Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por ley.
- b) Los que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento.
- c) Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable.

Asimismo, el artículo 44 establece que son relativamente incapaces:

- a) Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
- b) Los retardados mentales.
- c) Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
- d) Los pródigos.
- e) Los que incurren en mala gestión.
- f) Los ebrios habituales.
- g) Los toxicómanos.
- h) Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Tal como se aprecia, el artículo 42 (capacidad de ejercicio) es la regla y los artículos 43 y 44 (incapacidades de ejercicio) vendría a ser la excepción y, respecto de las incapacidades de ejercicio, nuestro Código Civil diferencia entre la incapacidad absoluta de la relativa.

Teniendo en cuenta los artículos 43 y 44, se establece que la capacidad de ejercicio de las personas naturales puede limitarse por las siguientes razones:

- a) Edad.
- b) Salud física o mental.
- c) Actos de disposición patrimonial.
- d) Medida civil derivada de sanción penal.

Para nuestro trabajo es importante analizar las dos primeras razones, esto es, la edad y la salud física o mental, y que serán reconducidos únicamente para los artículos de nuestro interés, esto es, el inciso primero del artículo 43 relativo a la incapacidad absoluta de los menores de 16 años, y el inciso primero, respecto a la incapacidad relativa de los mayores de 16 años y los menores de 18 años, y el inciso segundo (retardados mentales), éstos últimos del artículo 44 del Código Civil.

Como se sabe, la edad es el tiempo transcurrido desde el nacimiento de una persona hasta un momento determinado de su vida. La edad influye en la capacidad de obrar y es considerada por el derecho como factor determinante de la mayor o menor capacidad de obrar. La edad es tomada en cuenta por el ordenamiento jurídico en tanto que la evolución de la vida humana entraña la aparición de cambios importantes en la persona, que repercuten en su capacidad de obrar. (Diez -Pícazo et al: 136).

La edad está vinculada al discernimiento y determina dos estados civiles: el de la mayor y el de la menor edad. La ley establece los límites que separan a uno y otro y varían en las legislaciones de los distintos países.

En nuestro país se considera, a tenor de lo dispuesto en el artículo 42 del Código Civil, la edad de 18 años para la adquisición de la plena capacidad de ejercicio de los derechos civiles. Es decir que a esa edad se es mayor de edad. Es decir que es el paso de la incapacidad relativa prevista en el artículo 44 inciso primero a la plena capacidad.

Como bien dice, Carlos Fernández Sessarego, se supone que, “de acuerdo a la realidad social, que a esa edad la persona está dotada de suficiente madurez intelectual, equilibrio psicológico, poder de reflexión y sentido de responsabilidad para ejercer, por sí misma y sin necesidad de asistencia, los derechos de que es capaz desde su nacimiento”. (Fernández Sessarego 1996b: 129). Por ende, contrario sensu, se debe entender que menos de esa edad aún la persona no ha adquirido suficiente madurez intelectual y psicológica, y es considerado por tanto menor de edad y sujeto a protección. Pero tal minoridad, comprendida entre 0 a menos de 18 años, nuestra legislación le otorga un tratamiento diferenciado. A los menores de 16 años les asigna una incapacidad absoluta de ejercicio, con las excepciones previstas en la Ley (Art. 43, inciso 1° del Código Civil) y a los mayores de 16 años y menores de 18 años les asigna una incapacidad relativa de ejercicio (Art. 44, inciso 1° del Código Civil).

El fundamento para considerar incapaz absoluto a un menor de 16 años proviene de la presunción que a esa edad está desprovisto del suficiente grado de madurez o “está establecida en razón de que por su corta edad no ha desarrollado lo suficiente mentalmente, por lo que carece de idoneidad para entender plenamente las consecuencias de sus actos. (Torres Vásquez 2001: 181). Lo que creemos que no se puede generalizar para todas las edades del rango 0 a 16 años, cuando vemos que en la actualidad los menores entre los 14 y 18 años (menores adultos) han desarrollado intelectualmente y gozan de algunas capacidades de los adultos y entienden sus responsabilidades y las implicancias de sus actos, lo que contradice el fundamento que considera incapaz absoluto porque no ha desarrollado mentalmente lo suficiente.

Es decir, el fundamento de esa incapacidad es la edad de la persona, edad que ha sido dispuesta por el ordenamiento jurídico. El tema es entonces como es que se ha llegado a fijar la edad de 16 años para establecer que antes de esa edad se es incapaz absoluto.

Como mencionáramos, León Barandarián, comentando el artículo noveno del Código Civil de 1936, señaló que la fijación de esa edad fue resultado de un compromiso o transacción entre diversos puntos de vista originariamente sustentados en el seno de la Comisión Reformadora, habiéndose propuesto las edades de 18, 12 y 14 años- se debe subrayar que la mayoría de edad se adquiría a

los 21 años en ese entonces-, suscitándose discrepancias como la posición que se declaraba en contra de la edad de 18 años ya que no era coherente con la idea de reputar incapaz absoluto al menor cuando éste ganaba su sustento colaborando en la vida económica de la nación y cuando dichos menores celebran frecuentemente, por sí solos, todos los actos jurídicos requeridos por las necesidades ordinarias de la existencia, por lo que omitir tales hechos por el legislador, la realidad lo impondría, siendo recogido por la práctica, viéndose luego en la necesidad de echar mano de algún recurso técnico como el consentimiento tácito a fin de dar eficacia a algunos actos de los menores. Y agrega este autor, que para proteger a los menores no había por qué extender su incapacidad absoluta pues también se conseguía ese fin tutelar con la incapacidad relativa, exponiendo además que la edad más alta admitida por el derecho positivo era de 16 años adoptado por el Código Brasileño y que el Código Argentino señalaba la de catorce, siendo que la primera solución era quizás más atrayente desde el punto de vista teórico porque parecía significar que la capacidad jurídica se basa en la aptitud intelectual y no en la física, pero que la segunda era superior desde el punto de vista legislativo, pues con ella la ley se apartaba menos de la realidad. Finalmente, para atemperar la discusión surgió la posición de Calle, a nuestro juicio ecléctico y conciliador que no resume necesariamente la realidad, quien manifestó que con el fin de armonizar opiniones podía fijarse como límite de la incapacidad absoluta la edad de dieciséis años, con el carácter de provisional y, de esa manera, quedó acordado. (León Barandarian 1991: 122-124).

¿Pero la edad de dieciséis años es la adecuada para delimitar que menos de esa edad sé es absolutamente incapaz y, más de ella, sé es relativamente incapaz? ¿Se encuentra esta delimitación acorde con la realidad del desarrollo intelectual y el comportamiento de los menores en pleno siglo XXI y en una sociedad globalizada? ¿Puede ser dejada de la lado su capacidad natural o de discernimiento para privilegiar la capacidad legal?

Hablar de inteligencia es hablar de capacidad pero no necesariamente de mayor o menor de edad. Así, “la capacidad como consecuencia del grado de madurez de entendimiento y de la conciencia de la importancia y efectos que originan los propios actos no depende, inexorablemente, de la edad de la persona. Por otra parte, no todas las personas de la misma edad poseen idéntico grado de evolución de entendimiento o discernimiento”. (Del Valle Castillo Herde S. /f. a.: 9).

Decir que una persona es capaz o incapaz únicamente averiguando su edad no es suficiente y no descubre el sentido completo de capacidad que va más al sentido de la inteligencia.

Y es que hacer depender la incapacidad de ejercicio de los menores mayores de 14 y menores de 16 años - que es el rango de nuestro análisis- como dato objetivo y no del discernimiento trae sus complicaciones, mas aún cuando no se puede negar que más allá de ese dato objetivo de la edad, el ejercicio de la incapacidad de obrar depende, a nuestro juicio, en mayor o menor medida del discernimiento, de la capacidad natural de entender y de querer y el hecho de fijar una edad a determinadas personas no hace que ésta tenga necesariamente en abstracto discernimiento ni, dependiendo de las edades, mayor o menor capacidad de entender y querer.

En cambio el discernimiento o la capacidad natural sí otorga condiciones y aptitudes reales para que se ejerza la capacidad aunque sea relativa, de obrar, capacidades que muchos veces posee el menor mayor de 14 años, pero que se ven restringidos por no haber cumplidos los dieciséis años, por lo que tal delimitación se torna más arbitraria en los tiempos actuales.

Creemos que el discernimiento de los menores, en el rango de mayores de 14 años hasta los 16 años, no hay mucha variación y, en consecuencia, no hay justificación ni problema irresoluble, que tenga que conducir al análisis caso por caso, en razón que no se verifica diferencias sustanciales, más bien son similares, en el desarrollo intelectual y la capacidad natural, conforme lo señala las investigaciones a nivel psiquiátrico, psicológico y pedagógico, por lo que el fundamento que se tuvo para fijar 16 años, al no existir diferencia respecto a los menores mayores de 14 años, es aplicable a éstos, debiéndose considerar esa edad (14 años), dato objetivo basado en investigaciones objetivas sobre el discernimiento de ese grupo de menores, como el límite para que de ahí hacia arriba dichos menores sean considerados incapaces relativos o con capacidad restringida.

El Código civil peruano establece a través del artículo 46 el cese de la incapacidad de ejercicio de los menores de edad; que, tratándose de mayores de 16 años, la incapacidad cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio y dicha capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste. Dichos mayores de 16 años tienen entonces ya plena capacidad de ejercicio, siendo que en este caso que sus actos jurídicos son plenamente válidos en todos los casos y no en actos determinado por la ley, como en el caso de los mayores de 14 años. Asimismo, tratándose de mayores de 14 años que contraen matrimonio, cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo para realizar solamente los siguientes actos: a) reconocer a sus hijos; b) reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto; y, c) Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos. Es decir, que en ese supuesto un mayor de 14 años edad no se encontrará sujeto a la “incapacidad” absoluta de ejercicio y tampoco a la incapacidad relativa, según se puede colegir, ya que los actos realizados a partir del nacimiento de un hijo arriba señalados son actos jurídicos plenamente válidos. Por lo que nos enfrentamos a la paradoja que los menores que han cumplido 14 años ya no tienen incapacidad absoluta y gozan de plena capacidad de ejercicio para algunos actos, pero para otros no tienen tal capacidad absoluta, siendo cuestionable lo de “absoluto” cuando admite muchas excepciones. Resulta además controvertido el carácter restrictivo para los menores de 14 años que son padres, toda vez para que ejerzan sus derechos como tales van a necesitar ejercitar más derechos y no debió tener el carácter *numerus clausus*. La cuestión es ¿Por qué a los menores de dieciséis años de edad se les otorga capacidad para actos jurídicos trascendentes como el matrimonio y no para otros quizá de menor relevancia?

Otra idea que refuerza nuestra tesis es la expresada por Antonio Juan Rinessi cuando comenta el proyecto de reforma del Código Civil de 1998, unificado con el Código de Comercio para el 2000, de la República Argentina, señalando que en los fundamentos del proyecto “desaparece la distinción entre incapaces de hecho absolutos y relativos, que desde hace muchos años carece de toda significación y efectos prácticos (...) No cambia con ello, el status de los menores, que sigue siendo el de la incapacidad (...). Por lo que no se comprende de qué manera se puede proteger a los menores declarando su incapacidad, por la sencilla razón que éstos no están excluidos de los distintos actos o contratos que la vida en la sociedad moderna los involucran, como lo destaca el art. 26 del proyecto” (Rinessi S. /f.: 6-7). Y a continuación, concuerda con lo que hemos venido sosteniendo, cuando señala que resulta una contradicción con la propia realidad sostener tales criterios. Y hace hincapié que en la actualidad más que nunca la participación de los menores en la vida social y familiar es mucho más intensa y que hay rubros de actividad que casualmente están en

manos de los menores, y aunque resalte tal situación, en los hechos, parecería que el derecho no los aprehende y, en muchos casos, diríamos los ignora.

La salud física o mental igualmente determina la capacidad o incapacidad de obrar de los sujetos y se encuentra ligado al discernimiento. Así, tenemos que la enfermedad física o mental, que es lo opuesto a la salud física o mental, es una causa restrictiva de la capacidad de obrar. Esta supone una disminución de la capacidad de entender, de querer o de la exigida para determinar actos (discernimiento). Normalmente son causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma. Nuestro Código Civil en el inciso 2 del artículo 43 establece que son absolutamente incapaces “los que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento”. Las causas que pueden ser privadas de discernimiento permanentemente pueden ser varias, como enfermedad mental o deficiencia psíquica, senilidad, un traumatismo encéfalo craneano, etc; y, respecto de las causas físicas prescribe en su inciso tercero del artículo 43 ya acotado que “Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable”, es decir, que se les considera incapaces absolutos al no poder darse a entender de tal forma que no quede lugar a duda sobre lo que quieren, pero en el caso que puedan expresar su voluntad de manera indubitable son plenamente capaces. Igualmente otras categorías de deficiencia psíquica son los casos de los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, previsto en los incisos 2 y 3 del artículo 44 respectivamente, que el Código Civil considera incapaces relativos, por motivo que la persona en el caso de los retardados por cualquier causa: (Ejemplo; alteración en el desarrollo mental del ser humano en la vida fetal causante del síndrome de Down) ha alcanzado un desarrollo intelectual deficitario en relación con su edad que le impide dirigir normalmente su persona y administrar su patrimonio. En el caso de los que adolecen de deterioro mental, ya que dicha anomalía psíquica limita- no suprime – la aptitud de la persona para expresar libremente su voluntad y no goza de plena capacidad de discernimiento, la ley los reputa incapaces relativos, siendo que dichas personas antes tuvieron condición mental normal y han sufrido deterioro por diversas causas como: enfermedad mental, un accidente que produce daños en el cerebro, la senilidad, envenenamiento o intoxicación anulantes, etc.

Otro aspecto controversial y contradictorio es el relativo a que mientras el Código Civil trata a los menores de 16 años como incapaces absolutos, el Código de los Niños y Adolescentes no les da un tratamiento de incapaces, sino les da un lugar especial y les reconoce capacidades especiales que se encuentran específicamente contenidas en el artículo IV del Título Preliminar del citado código, cuando señala que tiene “capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este código y demás leyes”; y promueve también el trabajo por lo que reconoce que pueden contratar y realizar actividades en espacios más amplios que los “relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria”; señalando en su artículo 48 que los adolescentes que trabajan en forma dependiente o por cuenta ajena están amparados por el código en mención e incluso establece en su artículo 51 las edades requeridas para trabajar en determinadas actividades, sean por cuenta ajena o en relación de dependencia, y que son: 15 años para labores agrícolas no industriales, 16 años para labores industriales, comerciales o mineras y 17 años para labores de pesca industrial. Fijando además para las otras modalidades de trabajo la edad mínima de 12 años, lo que avala nuestra posición que la edad de 16 años es muy alta para que a partir de allí se deba establecer la incapacidad relativa, o mejor dicho, la capacidad restringida.

Igualmente, el Código de los Niños y Adolescentes reputa adolescente al menor que ha cumplido 12 años y, en el caso de los adolescentes trabajadores, se les otorgará “plena” capacidad para poder reclamar, sin necesidad de apoderado y ante la autoridad competente, el cumplimiento de todas las normas jurídicas relacionadas con su actividad económica, conforme lo dispone el artículo 65 del antes mencionado cuerpo de leyes y, vinculado con lo expuesto, le otorga al niño y adolescente que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elija, y a que se tenga en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, de conformidad con el artículo 9 del precitado código; pudiendo además ejercer derechos laborales de carácter colectivo y formar parte o constituir sindicatos por unidad productiva, rama, oficio o zona de trabajo y pueden afiliarse a organización de grado superior, conforme lo establece el artículo 66, lo que en buena cuenta significa también excepciones a la incapacidad absoluta del código civil. Asimismo, en el ámbito penal, el adolescente infractor de la ley penal puede impugnar la orden que lo ha privado de su libertad y ejercer la acción de Hábeas Corpus ante el Juez Especializado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 186. Como vemos dicho Código, basado en la doctrina de la atención integral y que erradica la llamada doctrina de la situación irregular del menor que había prevalecido por mucho tiempo, concibe al niño y al adolescente como sujetos de derecho y ya no como objetos de tutela. Comentando el artículo 9 del antes citado cuerpo normativo, respecto a la libertad de opinión de los menores, Fermín Chunga Lamónja señala que es un caso en que la opinión del niño y del adolescente son decisivas, quebrantando en cierta forma la regla general que señala el artículo 42 del Código Civil que a la letra dice “tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido 18 años de edad, salvo lo dispuesto en el Art. 43 y 44, artículos que se refieren a la incapacidad absoluta y a la incapacidad relativa, cuando hace prevalecer la opinión del niño y del adolescente por ejemplo en el caso de la adopción (10 años), de la remoción de tutor (14 años); del reconocimiento del hijo extramatrimonial (16 años); de intervenir con voz y ahora con voto a las reuniones del Consejo de Familia (14 años); de contraer matrimonio (la mujer de 14 años y el varón 16 años), etc.” (1998: 134).

Se evidencia entonces que mientras el Código Civil limita el actuar de los menores de 16 años en la esfera jurídica, la constitución y el Código de los Niños y Adolescentes “promocionan” a estas personas para su inserción dentro de su contexto social. Así el primer párrafo del artículo 23, de nuestra Carta Magna, en el aspecto laboral, regula que: “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor y al impedido que trabajan”. Respecto del Código de los Niños y Adolescentes ya nos hemos ocupado líneas arriba.

4.7.- LEGISLACIÓN COMPARADA EN EL TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD E INCAPACIDAD.

En este apartado se ha realizado una revisión del tratamiento de la capacidad e incapacidad de los menores de edad en la legislación comparada de los países de Argentina, Bolivia, Venezuela, México, España, el Derecho Civil Aragonés, Brasil, Uruguay, Paraguay, Italia, Alemania y Rusia, así como del Proyecto del Código Civil Argentino de marzo de 1999..

Así tenemos que conforme al artículo 54 del Código Civil Argentino los menores impúberes son los menores de 14 años. No obstante su incapacidad de hecho, ellos tienen la facultad, por razones de índole práctico, de realizar los denominados “pequeños contratos”. Y el artículo 127 del

Código Civil Argentino señala que los menores adultos son los que fueren de la edad de 14 años hasta los 21 años cumplidos. Estos menores pueden cambiar su situación con respecto a la incapacidad de hecho con la emancipación. Ésta puede ser por matrimonio con o sin autorización, o por haber cumplido los 18 años de edad, según lo establecido en el artículo 131 del código civil.

También la legislación española consagra y privilegia en la materia, las tendencias actuales acerca de la capacidad del menor, con las limitaciones propias de su inmadurez. Y es que la Constitución española de 1978 al disponer en su artículo 39 que los poderes públicos aseguran la protección integral de sus hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, como así también que los niños gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan sus derechos, creó las bases para las reformas posteriores del Código Civil. En efecto, dicho Código con sus reformas se adaptó al mandato constitucional, estableciendo en su artículo 162 que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, con excepción: a) de los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, puede realizar por sí mismo; b) aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo; c) los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres; y, d) cuando deba celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales, se requiere el previo consentimiento de éste, si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de la intervención del juez de oficio o a instancia del propio hijo o del Ministerio Fiscal, para dictar las medidas apropiadas. En realidad, la representación que los padres ejercen de sus hijos menores, relativos a la patria potestad, en nada incapacita a éstos, porque acerca de ellos se les reconoce el ejercicio de los derechos de la personalidad u otros que el hijo, en la medida que las leyes y las condiciones de madurez lo habiliten para ello, pueden realizar por sí mismos.

Es interesante el tratamiento legislativo del Derecho Civil aragonés que entró en vigencia el 23 de abril del 2007, aprobada por las Cortes de Aragón de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1 del Estatuto de Autonomía, que en su preámbulo señala que al no haber patria potestad todos los aragoneses alcanzaban la plena capacidad de obrar al cumplir determinada edad, fijada en los Fueros más antiguos en los catorce años, y que la presente Ley, por tanto, tiene como objeto el desarrollo de las normas sobre capacidad y estado de las personas físicas y de las instituciones civiles para la protección de menores e incapaces hasta ahora contenidas en la Compilación, y, como criterio, los principios más exigentes en el reconocimiento y ejercicio de los derechos de la personalidad. También se señala que la minoría de edad no es una situación de incapacidad, sino un estado de las personas en los primeros años de su vida, cuando su personalidad se está desarrollando y requieren una formación adecuada a este desarrollo. Con la finalidad de favorecer este desarrollo y esta formación, los menores están sujetos a la autoridad familiar, la tutela o la curatela, que, como todas las instituciones y normas dirigidas a los menores, están presididas siempre por el criterio del interés del menor. Por la misma razón, los padres no eran considerados, en cuanto tales, representantes de sus hijos, y ahora la representación por el padre o la madre se extingue en edad temprana, a los catorce años, que fue durante siglos en Aragón el límite de la minoría de edad. De manera general expresa el artículo 2 que al cumplir los catorce años termina la representación legal, de manera que la capacidad de los menores se completa en adelante con la asistencia que en cada caso proceda. Es decir, a partir de los catorce años, el menor aragonés actúa siempre por sí (sin representante), con la asistencia de las personas llamadas a prestarla para la plena validez de sus actos.

Por otro lado, el código Civil de Uruguay no menciona de manera específica acerca de la incapacidad de los menores, por lo que no surge de las disposiciones del código. Sin embargo, en algunos casos, se habilita de hecho a los menores para el ejercicio de sus derechos, como por ejemplo, en el caso del menor empleado público, que será considerado mayor de edad en lo concerniente al empleo, como se establece en el artículo 262.

El Código Civil Italiano en materia de mayoría de edad y capacidad de obrar, en su artículo segundo establece que la mayoría de edad queda fijada en el momento de cumplir 21 años. Con la mayoría de edad se adquiere la capacidad de realizar todos los actos respecto de los cuales no se halle establecido una edad diversa. En realidad la doctrina italiana señala que la capacidad de obrar es la regla y la incapacidad de obrar, o sea la ineptitud para obrar, es la excepción; de ahí que las normas que fijan los casos de incapacidad, no son pasibles de interpretación analógica.

4.8.- LA INCAPACIDAD ABSOLUTA DE LOS MENORES MAYORES DE 14 A 16 AÑOS EN EL CÓDIGO CIVIL. PROBLEMAS, CONTRADICCIONES Y EFECTOS.

Como hemos visto la incorporación de los menores mayores de 14 y menores de 16 años como incapaces absolutos resulta, a todas luces, ya insostenible, dada la tendencia actual en la doctrina y la legislación comparada, que recoge el palpitante desarrollo de la vida en la sociedad actual, a tal punto que hasta el concepto de incapacidad absoluta es anacrónica y deviene en cuestionable.

En todo caso, ya se habla que la minoridad como un estado de la persona no es una incapacidad general o absoluto en sentido propio sino una capacidad restringida. Y así parece haberse previsto en las reformas al Código Civil de mayo de 1999, que en su artículo 43 ya no menciona la incapacidad absoluta sino solo la capacidad de ejercicio y en su artículo 44 no hace referencia a la incapacidad relativa sino a la capacidad de ejercicio restringida. Y es que no ha sido feliz la clasificación entre la “incapacidad absoluta” e “incapacidad relativa” y no tiene efectos prácticos y cae en el absurdo de que se parte de la incapacidad y no de la capacidad.

El autor citado Rinesi (S. /f.: 23-24), en relación al Código Civil Argentino, aduce que ante la imposibilidad de modificar reglas tan enfáticas como la del artículo 54, incisos 1 y 2, que declara incapaces absolutos a la persona por nacer y a los menores impúberes respectivamente, se podría limitarlas en los efectos, dado que la propia realidad al apropiarse de las situaciones, las reduce a su inutilidad. En el mismo sentido nuestro ordenamiento civil en el primer inciso del artículo 43 al declarar incapaces absolutos a los menores de 16 años, ante la apabullante realidad y la dinámica social donde no están excluidos los menores, opta por otorgarle excepciones, las mismas que-continúa este autor, comentando las modificatorias del artículo 55 del Código Civil Argentino- se dirigieron a insuflar al menor cierta capacidad de obrar, por lo que dicho artículo ha quedado prácticamente sin contenido, que al reconocérsele capacidad de ejercicio en todos los actos de la vida civil ha hecho tabla rasa con el precitado artículo 55 del Código Civil, que debió ser expresamente derogado por las leyes que se refieren a este menor y que, paradójicamente, siguieron un procedimiento inverso, porque fueron gradualmente restándole contenido a la norma, lo que significó ir reconociéndole mayor capacidad al menor púber, pero partiendo de su incapacidad y que tal situación sigue vigente como resabios de incapacidad y resulta anacrónica seguir pensando

así. Opinión con la que concordamos enteramente y no solo no se puede partir de la incapacidad para otorgar capacidad sino que al otorgar muchas excepciones nos crea el problema y el contrasentido ya reseñado, de que los menores, en el rango bajo estudio, tienen al mismo tiempo capacidad de ejercicio para algunos actos y para otro no o son incapaces absolutos para algunos casos y para otros son incapaces relativos. Doble condición que puede ser admisible y aceptable para la incapacidad relativa, por su propia naturaleza, pero no para la incapacidad absoluta. Creemos que la ley, excepcionalmente, autoriza expresamente a los menores que tiene discernimiento a realizar ciertos actos, esto es, que estén facultados para que mediante el acto jurídico ejerciten plenamente sus derechos y puedan contraer obligaciones sin esperar cumplir los dieciocho años.

Por ello, consideramos si así está tratado líneas arriba, la situación respecto del menor impúber, en donde se aboga porque un menor de 14 años (impúber) no tenga un tratamiento riguroso al declararlos "incapaces absolutos" de acuerdo, como repetimos, con la realidad que supera la norma que los tilda de esa manera, cuanto más razón en pedir la abolición de la delimitación arbitraria mantenida en el Perú hasta hoy que hace que un menor mayor de catorce años hasta antes que cumpla los 16 años (Púber) sea un incapaz absoluto y no pueda ejercer sus derechos por sí mismos no obstante que para diversos asuntos normalmente ya ha alcanzado el suficiente grado de desarrollo y madurez de su conciencia, incapacidad absoluta que colisiona no solo con hechos de carácter psiquiátrico y psicológico como es su reconocida capacidad intelectual sino con la realidad actual; lo que genera consecuencias jurídicas como contradicciones de índole médico y legal, toda vez que para la ley (aspecto legal), fuera de las excepciones estipuladas, un menor mayor de 14 años no tiene suficiente capacidad intelectual ni discernimiento para ejercer por sí mismo sus derechos, mientras que en el aspecto médico, que para nuestro estudio incluye la psiquiatría y la psicología, el menor sí tiene capacidad que legalmente se le niega; y, peor aún, en una doble contradicción, la misma ley reconoce que sí tiene capacidad intelectual y de discernimiento en algunos casos, por lo que el legislador se ve en apuros en otorgarle excepciones, las mismas que se encuentran tanto en el Código Civil como en el Código de los Niños y Adolescentes, que ya son muchas y que constituyen una suerte de capacidad restringida, lo que resulta- como repetimos, contradictorio e inútil dicha delimitación, siendo que dichas normas que restringe el ejercicio de los derechos de los menores pese la realidad social se queda desprovisto de contenido, mucho más si se apela a las sucesivas modificaciones de ese sector de la minoridad; a lo que Rivera (1999), citado por Rinesi (S.f. : 9), llama una ampliación de la capacidad de obrar de los menores púberes que ejercen algún empleo, profesión o industria para poder realizar todos los actos concernientes a tales actividades, convirtiéndolos en capaces de obrar para todos esos actos, más aún cuando en el Derecho Argentino a la edad de catorce a dieciséis sé es incapaz relativo y no absoluto, lo que armoniza mejor con la realidad.

Yumildre del Valle Castillo Herdé, cita dos casos interesantes que ilustran y dejan mal parado lo de "incapaces absolutos" de los menores de dieciséis años. Dicha autora narra que Robert "Pimshiz" Lyttle, el conocido hacker "pro-Napster", siendo un joven adolescente, de apenas catorce (14) años formó la corporación Sub-Seven Software, que desarrolló herramientas tales como el Troyano buscador de puertos Sub-Net, el desinstalador Uninstall it Pro y Define, entre otros y que muchos usuarios consideraron de gran utilidad y que dicha corporación le permitió a Lyttle obtener algunas respetables utilidades, ya que además de la venta directa de sus productos, contaba con un canal de distribución a nivel de otros portales de Internet. Y que MarK Abene, mejor conocido como

Phiber Optik, que a la edad de diecisiete años se convirtió en un genio de la computación y de la tecnología telefónica y lideró en New York, al grupo de hackers denominados “Master of Deception”, Mod (Maestros de la Decepción). (S. /f. a.: 1). Aduce dicha autora que “Estos casos tan solo representan pequeños ejemplos de la significativa injerencia que los niños y muy especialmente los adolescentes, están teniendo en la vida cotidiana de los autodenominados “adultos capaces”. (S./f. a: 2). En nuestro país, no es infrecuente ver o escuchar a través de los medios de comunicación, según el caso, que menores de 12 años ingrese en los primeros puestos en las Universidades Nacionales como la Universidad Nacional Mayor de San Marcos o la Universidad Nacional de Ingeniería, por ejemplo.

Aníbal Torres, señala que “En la realidad práctica constatamos que los menores no privados de discernimiento se desenvuelven por sí solos con relativa frecuencia en el tráfico, celebrando diversos contratos, y nadie duda de su capacidad para entender el alcance de los actos que realiza y, por tanto, para manifestar su voluntad libre y vinculante”, por lo que sus actos están amparados por el artículo 1358. (2001: 176). Y es que es verdad, ahora los menores de seis años a más contratan servicios de internet, pagan las pensiones de sus escuelas, compran su ropa y útiles escolares y no son engañados con el “vuelto” y hasta, como han crecido en la sociedad informática, dominan y son expertos en computación a tal punto que requieren a sus padres la compra de un nuevo programa de software para instalarlo en su PC o la ampliación de su capacidad y hasta determinan lo que se vende en el mercado.

Por otro lado, la Convención sobre los derechos del niño (1989), que introduce la novísima doctrina de la protección integral, pone fin al paradigma de la Doctrina de la Situación Irregular que considera a los niños, niñas y adolescentes, por ser menores de edad, como “incapaces plenos y absolutos en todas las esferas de sus vidas”, y que tal incapacidad- como hemos visto en algunas legislaciones internacionales y, por su puesto, en nuestra legislación civil- es la regla general, no obstante que la ley puede reconocerles de manera excepcional alguna capacidad para determinadas circunstancias o para ciertos actos, lo que al otorgarles muchas excepciones pareciera que la regla es la capacidad y la incapacidad la excepción, conforme debiera ser en realidad. Y es que, según la Doctrina de la Situación Irregular, considera al niño, niña y adolescentes como personas carentes de toda racionalidad y discernimiento, por lo que los califica como incapaces plenos y absolutos legalmente, lo que es incoherente e incompatible con los descubrimientos efectuados y alcanzados por las ciencias auxiliares del Derecho, como son la Psiquiatría, la Psicología y la Pedagogía, cuyos principales planteamientos consisten en afirmar que a medida que el ser humano crece y se desarrolla como persona, adquiere progresivamente capacidad para tomar sus propias decisiones y ejecutar acciones en base a ellas, por lo que dicho tratamiento genera un conflicto de índole médico y legal conforme lo hemos planteado a lo largo de este trabajo. Y es a partir de dicha convención cuando se tiende a consolidar una perspectiva de puesta en ejecución progresiva de los derechos de todos los niños y adolescentes, orientada a la protección integral y universal que compromete a toda la sociedad. Y justamente este entorno está produciendo cambios normativos a favor de la niñez y de la adolescencia basados en el enfoque de los derechos conforme se ha acogido en nuestra legislación de los Niños y Adolescentes, pero no en nuestra legislación civil, de ahí el incongruente tratamiento de los menores en dichos cuerpos normativos, código civil que desconoce la incorporación progresiva a la ciudadanía activa a los menores en base a su comprobada capacidad intelectual adquirida progresivamente y todavía se aferra a la doctrina de la situación irregular y los trata como personas carentes de toda racionalidad (incapaces absolutos) por lo que hay que

“tutelarlos”, cuando en el fondo lo que se quiere tutelar es el patrimonio, lo que evidencia un Código de corte privatista y patrimonialista, no obstante la nueva doctrina concibe al niño y al adolescente como sujetos de derecho y ya no como objetos de tutela. Porque si solo se reconoce la capacidad jurídica y no la de obrar, el derecho no es más que pura retórica.

La convención específicamente en su artículo 5, relativo a la dirección y orientación paternas, no hace sino romper el anterior paradigma de la protección integral y produce un razonar no solo es el Derecho del niño y del adolescente, sino es el derecho común, de corte privatista y tan proclive a defender y dar seguridad a los derechos privados y que restringe los actos jurídicos de éstos para proteger lo patrimonial sea de terceros o supuestamente “protegerlos” a ellos de sus actos, en razón que reafirma y consolida los derechos del niño, quien tiene un lugar central en el Derecho Internacional de los derechos humanos, y ya no es únicamente el mero objeto del derecho a una protección especial, sino sujeto de todos los derechos por la normativa internacional como “derecho de toda persona”. Es decir, que la convención ha introducido el concepto de la “evolución de facultades” que reconoce que el desarrollo del niño hacia la independencia adulta debe ser respetado y promovido a lo largo de toda la infancia. Con ello se pretende eliminar el modelo de la incapacidad general, plena y uniforme y se les sustituye por una “capacidad evolutiva”. (Del Valle Castillo Herdé S./f. b: 11).

La solución adoptada por el legislador nacional, en el sentido de distinguir dos clases de incapacidad por minoría de edad, la absoluta para los que no han alcanzado dieciséis años; y la relativa para los que tienen más de tal edad y no han cumplido dieciocho años, en la actualidad no parece ser una solución conveniente y ha generado las contradicciones ya advertidas. Y es que el fundamento de la edad para declarar incapaces absolutos a los menores en el rango especificado es contradictorio, toda vez que a despecho, conforme se ha demostrado, que dichos menores poseen un discernimiento y una capacidad intelectual muchas veces por encima de su edad cronológica, legalmente se les considera incapaces “absolutos” (equiparándolos con los privados de discernimientos y demás incapaces absolutos) y para paliar esta situación, al reconocer que sí poseen aptitudes y desarrollo intelectual, se les ha otorgado muchas excepciones, por lo que -como dijimos- lo de “absoluto”, resulta relativo. De ahí también la necesidad de eliminar las “odiosas calificaciones de incapacidad absolutas e incapacidad relativas, las cuales darían a entender que la regla es la incapacidad y la excepción la capacidad de ejercicio, cuando la realidad de las cosas y la experiencia jurídica contemporánea más atenta revela que es exactamente lo contrario”. (Exposición de Motivos del Anteproyecto de Enmienda al Código Civil de 1984 S. /f: 4). No hacerlo es ir contra la tendencia doctrinal y legislativa más desarrollada en el mundo, conforme ya se ha visto, en donde en muchos países ya no se encuentra regulado dicha clasificación.

Caso diferente es respecto al fundamento de la salud física o mental, en estos casos sí puede ser coherente la declaración de incapaces de los sujetos privados de discernimiento, los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, en razón que al poseer capacidad intelectual mermada o disminuida y un discernimiento casi nulo o que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, que les permita dirigir normalmente su persona y administrar su patrimonio, dicha situación va acarrear indefectiblemente su incapacidad de obrar. Y es que incorporar por razones de edad como incapaces absolutos tiene sus complicaciones puesto que no puede ser absoluto, dado a que en su desarrollo psicobiológico el menor se va acercando a recobrar su capacidad, no así los enfermos mentales o con deficiencia psíquica, quienes definitivamente no podrán recuperar su capacidad y a quienes al no reconocerles ninguna

posibilidad de aptitudes intelectuales y físicas, no se otorga ninguna excepción, conforme sí lo hace la ley respecto de los menores.

Dentro de los efectos jurídicos originados por la deficiente regulación que hace el Código Civil de 1984 respecto de los menores de 16 años, al considerarlos como incapaces absolutos, es que pese a su capacidad natural y su avanzado desarrollo intelectual de muchos de estos menores, a veces, por encima de su edad (ejemplo, un menor mayor de catorce años) conforme se ha verificado en este trabajo, sus actos jurídicos -que no se encuentran dentro de la excepción del artículo 1358, entre otros, (contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria)- adolecen de nulidad absoluta, de conformidad con el inciso segundo del artículo 219; mientras que los retardados mentales considerados como incapaces relativos, a despecho de su bajo y estancado desarrollo mental y que su capacidad intelectual se ha detenido y no ha evolucionado en consonancia con su edad, sus actos jurídicos son anulables, de conformidad con el inciso 1 del artículo 221. De lo expuesto se aprecia otra grave contradicción que incurre el legislador al sancionar con mayor severidad a los actos jurídicos realizados por menores de 16 años, que a los retardados mentales, siendo que a estos últimos al ser anulables sus actos le otorga el beneficio de la confirmación, no así a los actos jurídicos realizados por los menores de 16 años, hecho que no se condice con la realidad actual en donde, conforme se ha mencionado en forma abundante, son los menores mayores de 14 hasta antes de cumplir los 16 años, quienes están en mejores condiciones de realizar un acto jurídico válido y no los retardados mentales y quienes más necesitan que se legisle a su favor en razón de sus necesidades de contratar acorde con su personalidad, más allá de la consabida “necesidades ordinarias de su vida diaria”; por lo que la actual regulación, como repetimos contradictoria, al colisionar con la realidad (que palpita en las calles y no en una norma jurídica) y no sustentarse en ella, lo vacía de contenido y de fundamento jurídico, por lo que resulta solo una fórmula abstracta sin piso, en donde a su supuesta “protección” a la contratación de los menores de 16 años, termina en una desprotección total y arbitraria al declarar todos sus actos nulos, tratándolos de esta manera paradójicamente, peor que a los retardados mentales.

II.- RESULTADOS

2.1.- DEL ESTUDIO DOCTRINAL

Del análisis y estudio de las fuentes doctrinales e investigaciones científicas se logró los siguientes resultados:

1. Las investigaciones científicas en psiquiatría, psicología y pedagogía han determinado que los menores mayores de 14 años de edad, poseen pensamiento abstracto, razonamiento deductivo y un desarrollo intelectual suficiente para razonar, comprender y valorar los actos que realizan y sus consecuencias.
2. Respecto de los retardados mentales, ha establecido que poseen un desarrollo intelectual mermado o deficitario y un discernimiento desde escaso hasta nulo (al igual que los privados de discernimiento), que no les permite dirigir normalmente su persona (autogobierno) y administrar su patrimonio.
3. Existe univocidad en la doctrina, tanto nacional como internacional, respecto a que es errónea la concepción que considera que los menores de edad –sobre todo en el rango bajo estudio-

debido a su minoridad carecen de suficiente grado de madurez, discernimiento y racionalidad y por lo cual se les debe declarar incapaces “absolutos”.

4. Dicha concepción ha devenido en insostenible frente a la realidad actual, en donde la participación de los menores en la vida social, familiar y económica es mucho más intensa y éstos no están excluidos de los distintos actos o contratos que la vida en la sociedad moderna los involucran.

5. La doctrina nacional estima que el discernimiento ya estaría en pleno proceso de formación y consolidación hacia los 14 años.

2.2.- DE LA LEGISLACION COMPARADA.

PRINCIPALES REGULACIONES SOBRE LA CAPACIDAD E INCAPACIDAD EN LA LEGISLACION COMPARADA.

PAIS	NORMA LEGAL	REGULACION

Argentina	Código Civil	

Art. 54, inc 2	- Establece que los menores impúberes tienen incapacidad de hecho absoluto. Debe aclararse que los menores impúberes son los menores de 14 años.	

Código Civil

Art. 55	- Regula que los menores adultos solo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar. Debe aclararse que los menores mayores de 14 años.	

Bolivia Código Civil

Art. 5, inc 1	- Establece que son incapaces de obrar los menores de edad, salvo lo dispuesto en los párrafos III y IV del artículo en comento y las excepciones legales.	

México Código Civil

Art. 23	- Señala que la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integración de la familia.	

España Código Civil

Art. 162, inc. 1	- Regula que las padres que ostenten la patria potestad y tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, excepto los actos relativos a derechos de personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, puede realizarse por sí mismo.	

Legislación

Aragonesa Artículo 2

Incisos 3 y 4	3.- La representación legal del menor termina al cumplir los catorce años, desde entonces, su capacidad se completa con la asistencia.	

4.-	Los guardadores legales ejercerán sus funciones siempre en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y madurez, a fin de dotarle de autonomía en la organización de su propia vida.	

Artículo 20

Inciso 1 y 3	1.- El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no este emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que este en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor.	

3.-	El menor mayor de catorce años no necesita asistencia en los actos que la ley le permita realizar por sí solo.	

Código de los Niños y Adolescentes.

Art. IV Título Preliminar Capacidad.

Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con un proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización por este Código y demás leyes.

Perú Código de los Niños y Adolescentes.

Art. IV Título

Preliminar

Art. 51 - Regula las edades requeridas para trabajar en determinadas actividades de los adolescentes y son las siguientes:

1. Para el caso del trabajo por cuenta ajena o que se preste en relación de dependencia:

a) Quince años para labores agrícolas industriales;

b) Dieciséis años labores industriales, comerciales o mineras.

2. Para el caso de los demás modalidades de trabajo, doce años.

Código de los Niños y adolescentes.

Art. 65 Capacidad: establece que los adolescentes trabajadores podrán reclamar, sin necesidad de apoderado y ante la autoridad competente, el cumplimiento de todas las normas jurídicas relacionadas con su actividad económica. Es decir que este Código otorga capacidad "plena" a partir de los 12 años para realizar los actos citados en el artículo antes mencionado.

Uruguay ----- - El Código Civil Uruguay no menciona de manera específica acerca de la incapacidad de los menores. Sin embargo, en algunos casos, se habilita de hecho a los menores para el ejercicio de sus derechos.

Paraguay Código Civil

Art. 37, inc. b - Señala que son absolutamente incapaces de hecho los menores de 14 años.

Código Civil

Art. 38 - Establece que tienen capacidad de hecho relativo los menores que hayan cumplido 14 años de edad.

Alemania Código Civil

Art. 104 inc. 1 - Regula que son incapaces de obrar quienes no han cumplido el séptimo año.

Código Civil

Art. 105. inc. 1 - Dispone que la declaración de voluntad de una persona incapaz de obrar es nula, por lo que en una interpretación en sentido contrario, el menor mayor de 0 – 7 años es parcialmente incapaz de obrar.

Brasil Código Civil

Art. 3 - Señala que están absolutamente incapacitados para ejercer personalmente los actos de la vida civil: de los menores de 1 años.

Código civil

Art. 4 - Establece que están incapacitados con respecto a determinados actos o a la manera de ejercerlos, los que tiene más de 16 años pero menos de 18 años.

De la revisión y análisis de la legislación comparada contenido en los códigos civiles y otros cuerpos normativos sobre el tratamiento de la incapacidad de los menores de edad, de países con gran desarrollo jurídico, se obtuvo los siguientes resultados:

1.- En el derecho positivo comparado, el porcentaje de países y las legislaciones de algunos de sus estados que han fijado la edad de menos de 14 años para declararlos incapaces absolutos de obrar representa el 44.4%. Por otro lado, solo el 11.1% de países han fijado la edad menor a 16 años para declarar a los menores como incapaces absolutos, y el resto de países no fija ninguna edad (44.5%).

2.- Se ha verificado que todos (100%) los países, cuya legislación hemos revisado, otorga excepciones cuando declara expresamente como incapaces absolutos de obrar y todos los países (100%) cuando no los declara expresamente como incapaces absolutos, habilita a los menores para el ejercicio de sus derechos civiles.

PAISES CUYA LEGISLACIÓN NO HACEN MENCION A LA INCAPACIDAD ABSOLUTA. (CUADRO 3.2.2)

PAISES	SI	NO
1.- Argentina	X	
2.- Proyecto del Código Civil Argentino de marzo de 1999.		X
3.- Bolivia		X
4.- Venezuela		X
5.- México		X
6.- España		X
7.- Brasil	X	
8.- Uruguay		X
9.- Paraguay	X	
10.- Alemania		X
11.- Aragón (España)		X
12.- Proyecto de Reforma al C.C. Peruano (R.M. N° 074-99-JUS)		X
13.- Código de los Niños y Adolescentes (Peruano).	X	

Del cuadro precedente se ha determinado que de la legislación, contenido en los Códigos civiles y otros cuerpos normativos, de los países analizados, el 76.3 % ya no adopta el término "incapacidad absoluta" y el 23.07 % todavía lo adopta.

2.3.- DEL ARTICULADO DEL CÓDIGO CIVIL Y DEL CODIGO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE.

Las excepciones a la incapacidad absoluta de ejercicio de los menores de 16 años que se han recogido, tanto en el Código Civil como en el Código de los Niños y Adolescentes, son. En el Código Civil: artículos 46, 241, 244,274, 378, 393, 401, 455, 456, 457, 458,530, 557, 577, 646, 687, 808, 1142, 1227, 1358, 1383, 1387, 1396,1975, 1976, 1977. En el Código del Niño y del Adolescente: artículos IV del T.P., 51, 65, 66, 99,102, 186.

IV.- CONCLUSIONES

Con el respaldo de los resultados obtenidos, se ha confirmado nuestra hipótesis y se ha llegado a a las siguientes conclusiones.

1- Se ha demostrado que las consecuencias jurídicas que genera la incorporación de los menores mayores de 14 y menores de 16 años como incapaces absolutos (Inc. 1, art. 43 del Código Civil)

consisten en contradicciones de índole médico y legal, que se traduce en tres aspectos: a) Las investigaciones científicas y la doctrina, que es unánime, han determinado que los menores en el rango anotado poseen un desarrollo intelectual y discernimiento adecuados para ejercer por sí mismo ciertos derechos civiles, sin embargo nuestro Código Civil no lo reconoce y los declara incapaces absolutos; b) Por el contrario respecto de los retardados mentales los privilegia y los considera incapaces relativos; y c) Con ello los actos jurídicos realizados por dichos menores son nulos, mientras que los de un retardado mental son anulables.

2. Se ha determinado que la edad de 14 años es la más adecuada para delimitar la incapacidad de ejercicio de los menores, por guardar coherencia con la realidad actual y con la doctrina más autorizada, incluida la nacional, así como con la tendencia mayoritaria de la legislación comparada.

V.- RECOMENDACIONES

1. Que se modifique el Artículo 43 del Código Civil en el sentido que no se debe hacer mención a la actual expresión “son absolutamente incapaces” y se debe regular, inicialmente, en forma genérica la “capacidad de ejercicio”, para luego establecer las excepciones sin mencionar el término incapacidad absoluta, así como se debe modificar el inciso primero del precitado artículo, donde la edad de 16 años debe reducirse a 14 años, siendo que menor a esa edad se debe considerar incapaz.

2. Que, se modifique el Artículo 44 del Código Civil en el sentido que no se debe hacer mención a la actual oración “son relativamente incapaces” y se debe regular en su reemplazo como “capacidad de ejercicio restringida”, igualmente se debe modificar el inciso primero del antes mencionado artículo, donde debe considerarse a los mayores de 14 años y menores de 18 años como sujetos de capacidad de ejercicio restringida.

3. Que, se derogue el artículo 42 del Código Civil, en razón que su regulación ya se encuentra contenido en el artículo 43 que regula en un solo artículo la capacidad de ejercicio y las excepciones específicas a dicha capacidad.

VI.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. LIBROS

1. ABELENDA, César Augusto. (1980). Derecho Civil. Parte General. Tomo I. Buenos Aires. Editorial Astrea.

2. AGUIAR, Hénoc D. (1950). Hechos y Actos Jurídicos. I. La Voluntad Jurídica. Buenos Aires. Tipografía Editora Argentina.

3. ARAUZ CASTEX, Manuel y LLAMBIAS, Jorge Joaquín. (1955). Derecho Civil. Parte General. Tomo II. Buenos Aires. Editorial Perrot.
4. CIFUENTES, Santos. (1988a). Elementos Del Derecho Civil. Parte General. Buenos Aires. Editorial Astrea.
5. CIFUENTES, Santos. (1994b). Negocio Jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades. Buenos Aires. Editorial Astrea.
6. CHUNGA LAMONJA, Fermín G. (1998). Código de los Niños y Adolescente. 2da. Edición. Lima-Perú. Editorial. San Marcos.
7. DIEZ-PICAZO, Antonio y GULLON, Antonio. (1998). Instituciones de Derecho Civil. Vol. I/1. 2da. Edición. Madrid. Editoriales Tecnos. S.A.
8. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. (2004). Derecho de las Personas. 4ta. Edición. Lima-Perú. Gaceta Jurídica S.A.
9. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. (1996). Derecho de las Personas. 6ta. Edición. Lima-Perú. Editora Jurídica Grijley.
10. GARCIA AMIGO, Manuel. (1979). Instituciones de Derecho Civil I. Parte General. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado.
11. GOLDMAN, Howard H. (1989). Psiquiatría General. 2da. Edición. Traducido por Jorge Alberto Velásquez Arellano. Editorial El Manual Moderno, S.A. México. D.F.
12. GUEVARA PEZO, Víctor. (2004). Personas Naturales. 1ra Edición. Lima-Perú. Gaceta Jurídica S.A.
13. LEON BARANDARIAN, José. (1991). Tratado de Derecho Civil. Tomo I. 1era. Edición. Lima – Perú. WG Editor.
14. MUSSEN, Paúl Henry, CONGER, John Janeway y KAGAN, Jerome. (1990). Desarrollo de la Personalidad en el Niño. 3ra. Edición en español. 1era. Reimpresión, Editorial Trillas S.A. México. 1991.
16. PAPALIA, Diane E., WENDKOS OLDS, Sally y DUSKIN FELDMAN, Ruth. (2003). Psicología del Desarrollo. 8va. Edición. Traducido por Cecilia Ávila de Barón. Editorial Mc. Graw Hill S. A. Colombia.
17. ROGEL VIDE, Carlos. (1998). Derecho de la Persona. Barcelona-España. José Bosch. Editor.
18. RUBIO CORREA, Marcial. (1995). El Ser Humano Como Persona Natural. 2da. Edición. Lima-Perú. PUCP, Fondo Editorial.

19. SPOTA, Alberto G. (1949). Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo I. Vol. III. Buenos Aires. Editorial Depalma.

21. TORRES VASQUEZ, Aníbal. (2001). Acto Jurídico. 2da. Edición. Lima-Perú. Editorial Moreno S.A.

22. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. (2002). Teoría del Acto Jurídico. 1ra. Reimpresión. Lima-Perú. Gaceta Jurídica S.A.

23. WATSON, Robert I. y LINDGREN, Henry Clay. (1991). Psicología del Niño y el Adolescente. 1era. Edición. Traducido por Beatriz Eugenia Blanca Mendoza y Miguel Ángel Vallejo Vizcarra. Editorial Limusa S.A. México. D.F.

B. REVISTAS

1. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. (1999). La Capacidad de Goce: ¿Es Posible su restricción Legal?. En: Revista "Cátedra". Editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos. Año III. N° 5. Lima. Palestra Editores.

2. ROJAS VARGAS, Fidel. (2001). El Retardo Mental y su importancia en Materia Penal. En: Diálogo con la Jurisprudencia: Año 7. Número 37. Octubre 2001. Lima. Revista Editada por la Gaceta Jurídica.

C. INTERNET

1. BELTRAN AGUIRRE, Juan Luís. (Fecha Desconocida). La Capacidad del Menor de Edad en el Ámbito de la Salud: Dimensión Jurídica. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.bioetica-debat.org/modules/nes/article.php>>

2. Clasificación de Trastornos Mentales C/E 10. Criterios de la OMS. (Fecha Desconocida). [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <[http://www. PsicoActiva.com/cie10/cie1htm](http://www.PsicoActiva.com/cie10/cie1htm)>.

3. DE LAMA AYMA, Alejandra. (Fecha Desconocida). La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de Edad. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.tesisenxarxa.net/TDX-1128105-154357/index.html-7k>> [con acceso el 14-07-2007].

4. DEL VALLE CASTILLO HERDE, Yumildre. (Fecha Desconocida). Consideraciones en Torno a la Noción de Capacidad en el Artículo 78 de la República Bolivariana de Venezuela. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.red/amyc.info/eventos/infancia->>

5. DEL VALLE CASTILLO HERDE, Yumildre. (Fecha Desconocida). Capacidad Jurídica Procesal de los Niños; Niños y Adolescentes. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.red/amyc.info/.../Archivos%20adjuntos/capacidad%20jurídica.>>

6. EGEA GARCIA, Carlos y SARABIA SÁNCHEZ, Alicia. (Fecha Desconocida). Visión y Métodos Conceptuales de la Discapacidad. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.usuarios.discapnet.es/disweb2000/art/visión.dis.PDF>>
 7. El Menor y el Consentimiento. (Fecha Desconocida). [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <http://www.encolombia.com/pediatria34299_menor26.htm>
 8. Exposición de Motivos del Anteproyecto de Enmienda al Código Civil de 1984. (Fecha Desconocida). [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.minjus.gob.pe/proyectos/anteproyectos/Expmoti>>
 9. Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales. Fecha Desconocida). [Web en línea]. Disponible desde Internet en: < <http://www.es.Wikipedia.org/Wiki/DS-IV>>.
 10. MAJLUF, Emilio y VÁSQUEZ PALOMINO, Francisco. (Fecha Desconocida). Manual de Psiquiatría. "Retardo Mental. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: < http://www.sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/libros/psicología/manual_psiquiatria>
 11. PIETRA, María Luciana. (Fecha Desconocida). Los Padres Menores de Edad no Emancipados y el Ejercicio de la Patria Potestad. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <http://www.cal_institute/Area/Acad/pjm/potestad.doc>
 12. RINESSI, Antonio Juan. (Fecha Desconocida). La Capacidad de los Menores. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.acader.unc.edu.ar/lacapacidaddelosmenores-PDF>> [con acceso el 19-12-2005].
-

TERCER PUESTO
Empate

**LA IMPUNIDAD DE LA NEGLIGENCIA MÉDICA
VERSUS EL DERECHO DE NACER DEL CONCEBIDO.
HACIA UNA MEJORA LEGISLATIVA EN
EL ORDENAMIENTO PENAL PERUANO**

Dra. GIANINA ROSA TAPIA VIVAS

LA IMPUNIDAD DE LA NEGLIGENCIA MÉDICA VS EL DERECHO DE NACER DEL CONCEBIDO HACIA UNA MEJORA LEGISLATIVA EN EL ORDENAMIENTO PENAL PERUANO

SUMILLA:

El presente ensayo pretende poner a la luz, la problemática de la impunidad de la negligencia médica en los casos de muerte del concebido. Así pues, ante estos casos, no encontramos respuesta jurídica en el ordenamiento penal que sancione los casos de negligencia médica cuando el feto no llega a nacer, esto es, cuando la negligencia médica es producida en la madre gestante, a diferencia de otras legislaciones como la Argentina que sí prevé la sanción de los médicos que incurren en negligencia que origina la muerte del concebido y que consideran al concebido como persona desde su concepción¹⁶⁷.

Entonces, podemos advertir que resulta indispensable corregir este vacío legal y siendo ello así, es obligación del Estado velar por el derecho del concebido que es un ser que si bien no tiene voz, pero si tiene vida desde que ha sido concebido en el vientre de la madre y que merece una amplia protección por el ordenamiento penal.

En la actualidad, vemos, con alarma como la cifra de negligencias médicas de muerte al concebido se han incrementado en nuestro país, siendo el último caso impactante el de una madre adolescente que lloraba desconsoladamente por la muerte de su bebe a quien los médicos le arrancaron la cabeza al momento del alumbramiento del feto, quedando el resto de su débil cuerpo en el vientre materno. Este acto desgarrador ocurrió en un hospital del Estado¹⁶⁸,

“Una joven madre perdió de forma macabra al bebé que gestó durante ocho meses, cuando en la sesión de parto, los médicos solo retiraron de su vientre la cabeza de la recién nacida, quedando literalmente decapitada.

La mujer de iniciales K.A.N.C. de 17 años acudió el pasado martes 3 de noviembre al policlínico Señor de los Milagros en el distrito de San Juan de Lurigancho (SJL), donde daría a luz. Sin embargo, el parto terminó en tragedia.” (Diario El Comercio 05/Nov/2009)

Y ante ello nos preguntamos: ¿Que derechos le asisten al concebido? ¿ Cómo es que los operadores jurídicos ventilan estos casos?.

El Código Penal solamente protege al concebido cuando tipifica los delitos de aborto y lesiones al feto, esto es, cuando es provocado por la madre o por consentimiento de ésta a fin que sea un profesional médico el que le practique el aborto, o sin consentimiento de ella pero

¹⁶⁷ Código Civil Argentino artículo 63.- Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidos en el seno materno.

¹⁶⁸ A propósito de la negligencia médica ocurrida en el Hospital Señor de los Milagros del Distrito de San Juan de Lurigancho, donde la adolescente K.A.N.C. perdió a su bebe porque los médicos le arrancaron la cabeza. Noviembre 2009.

a título de dolo, fuera de los abortos terapéutico o eugenésico, pero no se tipifica la negligencia médica producida en la madre gestante (muerte del concebido) cuando concurre a un centro de salud a fin de dar a luz por el término de su gestación y por mala praxis médica el médico que la atiende causa la muerte de su bebé, quedando entonces impune esta clase de conductas asumidas por el profesional de la salud.

Por ello es necesario, no sólo hacer un análisis de la legislación penal sobre el tema, sino también, sobre la actuación de los operadores de justicia que vienen tramitando esta clase de situaciones, ya que como hemos expuesto, existe una omisión legislativa que permite la impunidad de la negligencia médica.

A partir, de éste estudio y análisis, elaboraremos lineamientos y propuestas a fin de mejorar el servicio de justicia para los concebidos quienes son sujetos de derechos en la legislación tanto nacional como internacional y por tanto merecen protección.

1.1.1.1.1.1

1.1.1.1.1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Código Penal en su libro segundo, parte especial, Título I, contempla los delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, y en su Capítulo II, específicamente los artículos 114 al 120 el delito de aborto en sus diferentes modalidades, asimismo se ha incorporado en el artículo 124-A las lesiones que se produzcan al concebido de la siguiente manera “ *El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres.*”

Asimismo tenemos que el artículo 111 del Código Penal tipifica el delito de Homicidio Culposo, “*El que por culpa ocasiona la muerte de una persona, será reprimido.....*” . Algunos autores de la doctrina del cual citaremos más adelante, señalan que persona no incluye al concebido, sino que es solamente un sujeto de derecho, entonces dicha norma legal tampoco sería aplicable al caso de negligencia médica cometido en agravio del concebido.

Entonces la normatividad existente es insuficiente si tenemos en cuenta que el concebido se encuentra protegido jurídicamente tanto en normas nacionales como Tratados Internacionales.

La Constitución Política del Estado que protege al concebido como sujeto de derecho cuando señala taxativamente en su artículo 2 “*que toda persona tiene derecho: 1. a la vida, a su identidad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.*”

El artículo 1 de la Convención de los derechos del niño establece que “*para efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”.

El artículo 1 del Código Civil establece que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales esta condicionada a que nazca vivo.

El Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo I establece que se considera niño, a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considera niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.

De lo expuesto, se concluye que en el tema de negligencia médica, el concebido se encuentra desprotegido, pues lo que se regula en el aspecto penal es el delito de aborto o lesiones a título de dolo, más no se regula la muerte del concebido por parte del médico negligente o profesional de la salud a pesar que existen diversas denuncias ante la Mesa de Partes del Ministerio Público por muertes de niños al nacer en los hospitales nacionales, así como en Clínicas. Así pues, el aparato punitivo del Estado no encuentra una respuesta inmediata a los casos de negligencia médica y por último, estas normas se contraponen al derecho del concebido consagrado en la Constitución Política del Perú, Convención de los derechos del niño, Código Civil, Código de los Niños y Adolescentes y otros que han sido mencionados anteriormente.

Cuando se produce la muerte de un concebido durante la etapa del parto y fallece por negligencia médica antes de que salga a la luz (nacer), los operadores jurídicos no actúan en forma uniforme, pues como no existe una norma legal que tipifique dicha conducta, algunos realizan la investigación por el delito de Homicidio Culposos y otros, por lesiones graves culposas en agravio de la madre (por cuanto fue cesareada) ya que éstos últimos afirman que el concebido en dicha situación no se encuentran protegido por el delito de Homicidio Culposos, por no considerarlos personas, aunado a que no se tipifica la conducta negligente del personal médico.

Esta situación no se puede pasar por alto ya que como estudiosos del Derecho, sabemos que los Tratados Internacionales protegen los derechos del concebido¹⁶⁹, así como la Constitución Política del Estado.

Sin embargo, el concebido no recibe protección adecuada por la administración de justicia ya sea por la deficiencia legal que existe y aún cuando se tipifique erróneamente, las autoridades tanto fiscales o judiciales no toman conciencia de la magnitud del delito, cayendo muchas veces las causas que se tramitan en archivo, por prescripción de la pena debido al exceso dilación del tiempo o por desconocimiento de la materia sobre negligencia médica.

Es por ello, que el concebido a pesar de ser considerado como sujeto de derecho, no es tomado en cuenta en la legislación penal por lo que se hace necesario adoptar medidas concernientes a esta deficiencia tanto normativa como funcional.

¹⁶⁹ Declaración Universal del Derecho del Concebido, **Principio 2.-** Todo Concebido tiene derecho a que se le reconozca como un individuo de la especie humana y por lo mismo cuenta con todos los derechos humanos reconocidos por la ONU, Organismos Internacionales y las constituciones de los Estados.

El presente ensayo, aborda la problemática legal y práctica de los concebidos como consecuencia de la negligencia médica asumida por los profesionales de la salud, incluidos médicos y obstetras, esclarecer la legislación penal especial para determinar sus alcances, para establecer sus vacíos así como determinar cómo son aplicadas por los operadores de justicia que tienen en sus manos estos casos y que muchas veces incurrir en “negligencia” también al demorar los procesos sobre la materia no siendo sensibles al dolor de la madre ante la pérdida de un ser querido como es su hijo, con tal finalidad de adoptar las medidas correspondiente para una mejor y eficaz aplicación del tipo penal que conlleve al mejoramiento de la justicia en el país

1.1.1.1.3 DESARROLLO DEL ENSAYO

DEFINICION DE CONCEBIDO

Para la definición del concebido, es necesario vincular el concepto con la normatividad existente en la materia es así que empecemos por la jerarquía de leyes, en este caso la Constitución.

La Constitución del 1993 en su artículo 2 inciso 1 señala que toda persona tiene derecho a la vida, a su integridad moral, psíquica y física u a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Los principales derechos constitucionales que corresponden al concebido son : derecho a la vida, a la igualdad ante la ley, a la propiedad y a la herencia, a la igualdad de derechos de los hijos, a la protección de su salud entre otros, Debe recordarse que todos estos derechos son tratados de manera taxativa por la Constitución.

El artículo 1 del Código Civil establece que *“La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”*

Entonces se reconoce al concebido como un sujeto de derecho, al cual se le atribuye situaciones subjetivas, derechos y deberes. Ello, durante el decurso de la gestación, es decir, desde la concepción hasta su nacimiento o hasta el momento de su muerte, ya sea que esta ocurra durante el proceso de gestación o en el instante mismo del hecho biológico del nacimiento.

Reconocer que el concebido es sujeto de derecho, supone afirmar que la vida humana, como ininterrumpido proceso que se despliega en el tiempo, se inicia con la concepción y se extiende hasta el nacimiento o hasta su muerte, ya sea que ocurra durante el proceso de gestación o en el acto del nacimiento. De esta declaración se deriva que el concebido tiene capacidad jurídica genética, natural, inherente a su ser, de gozar, dentro de su situación y sin excepción, de todos sus derechos como ser humano, a pesar que no puede ejercerlos por sí mismo.

Cabe insistir en que el concebido tiene el goce actual no diferido de sus derechos personales, como es el caso del derecho a la vida, así como también el de sus derechos patrimoniales. El concebido tiene capacidad de goce de sus derechos patrimoniales desde el instante en el cual ellos se genera. Así como ocurre en el caso del derecho sucesorio, su adquisición se produce en el momento mismo de la muerte de su progenitor, o tratándose de una donación desde que esta se perfecciona. Queda

claro, de este modo, que el goce de los derechos patrimoniales, en cuanto que el concebido es sujeto de derechos, no se difiere o suspende hasta el momento en que deja de ser tal, o sea, en el del nacimiento. Es precisamente en este instante, en el del nacimiento, que el concebido, como es evidente, deja de ser un nasciturus para convertirse en una “persona natural”. Estamos frente a dos distintas fases del proceso de la vida del ser humano, que por sus peculiares características, merece cada una de ellas un tratamiento normativo diverso. De todo lo expuesto, se desprende que la capacidad de goce del concebido es actual, por lo que ella no queda en suspenso hasta que este nazca como pretende la teoría de la fricción recogida a nivel de la legislación comparada.

Según la doctrina, el Código Civil reconoce cuatro clases de sujetos El concebido, la persona natural que es tal desde su nacimiento, las personas jurídicas y las agrupaciones de personas no inscritas. Distingue entre persona y sujeto de Derecho, ya que según la construcción del Código , sujeto de Derecho puede ser tanto la persona natural como el concebido, como la persona jurídica y las agrupaciones de personas no inscritas.

El ser humano se divide en concebido y persona humana (dos especies de sujeto de Derecho) . El sujeto de Derecho es el género, la persona humana es una especie de sujeto, las otras especies de sujeto son el concebido, las personas jurídicas y las agrupaciones de personas no inscritas.

En la exposición de motivos para la elaboración del Código Civil de 1984 utiliza la expresión sujeto de derecho en vez de persona para designar al concebido. El artículo 1 del Código Civil niega la teoría de la ficción que es de la falsedad, de la irrealidad para reconocer y regular lo que real y efectivamente ocurre en la realidad, Es decir, que el concebido no tiene que esperar a nacer con vida para ser sujeto de derecho, sino que lo es desde el instante mismo de la concepción. En ese entonces, resultó audaz la posición dentro de la legislación comparada porque se le dio un nuevo tratamiento al concebido.

Los comentaristas del Código Civil de 1984 destacan que el Código Civil peruano de 1984, al enunciar que la vida humana comienza con la concepción es el primer cuerpo legal que a nivel de la legislación comparada, considera al concebido como sujeto de derecho. Se abandona, de este modo, antiguas fórmulas carentes de sintonía con la realidad de la vida y con la verdad científica. Nos referimos entre otras a la difundida teoría de la ficción o a la que considera al concebido como integrando el ser de la madre (portio mulieris, vel viscerum). Negándole así autonomía existencial. Ambas posiciones son contrarias a la realidad, científicamente puesta de manifiesto tratándose del ser humano “concebido”.¹⁷⁰

El Código Civil de 1984 respondía no solo a la necesidad de plantear una reforma del C.C. de 1936 sino a las consideraciones de nuevos criterios a base a nuevas realidades socio políticas de nuestro país. En 1979 se había dado una nueva constitución política, que en su primer artículo habla de la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado, así como en su segundo artículo numeral 1 consideraba al que esta por nacer como nacido para todo lo que le favorezca¹⁷¹. Con este antecedente el Código Civil Peruano toma como punto de partida la situación jurídica del concebido.

¹⁷⁰ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. El concebido en la Doctrina y en la Legislación Peruana del Siglo XX. En Bioética y Biojurídica La unidad de la vida, Ed. Jurídicas UNIFE, 2002, 1era edición, Pág. 53.

¹⁷¹ Artículo 2. Toda persona tiene derecho: 1.- A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad. Al que esta por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece.

Pero dicha situación a mi entender debe tener un concepto más bien amplio en el sentido que debe considerarse al concebido como persona por cuanto ya la Constitución de 1993 le da la categoría como sujeto de derecho.

Es así que la Constitución de 1993, establece ya que *“el concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorece”*. Entonces el concebido al considerarse como sujeto de derecho, es centro de imputación de derechos y obligaciones.

La Comisión de Reforma del Código Civil actual han redactado artículos pertinentes al concebido, tratándose de adecuar a la Constitución actual, es así que dentro del Derecho de Personas se establece un rubro para el concebido, estableciéndose en su artículo 1 lo siguiente:

“La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho. Goza de manera actual de todos sus derechos. Los derechos personales se extinguen si el concebido muere. Tratándose de derechos patrimoniales los adquiere el titular original o, en su caso, sus sucesores”.

Se está tratando de personificar al concebido como lo hizo el Código Civil Argentino en su artículo 70, según el cual *“Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento puede adquirir algunos derechos, como si ya hubiese nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieran con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de la madre”*

En ese mismo lineamiento concuerdo con Aníbal Torres ¹⁷² cuando señala que la distinción entre concebido y persona humana es errónea, porque persona humana es todo ser humano desde su concepción hasta su muerte. Desde el momento en que el óvulo es fecundado, principia una nueva vida que no le pertenece ni al padre ni a la madre, sino que es un nuevo ser humano que es tarea que se desarrolla por sí misma; desde ese instante de la concepción tiene una presencia personal por lo que el ordenamiento jurídico le reconoce los derechos que le son inherentes y los relacionados con su proceso de desarrollo.

El derecho Romano considera también al concebido como sujeto de derecho, pero partiendo de la premisa que la subjetividad jurídica no puede subsistir separadamente del nacimiento. En efecto, las relaciones jurídicas de las que es titular el concebido se encuentran en estado de pendencia, o sea de incerteza sobre si nacerá o no con vida. Pero la pendencia no está privada de consecuencias jurídicas, porque los derechos adquiridos por el sujeto con el nacimiento son aquellos que tienen su origen (si bien todavía con meras expectativa) desde el tiempo de la concepción, por ello se ha previsto que se tutele la expectativa del que está por nacer, El concebido de acuerdo con la noción de ciudadano romano nace libre y tiene el status de civis, aun cuando la madre al momento del nacimiento haya perdido la condición de mujer libre o de ciudadana.

La doctrina del derecho Romano pervive todavía, con algunas diferencias, en aquellas legislaciones que distinguen ente concebido y persona humana, como sucede con nuestro Código Civil que distingue entre concebido y persona humana. Para nuestro ordenamiento civil, el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, pero la atribución de derechos patrimoniales está sujeto a la conducción resolutoria de que nazca vivo.

¹⁷² TORRES VASQUEZ Aníbal, Código Civil, sexta edición, Ed. Themis, Idemsa, 2002, Lima Perú, pág 40.

El Código de los Niños y Adolescentes (Ley N°27337) no distingue entre concebido y persona humana, pues considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta los 12 años, confiriéndole la calidad de sujeto de derecho y le reconoce su capacidad jurídica para ser titular, además de los derechos inherentes a la persona humana, de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Si bien es cierto que, desde el punto de vista natural, el concebido es un ser enclaustrado que esta en formación y que biológicamente depende de su madre para poder subsistir, también es verdad que desde la perspectiva de lo jurídico el concebido (persona por nacer) es un centro de imputación jurídica del mismo modo que lo es la persona nacida y esto se debe a que la vida humana es la misma antes y después del nacimiento. De otra parte el ser humano tiene una estructura, al mismo tiempo, individual y social por lo que todo sujeto de derecho esta referido siempre al ser humano, como único centro de imputaciones jurídicas, considerado individualmente o agrupado con sus semejantes formando personas jurídicas o agrupaciones de personas no inscrita.

Es así, que la legislación interna, toma con especial relevancia al concebido-niño, como sujeto de derecho-persona desde la época de su concepción.

A ello se suma, pues que el Gobierno haya declarado el 25 de marzo de cada año como “Día del Niño por Nacer”.¹⁷³

EL DERECHO DEL CONCEBIDO EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

La Convención sobre los Derechos del Niño, del cual nuestro País es parte, establece en su artículo 1° *Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”.

Sin lugar a dudas este es el artículo más controvertido de la Convención.

Señala que se entiende por niño a todo ser humano, menor de 18 años de edad. El cuestionamiento surge desde que momento protege la Convención al niño, desde el momento de su concepción o desde el momento de su nacimiento

Este problema surgió por el enfrentamiento entre los Estados que protegen al ser humano desde el momento de su concepción y aquellos que en sus legislaciones protegen al ser humano solo desde el momento de su nacimiento, con las previsibles conveniencias que en uno u otro caso se da, en términos generales, en relación con el problema del aborto.

Para un mejor entendimiento, este artículo debe ser concordado con el séptimo párrafo del preámbulo que señala:

“El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

En la segunda lectura del Grupo de Trabajo los delegados de Italia, Venezuela, Senegal, Kuwait, Argentina Austria Colombia y Egipto mantuvieron el principio que la protección al ser humano debería ser desde el momento de su concepción apoyándose en la “Declaración Universal de los

¹⁷³ Ley N° 27654, promulgada el 23 de enero del 2002.

Derechos del Niño” el cual reconoce la protección al ser humano tanto antes como después de su nacimiento.

Declararon que “Todos los sistemas jurídicos nacionales ofrecían protección al niño antes de su nacimiento y el proyecto de la Convención no debía ignorar este hecho”.

El Representante de Italia señaló con arreglo a “La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratado”, que la protección a la vida antes del nacimiento era una norma de jus cogens. Puesto que formaba parte de la conciencia común de los miembros de la comunidad internacional.¹⁷⁴

El preámbulo asimismo señala *“la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos de niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular en los artículos 23 y 24) en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”*

Posición con la cual estoy de acuerdo pues el preámbulo de cualquier instrumento jurídico establece las condiciones generales que motivan la adopción del texto; y esa suerte de exposición de motivos enmarcados en el preámbulo determina las pautas fundamentales que dan razón al texto expositivo, el cual debe estar en concordancia con lo establecido en el preámbulo que resume los principios fundamentales de la Convención,

Soy de la opinión que no hay derecho humano defendible, si no se comienza por la defensa del derecho a la vida y la vida existe desde el momento de la concepción.

Como conclusión sostengo que la Convención si reconoce el derecho a la protección al no nacido.

La declaración de los Derechos Humanos del Concebido ¹⁷⁵, establece los derechos del concebido de la siguiente manera:

Principio 1.- Todo Concebido, varón o mujer, discapacitado o no, disfrutará de los derechos enunciados en esta declaración.

Principio 2.- Todo Concebido tiene derecho a que se le reconozca como un individuo de la especie humana y por lo mismo cuenta con todos los derechos humanos reconocidos por la ONU, Organismos Internacionales y las constituciones de los Estados.

Principio 3.- Todo Concebido, tiene derecho a que se le reconozca su individualidad, en tanto que su código genético propio es único e irrepetible y por lo mismo diferente al de sus progenitores.

¹⁷⁴ VALENCIA COROMINAS JORGE, Derechos Humanos del Niño, Instituto Peruano de Derechos Humanos, Primera edición, octubre 1990, Lima-Perú, Pág. 124/125.

¹⁷⁵ Firmada el 28 de agosto del 2007

Principio 4.- Todo Concebido tiene derecho a que se reconozca y respete en él, el valor supremo de la vida, desde el momento de la concepción hasta su muerte natural y por lo mismo deberá ser respetado y cuidado este derecho a lo largo de todo su proceso de vida en el seno materno y una vez nacido, fuera de él.

Declaración Universal de Derechos Humanos artículo 3 establece *“Todo individuo tiene derecho a a vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) artículo 4 inciso 1, establece toda persona derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. Artículo concordado con el artículo 1 inciso 2 de la misma convención que establece *“para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”*.

En relación a las codificaciones civiles de diversos países se señalan los siguientes:

El Código Civil colombiano establece en su artículo 74 que *“son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sea su edad, sexo, estiro o condición”*¹⁷⁶.

Entonces no hace distinción entre el naciturus y el ser humano nacido vivo y viable.

Fernando Vélez critica positivamente la definición legal del artículo 74 del CC colombiano al decir que todo individuo de la especie humana por el solo hecho de serlo, es persona, sin ningún otro requisito, es decir que el código concede personalidad jurídica a todos, proscribiendo la diferencia que en la antigüedad se hacía entre hombres y personas, en desarrollo del principio constitucional de igualdad ante la ley”.¹⁷⁷

En el libro de Personas del Código Civil francés nada se dice sobre el comienzo de la vida del ser humano. Sin embargo, el artículo 725 indica que: *“Para suceder, hay que existir necesariamente en el instante de la apertura de la sucesión.*

Así son incapaces de suceder: 1º El que no esté todavía concebido; 2º la criatura que no hace viable,

El Código Civil alemán señala en su artículo 1 que: *“la capacidad jurídica de las personas (mejor dicho su aptitud para tener derechos) empieza con la consumación del nacimiento”*. En el artículo 1923 indica que: *“solo puede ser heredero quien viva al tiempo de la muerte del causante.*

Quien aún viva al tiempo de la muerte del causante, pero estuviese ya concebido, vale como nacido antes de la muerte del causante.

El artículo 29 del Código Civil español determina que *“El nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”*. El artículo 30 dice: *“Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviese figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”*. El artículo 627 señala: *“las donaciones hechas a los concebidos y*

¹⁷⁶ Código Civil, edición actualizada, 2009, Editorial Unión, Colombia

¹⁷⁷ VELEZ Fernando, Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano” Tomo I, Volumen II, edit. Lex Ltda.. 1981 Pág. 677 y 678.

no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiese verificado ya su nacimiento”.

El Código Civil italiano dispone en su artículo 1 que: “La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento. Los derechos que la ley reconoce a favor del concebido se subordinan al evento de su nacimiento..”

Como puede verse existe diferencia entre los Códigos Civiles francés e italiano, de una parte, y de la otra, los Códigos Alemán y español. Para aquellos, los seres humanos son aptos para adquirir derechos desde sus nacimiento. Estos, por otro lado, exigen el requisito de viabilidad, o sea que después del nacimiento el nacido de pruebas de capacidad para seguir viviendo; el Código español fija para ello el plazo de veinticuatro horas y añade además que tenga “figura humana”.

El Código Civil argentino de 1869, vigente desde 1871 contiene una posición diferente, sustancialmente innovadora frente a los Códigos antes mencionados respecto del concebido. Por obra de su autor, Dalmacio Velez Sarsfield que, en este y otros aspectos, recogió inspiración en el proyecto del brasileño Texeira de Freitas, distingue tres clases de sujetos de derechos: Las personas de existencia ideal (personas jurídicas), las de existencia visible (personas naturales) y las personas por nacer (concebidos). Esta última referencia, la de los concebidos, es la que constituye importante novedad u avance. No se trata pues de seguir considerando al nascituro, como “*portio mulieris vel viscera*”, porción o parte de la madre, como de un modo u otro, había sido reputado por los demás códigos sino de sostener que es un ser diferente, con entidad propia.

Lo dice el artículo 63 del Código argentino: “*Son personas por nacer las que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno*”; pero lo dice de manera más clara y terminante la nota que el autor del código incluye a continuación del artículo : “*Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fueran personas futuras no habría sujeto que representar...*”

El artículo 70 añade texto importante, en el que se concede ya derechos del concebido: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si hubiese nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieran con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”¹⁷⁸

Para después concordarlo con el artículo 22 del Código de Austria, dice” los hijos que aun no han nacido, tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero”. Lo mismo el Código de Luisiana, artículo 29 y el de Prusia 1º parte título 1, art. 10. Pero el Código de Chile en su artículo 74 dice “ Que la existencia legal de toda persona principia al nacer”; pero si los que aun no han nacido no son personas ¿porqué las leyes penales castigan el aborto premeditado? ¿ Porqué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada?. En el derecho Romano había acciones sobre este punto.

¹⁷⁸ Código Civil de la República de Argentina, Abeledo Perrot, 7ma edición, 2009.

Asimismo, la Ley Argentina N° 13.298 “De la Promoción y Protección Integral de los Derechos de Los niños” promulgada el 14 de enero del 2005, señala en su título I, artículo 2 lo siguiente “*Quedan comprendidas en esta Ley las personas desde su concepción hasta alcanzar los 18 años de edad, conforme lo determina la Convención sobre los Derechos del Niño*. Cuando se menciona a los niños quedan comprendidos, en todos los casos, las niñas, las adolescentes y los adolescentes.”¹⁷⁹

De ello se deriva que legisladores argentinos conceptualicen al concebido como persona, así lo manifiesta Spota cuando señala “Lo decisivo en cambio, radica en establecer que para nuestro sistema de derecho positivo es persona el concebido o sea tiene existencia desde la concepción en el seno materno, en cuanto a partir de ese momento tiene capacidad jurídica, es decir, aptitud para la titularidad de algunos derechos, que se adquirieren irrevocablemente si nacen con vida o se resuelven si tal nacimiento no se produce, en cuyo supuesto se considera como si nunca hubiera existido.”¹⁸⁰ Lo mismo piensan Llambías¹⁸¹ “no hay manera de aceptar la discriminación pretendida entre vida humana y persona humana, puesto que no hay otro modo de ser hombre sino invistiendo el carácter de persona humana que nos comunica la infusión del alma que Santo Tomás define como el principio primero por el cual vivimos, sentimos, nos movemos y entendemos”, para concluir expresando que “si el hombre es el compuesto de alma y cuerpo, no se advierte que clase de vida humana puede haber que no sea presidida por el alma”.

Borda por su parte anota que es lógico que la personalidad jurídica del hombre “comienza desde que se inicia la vida misma, es decir, desde la concepción” para concluir que “vida humana y persona son conceptos inseparables”.¹⁸²

En ese sentido las normas argentinas tienen el mérito de estimar al concebido como un ser existente y no futuro.

Como vemos, existe una diferencia sustancial formal entre el Código Civil Argentino y peruano.

Ella consiste en que el primero de dichos códigos considera al concebido como persona por nacer, cuya existencia comienza con la concepción. Es decir, asimila al nascituro a la condición jurídica de persona, pese a que, siendo un ser humano, aún no ha nacido. El Código Civil de Perú en cambio, concede al concebido la categoría de sujeto de derecho sin designarlo formalmente como persona en la doctrina peruana.

Veremos, ahora en qué situación se encuentra el concebido en materia penal, como es que la legislación penal lo protege, los legisladores han pensado en una protección restringida o amplia? .

POSICIONES LEGALES EN RELACION A LAS FIGURAS DEL ABORTO Y HOMICIDIO CULPOSO Y SUS LIMITES.

¹⁷⁹ Legislación de la Familia y de los menores, ediciones del País, enero 2009, 16 ava edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

¹⁸⁰ G.SPOTA, Alberto “Tratado de Derecho Civil”. Tomo I. Parte General. Vol 3. Ediciones Desalma, 1968, Pág. 49.

¹⁸¹ LLAMBIAS, Jorge Joaquín “Tratado de Derecho Civil”. Parte General I. Editorial Parrot, 1991. Pág. 251.

¹⁸² BORDA. Manual de Derecho Civil, Tomo I, 8ª edición, Buenos Aires, Pág. 144.

Definiremos primero en qué consiste el aborto, en la doctrina existe consensus en señalar que la expresión aborto deriva del latín abortus la misma que se entiende como Ab,mal y Ortus ,nacimiento; es decir mal nacimiento o nacimiento malogrado.

Biológica y jurídicamente hablando el delito de aborto pone en peligro o lesiona la vida humana en formación más no a la persona natural. Afecta a la vida en formación o lo que afirman algunos entendidos, lesiona una esperanza de vida que puede llegar a ser una persona humana.

Se conceptúa el aborto como el aniquilamiento del producto de la gestación hasta antes que comience el parto, ya se provocando su expulsión violenta o por su destrucción en el mismo vientre de la gestante.

En el caso del Homicidio Culposo, el primer dato a saber, es que se haya producido la muerte de una persona, segundo dato es que el resultado fatal haya obedecido a una conducta negligente del autor, y tercer dato, es que dicha negligencia haya sobrepasado el riesgo permitido, cuarto dato, es examinar si efectivamente dicho resultado es la consecuencia directa de la conducta infractora del autor.¹⁸³

El delito de Aborto y homicidio en nuestra normativa penal se encuentran ubicados en el Capítulo II de los “Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud” título que se encuentra compuesto además por el delito de lesiones, en ella las lesiones al concebido. La ubicación del delito de aborto es preferencial, encontrándose luego de la regulación del Homicidio y antes de la regulación de las lesiones. Si bien desde el punto de vista lógico y de protección gradual de la vida humana la descripción de los delitos de esta sección debería comenzar con el delito de aborto, el legislador peruano ha creído conveniente hacerlo por razones de tradición legislativa con el delito de homicidio.

Ahora, el fundamento de su distinta punición, es que en el derecho penal la vida humana está protegida en sus diversas etapas de desarrollo, ya sea en el intervalo de su formación biológica (aborto) o ya en el paso de su plena constitución biológica (homicidio). NO obstante si se comprara de modo elemental las penalidades que el legislador asigna a las figuras tanto del homicidio y del aborto resulta fácil darse cuenta que la primera recibe mayor sanción.

Justificando dicha diferencia de penalidades se plantea la apelación a una antigua valoración social y normativa de vida según el diferente grado de desarrollo que esta alcance: mientras el homicidio se trata de una vida formada o plenamente constituida que se refleja en el hecho del nacimiento, ya sea a través de un parto natural o una cesárea, ya que puede desarrollar algunas elementales funciones de modo autónomo a la madre; en el aborto se trata de una vida dependiente que no ha completado su desarrollo orgánico –funcional que le permita y garantice realizar una vida autónoma. La realidad social postula un incremento en la valoración de la vida en la medida que avanza su desarrollo. Además que ella no es un fenómeno estático al que sea posible atribuir un valor único o invariable.¹⁸⁴

¹⁸³ PENA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, Derecho Penal Parte Especial Tomo I, Idemsa, Lima Perú, noviembre 2008, pag. 245.

¹⁸⁴ CASTILLO ALVA, José. El delito de aborto. Ara Editores, 2005, Perú, pág 19.

La intensificación y reforzamiento de la protección jurídico penal conforme avance el desarrollo de la vida, y que tiene jurídico penalmente su momento más importante en el parto, no implica la renuncia de la protección a tramos anteriores del desarrollo de la vida humana.

El criterio mayoritario en la doctrina remarca la mayor protección penal del homicidio en el salto cualitativo determinado por el parto de la mujer y que explica una distinta valoración social del ser humano, dado que allí empieza un proceso de integración a la comunidad. Se señala que mientras el homicidio y asesinato se tratan de manera similar existiendo ligeras variaciones en cuanto a las circunstancias atenuantes y eximente; en la protección jurídico penal a la vida prenatal hay una amplia gama de discrepancias en cuanto al grado de tutela penal y a los mecanismos procesales y de otra índole complementaria a penal.¹⁸⁵

En el desarrollo de las ideas jurídicas y sociales tres han sido las posturas que se han asumido respecto a la relación entre el concebido y la persona, situación que repercute en la relación que puede plantearse entre el aborto y el homicidio.

Una primera postura aboga por una diferenciación y separación total del concebido y la persona; por la cual el concebido es degradado a una simple cosa (res) a una parte de las vísceras. No se lo comprende como un sujeto de derecho, sino como un objeto de derecho frente a que hay plena disponibilidad por equipararse a cualquier otra parte del cuerpo. Aquí el delito de aborto no tendría mayor sentido.

El segundo criterio, sugiere la plena y absoluta igualdad del concebido (vida humana prenatal) y la persona (vida humana autónoma), dado que el primero sería portador de una dignidad y valor, idéntica a la persona nacida. De un objeto de derecho pasa a ser un sujeto de derecho: de tal manera que constituye un bien jurídico de naturaleza indisponible.

Un tercer criterio postula la diferenciación parcial entre el concebido (sujeto pasivo del delito de aborto) y la persona (sujeto pasivo del delito de homicidio) en base a la distinta valoración social de las etapas de desarrollo de la vida humana; y en especial de dos: la vida prenatal y la vida posnatal. El concebido posee la calidad de sujeto de derecho y no debe ser instrumentalizado ni se debe atentar contra su vida, independientemente de si la madre consiente o no dicho acto. No es que el concebido tenga menos dignidad que el ser humano después del nacimiento; muy por el contrario posee igual dignidad, dado que un hecho biológico no puede significar la aparición de una distinta y originaria valoración de la vida humana.

Si la dignidad es consusancial a la existencia de la vida humana, dicha dignidad no puede abarcar solo uno de sus tramos (durante o después del parto) sino que debe ampliarse su protección a antes del mismo, pues el derecho fundamental a la vida que abarca a los nacidos implica como presupuesto a su posterior ejercicio la protección de la vida de quien más adelante será titular¹⁸⁶ o en palabras del Tribunal Constitucional español *“Si la Constitución protege la vida... no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no solo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es un momento del desarrollo de la vida misma”*.

¹⁸⁵ ESER, Albin, Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho Comparado; en temas de Derecho Penal y Procesal penal; lima Ideosa pag 1998.

¹⁸⁶ ROMERO CASABONA, Carlos. El derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, pág 87.

Por ello la regulación constitucional peruana establece un sentido amplio de protección al concebido.¹⁸⁷

Ahora , la doctrina penal mayoritaria sostiene que el bien jurídico protegido en del delito de aborto es la de la vida humana, asimismo la Jurisprudencia lo reconoce de tal forma.¹⁸⁸

Sin embargo la afirmación respecto a que el bien jurídico protegido en el delito de aborto es la vida humana si bien es cierto no es inexacta, es incompleta y tiene una imprecisión que puede conducir a graves equívocos en la medida que también en el homicidio se protege la vida.

Por ello es que la doctrina buscando una mayor precisión se encarga de señalar que el aborto se protege la vida humana dependiente o en desarrollo o en formación.

Pero el criterio que considera como bien jurídico protegido en el aborto a la vida humana dependiente no se encuentra libre de reparos y objeciones.

Una de ellas destaca la posibilidad de entender la dependencia de un sentido funcional, hecho que llevaría no solo a limitar la protección de la vida prenatal en el aborto, sino a extender el ámbito de la tutela jurídica a un largo periodo de tiempo posterior al nacimiento, en el que el recién nacido también se encuentra en una situación de dependencia respecto de la madre o los médicos.

El hecho que el ser humano no pueda desarrollar por su cuenta algunas necesidades de corte biológico básicas lo hace sin duda alguna dependiente de la madre. Asimismo, se ha de valorar de modo conveniente el dato, que se obtiene del análisis de nuestro derecho positivo, por el que la referencia de la vida humana dependiente como objeto de tutela en el aborto no explica de manera satisfactoria y convincente el porqué se considera homicidio y no aborto al acto de matar a quien todavía no ha nacido y por lo tanto, se encuentra en una situación de dependencia, siempre eso si que hayan comenzado los dolores de parto y las contracciones intrauterinas en la madre gestante.

Al respecto, hay diversas posiciones de diversos autores que discrepan sobre cuando estamos ante un homicidio o ante un aborto Cual es el límite que uno debe de orientarse para poder resolver un caso en concreto.

Asi pues se ha dicho “... En lo atinente al sujeto pasivo del delito, la doctrina ha discutido sobre a partir de cuándo es que se puede decir que existe un ser humano, lo que es importante para determinar si se está ante un homicidio o ante un aborto. Al respecto existen varios criterios.

¹⁸⁷ Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 1) A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

¹⁸⁸ Exp. N° 5821-97 del 26.02.98 por la sala de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima cuando declaró que “En esta clase de delitos (aborto) se protege la vida humana dependiente, esto es, la vida del embrión o feto, teniendo en cuenta que nuestra Constitución Política consagra en su artículo segundo inciso primero a la vida humana como derecho fundamental de la persona y se establece que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorezca”. ROJAS VARGAS Fidel y INFANTES VARGAS Alberto. En Código Penal, Diez años de Jurisprudencia sistematizada, Lima, Ideosa, 2001, Pág. 199.

Unos indican que es homicidio, y no aborto, la muerte de la criatura durante el nacimiento, sea cuando comienzan los dolores del parto; se inicia el procedimiento artificial para inducirlo, o se extrae quirúrgicamente al niño.

Maggiore dice que el feto que nace ya no es feto, sino hombre y persona. Al respecto indica que la expresión feticidio ha sido sacada de Carrara, pero este la uso en su verdadero sentido, es decir como sinónimo de aborto (definió como feticidio la muerte dolosa del feto en el útero, o su expulsión violenta del seno materno, de la cual se sigue la muerte del feto).

Así Fontan Palestra señala que “el nacimiento comienza, en el parto natural y en el provocado, cuando se manifiestan las primeras contracciones espontáneas del trabajo de parto, y en la cesárea cuando comienza a ser extraída la criatura”.

Agrega que es “necesario que la criatura haya sido separada del seno materno, pues ese es precisamente el periodo comprendido por expresión durante el nacimiento” no es preciso que haya en tenido vida independiente, puesto que el infanticidio puede cometerse desde que comienza el nacimiento y mientras este dura, y en esos momentos el ser no tiene vida independiente...”¹⁸⁹

Soler sostiene que durante el nacimiento quiere decir desde el comienzo de los dolores de parto hasta el momento de la completa separación” y agrega que ése es el criterio que se impone en nuestra ley para separar el aborto del homicidio y de las figuras dependientes de este último.¹⁹⁰

El inicio del nacimiento principia con las contracciones expulsivas, y en los casos en que el alumbramiento no se produce espontáneamente por las contracciones del útero, como cuando se recurre a la cesárea, por ejemplo, el comienzo del suceso está marcado por el inicio de la operación, es decir, por la práctica de la incisión en el abdomen, no siendo necesario aguardar hasta la apertura quirúrgica del útero. Asimismo, en los supuestos en que las contracciones expulsivas son inducidas por algunas de las técnicas médicas al respecto, el comienzo del nacimiento será el de la ejecución de la técnica concreta de inducción.¹⁹¹

Otros autores fijan también ese hecho desde el comienzo de los dolores o desde el proceso del parto hasta el momento de la completa separación, o bien desde el proceso del parto, incluyendo a aquel sin dolor o artificial. ¹⁹²

Carlos Creus dice “ La cuestión es saber cuando esta ocurriendo el nacimiento para que podamos hablar de homicidio. No han faltado tesis que se apoyan en algunos criterios civilistas, las cuales afirman que ese delito solo se da cuando ocurre la completa separación del nacido del cuerpo de la madre, inclusive con el corte del cordón umbilical: pero se olvida que el artículo 81 inc 2, no requiere que se mate al ya nacido, sino que basta que se mate al sujeto durante el nacimiento, por lo cual la mayor parte de la doctrina ha considerado que el nacimiento, como momento a partir del cual estaremos en presencia de un homicidio, se da con el “comienzo del parto” (Varela) lo que puede

¹⁸⁹ FONTAN BALESTRA Carlos, Tratado de Derecho Penal, Pág. 479

¹⁹⁰ SOLER Sebastián, Derecho Penal III, Pág. 91.

¹⁹¹ BACIGALUPO, Enrique. Los delitos de Homicidio. Monografías Jurídicas. Editorial Temis. Bogotá. Colombia, 199. Reimpresión, pp. 6 y 7

¹⁹² VARELA, Bernardo C.. Homicidio Simple. Buenos aires. Lerner 1968, página 19

ocurrir con los primeros dolores que indican el comienzo del parto natural o cuando esos dolores faltan con el inicio del procedimiento de provocación artificial o de extracción quirúrgica del feto.¹⁹³

Desde ese lineamiento se concluye que las acciones ejercidas contra el feto durante el proceso del parto constituyen Homicidio y las acciones ejercidas contra el feto, con anterioridad a ese proceso, constituyen aborto, en ambas situaciones estaremos frente a una persona, protegida constitucional y legalmente.

Esta posición es dominante en Argentina

Una segunda posición exige para la existencia de homicidio la total separación del claustro materno evidenciada por el corte del cordón umbilical.

Una tercera señala que lo decisivo es que la criatura haya salido totalmente del claustro materno, independientemente de que se haya cortado el cordón umbilical ... El bien jurídico protegido en los delitos de aborto es la vida del producto de la concepción. La protección a través del delito de aborto se extiende desde la concepción hasta la expulsión del seno materno, a partir de este último momento la protección es por medio del delito de homicidio.

Desde nuestra posición, de que los delitos de homicidio han de regir su incidencia normativa, desde el inicio del parto, ha de sujetarse tanto en los partos naturales como los partos inducidos (cesárea). Así, Granados Pérez, al sostener que en los casos en que el nacimiento no se produce espontáneamente por las contracciones del útero, como sucede cuando se recurre a la cesárea, el comienzo del nacimiento viene delimitado por el inicio de la operación, es decir, por la práctica de la incisión en el abdomen (no es necesario aguardar hasta la apertura quirúrgica del útero).¹⁹⁴

La postura adoptada se sujeta plenamente a las precisiones legales de lege lata y a la orientación teleológica de la ley fundamental. Entonces siendo ello así se debe de entender que el ámbito de protección de los delitos de homicidio han de regir cuando se inicia el parto, y no después, de no ser así, no podría explicarse con corrección la conducta asumida por el galeno que está asistiendo a la gestante y producto de su imprudencia el nasciturus muere, pero de forma en realidad inexplicable, este último no es susceptible de sanción alguna, pues el aborto culposo no es una figura que se encuentre tipificado en el Código Penal. Resulta también un avance más adecuado de acuerdo al avance de la ciencia médica (médico-normativo)

Peña Cabrera señala que la incidencia normativa de los delitos de homicidio, toma lugar con el nacimiento hasta la muerte, pero el nacimiento no puede ser percibido como un hecho puramente natural y/o biológico tomando en cuenta las técnicas médicas de inducción al parto. En este sentido, se entiende por parto: al proceso que conduce la expulsión del feto y que se anuncia con las

contracciones uterinas que conllevan a los dolores de parto; resultando por tanto, indiferente el hecho de que se produzca de manera natural o artificial asimismo antes o después de tiempo.¹⁹⁵

¹⁹³ CREUS Carlos, Derecho Penal, Parte Especial. Tomo I, Aestres editores, 3 edición actualizada, Pág. 10.

¹⁹⁴ GRANADOS PEREZ c. El Objeto material en los delitos contra la persona. Pag. 250.

¹⁹⁵ PEÑA CABRERA Raúl. Los delitos contra la Vida, el Cuerpo y la salud. Editorial San Marcos, Lima, 1997 P. 59.

Hurtado Pozo señala lo siguiente “con más precisión en esta norma se señala que la acción homicida debe tener lugar “durante el parto”, este periodo intermedio comienza normalmente con las contracciones del útero que involuntarias y rítmicas, al inicio se hacen más vigorosas, insistentes y frecuentes hasta la expulsión del nuevo ser. Son estas contracciones espontáneas o artificialmente las que producen los dolores del parto. Se admite en doctrina que a partir los primeros dolores de parto e nuevo ser puede ser víctima del delito de homicidio. NO es necesario pues, que parte del nuevo ser haya comenzado a salir al mundo exterior que su nacimiento sea completo. Dos factores han sido decisivos para la adopción de este criterio, primero la naturaleza altamente peligrosa de la etapa del nacimiento para el nuevo ser y segundo, la falta de protección mediante las disposiciones referentes al aborto en relación a los daños culposos que pueden ser causados al nuevo ser, precisamente durante el desarrollo del parto.¹⁹⁶

Roy Freyre señalaba que se puede ser sujeto pasivo del delito de homicidio cuando ya el ser humano tiene una existencia visible, esto es desde el instante en que ha nacido (abandono total del vientre materno aún cuando subsistiere el cordón umbilical e inclusive desde que esta naciendo (emergente al mundo uterino)¹⁹⁷

Por otro lado, se afirma en la doctrina, la tesis de la existencia o no de respiración pulmonar autónoma, pues ésta es la que comporta el comienzo de la vida propia y la independencia del individuo como miembro de su especie. Con ello, podría producirse una laguna legal: la muerte producida durante el parto (piénsese en la verificada dolosa o imprudentemente por el medico o la comadrona que asiste) encaja muy difícilmente en el aborto.¹⁹⁸

Cuando ya hay una vida por nacer (proceso del parto), cuando se exteriorizan ciertos indicios de viabilidad de vida humana la de forma independiente, cabe encuadrar en estos casos, los supuestos de hecho que puedan provocar la extinción de dicha vida, en los tipos penales de homicidio (doloso o culposo) , y no encuadrarlos tipos penales de aborto, de acuerdo a una perspectiva que se encaja en la ratio de las propias normas que se desprenden del texto punitivo, que hay de con decirlas con la función tuitiva que ha desplegar el Derecho Penal en este ámbito de la criminalidad. Lo dicho está al margen de la protección que ostenta el feto, mediando el tipo penal de lesiones que fuese incluido en virtud de la ley N° 27716 del 08 de mayo de 2002.

La postura de condicionar los delitos de homicidio a la apariencia de la respiración pulmonar autónoma, propicia algunas lagunas evidentes de impunidad, pues como es sabido el injusto del aborto solo resulta punible en su variante dolosa, la culposa no se encuentra específicamente normada, y si la muerte del concebido se produce durante el parto, como consecuencia de una actuación negligente (lesión del deber de cuidado que genera un riesgo no permitido) del galeno, la conducta no podría ser reconducida a ningún tipo penal, lo cual quedaría impune su actuar, tampoco cuando se pretende fijar la delimitación con la separación total del concebido del claustro materno, o cuando se corta el cordón umbilical. Las posiciones que se limitan a exigir la plena independencia o

¹⁹⁶ HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal. Parte especial I, Homicidio y Aborto. Lima, 1982, pag 23.citando al autor Wessels Johannes. Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlich-keits und Gemeinschaftswerte. Karl-Heilfelberg.

¹⁹⁷ ROY FREYRE, L. Derecho Penal Parte Especial, pag 70

¹⁹⁸ CARBONELL MATEU. J.C. Homicidio y sus formas cit, pag. 48

autonomía, cualquiera que sea la forma en que esta se manifieste, resultan demasiados imprecisas en cuanto dejan sin la debida concreción el momento a partir del cual se produce esa autonomía.¹⁹⁹

Entonces vemos, que las posiciones sobre el comienzo de la vida para los efectos de los delitos de homicidio son dispares, En posiciones extremas, con la anidación en la cavidad uterina, con la formación de centros vitales del futuro ser autónomo, cuando el feto adquiere viabilidad. En posiciones mas reductivas, con el comienzo del parto, durante el parto, con la aparición de la cabeza del nasciturus, con la primera bocanada de aire ingresado a los pulmones, con el abandono total del vientre materno (ya sea por cesárea o parto normal).

De todas ellas han merecido consenso de las legislaciones comparadas y la comunidad científica dos de ellas, la primera, señala que la vida, objeto de tutela por los tipos penales de homicidio, comienza con el parto (en cualquiera de sus fases, que puede alcanzar en su límite máximo el alumbramiento, intermedio con la expulsión, o en su límite mínimo con las primeras contracciones); una segunda posición, sostiene que la vida autónoma separada ya de la madre (alumbramiento total) la que da cuenta de la vida con interés para el delito de homicidio.

Ambos criterios abonan como es fácil inferir un amplio terreno para el contenido del aborto.

En el Perú, destacan las tesis de Roy Freyre (de la autonomía) y Hurtado Pozo (de las contracciones del parto).

En el tema del parto por cesárea, son igualmente dos las posiciones ensayadas; comienza con la vida, para efectos del homicidio, con el corte quirúrgico del abdomen tendiente a sacar el producto final o viable de la concepción; en segunda posición, minoritaria, la vida objeto de protección con los delitos de homicidio se inicia con el corte del útero (Claus Roxin) mas reductivamente, del saco amniótico que envuelve y protege el nasciturus.²⁰⁰

En numerosas ejecutorias Supremas que constituyen ya jurisprudencia de fuerza ilustrativa vinculante, la Corte Suprema se ha encargado de indicar que en todo delito culposo debe ser acreditado el nexo o relación causal entre el resultado cometido u omitido y el comportamiento del sujeto activo, que permita se le impute objetivamente la muerte de la victima. Relación causal que posibilita apreciar la acción directa del causante, que en contextos de negligencia, imprudencia o impericia va a desencadenar consecuencias lesivas no asumidas en su voluntad o dirección de los acontecimientos.

De modo que el delito culposo de homicidio, va a suponer : a) la existencia de acciones peligrosas dirigidas a una determinada finalidad no prohibida legalmente, o permitidas bajo estándares de cuidado que el agente tiene que observar; b) la violación o el quebrantamiento de deberes de cuidado a los que se halla obligado toda persona diligente más aún si son activados cursos causales que pueden resultar peligrosos; c) la previsibilidad que debe estar inmersa en las funciones mentales de naturaleza cognoscitiva (del agente) acerca del peligro de dicho comportamiento para el bien jurídico vida, en un contexto de violación o inobservancia de deberes objetivos de cuidado.

¹⁹⁹ CABRERA FREYRE,Alonso Raúl. Derecho Penal, Parte especial, Tomo I, ideosa Lima , pág 48.

²⁰⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. El delito, preparación, tentativa y consumación. Idemsa, Lima-Perú, 1era edición, agosto 2009, pag 560.

Con relación a los homicidios culposos en negligencias médicas hay que destacar la siguiente jurisprudencia:

El delito de homicidio por negligencia requiere que la posibilidad y muerte del agraviado, haya sido advertida y prevista por los procesados de acuerdo a sus conocimientos como profesionales médicos (Ejecutoria Superior Corte Superior de Justicia de Lima, del 20/8/1997, Exp. N° 253-97)

Constituye acto de negligencia médica reprochable penalmente, el que la obstetriz no haya intervenido a tiempo a la parturienta para inducir un alumbramiento sin riesgo para la madre e hija, haciéndola esperar un considerable lapso de tiempo que conllevo a la muerte del recién nacido. (Ejecutoria Superior Corte Superior de Justicia de Lima, del 11/09/98 Exp. N° 1682-98).

Que, precisamente estas conclusiones enervan la declaración del inculpado, no habiendo tenido el cuidado suficiente como así se lo exige la ética de médico para propender al florecimiento de una vida, permitiendo que muera, por negligencia, no tomando las precauciones que el caso requería, de encender el motor entre ellos, para el funcionamiento del grupo electrógeno y contar así con los implementos necesarios para atender ese caso de emergencia, y que el medico debe estar preparado para el mismo, ya que estas pueden presentarse en cualquier momento; que el responsable no es el personal obstétrico, sino el galeno, produciéndose el desenlace final solo y únicamente por descuido del inculpado. (Exp. N° 98-054-Huari, Sent. 31 may, 1999 en Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia, N° 4, Lima, 2000, pág 72)

Entonces ya existe jurisprudencia al respecto sobre negligencia médica en el sentido que, la muerte del concebido al nacer constituye delito de Homicidio por negligencia, solo falta pues que los operadores de justicia orienten su labor interpretativa y seguir los lineamientos tendientes a la sanción de los médicos negligentes al momento del parto y que su actuar no quede impune, confundiéndolo con lesiones graves culposas solo a la madre.

Lo que falta es que se realice un análisis de las figuras delictivas en plenos jurisdiccionales que acuerden jurisprudencias vinculantes tal como se hizo en el caso de la problemática de interpretación del artículo 173 relativo al delito de violación sexual de menores de edad.

Un problema que de igual envergadura se suscitó en nuestra legislación que a la fecha ha sido superado no por la ley penal sino por el Poder Judicial a través de sus plenos jurisdiccionales y asimismo a través de una correcta interpretación sistemática a la luz de la constitución, tratado internacionales, situación que por analogía debe ameritar el tema de la negligencia medica en agravio del concebido-niño, cuya tipificación debe meritarse como homicidio culposo conforme a lo que dispone el artículo 111 del Código Penal hasta su modificación para que se incluya de manera específica como delito la negligencia médica respecto a la salud, integridad física y muerte del concebido.

Esto es, con la finalidad de evitar confusiones al momento de aplicar la normativa penal en el caso concreto y no transgredir el principio de legalidad de la norma, ya que algunos operadores en caso de negligencias médicas en agravio de los concebidos lo tipifican como lesiones culposas graves en agravio de la madre porque consideran que el concebido no es persona aún, desconociendo de tal manera su derecho a la vida, aduciendo que no existe la norma legal del aborto culposo; y por otro lado, lo tipifican como Homicidio culposo en agravio del concebido a pesar que no se encuentra

debidamente tipificado su actuar de ellos en la normativa legal, por cuanto esta figura delictiva se refiere cuando se ha producido en agravio de una persona y no del concebido.

A manera de ilustración vemos en el siguiente dictamen lo expuesto:

“ Fluye de la investigación preliminar, que mediante denuncia a fojas uno a cuatro que se imputa a los denunciados XXX, representantes del Centro Hospitalario XXX, la comisión del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud- Homicidio por Negligencia en agravio del producto de gestación de la denunciante y en la modalidad de lesiones graves en su agravio; siendo que la fecha probable del nacimiento de su hijo era para el día 25JUN2007, sin embargo el día 24JUN2007 ingresó por emergencia al mencionado centro hospitalario, haciendo presentes a las 13.40 horas los denunciados doctores XXX, médicos gineco obstetras quienes examinan la agraviada, informándole que faltaba muy poco aconsejable que siguiera pujando pero al revisarle los latidos fetales constatan que estaban bajos insistiendo en que podía continuar que siga pujando que a insistencia de la denunciante llega su esposo, siendo que el denunciado Doctor XXX le señala que la cabeza del bebe no podía salir por parto vaginal indicándole que todo se estaba haciendo bien, instantes en que el otro medico verifica los latidos cardiacos sin encontrarlos, entonces el denunciado se retira diciendo que la lleven a la sala de operaciones pero el denunciado XXX sigue por diez minutos mas tratando de buscar latidos fetales sin éxito hasta que por fin ordena que lo lleven a la sala de operaciones, resultando el bebe muerto. Atendiendo.- que corresponde a este despacho conforme a sus atribuciones y a merced de los principios rectores del derecho penal peruano Principio de Legalidad consagrado en el numeral d del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución Política del Estado analizar si los hechos que se investigan constituyen delito y que siendo así, no halla prescrito concordante con el artículo sesenta y siete del Código de Procedimientos Penales. Segundo.- Analizado el delito imputado, El hecho imputado consistiría en el actuar negligente de parte de los denunciados XXX y XXX en la atención brindada a la denunciante que tuvo como consecuencia el fallecimiento del feto, como de habersele practicado una inútil cesárea causándole lesiones graves en el caso de homicidio por negligencia se requiere que la posibilidad de muerte del producto de la gestación de la denunciante haya sido advertida y prevista por los denunciados de acuerdo a sus conocimientos como profesionales médicos con especialidad en ginecología y obstetricia para que se configure el tipo penal; es necesario además que exista un nexo de causalidad entre el acto de imprevisión culposa de los sujetos activos y el resultado; en el caso de lesiones graves, debe haberse realizado la cesárea a sabiendas del fallecimiento del producto de concepción de la denunciante. Tercero.- Analizando la investigación preliminar obran en autos de fojas xx la manifestación de.....Dichas versiones se corroboran con lo señalado en la Historia Clínica obrante en autos que fuera derivada al Instituto de Medicina Legal-División de Exámenes Clínico Forenses dando como resultado el reconocimiento en el Certificado Médico Legal N°... donde aparece que respecto a la negligencia médica la paciente ingresa a emergencia de la clínica a las 12.25 horas del día 24JUN2007, por presentar dese la madrugada contracciones uterinas seguidas y desde hace tres horas perdida de liquido con sangrado, a las 12.30 es evaluada por el denunciado XXX quien indica hospitalización ingresando a Sala de parto a las 13:45 donde se inicio el expulsivo con feto sin problemas; siendo que a las 14:20 horas se encuentra LFC 130xmin a las 14:30 horas LF es de 130xmin descendiendo hasta 100Xmin pero luego se recupera detectándose a las 14:43 horas bradicardia fetal severa por lo que se llama a la sala de operaciones para realizar la cesárea de urgencia por lo tanto antes de la hora mencionada es decir antes de las 14:50 horas no existía indicación para cesárea de emergencia ya que el trabajo de parto transcurría espontáneamente y de forma normal y precisamente cuando se detecta la disminución de los latidos cardiacos fetales

(bradicardia fetal severa) en forma repentina e inesperada. Asimismo, respecto a la pregunta, que en caso que se verifique la muerte del feto antes de la cirugía porque método debe extraerse un óbito fetal, la respuesta de los médicos legistas es que generalmente se extrae por vía vaginal, pero que en el presente caso el óbito fetal fue un hallazgo inesperado que por tanto la decisión de realizar la cesárea fue la correcta pues no solo se buscaba la extracción del feto, sino también de evitar alguna eventual infección a la madre, siendo que la actuación del informe de los médicos legistas aparece muy ilustrativa para determinar si hubo o debió haber previsión del resultado muerte del feto producto de gestación de la denunciante, apareciendo que las circunstancias de gravedad del mismo resultaron repentinas e inesperadas lo que se corrobora con el resultado de la ecografía a fojas 150 practicada a la denunciante donde pese al problema de haber presentado endometriosis su embarazo se encaminó sin problemas dando como resultado “ Gestación de 35 semanas, 2 días normal placenta normoinsera I/II, pudiéndose colegir la irresponsabilidad de los galenos denunciados quines pese al conocimiento científico observado durante su articulación no pudieron prever el resultado “muerte” del feto considerándose correcta la intervención quirúrgica a la denunciante. Por estas consideraciones, de conformidad con el artículo noventa y cuatro inciso segundo del Decreto Legislativo número cero cincuenta y dos – Ley Orgánica del Ministerio Público y del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, este Ministerio Público: RESUELVE NO HABER MERITO PARA FORMALIZAR DENUNCIA PENAL contra XXX, XXX por la presunta comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud –homicidio por negligencia, en agravio del producto de su gestación de la denunciante XXX y por delito de Lesiones graves en su agravio; disponiéndose el archivo definitivo de los actuados, notificándose y anotándose en los libros y/o registros correspondientes.”²⁰¹

Entonces los operadores de justicia, al contar con las modificaciones legislativas se ven en la obligación de resolver sus causas con mayor efectividad para que no quede impune dicha sanción contra los profesionales de la salud, ya que como lo hemos señalado existe una alta incidencia de negligencia médica en las clínicas y hospitales, tal como se desprende de las estadísticas que se adjuntan obtenidas del observatorio de Criminalística del Ministerio Público.

ESTADISTICAS EN RELACION AL DELITO CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD

Conoceremos el número de denuncias existentes en el Ministerio Público, obtenidas del observatorio de Criminalística, los mismos que se encuentran clasificados por la modalidad del delito, ya sea homicidio culposo y aborto, empero no podemos conocer a ciencia cierta cuantos casos de homicidio culposo por negligencia médica en agravio del concebido existen, dificultando el número de casos en su real dimensión, a pesar que existe un alto índice de denuncias por negligencia médica ocurridas en hospitales y clínicas.

Sin embargo, en la Mesa Única de Partes del Ministerio Público, se ha logrado verificar que existen 23 casos de negligencia médica de una misma clínica de la capital, durante los años 2007 y 2008, fuera de las diversas clínicas y hospitales que existen en el Perú. Esta situación es un caso de cifra negra, porque solamente la Fiscalía toma conocimiento de las denuncias de negligencia médica

²⁰¹ Dictamen Fiscal emitido por la Fiscalía Provincial Penal de Lima.

hechas por denuncia de parte más no los casos que no se denuncian ya sea por varias razones, por el estado emocional de la víctima o por transacción extrajudicial.²⁰²

Se desprende del anexo 1: la evaluación mensual de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud durante los años 2006, 2007 y 2008. Observándose que en el delito de Homicidio tenemos en total 13, 308 casos durante esos años, en el delito de Aborto 1,608 casos.

Del anexo 2 observamos las modalidades del delito de Homicidio, tenemos para nuestro interés del presente ensayo, el delito de Homicidio Culposo durante los años 2006, 2007 y 2008 con un total general de 4,406, el de Homicidio Culposo agravado con un total de 53.

Del anexo 3, se desprende el delito de aborto en sus diversas modalidades durante los años 2006, 2007 y 2008 con un total de 1,608 casos. Se hace constar que existe la cifra negra lo que conlleva a que no se verifique en realidad el número de casos existentes.

Del anexo 4, vemos las modalidades del delito de lesiones, desprendiéndose la modalidad de lesiones de daño al concebido, muy poca cantidad, pero vemos que erróneamente se consigna “lesiones culposas al feto” a pesar que el Código Penal lo tipifica a título de dolo.

Del anexo 5, veremos el trámite que se ha seguido a las denuncias por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud –Homicidio, desprendiéndose que en el año 2008, los denuncias han sido casi con una ligera diferencia en archivo definitivo (211), con archivo provisional (50), con archivo-calif (21), con archivo preliminar (27) se consigna las diversas modalidades de archivo en razón al inicio de la investigación o en curso judicial, que dan un total de 309 casos archivados , frente a la formalización de denuncia que son 326 casos.

Del anexo 6: el trámite para el delito de Lesiones al concebido , vemos que en el año 2008, los pocos casos puestos en su conocimiento han sido tramitados de manera proporcional, esto es se han archivado, se han realizado la investigación preliminar y han sido derivados pero no existe formalización de denuncia.

LEGISLACION PENAL COMPARADA

El Código Penal de la República de Costa Rica (Decreto 4573):

En sus artículos 111, 117 y 118 a 122 parten de una clara distinción entre los conceptos de persona (sujeto pasivo de la figura de homicidio ya sea doloso o culposo) y de “feto” (sujeto pasivo de las figuras de aborto, en sus distintas modalidades).

El artículo 117 establece el homicidio culposo “Se le impondrá pena de 6 meses a 8 años al que por culpa matare a otro”. En la adecuación de la pena al responsable, el Tribunal deberá tener en cuenta el grado de culpa y el numero de victimas asi como la magnitud de los daños causados”.

²⁰² Si una persona indaga en la Mesa Unica de Partes sobre la negligencia médica de una determinada clínica, se le otorga la relación de casos penales que giran sobre dicho delito en su contra, previo pago administrativo.

En todo caso el auto del homicidio culposos se le impondrá también inhabilitación de uno a cinco años para el ejercicio de la profesión, oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho.

En ese sentido vemos que el artículo 118 cuando tipifica al aborto señala que es el que causa la muerte de un feto será reprimido. 1) Con prisión de 3 a 10 años, si obrarse sin consentimiento de la mujer o si esta fuera menor de quince años, si el feto había alcanzado seis meses de vida intrauterina. 2) Con prisión de uno a tres años, si obrare con consentimiento de la mujer. Esa pena será de seis meses a dos años si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina,

Si resultare la muerte de la mujer se elevará la pena.

El artículo 122 prevé la figura del aborto culposos “ser apenado con sesenta a ciento veinte días de prisión cualquiera que por culpa causare un aborto.

Código Penal de Bolivia (D. Ley 10.426)

El artículo 263 prevé el aborto “el que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura, ser sancionado: a) Con privación de libertad de dos a seis años, si el aborto fuere practicado sin el consentimiento de la mujer o si esta fuere menor de dieciséis años. B) con privación de libertad de uno a tres años si fuere practicado con el consentimiento de la mujer c) con reclusión de uno a tres años a la mujer que hubiere prestado su consentimiento.

La tentativa de la mujer no es punible.

Prevé también el aborto culposos “El que por culpa causare un aborto, incurrirá en prestación de trabajo hasta un año. (art. 268)

Código Penal de Guatemala (Decreto 17/73)

Los delitos de Homicidio y Aborto se encuentran en los artículos 133 y siguientes, define el concepto del aborto señalando que es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

Asimismo el aborto procurado, aborto con o sin consentimiento, tentativa y el aborto culposos que si son causadas por la propia mujer son impunes, empero si el aborto culposos es cometida por otra persona, será sancionado con prisión de uno a tres años, siempre que, tal persona tenga conocimiento previo del embarazo.

Establece la sanción para el médico como agravación específica cuando abusando de su profesión causare el aborto o cooperare con el.

Código Penal de la Republica de El Salvador (Decreto 270)

Los artículos 161 al 169 establecen los tipos de aborto de tal forma “La mujer que intencionalmente causare su aborto será sancionada con prisión de uno a tres años”.

Por aborto deberá entenderse la destrucción o aniquilamiento del producto de la concepción en cualquier estado de la preñez antes de iniciarse el nacimiento.

Es agravada cuando es cometida por el ejercicio profesional.

Asimismo se prevé el aborto culposo en su artículo 168 del C.P.

Código Penal Argentino

Art. 79.- Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena.

Art. 84.- Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años, el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, causare a otro la muerte.

El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor.-

Art. 85.- El que causare un aborto será reprimido:

1º. con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer;

2º. con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

Art. 86.- Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El Código Penal Colombiano²⁰³

Prevé en el artículo 103 la figura del Homicidio Culposo en ese sentido “El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego, se impondrá igualmente la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas y la de privación del derecho a la tenencia y porte de arma respectivamente, de tres (3) a cinco (5) años.

Asimismo prevé la figura del aborto consentido y sin su consentimiento en sus artículos 122 y 124. Las Lesiones al feto lo contempla el artículo 125, en su modalidad dolosa y culposa.

De los Códigos extranjeros, haciendo una comparación con nuestro Código Penal, nuestro ordenamiento no tipifica del delito de aborto culposo ni las lesiones al feto en la modalidad culposa.

²⁰³ Nuevo Código Penal y de Procedimiento Penal, Ley 599 de 2000 y Ley 906 del 2004, edición 2009.

También se observa que se tipifica la conducta del delito de Homicidio y Aborto, rescatándose que en algunas de ellas se tipifica la conducta del aborto culposo, para reprimir la conducta causada al concebido por negligencia incluyéndose dentro de ellas la mala praxis médica, como en el caso del País de Bolivia, veremos más adelante en una jurisprudencia que se adjunta que la muerte del concebido al momento del parto lo consideran como delito tipificado al de aborto culposo consagrada en el artículo 268 de su legislación penal.

Empero, no soy de la opinión que la muerte del concebido al momento del parto o con las contracciones de la misma, sea tipificado como delito de aborto culposo como en la legislación Boliviana, sino el de Homicidio Culposo, proponiendo pues que en nuestro ordenamiento penal se tipifique como delito la negligencia médica respecto a la salud , integridad y muerte del concebido con penas ejemplares dado que es un ser ya en formación que merecía vivir.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

COSTA RICA

Sentencia : 00442, Exp. N° 00-200086-0456-PE, fecha: 07/05/2004 emitido por la Sala Tercera de la Corte

Tipo de Extracto: voto de mayoría

Rama de derecho: Derecho Penal.

Descriptores	Restrictores
▣ Homicidio culposo	▣ Producto de gestación que muere dentro del vientre materno en el alumbramiento ▣ Análisis acerca del concepto "persona", "feto" y momento de la configuración del delito
▣ Homicidio	▣ Producto de gestación que muere dentro del vientre materno en el alumbramiento ▣ Análisis acerca del concepto "persona", "feto" y momento de la configuración del delito
▣ Aborto	▣ Producto de gestación que muere dentro del vientre materno en el alumbramiento ▣ Análisis acerca del concepto "persona", "feto" y momento de la configuración del delito
▣ Aborto culposo	▣ Producto de gestación que muere dentro del vientre materno en el alumbramiento ▣ Análisis acerca del concepto "persona", "feto" y momento de la configuración

del delito

Voto

de

mayoría

ÚNICO MOTIVO POR EL FONDO: Errónea aplicación del artículo 128 del Código Penal. El imputado acusa en su primer agravio (como una cuestión por el fondo) que el fallo de instancia inobservó la norma sustantiva que arriba se cita. Su disconformidad se basa en que se le condenó por el delito de homicidio culposo a pesar de que se tuvo por demostrado que el producto de la gestación murió dentro del seno materno. Siendo ello así, más bien estaríamos ante la figura del aborto culposo, por lo que el recurrente solicita que se corrija la calificación jurídica de los hechos. La queja no es de recibo. De acuerdo con el contenido del fallo de instancia, si bien es cierto -tal y como se alega en el recurso- se tuvo por demostrado que la conducta culposa del acusado produjo como resultado que el menor ofendido muriese dentro del seno materno, es decir, antes de su expulsión, no podría perderse de vista que ello ocurrió cuando ya había dado inicio el proceso de parto, es decir, cuando el producto de la gestación ya había adquirido la madurez necesaria para nacer. En cuanto a dicho aspecto el fallo refiere lo siguiente: "... El veintitrés de febrero del año dos mil a eso de las veintidós horas, la señora Sidey Navarro Mora ingresó al hospital de Ciudad Neilly con cuarenta y un semana (sic) de embarazada y dolores de parto, siendo remitida a la sección de emergencia de dicho hospital por parte del doctor Pizarro para que fuera atendida por Albino Patricio Cruz Cruz, enfermero obstetra de dicho nosocomio, de la sala de partos, y a quien le correspondía la valoración de la paciente, haciéndole saber la señora Navarro que su primer parto había sido por cesárea y en el segundo habían tenido muchas complicaciones, solicitándole su atención médica debida para que el parto presente fuera satisfactorio. 2.- **El imputado Cruz Cruz, incumpliendo con los deberes de cuidado debidos como enfermero obstetra, no hizo valoración adecuada de los riesgos con base en los antecedentes por cesárea previa, ni tomó en cuenta el riesgo acerca del tamaño de la pelvis de la madre con respecto del feto ... realizando incluso maniobras de expulsión contraindicadas en estos casos.** 3) Resultando del actuar culposo del imputado Cruz Cruz, la señora Navarro Mora sufrió una ruptura uterina con muerte de quien llevaría por nombre Innominado Navarro Mora, (sic) al darse una desproporción cefalopélvica (entre la cabeza del feto y el canal del parto materno). 4.- El día siguiente, veinticuatro de febrero de 2001 (sic) a eso de las siete de la mañana, nace el producto por medio de una cesárea practicada a su madre, realizándose maniobras médicas de resucitación, con resultados negativos ya que el acusado había remitido a la paciente a sala de maternidad donde pasó toda la noche sin su debida supervisión, siendo que cuando comunicó lo sucedido ya era demasiado tarde para salvar la vida del menor ... Esto hace que las conclusiones de la autopsia tengan aún más trascendencia en el sentido de que hubo ruptura uterina con muerte de feto ... Quien fallece cuenta con cuarenta y un semanas de gestación y muere en el seno materno ..." (cfr. folio 167, línea 14 en adelante; folio 195, líneas 2 y 3; y folio 196, líneas 17 y 18). Como se colige de lo transcrito, es claro que en la sentencia de mérito se tuvo por acreditado, a partir de la prueba testimonial y de las conclusiones que se plasmaron en la pericia médico legal (autopsia), que a consecuencia de la conducta violatoria del deber de cuidado en la que incurrió el acusado, el menor ofendido falleció durante el proceso de parto, ello antes de salir del claustro materno. Tan cierto es lo anterior, que en la sección del fallo destinada al análisis de derecho y tipicidad, el propio tribunal expuso las razones jurídicas a partir de las cuales estimaron que, no obstante tal circunstancia, en este caso el ofendido debe ser considerado como "persona" y,

por ello, la acción calificaría entonces como un delito de homicidio culposos. Al respecto, el órgano de mérito señaló: “... **El nasciturus en nuestro medio es considerado persona.** Para dejar claro este punto hay que hacer referencia al concepto de persona y de vida. **Dentro de nuestro ordenamiento y con un rango superior a la ley, la Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone en su artículo 4.1: “... toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente ...”.** La consideración del no nacido como persona, a efectos de determinar la presencia de ese elemento de la tipicidad objetiva, no sólo deriva de dicha norma del derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino de la contemplada en otros instrumentos de igual rango, sino también de la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional. Concretamente del voto 2306-2000 de quince y veintiuna horas del quince de marzo de dos mil, luego de concluir que todo concebido es persona y por tanto la tutela del derecho a la vida le cubre, sostiene: “El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella –formulación negativa-, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia” ...” (cfr. folio 1967, línea 18 en adelante). Conforme se puede inferir de lo expuesto, en el presente caso se plantea la discusión entre el concepto de “persona” que por un lado maneja la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y la que a su vez incorpora el Código Penal (y la doctrina que lo informa), siendo claro que con respecto a la primera, el segundo es una norma de rango inferior. **En este sentido se advierte que los artículos 111, 117, y 118 a 122, todos del Código Penal, parten de una clara distinción entre los conceptos de “persona” (sujeto pasivo de la figura de homicidio, ya sea doloso o culposos), y de “feto” (sujeto pasivo de las figuras de aborto, en sus distintas modalidades).** La diferencia entre ambos conceptos no fue resuelta por el legislador, de tal manera que a dichos efectos el operador jurídico deberá echar mano a varias herramientas herméticas, entre las cuales obviamente se encuentra la doctrina que informa esas normas penales sustantivas. Ésta, por su parte, establece dicha distinción a partir de varios criterios, todos los cuales indican que el feto (que no por ello pierde la calidad de “ser humano”) no va a adquirir la condición de persona sino a partir del nacimiento. **En realidad, este último concepto es el que no resulta pacífico en la doctrina, pues al respecto existen varias posiciones.** En este sentido se ha dicho “... En lo atinente al sujeto pasivo del delito, la doctrina ha discutido sobre a partir de cuándo es que se puede decir que existe un ser humano, lo que es importante para determinar si se está ante un homicidio o ante un aborto. **Al respecto existen varios criterios. Unos indican que es homicidio, y no aborto, la muerte de la criatura durante el nacimiento, sea cuando comienzan los dolores del parto; se inicia el procedimiento artificial para inducirlo, o se extrae quirúrgicamente al niño (así Peña Cabrera ... Cuello Calón ... Ranieri ... Breglia y Gauna ... Núñez ... Maggiore ... Soler ... Fontán ... Creus ... Laje Anaya ... Manigot ... Acevedo Blanco ... Martínez Brenes ... Rojas Sánchez y otros. Debe tenerse en cuenta que las dos últimas investigaciones citadas son de autores costarricenses).** Esta posición es dominante en Argentina ... Una segunda posición exige para la existencia de homicidio la total separación del claustro materno evidenciada por el corte del cordón umbilical (así: Muñoz Conde ...). Una tercera señala que lo decisivo es que la criatura haya salido totalmente del claustro materno, independientemente de que se haya cortado el cordón umbilical ... El bien jurídico protegido en los delitos de aborto es la vida del producto de la concepción. La protección a través del delito de aborto se extiende desde la concepción hasta la expulsión del seno materno, a partir de este último momento la protección es por medio del delito de homicidio ...” (Rivero Sánchez (Juan

Marcos) u otro, "COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL", editorial Juriscentro, San José. 1ª edición, 1989. Págs. 1, 2, 71 y 72). **Esta sería la posición que parece defender el impugnante, quien argumenta que en vista de que el ofendido falleció dentro del seno materno (cuando aún no había sido expulsado ni separado completamente de la cavidad uterina), no llegó a adquirir la condición de "persona", de tal manera que por tratarse de un "feto" no estaríamos ante un delito de homicidio culposo sino a lo sumo ante la figura del aborto culposo. Si bien dicho planteamiento (seguido también por los autores citados) es respetado por esta Sala, la misma no lo comparte, pues más bien se ha inclinado por la tesis que impera en Argentina, la que lleva la protección jurídico penal un poco más atrás, al entender que -a efectos de determinar la correcta calificación jurídica del hecho- existe nacimiento desde aquel momento en que, habiendo adquirido el producto de la gestación la madurez necesaria, se da inicio al proceso de alumbramiento.** En este sentido debe aclararse que el nacimiento no es un acto único, concreto y determinado, sino todo un proceso que da inicio cuando el infante ha adquirido la madurez necesaria y se presentan las contracciones uterinas; cuando éstas se inducen artificialmente; o cuando se da inicio al proceso de extracción quirúrgica. Lo anterior implica que la figura del infanticidio que prevé el artículo 113 inciso c) del Código Penal no tiene por qué partir de un análisis teórico diverso a éste, como el que propugnan los autores que se comentan (cfr. ibid, pág. 2), ya que esta última ilicitud no establece ni exige que el cómputo de los tres días dentro de los cuales debe haberse producido la muerte del infante, deba empezar a correr a partir de que el proceso de alumbramiento haya finalizado (con la expulsión del claustro materno), pues los mismos corren a partir del momento en que dio inicio el nacimiento. Es ésta la tesis ha sido aceptada por la jurisprudencia de la Sala Penal: "... Se reprocha en este motivo que para que surja a la vida jurídica el delito de Homicidio culposo, se debe de matar a una persona y los hechos tenidos por probados – ahogamiento del producto de la concepción que estaba en el útero de la ofendida – no acreditan que la conducta desplegada por el doctor (...) ocasionara la muerte de una persona, por lo que el resultado causado está fuera del ámbito de protección del artículo 117 del Código Penal. En este caso no se mató a una persona, sino al producto de la concepción – feto – que no tuvo vida independiente, por lo que no había adquirido la categoría jurídico penal de persona, resultando los hechos atípicos ... la norma contenida en el numeral 122 ejusdem se refiere al que por culpa causare un aborto, entendiendo por ello la muerte de un feto, como producto de la concepción, desde que pasa el período embrionario hasta el momento del parto. No cabe en consecuencia duda alguna, contrario a lo que señalan los recurrentes, que en la especie, el actuar culposo del imputado, según la vida de una persona, de un niño, desconociéndose en los motivos invocados, la personalidad jurídica del menor ..., pese a que su muerte, ciertamente, se dio dentro del útero de su madre, de allí que no resulten de recibo los alegatos expuestos en cuanto a la pretendida atipicidad en la conducta desplegada. Si bien es cierto, la doctrina diferencia el concepto de Aborto, desde la óptica penal, de la concepción meramente médica, para los efectos penales, el aborto puede definirse como la interrupción violenta e ilegítima de la preñez, mediante la muerte de un feto inmaduro, dentro o fuera del útero materno – ver Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV. Reimpresión de la tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1989, página 140 – Esta definición es importante para comprender los alcances de la figura penal de Aborto, a efecto de poder distinguirlo del Homicidio; así, el primer elemento que caracteriza al delito de Aborto es la interrupción del embarazo o gestación, en donde la mujer pare antes del tiempo en que el feto puede vivir, de modo que si el embarazo está completo, el proceso gestativo ha concluido, el feto está maduro e inicia el proceso de parto, su muerte con relevancia penal, no puede ser considerada como Aborto, sino que constituye un Homicidio, ya sea de carácter doloso o culposo. La doctrina, entre la que se incluye la

italiana, argentina y parte de la española, perfectamente aplicable en nuestro medio contrario a lo que señalan los recurrentes, establece que la línea que divide el ámbito de protección entre el homicidio y el aborto, debe trazarse en el comienzo del nacimiento, extendiéndose en consecuencia la protección del homicidio y las lesiones a aquellas acciones que producen su resultado durante el nacimiento, es decir, que la protección de la vida de las personas después de ese hecho es más amplia – Bacigalupo, Enrique. Los delitos de Homicidio. Monografías Jurídicas. Editorial Temis. Bogotá. Colombia, 199. Reimpresión, pp. 6 y 7 – **El inicio del nacimiento principia con las contracciones expulsivas, y en los casos en que el alumbramiento no se produce espontáneamente por las contracciones del útero, como cuando se recurre a la cesárea, por ejemplo, el comienzo del suceso está marcado por el inicio de la operación, es decir, por la práctica de la incisión en el abdomen, no siendo necesario aguardar hasta la apertura quirúrgica del útero. Asimismo, en los supuestos en que las contracciones expulsivas son inducidas por algunas de las técnicas médicas al respecto, el comienzo del nacimiento será el de la ejecución de la técnica concreta de inducción** - Bacigalupo. Op cit, pp16 a 17 – Otros autores fijan también ese hecho desde el comienzo de los dolores o desde el proceso del parto hasta el momento de la completa separación, o bien desde el proceso del parto, incluyendo a aquel sin dolor o artificial – Varela, Bernardo C.. Homicidio Simple. Buenos aires. Lerner 1968, página 19 – **De allí que podamos concluir que las acciones ejercidas contra el feto durante el proceso del parto constituyen Homicidio y las acciones ejercidas contra el feto, con anterioridad a ese proceso, constituyen aborto, en ambas situaciones estaremos frente a una persona, protegida constitucional y legalmente.** En consecuencia, la protección de la vida de las personas, sancionable desde la óptica de la figura penal del Homicidio, principia desde el comienzo del nacimiento, no resultando necesario que la criatura sea viable, ni que incluso haya sido separada del seno materno, **pues ese es precisamente el período comprendido en la expresión “durante el nacimiento”...**, voto N° 791-01, de las 10:10 horas del 20 de agosto de 2001. Así las cosas, es claro que el planteamiento de fondo que se esboza en el presente recurso, no resulta novedoso, pues esta Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en cuanto al tema debatido. Se comprende, entonces, que el fallo de instancia, al estimar que en este caso los hechos que se tuvieron por plenamente demostrados configuran un delito de homicidio culposo, no incurrió en el supuesto yerro de fondo que se denuncia, pues si bien el niño falleció dentro del seno materno, **también debe tenerse claro que ello sucedió una vez que su madre ingresó al hospital, cuando el proceso de alumbramiento ya había dado inicio. Así las cosas, se declara sin lugar el reclamo.**

JURISPRUDENCIA

SALA PENAL SEGUNDA

AUTO SUPREMO No 067

AUTO SUPREMO: N° 67 Sucre 5 de marzo de 2005

DISTRITO: Oruro -Bolivia

PARTES: Ministerio Público c/ Deysi Maldonado Vega y otros.

Aborto culposo.

MINISTRO SEGUNDO RELATOR: Dr. Héctor Sandoval Parada.

VISTOS: el recurso de casación de fojas 123 a 125 interpuesto por Deysi Maldonado Vega, impugnando el Auto de Vista de fojas 108 a 109 fechado en 5 de Junio de 2004 pronunciado por la Sala Penal Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público contra Celso Gutiérrez Dávalos, Juan Ugarte Arce y la recurrente por la comisión del delito de aborto culposo, el Requerimiento del Fiscal Adjunto de la Fiscalía General de la República cursante a fojas 130A a 130B, sus antecedentes y

CONSIDERANDO: que la Juez de Sentencia Penal Nº 2 de Oruro, a fojas 56 a 62 y vuelta del expediente del recurso, 335 a 341 del expediente original, pronunció sentencia CONDENATORIA en contra del co-imputado Celso Gutiérrez Dávalos declarándole autor del delito de aborto culposo, incurso en la sanción de artículo 268 del Código Penal, condenándole a sufrir la pena de prestación de trabajo de tres meses, a ser ejecutada por el Juez de Ejecución Penal. La misma sentencia declara a Deysi Maldonado Vega autora del delito de aborto culposo, condenándola a sufrir la pena de prestación de trabajo de un mes, y absuelve de pena y culpa, por la comisión del mismo delito, al co-imputado Juan Ugarte Arce en razón del retiro de acusación efectuada por el Ministerio Público.

Que la imputada Deysi Maldonado Vega, a fojas 71 a 75 y vuelta, planteó recurso de apelación restringida contra el fallo de primera instancia. Este Recurso, en cumplimiento de la providencia de fojas 97, fue subsanado conforme a las previsiones del artículo 399 del Código de Procedimiento Penal. El Tribunal de Alzada, mediante Auto de Vista de fojas 108 a 109 de 5 de junio de 2004, declara IMPROCEDENTE el recurso deducido y CONFIRMA la sentencia apelada manteniéndola firme y subsistente, ratificando a la recurrente como autora del delito de aborto culposo, tipificado por el artículo 268 del Código Penal.

CONSIDERANDO: que la imputada, ahora recurrente, impugnando el referido Auto de Vista recurrió de casación en los términos del memorial de fojas 123 a 125, siendo este recurso formalmente admitido por Auto Supremo de 10 de septiembre de 2004, cursante a fojas 131 a 131 vuelta de obrados, correspondiendo al Máximo Tribunal de Justicia ingresar a su análisis, dentro del marco establecido por el artículo 3 del Código de Procedimiento Penal para resolverlo en alguna de las formas establecidas por el artículo 419 de igual cuerpo de leyes.

Que la recurrente manifiesta que el Tribunal de Alzada, al pronunciar el Auto de Vista de fojas 108 a 109, viola disposiciones legales tanto sustantivas como adjetivas al no realizar un análisis crítico y analítico de los defectos de la sentencia. Efectúa una relación de las atribuciones que poseía en su condición de "Residente Médica", como médico en formación, señalando que como tal no podía decidir o resolver sobre la emergencia presentada por la paciente Emilene Ortega Tordoya. Que el Auto de Vista recurrido no observa la disposición del artículo 11-I-inciso 2) del Código Penal que determina la inexistencia de responsabilidad para quién, actuando en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley o un deber, vulnera un bien jurídico ajeno, que tampoco se han analizado los elementos de culpa, previsibilidad y la evitabilidad, a efectos de determinar la "culpa" en el delito que se le endilga. Concluye la fundamentación del recurso en análisis señalando que no existe convicción sobre la responsabilidad penal que se le atribuye,

motivo por el cual se debió dictar sentencia absolutoria, máxime si se toma en cuenta que la prueba aportada no fue suficiente para generar en el Juez o Tribunal la convicción sobre su responsabilidad penal y que la Resolución de segunda instancia es contradictoria al precedente invocado, consistente en el Auto Supremo N° 118 de 21 de abril de 1994 referido a la forma de actuación de los tribunales de instancia en lo que a la apreciación de la prueba se refiere.

CONSIDERANDO: que según los antecedentes del cuaderno procesal, se establece con absoluta claridad que la causa del proceso en análisis **consiste en la práctica médica de la Dra. Deysi Maldonado Vega a momento de la atención de la paciente Emilene Ortega Tordoya. La primera ejercía sus funciones de Médico-Residente en la especialidad de ginecología en el Hospital General de la ciudad de Oruro, Centro Médico en el que fue internada la segunda de las nombradas a momento de dar a luz al hijo que gestaba.** Conforme los datos del proceso, la acusación del Ministerio Público y la propia declaración de la imputada se evidencia que, de haberse practicado inmediatamente la intervención cesárea, se hubiese evitado la muerte del feto en el claustro materno, más aún si la paciente llega al Centro Hospitalario con una boleta de valoración médica previa otorgada por el CIES, en la que ya se advertía que la cirugía cesárea era inminente, (declaración de la recurrente de fojas 7), mas al contrario, pese a esta advertencia, se mantiene a la paciente desde la fecha de su internación (21 de junio de 2002 hrs 10:55) hasta el día siguiente (hrs 7:30) sin que se le practicara la cirugía ya advertida. No puede tomarse como eximente de la responsabilidad la condición de Médico Residente en formación de la imputada, tal cual es su pretensión, pues ello no significa que, al poseer controles superiores, pretenda deslindar las obligaciones inherentes a esta condición a efectos de lograr una sentencia absolutoria.

CONSIDERANDO: que para arribar a una determinación sobre la conducta de la imputada, ahora recurrente, es necesario referirnos al tipo penal descrito por el artículo 263 del Código Punitivo, para luego analizar la tipología del artículo 268 de igual Código, delito por el cual se ha seguido el proceso penal en contra de Deysi Maldonado Vega. El primer artículo citado, al referirse al delito de aborto señala que: "El que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura (...)". En Autos se ha producido la muerte del feto en el seno materno, pese a la existencia de una valoración preliminar a la paciente por la que se detectó la urgencia de practicarse la operación cesárea. De este hecho se deduce que la conducta de la imputada se adecua perfectamente al tipo penal descrito en el artículo 268 del Código Punitivo, pues la negligencia, falta de previsión o descuido de la imputada determina la muerte del feto en el claustro materno de la paciente Emilene Ortega Tordoya, observándose en consecuencia que la afirmación de la recurrente a fojas 124, cuando manifiesta que "(...) no puede endilgársele la comisión del delito de aborto culposo por no haber existido expulsión del feto(...)", no es valedera, pues la expulsión del feto no se constituye en requisito sine-quantum para la tipificación del delito de aborto culposo.

CONSIDERANDO: que en el transcurso del proceso penal los jueces de instancia han dado cabal aplicación a las previsiones contenidas en los artículos 171 y 173 de la Ley N° 1970, resultando no ser ciertas las acusaciones de la recurrente de haberse violado las disposiciones legales sustantivas y adjetivas, pues, conforme ya se manifestó, no existen eximentes de responsabilidad que la recurrente pudo hacer valer para lograr una sentencia absolutoria o demostrar a este Tribunal, con prueba fehaciente, ser cierta la contradicción entre el Auto de Vista recurrido y el Auto Supremo N° 118 de 21 de Abril de 1994 invocado como precedente contradictorio; mas al contrario, los Jueces

de grado han actuado con esa atribución privativa para valorar todos los elementos de juicio que, al ser incensurable en casación, no permiten establecer contradicción alguna.

CONSIDERANDO: que conforme consta de la providencia de fojas 134 de obrados, en la Resolución de la presente causa se presentó disidencia por parte del Ministro, Dr. Héctor Sandoval Parada en relación al primer proyecto presentado por la Ministra, Dra. Rosario Canedo Justiniano, habiéndose convocado a la Ministra, Dra. Beatriz Alcira Sandoval de Capobianco, quien apoyó la disidencia formulada.

En consecuencia, pasa a ser segundo Relator el Ministro, Dr. Héctor Sandoval Parada.

POR TANTO: la Sala Penal Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la atribución 1ª del artículo 59 de la Ley de Organización Judicial, con intervención de la Dra. Beatriz Alcira Sandoval de Capobianco, Ministra de la Sala Penal Primera, convocada al efecto y aplicando lo dispuesto en la segunda parte del artículo 419 del Código de Procedimiento Penal, declara INFUNDADO el recurso de fojas 123 a 125.

La Ministra, Dra. Rosario Canedo Justiniano fue de voto disidente respecto del segundo proyecto. (Se adjunta al proceso principal).

Segundo Relator: Ministro Dr. Héctor Sandoval Parada.

Regístrese, hágase saber y devuélvase.

Fdo. Dr. Héctor Sandoval Parada

Dra. Beatriz Sandoval de Capobianco

Sucre, cinco de marzo de dos mil cinco.

Proveído.- David Baptista Velásquez - Secretario de Cámara.

CONCLUSIONES

- 1) Los magistrados jueces y fiscales deben resolver los casos de negligencia médica en agravio de los concebidos, aplicando las normas internacionales de protección del concebido, así como las normas de la Constitución Política del Perú y demás normas del ordenamiento sobre el particular .
- 2) Se hace necesario regular nuestro ordenamiento jurídico, a efecto de considerar al concebido como persona y no como un simple sujeto de derechos a partir de su nacimiento.
- 3) Que, se modifique el artículo 111 del Código Penal para incorporar como delito la negligencia médica respecto a la salud, integridad física y muerte del concebido,

comprendiendo a los profesionales de la salud, médico, obstetra y otro que desarrolle esta conducta, sancionando con una pena ejemplar ya que se trata de un concebido-niño.

- 4) La razón teleológica de la sanción ejemplar obedece a que el profesional de la salud se encuentra ligado al Estatuto del Colegio Médico del Perú y como tal debe contribuir al adelanto de la medicina y la defensa del desarrollo de la salud del paciente.
- 5) Urge que los magistrados jueces y fiscales sean capacitados respecto del tema de negligencia médica y derechos del concebido que les permita tener un criterio más amplio para resolver este tipo de casos con criterio de justicia y equidad.
- 6) El Presidente de la Corte Suprema debe proponer la convocatoria de un pleno jurisdiccional a fin de uniformizar criterios respecto de los derechos del concebido y la negligencia medica a fin de que en una interpretación sistemática a la luz de la constitución y convenios internacionales y legislación especialzad del niño y del adolescente, se considere como delito de Homicidio Culposo los casos de negligencia medica en agravio del concebido.
- 7) La Señora Fiscal de la Nación adopte las medidas necesarias para que los fiscales realicen una correcta tipificación de este tipo de delitos por negligencia medica en agravio del concebido-niño a la luz de la Constitución y tratados internacionales y legislación especializada del niño y del adolescente.
- 8) Modificar el artículo 1 del Código Civil en el sentido de precisar que se debe considerar al concebido como persona desde su concepción, a la luz de la Constitución Política, Convención sobre los Derechos del Niño, Código de los Niños y adolescentes y demás instrumentos internacionales y nacionales.
- 9) Como medida administrativa, que el Observatorio del Ministerio Público, registre las denuncias por negligencia médica en agravio del concebido-niño, así como el sujeto activo de las mismas ya sea médicos o clínicas a fin de saber con exactitud los casos registrados por dicho delito.

BIBLIOGRAFIA

ALZA BARCO, Carlos. El concebido in Vitro-post norem y sus derechos sucesorios. En Derecho y Sociedad Revista de Derecho de estudiantes de la PUCP, N° 10 año 6.

BACIGALUPO, Enrique. Los delitos de Homicidio. Monografías Jurídicas. Editorial Temis. Bogotá. Colombia, 199. Reimpresión.

BORDA. Manual de Derecho Civil, Tomo I, 8ª edición, Buenos Aires.

CASTILLO ALVA. José. El delito de Aborto. Ara Editores. Año 2005, Lima- Perú.

CREUS Carlos, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I, Aestres editores, 3 edición actualizada.

COBO DEL ROSAL y otros. Derecho Penal, Parte Especial, 3º edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 1990.

DEL CARPIO RODRIGUEZ, Columba. Derecho de los Niños y Adolescentes. Arequipa-Perú, 2001.

ESER, Albin, Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho Comparado; en temas de Derecho Penal y Procesal penal; Lima, Idemsa

FERNANDEZ SESSAREGO. Carlos. El concebido en la doctrina y en la

G. SPOTA, Alberto "Tratado de Derecho Civil". Tomo I. Parte General. Vol 3. Ediciones Desalma, 1968.

Legislación Peruana del Siglo XX. En Bioética y Biojurídica, la Unidad de la vida. Ediciones Jurídicas UNIE 2002, 1edicion.

FONTAN BALESTRA, C. Tratado de Derecho Penal. Parte General I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2da edición.

GARCIA MAAÑON, Ernesto. Aborto e Infanticidio. Aspectos Jurídicos y Médico Legales. Editorial Universidad Buenos Aires, 1990.

GUEVARA PEZO, Víctor. Personas naturales. Gaceta Jurídica, 1era edición. Marzo 2004.

HURTADO POZO José. Manual de Derecho Penal. Parte Especial I. Homicidio y Aborto. Lima, 1982

LOPEZ BOLADO, Jorge. Los Médicos y el Código Penal, Ed. Universidad Buenos Aires, 1987.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín "Tratado de Derecho Civil". Parte General I. Editorial Parrot, 1991.

KADAGAND LOVATON, Rodolfo. Responsabilidad Penal del Médico. Editorial Rodas, agosto 2002.

PEÑA CABRERA Alfonso Raúl. Derecho Penal, Parte Especial. Tomo I, Idemsa, Lima-Perú, noviembre 2008.

ROMERO CASABONA, Carlos. El derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana.

ROJAS VARGAS, Fidel. El delito, preparación, tentativa y consumación. Idemsa, Lima-Perú, 1era edición, agosto 2009.

ROJAS VARGAS Fidel y INFANTES VARGAS Alberto. En Código Penal, Diez años de Jurisprudencia sistematizada, Lima, Idemsa, 2001.

SALINAS SICCHA, Ramiro. Delito contra la Vida. El Cuerpo y la Salud. Palestra editores, Lima, 1997, agosto, 1 edición

SOLER Sebastián, Derecho Penal III.

TORRES VASQUEZ Aníbal, Código Civil, sexta edición, Ed. Themis, Idemsa, 2002, Lima Perú.

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano, Contribuciones para la redacción de un Código Civil tipo en materia de personas. 1 edición, agosto de 1995. Colombia

VALENCIA COROMINAS JORGE, Derechos Humanos del Niño, Instituto Peruano de Derechos Humanos, Primera edición, octubre 1990, Lima-Perú.

VELEZ Fernando, Estudio sobre el derecho civil colombiano” Tomo I, Volumen II, Editorial Lex Ltda.. 1981.

TERCER PUESTO
Empate

**DELITOS SEXUALES EN EL AGRAVIO DE
MENORES EN LA PROVINCIA DEL CALLAO**

Dr. VÍCTOR JIMMY ARBULU MARTINEZ

DELITOS SEXUALES EN AGRAVIO DE MENORES EN LA PROVINCIA DEL CALLAO

(Del año 2004 al 2009)

INTRODUCCION

El tema a plantearse desde el derecho penal especial y con el auxilio de las ciencias sociales es describir y explicar los perfiles psicológicos, educativos, laborales y sociales de víctimas y agentes involucrados en delitos sexuales en agravio de menores en la provincia del Callao comprendiendo el periodo 2004 y 2009. Además el estudio comprende aspectos probatorios que inciden en la resolución final de los casos.

Previo a ello es necesario establecer un marco conceptual de los delitos de abuso sexual de menores. Por esa razón en la primera parte del presente trabajo hay **un examen crítico** de los tipos penales **delitos de abuso sexual de menor, actos contra el pudor, seducción, proxenetismo y exhibiciones obscenas** desde los problemas de la determinación del Bien Jurídico así como la tipicidad objetiva, subjetiva, anti

Juridicidad, culpabilidad, determinación de la pena. Se ofrece una perspectiva doctrinal, desde la dogmática jurídica y un enfoque jurisprudencial.

En la segunda parte, del trabajo propiamente experimental se tratan los siguientes aspectos:

PERFILES PSICOLOGICOS, EDUCATIVOS, LABORALES Y SOCIALES DE LA VICTIMA

La investigación se plantea interrogantes como el lugar donde se realizó el abuso sexual, esto permite delimitar territorialmente cuales son las zonas más vulnerables en el Callao.

Respecto de perfiles humanos determinar el género del agraviado en estos delitos, esto es qué sector es más afectado el masculino o femenino.

El registro de nacimiento es una prueba de existencia, de identificación de un menor. Se pretende establecer la cantidad de menores que se encuentran sin actas de nacimiento.

Si bien hemos establecido que el rango temporal de edad para este estudio es de 1 a 18 años, en la muestra deseamos determinar que rango de edad es el más afectado por las conductas de abuso sexual.

Respecto a indicadores sociales necesitamos conocer dónde vive el agraviado de tal forma que la ubicación nos de una idea de donde territorialmente pueden estar los más afectados. Sin embargo este solo es un indicador ya que el lugar determinante va a ser donde se produjo la agresión sexual.

Por sentido común podemos establecer que por ser menores de edad la mayoría está en etapa de formación educativa, sin embargo no podemos desconocer la inserción informal de

menores en el mundo laboral, de allí que requiramos conocer cuanto de ese universo de menores afectados trabaja.

Como decíamos anteriormente los menores están en etapa de formación educativa, pero se plantea la necesidad de conocer la distribución porcentual de ellos en las escalas educativas, y como contraparte los que teniendo derecho de estar en colegios, se encuentran simplemente sin estudiar.

Víctima y agresor son los partícipes de ese drama que es el abuso sexual de menores, y consideramos que es necesario señalar cuál es la relación previa que han tenido estos, como vínculos de amistad, parentesco u otros.

PERFILES PSICOLOGICOS, EDUCATIVOS, LABORALES Y SOCIALES DEL AGRESOR

¿Quién arremete sexualmente más, el hombre o la mujer?, por información de máximas de experiencia necesitamos confirmar en todo caso que es el hombre el principal atacante de menores.

El estado civil del agresor tendrá alguna incidencia en su comportamiento o es un dato inocuo. De todas formas debemos probar cual es el universo para poder concluir que son los solteros quienes agraden más que los de otro estado civil.

La Residencia del agresor es un factor que contribuye en la realización del delito, o este lo consume en lugares donde nadie le conoce.

El lugar de nacimiento del agresor nos puede indicar donde esta focalizado socialmente la mayor cantidad de potenciales violadores.

Desde el campo laboral debemos determinar a qué se dedica el agresor y si esto tiene algo que ver con su conducta antisocial.

También debemos establecer cuál es el agrado de instrucción del inculpado y si tiene algún efecto sobre su conducta.

Hay necesidad de establecer si la edad del agresor tiene alguna incidencia en el comportamiento de estos para realizar sus acciones de agresión.

ASPECTOS PROCESALES

La investigación del delito es complicada y aquí hay una labor importante de la policía y del Ministerio Público en el acopio de información para luego con las evidencias correspondientes judicializar el caso. Este es un rol determinante y una sólida recopilación de datos va a incidir en la aceptación de responsabilidad cuando se está ante un proceso judicial.

Por la naturaleza de los delitos sexuales estos determinan qué actos de investigación que se realizan a nivel pre judicial y los medios de prueba particulares que tienen que actuarse a nivel judicial. Hay medios de prueba sustanciales para la investigación penal y se practica obligatoriamente cuando se trata de violación sexual mientras que son optativos en delitos de actos contra el pudor.

Se requiere establecer cuál es la incidencia de víctimas que tienen himen denominado complaciente, o dilatable que dificulta de acuerdo al caso concreto acreditar la penetración sexual.

DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA

Todas las partes involucradas en una investigación fiscal de abuso sexual y luego en proceso judicial tienen el derecho de contar con defensa técnica respectiva. En los casos de falencia económica hay una obligación de intervención del Estado y también de los colegios de abogados. Se trata de abordar si es que la víctima ha tenido el debido asesoramiento en la etapa fiscal o judicial, y además si fue particular o de oficio.

En el proceso penal siendo que la carga de la prueba la tiene el Ministerio Público se tiene que determinar cuáles son los medios de prueba actuados en esta clase de delitos.

Dentro de las pruebas actuadas por la naturaleza de la víctima que es un menor de edad y las teorías de revictimización que buscan su protección, pone límites a las confrontaciones por lo que se debe establecer si esta es una actuación judicial mayoritaria o se excepciona de acuerdo a cada caso.

RESOLUCION DE LOS CASOS

Los resultados del proceso judicial, esto es la resolución de la situación jurídica de un inculpado llega a dos decisiones: sentencias absolutorias o sentencias condenatorias, por lo que se trata de determinar cuál es la proporción de estas determinaciones judiciales.

En la imposición de la pena y obviamente tomando en cuenta la gravedad del delito es necesario determinar si las sanciones de privación de libertad son efectivas o suspendidas.

Se considera que los agresores muestran una patología que requiere ser examinada como parte del tratamiento penitenciario por lo que el artículo 178 A del Código penal establece que se debe imponer en sentencia. ¿Los jueces cumplen con esta disposición legal?

Los medios impugnatorios contra las sentencias condenatorias buscan un resultado, su declaración de nulidad o que sean revocadas, habría que establecer el porcentaje de sentencias condenatorias apeladas y cuál fue el curso de esa apelación en segunda instancia.

Justificación

La investigación se justifica para aportar en el desarrollo de una política de prevención de este sector vulnerable de la población en el Callao.

Metodología

En los problemas planteados tienen una interrelación la investigación jurídica formal y la investigación de campo se emplearán el método deductivo, y el método inductivo, el análisis y la síntesis.

Muestra en el trabajo de campo

El universo de estudio está constituido por los casos tramitados en la Corte del Callao desde el 2004 a la fecha. Habiéndose identificado de un promedio de 2500 expedientes y se han recopilado información de 525 casos siendo esta una muestra representativa de dicho periodo. Se ha empleado los datos del relevamiento estadístico realizado por el Proyecto Belga– UNICEF de la cual fui coordinador para la Corte del Callao. En cuanto a la tabulación de datos y la elaboración preliminar de los cuadros ha sido realizada con el apoyo de la señorita Adriana Sigueñas Méndez, bajo las pautas establecidas por el autor. Luego me he encargado el autor de afinar las tablas estadísticas y realizar el correspondiente análisis.

La finalidad de este trabajo es fijar políticas de prevención que puedan ejecutar la administración pública, y la sociedad civil para proteger a nuestros niños y adolescentes en la Provincia del Callao sin perjuicio que se proyecte a nivel nacional las recomendaciones, sin dejar de vista las diferencias con otros sectores sociales del país.

PRIMERA PARTE

CAPITULO I

EL DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Para entrar a definir los delitos de abuso sexual contra menores es necesario entender desde un marco más amplio que se entiende por delitos contra la Libertad Sexual.

Bien Jurídico.- La libertad sexual es entendida en su doble aspecto: como libre disposición del propio cuerpo sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena y como facultad de repeler las agresiones sexuales de otro. La libertad sexual es vulnerada cuando una persona trata de imponer a otro un acto de contenido sexual en contra de su voluntad empleando violencia física (vis absoluta) o psicológica (vis compulsiva)²⁰⁴, esta última modalidad la asume el Código Penal como amenaza.

Tipo Objetivo.- El delito contra la Libertad Sexual en la legislación penal reconoce al tipo básico en el artículo 170 del Código Penal, que reprime a quien con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

Tipo subjetivo.- Este un delito eminentemente doloso. El sujeto actúa con conocimiento y voluntad.

Consumación.- Cuando el agente logra obtener el acceso carnal en la víctima. La tentativa se configura cuando iniciado los actos de ejecución no llega a la penetración carnal.

DELITOS DE ABUSO SEXUAL

El artículo 173 del Código Penal describe la conducta prohibida en los que el agente coloca como víctimas a los menores de edad, esto es de 18 años para abajo.

Bien Jurídico.- La doctrina reconoce que lo que se tutela es la indemnidad sexual del menor, el derecho que este posee para no ser obligado a tener relaciones sexuales. La indemnidad también se

²⁰⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte Especial. IDEMSA. Tomo I. Lima. 2008. P. 593

le conoce como intangibilidad sexual, como protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores, quienes no han alcanzado el grado de madurez para determinarse sexualmente de forma libre y espontánea²⁰⁵. Otros autores dicen que el objeto de protección en los delitos de abuso sexual de menores es la indemnidad e intangibilidad expresadas en la tutela que le brinda el Estado para que el desarrollo de su sexualidad no se perturbe o altere con prácticas sexuales como la prostitución. De esto se infiere entonces que los menores no tienen libertad para ejercitar su sexualidad y por ello no nos parece adecuado que legalmente se encuentren dentro del bien jurídico libertad sexual. Esto creemos merece una configuración distinta porque aquí podríamos hablar de derechos que posee el menor considerado sujeto de derecho en cuanto le corresponda. ¿El menor tiene libertad? ¿O tiene derechos que estamos todos obligados a proteger? La libertad implica desplazamiento apertura de facultades, en este caso lo se hace es limitar ese desplazamiento de su sexualidad por la razón que el desarrollo de su personalidad vaya acorde con su evolución como ser humano. Entonces los menores no tienen libertad, o en todo caso tienen una libertad limitada que como contrapartida los protege y a medida que van creciendo esa libertad se va ampliando. Ahora la indemnidad o intangibilidad también pueden ser bienes jurídicos de aquellos que no pueden desplegar su libertad para acceder al trato carnal o para impedirlo. Me explico, el ejercicio de la libertad tiene como presupuesto que la víctima esté consciente y en este caso tenemos a quienes tienen enfermedad mental, o aquellos que han sido puestos dolosamente en estado de inconsciencia. Aquí tampoco puede calificarse de delitos contra la libertad sexual.

La intangibilidad sexual es bien jurídico creado por la doctrina italiana para diferenciarla del ataque carnal violento o abusivo en contra la libertad sexual y de aquella que se tutelaba en la conjunción carnal abusiva en agravio de menor previstas en el artículo 512 del Código Penal Italiano. Se consideraba a ciertas personas como intocables sexualmente por sus características especiales, como minoría de edad o demencia o se encontrase en la privación de sentido²⁰⁶.

Lo intangible es lo intocable y sin Libertad sexual o con libertad sexual se tiene que todas las personas son intocables, siendo que los menores no tienen capacidad para disponer; en consecuencia autorizando ellos no se le reconoce ese consentimiento. En cuanto a los que tienen libertad sexual son también intangibles o intocables respecto de su integridad sexual, mientras que no den su consentimiento.

La indemnidad es aquel derecho que tiene una persona para que no se le cause un daño o perjuicio y advertimos que esto en cuanto a los menores de edad un acceso carnal les acarrea prima facie un daño porque perturba su desarrollo sexual. Aun si no existiera violencia o amenaza, el solo acceso carnal ya es considerado un daño. Esto no sucede en los mayores de edad porque un acceso carnal de por si no es un daño, esto es relativo, puesto se convierte en daño cuando ha sido realizado doblegando su libertad mediante amenaza o violencia. La indemnidad es lo que conceptualmente mejor se estima como bien jurídica merecedora de tutela por parte del derecho penal.

La Corte Suprema en el R.N. N° 0458-2003-CALLAO²⁰⁷ del siete de julio de dos mil tres dice respecto a una agraviada que tenía 13 años al momento de los hechos habiendo alegado el agente

²⁰⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. Los delitos de Acceso carnal Sexual. IDEMSA. 2005. p. 183

²⁰⁶ OXMAN VILCHEZ, Nicolás. ¿Qué es la Integridad sexual? Revista de Justicia Penal. Numero 3 setiembre. Santiago de Chile. 2008. p.96

²⁰⁷ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006.

que tuvo relaciones consentidas: *“Que el supuesto consentimiento prestado por la víctima resulta irrelevante para los efectos del presente caso, por cuanto la figura de “violación presunta” no admite el consentimiento como acto exculpatorio ni para los efectos de la reducción de pena, por cuanto en todos estos casos siempre se tendrán dichos actos como violación sexual, dado que lo que se protege es la indemnidad sexual de los menores.”*

Con más claridad en la ejecutoria suprema R.N. N° 878-2005²⁰⁸ Huaura del doce mayo de dos mil cinco se dice: *“...que en los delitos de violación sexual en agravio de menor de edad se protege de manera determinante la indemnidad o intangibilidad sexual- el libre desarrollo sexual del menor en la medida que afecta el desarrollo de su personalidad; por lo que resulta irrelevante su consentimiento como causa de justificación para eximir a su autor de responsabilidad penal.”*

Entonces jurisprudencialmente se acoge el hecho que un menor sexual por más que se alegue consentimiento es víctima cuando se afecta su indemnidad sexual o su intangibilidad no teniendo ellos la capacidad para consentir.

Tipo Objetivo.- El bien jurídico se tutela con la represión de la conducta prohibida descrita en el Artículo 173 del Código Penal. El agente tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad. El acceso no debe entenderse solo como coito vaginal propio de las relaciones heterosexuales sino las vías anal y bucal. El agente puede ser una mujer o un hombre. La forma como está redactada la conducta tiene todavía un rasgo de género puesto que la principal víctima de estos delitos es el sector femenino. Sin embargo también pueden ser menores del género masculino, que pueden ser penetrados por vías anal o bucal. Puede darse el caso de una mujer que tenga acceso carnal con un menor de edad, aquí ya no estaríamos ante vías vaginales, anales o bucales que se entiende desde la perspectiva de la víctima sino que podrían ser víctimas del género masculino aunque víctimas de esta penetración también lo pueden ser las niñas. También debe entenderse que los objetos que se introducen son inertes y en cuanto a las partes del cuerpo son distintas a las genitales que puedan ser penetrados en la víctima.

En estos delitos no se utiliza como medios la violencia o la intimidación porque basta el acto de acceso carnal sobre una menor para que se configure el delito de violación puesto que se parte de una presunción “iuris tantum” que los menores no pueden consentir en ningún caso y si hubiera emitido un consentimiento este se tiene como inexistente.

Los agentes pueden ser hombres o mujeres, si son menores de edad estaríamos ante infractores que debe ser sometidos al fuero de familia. Las víctimas pueden ser menores de ambos géneros.

La Víctima

Existe toda una teoría sobre la revictimización de tal forma que se debe evitar exponer al

²⁰⁸ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

menor varias veces a un interrogatorio que haciéndole recordar lo sufrido. Claro que aquí hay una contradicción lógica porque se parte del supuesto que la víctima ya lo es, entonces sólo queda probar quien es el responsable. ¿Y si la víctima no es realmente víctima? Se entiende que ante situaciones reales de agresión sexual habría la posibilidad que se siga afectando a la víctima pero esta no es la única parte del proceso.

Se trata bajo la protección de la víctima que no se repita la actuación en otra etapa procesal donde tendría que decir lo mismo.

En el Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre Explotación Sexual y Comercial de Niños y Niñas y Adolescentes los Jueces Superiores sobre la Revictimización se hizo la pregunta: ¿La declaración de la víctima prestada ante el Fiscal de Familia, a que se refiere el artículo ciento cuarenta y tres del Código de Procedimientos Penales, tiene la calidad de prueba para los efectos del juzgamiento?²⁰⁹ Y se respondió por mayoría que la declaración de la víctima menor de catorce a dieciocho años de edad prestada ante el Fiscal de Familia si constituye prueba, siempre y cuando no se transgredan las garantías de un debido proceso, debiendo prevalecer el Principio del Interés Superior del Niño y de esta manera evitar la revictimización de la víctima.

Tipo Subjetivo.- Es un delito a título de dolo, el tipo penal no exige la concurrencia de ningún elemento subjetivo adicional como ánimo libidinoso o propósito lubrico para satisfacer deseos sexuales lo que lo convertiría en tipo de tendencia como se advierte en el delito de violación sexual en el Código Penal Español²¹⁰. En el caso peruano puede ser que el instinto sexual el deseo de satisfacerse esté dentro de los motivos; pero también podría darse el caso que el motivo sea simplemente un deseo de demostrar su fuerza contra la víctima expresada en su forzamiento sexual, o que se considere que dentro de una relación de jerarquía el agente se cree superior que la víctima donde podríamos estar en los terrenos de la discriminación.

Abuso De Menor Y Error De Tipo.- En el R.N. N° 2720-2004²¹¹ Callao del diecinueve de octubre de dos mil cuatro se define el error de tipo conforme a la normativa penal y la doctrina que: *“...el error de tipo previsto en el artículo catorce del Código Penal, se configura cuando el sujeto se forma un representación errónea de una circunstancia referida por el tipo penal, sea que se dé por el lado de sus elementos descriptivos o por el de sus elementos normativos, de modo que el agente se puede equivocan en cuanto a la naturaleza del objeto, condición de la víctima, las agravantes o atenuantes específicas.”*

A continuación realizan el examen de la existencia en el caso concreto para arribar a lo siguiente: *“...estando al modo y circunstancias del evento se determina que actuó bajo la creencia de que la menor contaba con quince años de edad, tal como está le había manifestado, versión que ha sido ratificada por la agraviada desde la etapa de la investigación preliminar (...), en su referencial (...) y en el acto oral (...), por lo que en el presente caso estamos frente a la figura del error de tipo que exime de responsabilidad al encausado, siendo de precisar que aún cuando el error*

²⁰⁹ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008. p. 194

²¹⁰ CALDERÓN CERESO, A y CHOCLAN MONTALVO. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Bosch. 2da Edición. Barcelona. 2001.

²¹¹ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

fuese vencible en el caso de autos resultaría impune porque el delito de violación de menor de edad no admite su comisión culposa."

La Corte Suprema en el Exp. N° 1230-2003²¹²-La Libertad del veintitrés de julio de dos mil tres revisó una sentencia recurrida en Nulidad puesto que el impugnante alegaba haber cometido el hecho argumentando que la agraviada aparentaba tener más de quince años, por lo que actuó con error de tipo invencible, debiendo ser absuelto de la acusación fiscal, y que los hechos se cometieron cuando eran enamorados, debiendo en todo caso considerarse su confesión sincera responsabilidad restringida y carencia de antecedentes.

La sala suprema en principio para establecer las edades se basa en un instrumento público como son la partidas de nacimientos llegando a acreditarse que a la fecha del evento que se juzga, la edad de la agraviada, era de trece años y la del acusado dieciocho años de edad. Descarta la teoría de la defensa de error de tipo pues el sentenciado reconoció que conversaba sobre la edad de la agraviada a quien incluso conocía desde hace dos años, cuando cursaba el primer año de secundaria y este dicho que es corroborado por una testigo²¹³

En el Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre Explotación Sexual y Comercial de Niños y Niñas y Adolescentes los Jueces Superiores se planteó la interrogante ¿el desconocimiento de los elementos de tipo objetivo y el desconocimiento de la antijuridicidad en los delitos sexuales, dan lugar al error de tipo y al error de prohibición? ¿Cómo deberían aplicarse estas categorías en un proceso concreto?²¹⁴

Por unanimidad los Jueces Superiores tomaron acuerdo que en los delitos sexuales puede considerarse como eximente de responsabilidad, el error de tipo invencible, en razón de que los delitos sexuales tienen al "dolo" como elemento subjetivo del tipo

Agregan que en los delitos sexuales, el juzgador deberá tenerse en cuenta la personalidad del imputado, evaluando el grado de cultura que le imposibilite tener conocimiento de la norma legal; constituirá juicio relevante del error de prohibición directo vencible, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho delictivo, no ignorando su reproche social. Cuando se alega error de tipo, es de necesidad imperante la aplicación del Principio de Inmediación entre el juez y la víctima.

Consumación.- Cuando el agente logra acceder carnalmente en la víctima en las modalidades previstas. Hay tentativa si la voluntad del agente es tener el acceso carnal.

En el Recurso de nulidad 4737-97²¹⁵ Lima, veinte de octubre de mil novecientos noventa y siete se dice: *"Para efectos de consumación del delito de violación sexual ésta se produce así la penetración haya sido parcial.*

Pueda darse el caso de imposibilidad de consumación tal como se hace referencia en el Recurso de Nulidad 1535-97²¹⁶ HUAURA, nueve de enero de mil novecientos noventa y ocho se

²¹² Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006

²¹³ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006

²¹⁴ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008. p.196

²¹⁵ Idem

dice así: *"Efectuar rozamientos con el miembro viril en el ano de la menor agraviada constituye delito contra el pudor y no violación sexual; al no haberse efectuado una pericia al septuagenario, quien ha puesto de manifiesto su incapacidad para practicar el acto sexual debido a su avanzada edad, existe duda razonable, la misma que le favorece en virtud del principio del indubio pro reo."*

Antijuridicidad.- En estos delitos no se considera ninguna causa de justificación, salvo el caso que se le obligue al agente, si es una violación en grupo a realizar el acto sexual bajo amenaza de ser violentado físicamente, entonces se podría estar ante el miedo insuperable conforme al artículo 20 del Código Penal.

Culpabilidad y error de Prohibición.- En el R.N. N° 2374-2004²¹⁷ Ucayali del cinco de octubre de dos mil cuatro, versa sobre el la capacidad de entendimiento del agente respecto a la ilicitud de su acto, un componente de la culpabilidad y se dice: *"...no es amparable el alegado error de prohibición, si se analiza sus condiciones personales dada por su propia edad (cincuentiocho años), por el hecho de haber tenido prole (seis hijos) antes de vincularse con la víctima, asimismo su nivel educativo (cuarto año de educación primaria)."*

En el R. N. No. 96-2005²¹⁸ Arequipa veinticuatro de febrero de dos mil cinco se considero que el condenado no estaba dentro del error de prohibición por lo siguiente: *"...es de precisar que no se presenta el supuesto de error de prohibición vencible como se ha señalado en la recurrida, estando a que el encausado sabía que su conducta causaba un resultado típico, estando al contenido de su respuesta a la pregunta número siete de su manifestación policial, relativo a su conocimiento que mantener relaciones sexuales con menores de edad se encuentra penado por la ley..."*

Error Culturalmente Condicionado.- Este es una forma de error de prohibición de tal forma que el sujeto por factores antropológicos, culturales considera que su conducta es lícita, por ejemplo una nativo de la selva que tiene relaciones sexuales con una adolescente de 12 años. Desde una perspectiva occidental y cristiana esta es una conducta sancionable pero desde ellos no lo es. Aquí hay que tener un punto de vista relativo, esto es depende del lugar donde se mire y desde el nuestro tenemos que el agente actuó bajo error.

En la ejecutoria suprema R. N. N° 2776 - 2005²¹⁹ Ayacucho, cuatro de octubre de dos mil cinco se declaro Haber Nulidad en una sentencia de colegiado superior que condenaba por delito de Violación Sexual argumentando error de prohibición. Veamos como razona el supremo tribunal en la mencionada ejecutoria: *"...descritas las circunstancias del caso, se tiene que el encausado (...)estaba incapacitado de comprender el carácter delictuoso de su acto porque actuó al amparo de patrones culturales diferentes de los que conforman la base del Código Penal; que, en efecto, el citado encausado reside en el Centro Poblado María Magdalena, anexo de Tintay, del Distrito de Morcolla, en la Provincia de Sucre del Departamento de Ayacucho -que es un lugar que adolece de vías de comunicación y de servicios básicos, y es donde nació y vivía dedicándose a la agricultura-, en el que las costumbres arraigadas difieren de las de la ciudad; que, como se ha expresado, en ese*

²¹⁶ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006.

²¹⁷ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

²¹⁸ Ídem.

²¹⁹ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

lugar es común relacionarse con menores de edad –como una costumbre del lugar, denominada "servinacuy", que (...) siguió con expreso consentimiento de los familiares de la agraviada; que, siendo así, es de concluir que a pesar de haber llevado a cabo un comportamiento calificado como delito por la ley penal, no es posible sancionarlo en atención a que actuó siguiendo su propio sistema cultural, en tanto que el imputado es una persona que, en función a lo alejado y aislado de su Comunidad y a sus pautas costumbres tenía esporádicos contactos con la cultura que expresa nuestro Código Penal, por lo que al encontrarse imposibilitado de comprender la norma en consonancia con sus costumbres, es de aplicación la primera parte del artículo quince del Código Penal".

En el Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre Explotación Sexual y Comercial de Niños y Niñas y Adolescentes los Jueces superiores se formulo el problema de establecer cómo se aplica el error culturalmente condicionado en los delitos sexuales contra menores. Como respuesta por unanimidad se acordó que la determinación de la situación personal del imputado, corresponderá establecer la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes en los delitos sexuales a menores de 14 años; circunstancias atenuantes como es el caso específico de nuestra realidad pluriétnica y pluricultural, que influye externamente sobre el resultado y además se parte de la pertenencia del imputado, a un medio en que predominan costumbres o patrones culturales apartados de la ley penal.²²⁰

Penalidad.- El artículo 173 del Código Penal establece el catalogo de sanciones aumentando la gravedad de las penas en relación inversa con la edad de la víctima. Además la gravedad tiene relación con los vínculos de la víctima con el agresor. La norma dispone:

- "1. Si la víctima tiene menos de diez años, la pena será cadena perpetua.*
 - 2. Si la víctima tiene entre diez a menos de catorce, la pena será no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco.*
 - 3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.*
- Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3 será de cadena perpetua."*

En el Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre Explotación sexual y comercial de Niños y Niñas y adolescentes los Jueces Superiores se plantearon el problema de la penalidad, y precisar si los jueces están facultados para aplicar penas por debajo del mínimo legal cuando no existan atenuantes genéricas ni específicas, en aplicación al Principio de Proporcionalidad, llegando a la siguiente conclusión por mayoría: *"En atención a los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad los jueces están facultados a rebajar las penas por debajo del mínimo legal establecido en la ley, sin necesidad de que concurra alguna de las causales de atenuación de la pena, debiendo motivar su resolución en cada caso concreto."*²²¹

²²⁰ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008. p. 197.

²²¹ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008. p. 193.

También se formuló la pregunta siguiente ¿Cuáles son los casos específicos de agravantes que ameritan sanciones drásticas al máximo posible de la pena? Dando como respuesta unánime: *“Si bien el Código Penal prevé los tipos penales agravados que merecen una sanción punitiva más severa; no obstante para la determinación de la pena a imponer deben adoptarse las reglas de valoración de la prueba y elementos indiciarios pertinentes al caso específico. El juzgador, puede aplicar este criterio en sus resoluciones judiciales, puesto en los delitos contra la libertad sexual — violación sexual de menor de edad o incapaz, la Ley 28704 ha endurecido las penas.”*²²²

La Cadena Perpetua.- Esta máxima pena aplicable a este tipo de delitos cuando son menores de 10 años o cuando la víctima muere o se lesiona gravemente o es tratada con crueldad, tiene detractores puesto que consideran que si los fines de la pena es la “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación del penado, la cadena perpetua es incompatible con estos postulados previstos en el inciso 22) del artículo 139 de la Constitución, Advertimos que en la sentencia **003-2005 - PI/TC del 9 de agosto de 2006** el TC en coherencia con las observaciones realizadas en STC 0010-2002-AI/TC ha declarado su constitucionalidad pero bajo determinados presupuestos. Como posición de principio considera que la cadena perpetua como pena intemporal lesiona la dignidad humana así: *“Este Colegiado considera que la cadena perpetua es incompatible con el principio-derecho de dignidad humana, puesto que detrás de los fines constitucionales de la pena –reeducación, rehabilitación y reincorporación– también se encuentra necesariamente una concreción del derecho-principio de dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal. Precisamente, dicho derecho-principio, en su dimensión negativa, impide que los seres humanos sean tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada persona, incluso la que delinque, debe ser considerada como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía.”*

El TC hace una zanjamiento con las teorías del derecho penal del enemigo que busca la sanción de las personas que al ser absolutamente contrarias al ordenamiento legal, no se requiere que se le reconozcan garantías que si tienen otros ciudadanos que han caído en el camino del delito: *“Por ello, la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho penal del enemigo (cita del TC a JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid: Thomson-Civitas, 2003. pp. 21 y ss); es decir, un Derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación. Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático.”*

²²² *Ibidem*

Pero el TC tampoco considera que no se deban sancionar conductas que dañan bienes jurídicos promoviendo la impunidad y que el respeto a los derechos de las personas no puede llevar a que el derecho penal se convierta en algo sin peso sin eficacia: *“No obstante, ello no quiere decir tampoco que el Derecho penal constitucional se convierta en un Derecho penal “simbólico”, sino que debe responder eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales –que también el Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger– aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. En ese sentido, la cadena perpetua, sin posibilidades de revisión, no es conforme con el derecho-principio de dignidad de la persona humana ni tampoco con los fines constitucionales de las penas. De ahí que la ejecución de política de persecución criminal del Estado se debe realizar, necesariamente, respetando los principios y valores constitucionales así como los derechos fundamentales de las personas. Precisamente, la superioridad moral y ética de la democracia constitucional radica en que ésta es respetuosa de la vida y de los demás derechos fundamentales, y en que en su seno las ideas no se imponen con la violencia, la destrucción o el asesinato. El Estado de Derecho no se puede rebajar al mismo nivel de quienes lo detestan y, con sus actos malsanos, pretenden subvertirlo.”*

Las apreciaciones del TC expresadas en la STC 0010-2002-AI/TC no la hicieron llegar a la conclusión de declarar la inconstitucionalidad de la pena de cadena perpetua, bajo el criterio que las objeciones que suscitaba su establecimiento en el sistema penal podían subsanarse si se introducía una serie de medidas que revirtieran su carácter intemporal y que la sentencia fue de una de mera incompatibilidad en la que se exhortaba al legislador para que realice las modificaciones legislativas pertinentes, haciendo referencias que incluso el Estatuto de la Corte Penal Internacional preveía la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años y que podía ser empleado como referencia para contrarrestar los efectos inconstitucionales de no haberse previsto una fecha de culminación con la pena de cadena perpetua. El Estatuto que forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado mediante Decreto Supremo N.º 079-2001-RE, contempla la posibilidad de disponer la reducción de la pena, la que puede efectuarse sólo después de que el recluso haya cumplido las 2/3 partes de la pena o 25 años de prisión en el caso de la cadena perpetua.

La STC 0003-2005 describe el desarrollo legislativo respecto de la cadena perpetua posterior a la sentencia STC 0010-2002-AI/TC así: *“...el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Legislativo 921, cuyo artículo 1º incorporó la institución de la revisión de la pena de cadena perpetua al cumplirse los 35 años de privación de libertad. Asimismo, el Tribunal observa que en virtud del artículo 4º del mismo Decreto Legislativo 921, se dispuso la incorporación de un Capítulo en el Código de Ejecución Penal, denominado “Revisión de la Pena de Cadena Perpetua”...”*

El procedimiento establecido en el capítulo V del Código de Ejecución Penal respecto de la revisión de la cadena perpetua establece que dicha pena será revisada de oficio o a petición de parte cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad, para lo cual se someterá al interno a exámenes mentales y físicos y se formará un cuaderno, corriéndose traslado al Ministerio Público y a la parte civil. Se precisa además que, en audiencia privada, se actuarán las pruebas ofrecidas, se examinará al interno y el órgano jurisdiccional resolverá, atendiendo a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, a efectos de establecer si se han cumplido los fines del tratamiento penitenciario. El Tribunal Constitucional considera que el régimen

jurídico de la cadena perpetua establecido en el Decreto Legislativo 921 ha salvado las objeciones de inconstitucionalidad y, por ello, cumple lo dispuesto en la STC 0010-2002-AI/TC y constata que el legislador ha introducido diversos mecanismos para hacer que una pena, prima facie, sin límites temporales, como la cadena perpetua, sea susceptible de devenir en temporalmente limitada a través del referido procedimiento de revisión.”

En la jurisprudencia suprema tenemos que en el R.N. N° 3173 -2004²²³ Ucayali doce de enero de dos mil cinco se reformó la cadena perpetua impuesta a un condenado culpable de haber violado a un menor de seis años objetándola por conflicto con principios constitucionales y la modificaron imponiendo 25 años: *“...se debe tener en cuenta que la cadena perpetua atenta contra el principio de humanidad de las penas y el de resocialización, por cuanto, el criterio que subyace en el principio de humanidad cuyo asiento jurídico se encuentra en el artículo primero de la Constitución Política del Estado, es el de permitir la aceptación y el respeto hacia las normas jurídico penales en la medida que la finalidad de las sanciones se base en fundamentos empíricos y no con el afán de causar terror en la población; la pena debe ser vista como un mal dado que es una injerencia coactiva en la esfera de los derechos de un sujeto; el autor de un delito a quien, por lo demás, no se le puede gravar cargas insoportables o permanentes; además de las condiciones personales y culturales del justiciable, la forma y circunstancias de la comisión del evento delictivo, conforme a lo dispuesto por el artículo cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, así como el marco legal establecido en el tipo penal que se le imputa y las atenuantes que concurran al proceso, el principio de proporcionalidad de la pena previsto en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Sustantivo, en la que se debe valorar los efectos del daño causado y el bien jurídico protegido; en ese sentido, es posible modificar la pena impuesta de manera proporcional.”*

Sin embargo en el caso R. N. N° 800-2005²²⁴ Ucayali del nueve de mayo de dos mil cinco en agravio de una menor de 6 años a quien el condenado reconoció haberla tocado pero si hubo contacto sexual por un certificado médico legal, mas la sindicación persistente de la victima sin contradicciones, y la confianza que existía entre ellos sustento que se resolviera No haber Nulidad en la cadena impuesta contra el sentenciado.

Penalidad e Imputabilidad Restringida.- Esta es una suerte de beneficio para aquellos que tienen menos de 21 años y mayor de 18 y además los que tienen más de 65 años de edad. Los niveles de criminalidad en el Callao en casos concretos apuntan a establecer que aquellos que delinquen por ejemplo a los 18 años de edad sin embargo tienen un recorrido en su adolescencia por la senda de la infracción. De todas formas legalmente se considera que se puede rebajar la pena prudencialmente, facultad que tiene el juez conforme al artículo 22 del Código Penal.

Los pronunciamientos de la Corte Suprema son dispares como en el R.N. N° 3508-2005²²⁵ Huaura su fecha veintiuno de diciembre de dos mil cinco que dice que respecto a la invocación de imputabilidad restringida por razón de la edad, es pertinente señalar que en el delito de violación

²²³ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

²²⁴ Ídem.

²²⁵ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

sexual, dicha causa de atenuación de la responsabilidad penal se encuentra excluida, conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal. En otra ejecutorias suprema R.N. N° 2575-2005²²⁶ Cono Norte del veintisiete de setiembre de dos mil cinco al determinarse que el procesado en el momento de los hechos contaba con diecinueve años de edad, es decir con imputabilidad restringida; y es del caso rebajarle aún más la pena impuesta, en cumplimiento al principio de proporcionalidad y fines de la pena, previstos en los artículos ocho y nueve del Título Preliminar y cuarenta y seis del Código Penal; y con las facultades que otorga el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales. Aquí si bien se emplean los principios del Título Preliminar no se examina porque es inaplicable el artículo 22 del Código Penal. En esta misma dirección en la ejecutoria suprema R.N. EXP.N° 1013-2005 Chíncha del veinte de mayo del dos mil cinco ya que dice que la imposición de la pena, la misma guarda proporcionalidad con la gravedad de los hechos, las condiciones personales del procesado, su imputabilidad restringida en razón a su edad, toda vez que a la fecha de comisión de los hechos contaba con dieciocho años de edad.

Con relación a la aplicación del instituto de la responsabilidad restringida artículo 22 del Código Penal que permite reducir las penas a los menores de 21 años y mayores de 18 y mayores de 65 años los Jueces Superiores se pronunciaron que no operaba en tanto permanezca vigente la prohibición legal prevista en el artículo 22 del Código Penal (modificado por la Ley 27024). Una decisión contraria atentaría contra los efectos de la pena²²⁷.

Imputabilidad Restringida En La Jurisprudencia Vinculante De La Corte Suprema.- En el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, transitorias y especial acuerdo plenario N° 4-2008/CJ -116 de fecha Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho relacionado a la Aplicación del artículo 173° 3 del Código Penal se plantearon el problema si es que en los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, y si el segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal que prohíbe la aplicación de la institución de responsabilidad restrictiva colisiona con el derecho fundamental de igualdad ante la Ley. Los Jueces supremos señalaron como antecedente el pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobando una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución. Analizada esta decisión por la especialidad penal de la Corte Suprema se llegó a la conclusión que no constituye precedente vinculante puesto que la Sala Constitucional no siguió el procedimiento establecido en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que el Pleno de Jueces Supremos estableció que los jueces penales están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo. Esta posición de la Corte Suprema en contra de una orientación unificadora de la jurisprudencia lo que hace es dar carta blanca para que los jueces decidan en una u otra dirección por lo que debieron adoptar un pronunciamiento sobre este tópico, vacío que no abona en la seguridad jurídica.

²²⁶ Ídem

²²⁷ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008.p. 195

Precedentes Vinculantes Que Interpretan El Artículo 173 del Código Penal Descriminalizando Conductas En Agravio De Menores De 14 A 18 Años

En el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 se fija como cuestión previa que la sanción a agentes de violación sexual en agravio de mayores de 14 y menos de 18 años es excesiva y que rompe con el principio de proporcionalidad de la pena con el hecho punible. Compara tres tipos penales donde tácitamente se admite que una persona entre 14 y 18 años puede disponer de su sexualidad. Parte analizando el artículo 176 A del Código Penal que sanciona al agente que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170 realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor. Este tipo penal regula en cuanto a sanciones para abajo, mientras menos edad tenga la víctima, mayor es la sanción, dejando vacío el acto contra el pudor de mayor de 14 años y menor de 18 años. De esto se razona que si la persona que está dentro de esos parámetros cronológicos accede a tocamientos quiere decir que lo hace porque tiene facultad para consentir. Si esto no es así entonces ya estamos ante la aplicación del artículo 176 del Código Penal que sanciona a quien sin propósito de tener acceso carnal con violencia o grave amenaza, realiza sobre una persona u obliga a ésta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor.

También fija su razonamiento sobre la conducta descrita en el Artículo 175 del Código Penal modificado por la Ley N° 28251, publicada el 8 de junio del 2004, que describiendo el delito de Seducción reprime al agente que mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Si se aplicara mecánicamente el artículo 173 inciso 3 el tipo penal de Seducción habría desaparecido, sin embargo si una persona es engañada por el sujeto activo entre 14 a 18 años para tener provecho carnal, quiere decir que ella tiene también facultad de consentir dentro de un contexto de engaño.

Otro parámetro normativo que toma como referencia el Pleno de Jueces Supremos es el artículo 179-A.- Usuario-cliente incorporado por la Ley N° 28251, publicada el 08-06-2004. En general el usuario de los servicios de prostitución no tiene sanción con la excepción establecida en el artículo 179-A del Código Penal que reprime a quien mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías siempre que la víctima sea una persona de catorce y menor de dieciocho años. Sin embargo si el usuario realiza actos sexuales a sabiendas que la menor tiene menos de catorce años de edad podría ser encausado como autor del delito de Violación Sexual. La prostitución no es sancionada penalmente y más bien la tiene quienes la promueven como el proxeneta o quien se aprovecha de las ganancias, como el rufián. Sin embargo el artículo 179 A introduce como conducta reprochable el tener sexo pagado con mayor de 14 y menor de 18. De aquí se razona que esta menor que se prostituye está haciendo un acto de disposición de su sexualidad de manera consciente, sino fuera así entonces a la luz del artículo 173 inciso 3) del Código Penal el usuario debería ser procesado por delito de violación sexual.

El Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 *introdujo cuatro pautas de atenuación dentro de los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179° A del Código Penal.*

- Que la diferencia etarea entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.
- Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.
- Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.
- La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

Avanzando en establecer cuándo un menor de 18 años puede disponer de su sexualidad y concluye que es cuando la persona tiene más de 16 amparándose en reglas del Código Civil así: *“...si se asume, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años, y que pasada esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal –que regula la institución del consentimiento- puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse.”*

El Pleno de Supremos entonces establece como regla jurídica que si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre 14 y 16 años de edad se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179° A del Código Penal, dejando incólume la aplicación del 173 inciso 3 en todo su marco punitivo cuando medie grave amenaza y violencia.

1.1.2 Acuerdo Plenario N° 4 - 2008/CJ-116 Aplicación del Overruling, Cambio Del Precedente Establecido En El Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116

La anterior posición fue dejada de lado mediante un overruling por los Señores Jueces Penales de la Corte Suprema con el Acuerdo Plenario N° 4 -2008/CJ-116 de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho en el que al realizar el análisis si la conducta de una persona que ha sostenido relaciones sexuales con un sujeto pasivo mayor de 14 y menor de 18 años es punible, han dilucidado previamente el problema si dicho sujeto pasivo conforme al orden jurídico tiene capacidad para disponer libremente de su libertad sexual. En el Acuerdo Plenario se razona remitiéndose al *Código Civil en sus artículos 44°, 46° y 241°* que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio.

En el IV Pleno de Jueces Supremos se advirtió que en tipos penales clásicos se reconoce la capacidad de consentir a una menor de 14 años citando el artículo 175 del Código Penal que describe el delito de Seducción, esto es cuando la víctima es engañada por el sujeto activo para tener relaciones sexuales. Además se tiene el artículo 176 A Código Penal que sanciona a quien realiza tocamientos indebidos a menores de 14 años mientras que el artículo 176 del Código Penal sanciona actos contra el pudor a mayores de edad siempre que se realice con violencia o grave amenaza concluyendo los señores Jueces Supremos que en una interpretación sistemática

de estas dos normas penales, también se admite que una persona mayor de 14 años puede consentir dichos actos lo que importa una causa genérica de atipicidad. Examinado estos tres tipos penales 175, 176 A y 176 del Código Penal se concluye que para el ordenamiento jurídico penal una persona mayor de 14 años puede disponer de su libertad sexual y en coherencia con su razonamiento el Pleno de Jueces Supremos Penales en el Acuerdo Plenario N° 4 -2008/CJ-116 ha decidido ampliar la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciséis años de edad.

El consentimiento está regulado como exención de responsabilidad penal conforme al artículo 20 inciso 10 del Código Penal. La doctrina tal como lo señala Peña Cabrera²²⁸ afirma que el consentimiento no excluye la tipicidad sino la antijuridicidad porque siempre hay un daño del bien jurídico tutelado penalmente, y pone como ejemplo el caso de lesiones donde el individuo deja consentir que se le ocasione una lesión. Que si bien el IV Pleno de Jueces Supremos en el sexto párrafo del Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho hace referencia al consentimiento como causa de justificación, también en su análisis sistemático de los artículos 176 y 176 A del Código Penal en el octavo párrafo, al concluir que una persona mayor de 14 y menor de 18 años puede disponer libremente de su sexualidad, **se está ante una causa genérica de atipicidad**. Es mi parecer que si la Libertad Sexual no ha sido lesionada, entonces no se tiene al frente una causa de justificación, sino se está ante una causal de atipicidad, y esta última en los procesos en trámite puede ampararse con el primer supuesto de la Excepción de Naturaleza de Acción, que se estima cuando el hecho no constituye delito.

Autoría y participación.- En el Recurso de Nulidad 590-98²²⁹ Lima, treinta y uno de marzo de mil novecientos noventa y ocho se estableció la complicidad primaria de un agente que no habiendo participado de la violación sexual sin embargo había contribuido con la perpetración del delito: *"La conducta delictiva del acusado es la de cómplice primario de delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia, por haber posibilitado con su actitud, al hacer ingerir a la menor agraviada un somnífero a fin de que se duerma, el que sea violada por sus coacusados."*

AGRAVACION DE LA PENA POR VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD SEGUIDA DE MUERTE O LESIÓN GRAVE

El Artículo 173 A modificado la Ley N° 28704, publicada el 03-04-2006 dice que los actos previstos en los incisos 2 y 3 del artículo 173 causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua.

Este es un delito donde el agente actúa bajo dolo directo en el caso de la violación y dolo eventual cuando representándose el resultado de lesión o muerte continua desarrollando la acción típica. La cadena perpetua como sanción se aplica a los supuestos que aparecen en los incisos 2 y 3 del artículo 173 porque la violación de menor de 10 años ya tiene como pena conminada la cadena perpetua.

²²⁸ PEÑA CABRERA Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tercera Edición. Editorial Grijley. Lima. 1997. p. 428-429

²²⁹ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006

También se considera como modalidad aparte el empleo de la crueldad con la víctima haciéndole aparte del vejamen sexual agresiones físicas y mentales de por si innecesarias para consumir el acceso carnal no deseado.

Referencias jurisprudenciales de aplicación de cadena perpetua.- Como pena máxima de nuestro ordenamiento tiene un precedente en el R.N. 4711-97²³⁰ Ica, veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa y siete. En la referida resolución se declaró nulo un extremo de la sentencia de vista ordenando que se realice un nuevo juicio oral porque consideraba que no se había efectuado una debida apreciación de los hechos materia de inculpación, ni se había compulsado adecuadamente la prueba actuada con el fin de establecer fehacientemente la responsabilidad o irresponsabilidad del encausado. La sala suprema reconoce esa forma de resolver declarando nula parcialmente una sentencia superior como una tendencia jurisprudencial justificándose la misma porque si bien tiene conexión con el principio de la unidad del proceso, no es menos cierto que la justicia debe ser pronta y oportuna, al existir en el proceso otro encausado que con arreglo a ley y al derecho ha sido pasible de una sentencia condenatoria, el que no puede perjudicarse por quien no ha tenido un tratamiento conforme a ley; que, por tales razones, y al amparo de los principios de economía y celeridad procesal, la Corte Suprema mediante múltiples Ejecutorias ha establecido que en casos como el presente, la declaración de nulidad debe estar referida única y exclusivamente en la parte cuestionada.

En el R. N. N° 536-2005²³¹ Cusco del veintiocho de abril de dos mil cinco en un caso donde el condenado violó a dos menores de edad de 7 y 8 años, y con la muerte de ellos como resultado del ahogamiento producido por la asfixia de los menores. El sentenciado trató de justificar su conducta por haber estado ebrio y la pericia psicológica dio como resultado que presentaba una personalidad psicopática con rasgos disociales y la suprema consideró que representaba una anomalía psíquica grave, alteración de la conciencia o de la personalidad que afectara gravemente su concepto de la realidad o que no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de sus actos, no presentando las eximentes del artículo veinte del Código Penal de tal forma que confirmó la condena de cadena perpetua. El crimen fue tan grave que definitivamente la pena estaba ampliamente justificada.

CAPITULO II

DELITO DE SEDUCCION DE MENOR

Bien jurídico.- Este tipo penal siendo un delito contra la libertad sexual; reconoce como presupuesto que la víctima quien tiene la libre disposición de ejercerla lo hace inducida por error, esto es una especie de fraude o estafa sexual en la que hay consentimiento en la voluntad sexual pero el agente ha usado medios fraudulentos.

Tipo Objetivo.- Siguiendo la génesis legislativa tenemos que el artículo 175 del Código Penal de 1991 describía la conducta prohibida de seducción cuando el agente mediante engaño, practicaba el acto sexual con una persona de catorce años y menor de dieciocho. La pena era privativa de libertad no mayor de dos años o alternatively prestación de servicio comunitario de

²³⁰ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006.

²³¹ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

veinte a cincuenta y dos jornadas. La Ley N° 26357, publicada el 28-09-94 modificó la norma agregándole otro elemento al acto sexual e hizo referencia al acto análogo. Sucede que hasta ese entonces el acto sexual sólo era entendido como penetración vaginal, y al acto análogo se le entendía al acto contra natura. La Pena fue aumentada a tres años de privativa de libertad y la pena alternativa prestación de servicio comunitario de treinta a setenta y ocho jornadas. La Ley N° 28251, publicada el 08-06-2004 modifica el tipo penal haciendo más explícito lo que se había recogido a partir de la jurisprudencia. Ya no hay referencia exclusiva al acto sexual, sino al mismo pero entendido como acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal. También cuando el sujeto activo introduce objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal. La penalidad aumentó a pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y fue eliminada la pena alternativa de prestación de servicio comunitario. Advertimos el agravamiento de las penas en las modificaciones legislativas para reprimir este delito contra la libertad sexual.

Tipo subjetivo.- La intención final del agente es tener acceso carnal con la víctima, empleando el engaño. Este lo entendemos como una forma de disfrazar la realidad de tal forma que pueda conducir la voluntad de la víctima para sus fines. Esta debe tener entre 14 a 18 años, reconociendo este tipo penal de vieja data, que una persona mayor de 14 años puede disponer de su libertad sexual. No admitir esto es deslizarnos por el delito de violación sexual.

La Ejecutoria Suprema dictada por la Sala Penal Permanente Exp. N° 2118-2002²³² San Martín del veintidós de abril del dos mil tres define el delito de seducción dando énfasis al engaño como elemento descriptivo del tipo. La siguiente Ejecutoria Suprema emitida por Segunda Sala Penal Transitoria en el R. N. No 288-2004²³³ Junín del dos de noviembre del dos mil cuatro también define el delito de seducción y considera que el engaño o fraude perturban la voluntad o vicio del consentimiento de la víctima: *“...se configura cuando mediante engaño se practica el acto sexual u otro análogo con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho; es decir, que el engaño es el medio de que se vale el agente, entendido este como el proceso de perturbación de la voluntad o vicio del consentimiento del sujeto pasivo con el fin de practicar el acto sexual...”*

En las Cortes Superiores había una tendencia jurisprudencial respecto a cómo conceptualizar el engaño. En la ejecutoria superior Expediente 80-98 Lima del trece de mayo de mil novecientos noventa y ocho²³⁴ se dice respecto al engaño: *“...teniendo como instrumento esencial para lograr el yacimiento carnal con él o la agraviada, la utilización del engaño entendido como toda actividad destinada a presentar como verdadero algo falso, capaz de inducir a error respecto a la trascendencia o significación del consentimiento que pudiera brindar...”*

El engaño se manifestaba en alguna oferta que empleaba el agente de tal forma que lograba el consentimiento de la víctima inducida a error en la creencia que este iba a cumplir la promesa. En la misma ejecutoria superior se dice: *“... no se ha acreditado en ningún momento que el encausado haya engañado a la agraviada a fin de mantener relaciones sexuales con ésta, máxime si como se desprende de la declaración referencial de la menor, ofrecida a nivel judicial...en*

²³² Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

²³³ Ídem

²³⁴ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006

ningún momento el inculpado le ofreció matrimonio o le realizó alguna otra promesa que no haya cumplido...”

El consentimiento, como acto voluntario para sostener relaciones sexuales sin algún elemento perturbador, excluye la tipicidad en este delito. En esta línea, en el EXP. N° 5915-97 Lima del veintiséis de enero de mil novecientos noventa y ocho²³⁵ se razona así: *“...que el hecho ha sido admitido por González Turco, quien refiere que mantuvo relaciones con M.C.T. en razón de que ambos se encontraban enamorados y que jamás lo hizo por medio de violencia o engaños, toda vez que, la mencionada menor tenía pleno conocimiento de que el procesado era conviviente de una de sus hermanas; que lo vertido por el inculpado se ha visto corroborado con la propia declaración de la menor M.C.T. a nivel policial (...)quien refiere que efectivamente mantuvo relaciones con el inculpado por voluntad propia y mutuo acuerdo...”*

De igual forma se pronuncia la ejecutoria superior en el Expediente 1411-98²³⁶ Lima del veintitrés de junio de mil novecientos noventa y ocho: *“...no existen mayores evidencias de que el procesado Oscar Elvis Napan Pachas hubiese procedido utilizando la violencia o el engaño, para que la menor Yesenia Elizabeth Doza Tinco aceptara tener relaciones sexuales con él; ya que conforme la misma menor declara (...), ella aceptó voluntariamente tener relaciones con el encausado...”*

El engaño básicamente estaba centrado en ofertar o prometer algo a futuro a la agraviada, a cambio de obtener ventajas sexuales por parte de esta. Así se razona en la ejecutoria superior Exp. N° 1534-98 de Lima del catorce de julio de mil novecientos noventa y ocho: *“...se ha acreditado la comisión del delito instruido así como la responsabilidad del encausado; que, debe de considerarse que en el delito de seducción, el bien jurídico protegido es el libre desarrollo sexual del adolescente comprendido entre los catorce a dieciocho años de edad; entendiéndose que el sujeto activo ha sido el procesado quien a sabiendas de que se trataba de una menor de dieciocho años, pues éste la recogía de su centro educativo con uniforme escolar, bajo la promesa de futuro matrimonio, mantuvieron relaciones sexuales, en diversas oportunidades (...) habiéndose encuadrado la conducta dolosa del encausado dentro de los parámetros requeridos por el tipo penal requerido en el artículo ciento setenta y cinco del Código Penal, al haber éste obrado con dolo y con el ánimo de mantener relaciones sexuales con una menor de edad, a sabiendas de que era casado y que sólo con el engaño de futuro divorcio de su actual esposa y subsecuente matrimonio con la agraviada, ésta accedería a sus requerimientos...”*

Hasta antes de la Ejecutoria Suprema vinculante R.N. N° 1628-2004 Ica del veintiuno de enero de dos mil cinco sobre delito de seducción lo visto anteriormente era doctrina jurisprudencial consolidada a nivel supremo y superior. Desde dos perspectivas una legal y la otra jurisprudencial, el tipo penal de seducción ha sido prácticamente vaciado de contenido. Una, con la aprobación de las leyes que establecen que existe violación de sujeto pasivo mayor de 14 y menor de 18 años sin especificar en el tipo penal la posibilidad del consentimiento. Sin embargo por retroactividad benigna se tiene que siguen aplicándose el tipo penal a los hechos bajo su vigencia. Si desde el legislativo se derogó el delito de seducción, desde la jurisprudencia vinculante Ejecutoria Suprema R.N. N° 1628-2004 se le mutiló, puesto que para que este tipo penal opere se puso como hecho hipotético un supuesto de sustitución de pareja, es decir que la víctima haya sido engañada para tener acceso

²³⁵ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006

²³⁶ Ídem

carnal a partir de presentarse el agente como si fuera la persona que espera la agraviada y así obtener la ventaja sexual. La ejecutoria vinculante considera el engaño como **medio fraudulento** con el que se induce en error a la víctima y se logra el acceso carnal y que el “engaño” no tiene la finalidad de **conseguir el consentimiento de la víctima sino facilitar la realización del acceso sexual**. En contra de las tendencias jurisprudenciales se elimina la promesa como una forma de engaño. Esta posición es cuestionada por el Juez Supremo César San Martín Castro cuando afirma que el engaño en orden a obtener no el consentimiento de la víctima sino a facilitar la realización del acceso sexual no puede aceptarse²³⁷. Que la finalidad del delito de seducción siempre fue tener acceso carnal mediante engaño, incluso en el ejemplo un poco inverosímil que se coloca en la ejecutoria vinculante donde en el fondo hay engaño, para viciar el consentimiento de la víctima, y así lo han afirmado ejecutorias supremas posteriores como la de la Segunda Sala Penal Transitoria R.N. N° 1572-2004²³⁸ Lima del nueve de febrero del dos mil cinco que dice: *“...para que se configure este delito que el agente emplee el engaño y con el vicio, a través del error, el consentimiento de la víctima para realizar el acto sexual; el engaño, por tanto, no debe tener la finalidad de conseguir el consentimiento de la víctima, sino facilitar a través del error la realización de la práctica sexual(...) Que respecto al engaño se tiene que éste debe ser tendiente a viciar el consentimiento del sujeto pasivo; esto es, la víctima presta un consentimiento viciado por el fraude para practicar el acto sexual. En otros términos, para verificarse el delito de seducción es necesario el engaño y como consecuencia de este, el consentimiento viciado de la víctima para realizar el acto sexual análogo...”*

La Ejecutoria Suprema vinculante sobre las promesas, que habían sido tratadas ampliamente en la doctrina jurisprudencial dice: *“Por el contrario, si el agente hace promesas al sujeto pasivo para que este acepte el acceso carnal, y luego dichas promesas no se cumplen, no se dará el delito”*. Claro si alguien ha obtenido acceso carnal con la víctima bajo promesas y estas no se cumplen en un simple razonamiento debemos entender que estas pueden haberse incumplido involuntariamente y obviamente esto no puede constituir delito; pero por la línea seguida por la Ejecutoria Suprema hay promesa cuando el agente sabe intencionalmente que no va a cumplir y sin embargo la emplea para obtener el consentimiento y el consiguiente acceso carnal y esto no constituye engaño.

El hecho fáctico de la sentencia vinculante propuesto en el sentido que el agente se presenta como la persona que esperaba la víctima resulta casi imposible de suceder, salvo que la víctima tenga sus sentidos tan deteriorados que no pueda darse cuenta que con quien tiene acceso carnal no es su pareja. La ejecutoria vinculante ha interpretado el delito de Seducción de tal forma que nos ha dejado un tipo penal limitado, por eso me adscribo a la tendencia jurisprudencial tradicional y considero que esta ejecutoria debería replantearse o seguirse el camino del apartamiento. Con las interpretaciones del III y IV Pleno de Jueces Supremos del artículo 173 del Código Penal que reconoce a las mayores de 14 años la facultad de disponer de su libertad sexual, recobra cierta vigencia el delito de Seducción; pero siempre bajo los parámetros de la sentencia vinculante R.N. N° 1628-2004.

²³⁷ SAN MARTÍN CASTRO Cesar. Delitos sexuales en agravio de menores (aspectos materiales y procesales) en delitos contra la Libertad sexual y delitos contra la Familia. Poder Judicial de Perú y Banco Mundial - Proyecto de Mejoramiento de Justicia. Perú.2007. p. 26

²³⁸ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

Los Jueces Superiores equivocadamente en el Pleno realizado el 10 y 11 de agosto de 2007 dieron una respuesta a la pregunta si delito de seducción previsto y penado por el Art. 175° del Código Penal ha sido derogado tácitamente por el Inc. 3° del Art. 173° del citado Código, pues no sería relevante el engaño cuando el acceso carnal se produce en agravio de menor de entre 14 y 18 años de edad. La respuesta fue por unanimidad que el *delito de seducción no había sido derogado tácitamente por el inciso 3° del Artículo 173° del citado Código, porque son dos tipos penales distintos, con elementos normativos diferentes, para el caso del Artículo 175° debe mediar el "engaño", así lo señala expresamente dicho artículo*²³⁹

Si la norma señalaba que había violación sexual en agravio de una menor de 18 años y mayor de 4 le estaba reconociendo su incapacidad para desarrollar su sexualidad con libertad, en consecuencia se establecía allí su derecho a la indemnidad, entonces el engaño sería irrelevante por lo que consideramos que el 173 inciso 3 derogó tácitamente este delito. El asunto era determinar los casos que estaba bajo dicha norma y por aplicación de la norma vigente y más favorable al reo el delito de seducción hasta antes de dicha modificatoria se mantenía vigente.

Aplicación de determinación alternativa de la pena.- En el Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre explotación sexual y comercial de Niños y Niñas y adolescentes también se planteó la pregunta: **¿Es posible para el Magistrado aplicar el Principio de Determinación Alternativa en los casos denunciados como Seducción y asociar el tipo penal más apropiado?** *"Por unanimidad se acordó que no es posible, aplicar el Principio de Determinación Alternativa por cuanto el Tribunal Constitucional ha declarado "inconstitucional su aplicación"; no obstante existen la figura de la DESVINCULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL, que está normada en el Artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales.*²⁴⁰"

El TC no ha declarado necesariamente inconstitucional la aplicación de la determinación alternativa sino que está en la forma que se estuvo ejecutando lesionaba derechos fundamentales de los procesados al limitar su derecho a la defensa. Debe tenerse en cuenta que por esa razón se reformó el Código de Procedimientos Penales agregando el artículo 285 – A.

CAPITULO III

DELITO DE ACTOS CONTRA EL PUDOR

Bien Jurídico.- ¿Que se entiende por pudor?, el diccionario señala que el pudor es la vergüenza que siente una persona al haber sido tocada en sus partes íntimas, y estamos pues ante una apreciación subjetiva de la víctima. Para otros el pudor en el sentido normativo implica que la sociedad establece reglas sobre ciertos comportamientos que traspasados sin el consentimiento de la víctima constituye delito en agravio de los valores de la sociedad. El pudor definitivamente es un concepto histórico y su contenido va a estar determinado por los valores dominantes.

²³⁹ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008.p. 195

²⁴⁰ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008.p. 195

Tipicidad Objetiva.- Artículo 176-A.- Actos contra el pudor en menores

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170 realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años.

2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años.

3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o el acto tiene un carácter particularmente degradante o produce grave daño en la salud, física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad. (Modificado por la Ley N° 28704, publicada el 03-04-2006)

Tipicidad Subjetiva.- Este delito es a título de dolo esto es que se hace sin necesidad de ir al contacto carnal con la víctima. El tocamiento basta para sublimar la conducta lasciva del agente. En el EXP. N° 7512-97 Lima del diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y ocho Sala penal Superior de Lima se dice: "*Un beso dado en la mejilla de la agraviada por el procesado, no evidencia propósito libidinoso*"²⁴¹. De esto se advierte que tiene que existir un propósito lascivo de satisfacción del agente, sin necesidad de contacto carnal.

Aquí podría operar el error de tipo si el agente pensaba que la menor tenía más de 14 años.

Consumación.- En el EXP. N° 6815-97²⁴² Lima del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho Sala penal Superior de Lima: "Al haberse *probado* y habiendo reconocido el procesado que efectuó tocamientos en el pecho de la menor, se acredita el delito y la responsabilidad penal del procesado." Al hacer referencia a los pechos se esta refiriendo a los senos que son partes íntimas del cuerpo de una mujer.

Antijuridicidad.- No hay causa de justificación razonable salvo que la persona sea obligada por otro bajo amenaza y no pueda resistirse.

Culpabilidad.- Si conocía de la ilicitud de su conducta el agente debe ser declarado responsable.

Aplicación de la determinación alternativa.- En el R.N N° 96-99²⁴³- Lima, dos de junio de mil novecientos noventa y nueve se adecuó la conducta original del condenado por delito de violación

²⁴¹ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006

²⁴² Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006

²⁴³ Ídem

sexual al delito de actos contra el pudor razonando de esta manera: “...no se ha acreditado fehacientemente el delito investigado, tanto por las versiones contradictorias en que ha incurrido la agraviada cuanto por el resultado del examen médico legal (...), que no guarda coherencia con la incriminación al establecerse en dicho documento que la menor agraviada no presenta ruptura del himen ni lesiones de ninguna índole en la zona perineal u otras complicaciones como el destrozado de la cavidad vaginal que supone una violación sexual en repetidas oportunidades por parte de un adulto a una menor de cinco años, época desde el cual el encausado habría iniciado abusar sexualmente a la menor hasta los once años de edad, debiendo agregarse a ello que los hechos han sido denunciados en forma tardía después de más de cuatro años de la supuesta última violación (...) que, por el contrario de las declaraciones del justiciable tanto a nivel policial como judicial se infiere que éste habría sometido a tocamientos deshonestos conforme lo ha admitido expresamente, lo que configura el ilícito previsto en la última parte del artículo ciento setenta y seis A del Código Penal, (...) por lo que es del caso variar el tipo penal en estricta aplicación del principio de determinación alternativa...”

Formas agravadas en este delito.- El Artículo 177 modificado por la Ley N° 28704, publicada el 03-04-2006 establece las Formas agravadas y su relación con otros delitos, incluido el de Actos contra el Pudor de menor (Art. 176 A). Para este delito señala que si los actos cometidos causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado la pena es no menor de 20 ni mayor de 25 años y si procedió con crueldad, la pena privativa de libertad será no menor de 10 ni mayor de 20 años.

RESPONSABILIDAD CIVIL ESPECIAL

El artículo 178 del Código Penal establece que en los casos de abuso sexual el agente será sentenciado, además, a prestar alimentos a la prole que resulte, aplicándose las normas respectivas del Código Civil.

El niño nacido de un acto contra la libertad sexual tiene el derecho a subsistir por lo que es de justicia que el agente tenga que darle una pensión de alimentos a efectos de garantizar su desarrollo

La ejecutoria superior Exp. N9 98-2645²⁴⁴ de Arequipa, mil novecientos noventa y nueve, marzo, treinta y uno dice: “Con la realización de actos sexuales del inculpado con una menor, se configura el delito de violación de menores Al haberse concebido un hijo como fruto de la violación, procede que el juez penal señale una pensión de alimentos.”

Sobre este tema en el Pleno de Jueces Superiores sobre abuso sexual del 2007 se plantearon las siguientes interrogantes: En los casos de delitos contra la libertad sexual, cuando existe prole, ¿Prima el interés superior del Niño producto de la violación a recibir una pensión de la víctima a la reparación, al castigo del agente por el delito cometido? ¿Cómo conciliar el conflicto que **surge entre los intereses superiores de la prole y de la propia víctima**?

Por unanimidad contestaron que si bien se ha reparado el daño sufrido por la víctima con la

²⁴⁴ Tendencias jurisprudenciales de las Cortes Superiores. Serie Jurisprudencia 4. Edit. Academia de la Magistratura Lima. 2000. p. 156

imposición de una reparación civil, el fallo no dispuso tutela alimentaria a favor del concebido producto de la violación inaplicando así lo dispuesto en el artículo 178° del Código Penal. Por otro lado, en abstracto se ha llegado a determinar que la reparación que percibe la víctima del abuso sexual tiene una connotación distinta a la que tiene que percibir la prole, y si bien es cierto en el fondo ambas tienen connotación patrimonial, la reparación que recibe la víctima es restaurativa y la pensión alimentaria que recibe la prole es eminentemente tuitiva que se otorga como derecho fundamental a la vida y genera otros derechos también tutelables. En consecuencia la reparación civil a la víctima y la pensión alimentaria a la prole no son conciliables²⁴⁵

Esta me parece propia de una discusión bizantina, toda vez que para que haya conflicto tendría que generarse una contradicción. Aquí se tenía el entendido que la reparación civil se contraponía a la pensión. La pensión es un derecho inalienable e irrenunciable y que además tiene una prescripción legal, que se traslada al patrimonio del agente a quien se le considera padre porque es su obligación independientemente de la comisión del delito o no. La reparación civil corresponde al daño causado a la víctima en el caso concreto es a la madre del niño nacido como producto de la violación, por eso señalar que es inconciliable me parece que no tiene mucho sentido práctico.

TRATAMIENTO TERAPEUTICO AL AGENTE DE ABUSO SEXUAL

El artículo 178 A fue introducido en el Código Penal por la Ley N° 26293, publicada el 14-02-94 y contempla que el condenado a pena privativa de libertad efectiva por los delitos de abuso sexual de menor, previo examen médico o psicológico que determine su aplicación será sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social. Si existiera suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio, el juez dispondrá la realización de un examen médico y psicológico al condenado, para los efectos a que se refiere el párrafo anterior. El sometimiento al tratamiento terapéutico será considerado como regla de conducta. Sobre este aspecto se debe tener en cuenta que la reserva de fallo condenatorio es imposible imponerlo toda vez que por la gravedad de los delitos las penas están por encima de los 3 años que exige el artículo respectivo.

Los beneficios penitenciarios de semilibertad, liberación condicional y redención de la pena por el trabajo y la educación, y el derecho de gracia del indulto y de la conmutación de la pena, no pueden ser concedidos sin el correspondiente informe médico y psicológico que se pronuncie sobre la evolución del tratamiento terapéutico.

En el Establecimiento Penitenciario del Callao entrevistado el psicólogo encargado del área señaló que allí sólo se daba tratamiento psicológico y ni siquiera individualmente sino en grupo por escasez de personal; y el terapéutico que implica un tratamiento psiquiátrico pocas veces era hecho porque sólo hay un profesional para atender a dichos internos de penales de lo que se infiere que por más que se ponga esto en la sentencia no tiene efecto práctico.

²⁴⁵ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008.p. 201

La Corte Suprema en el R.N. N° 0458-2003²⁴⁶ -Callao del siete de julio de dos mil tres ante la omisión del tratamiento terapéutico ordenaron integrar la propia sentencia, disponiendo que al procesado se le practique el tratamiento terapéutico que contempla el artículo ciento setenta y ocho A del Código Penal.

Por otro lado en el EXP. N° 1230-2003²⁴⁷-La Libertad del veintitrés de julio de dos mil tres ante la omisión de la sentencia recurrida de fijar tratamiento terapéutico dice que también se puede subsanar. En esta línea también está el R.N. N° 904-2003²⁴⁸ Santa del cinco de agosto de dos mil tres se fija la base legal para integrar en la sentencia superior la omisión del tratamiento terapéutico que es *penúltimo párrafo del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales*.

CAPITULO IV

EL DELITO DE PROXENETISMO.

Bien Jurídico.- En esta clase de delitos está de por medio la Libertad Sexual que implica que la persona disponga de ese derecho, esto es tener relaciones sexuales con la persona que ella elija con finalidad lucrativa, sin embargo es afectada cuando hay alguien detrás que usa medios ilícitos para obligarla y esto va desde los violentos, intimidantes hasta la persuasión. La prostitución no es sancionada salvo intervención de la autoridad administrativa por razones de salud pública. Sin embargo tácitamente la sociedad y el legislador no ve con buenos ojos la prostitución por eso para desincentivar se reprime al tercero que la promociona o favorece.

Tipo Objetivo.- El agente conforme al artículo 179 del Código Penal busca una finalidad concreta: promueve o favorece la prostitución la que lleva implícita una retribución económica a la víctima con quien se tiene acceso carnal. La sanción es pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años

Las agravantes las tenemos cuando la víctima tiene menos de 18 años de edad. Atendiendo a las modulaciones realizadas por el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de La Corte Suprema en su Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 Referidas a la Aplicación del Artículo 173°. 3 Del Código Penal Del dieciocho de julio de dos mil ocho que ha establecido como criterio que un menor de 18 y mayor de 14 años puede disponer de su libertad sexual, en este caso para fines lucrativos, pero si son menos de 14 años aparte de ser proxeneta el sujeto activo estaría incurso en instigador del delito de Violación Sexual y como autor inmediato el usuario de la menor de edad.

Otra agravante se refiere a los medios: el autor emplea violencia, engaño, abuso de autoridad, o cualquier medio de intimidación de tal forma que doblegue la voluntad de la víctima que frente a dichas agresiones no le quedaría otra cosa que someterse a accesos carnales atentando contra su libertad sexual.

La víctima se encuentra privada de discernimiento por cualquier causa. ¿Que se entiende por discernimiento? **Discernimiento**, es el "juicio por cuyo medio" ó "por medio del cual percibimos

²⁴⁶ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital.2005-2006

²⁴⁷ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital.2005-2006

²⁴⁸ Ídem

y declaramos la diferencia que existe entre varias cosas". Lo que implica tener "criterio", es decir; una norma, modelo de valores, ó principios considerados una autoridad moral; como tradiciones, filosofías, ó preceptos; culturales, sociales, ó religiosos; para conocer la consecuencia o inconveniencia de las cosas (Ver <http://es.wikipedia.org/wiki/Discernimiento>)

El autor es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o es cónyuge, concubino, adoptante, tutor o curador o tiene al agraviado a su cuidado por cualquier motivo

La víctima ha sido desarraigada de su domicilio habitual con la finalidad de prostituirla o está en situación de abandono o de extrema necesidad económica.

El autor haya hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida por lo que en este supuesto estamos ante un delito de peligro abstracto.

Si el agente actúa como integrante de una organización delictiva o banda.

Tipo Subjetivo.- Esta es una conducta prohibida eminentemente dolosa.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Al respecto de este tipo penal cito las siguientes ejecutorias superiores que nos ilustran del comportamiento típico del proxeneta: *"... el delito de Proxenetismo, previsto y sancionado en el artículo ciento setenta y nueve del Código Penal, sanciona no la prostitución sino las actividades conexas a ella, efectuadas por otras personas que sirven de mediadores o encubridores, en tal sentido el favorecer se describe como la conducta destinada a allanar obstáculos que se presentan en el curso de la actividad ya establecida para que se continúe ejerciendo, de otro lado, necesariamente para que se configure el delito tiene que existir el elemento subjetivo del tipo penal, consistente en el ánimo de lucro, materializado en la intención de obtener cualquier beneficio material de esta actividad, consistente o no en sumas de dinero. Sala Penal de Lima **EXP. N° 7903-97** Lima, ocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho."*²⁴⁹

Una recurrencia en este tipo de delitos se da cuando las personas cuya prostitución se promueve no van a la etapa judicial a declarar respecto al agente o sujeto activo que realiza el tipo penal de proxenetismo quedando impune muchas veces por esta razón. Así se advierte de la siguiente ejecutoria superior: *"Que, de la atenta revisión de autos se advierte que los elementos incriminatorios contenidos en las investigaciones policiales que (...), que dieron lugar a la denuncia fiscal (...) como al auto de apertura de instrucción (...), no han sido corroborados durante la investigación judicial por ninguna de las pruebas actuadas en autos, máxime si los encausados han negado participación alguna en los hechos imputados, en sus respectivas declaraciones (...); Que, las presuntas meretrices intervenidas no han concurrido a ofrecer sus correspondientes declaraciones existiendo únicamente la sindicación efectuada por la Policía Nacional, y conforme reiterada Jurisprudencia Penal ha establecido: la sola incriminación o sindicación, en este caso a*

²⁴⁹ En Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006.

*nivel policial, no es suficiente en absoluto para dictar condena. EXP. N° 8429-97. Lima, tres de junio de mil novecientos noventa y ocho*²⁵⁰.

La siguiente es una sentencia Distrito Judicial de Ucayali Exp. N° 79-97 Pucallpa, dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y siete.-donde conforme a criterios de gravedad las víctimas son menores de edad lo que implica la severidad de la pena: " ...de los actuados se desprende que la culpabilidad de los encausados (...) por el delito de proxenetismo se encuentra plenamente acreditado, hecho que se agrava por la circunstancia que el proxenetismo se realizaba con menores de edad, conforme se corrobora con las declaraciones de la menor agraviada JHR, con la declaración de la agraviada IMTR, así como con la declaración instructiva del procesado Luis Eduardo Díaz Mejía; Segundo.-Que la negativa del procesado Luis Enrique García Bambaren debe tomarse como medio de defensa, máxime si se tiene en cuenta que al realizarse la confrontación correspondiente con la agraviada MTR, ésta se ratifica ante sus declaraciones prestadas en el Juzgado, refiriendo que el acusado referido le hizo trabajar como meretriz en el Bar las Delicias; y, además, este hecho se corrobora con la intervención, realizada por la Policía Nacional, quienes al realizar el acta de constatación Y registro del Bar Las Delicias, encontraron en ella a la menor JHR de quince años de edad quien manifestó en dicho acto dedicarse al meretricio para "Walter" a quien pagaba una suma de dinero por cada cliente..."²⁵¹

PROXENETISMO IMPROPIO

Bien Jurídico.- Existe este otro tipo de proxenetismo en el que la finalidad no es exactamente lucrativa sino sexual. Aquí también se afecta como bien jurídico la libertad sexual porque la víctima es entregada a otra persona, y el agente emplea diversos medios para que un tercero se aproveche carnalmente de ella.

Tipo Objetivo. El artículo 181 del CP establece la conducta y los medios:

Se reprime a quien Compromete, es decir que logra que la víctima asuma un compromiso; Seduce, en este caso la persuade con engaños, o la Sustraer, esto significa que el agente extorna a la víctima del lugar donde domicilia. La finalidad es entregar a la agraviada a otra persona con el objeto que tenga acceso carnal. La Sanción Penal es pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Las conductas agravadas son:

1. La víctima tiene menos de dieciocho años.
2. El agente emplea violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio de coerción.
3. La víctima es cónyuge, concubina, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o si está a su cuidado.

²⁵⁰ En Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006.

²⁵¹ Tendencias jurisprudenciales de las Cortes Superiores. Serie Jurisprudencia 4. Edit. Academia de la Magistratura Lima. 2000. p. 186

4. Si el agente actúa como integrante de una organización delictiva o banda.
5. La víctima es entregada a un proxeneta.

En estos supuestos la sanción es pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años.

Tipo Subjetivo.- El agente actúa con dolo, esto es que realiza la conducta objetiva a sabiendas que va a entregarla a otro para que la víctima tenga acceso carnal.

EL USUARIO EN EL DELITO DE PROXENETISMO

En general el usuario de los servicios de prostitución no tiene sanción con la excepción establecida en el artículo 179-A del Código Penal que reprime a quien mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías siempre que la víctima sea una persona de catorce y menor de dieciocho años. Sin embargo si el usuario realiza actos sexuales a sabiendas que la menor tiene menos de catorce años de edad podría ser encausado como autor del delito de Violación Sexual.

Se reprime con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

En el Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre explotación sexual y comercial de Niños y Niñas y adolescentes se planteó el siguiente problema: ¿El **Delito Sexual** denominado usuario — cliente previsto y penado por el artículo 179 — A del **Código Penal**, ha sido derogado tácitamente por el inciso 3° del Art. 173° **de dicho cuerpo legal**, pues el acceso carnal **con menor** entre 14 y 18 años de edad, es reprimido incondicionalmente siendo irrelevante si se remunera **o no al sujeto pasivo**? Se contestó por unanimidad así: *“El artículo 179 — A del Código Penal, no ha sido derogado por el inciso 3 del Art. 173 de dicho cuerpo legal, porque contemplan dos tipos penales propios, cuyos elementos objetivos - normativos y subjetivos son diferentes en cada uno de los tipos penales, estamos ante un concurso aparente de leyes, por tanto seguirá vigente la ley especial, es decir el artículo 179 - A y el artículo 175 del Código Penal.*

El artículo 179-A solo pudo ser derogado de manera expresa por la norma (Ley 28704) que se promulgó con posterioridad a la Ley 28251. Para que se efectivice la derogatoria ficta, debería haber coincidencia plena de los dos tipos penales en comento, lo que no ocurre con los artículos en comento, pues en el Artículo 179 - A del Código Penal se ha introducido un elemento normativo distinto referido a la "prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza".²⁵²

La prestación económica en el contexto de la interpretación literal del Art. 173 inciso 3 es irrelevante porque en principio el tema de fondo es si una menor de 18 y mayor de 14 tenía capacidad de disponer sexualmente. Esta norma prácticamente había sido derogada puesto que la norma estaba subsumida en un presupuesto básico que es la incapacidad de disponer de su sexo, si esto es así el cobro de dinero es no sustancial.

²⁵² Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008. p. 195

CAPITULO V

EXHIBICIONES OBSCENAS

Bien Jurídico.- Lo que se tutela son exigencias morales de la sociedad y de las personas. Es una afectación al Pudor, que es un sentimiento de vergüenza ante demostraciones sexuales no deseadas. Sobre el Pudor Publico se dice que es “un valor social que se da en la comunidad y, en la medida en que esa comunidad lo entiende, se proyecta a los individuos que la componen...”²⁵³

Tipo objetivo.- El artículo 183 del Código Penal describe así las conductas de Exhibiciones y publicaciones obscenas:

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años el que, en lugar público, realiza exhibiciones, gestos, tocamientos u otra conducta de índole obscena. En cuanto a agravantes tenemos el inciso 1) si el agente muestra, vende o entrega a un menor de dieciocho años, por cualquier medio, objetos, libros, escritos, imágenes, visuales o auditivas, que por su carácter obsceno, pueden afectar gravemente el pudor, excitar prematuramente o pervertir su instinto sexual, y 2) el que incita a un menor de dieciocho años a la práctica de un acto obsceno o le facilita la entrada a los prostíbulos u otros lugares de corrupción. La sanción es pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Nos interesa para fines del trabajo el inciso uno y dos donde hacen referencias a menores de 18 años. Desde la posición que un mayor de 14 años hasta los 18 tiene capacidad de consentimiento, tenemos que en aras de la correcta aplicación de la norma desde una apreciación sistemática conforme al IV Plenario Vinculante de Jueces Supremos se tendría que considerarse por lo menos atenuantes

Tipicidad subjetiva.- Este tipo de delitos es doloso, esto es que el agente actúa con conocimiento y voluntad.

Antijuridicidad.- Desde este plano es inadmisibile alguna causa de justificación.

Consumación.- Cuando el agente muestra, vende o entrega información de carácter obsceno, o incita, o favorece el acceso a la prostitución.

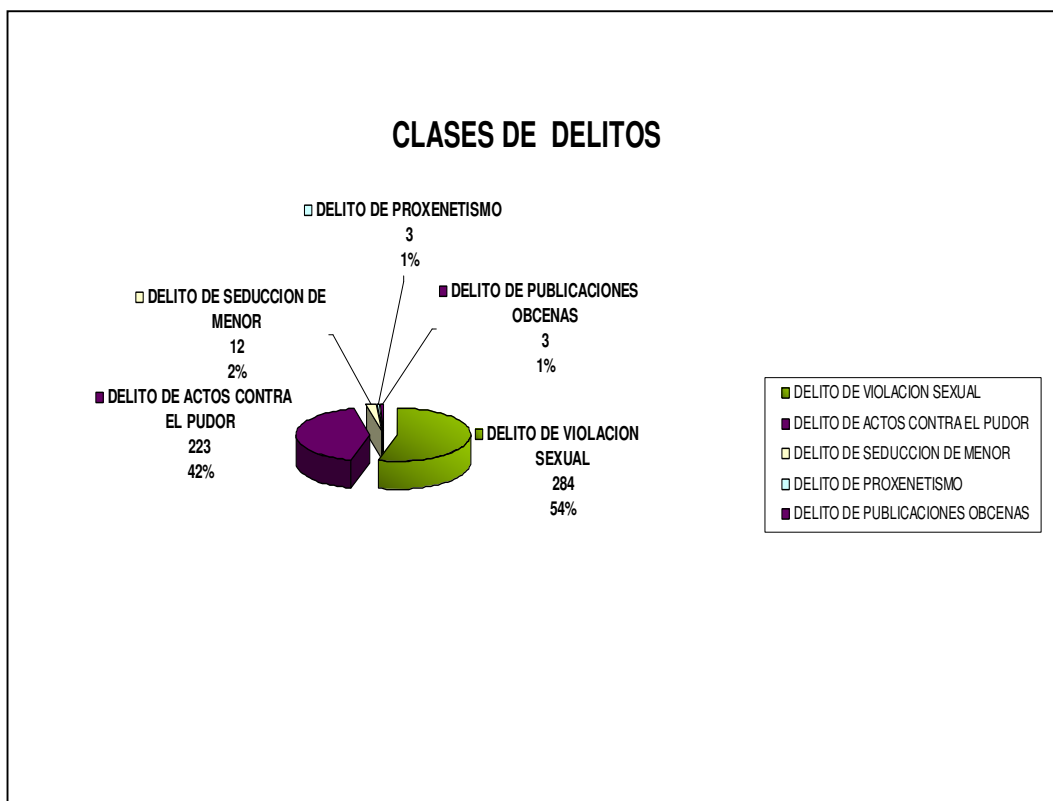
SEGUNDA PARTE

CAPITULO I

PERFILES PSICOLÓGICOS, LABORALES, EDUCATIVOS Y SOCIALES DE AGRAVIADOS Y VÍCTIMAS

1.- Clases de delitos de abuso sexual y su incidencia en menores.

²⁵³ EDWARDS, Carlos Enrique, “Delitos contra la Integridad sexual”, Ed. Depalma, Bs. As., 1999, Pág. 86 con cita de CREUS, Carlos, “Derecho Penal”, Parte especial, Astrea, Bs. As., 1998, t. I, Pág. 240

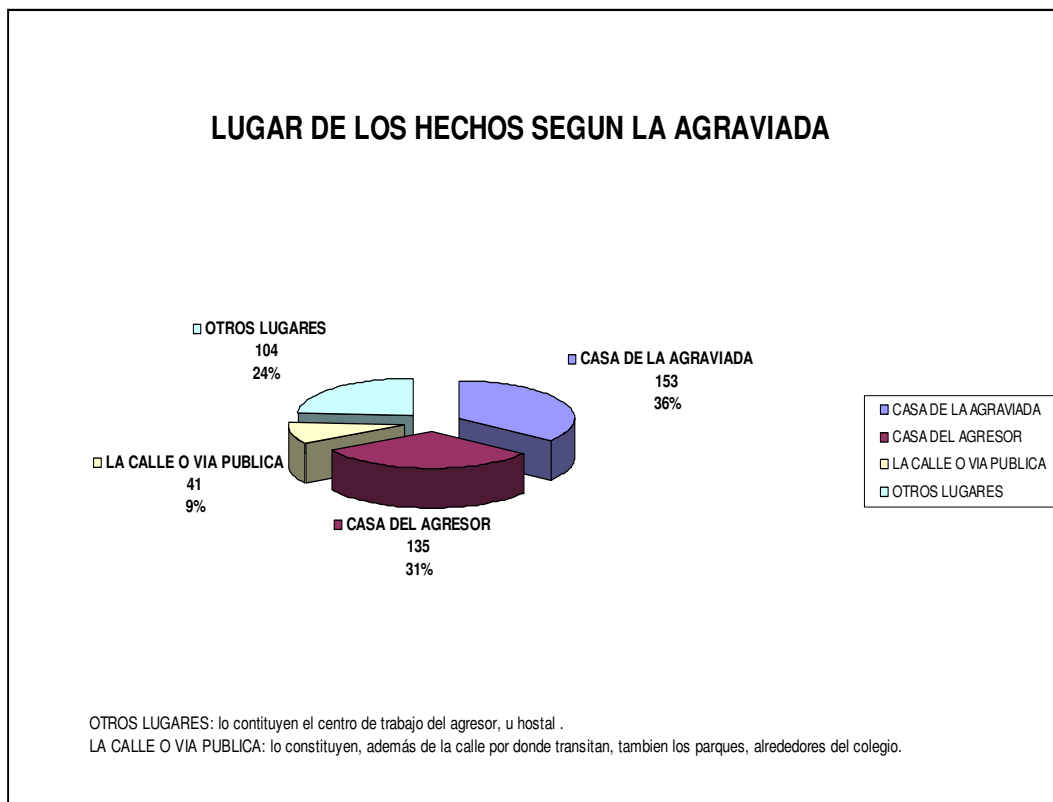


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

Según el cuadro tenemos que el delito de violación sexual o abuso de menores es más del 50 % de los expedientes estudiados. Esto es el 54%, mientras que los delitos contra el pudor ocupa el segundo lugar con 42 %. El delito de seducción apenas llega al 2 % en este año y proxenetismo y publicaciones obscenas relacionadas con menores es de 1 % apenas. Entonces los atentados contra la indemnidad de los menores en su modalidad de violación y actos contra el pudor suman el 96 % de la muestra analizada.

2.- Lugar donde se realizó el ataque sexual

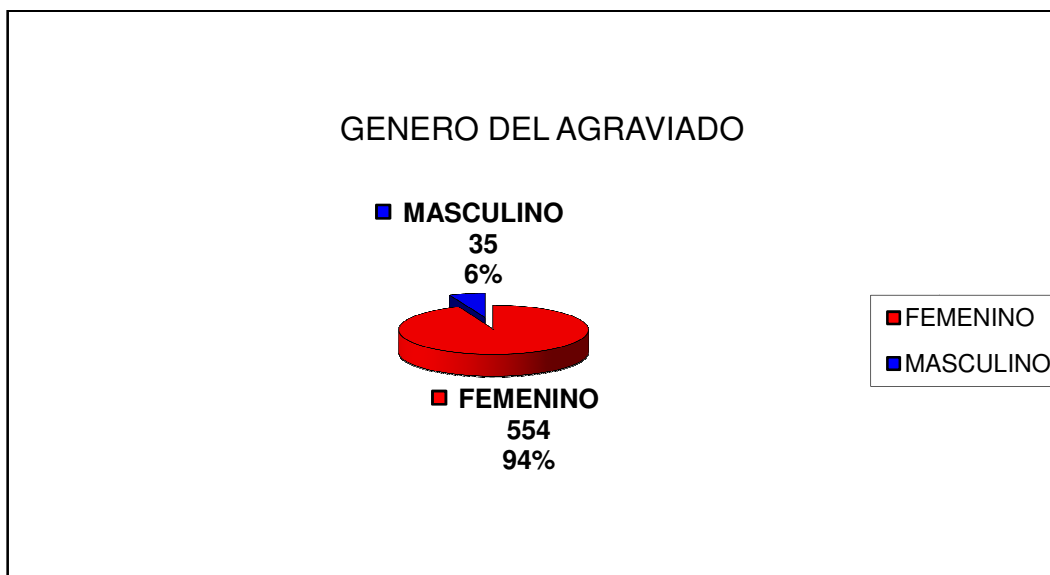


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

Es de advertirse en el cuadro que el abuso sexual se produce en el domicilio de la agraviada registrando un 36 %, mientras que la casa del agresor lo constituye el 31 %. Una tercera opción que emplea el agresor, y constituye un 24 % es el centro laboral o los hostales, mientras que en la vía pública son sorprendidas las víctimas para hacerlas sufrir el acto sexual que puede ser la calle, parques o zonas aledañas a colegios. Si sumamos la casa del agresor y la de la agraviada el porcentaje llega al 67 %, esto quiere decir que por lo menos entre el agresor y la agraviada hay algún tipo de confianza que posibilita la agresión sexual.

3.- Género del agraviado en estos delitos

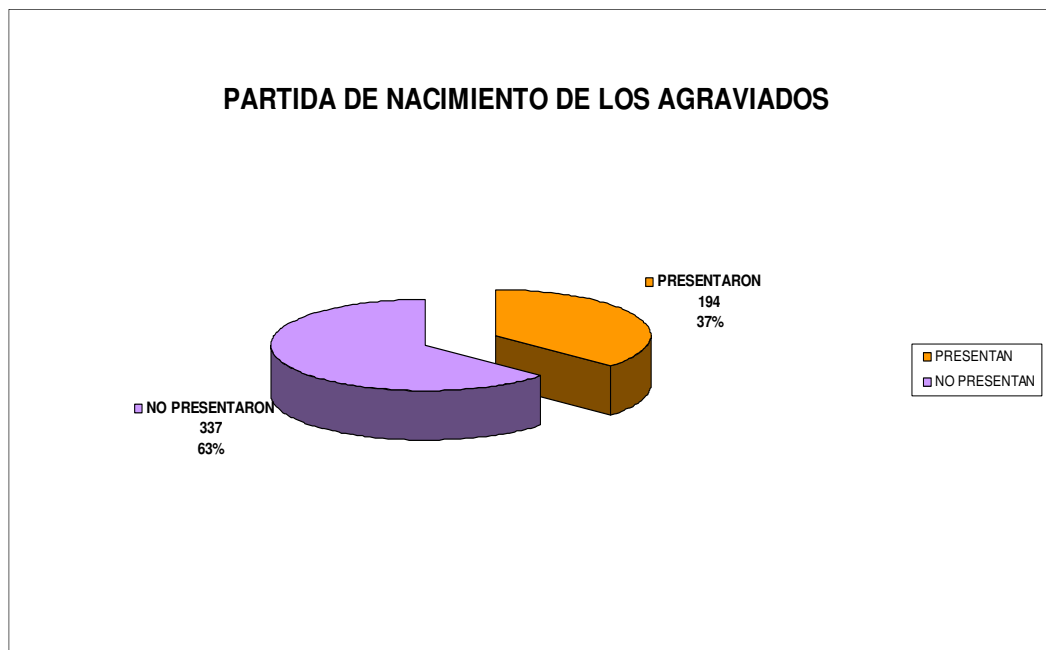


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

Con este cuadro podemos constatar que el 94 % de víctimas lo constituyen del género femenino y el 6 % el masculino. De aquí la importancia de emplear los mayores esfuerzos para tutelar a este género que deviene históricamente en el sector agredido por este tipo de delitos, las campañas de prevención y difusión focalizando en los hogares y en los centros de estudios. Esto significa que se debe hacer esfuerzos compartidos para reprimir a los agentes de este tipo de delito. Esto guarda relación con el género mayoritario del agresor sexual que son hombres como lo veremos más adelante. Por qué razones este es el género de mayor impacto y consideramos que tiene que ver con la discriminación que ha sido objeto, de tal forma que al ser minimizada como ser humano es visto por el agresor sexual casi como un objeto.

4.- La inscripción de nacimiento de los agraviados.

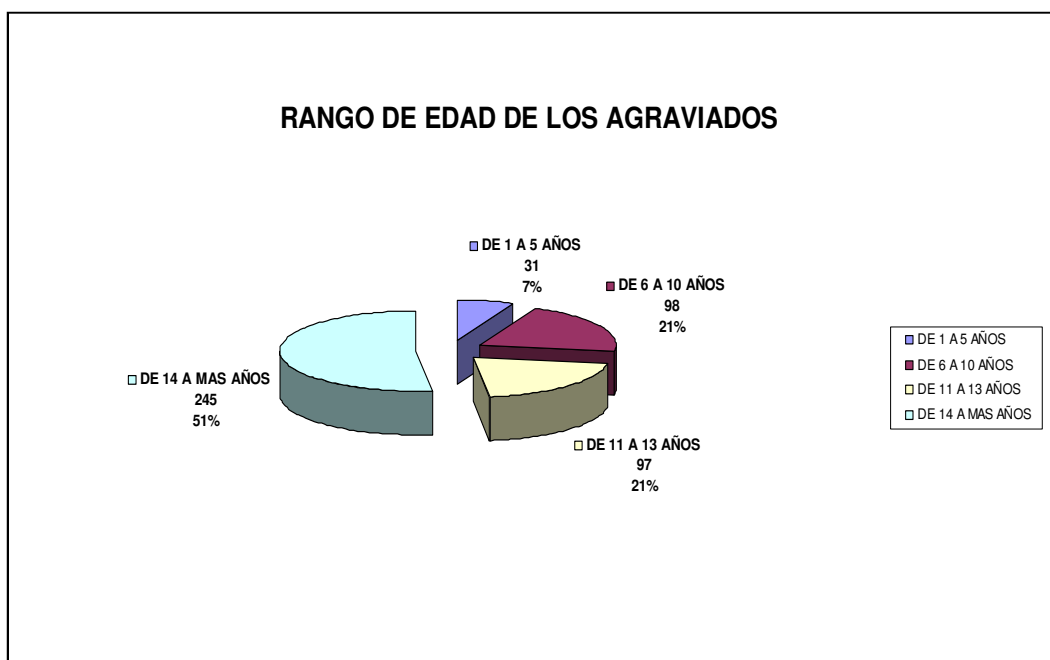


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

En el cuadro anterior vemos que los menores que no tenían partida de nacimiento representaban el 63 % de los agraviados contra el 37% observándose que este es un dato para acreditar la situación de marginalidad de los niños y adolescentes, pues si no han sido titulares de partidas de nacimientos se presume que sea por la ausencia del padre y ahora incluso la madre los puede inscribir y si no lo han hecho probablemente sea el nivel cultural. La partida de nacimiento es clave para acceder algunos derechos como la educación siendo un dato que para que aparte de la vulnerabilidad como sector también sufran la falta de otros beneficios que por derecho les corresponde como educación y salud. Son los marginados de los marginados, lamentablemente hay que decirlo. Este dato debe ser tomado en cuenta por las autoridades ya que en este grupo de menores hay una alta tasa de afectación a su indemnidad sexual por lo que una política de prevención debe implicar que se realice una agresiva campaña de empadronamiento e inscripción de estos menores.

5.- Edad de los agraviados.

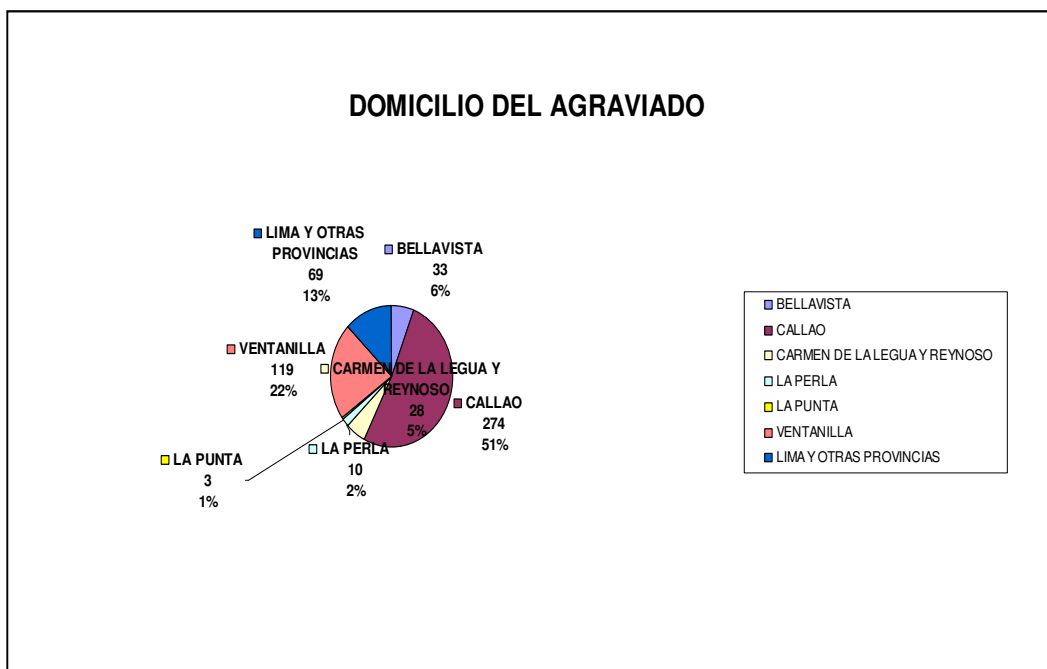


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

En el examen de este cuadro vemos que por grupos de edades los más afectados son los que van de los 14 a 18 años. Son los que ofrecen mayor vulnerabilidad con un 51% y le sigue el grupo de 11 a 13 años con un 21%. Cuanto menos edad se tiene, se reducen los porcentajes de víctimas. La tendencia es que a mayor edad del menor hay más el peligro de sufrimiento de un ataque sexual. Los menores que van de los 11 a 18 años suman 72 % de la muestra analizada, por esa razón es necesario privilegiar o darle una mayor peso a las campañas preventivas, de educación a este sector, y en esto es importante las iniciativas del programa de la Corte del Callao del Juez en tu Comunidad, y la participación de jueces en charlas de colegios públicos y privados para educar a la niñez. Sin embargo es insuficiente puesto que la prevención debe tener su origen desde el propio seno de la familia, y entonces hay que encaminar los esfuerzos de divulgación y capacitación de los padres.

6.- Domicilio del agraviado.

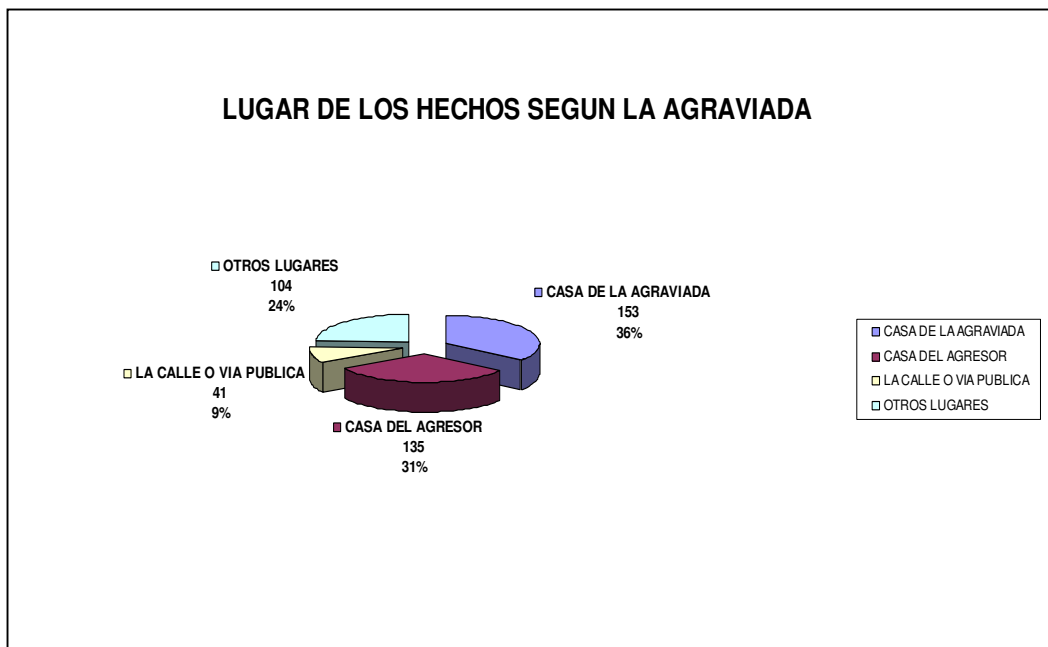


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

La mayor parte de los agraviados residen en el centro urbano del Callao llegando a ser un 51%. La menor cantidad es en el distrito de la Punta con apenas 1% lo que da una idea que esa zona hay mayor protección a los niños, y las que los siguen son Bellavista, Carmen de la Legua y luego la Perla, que son los distritos que en general se constata que la seguridad ciudadana tienen mayor peso que en el Cercado. Mientras que Ventanilla se lleva el segundo lugar con 22%. Podemos establecer entonces que las zonas de mayor generación de agresores sexuales está comprendido entonces por Callao Cercado y Ventanilla que suman un 73 %. Por lo que una política preventiva debe concentrar esfuerzos racionalmente en esas áreas de entorno socio económico deprimido.

7.- Lugar de agresión de las víctimas



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

El lugar donde hay la mayor incidencia en cuanto abuso sexual de menores es en la casa de la agraviada que hace un 36 %. Mientras que en el inmueble del agresor sucedieron en un 31%. En otros lugares se considera el centro de trabajo del agresor, u hostel. La calle o vía pública se considera el lugar donde transitan, parques, alrededores del colegio. Es posible que el violador aproveche de algún vínculo de confianza con la víctima. La seguridad ciudadana falla en las calles puesto que el 9% de las víctimas fueron atacadas en la calle. Por otro lado es pertinente el control y vigilancia de los hoteles puesto que allí se aprecia que se afecta a un 24% de víctimas.

8.- Ocupación de los agraviados.

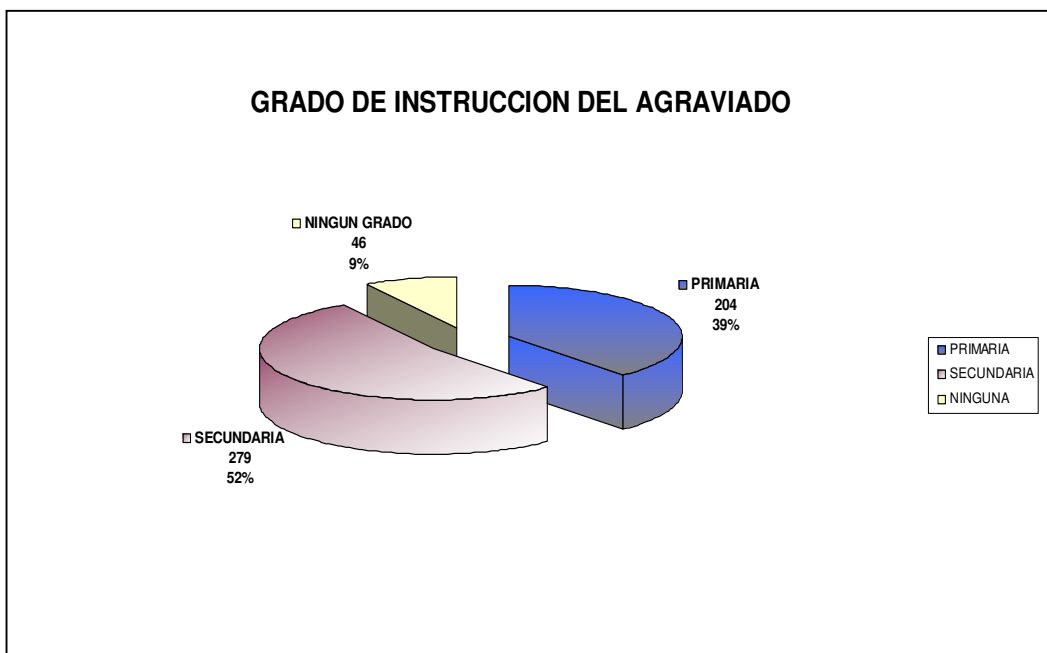


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

Por la ocupación que desarrolla el agraviado se tiene que en su mayor proporción el 85 % de menores agraviados se dedican al estudio y tiene su explicación por la propia edad de estos toda vez que se encuentran en edad escolar. Es de apreciarse también que un 11 % no realiza ninguna actividad, esto es ni estudia o trabaja y el 4 % de los agraviados trabaja, de lo que se infiere que provienen de estratos económicos mas bajos, y vulnerables puesto que si una de las obligaciones de los que tienen la tutela de estos niños es proveerles de educación para su propio desarrollo es de imaginarse que estos no tienen la suficiente protección porque ya la carencia de educación es una muestra de la precariedad de este sector vulnerable. Por otro lado el trabajo infantil los pone en una situación de desprotección porque al realizar las labores se tienen que relacionar con toda clase de personas donde se encuentran inmersos los agresores sexuales. Solo pensemos a esos niños que deambulan por las calles vendiendo golosinas hasta altas horas de la noche bajo frío sin resguardo, presas fáciles de los abusadores sexuales. De allí que este tema tiene que atacarse en sus raíces estructurales que genera el trabajo infantil.

9.- Grado instrucción del agraviado.



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

En este cuadro advertimos que la mayor cantidad de menores esta en secundaria correspondiendo al 52% lo que es consistente con el dato que tenemos que el mayor número de agraviados está en el sector de 14 a mas años, justamente la edad donde se estudia secundaria. En cuanto al nivel primario se tiene que un 39 % sigue ese nivel de estudios y de la muestra se puede establecer que un 9 % no estudia. Esta última cifra es alta y tiene que ver con la falta de posibilidades de educación de este sector y que debe ser reducido agresivamente con campañas de matrícula. Ningún niño debe quedarse sin estudiar, aquí se exige la participación del Estado para contrarrestar esta tasa, que obviamente la extraemos de una muestra de menores agredidos sexualmente pero que es un indicador de cómo está desatendida nuestra niñez desde la educación. No podemos pensar en un futuro de los niños del Callao si no se dispone de la voluntad política de fortalecer la escuela pública, y de capacitar a los maestros en cuyas manos está la formación de los menores.

10.- Trastorno o discapacidad de la víctima.

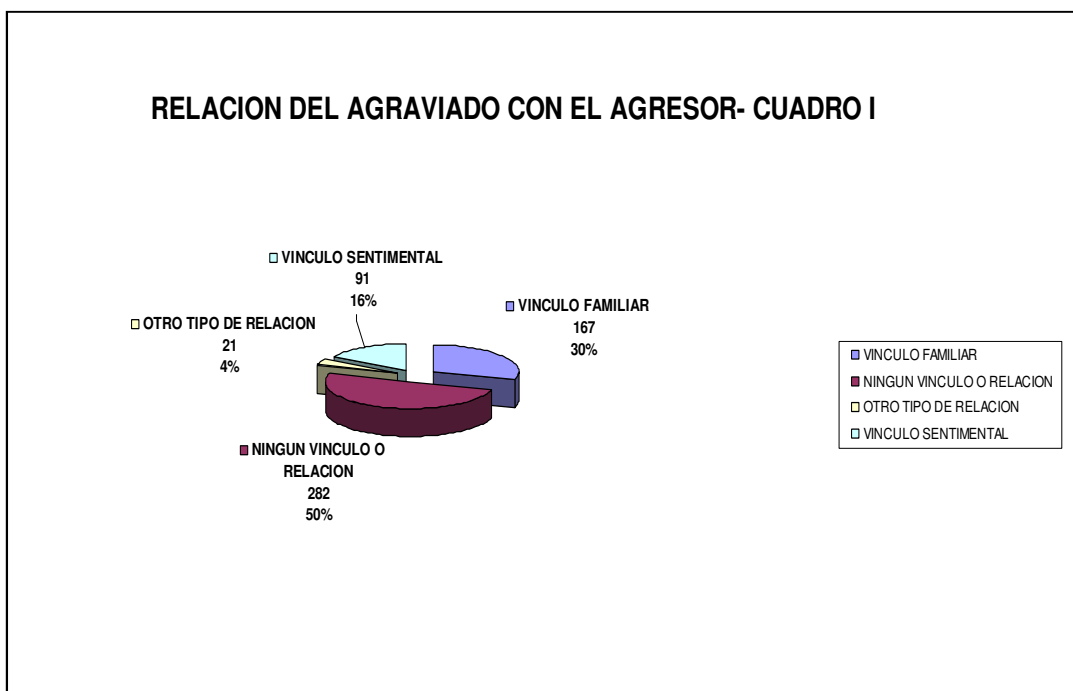


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

En el cuadro anterior nos encontramos con una baja incidencia de víctimas que aparte de ser vulnerables por su minoría de edad, se le agregaba un trastorno o discapacidad que aumenta su debilidad frente a su agresor. Pese a ser bajo el índice, este tiene un efecto sobre la culpabilidad del agente toda vez que si este dolosamente conoce que está ante un menor de edad que de por si es vulnerable, y también tiene conocimiento que posee retardo mental y en esa doble condición, es que comete el delito de agresión sexual, las sanciones deben ser drásticas. Aquí son importantes las pruebas psicológicas y psiquiátricas a efectos de determinar cuál es el grado de retardo de las víctimas.

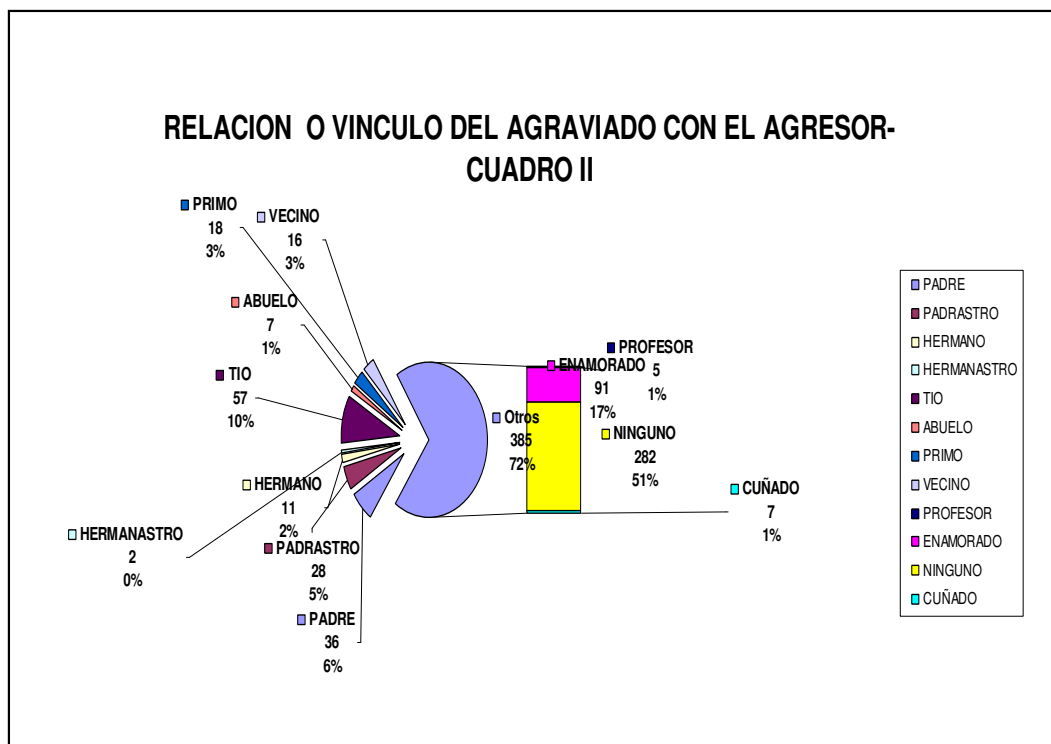
11.- Relación del agraviado con el agresor.



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

En la mitad de los casos, es decir, un 50% de ellos el agresor no tiene ningún vínculo con la víctima. Cuando se hace referencia a otro tipo de relación aquí ubicamos a vecinos y amigos de la víctima. En cuanto al vínculo sentimental lo constituyen los enamorados y estos aprovechan justamente esa relación de confianza para la agresión sexual. Debe tenerse en cuenta que el vínculo de parentesco llega al 30% entonces podemos concluir que es en este entorno donde el nivel de agresión a los menores es alta por lo que se recomienda campañas masivas a la población para identificar núcleos potenciales de agresión a menores. En el seno familiar, donde debe establecerse metodologías de control y seguimiento del comportamiento de los mismos, estando alertas a cualquier cambio brusco en su conducta.

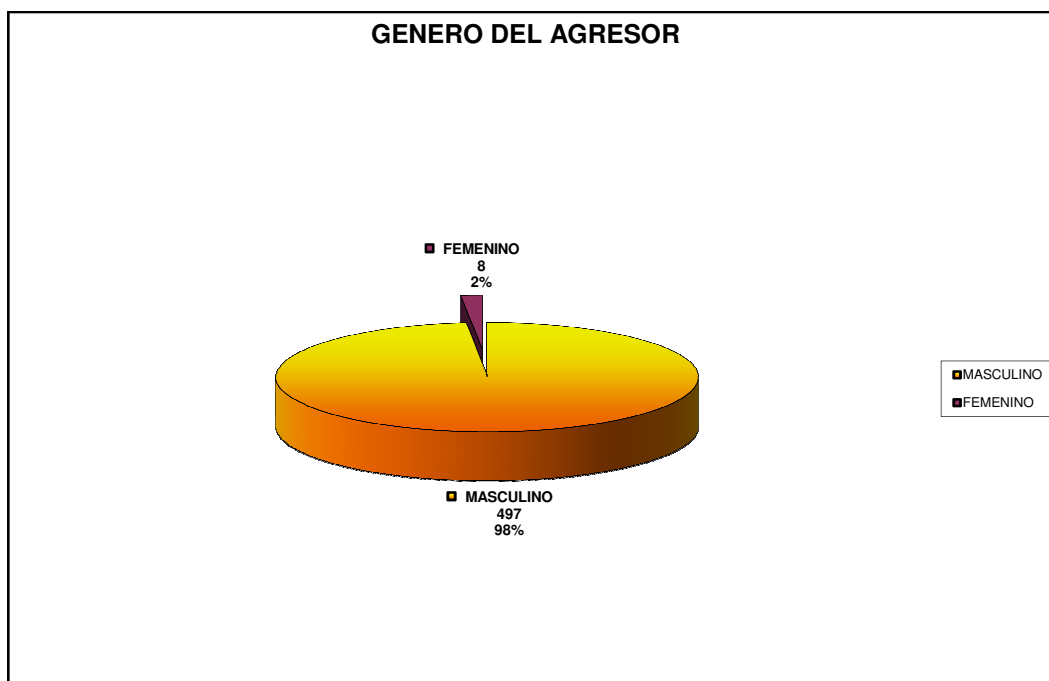


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

Es el tío el que se convierte en un potencial agresor contra las víctimas pues tenemos que en los casos examinados alcanza un 10% luego viene el padre con el 6% y en tercer lugar el padrastro con el 5%. Generalmente se establecen relaciones de confianza con el tío permitiéndole el acceso al domicilio si es que no vive allí. Cuando los padres trabajan o sólo hay uno que se dedica al sustento del hogar, el tío queda en calidad de cuidador de los menores lo que es aprovechado para agredirlos sexualmente. En cuanto al padre siendo que la relación con la agraviada es biológica, y afectiva, se advierte el drama que viven estos menores y la secuela que les deja esta clase de agresiones toda vez que proviene de quien está obligado a darle tutela bajo el cumplimiento de las obligaciones y derecho derivadas de la institución de la patria potestad. En el caso de padrastrós, hay aprovechamiento en razón que al convivir con la madre tienen acceso fácil a los hijos de su pareja.

12.- Género del agresor

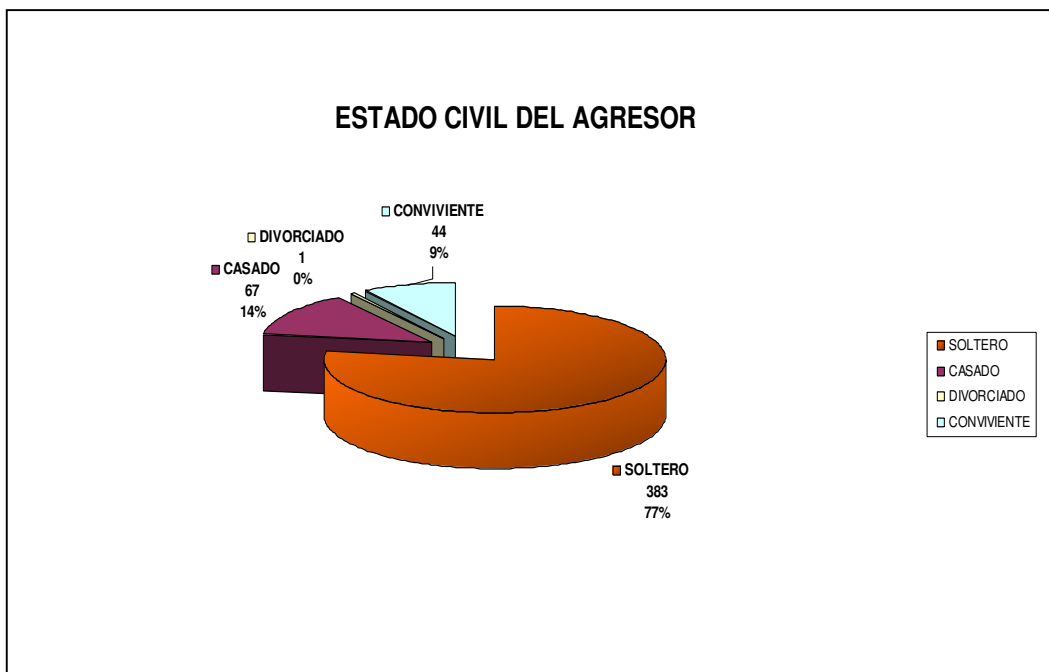


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

El género agresor por mayoría y en casi la totalidad de los casos es el masculino. En el caso del género femenino como agresor, la totalidad de los casos se presentaron en calidad de facilitadoras o cómplices en la comisión del delito por parte de un hombre. Hay un enfoque funcionalista donde se ha criminaliza la conducta omisiva de la madre que no evita que su hijo o hija sea ultrajada pudiendo hacerlo, puesto que atentaría contra el bien jurídico patria potestad. En la casuística se conocen casos donde la madre para evitar que su pareja se vaya o deje de apoyarla económicamente prácticamente permiten que sus hijas sean sometidas por el agresor. Baja autoestima, problemas psicológicos o patologías no tratadas podrían explicar que una madre actúe de esa forma con una hija que ella ha engendrado. Las secuelas emocionales para la víctima son intensas según los expertos de tal forma que se manifestarán en su momento con depresiones, intentos de suicidios, adicción etcetera. No es un sino fatal sin embargo existen las condiciones para que la víctima desarrolle ese tipo de comportamiento, de allí la necesidad del adecuado soporte profesional a la víctima desde el Estado.

13.- Estado civil del agresor



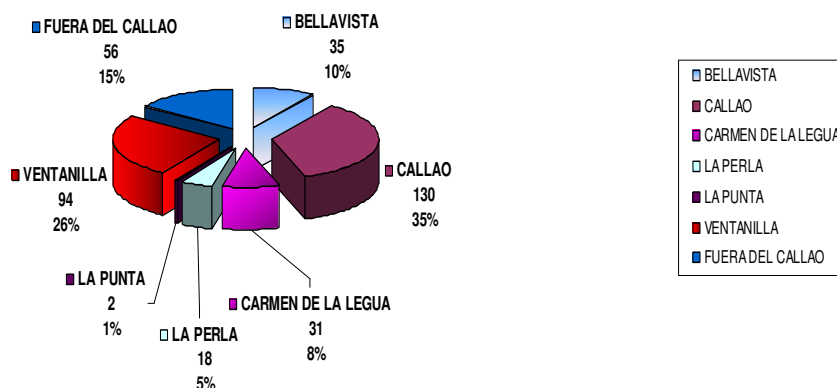
Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

El estado civil del agresor en su mayoría es de condición de soltero, mas del 77%, podría deberse que estos son incapaces de relacionarse con personas para establecer vínculos mas o menos formales, de allí que prime en este agente una situación de poder frente a la víctima. Por que el hecho de acercarse a menores de edad, se podría especular que al estar incapacitados para lidiar mentalmente con alguien mayor o igual de edad permiten que busquen justamente este sector donde el desarrollo de sus aptitudes son limitadas por su propia minoría. Ser soltero obviamente no es determinante para la comisión de ilícitos sin embargo es un indicador interesante toda vez que la tasa de comisión de este delitos por quienes están casados es mucho menor alcanzando el porcentaje de 14 %. También tenemos a quienes son convivientes llegando a un 9% mientras que en cuanto a divorciados la cifra es nula.

14.- Residencia del agresor

DISTRITO DE DOMICILIO DEL AGRESOR

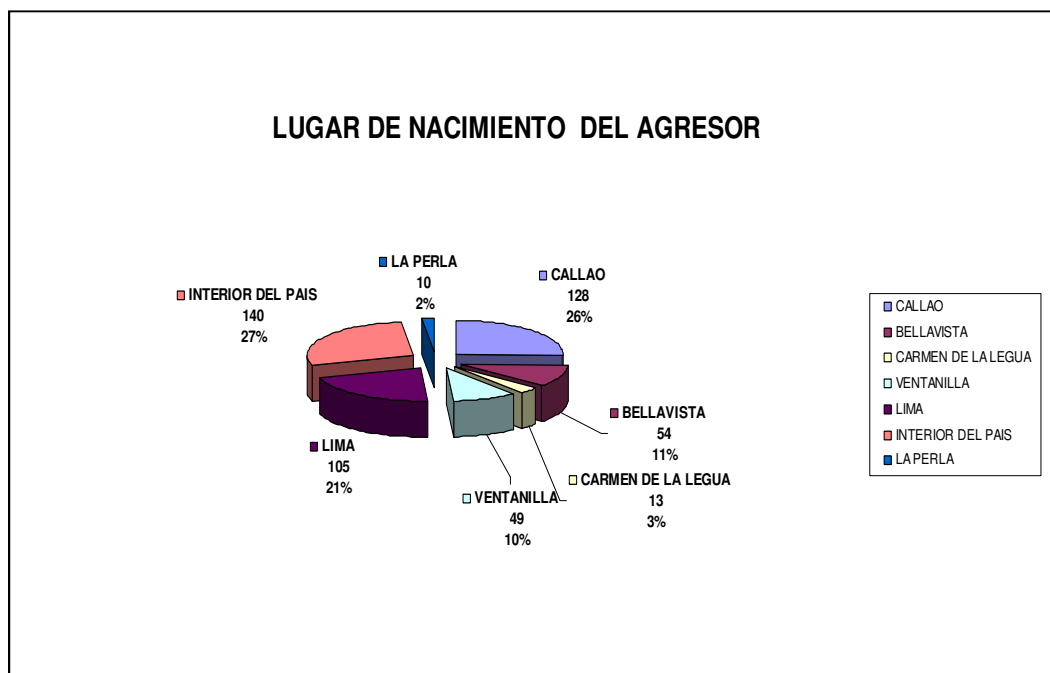


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

El domicilio del agresor es interesante para determinar donde potencialmente se encuentran estas personas de tal forma que se pueda establecer algún tipo de prevención de parte de la Policía Nacional y advertimos que la mayoría reside en el Callao – Cercado con un 35%, el segundo puesto lo tiene Ventanilla con un 26%. También es de apreciarse que los agresores tienen su residencia fuera de la Provincia del Callao y vienen a esta provincia a delinquir. En los extremos tenemos que en el distrito de La Punta es donde hay menos incidencia en cuanto a residencia de los agresores con un 1%. La Punta tiene que ser examinada con otra óptica, y se tiene que este es un mundo casi aparte. Es común escuchar decir a los vecinos de la Punta cuando se refieren a quienes no viven allí como: “**los del Callao**”, y es que ellos tienen una identidad que los diferencia de los vecinos del puerto.

15.- Lugar de nacimiento del agresor

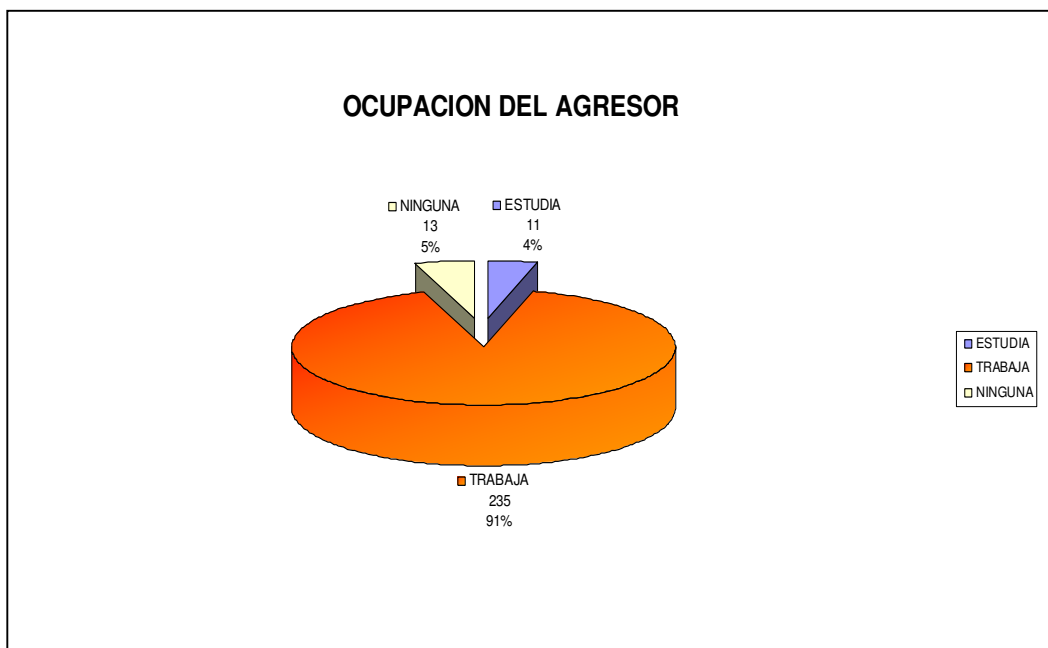


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

Los agresores en un 48% han nacido fuera de la provincia del Callao. El resto que ha nacido en la provincia en su mayoría proviene del Cercado del Callao con un 26 %, seguido de Bellavista con un 11%. Nos encontramos la Perla ocupa el 2%. Aquí se grafica la tendencia de distribución de agresores sexuales respecto a los distritos advirtiéndose que en el caso de la Punta en la muestra no hay agresores que hayan nacido en dicho distrito.

16.- Ocupación del agresor

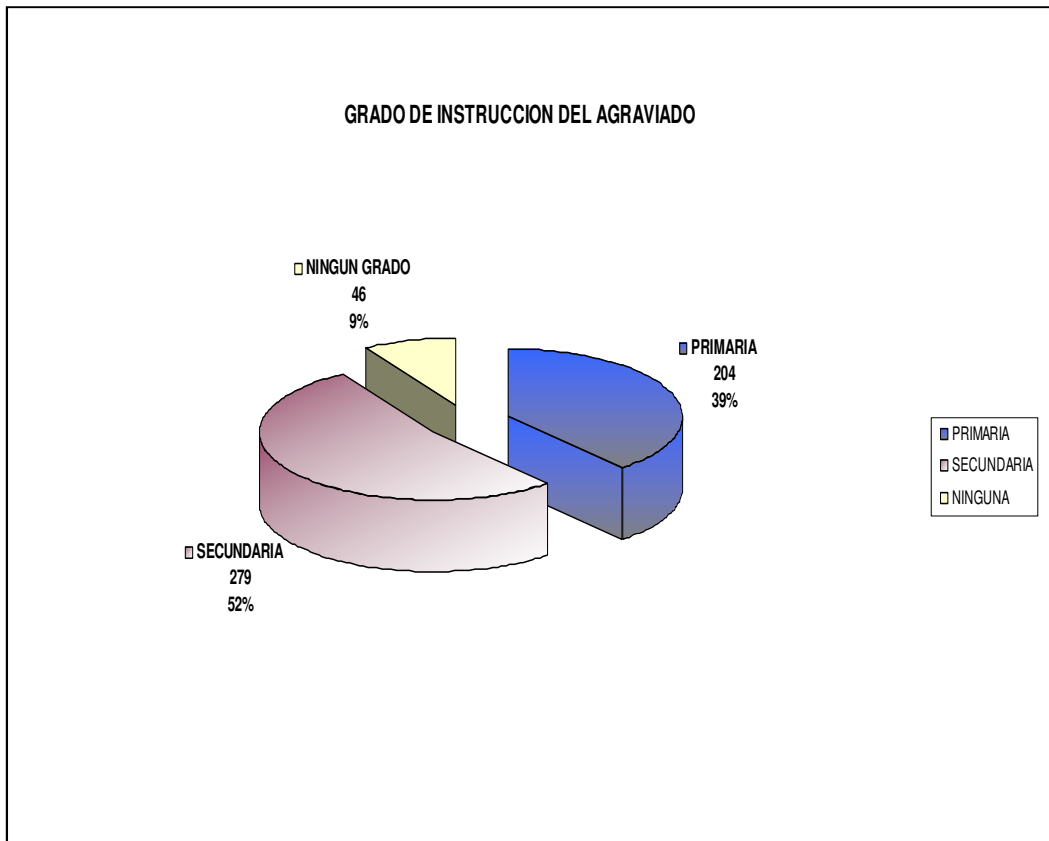


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

El 91% de los agresores realiza alguna actividad laboral, mientras que un 5% no hace nada y el 4% estudia. A veces se afirma que la frustración provocada por pésimas condiciones de vida que son resultado de nula actividad laboral puede ser un estímulo para conductas antisociales sin embargo se advierte que en los casos de abuso sexual no tiene un rol determinante la falta de empleo de lo que se infiere que son otros aspectos los que inciden en el comportamiento de los agresores sexuales como por ejemplo el factor psicológico que es donde se debe profundizar para poder entender este fenómeno criminal que tanto afecta a los menores. La psicología criminal es la que nos tiene que aportar sobre mecanismos de control social respecto de estas personas a efectos que no vuelvan a delinquir.

17.- Grado de instrucción del agresor

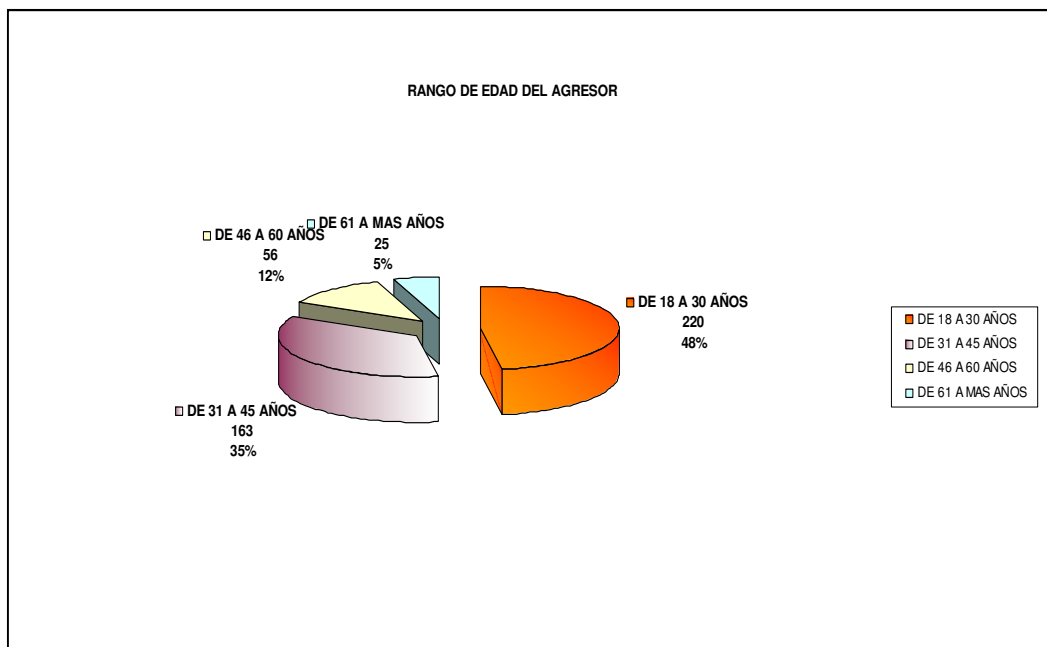


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

Es de apreciarse que los agresores en su mayoría han realizado estudios secundarios en un 52% y primaria 39%, y ningún estudio el 9%. Mientras mas es el nivel educativo mayor es el número de agentes de esta clase de delitos. Entonces el factor educativo no sería determinante en sus conductas. A veces se dice como no fue educado o no fue instruido se ha deslizado por el camino del crimen, sin embargo la muestra nos indica que la mayoría por lo menos ha sido educado en secundaria. En todo caso una pésima educación sexual dada a estas personas podría si ser un factor contributivo de conductas antisociales, siendo que la educación es un medio de control social se tiene que en estos aspectos sexuales hay un fracaso de la escuela frente a esta clase de personas.

18.- Agresor por grupos de edades.



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

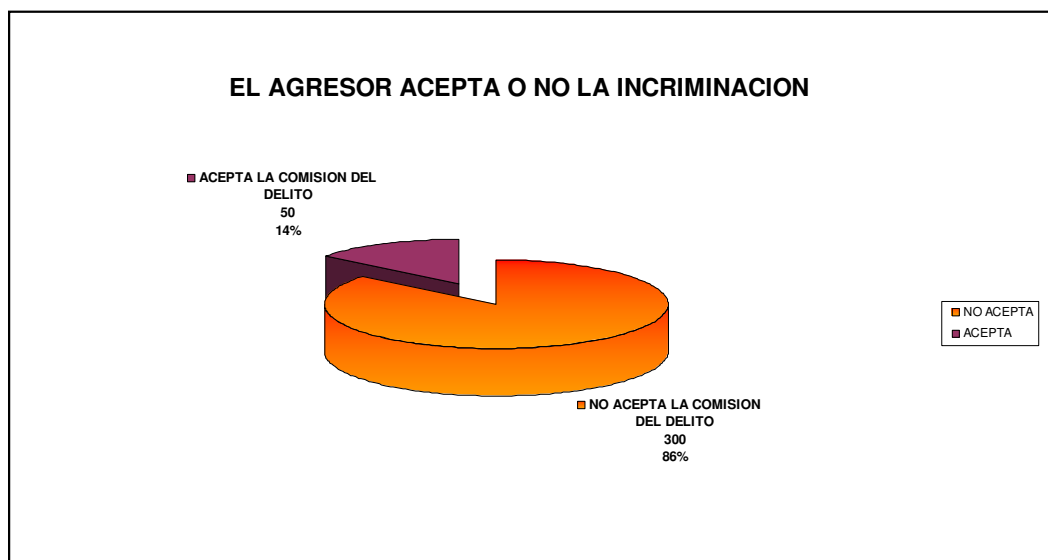
Elaboración: propia

Los agresores están en los grupos de edades que van de 18 años a 30 años alcanzan el 48%. Esto no sirve para determinar si es la causa de la violación de menores. Un 35% van de los que tiene 31 a 45 años. Podemos advertir que los agresores sexuales entre 18 a 45 años alcanzan un 83% que por sentido común es la etapa de desarrollo de todas sus facultades sexuales del ser humano, lo que tiene una lógica si vemos que la criminalidad en personas que van de 46 años para adelante empieza a disminuir alcanzando según la muestra un 17%. En la muestra se advierte que disminuye la comisión de delitos por la edad. Por ejemplo un 5% lo constituyen personas de 61 años a más. La experiencia nos indica que estas personas de la tercera edad en su mayoría realizan actos contra el pudor al tener sus facultades sexuales disminuidas.

CAPITULO II

ACTIVIDAD PROBATORIA EN LOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL

19.- Aceptación de cargos.



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

La aceptación de los cargos permiten aplicar alternativas de procedimientos de celeridad procesal como conclusión anticipada lo terminación anticipada. En el caso concreto de 350 expedientes evaluados el 14% aceptó la imputación, el mismo que puede meritarse como confesión sincera con el fin de atenuar la pena. La conclusión anticipada regulada por la ley N° 28122 con la aceptación de los cargos en juicio oral tiene el efecto de concluir los debates orales y los abogados de la defensa deben intervenir para dar algunos alcances para el establecimiento de la pena y de la reparación civil. En cuanto a la terminación anticipada aquí hay una presencia importante del Ministerio Publico que se encarga de negociar con el inculpado y de arribar a un acuerdo. Este queda sujeto a control judicial y si es aprobado el aceptante se puede beneficiar con la reducción de un sexto de la pena acordada.

Descargos Comunes De Los Procesados Por Abuso Sexual Según La Jurisprudencia.

Cuando no hay aceptación de cargos la casuística nos muestra un catalogo de justificaciones como:

La madre me tiene cólera; la hijastra tiene celos que este con su mamá; esta siendo manipulada por los padres; la menor se me insinuó; el menor tiene tendencias homosexuales; me acusa porque la controlaba demasiado para que no se fuera a fiestas; la menor no era virgen; me dijo que tenía más de 14 años; su cuerpo era de una persona mayor de 14 años; ella consintió; era mi enamorada; estaba ebrio; estaba drogado. Estos descargos deben evaluarse en el contexto de aportación de pruebas del inculpado.

En el R.N N° 1714-2002-Piura²⁵⁴ del nueve de octubre de dos mil dos nos trae razonamientos interesantes a tomar en cuenta al enfocar esta clase de delitos como la prueba a partir de los certificados médicos legales y testimoniales cuando señalan que: *“...ha quedado uficientemente acreditada tanto la comisión del delito de violación de la libertad sexual, como la responsabilidad penal del encausado, conforme se advierte de los certificados médicos legales (...), debidamente ratificados (...), que concluyen que las menores agraviadas presentan desfloración antigua; así como también, con la uniforme sindicación que las antes nombradas realizan en contra del procesado, su padre, atribuyéndole la autoría de la agresión sexual de la cual han sido víctimas...”*

Siendo el agresor padre de las víctimas la Corte Suprema es del parecer que: *“...debe ser condenado también a la pena accesoria de inhabilitación a que se refiere el artículo treinta y nueve del Código Penal, por lo que corresponde que la sentencia materia del grado sea integrada en este extremo(...) le impusieron la pena de inhabilitación para ejercer la patria potestad de todos sus hijos menores de edad, de conformidad con el inciso quinto del artículo treinta y seis del Código Penal, por el mismo periodo de diez años, acorde a lo dispuesto en el artículo treinta y nueve del Código acotado...”*

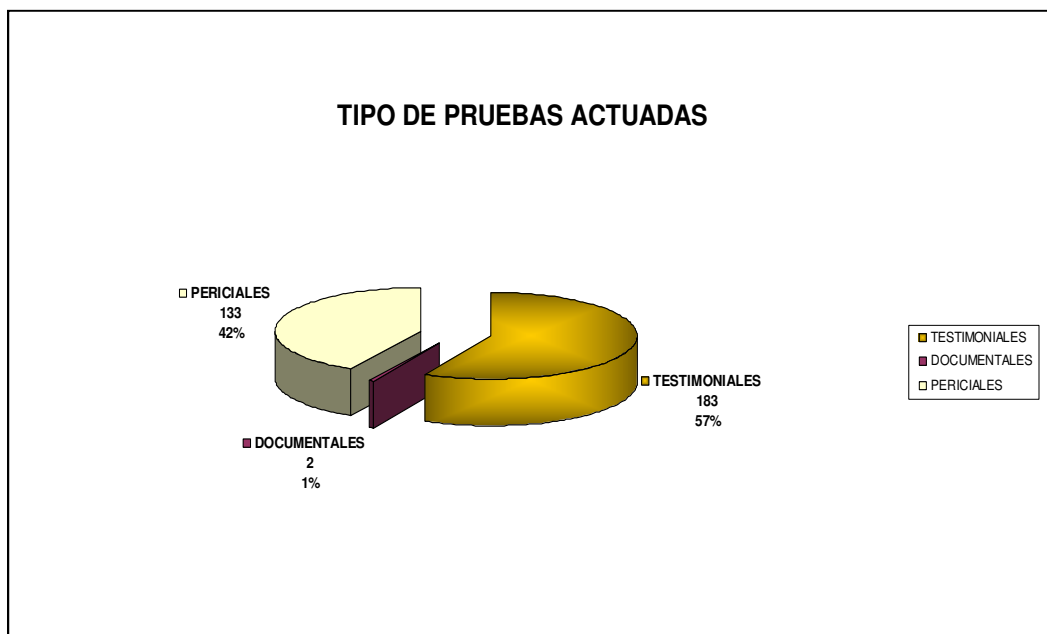
Se está empleando el mecanismo de Entrevista Única o cámara Gessel en la investigación preliminar del delito. En el Callao ya existe la cámara en la que participan psicólogos. Para el empleo de este mecanismo de entrevista el psicólogo actúa como moderador de la entrevista.

En el Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre Explotación Sexual y Comercial de Niños y Niñas y Adolescentes los Jueces Superiores sugirió otras pruebas complementarias²⁵⁵ como una necesaria una evaluación médico legal a la víctima, evaluaciones psicológicas y psiquiátricas tanto en la persona de la víctima como sobre el presunto infractor, con especial incidencia en el perfil psicosexual de este último. Evaluación sociológica para contar con una evaluación profesional en los aspectos del desarrollo de la persona víctima y del presunto autor, en el ámbito familiar y social que permita conocer su *modus vivendi*. (Frecuencia en el uso de sitios Web de pornografía o publicaciones del mismo corte). Análisis de la vestimenta, objetos u otros elementos cercanos a la víctima en el momento que se perpetró el ilícito o en situaciones inmediatamente posteriores. Prueba de ADN en las secreciones vaginales o muestra de sangre si se engendró un nuevo ser.

²⁵⁴ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital. 2005-2006

²⁵⁵ Plenos Jurisdiccionales Superiores (2007-2008). Tomo I. Fondo Editorial del Poder Judicial. Lima. 2008. p. 204

20.- Clases de pruebas actuadas en este tipo de delitos

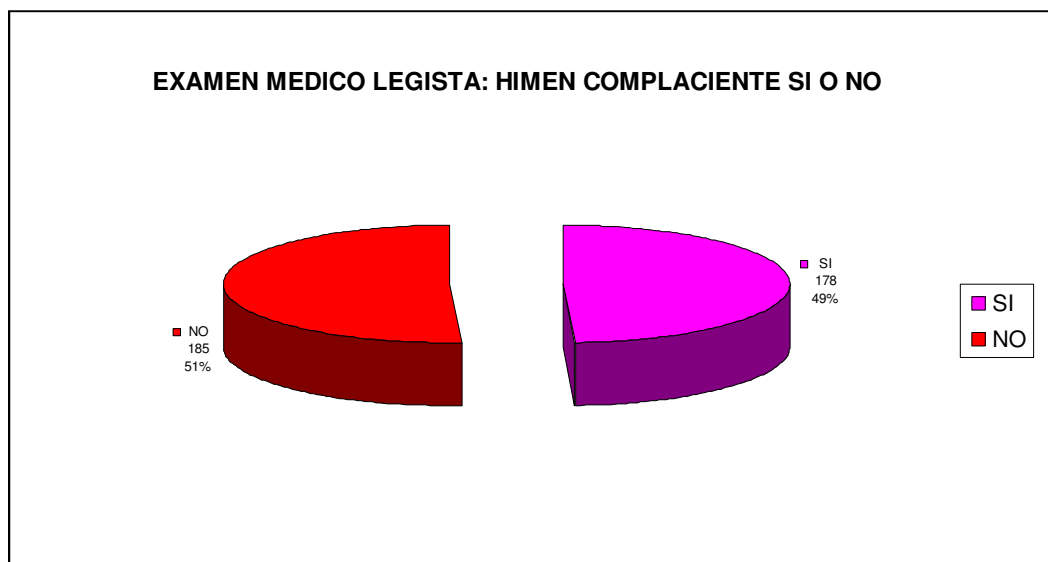


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

Las testimoniales alcanzan el 57% siendo relevantes para la investigación judicial o juicio oral. La importancia del testimonio para establecer las circunstancias de comisión del ilícito tiene la mayor incidencia en esta clase de delitos. Las testimoniales pueden ser de cargo o descargo. Las siguen las pericias que llegan al 42%, debiendo tener en cuenta que uno de los mayores problemas que van en contra de la celeridad procesal y que han sido causales de nulidad de sentencias se ha dado cuando no ha existido ratificación de los peritos. Sobre este tópico es de resaltar que el autor considera los dictámenes como documentos públicos los mismos que si no son controvertidos no hay necesidad de ratificación. Así lo ha establecido el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales que tomó el Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116 en Lima el 16 de Noviembre del 2007. En la muestra analizada tenemos que las pruebas documentales apenas alcanzan un 1 %, y en la casuística advertimos que estos documentos a veces lo constituyen las cartas con la que tratan de acreditar una relación sentimental con la agraviada.

21.- En los casos de violación sexual incidencia de himen complaciente que dificulta acreditar acceso carnal.



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

Esta clase himen dificulta la investigación puesto que no habría aparentemente evidencia que la menor ha sido ultrajada sexualmente, por lo que se hace necesario que el Ministerio Público afine sus estrategias a efectos de corroborar la imputación con otras pruebas indiciarias y periféricas. La presencia del himen complaciente puede llevar a absoluciones de los presuntos responsables. Así se puede ver en la ejecutoria suprema Recurso de Nulidad N° 1165-2004²⁵⁶ Lima, quince de febrero del año dos mil cinco: *“Que del estudio de autos se ha llegado a determinar que no ha quedado acreditada la responsabilidad penal del citado encausado en los hechos denunciados, pues sólo existe en su contra la sindicación que le efectúa la agraviada y la madre de ésta última, no obrando en autos elemento probatorio contundente que permita arribar al juzgador a la certeza sobre la culpabilidad del procesado, pues es de relevarse el hecho que el Certificado Médico Legal arroja como resultado “...himen complaciente, no signos contranatura.” Para la sala esta conclusión que no es suficiente a efectos de determinar si fue el procesado el autor de la conducta delictiva que se le imputa; tanto más, si la agraviada en su denuncia obrante refirió que el denunciado con fecha quince de abril del dos mil trató de violarla, llegando, inclusive, a causarle lesiones en su cuerpo, y al ser contrastado con el resultado del Certificado Médico Legal efectuado ocho días después de la supuesta agresión concluye “no se evidencia huellas de lesiones traumáticas recientes...”*

²⁵⁶ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

Pese a esta dificultad tenemos en la casuística que se ha condenado aun cuando la víctima tenía himen complaciente. Así se desprende de la jurisprudencia suprema como el R.N. N° 3508-2005²⁵⁷ Huaura del veintiuno de diciembre de dos mil cinco que dice: *“la víctima presenta himen complaciente (situación que, frente al cúmulo de indicios, no enerva la penetración sexual), y acto contra natura antiguo...”*. También tenemos la ejecutoria suprema R. N. N° 294 - 2005²⁵⁸ LAMBAYEQUE del dieciocho de abril de dos mil cinco que dice: *“...el certificado médico legal (...) que describe la existencia de himen complaciente en la víctima (...) al ser examinados los peritos médicos en el acto del juicio oral (...) exponen que puede haber existido un sin numero de relaciones sexuales pero el himen siempre va a tener el mismo diámetro, lo que no excluye de manera ficta la inexistencia del acto sexual...”*

El R. N. N° 2888 - 2005²⁵⁹ CONO NORTE, trece de octubre de dos mil cinco dice: *“...el certificado médico legal (...), ratificado (...) establece que la menor presentó himen complaciente con lesión equimótica y al ser examinado en el juicio oral el perito médico sostuvo que las lesiones fueron producidas por la presión de un elemento duro que pudo ser ocasionado por un miembro viril; que, en consecuencia, la sindicación de la agraviada es persistente y pone de relieve que el acusado (...) la ultrajó...”*

En el R.N. EXP. N° 4155-2004²⁶⁰ Cusco, siete de abril del año dos mil cinco se revierte la poca contundencia probatoria del himen complaciente así: *“...si bien es cierto ha precisado que la menor presenta himen complaciente, también lo es que dicho examen médico ha evidenciado las lesiones corporales recientes padecidas por ella y que aunado al dictamen pericial de biología forense que se le practicó (...) se ha establecido la presencia de espermatozoides en su vagina, creando certeza respecto a la afirmación brindada por dicha menor...”*

Para tratar de ahondar en el esclarecimiento cuando hay himen complaciente, es que el perito realice una descripción de la parte interna y externa de la víctima para encontrar huellas de resistencia; a esto hay que agregarle pruebas de presencia de espermatozoides. Sin embargo hay que dejar en claro que esa no es la única prueba a ser valorada, debiendo considerarse en conjunto todo lo que se haya actuado o emergido del juicio oral.

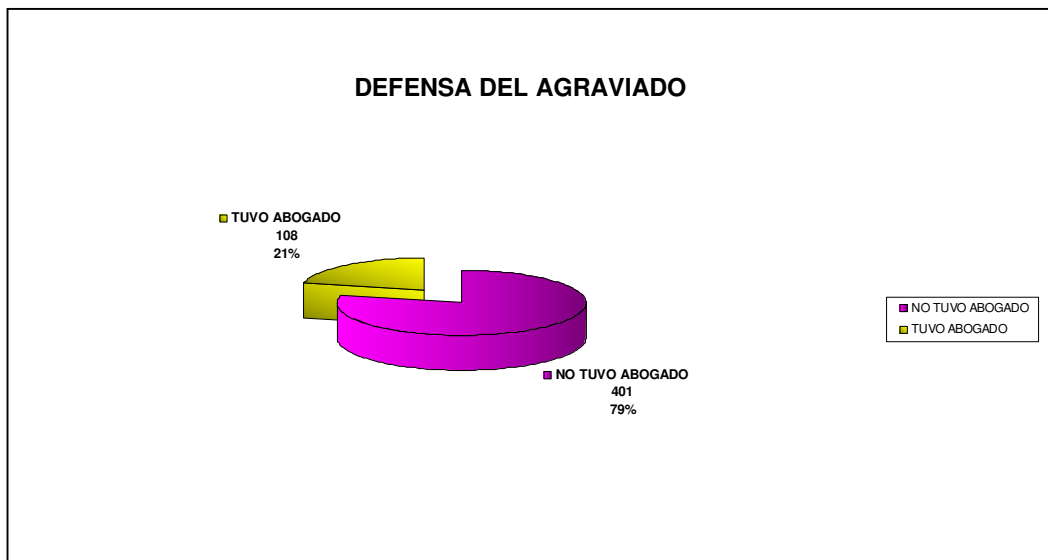
²⁵⁷ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

²⁵⁸ Idem

²⁵⁹ Idem

²⁶⁰ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

22.- Asistencia legal a la parte agraviada



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

En general no tuvieron abogado el 79% de los agraviados, inferimos que las razones son económicas toda vez que la pobreza es un factor que recorre a este sector golpeado por el abuso sexual. De allí deviene una responsabilidad puesto que los inculpadados todo el tiempo pueden contar con abogados de oficio mientras que la víctima no. Hay algunos programas que se ocupan de las defensas como el Ministerio de la Mujer con sus Centros de Emergencia sin embargo al parecer no se dan abasto para realizar la defensa de las víctimas. Habría que buscar salidas como por ejemplo que los Colegios de Abogados designen una defensa gratuita para cada caso siendo esta una obligación de un agremiado ya que es de exigírseles a los abogados sensibilidad social. Por otro lado los mismos jueces para garantizar igualdad de armas podrían dirigirse a los colegios de Abogados para que designen defensas de tal forma que la víctima tenga una adecuada defensa técnica, y evitar que este desprotegida.

23.- Tipo de defensa de agraviados, particular o estatal

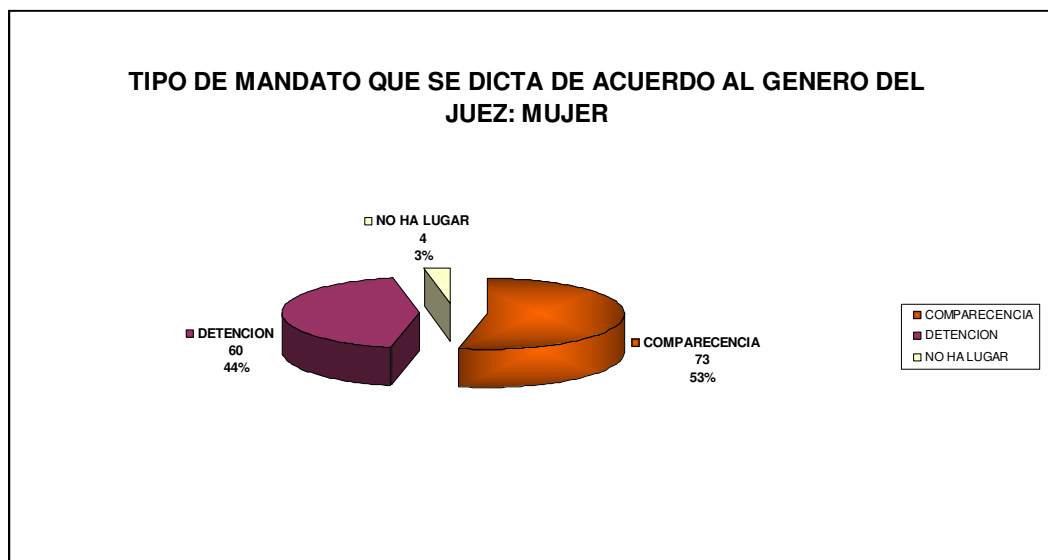


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

Dentro del sector que pudo conseguir abogado, la mayoría tuvo acceso a un abogado del Estado. Quien se encarga de la defensa de estas personas son algunas ONG pero la concentración mayor la tiene el Ministerio de la Mujer a través de los denominados Centros de Emergencia donde se da asistencia integral a las víctimas de abuso sexual. Sin embargo es de advertir que no se pueden cubrir la defensa de todos los agraviados por lo que es de reiterar que los colegios de abogados debieran obligar a sus agremiados que tomen un caso gratuitamente. La orientación de los agraviados es necesaria porque si la otra parte tiene abogado se quiebra el principio de igualdad de armas, entonces la víctima es sometida a presión por los abogados de la otra parte, el efecto que se ve es que los menores planteen desistimiento, pero que no es aceptado toda vez que el delito de abuso sexual es de persecución pública.

24.- Medidas cautelares dictada por juezas.

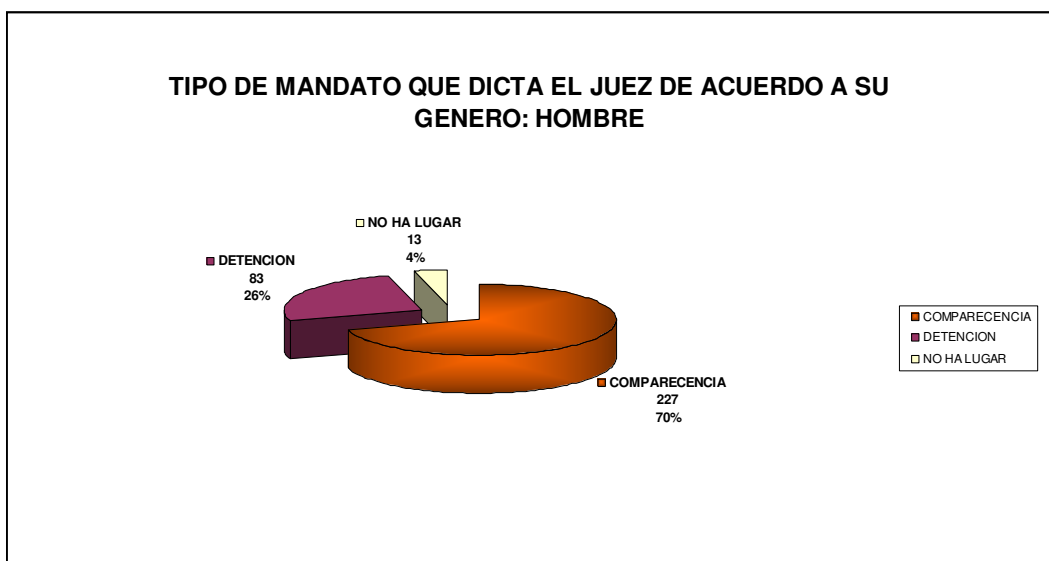


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

La medida de comparecencia es la principal medida con un 53% de los casos a diferencia de los Varones que la dictaron en un 70% de los casos (cuadro siguiente). En los casos de No Ha Lugar lo constituyen aquellos donde se aplicó el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 o también cuando los fiscales en el acopio de información para hacer su denuncia no presentan sólidos elementos de juicio, por ejemplo cuando una menor llega a un hospital por embarazo o amenaza de aborto, y cuando se le pide el nombre del autor ella da el nombre de una persona y solo con esta sindicación la fiscalía presenta denuncias, advirtiéndose una debilidad en los elementos de convicción que pueden originar que se dicte una resolución de no apertura. El artículo 135 del Código Procesal Penal establece requisitos que deben cumplirse cuando se dicta medida de detención por ser esta excepcional. De acuerdo al cuadro las juezas mujeres dictan mayormente comparecencia y también detención pero en porcentaje menor. Se advierte que la idea es establecer si la condición de magistrado mujer la determina para actuar en una dirección. El autor considera que no es así y que tanto juezas mujeres y hombres tienen reglas jurídicas claras para dictar medidas cautelares.

25.- Medidas cautelares dictado por jueces

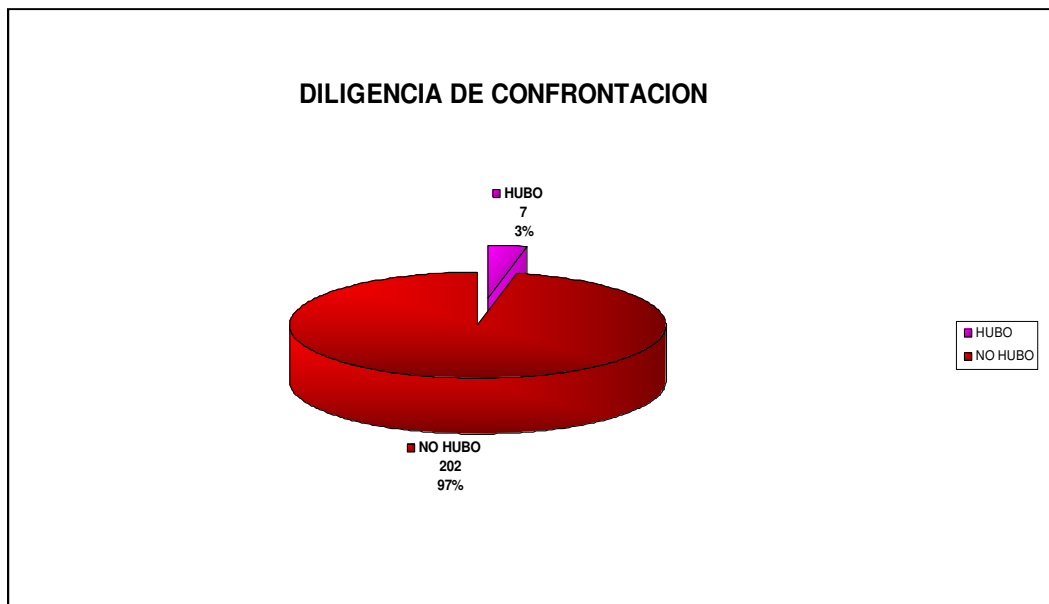


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

Tenemos que en un 70% de los casos, cifra que supera al de las juezas, se dictó mandato de comparecencia. En los casos de No ha Lugar abrir instrucción lo constituyen aquellos donde se aplicó el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116. La medida de detención es adoptada en última instancia de tal forma que alcanza un 23% mientras que el resto se mantenía arraigado al proceso judicial. El delito de abuso sexual es tan execrable que podría predisponer a que las juezas mujeres tengan mayor severidad en la medida cautelar y si bien hay diferencias ya que en el caso de juezas mujeres llega a un 48% y si bien hay una diferencia del doble con las dictadas por los jueces varones, no podríamos ensayar una respuesta del porque solo apoyándonos en la condición de mujer. No se descarta que este pueda ser un factor determinante sin embargo tendría que ahondarse en la investigación para determinar si la razón de la detención es por el género de quien aplica dicha medida. El dato objetivo que se tienen de la muestra no es lo suficientemente acreditativo.

26.- Confrontación entre agraviado e inculpado.

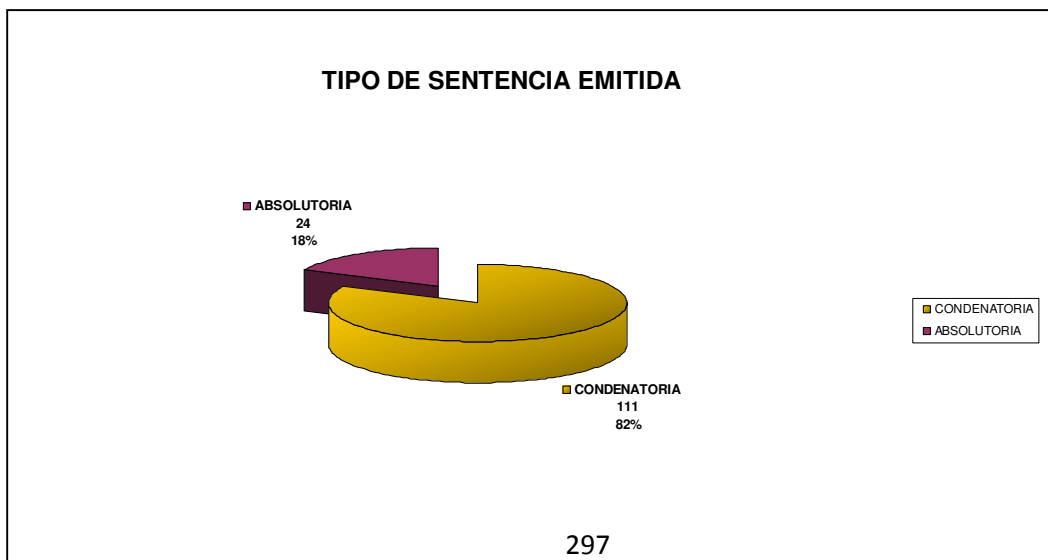


Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

Por protección de la integridad emocional de la víctima, en delitos contra la libertad sexual, tratándose de niños o adolescentes, la declaración será la que brindó ante el Fiscal de Familia y las reglas del Código de los Niños y Adolescentes, salvo mandato contrario del Juez. En esta clase de delitos la confrontación entre el inculpado y la víctima sólo se realizará si es que ésta tiene más de 14 años de edad y si es menor de los 14 la confrontación sólo podrá hacerse siempre y cuando lo pida la víctima. Este es todo un tema de controversia puesto que por el lado del inculpado está el derecho a contradecir. Esta es una de las razones para que los métodos de interrogatorios por la situación especial de un niño o un adolescente se afina y para esto existe por ejemplo la cámara de Gessel que permite un examen científico del menor, sin afectarlo sobremanera emocionalmente, donde hay participación de psicólogos expertos en conducta de menores

27.- Clases de sentencias emitidas



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

De la muestra procesada tenemos que el 82% fue sentencia condenatoria contra el 18% absolutoria. El proceso judicial tal como está planteado con el procedimiento de 1941 considero que tiene un tamiz previo en la labor del Ministerio Público que tiene un rol principalísimo en el planteamiento de la teoría del caso y que desde una visión estratégica debe buscar la sanción de los que considera responsables de los ilícitos. Las sentencias condenatorias teniendo al Ministerio Público como titular de la acción penal y de la carga de la prueba, deben tenerse como un triunfo de estos, así como las absolutorias como una derrota si es que han persistido en su acusación. Sin embargo debe tenerse en cuenta que esta institución se desenvuelve también bajo el principio de proscripción de la arbitrariedad. Las condenas en todo caso también abonan en cuanto a los jueces porque se sanciona con justicia estos dramáticos que son puestos en su conocimiento. Se trata de condenas donde los jueces conforme a la valoración de las pruebas llegan a la convicción de la responsabilidad penal del acusado. Las absolutorias si bien son en un menor porcentaje generalmente se basan en dos supuestos, insuficiencia de pruebas o en el principio de duda que favorece al reo.

28.- Pena privativa de libertad y ejecución



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

De la muestra tomada se tiene que el 61% fue de pena de prisión efectiva y el 39%, pena condicional. Dada la gravedad de estos delitos y a las penas altas se tiene que en los casos de pena suspendida tiene que ver con la valoración de elementos como confesión sincera, existencia de niño producto de la relación sexual, relación sentimental por ejemplo cuando la víctima tiene 13 años sin embargo se considera que ésta no tiene facultad de disponer de su sexualidad. En estos casos cuando no ha existido ni violencia ni amenaza vemos una actitud procesal de la víctima de reclamo frente a la situación de detenido, incluso los van a visitar al penal si tiene prisión preventiva. Los principios de proporcionalidad deben ser tomados en cuenta para la imposición de las penas.

La jurisprudencia suprema sobre pena condicional tenemos por ejemplo en el R.N.º 213-2005²⁶¹ PIURA del doce de abril del dos mil cinco en un caso de VS de menor de 14 años comprobada la responsabilidad del acusado condenado a 10 años de pena privativa de libertad el colegiado considero como atenuantes que había documentos ante Juez de Paz donde madre y víctima señalaban que sentenciado había convivido con menor y modificaron la pena a 4 años suspendida condicionalmente. En este caso había existido un hijo, la convivencia como se advierte del R. N. N.º 2556-2004²⁶² CUSCO treinta y uno de enero del dos mil cinco

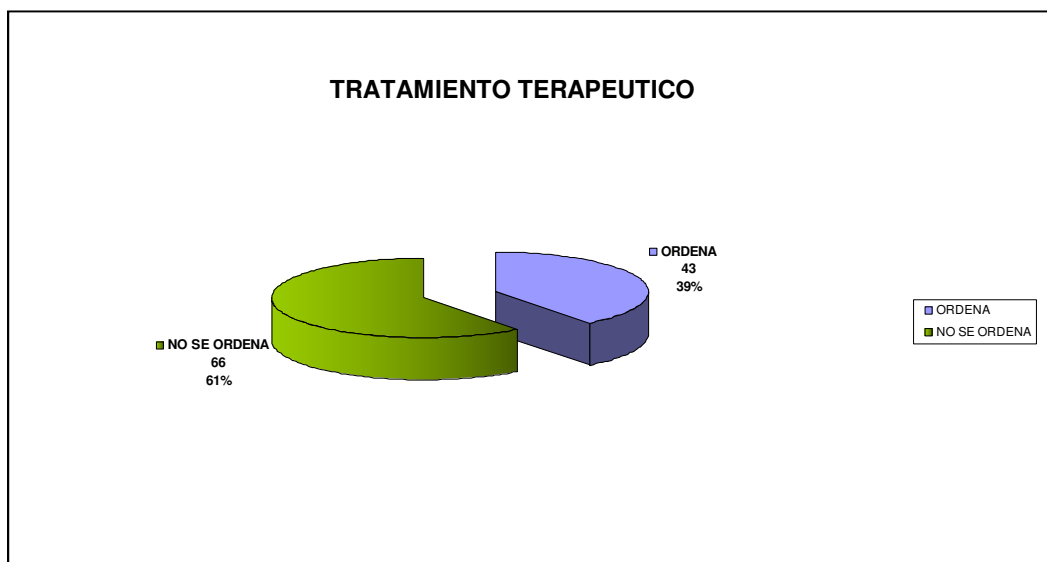
²⁶¹ Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

²⁶² Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital

La Desvinculación Procesal O Determinación Alternativa ha permitido que al variarse el tipo penal de violación sexual a actos contra el pudor se pueda aplicar pena condicional como aparece de la ejecutoria R.N. EXP. N° 283-2005²⁶³ Cusco del quince de abril del año dos mil cinco.

En el R. N. N° 1625-2005²⁶⁴ CAJAMARCA del diecisiete de junio del año dos mil cinco la Corte Suprema considero como elementos atenuantes la edad del condenado menos de veintún años inaplicando el artículo veintidós del Código Penal vía control difuso pues transgrede el principio de igualdad ante la ley, la no discriminación, el principio de humanización de la justicia penal. Además tuvo cuenta que víctima e inculpaado tenían una relación sentimental e incluso que habían procreado un hijo, no se había tomado el grado de cultura del agente, su instrucción y ocupación, elementos que han colisionado en la comisión del evento delictivo, por lo que consideraron factible una rebaja prudencial de la pena al citado condenado y además ha confesado su responsabilidad penal y reformaron la pena efectiva y la convirtieron en penal condicional. En esta de condena condicional en casos de delitos de violación sexual tenemos el R.N. EXP.N° 1013-2005²⁶⁵ CHINCHA del veinte de mayo del dos mil cinco que consideró que había confesado y tenía 18 años de edad. En el R.N. N° 2071-2005²⁶⁶ MADRE DE DIOS del cinco de Julio del dos mil cinco se impone pena condicional por existencia de niño como producto de la violación y la Sala Suprema consideró que estaba la conducta prohibida descrita en el artículo ciento setenta del Código Penal, se emplea también su escasa cultura no registrar antecedentes penales y judiciales.

29.- Obligación del tratamiento terapéutico



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

²⁶³ Ídem

²⁶⁴ Ídem

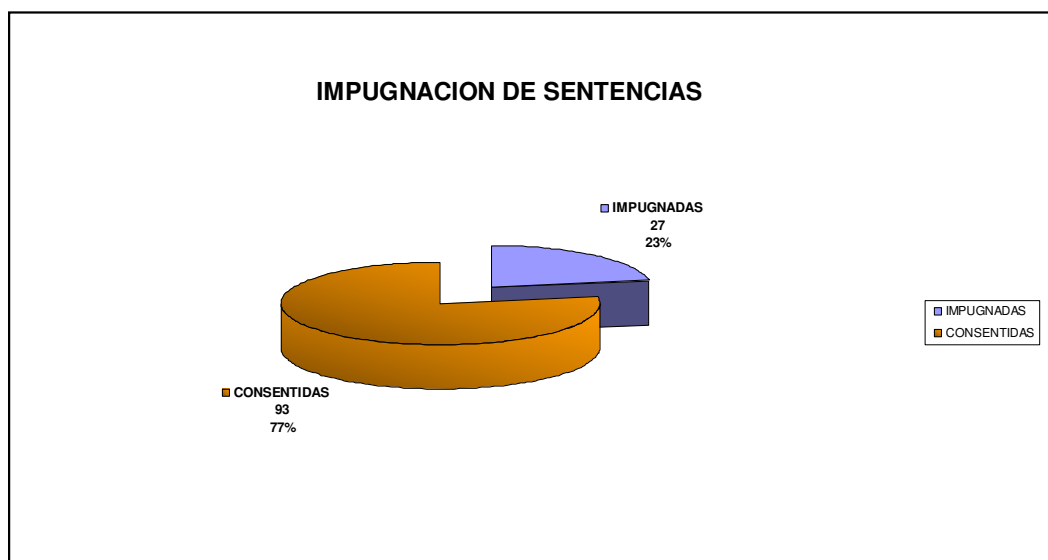
²⁶⁵ Ídem

²⁶⁶ Ídem

Elaboración: propia

Pese a que hay una norma que obliga al tratamiento terapéutico Art. 178 de Código Penal son embargo en la mayor parte de sentencias dictadas condenatorias se omitió esta regla. Generalmente se tiene que la Corte Suprema cuando ha conocido en nulidad sentencias con esta omisión ha integrado a las mismas, las reglas la obligación de tratamiento como puede verificarse en el R.N. N° 0458-2003²⁶⁷ -Callao del siete de julio de dos mil tres ante la omisión del tratamiento terapéutico ordenaron integrar la propia sentencia, disponiendo que al procesado se le practique el tratamiento terapéutico que contempla el artículo ciento setenta y ocho A del Código Penal. En los casos que no fueron apelados se tiene que los jueces en ejecución debe integrar esta regla necesaria por la naturaleza de los delitos.

30.- Recursos impugnatorios de sentencias condenatorias.



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

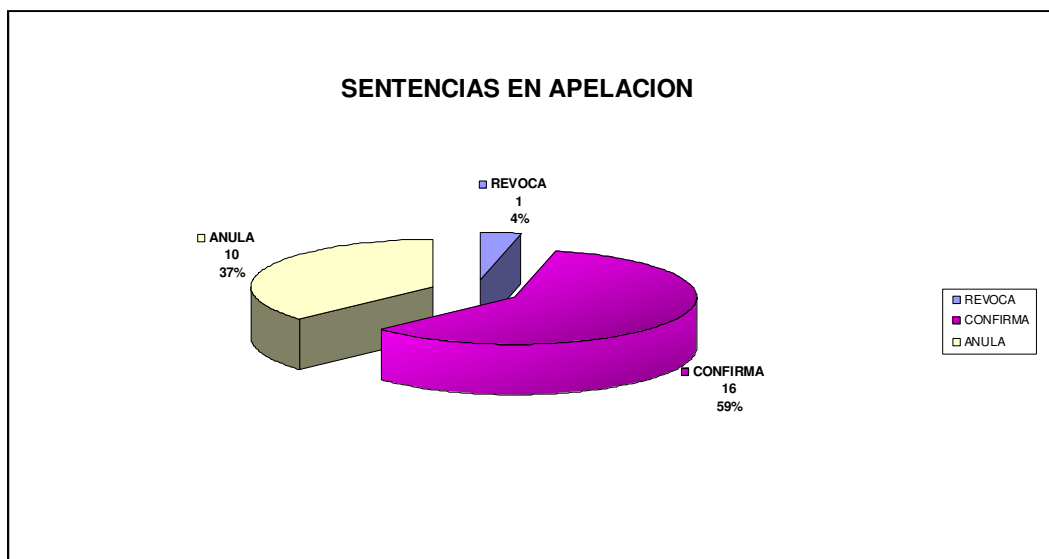
Elaboración: propia

En las sentencias condenatorias tenemos que las mismas fueron aceptadas por los sentenciados en un 77% mientras que un 23% fueron impugnadas. El alto porcentaje de sentencias no impugnadas tienen que ver con el hecho que los mismos condenados han quedado convencidos de la justeza de la misma y aceptan su responsabilidad. No se puede alegar que hay insuficiencia de la defensa en cuanto a interponer recursos sin embargo todos cuentan por ley con abogados defensores y también abogados privados. Los letrados que provienen del Ministerio de Justicia pese a sus desniveles contribuyen en que se garantice el derecho de defensa a los procesados. La alta tasa de condenas

²⁶⁷ Explorador Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Edición digital.2005-2006

no impugnadas abona en la eficacia del poder judicial, tantas veces golpeado por la opinión pública puesto que está dentro del sistema de administración de justicia tiene entre sus funciones la tutela de los bienes jurídicos afectados en este tipo de causas de abuso de menores.

31.- Sentencias apeladas y resultado en segunda instancia



Fuente: Relevamiento de información - UNICEF en Corte del Callao 2009

Elaboración: propia

De la muestra de sentencias impugnadas tenemos que el pronunciamiento de segunda instancia sea las salas superiores en juicios sumarios o la corte suprema en proceso ordinario mayoritariamente en confirmar la decisión judicial, mientras que un 37 % fue declarado nulo y sólo un 4% fueron revocadas.

Finalmente pese al panorama dramático a partir de la muestra analizada considero que con las dificultades propias que tiene el Poder Judicial carente de recursos la Corte del Callao y sus magistrados tienen el compromiso de impartir justicia a favor de este sector de la comunidad que es el futuro del país.

CONCLUSIONES

- 1.- Todavía la doctrina, la dogmática jurídica y la jurisprudencia tiene que delimitar con mayor claridad los tipos penales que afectan a los niños y adolescentes.
- 2.- Los cambios de la normativa muchas veces con fines de obtener réditos políticos a los parlamentarios ocasiona una sobre criminalización de conductas para recibir el aplauso de sus votantes, por lo que vía la interpretación jurisprudencial se apliquen con justicia sin llegar a la arbitrariedad.
- 3.- El género femenino es el más afectado por ese tipo de conductas por lo que es necesario que en aras de la prevención se pueda focalizar con intensidad las actividades de prevención, de educación yendo a los colegios para dar orientación y el Poder Judicial tiene que apoyar en esa tarea.
- 4.- Es necesario articular desde la sociedad civil y el sistema de administración de justicia y gobiernos locales una política de prevención de los niños y adolescentes pero sobre el conocimiento científico de la realidad, por lo que este trabajo pretende ser un aporte para el estudio de la problemática de abuso sexual de menores.

BIBLIOGRAFÍA

BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCIA CANTIZANO, María del Carmen "Manual de Derecho Penal: Parte Especial", 4ta Edición, Lima Editorial San Marcos

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Manual de Derecho Penal, Parte Especial", 2da Ed. Edit. Ariel, Barcelona 1991.

CALDERÓN CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Bosch. 2da Edición. Barcelona. 2001

CEREZO MIR, José..."Curso de Derecho Penal Español P.G. II . Teoría Jurídica del Delito, Editorial Tecnos, Madrid 1990.

EDWARDS, Carlos Enrique, "Delitos contra la Integridad sexual", Ed. Depalma, Buenos Aires., 1999

EZAINE CHÁVEZ, AMADO. Diccionario de Derecho Penal. Editorial AFA. Tomo 2 Perú. 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco..."Derecho Penal Parte Especial", Undécima Edición, Editorial tirant lo blanch, Valencia 1996.

OXMAN VILCHEZ, Nicolás. ¿Qué es la Integridad sexual? Revista de Justicia Penal. Numero 3 setiembre. Santiago de Chile. 2008

PEÑA CABRERA. Raúl Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Grijley. Lima. 1999.

PEÑA CABRERA, Raúl..."Tratado de Derecho Penal» Parte Especial I 2o Edición, Ediciones Jurídicas, Lima-Perú 1994.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte Especial. IDEMSA. Tomo I. Lima. 2008

SALINAS SICCHA, Ramiro. Los delitos de Acceso carnal Sexual. IDEMSA. 2005.

SAN MARTIN CASTRO, César. Delitos sexuales en agravio de menores (aspectos materiales y procesales) en delitos contra la Libertad sexual y delitos contra la Familia. Poder Judicial de Perú y Banco Mundial - Proyecto de Mejoramiento de Justicia. Perú.2007

SOLER, SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino. TEA. Buenos Aires. 1978

TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES DE LAS CORTES SUPERIORES. Serie Jurisprudencia 4. Edit. Academia de la Magistratura Lima. 2000. p. 186

FUENTES DIGITALES

1.- Página Web Del Poder Judicial. Jurisprudencia Suprema. www.pj.gob.pe

2.- Edición Electrónica de Gaceta Jurídica 2005 – 2006

3.- Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008.