ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

PRIMER CONCURSO NACIONAL DE ENSAYOS JURIDICOS

TRABAJOS GANADORES

PERU
PROYECTO DE MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE JUSTICIA
BANCO MUNDIAL

ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

PRIMER CONCURSO NACIONAL DE ENSAYOS JURIDICOS

TRABAJOS GANADORES

MARZO, 2009

PERU
PROYECTO DE MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE JUSTICIA
BANCO MUNDIAL

PRIMER CONCURSO NACIONAL DE ENSAYOS JURÍDICOS

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA
Jr. Camaná N° 669, Lima 1, Perú
Teléfonos: (51-1) 428-0300 / 428-0265
Fax: (51-1) 428-0219
Internet. ***http://www.amag.edu.pe***
E-mail: *postmast@amag.edu.pe*

ORGANO DE GOBIERNO

Dr. Manuel Sánchez-Palacios Paiva
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Percy Peñaranda Portugal
Vicepresidente del Consejo Directivo

Dr. Francisco Távara Córdova
Consejero

Dr. Pablo Sánchez Velarde
Consejero

Dr. Carlos Mansilla Gardella
Consejero

Dr. Víctor Prado Saldarriaga
Consejero

ORGANO EJECUTIVO

Dr. José Sausa Cornejo
Director General

Dr. Juan T. Falconí Gálvez
Director Académico

Dr. Miguel Ángel Stucchi Britto
Secretario Administrativo

Prohibida la reproducción de este libro, por cualquier medio, total o parcialmente, sin la autorización por escrito de la Academia de la Magistratura.
Las opiniones expresadas en esta publicación pertenecen a sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Academia de la Magistratura.
Derechos reservados. D. Leg. Nº 822.
Primera edición, Lima, Perú, mayo, 2009.
1,000 Ejemplares
Impreso por : VIASADEVA EIRL
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº2009-08304
ISBN: 978-9972-779-31-2
Este documento ha sido elaborado con la ayuda financiera del Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia - Banco Mundial.

ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

INDICE

Pág.

PRESENTACIÓN 07

PRÓLOGO 09

INTRODUCCIÓN 11

PRIMER PUESTO
UN ENFOQUE SOBRE LA INVESTIGACIÓN TUTELAR ADMINISTRATIVA Y EL SISTEMA ÚNICO E INTEGRAL DE ATENCIÓN A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE ABANDONO
Dra. GIANINA ROSA TAPIA VIVAS 13

INTRODUCCIÓN 15

CAPITULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 16

CAPÍTULO II
DESARROLLO DEL ENSAYO 18

CONCLUSIONES 46

BIBLIOGRAFÍA 47

ANEXOS 48

SEGUNDO PUESTO (Empate)
EL DERECHO PENAL Y LA DIVERSIDAD CULTURAL
Aproximación a su tratamiento desde la realidad Ayacuchana
Dr. RICHARD ROJAS ARAUCO 65

INTRODUCCIÓN 67

CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 68

CAPÍTULO II
EL DERECHO PENAL OFICIAL 70

CAPITULO III
ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PLURALISMO JURIDICO 84

CAPÍTULO IV
APROXIMACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA PROVINCIA DE HUAMANGA Y EN EL DERECHO COMPARADO 96

CONCLUSIONES 112

BIBLIOGRAFÍA 114

SEGUNDO PUESTO (Empate)
ENTRE COBRIZOS Y BRONCEADOS:
Una Visión Regional de Acceso a la Justicia
Dr. WILBER BUSTAMANTE DEL CASTILLO 117

INTRODUCCIÓN
Explorando problemas y escenarios 119

CAPÍTULO I
LA DISCRIMINACIÓN 121

CAPÍTULO II
COBRIZOS Y SEGREGADOS 133

CAPÍTULO III
EL ACCESO A LA JUSTICIA 147

CAPÍTULO IV
DISCRIMINACIÓN, ACCESO A LA JUSTICIA 153

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS 159

BIBLIOGRAFÍA 165

TERCER PUESTO
APROXIMÁNDONOS AL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO
Dra. ELVIRA MARÍA ÁLVAREZ OLAZÁBAL 167

CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 169

CAPÍTULO II
DESARROLLO 172

CONCLUSIONES 195

BIBLIOGRAFÍA 198

CUARTO PUESTO
ANÁLISIS DOGMÁTICO Y ESTRATIFICADO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES EN UN SISTEMA UNITARIO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL (JUICIO DE PROCEDIBILIDAD VS. JUICIO DE ADMISIBILIDAD):
Hacia un Proceso Oralizado, Eficiente y con Garantías
Dr. LUIS EDUARDO MADARIAGA CONDORI 199

INTRODUCCIÓN 201

CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 205

CAPÍTULO II
LA METODOLOGÍA PROCEDIMENTALISTA IMPERANTE EN EL PROCESO CIVIL 208

CAPÍTULO III
EL SISTEMA DUAL DE LA DOCTRINA PROCESAL CLÁSICA 219

CAPÍTULO IV
EL SANEAMIENTO PROCESAL FRAGMENTADO POR EL SISTEMA DUAL 236

CAPÍTULO V
CONSTRUCCIÓN DE UNA NUEVA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS 241

CAPÍTULO VI
CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA UNITARIO DEL DERECHO PROCESAL 245

CAPÍTULO VII
EL SANEAMIENTO PROCESAL UNITARIO EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR ORALIZADA 253

REFLEXIÓN FINAL 255

BIBLIOGRAFÍA 256

QUINTO PUESTO
PATRIMONIO CULTURAL:
¿Estamos de Acuerdo en qué Queremos Proteger?
Dr. JOSÉ MANUEL MAYORGA ZÁRATE 277

INTRODUCCIÓN 279

CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 280

CAPÍTULO II
LA CONVENCIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO MUNDIAL
CULTURAL Y NATURAL, DADA EN PARÍS EL 23 DE NOVIEMBRE DE 1972 283

CAPÍTULO III
LA CONVENCIÓN SOBRE LA DEFENSA DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO,
HISTÓRICO Y ARTÍSTICO DE LAS NACIONES AMERICANAS
(CONVENCIÓN DE SAN SALVADOR) 286

CAPÍTULO IV
LA EXPLICACIÓN DE LA DIFERENCIA ENTRE LOS MODELOS DE PROTECCIÓN
DEL PATRIMONIO CULTURAL REFERIDOS 288

CAPÍTULO V
EL MODELO DE PROTECCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN 291

CAPÍTULO VI
EL MODELO DE PROTECCIÓN EN LA LEY GENERAL DEL PATRIMONIO
CULTURAL DE LA NACIÓN LEY Nº 28296 300

CAPÍTULO VII
EL MODELO DE PROTECCIÓN EN EL REGLAMENTO DE
INVESTIGACIONES ARQUEOLÓGICAS 303

CAPÍTULO VIII
EL MODELO DE PROTECCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL 306

CONCLUSIONES 310

BIBLIOGRAFÍA 311

ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura en la esfera del Sistema de Justicia del Perú, es el Organismo Constitucional Autónomo encargado de capacitar y formar magistrados en las habilidades profesionales de su alta función y para su óptimo desempeño en el ejercicio de la función jurisdiccional y fiscal. En esta oportunidad, gracias al apoyo del Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia del Banco Mundial, en nuevo esfuerzo, tenemos la satisfacción de presentar esta publicación institucional titulada "Primer Concurso Nacional de Ensayos Jurídicos –Trabajos Ganadores-", que reúne diversos artículos y ponencias vinculados a las ciencias jurídicas, preparados por los señores jueces del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público, pertenecientes a los distintos distritos judiciales de la República.

El contenido de este texto representa un importante aporte al estudio de las ciencias jurídicas, que por la diversidad temática que incorpora, contribuye al desarrollo jurídico, económico, social y político de nuestra sociedad. Los comentarios y reflexiones que se entregan, en la que han participado distintos autores de diversas especialidades de la magistratura, en cada uno de los temas que abordaron, entrañan una excelente contribución al señalar ciertas líneas provisorias del Derecho sobre las que marchen los futuros desarrollos teóricos de cada una de las materias tratadas.

La publicación institucional "Primer Concurso Nacional de Ensayos Jurídicos – Trabajos Ganadores", a través de los trabajos de investigación que se exponen, se convierte no sólo en fuente de consulta por las variadas e ilustradas opiniones que contiene, sino en punto de referencia y hasta de controversia en el debate jurídico.

La importancia de esta publicación merece un reconocimiento especial a los autores, pues no obstante encontrar en sus páginas un análisis de los antecedentes normativos de los diversos campos tratados y del estudio de algunas instituciones fundamentales, ofrece una contribución eficaz a la comunidad jurídica, en consonancia con la aspiración fundamental de la Nación de desarrollar una sociedad verdaderamente digna de la persona humana. La Academia de la Magistratura, por tanto, encuentra amplitud en su misión institucional, a la luz del ejercicio académico, pues nuestros discentes, jueces, fiscales, abogados, auxiliares jurisdiccionales y asistentes de función fiscal, son educados en el espíritu de la democracia, en el amor por su patria y en el sentido de la reconciliación que fortalezca a los altos intereses del Perú.

Debo también expresar mi especial reconocimiento, agradecer y felicitar a los señores magistrados: Gianina Rosa Tapia Vivas, Richard Rojas Arauco, Wilber Bustamante del Castillo, Elvira Álvarez Olazábal, Luis Eduardo Madariaga Condori y José Manuel Mayorga Zárate, quienes han contribuido con sus mejores ensayos a que la presente publicación institucional pueda estar ahora a disposición de todos ustedes, como instrumento que difunda los valores de la Ciencia del Derecho y que la AMAG pone al alcance de los estudiosos del Derecho.

Me queda sólo invitar a los jueces, fiscales y abogados del Perú, estudiosos del Derecho, a recorrer despacio las páginas de esta obra que nace a la luz de la vida jurídica de la Nación y que contribuirá, sin duda, a la consolidación del orden social y a la elevación y reconocimiento de la dignidad de la persona humana.

Lima, julio de 2009

Manuel Sánchez-Palacios Paiva
Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República
Presidente de la Academia de la Magistratura

ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

PRÓLOGO

Actualmente el proceso de consolidación del Estado de Derecho y los avances alcanzados en materia de crecimiento económico, han generado enormes expectativas y demandas en torno al sistema judicial peruano, particularmente relacionadas con la mejora efectiva de la calidad en la prestación de los servicios de justicia de cara al ciudadano.

En este contexto, con el apoyo técnico y financiero del Banco Mundial, se creó el Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia-PMSJ, el cual constituye una de las primeras experiencias nacionales de coordinación interinstitucional, que tiene el importante encargo de trabajar con cuatro instituciones fundamentales para la administración de justicia en el Perú: Poder Judicial, Consejo Nacional de la Magistratura, Ministerio de Justicia y Academia de la Magistratura.

El PMSJ ayuda a las cuatro entidades beneficiarias a identificar, planear e implementar soluciones diseñadas por sus propios miembros, para lo cual contamos con el apoyo de expertos en cada uno de los temas y materias que se identifican como necesidades de cambio en la administración de justicia.

Durante los tres últimos años, el Proyecto ha desarrollado múltiples actividades. Con el Poder Judicial, por ejemplo, se diseñó una escala remunerativa, un sistema de evaluación del desempeño de competencias de 360° y un sistema de incentivos laborales. También se realizó el estudio de línea de base para conocer el nivel de calidad que brindan los servicios de justicia, y se llevaron a cabo más de un centenar de jornadas de capacitación, entre las que podemos citar: el Taller de presupuesto orientado a resultados en el sector Justicia; el V Seminario internacional de gestión judicial: Herramientas modernas para el mejoramiento de los servicios de justicia; el Programa de alta especialización en Dirección y Gerencia; el Diplomado en Proyectos de inversión pública; así como el curso de Diseño de modelos espaciales y estadísticos para el análisis de información georeferencial.

Asimismo, se realizó un curso de capacitación en el nuevo Código Procesal Penal para personal del Poder Judicial, el Ministerio Público y efectivos policiales de los distritos judiciales de Ancash, Arequipa, Cañete, Huánuco, Ica, Lambayeque, Loreto, Madre de Dios, Pasco, Piura, Santa, Tumbes y Ucayali. De igual forma, se gestionó la adquisición y entrega de software y hardware para las sedes judiciales y, además, se equipó con computadoras, cámaras filmadoras, grabadoras digitales e impresoras multifuncionales a las oficinas de prensa de las diez Cortes Superiores de Justicia que en calidad de piloto forman parte del PMSJ: Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Huaura, La Libertad, Lima, Loreto, Piura y Tumbes.

Con el Consejo Nacional de la Magistratura se llevó a cabo el Programa de capacitación para optimizar la cultura organizacional y también uno en materia de Derecho Constitucional, Procesal y Administrativo. Asimismo, hemos impulsado el desarrollo del Sistema integrado de información institucional, basado en la optimización de procesos y métodos de trabajo, potenciándolo con herramientas tecnológicas modernas. Se han realizado diversas capacitaciones dirigidas a los consejeros e integrantes del gabinete de asesores, y se ha redefinido y formulado el Plan Estratégico (2007- 2011).

A la par, los esfuerzos conjuntos con el Ministerio de Justicia nos han permitido apoyar a esta institución en la adecuación de quince oficinas de asistencia legal gratuita (ALEGRA) en Lima y provincias, así como desarrollar actividades de capacitación como el Programa nacional de educación legal para la inclusión social, y otros proyectos de comunicación, información y capacitación en materia de conciliación extrajudicial y función notarial.

En la Academia de la Magistratura, se han puesto en práctica también importantes iniciativas como la elaboración de los perfiles formativos de jueces, fiscales y aspirantes a la magistratura; y las recomendaciones técnicas sustantivas para las facultades de Derecho del país, con lo cual se espera fortalecer la formación académica de los estudiantes de esta especialidad.

Otra de las iniciativas que hemos compartido con la Academia de la Magistratura y cuyos ensayos ganadores publicamos en este documento es el "Primer Concurso Nacional de Ensayos Jurídicos", con el cual esperamos contribuir con la institucionalización de un mecanismo meritocrático de estimulo y reconocimiento a la producción intelectual de nuestros magistrados, y a promover la mejora en el desempeño de sus elevadas funciones al servicio del país.

Lima, julio de 2009

NELSON SHACK YALTA
Coordinador General del Proyecto de
Mejoramiento de los Servicios de Justicia

ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

INTRODUCCIÓN

En noviembre del 2008, la Academia de la Magistratura, en el marco de las actividades del Proyecto "Mejoramiento de los Servicios de Justicia" Poder Judicial – Banco Mundial, convocó a todos los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, a participar en el Primer Concurso Nacional de Ensayos Jurídicos para optar el premio de investigación jurídica "Academia de la Magistratura" 2008.

Este concurso se instituye como un estímulo a la investigación de los señores magistrados, como reconocimiento a la investigación jurídica a partir del planteamiento de aportes legales y/o doctrinarios que coadyuvarán en la profundización del conocimiento de todos los operadores de justicia.

Un Jurado Calificador designado por la AMAG tuvo como ardua tarea de calificar los trabajos de investigación, resultando ganadores los cinco primeros puestos en el Concurso Nacional.

El primer puesto lo obtuvo la señora Fiscal Suprema Adjunta, doctora Gianina Rosa Tapia, con su investigación titulada "Un enfoque sobre la investigación tutelar administrativa y el sistema único de atención a niños, niñas y adolescentes en situación de abandono" que desarrolla la problemática de atención que actualmente reciben los niños y adolescentes que se encuentran en presunto estado de abandono, en el marco de la "desjudicialización" de dichos procesos.

El segundo lugar, fue un decoroso empate entre el documento "El Derecho Penal y la Diversidad Cultural. Aproximación a su tratamiento desde la realidad ayacuchana", desarrollada por el doctor Richard Rojas Arauco, Fiscal Adjunto Provincial de Huamanga y la investigación titulada "Entre cobrizos y bronceados: Una visión regional de acceso a la justicia" a cargo del doctor Wilber Bustamante del Castillo, Juez Superior del Cusco. El autor del primer ensayo procura realizar un acercamiento a la realidad en cuanto a la diversidad cultural y cómo el derecho, penal, especialmente, viene regulando ilícitos cuando los sujetos pertenecen a una cultura distinta. El otro documento enfoca su estudio en la titularidad de los derechos fundamentales que según su autor, resulta siendo insuficiente e ineficaz para la realización de los mismos.

El tercer puesto lo obtuvo la doctora Elvira María Alvarez Olazabal, Juez Provisional de la Quinta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Lima, con su investigación titulada "Aproximándonos al vigésimo aniversario de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", que desarrolla un análisis de los avances y problemas en la aplicación del referido marco normativo supranacional, su interpretación y aplicación.

El documento "Análisis dogmático y estratificado de los presupuestos procesales en un sistema unitario del derecho procesal civil (juicio de procedibilidad vs. juicio de admisibilidad): hacia un proceso oralizado, eficiente y con garantías" a cargo del doctor Luis Eduardo Madariaga Condori, Juez del Primer Juzgado Mixto del Módulo Básico Mariano Melgar de Arequipa y que ocupó el cuarto lugar, desarrolla la elaboración de una propuesta metodológica, análisis y reforma del sistema procesal civil, proponiendo una concepción integral de los presupuestos procesales.

Finalmente, el quinto lugar fue otorgado a la investigación "Patrimonio cultural: ¿estamos de acuerdo en qué queremos proteger?", desarrollado por el doctor José Manuel Mayorga Zárate, Fiscal provincial de Turismo y Patrimonio Cultural del Cusco, que expone la existencia de dos sistemas de protección jurídica del patrimonio cultural en el Perú: la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural y la Convención sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas.

Conforme a lo descrito sucintamente, las cinco investigaciones ganadoras del Primer Concurso Nacional de Ensayos Jurídicos, resulta sin lugar a dudas, valiosos aportes al sistema de justicia peruano y, su publicación, si bien tiene como objetivo su merecida difusión, estamos seguros que constituye un verdadero estímulo a la investigación y producción intelectual por parte de los señores jueces y fiscales peruanos.

Lima, julio de 2009

José Ogres Sausa Cornejo
Director General

ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

PRIMER PUESTO

UN ENFOQUE SOBRE LA INVESTIGACIÓN TUTELAR ADMINISTRATIVA Y EL SISTEMA ÚNICO E INTEGRAL DE ATENCIÓN A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE ABANDONO

Dra. GIANINA ROSA TAPIA VIVAS

Sumilla de la Hoja de Vida de la Dra.
GIANINA ROSA TAPIA VIVAS

Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, se graduó con la tesis "Valoración Judicial de la prueba en los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad" con la calificación de sobresaliente.

Magíster en Derecho Penal y egresada de la Maestría en Derecho Civil, es conferencista en materias de Familia, Civil y Administrativo. Ha realizado diversas publicaciones especializadas, tales como: "Delimitación Típica entre tentativa de violación y actos contra el pudor", "El delito de Omisión de Asistencia Familiar", "La prueba", "El delito de Violencia Sexual en menores de Edad", entre otros.

La doctora Tapia Vivas es Fiscal Adjunta Suprema en la Fiscalía Suprema Contencioso Administrativo del Ministerio Público.

UN ENFOQUE SOBRE LA INVESTIGACIÓN TUTELAR ADMINISTRATIVA Y EL SISTEMA ÚNICO E INTEGRAL DE ATENCIÓN A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE ABANDONO

INTRODUCCIÓN

En el presente ensayo se desarrollará la problemática de atención que actualmente reciben los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en presunto estado de abandono, a raíz de la "desjudicialización" de los procesos de abandono [1].

La medida de "desjudicialización" iniciada a partir del año 2006, originó que un ente administrativo a cargo del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES) sea el que se encargue de las investigaciones tutelares impulsadas por la Secretaría Nacional de Adopciones que fueron transferidas por el Poder Judicial, además de encargar a dicho ente los nuevos procedimientos de investigación tutelar referidos a las causales de abandono establecidas en el artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes.

En la actualidad, al cabo de más de dos años de iniciada la "desjudicialización" antes referida, podemos concluir que poco o nada se ha hecho para poder atender a esta parte de la población infantil, que en muchos casos es maltratada, al tener que ser internados y externados de Centros Preventivos de la Policía Nacional y de las casas hogares o albergues adonde son derivados provisionalmente, significando cada internamiento a estos centros de que el menor de edad sea sometido a diversos y repetitivos exámenes médico legales de integridad sexual, con la consiguiente afectación psicológica-emocional, adicionalmente a ello, el hecho que el menor de edad sea trasladado de un lugar a otro e ingrese en "hospedaje temporal", constituye una mala práctica por parte de las instituciones tutelares de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

[1] Resolución Ministerial Nº 177-2006-MIMDES, del 17 de marzo del 2006. Establece disposiciones para que el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social asuma de manera progresiva competencia respecto de investigaciones tutelares impulsadas por la Secretaría Nacional de Adopciones y de nuevos procedimientos de investigación tutelar referidos a las causales de abandono, establecidas en el artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Conforme lo establece el artículo 27 del Código de los Niños y Adolescentes, El Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente es el conjunto de órganos, entidades y servicios públicos y privados que formulan, coordinan, supervisan, evalúan y ejecutan los programas y acciones desarrollados para la protección y promoción de los derechos de los niños y adolescentes. El sistema funciona a través de un conjunto articulado de acciones interinstitucionales desarrolladas por instituciones públicas y privadas.

El Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social dirige el Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente como ente rector, sin embargo, aún falta solidez a los diversos programas para que se cumplan a cabalidad las políticas de Estado en bien de la niñez y adolescencia.

El Código de los Niños y Adolescentes, establecido por Ley Nº 27337 y el Reglamento de los Capítulos IX y X del Título II del Libro IV del citado Código (Decreto Supremo Nº 011-2005-MIMDES, de fecha 15 de noviembre del 2005), establecieron el marco legal y procedimental que debe seguirse en caso de un niño o adolescente que se encuentre en situación de estado de abandono, según las causales establecidas en el artículo 248 del Código Especializado, a efecto de dictarse las medidas de protección pertinentes.

A la fecha han transcurrido más de dos años desde que el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social ha asumido competencia en materia de investigación tutelar de manera progresiva, comenzando por la competencia del Distrito Judicial de Lima, para posteriormente seguir con los distritos Judiciales de Lima Norte y Callao, y así en forma gradual a nivel nacional; sin embargo, este procedimiento todavía no logra consolidarse y se ha convertido en un sistema de atención poco idóneo para el niño, niña o adolescente que se encuentra en presunto estado de abandono, quien a nivel policial es internado en Centros Preventivos y sometido innecesariamente a repetitivos exámenes de reconocimiento de integridad física, integridad sexual, de VIH-sida y otros.

Estos innecesarios procedimientos, "revictimizan" al menor de edad, proponiendo la autora un procedimiento de atención única e integral que permita la atención centralizada, permanente y directa del ente administrativo que va a otorgar tutela estatal, correspondiendo a esta entidad, luego de la evaluación preliminar del caso, dictar la medida de protección que la situación exige, siendo el internamiento la última disposición de protección, pues muchas veces el menor de edad tiene familia directa, y en otros, ya tiene una familia que lo viene albergando. Sin embargo, por Oficio Circular Nº 009-2006/INABIF.UGIT de fecha 03 de octubre del 2006, el Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social comunicó a las diversas Comisarías de Lima que en los casos de que hayan niños y/o adolescentes en presunto estado de abandono, éstos sean ingresados al Centro Preventivo que corresponda como medida de protección inmediata. El nombre del Centro Preventivo y la fecha en que ha ingresado el niño o adolescente deben ser comunicados a la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar (UGIT) mediante un informe, para que la Gerencia tome las acciones inmediatas al respecto.

El acto administrativo comunicado por la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar a las Comisarías de Lima (Oficio Circular Nº 009-2006/INABIF.UGIT) transgrede normas tuitivas establecidas en la Convención de los Derechos del Niño y en el Código de los Niños y Adolescentes, pues siendo el internamiento la última medida de protección que se debe dictar, (pues separa al menor de edad de un hogar) el ente tutelar dispone que sea la primera medida que adopte la Policía, sin mayor criterio de discernimiento y selección que le compete por ley a la autoridad administrativa, lo que constituye un contrasentido que debe ameritar una corrección urgente por parte de las autoridades correspondientes.

Cuando de los hechos y circunstancias se advierta que debe dictarse la medida de protección consistente en el internamiento en Centros de Atención Residencial[2], dicha medida deberá ser dictada teniendo en cuenta el sexo, edad, situación de riesgo, etc., del menor de edad que se encuentra en presunto estado de abandono.

El presente ensayo aborda la problemática actual que afronta el niño, niña o adolescente que se encuentra en presunto estado de abandono y cómo las instituciones del Estado, que tienen un rol tuitivo sobre los menores de edad, incurren en "revictimizar" al menor de edad al tomar una denuncia que por interés superior del niño debería ser tomada a exclusividad por la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar, la misma que debería tener un turno permanente las 24 horas del día para brindar tal protección. En el presente documento se revisarán conceptos tendientes a la protección integral del niño, niña y adolescente, así como el marco normativo del derecho internacional e interno.

[2] Ley N° 29174. Ley General de Centros de Atención Residencial de Niñas, Niños y Adolescentes, del 23 de diciembre de 2007.

CAPÍTULO II

DESARROLLO DEL ENSAYO

1. MARCO NORMATIVO SOBRE LA PROTECCIÓN INTEGRAL AL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

1.1. Definición de protección integral

El destinatario de la protección integral es el menor, entendido como niña, niño o adolescente en presunto estado de abandono. Veremos primeramente qué entendemos por protección integral.

La protección integral es la satisfacción de las necesidades objetivas del menor, en su situación individual y concreta, para la actualización de todas las potencialidades propias de su condición de persona y de ser dotado de capacidad virtual de autodeterminación. Desde el punto de vista ético constituye una derivación del reconocimiento de la dignidad eminente de la persona ante el natural desvalimiento en que se encuentra hasta alcanzar su madurez biológica, psíquica y espiritual [3].

La protección integral reconoce un rol fundamental y participación del niño en la familia y en la sociedad [4].

El Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia, se ha pronunciado sobre la protección de los niños y adolescentes; así tenemos:

1.1.1. Expediente N° 3247-2008 de fecha 14 de agosto del 2008, en sus fundamentos 4 y 5, señala:

> "Que la protección de los Derechos del Niño es una preocupación constante en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como tal, ha sido plasmada en diferentes instrumentos internacionales, los cuales reconocen que todos los niños, en su calidad de seres humanos, tienen todos los derechos, libertades y garantías que se encuentran consagrados en los mismos, sin discriminación de ninguna clase".

Asimismo, establece la obligación de brindar una protección específica a favor de la infancia al señalar que todos los niños tienen derecho a las medidas de protección que su condición requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

1.1.2. Que, el concepto de protección comprende no solo las acciones para evitar cualquier perjuicio sobre el desarrollo del niño y del adolescente, sino también la adopción de medidas que permitan su crecimiento como personas y ciudadanos. De esta forma, en materia de infancia se debe entender por protección:

> *"...al conjunto de medidas de amplio espectro que recaen sobre la persona humana, dotado de personalidad propia y potencial, que por razón de su edad o circunstancias particulares, requiere la aplicación de medidas generales o especiales, que garanticen el logro de su potencialidad vital y la consolidación de las circunstancias mínimas para la construcción de su personalidad, a partir del conocimiento del otro y de la necesidad de alcanzar la realización propia".*

[3] RAFFO, HECTOR ANGEL, RODRÍGUEZ MARTA VERONICA, VÁSQUEZ BERROSTEGUIETA, JORGE (1986). La protección y formación integral del menor. Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, pág. 16.
[4] ELISEO SOLARI, NESTOR. (2002). La niñez y sus nuevos paradigmas. Buenos Aires, La Ley, pág. 9.

1.1.3. Expediente N° 3330-2004-AA de fecha 11 de julio del 2005 fundamento jurídico 35, establece que el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga, radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar.

1.1.4. Expediente N° 2165-2002-HC/TC de fecha 14 de octubre del 2002, fundamento jurídico 4:

"…teniendo en consideración que la Constitución Política establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, y que tanto la comunidad como el Estado protegen especialmente al niño en situación de abandono; y asimismo, que el Código de los Niños y Adolescentes prescribe que en toda medida que adopte el Estado concerniente al niño se considerará el interés superior de este y el respeto a sus derechos, y que todo menor tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia…"

1.1.5. Expediente N° 0298-1996-AA de fecha 13 de abril de 1998, P, FJ 12, señala que dentro del orden de prelaciones y jerarquías existente al interior de una Constitución, es decididamente un hecho incontrovertible y de mayor importancia para un Estado y su colectividad el proteger a la infancia; más aún si ésta se encuentra en situación de abandono, que promover la seguridad como valor aislado, pues independientemente de que tal dispositivo reposa directamente sus fundamentos en el artículo 1 de la norma fundamental y es, por consiguiente, rigurosamente tributario del principio "dignidad de la persona", a la larga, del cumplimiento de un dispositivo depende, en los hechos, la eficacia y vigencia del otro. No es posible que un Estado proclame la seguridad ciudadana como valor preciado de hoy cuando alimenta las condiciones de su propia alteración a futuro. Si una colectividad permite, de espaldas a su propia realidad, que la desprotección a la niñez se solvente con actitudes de indiferencia crónica, lo único que engendra son las condiciones para que la seguridad que hoy proclama como bandera, no vaya más allá de su propia existencia, como si el futuro de sus descendientes, paradójicamente la seguridad de ellos, no le interesara en lo absoluto[5].

Se advierte que el Tribunal Constitucional, al ventilar procesos que involucren niños o adolescentes, tiene en cuenta el principio del interés superior del niño; como consecuencia de ello y en defensa de sus derechos se les otorga una protección especial.

1.2. Formas de protección integral

La acción de protección se dirige a todo menor de edad, tan solo por tener su condición de tal y no se limita al que se encuentra en situación de carencia o conflicto, en estado de abandono o de peligro material o moral. La propia condición del menor importa un estado natural de desvalimiento que exige la individualización y personalización de esa actividad. La protección requiere de acciones concretas y diferenciadas para atender al menor en situación de abandono.

Cabe distinguir las diferentes modalidades de protección existentes:

- La asistencial, dirigida a superar situaciones actuales de carencia o conflicto que pudieran dar origen al abandono del menor o a estados de peligro material o moral (actividad de protección específica; es decir, referida a uno o más sujetos determinados).
- La preventiva, de naturaleza genérica; esto es, referida a sujetos indeterminados que actúa sobre las causas generadoras de posibles estados de carencia o conflicto, procurando neutralizar sus efectos riesgosos.

[5] DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2006). "La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Lima, Gaceta Jurídica, pág. 218.

La actividad asistencial actúa sobre la carencia o el conflicto; la preventiva se desarrolla antes de la carencia o conflicto, procurando evitarlo .

Cabe distinguir las diferentes modalidades de protección existentes:

- La asistencial, dirigida a superar situaciones actuales de carencia o conflicto que pudieran dar origen al abandono del menor o a estados de peligro material o moral (actividad de protección específica; es decir, referida a uno o más sujetos determinados).
- La preventiva, de naturaleza genérica; esto es, referida a sujetos indeterminados que actúa sobre las causas generadoras de posibles estados de carencia o conflicto, procurando neutralizar sus efectos riesgosos.

La actividad asistencial actúa sobre la carencia o el conflicto; la preventiva se desarrolla antes de la carencia o conflicto, procurando evitarlo[6] .

1.3. Normativa internacional

La normativa internacional contempla la protección integral al menor, por cuanto por su especial condición requiere de una mayor protección por parte del Estado.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos contempla la protección social de todos los niños nacidos dentro y fuera del matrimonio; señala que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales[7] .

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Perú en 1978, establece en su artículo 19 que "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que en su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

Si bien la Convención Americana no define el concepto de niño, la Convención sobre los Derechos del Niño considera que niño es todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende la vulnerabilidad de los niños y establece el principio del interés superior como criterio rector a ser tomado en cuenta al momento de adoptar políticas públicas. Así, esta primacía es sustentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando señala lo siguiente:

> *"Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda 'en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades'"*[8] .

El Estado peruano ratificó en 1990 la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional creado en 1989 en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En dicha Convención se consagró la teoría del interés superior del niño y de la protección integral de la infancia, se reconocieron derechos específicos de los niños y se señalaron directrices para que éstos sean efectivamente llevados a la práctica.

[6] RAFFO, HECTOR ANGEL y otros. Op.cit, pág. 18.
[7] Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
[8] NOVAK, FABIÁN y NOMIHAS, SANDRA. (2004). Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Primera Edición. Lima, Academia de la Magistratura, pág. 222. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bulacio, sentencia del 18 de septiembre de 2003

El interés superior del niño es la base ideológica sobre el cual se estructura el texto de la Convención; por ello representa el principio rector-guía[9].

Se determina que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tendrán primordial consideración al interés superior del niño[10].

La Convención sobre los Derechos del Niño implicó el cambio de antiguos paradigmas en materia de niños y una apertura para formular nuevos modos de intervención. El niño pasó de ser concebido como sujeto pasivo ante la tutela del Estado a ser visualizado como sujeto activo titular de derechos.

La visión del niño como sujeto social de derecho, busca el reconocimiento del rol activo de éste frente a su realidad, de su capacidad para contribuir al desarrollo propio, al de su familia y al de su comunidad, y lo incorpora en la construcción de la aplicabilidad de la Convención, como auténtico promotor de cambio y desarrollo[11].

Dicha Convención afirma que los derechos de los niños del mundo deben ser protegidos contra todas las formas de abuso, abandono y explotación; reconoce y asigna a la familia el papel primario de atender a las necesidades de la infancia y a la responsabilidad del crecimiento y bienestar de la misma, afirma y compromete a los estados firmantes para que las familias reciban la necesaria asistencia que les permita cumplir sus responsabilidades y obligaciones de manera que los niños puedan permanecer con sus padres y, por último, establece el criterio de subsidiariedad conforme al cual en aquellos casos que la permanencia junto a la familia de los menores vaya contra su propio interés, debe el Estado de asumir el cumplimiento de tal misión[12].

La Convención constituye el instrumento más importante en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de las normas internacionales, no solo por las razones de carácter estrictamente jurídico que esgrime, sino también porque ha sido el instrumento más adecuado para los movimientos sociales y para el sector más avanzado de las políticas públicas referidas a la importancia de la dimensión jurídica en la lucha por mejorar las condiciones de vida de la infancia[13].

Entonces existe una necesidad de protección al menor que ya ha sido enunciada en varios instrumentos normativos como es la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículos 23 y 24, y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10.

Las disposiciones anteriormente nombradas están destinadas a proteger al niño, destacando especialmente la protección de la unidad familiar, en virtud de la cual debe velarse, porque el niño no sea separado de sus padres, salvo que así lo ordene el interés superior del niño (por maltratos o descuidos de los padres). Otra disposición está referida a proteger al niño contra el abandono o en estado de abandono, debiendo el Estado, en este último caso, promover su adopción, su colocación en una familia u hogar sustituto o, como último recurso, disponer su internamiento en instituciones del Estado dedicadas a su cuidado[14]. En consecuencia podemos apreciar que los diversos instrumentos internacionales reconocen al niño, niña y adolescente el derecho a gozar de una protección, cuidado y ayuda especial.

[9] ELISEO SOLARI, NÉSTOR. OP. cit., pág. 20.
[10] Convención de los Derechos del Niño, artículo 3, párrafo 1.
[11] ELISEO SOLARI, NÉSTOR. OP. cit., pág. 9.
[12] VILLAGROSA ALCALDE, CARLOS. (1998). Explotación y Protección Jurídica de la infancia. Barcelona, editorial, pág. 49.
[13] CENTRO DE ESTUDIOS Y ACCION POR LA PAZ. (2000). Los adolescentes y la Justicia: la doctrina de la protección integral de niñas, niños y adolescentes, Lima, Ceapaz, pág. 65.
[14] NOVAK, FABIÁN. Op. cit., pág. 224.

1.4. Normativa interna

La Constitución Política del Perú de 1993 establece en su artículo 4 que: "…la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven al matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad…"

La noción de protección ha ido cambiando en las Constituciones a través de la historia. Revisando las normas veremos que la Constitución de 1920 señalaba que "El Estado cuidará de la protección y auxilio de la infancia". Utiliza la palabra cuidar para actuar a favor de los niños y adolescentes. La Constitución de 1933 establece por primera vez la protección de los niños en abandono, así como el deber primordial del Estado, siendo el texto redactado de esta manera:

> *"Es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia. El Estado defiende el derecho del niño… a la amplia asistencia cuando se halle en situación en abandono, de enfermedad o de desgracia. El Estado encomendará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo a organismos técnicos adecuados".*

Este concepto es mucho más completo por cuanto desarrolla el término "amplia asistencia". ¿Qué significa dicho término? Según Montoya Chávez, encarna no solo la obligación estatal de socorrer cuando se encuentra la persona "en situación de abandono, de enfermedad o de desgracia" sino que esta ayuda debe ser lo más profunda y completa posible. Como se observa, no existe restricción en el auxilio cuando el niño y el adolescente se encuentran abandonados, pues asevera que tal sensación de carestía afectiva y material también se experimenta cuando se halla enfermo o cae en desgracia[15] .

Finalmente, la Constitución de 1979 es de avance también, pues diferencia lo que es el niño del adolescente. Hemos visto anteriormente que la norma constitucional hacía referencia a infancia, pero ahora el texto quedó redactado de esta forma "…el niño, el adolescente… son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral". Según este precepto, aún no se reconoce la participación de la comunidad como sí lo hace la Constitución de 1993, pero considera los tres casos de abandono: económico, corporal o moral.

De acuerdo con ello, la especial protección que les reconoce la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de niños y adolescentes y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. A tales derechos especiales les corresponden deberes específicos; vale decir, la obligación de garantizar la protección necesaria, a cargo de la familia, la sociedad y el Estado[16] . La sociedad y el Estado deben participar en caso de desamparo de los niños y adolescentes, adoptando medidas concernientes a su protección.

A nivel legislativo nacional, lo relativo a la niñez está contemplado principalmente en el Código de los Niños y Adolescentes, establecido por la Ley N° 27337 y modificado por la Ley Nº 28330, con la cual nuestro país incorporó a su legislación los nuevos parámetros sobre la materia contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Este nuevo cuerpo legal pretende superar la doctrina de la "situación irregular del menor" sustentando sus bases en la nueva doctrina de la "protección integral", cuyo fundamento se asienta en que los niños y los adolescentes son sujetos de derecho. En esta nueva concepción, la sociedad se organiza a través de mecanismos sociales que incluyen a los niños y adolescentes; con este nuevo sistema se pretende protegerlos de manera integral como sujetos de derecho.

[15] MONTOYA CHÁVEZ, VÍCTOR HUGO. (2007). Derechos Fundamentales de los niños y adolescentes. Lima, editorial Grijley, pág. 17.

[16] PLÁCIDO V., ALEX. (2006). "El interés superior del niño". En: Gaceta Jurídica, Cuadernos Jurisprudenciales, N° 62. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, agosto 2006, pág. 14.

Como principio básico contempla el interés superior del niño y del adolescente cuando señala:

"En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto de sus derechos"[17] .

El referido Código organiza el Sistema Nacional de Atención Integral, integrado por el ente rector y la Defensoría del Niño y del Adolescente. De conformidad con la Primera Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 28339, publicada el 14 de agosto del 2004, toda mención al Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano (PROMUDEH), en el marco de la competencia en materia tutelar que le fuera asignada por Ley N° 27337, se entenderá referida al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MINDES).

En el Capitulo IX y X del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes contempla las medidas de protección al niño y adolescente en presunto estado de abandono, y mediante D.S. N° 011-2005-MINDES aprueban el Reglamento de los referidos capítulos.

"El Código constituye un importante instrumento para llevar a cabo la protección de la infancia y colaborar a forjar una nueva disposición social frente a los niños que son el presente y el futuro de las generaciones venideras. No debemos olvidar las palabras del jurista Héctor Cornejo Chávez: "las realidades no se transforman con solo dar leyes. La contribución a solucionar los problemas profundos de justicia social exige al hombre de derecho reconocer con humildad que sus instrumentos no bastan para corregir con acierto las situaciones de injusticia"[18] .

1.5. Legislación comparada en relación a la protección de menores en situación de abandono

Es importante conocer la legislación de otros países para apreciar en qué medida han adecuado sus leyes conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente. Abordaremos las legislaciones de Brasil, Colombia, Argentina y España.

Brasil ratificó en 1990 la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente y ese año entró en vigencia su Estatuto del Niño y Adolescente, mediante Ley N° 8069, mediante la cual prevé tanto la política de atención de sus derechos, así como las medidas de protección a aplicar en caso de abandono.

Es así que el artículo 86 establece la política de atención a los derechos del niño y del adolescente a través del conjunto de acciones gubernamentales y no gubernamentales del distrito federal y de los Municipios.

Las medidas de protección son aplicables siempre y cuando los derechos reconocidos a los niños y adolescentes en la ley sean vulnerados por acción u omisión del Estado o de la sociedad; por falta, omisión y abuso de los padres o responsables, y en razón de su conducta. Prevé las medidas específicas de protección que pueden aplicarse solas o simultáneamente según el caso concreto, y van desde el encaminamiento a los padres o responsables mediante resolución de responsabilidad, orientación, apoyo y seguimiento temporarios, hasta la matrícula y asistencia obligatoria de los padres a un establecimiento oficial de enseñanza, además de la inclusión

[17] Código de los Niños y Adolescentes, artículo IX del Título Preliminar.
[18] MOMETHIANO ZUMAETA, ELOY. (1998-1999). Alternativas frente a la problemática del menor en situación de abandono. Primera Edición. Lima, Editorial San Marcos, pág. 377.

en programas oficiales o comunitarios de auxilio a la familia, al niño y adolescente, o el abrigo en una entidad hasta la colocación familiar, entre otros. El abrigo constituye una medida provisional y excepcional utilizable en forma de transición para la colocación en familia sustituta, no implicando privación de la libertad.

El juez de la infancia y de la juventud es competente para conocer las acciones promovidas por el Ministerio Público sobre investigaciones de actos infractores, pedidos de adopción, acciones derivadas de irregularidades de entidades de atención, aplicando las medidas que correspondan. Además debe conocer los casos presentados por el Consejo Tutelar, aplicando las medidas que correspondan; y cuando se trate de un niño o adolescente en presunto estado de abandono, conoce de los pedidos de guarda y tutela, destitución de la patria potestad, entre los más resaltantes.

El Consejo Tutelar es el órgano permanente y autónomo no judicial encargado por la sociedad para velar por el cumplimiento de los derechos del niño y adolescente. En cada municipio habrá por lo menos un Consejo Tutelar compuesto por 5 miembros elegidos por ciudadanos locales.

En Colombia, el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) aborda en su Título II al menor abandonado o en peligro físico o moral. La atención integral al menor en un Centro de Protección Especial es la medida por medio de la cual el Defensor de Familia ubica a un menor en situación de abandono o peligro, en un centro especializado, que tenga licencia de funcionamiento otorgada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuando no sea posible la aplicación de alguna de las medidas de protección como son la prevención o amonestación a los padres o a las personas de quienes dependa, la atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerla, la colocación familiar, la atención integral en un Centro de Protección Especial, la iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono, y cualesquiera otras cuya finalidad sea la de asegurar su cuidado personal, atender sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o su formación moral. Esta atención integral al menor podrá ser suministrada directamente por el Instituto o con instituciones idóneas, mediante contrato.

Mientras un menor permanezca en Centro de Protección Especial, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se subrogará los derechos del menor, previendo la atención integral que es el conjunto de acciones que se realizan en favor de los menores en situación irregular, tendientes a satisfacer sus necesidades básicas y a propiciar su desarrollo físico, psicológico y social por medio de un adecuado ambiente educativo, con la participación de la familia y la comunidad.

El Sistema Nacional de Bienestar Familiar tiene como órgano rector, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El Defensor de Familia es un funcionario público al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y le competen como funciones: intervenir en interés de la institución familiar y del menor en los asuntos judiciales extrajudiciales; asistir al menor infractor en las diligencias ante el juez competente y elevar las peticiones que considere conducentes a su rehabilitación; aprobar, con efecto vinculante, cuando no haya proceso judicial en curso, las conciliaciones entre cónyuges, padres y demás familiares, sobre fijación provisional de residencia separada, fijación de cauciones de comportamientos conyugal, alimentos entre cónyuges, y decidir los asuntos relacionados con menores que requieran protección por hallarse en cualquiera de las situaciones irregulares establecidas en este Código. También tiene como funciones autorizar la adopción del menor en los casos señalados por la ley, así como solicitar a las entidades oficiales y privadas las certificaciones, informes, dictámenes y demás pruebas necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

La atención integral se brindará básicamente a través de actividades sustituidas del cuidado familiar, escolaridad, formación pre laboral y laboral, así como de educación especial cuando se trate de menores con limitaciones físicas, sensoriales o mentales, y atención a la salud.

Para que el Centro de Protección Especial cumpla su objetivo, debe ser abierto a la vida en comunidad, permitiéndole al menor participar en ella, en la medida de lo posible, y en actividades relacionadas con la salud, educación, capacitación y recreación, entre otras.

No obstante y en casos excepcionales, cuando se trate de un infractor a la ley penal menor de 12 años, la ubicación se hará en un Centro de Protección que le ofrezca atención especializada de acuerdo con su situación.

El Defensor de Familia deberá practicar mensualmente visitas a las instituciones y hogares donde sean colocados los menores con el fin de constatar la situación en que se encuentran, dejando constancia de la misma en la historia del menor.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar autorizará el funcionamiento o creará Centros de Emergencia para la recepción de menores extraviados, explotados, abandonados o maltratados. A estos centros se asignarán los Defensores de Familia que sean necesarios para que adelanten las diligencias pertinentes y adopten las medidas de protección reglamentadas en este Código.

Estos centros funcionarán independientemente de los Centros de Observación y Recepción de menores infractores de la ley penal.

Los Centros de Protección Especial, tanto públicos como privados, deberán informar al Instituto sobre los menores que se encuentren a su cuidado, dentro de los 8 días siguientes a su ingreso, con el objeto de iniciar los trámites de protección.

En Argentina, la legislación en materia de menores se origina con la promulgación de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Ley N° 26061[19] .

El artículo 27 de la Ley obliga a los organismos del Estado a garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, el derecho a ser oídos ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; y a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de tomar una decisión.

El Estado debe primero utilizar sus recursos para asistir a aquellas familias en riesgo, con el objeto de que puedan mantenerse unidas. En ese sentido, se enmarcan las medidas administrativas de protección de derechos de los artículos 36 a 38 de la ley.

El artículo 36 señala que las medidas de protección en ningún caso podrán consistir en la privación de la libertad. Este artículo concuerda con el artículo 19 de la misma ley cuando señala que la privación de la libertad personal entendida como ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse de conformidad con la normatividad vigente.

Las medidas que deben adoptarse comprobada la amenaza o violación de derechos son aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar; asistencia integral a la embarazada; inclusión de la niña, niño o adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres o representantes legales junto con el seguimiento temporal de la familia a través de un programa de asistencia médica, entre otros.

[19] Promulgada el 21 de octubre de 2005 y publicada el 26 de octubre del mismo año.

Asimismo se establecen medidas excepcionales de protección que serán adoptadas conforme a la situación temporal o permanente en que se encuentre el niño privado de su medio familiar o cuando su interés superior exija que no permanezca en este medio, o cuando la medida a tomarse deba hacerse en forma coactiva.

La medida a aplicarse es la permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos, buscando la individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consaguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes. También solo en forma excepcional subsidiaria y por el más breve plazo puede recurrirse a una forma de convivencia alternativa a la de su grupo familiar, debiendo propiciar a través de mecanismos rápidos su regreso al medio familiar y comunitario. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente.

Finalmente, el Sistema de Protección Integral se conforma por los siguientes niveles: a nivel nacional cuenta con un organismo especializado en materia de derechos de infancia y adolescencia en el ámbito del Poder Ejecutivo; a nivel federal, tiene un órgano de articulación y concertación para el diseño, planificación y ejecución de políticas públicas en todo el ámbito del territorio y, a nivel provincial, tiene un órgano de planificación y ejecución de políticas de la niñez cuya forma y jerarquía determinará cada provincia.

Con respecto a España, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (Ley Nº 1/1996), establece las actuaciones en situación de desprotección social e instituciones de protección al menor.

La ley regula los principios generales de actuación frente a situaciones de desprotección social, incluyendo que la entidad pública investigue los hechos que tome conocimiento, con el apoyo de servicios sociales o asumiendo la tutela del menor.

De igual modo, se establece la participación obligatoria de toda persona, ante un hecho de situación de riesgo o posible desamparo de un menor, de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos. Asimismo, se prevé el deber de los ciudadanos de comunicar a las autoridades públicas competentes la ausencia del menor, sin justificación, del centro escolar.

Se plasma la distinción, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y de desamparo que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública. Mientras que las situaciones de riesgo están caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo; en las situaciones de desamparo, donde se presenta un caso de grave riesgo para el menor, se dispone su separación de la familia y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria.

Las medidas adoptadas en caso de situaciones de desprotección social del menor son: la protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin como el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley. Asimismo, los poderes públicos velarán para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afectan al desarrollo del menor.

Establece las obligaciones de los ciudadanos y el deber de reserva cuando una persona, autoridad o ciudadano (especialmente aquellos que tienen una profesión o función vinculada), detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.

En las actuaciones se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor. Las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias, de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal.

Se establece el principio de colaboración: en toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor y su familia y no interferir en su vida escolar, social o laboral.

Las entidades públicas competentes en materia de protección de menores estarán obligadas a verificar la situación denunciada y a adoptar las medidas necesarias para resolverla en función del resultado de aquella actuación.

En las actuaciones en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor y que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra, así como promover los factores de protección del menor y su familia.

Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia.

Con relación a las medidas de actuación en situación de desamparo, éstas se originan cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo y actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

En relación a los niños, niñas y adolescentes en desamparo, se dan las siguientes características que configuran esta clase de tutela y son las que menciona Perez Martin[20] en su obra Derecho de Familia:

- Se constituye automáticamente y por imperio de la ley, sin necesidad de un procedimiento judicial.
- Recae exclusivamente sobre menores que se encuentren en una situación de desamparo.
- El cargo de tutor recae por ministerio de la ley en la entidad pública a la que en el respectivo territorio este encomendada la protección de menores.
- Tiene el carácter de provisional, ya que no debe durar más tiempo que el necesario para conseguir la reinserción familiar del menor o la constitución de tutela ordinario en su caso y, si ninguna de ellas es viable, se propone la adopción por otra familia.
- Supone la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, de tal manera que los titulares de la misma quedan relevados de sus funciones en beneficio de la entidad pública. No obstante, como señala el último párrafo del artículo 172.1, serán válidos los actos de contenido económico-patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

[20] PEREZ MARTIN, ANTONIO JAVIER. (1998). Derecho de Familia. Segunda Edición. Valladolid, Lex Nova, pág. 207.

Se ordena a la entidad pública remitir al Ministerio Fiscal copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Esta notificación es importante porque al otorgarse al Ministerio Fiscal la vigilancia de las instituciones de protección de menores, éste puede promover ante el juez de menores las acciones de protección que estime necesarias si al notificarle una resolución de desamparo observa alguna anormalidad. También establece la guarda de los menores tutelados por encontrarse en situación de desamparo, que podrá ser asumida por la entidad pública cuando los padres o tutores no puedan cuidar de un menor o cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda.

El acogimiento familiar, de acuerdo con su finalidad y con independencia del procedimiento en que se acuerde, revestirá las modalidades establecidas en el Código Civil. Cuando la entidad pública acuerde la acogida residencial de un menor, teniendo en cuenta que es necesario que tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor.

Todos los servicios, hogares funcionales o centros dirigidos a menores deberán estar autorizados y acreditados por la entidad pública.

La entidad pública regulará de manera diferenciada el régimen de funcionamiento de los servicios especializados e inscribirá en el registro correspondiente a las entidades y servicios de acuerdo con sus disposiciones, prestando especial atención a la seguridad, sanidad, número y cualificación profesional de su personal, proyecto educativo, participación de los menores en su funcionamiento interno, y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos.

A los efectos de asegurar la protección de los derechos de los menores, la entidad pública competente en materia de protección de menores deberá realizar la inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente, y siempre que así lo exijan las circunstancias. Finalmente, el Ministerio Fiscal deberá ejercer vigilancia sobre todos los centros que acogen menores.

Hemos visto que las legislaciones internacionales revisadas han considerado al niño, niña y adolescente como sujetos plenos de derechos y, como tal, intervienen organismos del Estado a fin de dar protección integral al niño, niña y adolescente. Dan reconocimiento pleno a la titularidad de derechos a los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos. Ya no se trata de menores o incapaces sino de personas cuya particularidad residen en su desarrollo. En las legislaciones más avanzadas se prevé la presencia de abogado y le da una función importante al Ministerio Público como entidad de control de las actuaciones de los centros que albergan niños, niñas y adolescentes.

En cuanto a las medidas de protección, éstas actúan en beneficio del niño, niña y adolescente. Como señala Laura Rodríguez, las medidas de protección son una garantía para el ejercicio de un derecho y no el derecho mismo[21]. Son un medio para garantizar y reestablecer derechos vulnerados de los niños, niñas y adolescentes, considerando al interés superior del niño como un principio garantista. Asimismo, se trata de fortalecer los lazos familiares antes de la institucionalización, que viene a ser una medida excepcional.

Y es que las medidas de protección son acogidas en cada legislación por cuanto la normativa internacional la contempla a través del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 18, 19, 20 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño.

[21] RODRIGUEZ, LAURA y BLANCK, ERNESTO. "Intervención Estatal y medidas de protección". En: GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. (2006). Protección Integral de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, análisis de la Ley 26061. Buenos Aires, Editores del Puerto, pág. 188.

LA PROBLEMÁTICA DE LOS NIÑOS INSTITUCIONALIZADOS

En nuestro país la situación de abandono del niño, niña o adolescente es responsabilidad fundamental del Estado, existiendo centros de acogimiento tanto estatales como privados. La atención de los centros que albergan niños y adolescentes en situación difícil es muy diversa y está a cargo del Ministerio de la Mujer, concretamente del Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF).

De acuerdo a la definición de Brisaida Galindo[22] , se considera niño institucionalizado a todo menor de edad que ingresa a una institución y que es separado temporalmente de su medio familiar y entorno social, y que dentro de la institución debe adaptarse a un nuevo sistema de vida, internalizando valores, no determinándose su tiempo de permanencia[23] . Los niños que han sido abandonados por sus padres, o que han escapado de su casa y viven en las calles, son los posibles usuarios de los institutos u hogares.

Fermín Chunga Lamonja define a los menores institucionalizados como aquellos menores que viven en instituciones debido a diversas causas: porque sus familias los han abandonado, los han internado en un centro de tutela, están ausentes en forma permanente o temporal ya sea porque cumplen condena o por hospitalización prolongada. Asimismo cuando los menores han sido separados de sus familias para protegerlos el maltrato o el abandono, han sido recluidos como resultado de conductas infractoras, viven en cárceles de mujeres con sus madres que cumplen condena, y finalmente aquellos como producto de la violencia armada han perdido a sus padres o están encarcelados[24] .

Los centros de atención para niños, niñas y adolescentes atienden a los menores en abandono material, peligro moral o en su condición de infractores, y pueden agruparse de diferentes formas: aquellas que se agrupan por el tipo y modalidad de servicio que prestan sin que esta agrupación constituya una norma inflexible; aquellas instituciones que se dividen en instituciones oficiales, privadas y mixtas, según si hay intervención del Estado o simplemente de particulares o en su defecto participan conjuntamente Estado y particular[25] .

En el año 2007 se expidió la Ley N° 29174, Ley General de centros de atención residencial de niñas, niños y adolescentes, que tiene por objeto regular el funcionamiento de los centros independientemente de la denominación y modalidad que tengan las instituciones que brindan residencia a niñas, niños y adolescentes; sean éstas hogares, casas, albergues, aldeas, villas, centros tutelares u otras denominaciones.

Así el Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF) es un programa del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), que tiene a su cargo la promoción, atención y apoyo a niños, adolescentes, jóvenes, mujeres, adultos mayores y en general a toda persona en situación de riesgo y abandono o con problemas psicosociales o corporales que menoscaben su desarrollo humano, a fin de alcanzar su bienestar y desarrollo personal, fortaleciendo y desarrollando sus capacidades para convertirlos en personas útiles a la sociedad, comunidad y familia. El INABIF tiene a su cargo el Sistema Nacional para el Desarrollo de la Población en Riesgo, ejerciendo las funciones de órgano rector. Coordina, supervisa y evalúa la gestión de las Sociedades de Beneficencia y Juntas de Participación Social.

[22] GALINDO, BRISAIDA. (1991). Obra. Ciudad, editorial.
[23] Citada en: ALARCÓN GLASINOVICH, WALTER. (1994). Señor Niño, Una nueva mira de la infancia en el Perú. Primera Edición. Lima, UNICEF y IEP ediciones, pág. 111.
[24] CHUNGA, LAMONJA. FERMIN (1991). Derecho de Menores. Tercera Edición. Lima. Editorial Jurídica Griljey. pág 119.
[25] RESTREPO TREJOS, LUZ MARINA. (1985). Protección Lega del menor en Colombia. Bogotá, Editorial PILL, pág. 142.

Las funciones que cumple el INABIF, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, son las siguientes:

- Dirigir y ejecutar acciones tendientes a lograr la prevención, protección, atención y apoyo de la población en riesgo, así como del cuidado del bienestar familiar.
- Administrar y supervisar las transferencias programáticas destinadas a la protección integral de la primera infancia de competencia del MIMDES.
- Desarrollar y ejecutar los programas y servicios de prevención, asistencia, protección y promoción relacionados con sus objetivos, así como los procedimientos necesarios para la consecución de los mismos.
- Estimular la participación de la colectividad en acciones orientadas a mejorar las condiciones socio-económicas y culturales de sus miembros.
- Asumir las funciones establecidas para el MIMDES con relación al voluntariado, su promoción y realización conforme a ley.
- Promover la gestión y el voluntariado comunal a favor de la niñez temprana y la población en riesgo, pobreza y pobreza extrema.
- Velar por el interés superior de niñas, niños y adolescentes en materia de funcionamiento y ejecución de sus programas sociales.
- Promover la protección integral de niñas, niños y adolescentes en riesgo o abandono, propiciando la generación y el mejoramiento de las condiciones que aseguren su desarrollo.
- Desarrollar sistemas adecuados de prevención, promoción, asistencia y protección de niñas, niños y adolescentes, especialmente de aquellos en situación de riesgo social.
- Desarrollar acciones de prevención, atención y apoyo a las personas involucradas en hechos de violencia familiar y sexual.
- Desarrollar servicios institucionales que ofrezcan a los niños y adolescentes en riesgo las condiciones y posibilidades de su integración familiar y social.
- Convocar e incentivar a la sociedad civil organizada y a la comunidad en general para su participación activa en la promoción, atención, apoyo a la población en riesgo o abandono, y en desarrollar acciones a favor de la disminución y prevención de la violencia familiar y sexual.
- Asumir las competencias establecidas para el MIMDES en materia de la investigación tutelar.
- Velar por el desarrollo de la gestión eficiente de los recursos humanos a su cargo, para el logro de sus objetivos y metas.

Por lo expuesto podemos ver que el objetivo general del INABIF es desarrollar y fortalecer acciones que faciliten la reinserción de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes que se encuentren en abandono y riesgo social, en su familia, la escuela y la sociedad.

Es así que el INABIF cuenta con 4 unidades administrativas:

- Unidad Gerencial de Protección Integral. Es el órgano de línea encargado de dirigir, planificar y evaluar las acciones y programas que permitan la integración de las niñas, niños y adolescentes en alto riesgo a su familia y a la sociedad a través de procesos formativos que permitan su desarrollo integral, ejecutando sus acciones mediante las Unidades Operativas, educadores de niñas(os) y adolescentes que viven y trabajan en la calle, así como de un servicio de atención de casos sociales de emergencia.
- Unidad Gerencial de Desarrollo Integral de la Familia y Promoción del Voluntariado. Es un órgano de línea del INABIF encargado de programar, dirigir y supervisar acciones de prevención y promoción de la población en situación de pobreza y riesgo social, con el objetivo de promover el fortalecimiento familiar y el desarrollo integral de sus miembros.

- Unidad Gerencial para el Desarrollo de la Población en Riesgo. Órgano de línea encargado de programar, dirigir y supervisar acciones de prevención y promoción de la población en situación de pobreza y riesgo social, con el objetivo de promover el fortalecimiento familiar y el desarrollo integral de sus miembros.
- Unidad Gerencial de Investigación Tutelar. Órgano de línea encargado de llevar a cabo el procedimiento de investigación tutelar que es el conjunto de actos y diligencias tramitados administrativamente que están destinados a verificar el presunto estado de abandono en que se encuentra un niño y/o adolescente, aplicando la medida de protección adecuada, procurando la reinserción familiar. En caso de no ser habidos los padres biológicos pero se han identificado a los familiares cercanos, se podrá aplicar la medida de protección provisional de colocación familiar siempre y cuando esté acreditado el entroncamiento familiar, y como última opción se aplicará la medida de protección de atención integral en un hogar.

El INABIF cuenta con un manual de atención integral a los niños, niñas y adolescentes en las unidades prestadoras de servicios elaborado en el 2006[26] .

En el presente ensayo, debido a la especialidad de la materia desarrollada, sólo daremos a conocer las funciones de la Unidad Gerencial de Protección Integral (UGPI) y de la Unidad de Gerencia de Investigación Tutelar (UGIT), ya que se encuentran intrínsicamente unidas en sus funciones, por cuanto la UGIT al aperturar investigación tutelar, en caso de disponer el internamiento del menor, coordina con la UGPI a fin que ésta busque una vacante para que el menor sea ingresado a un hogar tutelar.

La Unidad Gerencial de Protección Integral (UGPI), según el Manual de Atención Integral, tiene como metas específicas:

- Atender las necesidades de desarrollo personal y necesidades básicas del niño, niña y adolescente tutelados.
- Fortalecer las redes familiares y los recursos personales de los albergados, promoviendo y generando propuestas metodológicas de intervención para el desarrollo de su autonomía. Así, también se busca lograr una positiva integración a su hogar y a la sociedad.
- Sensibilizar a la comunidad a través de acciones de promoción y prevención para lograr una mejor comprensión y compromiso con la población en situación de riesgo.

El Instituto Nacional de Bienestar Familiar, a través de las Unidades Prestadoras de Servicios (UPS), atiende a niños, niñas y adolescentes de 0 a 18 años de edad que se encuentran en estado de abandono y/o riesgo social, remitidos por los Juzgados de Familia de Lima y provincias.

La Unidad Gerencial de Protección Integral, en el marco de la Convención de los Derechos del Niño y en cumplimiento del Código de los Niños y Adolescentes, adopta las medidas de protección y atención al sector vulnerable y en alto riesgo, como es el caso de abandono y riesgo social de niños, niñas y adolescentes víctimas de maltrato por diferentes modalidades, que viven en la calle, víctimas de explotación sexual, madres adolescentes en orfandad y/o abandono.

Todas las Unidades Prestadoras de Servicios brindan atención integral de tipo transitorio a un número limitado de niñas, niños y/o adolescentes. Las Unidades Prestadoras de Servicios están compuestas de Casas Hogares que brindan atención a niños, niñas y adolescentes, hermanos con resolución de auto de abandono con pocas posibilidades de adopción, procedentes de los hogares y cuyas edades fluctúan entre los 4 y 12 años. La población usuaria es atendida por una pareja de padres sustitutos que es monitoreada por un equipo técnico.

[26] www.inabif.gob.pe/portal/04-varios/manual-ugp/manual.htm.

Las Casas Hogar impulsan la creación de un ambiente familiar donde se estimulan vínculos de afecto y respeto, y se brinda una formación que propicie la definitiva reinserción sea biológica o sustituta a través de la aplicación del Manual de Atención Integral por Fases.

Tenemos también los hogares para madres adolescentes que brindan atención a adolescentes mujeres con las siguientes características: adolescentes en abandono y/o riesgo social que se encuentran en estado de gestación, o adolescentes madres en abandono y/o riesgo social. La población usuaria recibe atención de un equipo técnico multidisciplinario conformado por trabajadoras sociales, psicólogos, médico, enfermera y/o técnica en enfermería, profesores de talleres ocupacionales y educadores integrales. El hogar impulsa el fortalecimiento de las capacidades y potencialidades de las adolescentes y sus hijos, así como a sus familias.

Después tenemos las casas hogares para adolescentes víctimas de explotación sexual que brindan atención a niñas y adolescentes con las siguientes características: niñas y adolescentes en abandono total, víctimas de explotación sexual. La casa impulsa el desarrollo personal y formación técnico-ocupacional que le permita consolidar su proyecto de vida.

También el Manual prevé la Casa de Acogida que brinda atención a niñas y adolescentes con las siguientes características: niña o adolescente víctima de explotación sexual o abandono.

Para los adolescentes con problemas de consumo de drogas y vida en calle se encuentran las Casas Estancia que brindan atención a niñas y adolescentes mujeres con experiencia de vida en calle, que consumen sustancias psicoactivas y han generado dependencia. La casa estancia es un espacio estructurado para la recuperación social y familiar de la usuaria.

Se prevé también la Casa de Residentado Juvenil que atiende a adolescentes cuyas edades fluctúan entre los 17 y 18 años. Las y los adolescentes son distribuidos por sexo. Son adolescentes que están por cumplir los 18 años que no cuentan con soporte familiar, y que tienen un largo internamiento en hogares. Los jóvenes reciben una preparación técnica-ocupacional y se encuentran en un proceso gradual de independencia y autonomía.

La población de adolescentes integrantes de la Casa de Residentado Juvenil estará bajo la responsabilidad de una madre sustituta, un psicólogo y una trabajadora social elegidos de uno de los Hogares de Procedencia; por un periodo de 6 meses, en forma rotativa, ellos asumirán un compromiso activo para lograr la reinserción social y/o laboral del joven. La atención integral debe prevalecer en estos hogares, que es el cuidado total que se les brinda a los niños, niñas y adolescentes albergados en los hogares del INABIF. Vemos pues, que el Manual desarrolla ampliamente todos los tipos de hogares y casas estancia para los niños, niñas y adolescentes cuando son institucionalizados.

La Unidad Gerencial de Protección Integral utiliza un sistema diferenciado de atención, trabajando con profesionales de distintas ramas tales como trabajadoras sociales, psicólogos, médicos y/o técnicas en enfermería, profesores de talleres ocupacionales y educadores integrales.

Desde el momento que un niño, niña o adolescente ingresa a una Unidad Prestadora de Servicios (UPS) del INABIF, el personal inicia un trabajo en equipo para atender sus necesidades básicas (vestido, alimentación, vivienda, salud) y de desarrollo (formación, educación, socialización). Este grupo humano denominado Equipo Técnico, es el responsable de evaluar, diagnosticar, definir y desarrollar el Plan de Intervención, que debe seguir un orden tal que su aplicación permita la reinserción del niño, niña y adolescente a su familia y a la sociedad.

La Unidad Gerencial de Protección Integral se desenvuelve en 4 fases de intervención:

- La Fase I que se denomina Fase de Acogida, se da cuando el niño, niña o adolescente ingresa al hogar, recibiendo atención inmediata de sus necesidades básicas. El Equipo Técnico procede a evaluar y diagnosticar el caso para elaborar el Plan de Intervención.
- Las Fases II y III, se denominan Fases de Desarrollo y Reinserción, respectivamente, que es el reordenamiento de las acciones que actualmente se realizan en las Unidades Prestadoras de Servicios (UPS). Aquí se incluyen los indicadores que miden cada una de estas fases, lo que permitirá conocer el avance de cada uno de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran internados.
- La Fase IV es denominada Fase de Seguimiento, que es cuando el niño, niña o adolescente se encuentra en su contexto familiar y social.

La Unidad Gerencial de Investigación Tutelar (UGIT) es la unidad encargada del procedimiento de investigación tutelar tramitado administrativamente, destinado a establecer el presunto estado de abandono en que se encuentra un niño, niña y/o adolescente, según las causales establecidas en el artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes, a efectos de dictarse las medidas de protección inmediatas. La regulación de sus funciones se realiza mediante Decreto Supremo N° 011-2005-MINDES, que aprobó el Reglamento de los Capítulos IX y X del Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes, mediante el cual establece el procedimiento de investigación tutelar de los niños y adolescentes en situación de abandono.

Se inicia el procedimiento de investigación tutelar a mérito de la denuncia de parte o informe policial sobre el presunto estado de abandono del niño o adolescente. Esto es, cuando se encuentra en algunas de las causales de abandono, previstas en el artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes y que son las siguientes:

- Sea expósito.
- Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación; o si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación; sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran.
- Sea entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por 6 meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo.
- Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlo.
- Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción.
- Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia.
- Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acordes con su edad.
- Se encuentre en total desamparo.

Estas con las únicas causales por las cuales el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social puede dar inicio a la investigación tutelar, haciendo mención que la falta o carencia de recursos materiales en ningún caso da lugar a la declaración del estado de abandono.

Es así que la UGIT aplica las medidas correspondientes contenidas en el artículo 243 del Código de los Niños y Adolescentes, a saber:

- El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres, familiares o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, contando con el apoyo y seguimiento temporal de instituciones de defensa.
- La participación en el Programa Oficial o Comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social.
- Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar.
- Atención integral en un establecimiento de protección especial debidamente acreditado.

Por lo tanto, el inicio del procedimiento de investigación tutelar se realiza por intermedio de una resolución que deberá contener el resumen de la forma y circunstancias en que se originó el presunto estado de abandono, nombre del niño o adolescente y su edad; en caso de no conocerse estos datos se le asignará un nombre, se consignarán las causales del abandono y las medidas provisionales de protección que fueren pertinentes, indicándose el plazo para su ejecución; la relación de las diligencias a actuarse contempladas en los artículos 246 y 247 del Código del Niño y Adolescentes consistentes en la declaración del niño o adolescente, así como la toma de huellas palmares y plantares, examen psicosomático para determinar su edad, estado de salud y desarrollo psicológico, las mismas que son realizadas por el Instituto de Medicina Legal o en su defecto por los establecimientos del Ministerio de Salud. Para establecer la identidad del menor se dispone de una pericia pelmatoscópica, el informe del equipo multidisciplinario y el informe de la División de Personas Desaparecidas.

El equipo multidisciplinario se encuentra conformado por profesionales especializados en las áreas de derecho, trabajo social y psicología, y que son designados por el Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF).

En cuanto a la realización de las evaluaciones médico legales, el Instituto de Medicina Legal se encargará de realizar en forma gratuita los exámenes de edad aproximada, psicosomático, integridad física, integridad sexual, toxicológico, evaluaciones psicológicas y psiquiátricas, y en los lugares donde no exista una sede del Instituto de Medicina Legal éstos se realizarán en forma gratuita en los establecimientos del Ministerio de Salud, a través del Seguro Integral de Salud. Asimismo, la Policía Nacional realizará la pericia pelmatoscópica a efecto de establecer la identificación del niño o adolescente tutelado. Los exámenes complementarios consisten en descarte de infección de VIH, Hepatitis B, Tuberculosis, enfermedades de transmisión sexual, entre otras. Los informes técnicos consisten en informes sociales, psicológicos y médicos, los mismos que deberán efectuarse cada 3 meses por parte de los directores de los establecimientos donde se albergan niños o adolescentes en abandono.

En caso de conocerse la identidad de los padres biológicos o familiares y/o terceros responsables, éstos serán citados para prestar su declaración ante el INABIF. Si no concurren, se puede disponer una visita inopinada al domicilio del obligado a efectos de recibir su declaración y realizar una evaluación del entorno familiar del niño o adolescente tutelado. Asimismo se dispondrán las evaluaciones y/o exámenes que sean necesarios a los padres biológicos

El procedimiento de investigación tutelar concluye cuando se han recabado los informes solicitados y se emite un informe final con las conclusiones a las que se ha arribado para después remitirlo al juez competente para que se pronuncie sobre el estado de abandono, previa remisión al Ministerio Público para que emita su dictamen correspondiente.

Se da el caso que el INABIF puede dictar la conclusión anticipada del procedimiento cuando el niño o adolescente cumpla la mayoría de edad, hubiera fallecido o cuando de las diligencias se evidencie que no se encuentra en ninguna de las causales de abandono. De igual forma, el procedimiento concluirá anticipadamente por causas sobrevivientes que determinen la imposibilidad de

continuarlo por más de un año. En estos casos, el INABIF dictará resolución administrativa de conclusión anticipada de procedimiento, dictando las medidas de protección correspondientes de ser el caso, con conocimiento del fiscal competente, sin que sea necesario remitir el expediente administrativo al juez competente. Para mejor ilustración se adjunta el Flujograma del proceso de investigación tutelar en la instancia administrativa (ver Anexo 1).

La figura de la conclusión anticipada del procedimiento de investigación tutelar administrativa, establecida en el artículo 35 del Reglamento en los Capítulos IX y X del Título II del Libro IV del Código de los Niños y Adolescentes es de singular importancia por cuanto pone fin a la investigación y concluye en sede administrativa sin llegar al Poder Judicial, lo que contribuye a la descarga judicial.

La utilización dinámica de esta institución permite que la autoridad administrativa, con las diligencias practicadas, pueda advertir que en caso el niño o adolescente no se encuentra incurso dentro de las causales de abandono y, en consecuencia, pueda declarar la conclusión de la investigación, no siendo necesaria la intervención judicial.

Empero, no se encuentra claro el hecho que en el citado artículo refiera que también el procedimiento puede concluir anticipadamente por causas sobrevinientes que determinen la imposibilidad de continuarlo por más de un año. No queda claro a qué causas sobrevinientes se refiere la norma, y a quien se le puede atribuir las mismas, que esperamos no sea la propia institución tutelar. Este vacío deberá ser solucionado en la práctica especificando a qué causas sobrevinientes se refiere la norma.

La carga que afronta la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar en la actualidad es elevada, así tenemos[27] que durante el año 2007 se registraron 1,044 expedientes, mientras que en el 2008 fueron 2,353 expedientes.

La carga de investigación que afronta la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar se ha ido incrementando hasta el extremo de duplicarse de un año a otro, lo que origina que se den atrasos en la investigación administrativa, con el consiguiente perjuicio para los niños, niñas y adolescentes cuyos casos son investigados, y en muchas oportunidades, los menores de edad tienen que esperar los resultados de la investigación internos en los Centros de Atención Residencial.

Las instituciones tutelares, aún con el sofisticado marco legal y burocrático, no han solucionado problema alguno puesto que a través de ellas se sigue negando, ocultando y aislando las causas que producen el desamparo, el maltrato y el abandono, lanzando a los niños y adolescentes a la calle, culpabilizando a los padres y a ellos mismos de esta situación. En tal sentido, pese a que el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social debe ser el órgano supervisor, ello no ocurre en la realidad pues se pudo constatar que no existe una presencia permanente de dicha entidad que se encargue de supervisar los diversos centros encargados de la guarda de niñas, niños y adolescentes, lo que constituye una grave deficiencia que requiere solución inmediata[28] . Es preciso que las instituciones cuenten con los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño, situación diferente a la que se observa en la realidad.

Las instituciones de protección al niño, niña o adolescente deben cumplir ciertos parámetros de comportamiento acordes con su finalidad y su reglamento; así se puede mencionar que todo niño debe desarrollarse en el ambiente natural de su propia familia o de la que haga sus veces. Cuando la familia no existe o sea nociva para él o ella, la sociedad y el Estado deben ofrecerle servicios que satisfagan las necesidades del menor. Entonces los internados deben utilizarse solo cuando se han agotado otras posibilidades o cuando constituye el mejor medio para garantizar los derechos del niño, niña o adolescente, por ello no debe internarse ningún menor sin la comprobación de que esta medida sea indispensable.

[27] Fuente: Unidad Gerencial de Investigación Tutelar.
[28] MONTOYA CHÁVEZ. Op. cit. pág 225.

Por tal motivo, toda institución debe tener objetivos muy definidos, una estructura administrativa estable, un sistema funcional de manejo de sus recursos materiales, humanos y técnicos, las estructuras y funciones del personal, y una programación acorde con las necesidades de los menores atendidos, programas que deben consignarse en la ley y reglamento para ser cumplidos a fidelidad.

Con la desjudicialización de la investigación tutelar en los casos de niños, niñas o adolescentes que se encuentran en presunto estado de abandono, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), asume la competencia en materia de investigación tutelar de manera progresiva a partir de los 90 días hábiles de la entrada en vigencia del reglamento de la ley (V Disposición Transitoria y Final del Código de los Niños y Adolescentes).

Actualmente, la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar Administrativa (UGIT) del Programa Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF), asume competencia en la vía administrativa de las investigaciones tutelares, a partir del 22 de marzo del 2006, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 560, Ley del Poder Ejecutivo; Ley Nº 27793, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES); el Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Ley Nº 27337 y modificado por Ley Nº 28330 y el Decreto Supremo Nº 011-2005-MIMDES.

En la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar participa un equipo multidisciplinario conformado por profesionales en derecho, psicología y trabajo social designados por el INABIF, equipo que tiene la responsabilidad de evaluar los casos que son materia de investigación tutelar.

El artículo 6 del Decreto Supremo Nº 011-2005-MIMDES establece que el INABIF inicia el Procedimiento de Investigación Tutelar mediante Resolución, a mérito de la denuncia de parte o informe policial sobre presunto estado de abandono de un niño o adolescente. Refiere también la citada norma que la resolución será expedida dentro del día hábil siguiente de recibida la denuncia o informe y será notificada al Ministerio Público. En caso que el INABIF determine no haber mérito para abrir Investigación Tutelar, emitirá una Resolución debidamente sustentada y se canalizará el apoyo o asesoría más conveniente a través de las redes de apoyo respectivas

De otro lado, mediante Resolución Ministerial N° 177-2006-MINDES, se establecieron las disposiciones para que el MINDES asuma de manera progresiva la competencia respecto de investigaciones tutelares impulsadas por la Secretaría Nacional de Adopciones y de nuevos procedimientos.

Se estableció que el MIMDES, a partir del 22 de marzo del 2006, asumirá la competencia respecto a las investigaciones realizadas por la Secretaría Nacional de Adopciones y de las nuevos procedimientos de investigación que se inicien y que correspondan al Distrito Judicial de Lima. A partir del 02 de octubre del 2006 el MIMDES asumió los nuevos procedimientos iniciados a partir de dicha fecha y que corresponden a los distritos judiciales del Cono Norte y del Callao; a partir del 2007 asumirá gradualmente la competencia respecto de las investigaciones tutelares a nivel nacional, modificada por Resolución Ministerial N° 659-2006-MINDES de fecha 08 de septiembre del 2006 para modificar la terminología a Lima Norte; por lo que la competencia de UGIT cubre el Distrito Judicial de Lima que consta de 25 juzgados de Familia y Mixtos, así como el Distrito Judicial de Lima Norte con 7 juzgados y el Distrito Judicial del Callao con 8 Juzgados.

En el Distrito Judicial de Lima, a raíz de la desjudicialización de la investigación tutelar, existen juzgados de familia y juzgados mixtos que han desconcentrado la carga del procedimiento de investigación tutelar por abandono, siendo ellos los siguientes: 4 Juzgados de Familia de Lima, 2 Juzgados Mixtos del Módulo Básico de Justicia de El Agustino, 3 Juzgados Mixto del Módulo Básico de

Justicia de San Juan de Lurigancho, 2 Juzgados de Familia de Santa Anita, un Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Ate Vitarte, 2 Juzgados Mixtos del Módulo Básico de Justicia de Villa María del Triunfo, 2 Juzgados Mixtos del Módulo Básico de Justicia de Villa El Salvador, un Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Chosica, un Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Huaycán, 2 Juzgados Mixtos del Módulo Básico de Justicia de San Juan de Miraflores y 2 Juzgados Mixtos de Cineneguilla y La Molina.

El Distrito Judicial de Lima Norte consta de 7 Juzgados de Familia y 6 Juzgados Mixtos (2 Juzgados de Carabayllo, 2 Juzgados de Condevilla y 2 Juzgados de Los Olivos). El Distrito Judicial del Callao lo conforman 5 Juzgados de Familia y 3 Juzgados Mixtos de Ventanilla.

1.2. Casos de los niños institucionalizados presentados en la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar

Veamos los ingresos de solicitudes de investigaciones tutelares del año 2007 que entre enero y septiembre fueron presentados ante la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar, registrándose un total de 1,629 casos[29] (ver Anexo 2).

Se ha aperturado investigación tutelar en un total de 736 casos que se encuentran dentro de las causales de abandono contempladas en el artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes. No se ha aperturado investigación tutelar en 69 casos.

Una de las facultades que tiene la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar es declarar la conclusión anticipada cuando el niño o adolescente cumpla la mayoría de edad, hubiera fallecido o se evidencie que no se encuentra en ninguna de las causales de abandono. Bajo esta circunstancia se encuentran 157 casos, dentro de los cuales 130 fueron por reinserción familiar, 26 por mayoría de edad y uno por fallecimiento.

En cuanto a las medidas de protección dictadas, se ha otorgado colocación familiar en 38 casos; el cuidado en el propio hogar, 129 casos; internamiento, 387 casos (donde figuran los hogares del INABIF, hogares de red privada, centros preventivos y hospitales). Se evidencia que los centros preventivos no cumplen su función de ser transitorios.

Los expedientes tramitados con informe final y derivados al Poder Judicial para su declaración en abandono son 75 casos registrados de los años 2006 y 2007.

Se hace mención que existe otra información brindada por la UGIT, en la cual señala que durante el año 2007 se registraron 1,044 expedientes y en el año 2008 fueron 2,353 expedientes[30] , con lo que se concluye que no existe una fuente real de los expedientes atendidos en la Unidad de Gerencia de Investigación Tutelar.

Ahora vamos a examinar en detalle las estadísticas del INABIF durante los años 2007 y 2008 sobre la población total atendida en la Unidad Gerencial de Protección Integral: Hogares. En el año 2007 cuenta con una población de 1,145 niños y 1,171 adolescentes. No necesariamente son niños en abandono sino también aquellos que se encuentran internados por otra situación específica (económico, violencia familiar entre otros). En el año 2008, la población atendida fue de 1,069 niños y 1,247 adolescentes. El número de reinserciones y de colocaciones se diferencian ya que en el año 2007 es de 982 y 163 respectivamente y en el año 2008 de 1047 y 195; es decir que este indicador ha disminuido (ver Anexos 3 y 4).

[29] Información Estadística de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar del año 2007.
[30] Información proporcionada por la Primera Fiscalía Provincial de Familia de Lima Norte, cuya base de datos fue proporcionada por la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar.

Si tomamos una muestra del movimiento poblacional en los hogares en el mes de noviembre del 2008, tenemos que existen 2,455 personas atendidas (ver Anexos 5 y 6). En dicha población vemos los grupos etáreos atendidos en el mes de noviembre del 2008, que arroja el total de 2,455 personas, siendo la población mayoritaria las adolescentes (mujeres) comprendidas entre 13 y 17 años de edad con un total de 704 adolescentes; seguida de los adolescentes (hombres) con un total de 533 (ver Anexo 8).

Existen diversos motivos de ingresos a los hogares durante el mes de noviembre 2008; entre ellos tenemos que por abandono moral y material se registran 84 casos; crisis económica, 5; extravío, 1; fuga del hogar, 12; madres adolescentes, 3; maltrato físico y psicológico, 11; meretricio, 4; violencia familiar, 1 y otros, 45, que hacen un total de 166 atendidos (ver Anexo 9).

Asimismo, tenemos como motivos de egreso durante el mes de noviembre 2008, la adopción, 2; colocación familiar, 6; egreso voluntario, 34; mayoría de edad, 8; reinserción familiar, 68; traslado a otra institución, 13; traslado a otra unidad operativa, 5, que hacen un total de 136 atenciones (ver Anexo 10).

En suma, tenemos pues, que la población albergada en el INABIF al mes de noviembre del año 2008 fue de 2,455 personas, y que mayormente han sido adolescentes entre 13 a 17 años de edad, que el motivo del ingreso ha sido por la causal de abandono y han egresado mayormente por reinserción familiar [31].

1.3. Participación del fiscal de familia en niños en abandono

El Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 138, prevé que el fiscal tiene como función primordial velar por el respeto de los derechos y garantías del niño o adolescente, promoviendo de oficio o a petición de parte las acciones legales judiciales o extrajudiciales correspondientes.

La Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo N° 052), señala que es el organismo autónomo del Estado el que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y del interés público; la representación en sociedad en juicio para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como velar por la moral pública, la persecución del delito y la reparación civil.

El Ministerio Público aprobó el Plan Estratégico de Infancia y Adolescencia del Ministerio Público 2004-2010, mediante Resolución N° 1419-2004-MP-FN, de fecha 15 de octubre del 2004. Ese plan estableció como una de las prioridades la elaboración de Manuales Operativos para facilitar la labor de los Fiscales de Familia, Civiles o Mixtos en el cumplimiento de la norma. Es así que se elaboró el Manual de Procedimientos de los Fiscales Provinciales Especializados de Familia[32].

Dicho manual tiene por objeto uniformizar el trabajo fiscal a nivel nacional; de esta forma se garantiza la defensa de los derechos del niño, niña y adolescente ya sea en el ámbito civil o tutelar, así como las causas de infracción de la ley penal y las acciones de prevención. El Capítulo II se refiere a la actividad tutelar, donde se establecen los marcos en que deben actuar los fiscales de familia ante la presencia del presunto estado de abandono del niño, niña y adolescente.

El referido manual conceptualiza con mayor detalle las causas del estado de abandono contempladas en el artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes, siendo las siguientes:

[31] Ver página web del INABIF: www.inabif.gob.pe

[32] FISCALÍA DE LA NACIÓN. (2006). Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia. Primera Edición. Lima, Ministerio Público.

- Cuando sea expósito, definición que se puede dar a un recién nacido que haya sido abandonado en un lugar público, por ejemplo.
- Carecer en forma definitiva de las personas que, conforme a ley, tienen el cuidado personal de su crianza y educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación. Se refiere a los padres que incumplen sus obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad; asimismo considera la calidad moral reprochable de los padres, tutores o responsables que se da con las órdenes o consejos errados que dan mal ejemplo a los niños.
- Cuando sea víctima de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hagan. Maltrato se define como aquellas acciones u omisiones provenientes de los padres, tutores o responsables que signifiquen daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves o reiteradas, así como la violencia sexual contra un niño, niña o adolescente, afectándose su normal desarrollo físico, psicológico, sexual o moral. El maltrato puede ser físico o psicológico.
- Si fuera entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos, o cuando la duración sumada exceda de este plazo. La desatención injustificada es la situación de descuido, abandono y olvido en que se encuentra un niño, niña o adolescente con perjuicio de su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seño familiar.
- Si fuera dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlo. Son aquellos casos en que los padres, tutores o responsables dejan en forma indefinida al niño, niña o adolescente en una situación de atención de salud, aprovechando la enfermedad que motivó su hospitalización o atención para su tratamiento.
- Si fuera explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia.
- Cuando se encuentre en total desamparo. Comprende aquellos casos que no se encuentran previstos en los incisos anteriores, en que los niños carecen de padres, familiares o tutores.

Asimismo, mediante la Directiva N° 001-2007-DSJL-MP-FN[33] de fecha 19 de enero del 2007, se dictan las disposiciones sobre la participación del Fiscal Provincial de Familia y/o Mixto de turno en establecimientos de salud públicos o privados en casos de niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual y en presunto estado de abandono. Dicha directiva señala los lineamientos de actuación a fin de garantizar la protección de los derechos de estos niños, niñas y adolescentes. Asimismo, procura y vela porque los responsables de los establecimientos de salud públicos o privados cumplan con informar, en un plazo máximo de 72 horas, los casos en que se presenten niños o niñas en estado de abandono, entre otros.

En caso de que el fiscal considere que el niño o adolescente se encuentre en alguna de las causales de abandono previstas en el artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes, solicitará la apertura de investigación tutelar ante la autoridad administrativa competente (UGIT), para que se dicte la medida de protección que corresponda; entonces el Ministerio Público actúa en resguardo de los derechos de los Niños y Adolescentes conforme a su Ley Orgánica y el Código de los Niños y Adolescentes.

Es de mencionar que al haberse desjudicializado la investigación tutelar y estar a cargo de INABIF, precisamente de la Unidad de Gerencia de Investigación Tutelar, es este ente rector el que se encarga del procedimiento de conformidad con el anexo del D.S.N° 011-2005-MINDES que aprobó el Reglamento de los Capítulos IX y X del Titulo II del Libro IV del Código de los Niños y Adolescentes, modificados por la Ley N° 28330.

[33] Directiva realizada por el Ministerio Público a las Fiscalías de Familia, a fin de intervenir en casos de niños, niñas y adolescentes en abandono.

Esta norma establece en su Título IV la intervención de los organismos públicos, como es el caso del fiscal. Señala que el fiscal competente podrá estar presente en la declaración del niño o adolescente tutelado, así como en la declaración de sus padres biológicos, familiares y/o terceros responsables. Asimismo, prevé que el Ministerio Público asignará al INABIF un número suficiente de fiscales, a efectos de resguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes tutelados en presunto estado de abandono. Hasta la fecha no se ha realizado el convenio respectivo a fin que un representante del Ministerio Público sea asignado al INABIF. En la práctica solo se le notifica de la Resolución de Apertura más no de la Resolución de Conclusión anticipada, como refiere el Decreto Supremo mencionado.

Existen 4 Fiscalías Provinciales de Familia de Lima que tienen competencia en materia tutelar. Según el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público, existen un total de 92 casos de tutela de menores de edad durante los años 2007 y 2008 en las Fiscalías de Familia del Distrito Judicial de Lima, siendo un total de 60 casos en el año 2007 y 32 casos en el año 2008[34] (ver Anexo 11).

1.4.Exámenes médicos legales

La norma prevé que al aperturarse investigación tutelar a los niños y adolescentes en situación de abandono, la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar del INABIF dispondrá las diligencias prescritas en el artículo 246 de la Ley Nº 28330, entre las cuales se encuentra la realización de exámenes médicos ante el Instituto de Medicina Legal y centros de salud, consistente en examen psicosomático, integridad física, integridad sexual, VIH y VDRL con apoyo de la Policía Nacional.

Esto quiere decir que la UGIT, en su condición de Director del Procedimiento de Investigación Tutelar, debe velar por el cumplimiento del Código y del presente reglamento, por lo que le corresponde llevar a cabo la realización de los exámenes antes mencionados pero en la práctica la UGIT solicita a las Fiscalías de Familia que presenten, además de la solicitud de apertura de investigación tutelar ante la autoridad administrativa, el examen de integridad sexual; asimismo en otros casos, les solicitan que lo internen en un centro preventivo cuando se ha excedido en el horario de atención de la UGIT.

A nuestro parecer, no es obligatoria la presentación de los exámenes cuando el Ministerio Público solicite la apertura de investigación y tampoco el internamiento en un centro preventivo del niño o adolescente en presunto estado de abandono. A pesar de ello, se ha cursado un Oficio Múltiple N° 015-2008-MINDES a las Fiscalías Superiores Decanas, de fecha 14 de mayo del 2008, mediante el cual la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar pone en conocimiento que no administra los hogares del INABIF ni los hogares de red privada, por lo que recomienda que en el informe se acompañen los resultados de los exámenes de integridad física, sexual y edad aproximada de los tutelados, del examen psicosomático y del descarte de VIH y VDRL que deben ser correspondientes al día de ingreso; igualmente informa que el horario de atención para la recepción de tutelados es de 08:00 a 13:00 horas y de 14:00 a 15:00 horas. Nos preguntamos qué pasa con el niño o adolescente que necesita ser internado fuera del horario establecido por la UGIT.

Por medio de entrevistas sostenidas con los Fiscales Provinciales de Familia, nos enteramos que ellos se ven en la necesidad de internarlos en los Centros Preventivos y retirarlos al día siguiente para enviarlos a la UGIT, pero no son recibidos si no tienen el examen de integridad sexual del día, quiere decir que el niño o adolescente de nuevo pasa el examen a fin de cumplir con lo solicitado por la entidad administrativa; con este examen reiterado de integridad sexual se está revictimizando a los menores de edad.

[34] Fuente: Sistema de Información de Apoyo al Trabajo Fiscal (SIAFT), elaborado por el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público.

Para entender el proceso de revictimización que hemos señalamos, definiremos el vocablo "víctima" en términos de la Real Academia Española, que especifica que es aquella "persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita". Entonces, si el hecho es continuo y produce daño, conforma un proceso de revictimización.

En términos dogmático jurídicos, tanto la víctima como el proceso de victimización se encuentran como área de investigación de la victimología, la cual tiene por objeto investigar y mejorar la situación de la víctima en el ámbito de las relaciones de ésta con el sistema legal y, tal como señala Tapia Gómez, todavía no existe una delimitación terminológica determinante[35].

Frente a esta situación Alejandro Tapia señala como criterios de diferenciación los procesos de victimización y de victimación: mientras que la victimación está referida a la acción humana de causar daño injusto en una persona, la victimización sirve para referirnos al proceso social en que una persona llega a ser considerada víctima[36]. Ésta es la palabra de la que nos ocupamos en este trabajo.

La victimización puede ser clasificada en dos niveles: victimización primaria y secundaria. En la primera de ellas, existe una relación directa e inmediata entre el sujeto víctima y el hecho que le origina un daño. En la victimización secundaria se considera que existe una relación con un tercer elemento que, en la mayoría de situaciones, son sistemas o instituciones, con las cuales el sujeto víctima se involucra o tiene contacto.

Consideramos que esta victimización secundaria provoca una doble victimización, por cuanto el sujeto, adicional al daño que va a sufrir, tendrá una mayor carga subjetiva y objetiva de daño en su contra justamente por estar dentro de un sistema (que puede ser el judicial, el social o el económico).

Edwin Montoya Olaechea señala que por victimización secundaria se entienden los sufrimientos que las víctimas, testigos y mayormente los sujetos pasivos de un delito reciben por parte de las instituciones encargadas de hacer justicia: policías, jueces, peritos, criminólogos. etc[37].

Neuman, Elías[38] realiza una clasificación sobre las víctimas:

- Individuales.
- Familiares.
- Colectivas.
- Sociales o del sistema social.

Dentro de la primera, se encuentran los inocentes y resistentes sin actitud criminal y los de propia determinación (suicidios); dentro de las familiares se encuentran los niños golpeados, explotados económicamente y mujeres maltratadas; las colectivas se refieren a los menores con conductas antisociales y los detenidos en sede policial por vejaciones y torturas. Por último, dentro de las víctimas de la sociedad considera a los niños abandonados "en" y "de" la calle, enfermos, marginados sociales y migrantes, entre otros.

[35] TAPIA GOMEZ, ALEJANDRO (2007) Crítica de la victimización. La construcción social de las víctimas. En: www.realidadjuridia.uabc.mx/realidad/files/contenidio-victimización.pdf.
[36] Ibid.
[37] MONTOYA OLAECHEA, EDWIN. (1999). Muchas veces víctima. Lima, Fundación Radda Barmen, editorial Decisión Gráfica S.A., pág. 92. El autor menciona al profesor español Beristaín Antonio sobre el tema estudiado.
[38] NEUMAN, ELÍAS. (1994). Victimología: el rol de las víctimas en los delitos convencionales y no convencionales. Segunda Edición. Buenos Aires, Universidad, pág. 57.

De otro lado, un sistema judicial ajeno al respeto de los plazos procesales, ajeno a la elaboración de razonamientos jurídicos fundamentados, propenso al "chancado" de resoluciones judiciales, supeditado a la discrecionalidad de los magistrados, auxiliares jurisdiccionales y fiscales, y hasta de la misma Policía Nacional, provoca en las víctimas una situación que agrava su condición de indefensión.

En gran medida, esta indefensión se observa con mayor gravedad en el menor, por cuanto éste es considerado como un apéndice del cónyuge víctima cuando se trata de hechos de violencia familiar y ubica su situación a la lógica de "a suerte de lo accesorio, corre la suerte del principal".

Resulta imprescindible que la víctima conozca sus derechos a fin de que no sean vulnerados; así lo señala Elías Escaff Silva cuando indica que la víctima generalmente ignora sus derechos porque precisamente nadie le proporciona información legal, e ignora por lo tanto si puede acudir a un abogado o a un médico[39].

Dentro de ello resulta imprescindible que a la víctima se le informe sobre el sentido de la diligencia en la que participa y de las actividades futuras que se van a desarrollar, y esto es válido para los organismos policiales, pericias médicas ginecológicas y tribunales de justicia.

La Convención acerca de los Derechos del Niño señala que los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras que el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Esas medidas de protección deberían comprender, según correspondan, a procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación o remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior en los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial[40].

Si bien el espíritu de ese segmento de la Convención apunta a la familia cuando menciona "a quienes cuiden de ellos", es posible argumentar que entre los cuidadores se incluyen a los profesionales que intervienen en la asistencia y defensa de las víctimas menores de edad[41].

Entonces, si al niño, niña o adolescente que se encuentra en estado de abandono se le hace pasar en forma reiterada el examen de integridad sexual, consideramos que quienes así lo hacen se ubican dentro de este proceso de victimización originado por el sistema administrativo, que no dispone de la capacidad necesaria para superar dicho problema, atentando contra los derechos del niño o adolescente.

Si el sistema no camina bien, entonces se estarían vulnerando los derechos de ese niño, niña o adolescente que se encuentra en estado de abandono y es más susceptible de sentirse indefenso. Se debe propiciar un avance en la humanización de los procedimientos, debiendo tenerse en consideración las deficiencias a fin de superarlas, ya que son fundamentales desde la perspectiva de la víctima.

[39] ESCAFF SILVA, ELÍAS; RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS, y MARCHIORI, HILA. (2003). Víctimología: los procesos de victimización desde un enfoque criminológico. Córdoba, Lerner, pág. 98.
[40] Artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.
[41] GIBERTI, EVA. "Atención a niños y niñas víctimas". En: Victimología: los procesos de victimización desde un enfoque criminológico. Op. cit., pág. 134.

1.5.Revictimización institucional

Se define la revictimización como el hecho de convertir a la persona menor de edad en una víctima nuevamente; dentro del sistema judicial o administrativo ocurre cuando se le exige que se someta a múltiples interrogatorios y exámenes que afectan su dignidad y su sentido de privacidad. Esto es frecuente en los procesos penales, en los que las autoridades, incluyendo la policía, la fiscalía y la defensa de oficio, quieren estar seguros de que podrán procesar exitosamente a la persona acusada, y someten a la víctima a un cuestionamiento extenso y repetitivo para asegurarse que mantenga su historia y tenga credibilidad. El proceso de revictimización no es intencional pero sí es perjudicial. Muchas víctimas, además, sufren incomprensiones derivadas de la burocracia inherente al sistema o simplemente son ignoradas, incluso en los casos de los delitos sexuales y de una manera más marcada en los niños, niñas y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial. Las víctimas pueden llegar a ser tratadas de alguna manera como acusadas y sufrir la falta de tacto o la incredulidad de determinados profesionales.

Así pues, al existir varios entes que reciben denuncias por niños o adolescentes en estado de abandono (Fiscalía, Policía Nacional), y al no estar centralizados en uno sólo (UGIT-INABIF), se origina que un menor de edad sea sometido en pocos días a varios y repetitivos exámenes médico legistas como los casos que a continuación se presentan como muestra de una mala práctica institucional.

1.6. Exámenes de integridad sexual practicados

Como una muestra de lo antes expuesto, a continuación se detallan dos casos de niños en presunto estado de abandono que fueron sometidos a varios exámenes de integridad sexual:

2.5.1. Niña de iníciales IGRC (11 años)

• El 17 de Julio del 2008, por Ministerio Público – Fiscalía CML Nº 020904-CLS.
• El 18 de julio del 2008, por la INABIF- UGIT, CML Nº 044134-CLS.
• El 27 de octubre del 2008, por el INABIF-UGIT, CML Nº 065610-CLS.

2.5.2. Niño de iníciales RJAS (05 años)

• El 19 de noviembre del 2008, por Ministerio Público-Fiscalía CML Nº 034217-CLS.
• El 24 de noviembre del 2008, por Ministerio Público-Fiscalía CML Nº 034536-CLS.

Según la base de datos de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar se han registrado las siguientes denuncias por presunto estado de abandono[42]:

• Durante el año 2007: 1,044 expedientes registrados.
• Durante el año 2008: 2,353 expedientes registrados.

En lo que respecta al Ministerio Público, ha registrado las siguientes denuncias por presunto Estado de Abandono[43]:

• Año 2007: 60 casos.
• Año 2008: 92 casos.

[42] Unidad Gerencial de Investigación Tutelar- Base de Datos.
[43] Ministerio Público. Observatorio de la Criminalidad

Conforme a las normas correspondientes, la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar (UGIT) es la entidad que tiene a su cargo todas las investigaciones tutelares administrativas de los menores de edad en presunto estado de abandono en Lima y Callao; sin embargo, se presentan los siguientes inconvenientes que son materia de análisis:

- La Unidad Gerencial de Investigación Tutelar (UGIT) es un ente administrativo que tiene un horario de atención de 08:00 horas a 16:45 horas, con horario de refrigerio de una hora.
- No obstante que la norma lo señala, la práctica indica que dicho ente no recibe denuncias de parte por presunto estado de abandono, sino que lo hace a través de otras instituciones como el Ministerio Público – Fiscalías de Familia y Policía Nacional del Perú. Asimismo, tampoco promueve de oficio investigaciones tutelares.
- La Unidad Gerencial de Investigación Tutelar por Oficio Circular Nº 009-2006-INABIF.UGIT, dispuso que los jefes de la Sección Familia de las Comisarías, en los casos de niños, niñas y/o adolescentes en presunto estado de abandono sean ingresados al Centro Preventivo correspondiente, como medida de protección inmediata, y que el Informe Policial que se realice en el término de la distancia, se precise el Centro Preventivo y la fecha en que ha ingresado el niño, niña y/o adolescente a fin de que la Gerencia de Investigación tome las medidas inmediatas al respecto.
- El referido Oficio Circular se convierte en un trámite meramente burocrático y revictimizador por cuanto el menor de edad, para ser internado en un Centro Preventivo, tiene que ser sometido a exámenes de rigor como el de integridad física, integridad sexual y de edad aproximada, así como el de VIH–Sida. Sin embargo, cuando el niño, niña o adolescente es externado del Centro Preventivo para ser internado en el Centro de Atención Residencial correspondiente (Ley Nº 29174 – Ley General de Centros de Atención Residencial de Niñas, Niños y Adolescentes), los menores de edad, son sometidos nuevamente a este tipo de evaluaciones.
- En lo que respecta al Ministerio Público, las Fiscalías de Familia sólo pueden solicitar Investigación Tutelar Administrativa con presencia física del menor de edad en el horario de lunes a viernes, desde las 08:00 horas hasta las 14:00 horas, porque la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar (UGIT) refiere que necesita de tiempo para el internamiento del niño, niña o adolescente en un Centro de Atención Residencial, acorde a la situación real de cada menor de edad.
- Por Decreto Supremo Nº 011-2005-MIMDES se dispuso, entre otros, la participación de organismos públicos como el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia (a través de los abogados de oficio) y de la Policía Nacional. En lo que respecta al Ministerio Público (artículo 36), se prevé la suscripción de convenios a efecto de resguardar y proteger los derechos de las niñas, niños o adolescentes tutelados en presunto estado de abandono. Actualmente no existe presencia del Ministerio Público en la sede de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar (UGIT), procediéndose a notificar rutinariamente al Ministerio Público de las investigaciones tutelares que apertura, sin que haya un seguimiento físico de cada caso. Así pues, al no ponerse en aplicación ni regular debidamente la intervención de los organismos públicos, se advierte una ausencia de los organismos tutelares comprometidos con la niñez y adolescencia.

1.7.El procedimiento de atención único e integral

Los artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes consagran el principio del interés superior del niño y el de humanización, que consiste en que el Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes y que los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos.

Si bien es cierto la norma institucionaliza que la autoridad administrativa tenga a cargo la investigación tutelar de niños, niñas o adolescentes en presunto estado de abandono, más cierto aún es que tal como está diseñado el sistema de atención a los menores de edad en presunto estado de abandono genera revictimización, tanto por los exámenes a los que son sometidos reiteradas veces como por las declaraciones que tienen que brindar los niños, niñas o adolescentes en las diferentes instituciones que intervienen antes de que sean puestos a disposición de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar (UGIT). En tal virtud, la suscrita propone que la atención al niño, niña o adolescente en presunto estado de abandono esté a cargo únicamente del INABIF, y que tanto la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público, los hospitales (luego de la atención médica correspondiente), y otros organismos públicos o privados, deriven el caso directamente a la autoridad administrativa, sin mayor intervención que la preliminar y elemental (que de acuerdo a ley, deben efectuar); asimismo, cualquier ciudadano también podrá acudir a denunciar el hecho del presunto estado de abandono.

La Unidad Gerencial de Investigación Tutelar (UGIT) debe asumir el reto que las circunstancias le imponen y como tal deberá atender las 24 horas del día, turno permanente en el que no solamente se deberá recepcionar la denuncia con la presencia física del menor de edad por tutelar sino que, luego de las pericias médico legales correspondientes a cargo del Instituto de Medicina Legal, deberá dictarse la medida de protección que la situación exija, cuidando que la misma tenga cierta permanencia, de ser el caso, hasta la judicialización del presunto estado de abandono.

El Ministerio Público, como institución que tutela los derechos de los niños y adolescentes, deberá asegurar la presencia fiscal en los casos de que la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar (UGIT) tenga que atender a niños, niñas y adolescentes en presunto estado de abandono, para ello deberá suscribirse un convenio entre el Ministerio Público y el INABIF, tal como lo prevé el artículo 36 del Decreto Supremo Nº 011-2005-MIMDES.

CONCLUSIONES

1. Debe existir un procedimiento único e integral dirigido a la atención de niños, niñas y adolescentes en presunto estado de abandono, a cargo exclusivo del Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF), Unidad Gerencial de Investigación Tutelar.

2. Se propone la implementación de un turno permanente que debe realizar la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar, las 24 horas del día y todos los días del año, para cuyo efecto debe destinarse un equipo de trabajo que prevea la atención ininterrumpida.

3. La firma de un convenio con el Ministerio Público para la asignación de fiscales en forma permanente para resguardar y proteger los derechos de las niñas, niños o adolescentes tutelados en presunto estado de abandono.

4. La Unidad Gerencial de Investigación Tutelar, en coordinación y presencia del Ministerio Público, debe ser el único ente que recepcione las denuncias de parte o de oficio de los menores de edad en presunto estado de abandono, salvo que por la necesidad y urgencia del caso amerite que la denuncia y/o declaración del niño, niña o adolescente en presunto estado de abandono sea tomada con antelación por otra autoridad como la Fiscalía o Policía.

5. Los casos que son puestos en conocimiento de la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar por parte del Ministerio Público en los que no se pone a disposición física al menor de edad, deben ameritar un pronunciamiento sobre los presupuestos de abandono, discerniéndose entre los casos de violencia familiar en los cuales hay presencia de los padres o de uno de ellos que ejerce la patria potestad, y en lo casos en los cuales no es procedente el abandono sino el tratamiento por violencia familiar; esto con el fin, de que la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar (UGIT) solo evalúe los casos que ameriten investigación tutelar por causales de abandono.

6. Que se promueva la aplicación de otras medidas de protección como la colocación familiar, el cuidado dentro del hogar y otras de carácter tuitivo que tiendan a evitar la separación del niño, niña y adolescente del hogar donde viene siendo alojado, constituyendo el internamiento en Centros de Atención Residencial de Niñas, Niños y Adolescentes, la última medida que se debe adoptar y no la primera como actualmente se viene haciendo, acorde a las normas tuitivas de los niños, niñas y adolescentes así como con el criterio del Tribunal Constitucional.

7. Que los menores de edad que se encuentren en presunto estado de abandono, de ser el caso y acorde a la medida de protección que se dicte, sean internados desde la primera vez y con regular permanencia en el Centro de Atención Residencial correspondiente, erradicándose el criterio del internamiento en Centros Preventivos que sólo deben usados en forma excepcional.

8. Si bien es cierto la desjudicialización de la investigación tutelar tuvo fundados motivos para efectuarse, más cierto aún es que pese al tiempo transcurrido el ente rector y su unidad a cargo de la investigación tutelar administrativa no han logrado hasta la fecha consolidarse como institución tuitiva y generan revictimización a los menores de edad involucrados en situaciones de presunto estado de abandono, por lo que se hace necesario dotar de mayores recursos de infraestructura y de personal a esta Unidad para el cumplimiento de sus obligaciones, tan delicadas por cierto.

9. La Unidad Gerencial de Investigación Tutelar, no obstante la carga que tiene, no cuenta con un adecuado sistema de informática que permita tener datos exactos sobre denuncias derivadas por la Policía Nacional, Ministerio Público o denuncias recibidas de oficio y otros.

10. Que la Unidad Gerencial de Investigación Tutelar debe consolidar sus servicios en la capital, cumpliendo a cabalidad las funciones asignadas por ley para posteriormente y en forma progresiva, ir instalándose en provincias.

BIBLIOGRAFÍA

• ALARCON GLSSINOVICH, WALTER. (1994).
Una nueva mira de la infancia en el Perú. Primera Edición. Lima, UNICEF y IEP Ediciones.
• AUTOR. (2006).
"La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: Diálogo con la Jurisprudencia. Lima, Gaceta Jurídica.
• CENTRO DE ESTUDIOS Y ACCION POR LA PAZ. (2000).
Los adolescentes y la Justicia: la doctrina de la protección integral de niñas, niños y adolescentes. Lima, CEAPAZ.
• CHUNGA LAMONJA, FERMIN. (1999).
Derecho de Menores. Tercera Edición. Lima, Editorial Jurídica Grijley.
• CONSEJO DE COORDINACION JUDICIAL. (1997).
Derechos de los Niños y Niñas. Primera Edición. Lima, Consejo de Coordinación Judicial.
• ELISEO SOLARI, NÉSTOR. (2002).
La niñez y sus nuevos paradigmas. Buenos Aires, La Ley.
• ESCAFF SILVA, ELÍAS; RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS y MARCHIORI; HILA. (2003).
Víctimología: los procesos de víctimización desde un enfoque criminológico. Córdoba, Lerner.
• FISCALIA DE LA NACION. (2006).
Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia. Primera Edición. Lima, Editorial Ebra E.I.R.L.
• GIBERTI, EVA. (año). "Atención a niños y niñas víctimas". En: Victimología: los procesos de victimización desde un enfoque criminológico. Córdoba, editorial Lerner.
• MINISTERIO DE LA MUJER Y DESARROLLO SOCIAL. (2007).
Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011. Cuarta Edición. Lima, MINDES.
• MOMETHIANO ZUMAETA, ELOY. (1998-1999).
Alternativas frente a la problemática el menor en situación de abandono. Primera Edición. Lima, Editorial San Marcos.
• MONTOYA CHAVEZ, VÍCTOR HUGO. (2007).
Derechos Fundamentales de los Niños y Adolescentes, el interés superior del niño y adolescente y la situación de abandono en el artículo 4 de la Constitución. Lima, Editorial Grijley.
• MONTOYA OLAECHEA, EDWIN. (1999).
Muchas veces víctima. Lima, editorial Decisión Gráfica S.A..
• NEUMAN, ELÍAS. (1994).
Victimología: el rol de las víctimas en los delitos convencionales y no convencionales. Segunda edición. Buenos Aires, Universidad.
• NOVAK, FABIÁN y NOMIHAS, SANDRA. (2004).
Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Primera Edición. Lima, Academia de la Magistratura.
• PEREZ MARTIN, ANTONIO JAVIER. (1998).
Derecho de Familia. Segunda Edición. Valladolid, Lex Nova.
• PLÁCIDO V., ALEX. (2006).
"El interés superior del niño". En: Gaceta Jurídica. Cuadernos Jurisprudenciales N° 62, agosto del 2006. Lima, editorial Gaceta Jurídica.
• RAFFO, HECTOR ANGEL.; RODRIGUEZ, MARTA VERONICA. y VAZQUEZ BERROSTEGUIETA, JORGE. (1986).
La Protección y Formación integral del Menor. Buenos Aires, Editorial Plus Ultra.
• RESTREPO TREJOS, LUZ MARINA. (1985).
Protección Legal del Menor en Colombia. Bogotá, Editorial PUJ.
• RODRIGUEZ, LAURA y BLANCK, ERNESTO. (2006).
"Intervención Estatal y medidas de protección". En: GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. Protección Integral de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, análisis de la Ley 26061. Buenos Aires, Editores del Puerto.
• TAPIA GOMEZ, ALEJANDRO (2007)
Crítica de la victimización. La construcción social de las víctimas
En:www.realidadjuridica.uabc.mx/realidad/files/contenido-victimización.pdf
• VILLAGROSA ALCALDE, CARLOS. (1998).
Explotación y Protección Jurídica de la infancia. Barcelona, editorial Cedecs.

ANEXO 1
FLUJOGRAMA DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN TUTELAR EN LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA

OFICINA DE INVESTIGACION TUTELAR

Casos previstos en los incisos a), b), c),d), e), y g) del art. 248ª C.N.A.
Apertura de investigación tutelar y aplicación de las medidas de protección y diligencias prescritas en el art. 246º de la ley 28330

↓

PRESENTACIÓN DE CASO

Ingreso de caso por mesa de partes del INABIF -UGIT

↓

EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO

- Evaluación de la situación de presunto abandono de los casos presentados mediante informe Policial, solicitud Fiscal o denuncia de parte.
- Emisión de informe multidiciplinario.
- Emisión de resolución de Apertura de investigación tutelar y aplicación de medidas de protección inmediata.

↓

NOTIFICACIÓN AL FISCAL PROVINCIAL DE FAMILIA

- Resolución de apertura.
- Resolución de conclusión anticipada

→

DILIGENCIAS (Niños y/o Adolecentes)

Acta de recepción.
- Ficha de descripción física
- Declaración.
- Toma de Huellas Palmares y Plantares.
- Realización de exámenes (medicina legal y centros de salud)
  - Examen psicosomático. -VIH
  - Integridad física -VDRL
  - Integridad sexual

Con apoyo de la Policía Nacional
- Oficiar a la división de personas Desaparecidas- PNP
- Oficiar a la división de identificación Criminalistica - PNP (Examen Pelmatoscópico)
- Coordinación con la red de hogares a fin de aplicar la medida de protección correspondiente.
- Traslado para la realización de los diferentes exámenes e internamiento en el centro de protección.

↓

DILIGENCIAS PADRES BIOLÓGICOS DE (Niños y/o Adolecentes)

De ser ubicados
- Declaración.
- Presentación de documentos que acreditan el entroncamiento familiar
- Evaluación psicológica.
- Evaluación social.

De no ser ubicados
- Búsqueda y Ubicación a través de la RENIEC, con el apoyo de la Policía Nacional.
- Notificación por edictos.

→

NOTIFICACIÓN POR EDICTOS

De nos er habidos los padres biológicos, se les notificará a través de el diario oficial El Peruano y un diario de mayor circulación, además por la Radioemisora Oficial.
La publicación será por dos días en forma inter diaria.

↓

CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN TUTELAR

Emisión de un informe final, con las conclusiones de la investigación tutelar.

↓

DERIVACIÓN DEL EXPEDIENTE (Informe final de la UGIT al juez)

El juez evaluará si se han realizado las diligencias contempladas dentro del proceso. Caso contrario el juzgado devuelve al INABIF- UGIT para el levantamiento de las observaciones. Previo dictamen fiscal.

ANEXO 2
UNIDAD GERENCIAL DE INVESTIGACIÓN TUTELAR
Consolidado del procedimiento de investigación tutelar
Enero-septiembre 2007

	DETALLE			TOTAL
1	SOLICITUDES DE INVESTIGACIONES TUTELARES INGRESADAS			1629
2	SOLICITUDES SIN APERTURA DE INVESTIGACION TUTELAR (Resoluciones de No Apertura de Investigación Tutelar)			69
3	EXPEDIENTES CON APERTURA DE INVESTIGACION TUTELAR (Resoluciones con Apertura de Investigación Tutelar)			736
4	EXPEDIENTES CONCLUIDOS ANTICIPADAMENTE (Resoluciones de Conclusión Anticipada) debido a:	Reinserción Familiar	130	157
		Mayoría de Edad	26	
		Fallecimiento	1	
5	EXPEDIENTES EN TRAMITE DE INVESTIGACION, CON MEDIDAS DE PROTECCION DICTADAS.	Colocación Familiar	38	554
		Cuidado Propio Hogar	129	
		Hogares INABIF, Hogares Red Privada, Centros Preventivos, Hospitales	387	
		Visitas Sociales Solicitadas por Fiscalia	824	
6	EXPEDIENTES CON INFORME FINAL DE INVESTIGACION TUTELAR DERIVADOS AL PODER JUDICIAL PARA LA DECLARACION JUDICIAL DE ABANDONO		Exp. 2006= 50 Exp. 2007= 25	75

ANEXO 3
RESUMEN DE LA POBLACIÓN ATENDIDA POR LA UNIDAD GERENCIAL DE PROTECCIÓN INTEGRAL: HOGARES
Promedio a diciembre 2007 - Por meses

PROGRAMA SOCIAL	PERIODO	Niños			Adolecentes			Jóvenes			Adultos Mayores			TOTAL			Nº de Reinserciones Familiares de Niños (as) y Adolecentes de los Hogares de Protección integral	Nº de Colocaciones Familiares de la Población albergada en los Hogares de Protección Integral
		H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Total		
PROTECCION INTEGRAL EN HOGARES	Enero	643	396	1,039	453	666	1,119	42	50	92	22	20	42	1,160	1,132	2,292	115	33
	Febrero	627	378	1,005	425	647	1,072	40	47	87	22	19	41	1,114	1,091	2,205	49	5
	Marzo	724	445	1,169	455	772	1,227	44	46	90	21	59	80	1,244	1,322	2,566	92	15
	Abril	705	450	1,155	462	740	1,202	40	49	89	24	56	80	1,231	1,295	2,526	86	6
	Mayo	764	451	1,215	468	716	1,184	47	61	108	23	63	86	1,302	1,291	2,593	116	13
	Junio	721	463	1,184	472	723	1,195	45	52	97	27	63	90	1,265	1,301	2,566	91	9
	Julio	721	461	1,182	459	714	1,173	48	61	109	23	58	81	1,251	1,294	2,545	74	19
	Agosto	711	457	1,168	476	702	1,178	47	54	101	23	62	85	1,257	1,275	2,532	102	14
	Setiembre	705	467	1,172	455	708	1,163	44	55	99	23	62	85	1,227	1,292	2,519	62	7
	Octubre	673	473	1,146	481	717	1,198	44	43	87	21	62	83	1,219	1,295	2,514	55	11
	Noviembre	677	477	1,154	468	711	1,179	43	44	87	20	63	83	1,208	1,295	2,503	49	10
	Diciembre	686	466	1,148	458	706	1,164	42	51	93	20	65	85	1,202	1,288	2,490	91	21
	Promedio	**696**	**449**	**1,145**	**461**	**710**	**1,171**	**44**	**51**	**95**	**44**	**51**	**95**	**1,223**	**1,264**	**2,488**	**982**	**163**

ANEXO 4

RESUMEN DE LA POBLACIÓN ATENDIDA POR LA UNIDAD GERENCIAL DE PROTECCIÓN INTEGRAL: HOGARES

Promedio a diciembre 2007 - Por Unidades Prestadoras de Servicio

DEPARTAMENTO	Unidades Prestadoras de Servicio	Niños			Adolecentes			Jóvenes			Adultos Mayores			Total			Discapacitados		
		H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Total	H	M	Total
ANCASH	HOGAR SAN PEDRITO	17	18	35	10	16	27	1	0	1	0	0	0	28	34	62	6	5	12
	SUB-TOTAL	17	18	35	10	16	27	1	0	1	0	0	0	28	34	62	6	5	12
AREQUIPA	HOGAR SAN JOSE BUEN PASTOR	0	4	4	0	25	25	0	3	3	0	0	0	0	33	33	0	3	3
	HOGAR SAN LUIS GONZAGA	21	0	21	40	0	40	4	0	4	0	0	0	65	0	65	6	0	6
	SUB- TOTAL	21	4	26	40	25	65	4	3	7	0	0	0	65	33	98	6	3	9
AYACUCHO	HOGAR URPI	36	0	36	15	0	15	0	0	0	0	0	0	51	0	51	0	0	0
	SUB-TOTAL	36	0	36	15	0	15	0	0	0	0	0	0	51	0	51	0	0	0
CALLAO	CM SANTA ROSA EXTERNA	45	53	98	0	18	18	0	0	0	22	54	77	68	125	193	1	0	1
	CM SANTA ROSA INTERNA	4	4	8	0	42	42	0	5	5	0	0	0	4	50	54	0	0	0
	HOGAR SAN ANTONIO	66	51	117	3	4	7	0	0	0	0	0	0	69	55	124	25	19	44
	SUB-TOTAL	115	108	223	3	63	66	0	5	5	22	54	77	140	230	370	26	20	45
CUSCO	HOGAR BUEN PASTOR	0	18	18	0	27	27	0	1	1	0	0	0	0	46	46	0	0	0
	HOGAR JESUS MI LUZ	41	0	41	10	0	10	1	0	1	0	0	0	52	0	52	3	0	3
	SUB-TOTAL	41	18	58	10	27	37	1	1	2	0	0	0	52	46	98	3	0	3
HUANUCO	HOGAR PILLCO MOZO	30	14	44	0	1	2	0	0	0	0	0	0	30	16	46	0	0	0
	HOGAR SANTA TERESITA DEL NIÑO	22	15	36	13	15	29	0	0	0	0	0	0	35	31	65	1	1	2
	SUB- TOTAL	51	29	81	14	17	30	0	0	0	0	0	0	65	46	111	1	1	2
ICA	HOGAR PAUL HARRIS	0	25	25	0	49	49	0	2	2	0	0	0	0	76	76	0	0	0
	HOGAR SEÑOR DE LUREN	21	0	21	35	0	35	2	0	2	0	0	0	57	0	58	1	0	1
	SUB- TOTAL	21	26	46	35	49	84	2	2	4	0	0	0	57	76	134	1	0	1
JUNIN	HOGAR ANDRES A. CACERES	16	0	16	27	0	27	4	10	4	0	0	0	47	0	47	1	0	1
	SUB- TOTAL	16	0	16	27	0	27	4	0	4	0	0	0	47	0	47	1	0	1
LA LIBERTAD	HOGAR LA NIÑA	0	13	13	0	57	57	0	3	3	0	0	0	0	73	73	0	1	1
	HOGAR SAN JOSE	19	0	19	37	0	37	2	0	2	0	0	0	57	0	57	2	1	2
	SUB-TOTAL	19	13	32	37	57	94	2	3	4	0	0	0	57	73	130	2	2	3

Primer Concurso Nacional de Ensayos Jurídicos

DEPARTAMENTO	Unidades Prestadoras de Servicio	Niños			Adolecentes			Jóvenes			Adultos Mayores			Total			Discapacitados		
		H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Total	H	M	Total
LAMBAYEQUE	HOGAR ROSA MARÍA CHECA	0	6	6	0	62	62	0	3	3	0	0	0	0	72	72	0	0	0
	HOGAR SAN HUAN BOSCO	1	0	1	35	0	35	6	0	6	0	0	0	42	0	42	17	0	17
	HOGAR SAN VICENTE DE PAUL	36	0	36	4	0	4	0	0	0	0	0	0	40	0	40	0	0	0
	SUB-TOTAL	37	6	44	39	62	101	6	3	9	0	0	0	82	72	154	17	0	17
LIMA	ALDEA SAN RICARDO	43	36	79	16	16	32	1	1	2	0	0	0	61	53	113	2	1	2
	CASA ESTANCIA DOMI	0	0	0	0	31	31	0	0	0	0	0	0	0	31	31	0	0	0
	CENTRO SANTA EULALIA	11	0	11	11	0	11	0	0	0	0	0	0	22	0	22	1	0	1
	CH SAGADO CORAZON	1	14	14	0	17	17	0	5	5	0	0	0	1	35	36	0	7	7
	CH SAN MIGUEL ARCANGEL	32	17	49	7	20	27	0	1	1	0	0	0	38	39	77	5	10	15
	HOGAR ARCO IRIS	23	15	38	2	0	2	0	0	0	0	0	0	25	15	40	10	0	10
	HOGAR DIVINO JESUS	53	34	86	0	0	0	0	0	0	0	0	0	53	34	87	13	7	20
	HOGAR HERMELINDA CARRERA	0	45	45	0	137	137	0	22	22	0	0	0	0	205	205	0	32	32
	HOGAR NIÑO JESUS DE PRAGA	43	0	43	24	0	24	0	0	0	0	0	0	67	0	67	1	0	1
	HOGAR SAN CRISTOBAL	0	0	0	18	0	18	18	0	18	0	0	0	37	0	37	11	0	11
	HOGAR SAN FRACISCO DE ASIS	0	0	0	42	0	42	4	0	4	0	0	0	46	0	46	4	0	4
	HOGAR SANTA RITA DE CASIA	16	18	34	0	33	33	0	1	1	0	0	0	16	52	69	2	2	3
	SUB-TOTAL	221	179	400	121	254	375	23	30	54	0	0	0	366	463	829	49	58	106
LORETO	CASA DE ACOGIDA SANTA LORENA 1/	4	3	7	0	16	16	0	1	1	0	0	0	4	19	23	0	0	0
	HOGAR PADRE ANGEL RODRIGUEZ	26	0	26	13	0	13	1	0	1	0	0	0	41	0	41	0	0	0
	SUB - TOTAL	30	3	33	13	16	29	1	1	2	0	0	0	44	19	64	0	0	0
PUNO	HOGAR SAGRADO CORAZON DE JESUS	60	0	60	4	0	4	0	0	0	0	0	0	64	0	64	2	0	2
	HOGAR SAN MARTIN DE PORRES	0	0	0	74	0	74	0	0	0	0	0	0	74	0	74	5	0	5
	HOGAR VIRGEN DE FATIMA	0	39	39	0	61	61	0	3	3	0	0	0	0	103	103	0	1	1
	SUB- TOTAL	60	39	99	78	61	139	0	3	3	0	0	0	137	103	240	7	1	8
TACNA	HOGAR SANTO DOMINGO SAVIO	13	6	18	20	62	82	0	0	0	0	0	0	32	68	100	1	4	5
	SUB-TOTAL	13	6	18	20	62	82	0	0	0	0	0	0	32	68	100	1	4	5
TOTAL GENERAL		**696**	**449**	**1,145**	**461**	**710**	**1,171**	**44**	**51**	**95**	**22**	**54**	**77**	**1,223**	**1,264**	**2,488**	**120**	**93**	**213**

ANEXO 5
RESUMEN DE LA POBLACIÓN ATENDIDA POR LA UNIDAD GERENCIAL DE PROTECCIÓN INTEGRAL: HOGARES
Promedio a diciembre 2008 - Por meses

PROGRAMA SOCIAL	PERIODO	Niños			Adolecentes			Jóvenes			Adultos Mayores			TOTAL			Nº de Reinserciones Familiares de Niños (as) y Adolecentes de los Hogares de Protección integral	Nº de Colocaciones Familiares de la Población albergada en los Hogares de Protección Integral	Nº de Población Atendida con Seuela Neurológica
		H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Total			
PROTECCION INTEGRAL EN HOGARES	Enero	607	392	999	474	694	1,168	47	58	105	20	17	37	1,148	1,161	2,309	121	21	136
	Febrero	570	392	962	482	699	1,181	48	61	109	20	29	49	1,120	1,181	2,301	64	16	161
	Marzo	600	417	1,017	509	725	1,234	51	60	111	20	29	49	1,180	1,231	2,411	126	29	158
	Abril	668	484	1,152	513	765	1,278	51	55	106	20	30	50	1,252	1,334	2,586	129	17	157
	Mayo	655	459	1,114	511	759	1,270	50	53	103	20	30	50	1,236	1,301	2,537	72	13	150
	Junio	666	462	1,128	525	762	1,287	50	53	103	20	30	50	1,261	1,307	2,568	88	13	150
	Julio	689	432	1,121	544	757	1,301	52	56	108	20	30	50	1,305	1,275	2,580	99	20	150
	Agosto	627	441	1,068	521	751	1,272	50	59	109	18	22	40	1,216	1,273	2,489	97	24	148
	Setiembre	625	446	1,071	510	739	1,249	53	54	107	20	26	46	1,208	1,265	2,473	84	22	143
	Octubre	657	418	1,075	524	718	1,242	53	72	125	19	26	45	1,253	1,234	2,487	99	14	143
	Noviembre	635	417	1,052	533	704	1,237	50	62	112	22	32	54	1,240	1,252	2,455	68	6	101
	Diciembre																		
Promedio		**636**	**433**	**1,069**	**513**	**734**	**1,247**	**50**	**58**	**109**	**20**	**27**	**47**	**1,220**	**1,252**	**2,472**	**1,047**	**195**	**145**

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

ANEXO 6
RESUMEN DE LA POBLACIÓN ATENDIDA POR LA UNIDAD GERENCIAL DE PROTECCIÓN INTEGRAL: HOGARES
Promedio a diciembre 2008 - Por Unidades Prestadoras de Servicio

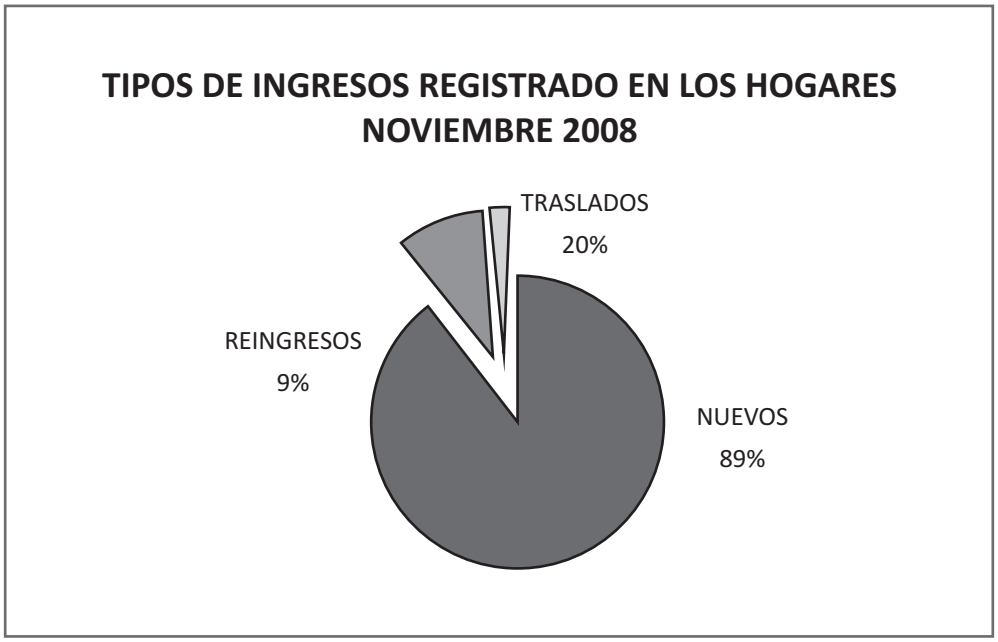
DEPARTAMENTO	Unidades Prestadoras de Servicio	Niños			Adolecentes			Jóvenes			Adultos Mayores			Total			Discapacitados		
		H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Total	H	M	Total
ANCASH	HOGAR SAN PEDRITO	15	15	30	7	17	24	1	0	1	0	0	0	22	33	55	1	1	3
	SUB TOTAL	15	15	30	7	17	24	1	0	1	0	0	0	22	33	55	1	1	3
AREQUIPA	HOGAR SAN JOSE- BUEN PASTOR	0	7	7	0	32	32	0	4	4	0	0	0	0	42	42	0	1	1
	HOGAR SAN LUIS GONZAGA	31	0	31	40	0	40	4	0	4	0	0	0	74	0	74	7	0	7
	SUB TOTAL	31	7	37	40	32	72	4	4	8	0	0	0	74	42	117	7	1	8
AYACUCHO	HOGAR URPI	23	0	23	15	0	15	0	0	0	20	27	47	38	0	38	0	0	0
	SUB TOTAL	23	0	23	15	0	15	0	0	0	0	0	0	38	0	38	0	0	0
CALLAO	CM SANTA ROSA EXTERNA	49	50	99	0	19	19	0	0	0	0	0	0	69	96	165	1	1	2
	CM SANTA ROSA INTERNA	4	4	8	0	35	35	0	2	2	20	27	47	4	42	46	0	0	0
	HOGAR SAN ANTONIO	73	47	120	3	7	10	0	0	0	0	0	0	76	54	130	37	24	61
	SUB TOTAL	126	101	227	3	61	64	0	2	2	0	0	0	149	192	341	38	25	63
CUSCO	HOGAR BUEN PASTOR	0	14	14	0	36	36	0	1	1	0	0	0	0	52	52	0	0	0
	HOGAR JESUS MI LUZ	30	0	30	11	0	11	1	0	1	0	0	0	42	0	42	3	0	3
	SUB -TOTAL	30	14	44	11	36	48	1	1	2	0	0	0	42	52	94	3	0	3
HUANUCO	HOGAR PILLCO MOZO	32	12	44	3	0	3	0	0	0	0	0	0	35	13	47	0	0	0
	HOGAR SANTA TERESITA DEL NIÑO	26	21	46	17	24	41	0	1	1	0	0	0	42	45	88	2	1	3
	SUB- TOTAL	57	33	90	20	25	44	0	1	1	0	0	0	77	58	135	2	1	3
ICA	HOGAR PAUL HARRIS	0	26	26	0	51	51	0	2	2	0	0	0	0	79	79	0	1	1
	HOGAR SEÑOR DE LUREN	24	0	24	38	0	38	2	0	2	0	0	0	64	0	65	3	0	3
	SUB-TOTA	24	26	50	38	51	89	2	2	4	0	0	0	64	79	143	3	1	4
JUNIN	HOGAR ANDRES A. CACERES	13	0	13	26	0	26	3	0	3	0	0	0	43	0	43	1	0	1
	SUB- TOTAL	13	0	13	26	0	26	3	0	3	0	0	0	43	0	43	1	0	1
LA LIBERTAD	HOGAR LA NIÑA	0	13	13	0	63	63	0	3	3	0	0	0	0	79	79	0	1	1
	HOGAR SAN JOSE	21	0	21	43	0	43	1	0	1	0	0	0	65	0	65	0	0	0
	SUB TOTAL	21	13	35	43	63	106	1	3	4	0	0	0	66	79	145	0	1	1

DEPARTAMENTO	Unidades Prestadoras de Servicio	Niños			Adolecentes			Jóvenes			Adultos Mayores			Total			Discapacitados		
		H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Sub total	H	M	Total	H	M	Total
LAMBAYEQUE	HOGAR ROSA MARIA CHECA	0	8	8	0	70	70	0	1	1	0	0	0	0	80	80	0	0	0
	HOGAR SAN JUAN BOSCO	1	0	1	29	0	29	6	0	6	0	0	0	36	0	36	6	0	6
	HOGAR SAN VICENTE DE PAUL	33	0	33	3	0	3	0	0	0	0	0	0	36	0	36	18	0	18
	SUB- TOTAL	33	8	42	32	70	103	6	1	7	0	0	0	72	80	151	24	0	24
LIMA	ALDEA SAN RICARDO	41	27	68	18	20	37	1	1	2	0	0	0	60	48	107	6	3	9
	CASA ESTANCIA DOMI	0	0	0	0	18	18	0	0	0	0	0	0	0	19	19	0	0	0
	CENTRO SANTA EULALIA	10	0	10	18	0	18	0	0	0	0	0	0	28	0	28	0	0	0
	CH SAGRADO CORAZON	4	16	20	1	19	20	0	3	3	0	0	0	5	38	43	0	7	7
	CH SAN MIGUEL ARCANGEL	21	23	44	16	22	38	0	2	2	0	0	0	37	46	84	7	10	17
	HOGAR ARCO IRIS	14	30	44	0	0	0	0	0	0	0	0	0	14	30	44	0	0	0
	HOGAR DIVINO JESUS	48	34	82	0	0	0	0	0	0	0	0	0	48	34	82	12	5	17
	HOGAR ERMELINDA CARRERA	0	21	21	0	142	142	0	32	32	0	0	0	0	196	196	0	11	11
	HOGAR NIÑO JESUS DE PRAGA	32	0	32	22	0	22	0	0	0	0	0	0	54	0	54	1	0	1
	HOGAR SAN CRISTOBAL	0	0	0	17	0	17	21	0	21	0	0	0	38	0	38	10	0	10
	HOGAR SANFRANCISCO DE ASIS	3	0	3	56	0	56	8	0	8	0	0	0	67	0	67	6	0	6
	HOGAR SANTA RITA DE CASIA	15	18	33	0	35	35	0	2	2	0	0	0	15	55	70	3	1	4
	SUB- TOTAL	188	170	359	147	256	404	30	39	69	0	0	0	385	466	831	44	38	83
LORETO	CASA DE ACOGIDA SANTA LORENA 1/	4	5	9	0	31	31	0	2	2	0	0	0	4	38	42	0	0	0
	HOGAR PADRE ANGEL RODRIGUEZ	14	0	14	22	0	22	1	0	1	0	0	0	38	0	38	0	0	0
	SUB- TOTAL	18	5	23	22	31	53	1	2	4	0	0	0	42	38	80	0	0	0
PUNO	HOGAR SAGRADO CORAZON DE JESUS	48	0	48	4	0	4	0	0	0	0	0	0	52	0	52	0	0	0
	HOGAR SAN MARTIN DE PORRES	0	0	0	82	0	82	0	0	0	0	0	0	82	0	82	5	0	5
	HOGAR VIRGEN DE FATIMA	0	35	35	0	54	54	0	3	3	0	0	0	0	92	92	0	3	3
	SUB- TOTAL	48	35	83	86	54	139	0	3	3	0	0	0	134	92	226	5	3	8
TACNA	HOGAR SANTO DOMINGO SABIO	9	4	12	23	37	60	0	0	0	0	0	0	32	41	73	1	4	5
	SUB- TOTAL	9	4	12	23	37	60	0	0	0	0	0	0	32	41	73	1	4	6
TOTAL GENERAL		**636**	**433**	**1,069**	**513**	**734**	**1,247**	**50**	**58**	**109**	**20**	**27**	**47**	**1,220**	**1,52**	**2,472**	**130**	**75**	**205**

ANEXO 7
UNIDAD GERENCIAL DE PROTECCIÓN INTEGRAL
MOVIMIENTO POBLACIONAL EN LOS HOGARES, NOVIEMBRE 2008

POBLACION	TOTAL
POBLACION ATENDIDA	**2,455**
POBLACION AL PRIMER DIA DEL MES- PPDM	2,289
INGRESOS:	166
NUEVOS	142
REINGRESOS	15
TRASLADOS	3
ESGRESOS	136
POBLACIOM AL ULTIMO DIA DEL MES- PUDM	**2,319**

Fuente: reportes de los centros de Protección Integral.
Diseño y Elaboración: Sistemas de Información- SI, INABIF



ANEXO 8
UNIDAD GERENCIAL DE PROTECCION INTEGRAL
POBLACION ATENDIDA EN LOS HOGARES, NOVIEMBRE 2008
Por sexo y grupos etáreos

Nº	CENTROS DE PROTECCION INTEGRAL	TOTAL	SEXO		GRUPOS ETAREOS									
					LACTANTES (0 A 11 MESES)		PRE (1 A 5 AÑOS)		ESCOLARES (6 A 12 AÑOS)		ADOLESCENTES (13 A 17 AÑOS)		ADULTOS (18 AÑOS)	
			HOMBRE	MUJER	HOMBRE	MUJER	HOMBRE	MUJER	HOMBRE	MUJER	HOMBRE	MUJER	HOMBRE	MUJER
	TOTAL	2,455	1,240	1,215	12	15	162	133	461	269	533	704	72	94
	LIMA	**1,191**	**523**	**668**	**11**	**14**	**151**	**124**	**151**	**129**	**158**	**321**	**52**	**80**
1	HOGAR SAN ANTONIO	129	75	54	0	0	9	8	62	34	4	12	0	0
2	HOGAR SAN FRANCISCO DE ASIS	64	64	0	0	0	0	0	3	0	55	0	6	0
3	HOGAR ERMELINDA CARRERA	191	0	191	0	0	0	0	0	12	0	138	0	41
4	HOGAR DIVINO JESUS	80	48	32	4	5	44	26	0	1	0	0	0	0
5	HOGAR ARCO IRIS	42	13	29	0	0	12	10	0	19	0	0	0	0
6	CH. SAN MIGUEL ARCANGEL	83	34	49	0	0	2	1	14	24	18	22	0	2
7	CASA ESTANCIA DOMI	20	0	20	0	0	0	0	0	0	0	20	0	0
8	ALDEA SAN RICARDO	105	57	48	0	1	5	3	33	24	18	20	1	0
9	CM SANTA ROSA INTERNA	41	3	38	0	1	3	2	0	2	0	32	0	1
	CM SANTA ROSA EXTERNA	211	89	122	0	0	67	67	0	0	0	23	22	32
10	CH SAGRADO CORAZON	38	0	38	0	0	0	1	0	12	0	22	0	3
11	HOGAR NIÑO JESUS DE PRAGA	55	55	0	00	0	0	0	30	0	25	0	0	0
12	HOGAR SANTA RITA DE CASIA	62	15	47	7	7	8	6	0	1	0	32	0	1
13	CENTRO SANTA EULALIA	29	29	0	0	0	0	0	9	0	20	0	0	0
14	HOGAR SAN CRISTOBAL	41	41	0	0	0	0	0	0	0	18	0	23	0

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Nº	CENTROS DE PROTECCION INTEGRAL	TOTAL	SEXO		GRUPOS ETAREOS									
					LACTANTES (0 A 11 MESES)		PRE (1 A 5 AÑOS)		ESCOLARES (6 A 12 AÑOS)		ADOLESCENTES (13 A 17 AÑOS)		ADULTOS (18 AÑOS)	
			HOMBRE	MUJER	HOMBRE	MUJER	HOMBRE	MUJER	HOMBRE	MUJER	HOMBRE	MUJER	HOMBRE	MUJER
	TOTAL	**2,455**	**1,240**	**1,215**	**12**	**15**	**162**	**133**	**461**	**269**	**533**	**704**	**72**	**94**
	PROVINCIA	**1,264**	**717**	**547**	**1**	**1**	**11**	**9**	**310**	**140**	**375**	**383**	**20**	**14**
15	HOGAR SAN PEDRITO	48	24	24	0	0	2	1	13	8	8	15	1	0
16	GIGAR SAN LUIS GONZAGA	80	80	0	0	0	0	0	39	0	37	0	4	0
17	HOGAR URPI	39	39	0	0	0	0	0	23	0	16	0	0	0
18	HOGAR BUEN PASTOR	52	0	52	0	0	0	0	0	17	0	35	0	0
19	HOGAR JESUS MI LUZ	47	47	0	0	0	0	0	34	0	12	0	10	0
20	HOGAR SANTA TERESITA DEL NIÑO	74	34	40	0	0	0	3	19	15	15	22	0	0
21	HOGAR PILLCO MOZO	56	40	16	0	0	6	1	30	14	4	1	0	0
22	HOGAR SEÑOR DE LUREN	60	60	0	0	0	0	0	24	0	34	0	2	0
23	HOGAR ANDRES A. CACERES	41	41	0	0	0	0	0	11	0	27	0	3	0
24	HOGAR LA NIÑA	72	0	72	0	1	0	0	0	12	0	55	0	4
25	HOGAR SAN JOSE	74	74	0	0	0	0	0	23	0	50	0	1	0
26	HOGAR ROSA MARIA CHECA	74	0	74	0	0	0	0	0	10	0	63	0	1
27	HOGAR SAN VICENTE DE PAUL	35	35	0	0	0	0	0	31	0	4	0	0	0
28	HOGAR SAN JUAN BOSCO	35	35	0	0	0	0	0	1	0	28	0	6	0
29	HOGAR PADRE ANGEL RODRIGUEZ	46	46	0	0	0	0	0	15	0	29	0	2	0
30	HOGAR VIRGEN DE FATIMA	80	0	80	0	0	0	0	0	32	0	45	0	3
31	HOGAR SAN MARTIN DE PORRES	80	80	0	0	0	0	0	0	0	80	0	0	0
32	HOGAR SAGRADO CORAZON DEJE	46	46	0	0	0	0	0	42	0	4	0	0	0
33	HOGAR SANTO DOMINGO SAVIO	64	33	31	0	0	1	1	5	1	27	29	0	0
34	HOGAR PAUL HARRIS	77	0	77	0	0	0	3	0	21	0	52	0	1
35	HOGAR SAN JOSE - BUEN PASTOR	40	0	40	0	0	0	0	0	6	0	32	0	2
36	CASA DE ACOGIDA SANTA LORENA 1	44	3	41	1	0	2	0	0	4	0	34	0	3

ANEXO 9

UNIDAD GERENCIAL DE PROTECCION INTEGRAL - POBLACION ATENDIDA EN LOS HOGARES, NOVIEMBRE 2008

Por motivo de ingreso

Nº	CENTROS DE PROTECCION INTEGRAL	TOTAL	MOTIVOS DE INGRESO										
			TOTAL	ABANDONO MORAL Y MATERIAL	CRISIS ECONÓMICA	EXTRAVIO	FUGA DEL HOGAR	ADOLESC. ABAND./EMBAR.	MALTRATO FISICO Y PSICOLOGICO	MERETRICIO	ORFANDAD	VIOLENCIA FAMILIAR	OTROS
	TOTAL	**2,455**	**166**	**84**	**5**	**1**	**12**	**3**	**11**	**4**	**0**	**1**	**45**
45	LIMA	1,191	45	22	5	1	0	2	3	4	0	0	8
1	HOGAR SAN ANTONIO	129	2	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0
2	HOGAR SAN FRANCISCO DE ASIS	64	4	4	0	0	0	0	0	0	0	0	0
3	HOGAR ERMELINDA CARRERA	191	3	3	0	0	0	0	0	0	0	0	0
4	HOGAR DIVINO JESUS	80	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0
5	HOGAR ARCO IRIS	42	2	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0
6	CH SAN MIGUEL ARCANGEL	83	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
7	CASA ESTANCIA DOMI	20	3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3
8	ALDEA SAN RICARDO	105	4	4	0	0	0	0	0	0	0	0	0
9	CM SANTYA ROSA INTERNA	41	5	1	0	0	0	0	0	4	0	0	0
	CM SANTA ROSA EXTERNA	211	4	0	4	0	0	0	0	0	0	0	0
10	CH SAGRADO CORAZON	38	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
11	HOGAR NIÑO JESÚS DE PRAGA	55	9	3	1	1	0	0	3	0	0	0	1
12	HOGAR SANTA RITA DE CASIA	62	5	0	0	0	0	2	0	0	0	0	3
13	CENTRO SANTA EULALIA	29	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
14	HOGAR SAN CRISTOBAL	41	2	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	PROVINCIA	**1,264**	**121**	**622**	**0**	**0**	**12**	**1**	**8**	**0**	**0**	**1**	**37**
15	HOGAR SAN PEDRITO	48	9	2	0	0	1	0	0	0	0	1	
16	HOGAR SAN LUIS GONZAGA	80	8	7	0	0	0	0	1	0		0	5

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Nº	CENTROS DE PROTECCION INTEGRAL	TOTAL	MOTIVOS DE INGRESO											
			TOTAL	ABANDONO MORAL Y MATERIAL	CRISIS ECONÓMICA	EXTRAVIO	FUGA DEL HOGAR	ADOLESC. ABAND./EMBAR.	MALTRATO FISICO Y PSICOLOGICO	MERETRICIO	ORFANDAD	VIOLENCIA FAMILIAR	OTROS
	TOTAL	**2,455**	**166**	**84**	**5**	**1**	**12**	**3**	**11**	**4**	**0**	**1**	**45**
17	HOGAR URPI	39	3	3	0	0	0	0	0	0	0	0	0
18	HOGAR BUEN PASTOR	52	5	4	0	0	1	0	0	0	0	0	0
19	HOGAR JESUS MI LUZ	47	2	0	0	0	1	0	1	0	0	0	0
20	HOGAR SANTA TERESITA DEL NIÑO	74	4	4	0	0	0	0	0	0	0	0	0
21	HOGAR PILLCO MOZO	56	10	7	0	0	0	0	2	0	0	0	0
22	HOGAR SEÑOR DE LUREN	60	3	3	0	0	0	0	0	0	0	0	1
23	HOGAR ANDRES A. CACERES	41	1	0	0	0	01	0	0	0	0	0	0
24	HOGAR LA NIÑA	72	8	2	0	0	1	0	0	0	0	0	0
25	HOGAR SAN JOSE	74	8	0	0	0	0	0	0	0	0	0	5
26	HOGAR ROSA MARIA CHECA	74	2	0	0	0	2	0	0	0	0	0	8
27	HOGAR SAN VICENTE DE PAUL	35	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
28	HOGAR SAN JUAN BOSCO	35	7	2	0	0	0	0	2	0	0	0	1
29	HOGAR PADRE ANGEL RODRIGUEZ	46	9	6	0	0	0	0	1	0	0	0	3
30	HOGAR VIRGEN DE FATIMA	80	7	0	0	0	0	1	0	0	0	0	2
31	HOGAR SAN MARTIN DE PORRES	80	6	6	0	0	0	0	0	0	0	0	6
32	HOGAR SAGRADO CORAZON DE JESUS	46	7	3	0	0	3	0	1	0	0	0	0
33	HOGAR SANTO DOMINGO SAVIO	64	8	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0
34	HOGAR PAUL HARRIS	77	4	4	0	0	0	0	0	0	0	0	6
35	HOGAR SAN JOSE - BUEN PASTOR	40	2	0	0	0	2	0	0	0	0	0	0
36	CASA DE ACOGIDA SANTA LORENA 1/	44	7	7	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Fuente : Reportes de los Centros de Protección Integral.
Diseño y Elaboración: Sistemas de Información – SI, INABIF.

ANEXO 10
UNIDAD GERENCIAL DE PROTECCION INTEGRAL
MOTIVOS DE EGRESO DE LA POBLACIÓN ATENDIDA EN LOS HOGARES, NOVIEMBRE 2008

Nº	CENTROS DE PROTECCION INTEGRAL	TOTAL	TOTAL	ADOPCIÓN	COLOCACIÓN FAMILIAR	EGRESO VOLUNTARIO	MAYORIA DE EDAD	REINSERCIÓN FAMILIAR	TRASLADO A OTRA INSTITUCIÓN	A OTRA UNIDAD PREVENTIVA	SERVICIO MILITAR	DEFUNCIÓN
	TOTAL	**2,455**	**136**	**2**	**6**	**34**	**8**	**68**	**13**	**5**	**0**	**45**
45	LIMA	1,191	24	2	4	7	0	9	3	4	0	8
1	HOGAR SAN ANTONIO	129	3	1	0	0	0	2	0	0	0	0
2	HOGAR SAN FRANCISCO DE ASIS	64	6	0	2	4	0	0	0	0	0	0
3	HOGAR ERMELINDA CARRERA	191	5	0	1	1	0	2	0	0	0	0
4	HOGAR DIVINO JESUS	80	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0
5	HOGAR ARCO IRIS	42	2	0	0	0	0	2	0	0	0	0
6	CH SAN MIGUEL ARCANGEL	83	1	0	0	1	0	0	0	0	0	0
7	CASA ESTANCIA DOMI	20	2	0	0	1	0	1	0	0	0	3
8	ALDEA SAN RICARDO	105	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
9	CM SANTYA ROSA INTERNA	41	1	0	1	0	0	0	0	4	0	0
	CM SANTA ROSA EXTERNA	211	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
10	CH SAGRADO CORAZON	38	1	0	0	0	0	1	0	0	0	1
11	HOGAR NIÑO JESÚS DE PRAGA	55	1	0	0	1	0	1	3	0	0	1
12	HOGAR SANTA RITA DE CASIA	62	1	0	0	0	0	0	0	0	0	3
13	CENTRO SANTA EULALIA	29	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
14	HOGAR SAN CRISTOBAL	41	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	PROVINCIA	**1,264**	**121**	**0**	**2**	**27**	**7**	**59**	**8**	**13**	**0**	**0**
15	HOGAR SAN PEDRITO	48	7	0	0	2	1	3	0	2	0	0
16	HOGAR SAN LUIS GONZAGA	80	8	0	1	1	0	4	1	2		0

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Nº	CENTROS DE PROTECCION INTEGRAL	TOTAL	TOTAL	ADOPCIÓN	COLOCACIÓN FAMILIAR	EGRESO VOLUNTARIO	MAYORIA DE EDAD	REINSERCIÓN FAMILIAR	TRASLADO A OTRA INSTITUCIÓN	A OTRA UNIDAD PREVENTIVA	SERVICIO MILITAR	DEFUNCIÓN
	TOTAL	**2,455**	**136**	**2**	**6**	**34**	**8**	**68**	**13**	**5**	**0**	**45**
17	HOGAR URPI	39	4	0	0	4	0	0	0	0	0	0
18	HOGAR BUEN PASTOR	52	2	0	0	0	1	2	0	0	0	0
19	HOGAR JESUS MI LUZ	47	0	0	0	0	1	0	1	0	0	0
20	HOGAR SANTA TERESITA DEL NIÑO	74	6	0	0	3	0	3	0	0	0	0
21	HOGAR PILLCO MOZO	56	2	0	0	0	0	2	2	0	0	0
22	HOGAR SEÑOR DE LUREN	60	4	0	1	2	0	0	0	1	0	0
23	HOGAR ANDRES A. CACERES	41	3	0	0	1	01	2	0	0	0	0
24	HOGAR LA NIÑA	72	10	0	0	4	1	4	0	0	0	0
25	HOGAR SAN JOSE	74	8	0	0	3	0	5	0	0	0	0
26	HOGAR ROSA MARIA CHECA	74	2	0	0	1	2	1	0	0	0	0
27	HOGAR SAN VICENTE DE PAUL	35	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
28	HOGAR SAN JUAN BOSCO	35	4	0	0	1	0	1	2	0	0	0
29	HOGAR PADRE ANGEL RODRIGUEZ	46	10	0	0	4	0	6	1	0	0	0
30	HOGAR VIRGEN DE FATIMA	80	8	0	0	0	0	7	0	1	0	0
31	HOGAR SAN MARTIN DE PORRES	80	10	0	0	0	0	5	0	5	0	0
32	HOGAR SAGRADO CORAZON DE JESUS	46	5	0	0	0	3	3	1	0	0	0
33	HOGAR SANTO DOMINGO SAVIO	64	12	0	0	1	0	6	0	2	0	0
34	HOGAR PAUL HARRIS	77	4	0	0	0	0	3	0	0	0	0
35	HOGAR SAN JOSE-BUEN PASTOR	40	0	0	0	0	2	0	0	0	0	0
36	CASA DE ACOGIDA SANTA LORENA 1/	44	3	0	0	0	0	2	0	0	0	0

Fuente: Reportes de los Centros de Protección Integral.
Diseño y Elaboración: Sistemas de Información – SI, INABIF.

ANEXO 11
EVOLUCIÓN MENSUAL DE LOS CASOS DE TUTELA DE MENORES DE EDAD SEGÚN AÑOS 2007 - 2008
MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE LA NACIÓN

Distrito Judic. Lima			
Año	Mes	Total	%
2007	Enero	1	**65.22%**
	Febrero	1	
	Mayo	4	
	Junio	3	
	Julio	16	
	Agosto	13	
	Setiembre	4	
	Octubre	6	
	Noviembre	6	
	Diciembre	6	
Total		60	
2008	Enero	3	**34.78%**
	Febrero	8	
	Marzo	6	
	Abril	4	
	Mayo	1	
	Julio	2	
	Agosto	1	
	Setiembre	2	
	Octubre	3	
	Diciembre	2	
Total		32	
Total		92	**100%**

FUENTE: Sistema de Información de Apoyo al Trabajo Fiscal (SIATF)
ELABORADO: Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público

ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

SEGUNDO PUESTO
(Empate)

EL DERECHO PENAL Y LA DIVERSIDAD CULTURAL
Aproximación a su tratamiento desde la realidad ayacuchana

Dr. RICHARD ROJAS ARAUCO

Sumilla de la Hoja de Vida del Dr.
RICHARD ROJAS ARAUCO

Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, egresado del Doctorado de la Universidad Privada San Martin de Porres, Abogado por la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, Ayacucho.

Inicio su carrera en la administración de justicia como Técnico primero y Secretario Judicial después, en la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, entre los años 1999 al 2003. Posteriormente, se desempeño como Asesor legal de entidades financieras y otras, hasta marzo de 2005 en que es nombrado Fiscal adjunto provincial titular de la Fiscalía Especializada de Prevención de Delitos de Huamanga, Ayacucho.

El doctor Rojas Arauco es Fiscal adjunto provincial titular de la Sexta Fiscalía Provincial Penal de Huamanga, Ayacucho, desde el mes de agosto de 2006.

EL DERECHO PENAL Y LA DIVERSIDAD CULTURAL
Aproximación a su tratamiento desde la realidad Ayacuchana

INTRODUCCIÓN

Mediante el presente ensayo se pretende realizar un acercamiento a la realidad de nuestra nación en cuanto a la diversidad cultural y cómo el derecho, específicamente el derecho penal, viene contemplando y regulando hechos o eventos delictivos cuando el agente o la víctima pertenece a una cultura distinta a la oficial. El derecho internacional, a través del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Constitución Política de 1993, reconocen la diversidad cultural y enseñan que debemos respetarla.

En este contexto, el artículo 15 del Código Penal, que comprende el error de comprensión culturalmente condicionado, si bien evidencia un avance en comparación a regulaciones etnocentristas y paternalistas de años anteriores, no supera totalmente la problemática del contraste entre el derecho penal oficial y la diversidad cultural, pues esta institución en estricto no respeta la diversidad cultural ya que, de cierta manera aún considera incapaces a los integrantes de las comunidades campesinas, nativas y otras distintas poblaciones con costumbres distintas a la oficial.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Es uniformemente aceptado que no hay sociedad que no sea pluricultural; es así que cada sector social y la manera como éstos se organizan caracterizan cada organización en particular y el Perú, precisamente, se caracteriza por evidenciar de manera clara esta situación.

Dentro de este marco, el derecho penal como parte del ordenamiento jurídico nacional e inspirado fundamentalmente en el principio de legalidad, debe enfrentar o tratar la delincuencia con la finalidad de preservar el orden y coadyuvar en el desarrollo social, previniendo la comisión de ilícitos penales. Con este fin el derecho penal tiene establecido como especie de catálogo la descripción de conductas para ser consideradas y sancionadas como delito, las que deben encuadrar en el tipo penal y deben estar sustentadas en el principio de legalidad. Sin embargo, esta tarea no resulta fácil ya que al margen de la propia problemática doctrinaria y jurisdiccional, debe afrontar dicho rol teniendo en cuenta realidades que no son homogéneas.

El Perú, según el último censo desarrollado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en el año 2007, tiene una población aproximada de 28 millones de habitantes, población que está distribuida en un 13.4% en la Selva, 32.0% en la Sierra y 54.6% en la Costa. Al año 2002 se contaba a nivel nacional con un total de 7,163 comunidades campesinas y nativas; a esto debe agregarse que la tasa de analfabetismo al año 2005 era de 11.5% dentro de la población con una edad de 15 años a más, y que este porcentaje se incrementa sustancialmente en sectores donde se evidencian condiciones de pobreza; es así que en la Costa existe un 22.6% de pobreza, en la Sierra un 60.1% y en la Selva, 48.4%, siendo los departamentos con mayor índice (rango entre 88.7% – 67.2%) los de Huancavelica, Apurímac, Ayacucho y Puno, al año 2007; asimismo se sabe que estos índices son más altos en las áreas rurales. Este acercamiento objetivo de nuestra realidad -que no toma en cuenta aspectos como el lenguaje, migraciones, cultura, antecedentes históricos y sociales, educación- si bien no es completo, resulta suficiente para los fines del presente trabajo académico, por cuanto permite tener una idea inicial de la realidad diversa y compleja de nuestro país.

El Estado Peruano asumiendo el papel de un Estado monista, impone una sola regulación a nivel nacional para establecer los tipos penales y consiguientemente las sanciones aplicables, como si nuestra realidad nacional fuese homogénea; es decir, sin respetar la diversidad cultural. Los problemas que se generan por esta manifestación de etnocentrismo son diversos; así tenemos que en la Provincia de Huamanga que cuenta con 11 distritos, se presentan casos a nivel de juzgados penales por delitos de violación sexual de menor edad, usurpaciones, hurtos y otros delitos, dentro de la comprensión territorial de comunidades campesinas donde algunos de los comportamientos procesados son aceptados por sus costumbres; en otros casos tienen una justificación distinta a la del derecho oficial, y en otros casos, estos hechos son sancionados con penas o sanciones pecuniarias o morales, conforme a las costumbres de determinada comunidad campesina.

Así tenemos que en el año 2008, en el Distrito de Quinua se ha desarrollado una presunta violación a una menor de edad de 13 años por parte de una persona de 20 años de edad, comportamiento que fue denunciado ante el Poder Judicial. El procesado fue internado en el penal por considerarse de gravedad su comportamiento, y recién, luego de aproximadamente un año de internamiento, la Sala Penal que conoce la causa en apelación dispone su libertad, fundamentalmente en mérito a un informe antropológico que señalaba que este comportamiento era habitual y conforme a las costumbres en esta jurisdicción, precisando que estas personas (agraviado y procesado) estaban practicando el Sirvinakuy.

Lo antes indicado muestra que nuestro ordenamiento jurídico penal no está contemplando las situaciones especiales de cada comunidad o pueblo que practican costumbres distintas a la oficial, ya que éstas tampoco son superables suficientemente a través del error de comprensión culturalmente condicionado previsto en el artículo 15 del Código Penal, tal y como ha sido descrito anteriormente; pese a que la Constitución Política del Estado y el Convenio 169 de la OIT reconocen el pluralismo jurídico.

CAPÍTULO II

EL DERECHO PENAL OFICIAL

1. CONCEPTO DE DERECHO PENAL

Entendiendo que el tratamiento de este tema requiere un acercamiento a los fundamentos del derecho penal, su comprensión será desarrollada de manera unitaria, para lo cual no sólo se abordará desde la perspectiva de la doctrina y legislación nacional, sino también del derecho comparado, en vista de que precisamente nuestro ordenamiento jurídico se ha caracterizado por la importación de normas.

En este sentido, en primer término se trae a colación lo señalado por Hurtado Pozo[44] , quien entiende el derecho penal en sentido objetivo, como el conjunto de normas promulgadas por el órgano constitucionalmente competente, que prevén la incriminación de comportamientos calificados de delictuosos y las sanciones previstas en tanto consecuencias jurídicas de dichos comportamientos. Y entiende al derecho penal subjetivo como el "derecho de castigar" (*ius puniendi*) perteneciente al Estado, mediante el cual se hace referencia al poder punitivo del Estado.

Fontán Balestra define el derecho penal como el estudio de los actos que la ley amenaza con pena[45], definición de la que se desprende el derecho penal subjetivo entendido como la facultad del Estado para definir delitos y fijar y ejecutar las penas y medidas de seguridad -*ius puniendi*-; asimismo, se desprende el derecho penal objetivo que comprende el conjunto de normas jurídicas que asocian el crimen con las penas.

Von Litzt, citado por Bustos Ramírez[46], define al derecho penal como el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia. Ante la deficiencia de esta definición al no considerar las medidas de seguridad, Welzel define al derecho penal como aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictiva y le impone penas o medidas de seguridad[47].

De lo anotado se desprende con claridad que el derecho penal es entendido en sentido objetivo y en sentido subjetivo. Es una distinción que procede del concepto general del derecho, que puede entenderse no sólo como conjunto de normas (derecho en sentido objetivo), sino también como facultad de un sujeto (derecho en sentido subjetivo). Aplicado al derecho penal significa que:

- En sentido objetivo es derecho penal el conjunto de normas que regulan la específica parcela del comportamiento humano propia de su disciplina.
- En sentido subjetivo es derecho penal la facultad del Estado de dictar y aplicar dichas normas. Ésta será la segunda división en el seno del concepto del derecho penal[48].

[44]HURTADO POZO, JOSÉ. (2005). Manual de Derecho Penal, Parte General. Lima, Grijley, pág. 7.
[45]FONTAN BALESTRA, CARLOS. (2001). Derecho Penal, Introducción y parte general. Buenos Aires, Lexis, pág.13.
[46]BUSTOS RAMIREZ, JUAN. (2004). Obras completas. Tomo I: Derecho Penal. Lima, Ara Editores, pág. 245.
[47]WELZEL, HANS. (1970). Derecho Penal Alemán. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pág. 11.
[48]MIR PUIG, SANTIAGO. (2003). Introducción a las Bases del Derecho Penal. Buenos Aires, Edit. Bosch, pág. 29.

De lo antes definido, podemos afirmar que los delitos y penas únicamente son establecidos por el Estado y que esta regulación, bajo argumentos de garantía y certeza, debe ser de aplicación uniforme en todo el territorio nacional lo cual, si bien es de suma importancia para la vigencia de un Estado Constitucional de derecho al evitarse la sanción a comportamientos que previamente no estén contemplados en la ley, no lo es todo pues la nación peruana no es parecida a una población homogénea; más bien muestra con claridad una diversidad cultural que la ley establecida por el Estado o derecho oficial no contempla o reconoce.

Al respecto resulta oportuno traer a colación los delitos de violación sexual de menor de edad, establecidos por Ley Nº 28704, publicada el 05 de abril del 2006.
El comportamiento sancionado por esta norma se confronta con las costumbres de comunidades campesinas y nativas en algunas regiones y comunidades andinas que aceptan y respetan las uniones de hecho -*yaykupakuy y sirvinakuy* - de menores de edad con mayores de edad.

Como es obvio dicha regulación fue muy cuestionada pero ahora es fácilmente observable desde esta perspectiva en cuanto al principio de legalidad, pudiendo incluso apresurarme a afirmar su inconstitucionalidad, por cuanto los artículos 3, 5 y 9 del Convenio 169 de la OIT, en concordancia con el artículo 2, incisos 19 y 149 de la Constitución Política, reconocen el pluralismo jurídico y la autodeterminación en la administración de justicia a las comunidades indígenas y nativas.

De lo antes tratado, consideramos que la aplicación a ciegas del derecho penal sin tener en cuenta sus propios fundamentos sociales crea, no sólo una situación de injusticia sino de discriminación respecto a poblaciones que no practican el derecho oficial, que también desde mi perspectiva sería observable por cuanto según los índices del INEI[49], las condiciones de pobreza, educación, población, son distintos en la Costa, Sierra y la Selva, y entre la zona urbana y rural, y ni que decir de las comunidades nativas y campesinas.

Entonces, la mera protección de los bienes jurídicos establecidos por el Estado no debe ser todo para el derecho penal, y más bien tal y como lo enseña el profesor Welzel , la misión más profunda del derecho penal es de naturaleza ético social y de carácter positivo, afirmación de la que rescato que si el fundamento del derecho penal es social, éste debe representar la variedad o diversidad de dicha sociedad para que sea legítimo y cumpla sus fines preventivos y de control, y no concebir, conforme a la historia del desarrollo colonial europeo, la negación de capacidad jurídica a los pueblos indígenas[51].

2. PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL. GENERALIDADES

En materia de derecho penal es conocido que la ley es la fuente principal del derecho, argumento muy utilizado por magistrados, abogados y profesores de derecho en los distintos espacios jurídicos. Sin embargo, a la luz del actual desarrollo del derecho penal, a la par de la ley también la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho cumplen una función importante generadora de derecho[52].

En cuanto a los principios, a lo largo de la historia jurídica se ha observado una profunda discusión en cuanto a su aceptación ya que, por ejemplo, durante el positivismo representado por Hans Kelsen,

[49]Ver cuadros estadísticos emitidos por el INEI.
[50]WELZEL, HANS. Op. cit., pág.13.
[51]BALLON AGUIRRE, FRANCISCO. (2002). Justicia Comunitaria en los Andes. Cuzco, Allpanchis, pág. 13.
[52]ROJAS VARGAS, FIDEL. (2004). Estudios de Derecho Penal: Doctrina y Jurisprudencia. Lima, Jurista Editores, pág. 46.

Ross y Hart se negaba su existencia, y es recién con Ronald Dorwkin que se afirma su separación de las normas jurídicas y su importancia dentro del derecho penal[53]. Es así que actualmente se entiende que principio es la proposición axiológica y/o técnica de carácter más o menos general que informa o fundamenta todo o parte del derecho positivo de un país o sistema jurídico.

Este contexto, como es de entender, no es nada ajeno al derecho penal y se ha venido desarrollando y aplicando con las pecularíedades que implica esta rama del derecho, de ahí su importancia y que resulta aún más trascendente al momento de aplicar o resolver determinada situación jurídica con el concurso de la interpretación jurídica, que debe ocurrir dentro del marco general del derecho constitucional.

Entonces, para fines del presente ensayo, es necesario resaltar el principio de legalidad, aunque se hará una rápida referencia a los demás principios aplicables en materia penal.

El principio de legalidad es el máximo principio que consagra la legitimidad y legalidad del derecho penal, que se reconoce a través del aforismo *nullum crimen, nula poena sine praevia lege*. En este sentido Hurtado Pozo[54] señala que el principio de legalidad de los delitos y de las penas es el supremo postulado político criminal del derecho penal moderno. Su importancia se observa en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

La doctrina ha ido dando al postulado una formulación más acabada y completa: mientras que tradicionalmente se enunciaba como *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*, hoy se agrega el rasgo esencial de la ley cierta, escrita y previa, es decir, los llamados tipos cerrados o leyes claras y precisas de las primeras épocas.

Hurtado Pozo también ha señalado que este principio ofrece importantes rasgos, cada uno de los cuales apunta a una garantía de libertad y seguridad para el ciudadano y a un poder punitivo del Estado, que ejerce por medio de legisladores y jueces[55]; de lo que se infiere que el principio de *nullum crimen, nulla poena, sine lege* en el derecho penal moderno, prohíbe las penas sin ley y sin ley previa escrita y estricta; es decir, prohíbe por tanto declarar ilícitas o ilegítimas las penas de hecho impuestas por cualquier autoridad, las penas retroactivas o sea las creadas *ad hoc* y, en todo caso, después de la realización del hecho, las que pudieran dimanar de la costumbre y las que se pudieran aplicar por una integración analógica de la ley, la costumbre y a través de la retroactividad.

Entonces, con el principio de legalidad se exige que el delito se encuentre expresamente previsto en una ley formal previa y descrita con contornos precisos, de manera que pueda garantizar la seguridad del ciudadano, quien debe saber exactamente cuál es la conducta prohibida y, así mismo, cuáles son las consecuencias de la trasgresión o las penalidades que siguen a su conducta lesiva a los bienes protegidos por la norma penal. El principio de la legalidad excluye, por supuesto, el recurso de la analogía en orden a la creación de delitos y penas o de cualquier forma de incriminación penal.

En este sentido el Tribunal Constitucional, respecto a *lex certa*, ha señalado que el principio de taxatividad o de tipicidad es la concreción del principio de legalidad y actúa como límite al legislador o autoridad administrativa, para que al proscribir una conducta y estipular la respectiva sanción, ésta sea tan precisa que cualquier individuo pueda aprehenderlas y adecuar su comportamiento[56].

[56]Ver, ATIENZA, MANUEL. (2003). El sentido del Derecho, Teoría de los enunciados Jurídicos. Barcelona, Ariel, pág. 1-25.
[54]HURTADO POZO, JOSÉ. (2005). Manual de Derecho Penal: Parte General. Lima, Grijley, pág. 149 y ss.
[55]HURTADO POZO, JOSÉ. Op. cit., pág. 172-173.
[56]Ver http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html y www.tc.gob./ /2006/012-2006.

También ha entendido que el principio de legalidad penal se expresa en exigencias dirigidas tanto al legislador como a los tribunales de justicia. Por ello, en tanto una condena penal pueda ser razonablemente entendida como aplicación de la ley, la eventual lesión que esa aplicación pueda producir en los referidos derechos será imputable al legislador y no al juez. El principio de legalidad penal garantiza:

- La prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (lex praevia).
- La prohibición de la analogía (lex stricta).
- La prohibición de cláusulas legales indeterminadas (lex certa).
- La prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (lex scripta).

El principio de legalidad exige dos nociones: el carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación y el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación[57]. La primera condición alude al principio de la reserva de la ley en materia penal y, consiguientemente, del sometimiento del juez a la ley, por ello es que el juez no puede calificar como delitos todos los fenómenos que considera inmorales sino sólo los establecidos por la ley. La segunda condición comporta además el carácter absoluto de la reserva de la ley, en mérito a la cual el sometimiento del juez sólo es a la ley.

Ferrajoli[58], sin embargo, advierte que existen divergencias entre principios y la praxis, precisando que los vicios más grandes del ordenamiento penal radican en los rasgos de ilegitimidad interna que caracterizan el ejercicio efectivo del poder punitivo y, para superar esta deficiencia propone que:

> *"…una ciencia jurídica dotada de la adecuada capacidad explicativa debe contemplar simultáneamente todos los niveles del edificio: los más altos, normativos con respecto a los más bajos, para conocer los rasgos de ineficiencia además de los de racionalidad y justicia; y los más bajos, fácticos con respecto a los más altos, para conocer los rasgos de invalidez además de los de irracionalidad e injusticia".*

Por otro lado, tenemos al principio de lesividad que implica que el Estado tiene limitado su *jus puniendi* sólo a la incriminación de conductas dolosas o culposas que lesionen bienes jurídicos[59], por lo que deben quedar al margen del derecho penal la protección de ideas morales, religiosas, estéticas o políticas, tal y como se encuentra consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal Peruano, en tanto que el principio de culpabilidad significa que en un Estado de derecho el delito y la pena regulado por una ley previa, estricta y cierta es sólo una manifestación del imperio de la ley, en vista de que en un Estado democrático esa ley no solo debe ser expresión de un cuerpo representativo (democracia formal), sino que ha de respetar los límites formales y materiales establecidos en la Constitución y los tratados públicos, y propiciar la creación y fortalecimiento de las condiciones sociales para que puedan ser satisfechas las necesidades básicas de todas las personas (democracia material), racionalizando los procesos macro sociales que se opongan a esa meta (Estado social), pero respetando en todo caso la dignidad y autonomía ética del individuo y protegiendo, incluso penalmente, sus bienes fundamentales y sus Derechos Humanos (Estado liberal).

En este contexto la esencia de la culpabilidad, según Enrique Bacigalupo, no reside en el carácter del autor ni en la conducta de su vida, sino en la posibilidad de haber actuado de otra manera en el caso concreto[60].

[57]FERRAJOLI, LUIGI. (1995). Derecho y Razón. Madrid, Editorial Trota, pág. 34.
[58]FERRAJOLI. Op. cit., pág. 697 y ss.
[59]BUSTOS RAMIREZ, JUAN. Op. cit., pag.551.
[60]BACIGALUPO, ENRIQUE. (2004). Derecho Penal. Parte general. Lima, Ara Editores, pág. 160.

La imputabilidad es un supuesto indispensable de la culpabilidad, es por ello que el autor se refiere a que la imputabilidad se le conoce como la "capacidad de culpabilidad", por lo que para ser culpable hay que ser imputable.

La naturaleza de la culpabilidad se encuentra fundamentada en dos teorías fundamentales que la sustentan: la primera referida a la teoría psicológica y la segunda, conocida como la teoría normativa. La psicológica explica que la culpabilidad tiene un fundamento puramente psicológico que se desarrolla de acuerdo con el concepto de conocimiento y voluntad que domina en el autor del acto en el momento de su ejecución. La teoría normativa que sustituyó a la psicológica, sostiene que el concepto de culpabilidad no está solo sobre la base de lo psicológico de conocimiento y voluntad, sino que es un proceso que es atribuible a una motivación reprochable del autor.

Este proceso de motivación que conduce al autor de la situación psicológica de culpabilidad (dolo y culpa) es reprochable si las circunstancias internas y externas que rodean la acción demuestra que a dicho autor le era exigible otro comportamiento psíquico, distinto del que ha observado; de ahí el surgimiento de los conceptos de reprochabilidad y de su presupuesto de exigibilidad[61].

Siguiendo este orden de ideas, en la teoría normativa la culpabilidad no se agota en el nexo psíquico entre el autor y su hecho, aunque tal nexo debe existir para hablarse de culpabilidad. Lo que es posible es que al hecho realizado se le puede formular un juicio de reproche al sujeto, el cual no puede basarse simplemente en una relación psicológica entre el sujeto y su hecho sino que toma en cuenta la relación del sujeto con la norma.

El principio de proporcionalidad entiende que la fijación de límites mínimos y máximos en las escalas legislativas penales suele explicarse mediante la máxima utilitarista de que la ventaja del delito no debe superar la desventaja de la pena, por lo que la pena sería una tasa que posibilitaría la función disuasoria basada sobre el supuesto de que el ser humano actúa siempre racionalmente y, antes de cometer cualquier delito. En este sentido, Bustos Ramírez[62] ha considerado que este principio implica para el legislador, en la determinación de la pena en abstracto, la consideración del fin de protección de la norma penal, esto es, del bien jurídico de que se trate.

La pena se determinará normativamente en abstracto conforme a una jerarquización de los bienes jurídicos, ya que en un Estado social y democrático de derecho están sin duda, en un primer plano, los bienes jurídicos básicos del sistema, como son la libertad, la vida, la salud y, sobre todo, la dignidad de la persona humana; por ello es que bajo el manto de este principio la amenaza penal ha de mantenerse dentro de los límites de la racionalidad, y que más bien no signifique un instrumento de manipulación a través del amedrentamiento de la persona.

De lo antes expuesto, y en consonancia con la historia del derecho, se han venido estableciendo límites a la norma penal a partir de la Revolución Francesa y en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, en los que, por lo menos en el nivel teórico, el poder del Estado pasa a ser controlado y limitado, ya que a partir de esa época el derecho penal empieza a considerarse como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad, que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el imperio de la ley.

La importancia de este adelanto se mostró posteriormente cuando el Estado totalitario irrumpió en la esfera de lo punible, amenazando con penas a conductas indiferentes desde el punto de vista ético

[61]MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. (2001). Teoría General del delito. Bogotá, Editorial Temis, pág. 99-106.
[62]BUSTOS RAMIREZ, JUAN. Op. cit., pág. 549.

social y borrando toda idea de proporción entre el delito cometido y el castigo aplicable. La situación no ha cambiado tanto como para prescindir actualmente de este problema. La excesiva intromisión del poder estatal en la esfera privada es un hecho corriente, repetidas veces denunciado.

En derecho penal se ha entrado, además, en un círculo vicioso en el que el aumento de la criminalidad corre parejo con un aumento de la dureza en la represión punitiva, que parece volver a los tiempos de una política penal autoritaria de donde parecía que habíamos salido definitivamente[63].

Ante esta excesiva intromisión del poder punitivo del Estado en el ámbito de los derechos individuales más sagrados, creo que no está de más en un trabajo de este tipo plantearse siquiera el problema de los límites al poder punitivo estatal, límites que se basan, en última instancia, en la dignidad humana y en la idea de la justicia misma. A mi juicio, estos límites pueden reducirse a la vigencia, no sólo formal sino material también, de dos principios fundamentales:

El principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado con respeto de la diversidad cultural de nuestro país.

3. EL ERROR Y LA CULTURA

Dentro de la temática propuesta, resulta importante abordar los temas del error y la cultura desde la óptica del derecho penal, esto dentro del marco general de la culpabilidad y en la perspectiva de la antropología. En este sentido debemos recordar que el dolo, presupuesto subjetivo en la comisión de determinado ilícito penal, viene a ser el conocimiento y voluntad, y el error precisamente deviene en el actuar con desconocimiento del tipo penal o que la valoración del agente es considerada antijurídico; estas dos formas de considerar al error en la doctrina es entendido como error de tipo y error de prohibición.

Una de las causales del error, según nuestro ordenamiento jurídico[64], viene a ser la comprensión o formación por la cultura del agente; quiere decir que puede resultar exento de responsabilidad o disminuida la penalidad, según se trate de un error invencible o vencible. Pero realmente ¿Cuál es la real aplicación o vigencia de dicho artículo del Código Penal peruano? ¿Cuál es la concepción de cultura? ¿Es correcta la solución de la diversidad cultural vía el "error de comprensión culturalmente condicionado"? Para acercarnos a la verdadera dimensión de esta problemática, pasamos a revisar algunos conceptos para finalmente emitir algunas conclusiones.

Esta incapacidad no se debe, como en el caso de la inimputabilidad[65] , a una anomalía síquica, a una alteración grave de la conciencia o a alteraciones de la percepción que afectan gravemente el concepto de realidad por parte del autor. En lugar de estas circunstancias, se justifica la falta de culpabilidad en valoraciones sustentadas en patrones culturales del agente, en tal medida que no puede ser tratado de la misma manera quien se haya debidamente integrado a la cultura dominante.

Es decir, aun cuando la persona no sabe que comete un acto delictuoso, se le exime de pena no porque obra bajo la influencia de un error inevitable sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, conforme se prevé en el artículo 14 párrafo segundo del Código Penal Peruano, sino porque no se comporta de acuerdo con cánones culturales que le son extraños.

[63]MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. (1975). Introducción al Derecho Penal. Barcelona, Edit. Bosch, pág. 107.
[64]Código Penal Peruano de 1991, artículo 15: "El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuída, se atenuará la pena".
[65]Ver artículo 20, inciso 1 del Código Penal Peruano.

Por otro lado, una aproximación a la definición de cultura se deriva de dos concepciones: la llamada subjetivista, que entiende que los únicos autorizados para identificar una cultura son sus propios integrantes, de forma que a ellos les correspondería constatar la eventual constitución de una minoría cultural; y la objetivista, que asume que una cultura no se identifica con base a las preferencias individuales de sus miembros sino en vista de elementos objetivos como pueden ser la existencia de una lengua propia, de unas tradiciones distintas de las de los otros grupos, de unos valores y un pasado común, etc[66].

Luego de dicho esto, es posible afirmar que en el Perú no sólo existe una cultura o nación. Claro que sí, sólo recuérdese que el Perú ha sido colonizado por una cultura europea que mediando violencia y otras formas de imposición ha establecido sus costumbres, sistema jurídico, entre otras formas de organización, ya que antes de la invasión existía el imperio incaico, y que este a su vez había conquistado a culturas menores; además se aprecia una diversidad geográfica (Costa, Sierra y Selva), y que en ella se han desarrollado y se vienen desarrollando diversas culturas, como quechuas, aymaras, aguarunas, etc., que a su vez tiene sus propios usos y costumbres, así como una lengua distinta al castellano y una propia forma de administrar justicia, y este desarrollo social no necesariamente es igual o semejante al desarrollado por el derecho oficial.

Esta particularidad no es exclusiva de nuestro país, sino véase la historia y problemática de nuestros países vecinos que constantemente evidencian conflictos por cuanto el Estado quiere imponer una forma única de organización y desarrollo social, en tanto que los grupos minoritarios se resisten muchas veces utilizando la violencia; claro ejemplo de ello son los conflictos generados por temas ambientales.

Esto no sólo ocurre en Latinoamérica, por cuanto actualmente se reconoce que los países del continente europeo, pese a los intentos de unificación, también muestran una diversidad cultural que es menester que el derecho aborde de manera adecuada a fin de garantizar una convivencia justa y se pueda proyectar un desarrollo social integral de la humanidad.

Esta problemática cobra mayor importancia desde la óptica del derecho penal, ya que eventualmente de aplicarse o imponerse sanciones sin respetar esta diversidad cultural manifiesta en el mundo se podrían afectar derechos fundamentales a la vida, libertad y dignidad de las personas.

Ahora, debemos conjugar el error desde la óptica del derecho penal y la cultura desde el punto de vista social para afirmar si la solución contemplada por el artículo 15 del Código Penal Peruano es la correcta para solucionar los problemas de las presuntas comisiones de ilícitos penales por parte de aquellas personas que actuaron así, convencidos y amparados en que los usos o costumbres de su cultura, llámese comunidades nativas o campesinas, lo permitían y aceptaban, esto a la luz de la doctrina del derecho penal nacional y comparado.

3.1. Conocimiento de la norma.

Una primera condición que debe estar cumplida para que exista vigencia de la norma, por tanto que la sociedad real sea manifiesta, es que la norma tiene que ser conocida, especialmente cuando se da el caso regulado.

[66]COMANDUCCI, PAOLO. (1995). "Derechos Humanos y minorías: un acercamiento analítico neo-ilustrado". En: Isonomía. Nº 03. México, edición digital: www.cervantesdigital.com.pág. 37.

No se trata de consistir sólo en que el juzgador juzgue ex post el curso del destino, el curso del mundo regido por dioses, sino que si es que la norma ha de ser puesta en práctica por las personas, y no sólo padecida por ellas, es decir, si no ha de tratarse de responsabilidad por el resultado sino de responsabilidad por la culpabilidad, la norma y el hecho abarcado por ella tienen que serle conocidos ex ante a la persona al actuar y al omitir, al menos en el caso-base aún habrá que hablar sobre los casos-límite. Se entiende por conocimiento que es siempre conocimiento actual se llama desconocimiento evitable[67] lo que se podría denominar "conocimiento no actual".

A lo antes anotado debe agregarse que las personas tienen que estar dispuestas -al menos a grandes rasgos- también a acatar la norma, pues una norma bien puede ser conocida y a pesar de ello no definir nunca la forma de la sociedad si nadie la pone en práctica en su conducta. Jakobs precisa que "las personas están definidas por el hecho de tener suficiente voluntad de acatar la norma. Si no prestan esa voluntad, ello significará: culpabilidad, o bien no se tratará de la conducta de personas, sino de la de, por ejemplo, niños inculpables"[68] .

Dentro de una sociedad las normas se apoyan recíprocamente y no pueden ser dejadas de lado o desplazadas sin que se extravíe toda orientación social. Piénsese que tras una lesión corporal, alguien declarara que no ha conocido el ilícito; la lesión corporal es la lesión de la propiedad especial del cuerpo.¿Cómo podría pensar un hombre que conoce la prohibición del hurto o de la extorsión, que la lesión del cuerpo es socialmente neutral?, y con mayor razón sería imposible, en tanto él sea imputable, que no haya conocido el complejo total de los delitos contra las personas.
Tal desconocimiento puede darse -con prescindencia del caso más bien curioso de una socialización exótica- sólo mediando una imagen básicamente incoherente y confusa de la realidad social, por tanto, una imagen del mundo social propia de un débil mental y, entonces, de un inimputable, o bien se tratará de un desconocimiento basado en desinterés selectivo, en indiferencia.

A modo de ejemplo a este respecto podemos ver el caso de aquel que está totalmente seguro de no ser atrapado, o que hace retroceder el interés de no ser atrapado detrás de otro interés, por tanto, quien en todo caso está seguro de maximizar sus propios intereses podrá no tener presente, en caso de abuso sexual de una persona que está a su cuidado, la prohibición de tal conducta, aunque sería actualmente consciente de ella si tuviera fidelidad al derecho[69] , lo que significa que una persona imputable y socializada invoque el desconocimiento de la norma y, de presentarse tal situación, sólo podría ser explicado mediante una debilidad mental, ya que a la luz de la concepción del funcionalismo el conocimiento de la norma es igual que el conocimiento de la realidad social[70] .
Esto es así por cuanto el Código Penal Alemán[71] exime de responsabilidad a las personas que obren bajo el marco de un error invencible y atenúa la pena el error vencible, solución que es similar a la adoptada en nuestro ordenamiento jurídico, en los artículos 14 y 15 del Código Penal Peruano.

[67]JAKOBS, GUNTHER y EBERHARDST, RUENSEE. (1998). Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno. Buenos Aires, Hamurabi, pág. 58.
[68]JAKOBS,GUNTHER y EBERHARDST. Op. cit., pág. 59.
[69]JAKOBS y EBERHARDST. Op. cit., pág. 61.
[70]"Cuando San Crispín, según una leyenda probablemente basada en un mala comprensión de las fuentes, robó cuero a los ricos para fabricar zapatos en favor de los pobres, el santo probablemente habrá supuesto que su actuar realizaba el verdadero derecho, querido por Dios, contra una realidad putrefacta, pero conocía la incompatibilidad de su actuar con el ordenamiento real, en el que los ricos, de hecho, estaban protegidos frente a los pobres. Por ello, a pesar de la consciencia de obrar bien y, por cierto 'bien' según un ordenamiento ideal, actuaba en conocimiento del ilícito, juzgado según las normas de la sociedad, tal como de hecho estaba conformada". Ejemplo citado por JAKOBS. Op. cit., pág. 63.
[71]UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. (1999). Código Penal Alemán de 1871 con la reforma de 1998. Traducido por Claudia López Díaz. Bogota, Universidad Externado de Colombia. Artículo 17: "Sí le falta al autor en la comisión de un hecho la comprensión de lo injusto de su actuar entonces actúa sin culpa si el no pudo evitar ese error. Si el autor pudo evitar el error, entonces puede atenuarse la pena conforme al artículo 49, inciso 1".

Sin embargo, queda en pie que conocimiento de la norma es conocimiento de la realidad social. Por tanto, desconocimiento de la norma por parte de una persona imputable y no indiferente sólo puede producirse cuando haya una realidad social extraña, no cotidiana, infrecuente, o bien cuando todavía no se pueda saber exactamente en qué realidad habrá de consolidarse una socialidad surgente o cambiante. En concreto, esto significa que hay tres grupos de casos de posible desconocimiento de tales personas:

- Casos en los cuales una persona actúa en un ámbito de la sociedad ajeno a ella.
- Casos en los cuales una norma es desconocida no en su núcleo, sino en sus aspectos marginales.
- Casos de desconocimiento de normas puramente técnico sociales, es decir, normas que sin determinar la forma social, deben garantizar la posibilidad de administrar la sociedad, en sentido amplio.

Siendo de nuestro interés el primer supuesto, se trae a colación el siguiente ejemplo: actuar en un ámbito ajeno de la sociedad se daría cuando un extranjero sin información conduce un automóvil en el tránsito vial ajeno a él[72] .

Esta problemática es solucionada por Jakobs con dos propuestas. Según la primera propuesta de solución, podría serle formulado al autor un "reproche indirecto de culpabilidad por el hecho", cuando el desconocimiento inevitable al momento del hecho se base en que antes, "en forma reprochable", no se haya informado sobre el estado de las normas, con lo cual se presupone el reproche de que el aceptar la actividad en el ámbito especial ya debió ser prevista en el momento previo. La construcción es similar a la de la culpa por asunción en la imprudencia, es decir, cuando se asume una actividad respecto de la cual quien la asume no está en condiciones, conociblemente, de llevarla a cabo correctamente.
La fundamentación no sustenta el resultado, ya que un "reproche indirecto de culpabilidad por el hecho" no se puede fundamentar por la conducta anticipada porque por el hecho de que esta conducta no puede ser reprochada en vista de un hecho futuro determinado sino, a lo sumo, en vista de un conjunto difusamente combinado de hechos diferentes, pero justamente aún no concretados. De este modo se caracteriza a la vez la diferencia con la culpa por asunción en la imprudencia. En esta propuesta no está en juego un reproche indirecto del hecho sino un reproche directo por la hostilidad general frente a la norma, respecto de lo cual, sin embargo, falta un tipo de hostilidad general frente a la norma.

La segunda propuesta de solución discurre de modo más radical ya que el concepto de desconocimiento inevitable se interpreta normativamente: sería no conocido de modo inevitable no ya todo aquello que al autor le es actualmente inaccesible incluso con la mejor buena voluntad, sino sólo aquello inaccesible por cuya imposibilidad de acceso no es competente el autor. Formulado de otro modo, no se pregunta por la existencia real de la variable conocimiento del autor al momento del hecho sino por la existencia debida; si el autor es competente por el conocimiento, si, por tanto, al menos el conocimiento variable integra la existencia debida, esa situación significa "evitabilidad", pero si es incompetente significa "inevitabilidad".

La propuesta de solución que aquí se discute formula como culpabilidad en el momento del quebrantamiento de la norma lo que sustancialmente es "tener la culpa" de la insuficiencia personal. Si este "tener la culpa" no ha de ser un proceso con el cual se dañe el autor a sí mismo al menos con

[72] JAKOBS y EBERHARDST. Op. cit. pág. 66.

tanta probabilidad como a otros -un proceso que, por tanto, ponga de manifiesto per se la incompetencia del autor-, sino que más bien el "tener la culpa" de la insuficiencia puede ser usado como medio para sustraerse de sus deberes, entonces, el legislador tiene que introducir un tipo correspondiente.

En el derecho alemán hay un tipo de esa índole para un caso particular, a saber, para el caso del ponerse a sí mismo en estado de embriaguez. Aquí no se imputa el hecho cometido en enajenación, sino justamente el hacer posible, con el acto de embriagarse, delitos sólo difícilmente identificables. Lo correspondiente sería tipificar también -si es que hace falta- la pérdida imputable del conocimiento de la norma[73].

3.2. La culpabilidad

Dentro de este desarrollo es importante acercarnos a la concepción de la culpabilidad, para lo cual se entiende que para tratar como libre al autor que mantiene intacta su capacidad de gobernarse, basta con que otra persona situada en su lugar hubiera podido actuar de otro modo en las mismas circunstancias[74].

El derecho penal no se desarrolla en la conciencia del individuo sino en la comunicación, en cuyo seno la constitución individual del sujeto sólo se tiene en cuenta cuando el conflicto puede resolverse por vías distintas a la imputación[75] . Esta sustitución de la "realidad" por la "comunicación sobre la realidad" como substrato ontológico del sistema jurídico penal constituye también la idea central del intento de definir la culpabilidad material como un déficit de lealtad comunicativa.

Dentro de esta característica de reprochabilidad debe entenderse que el individuo que realiza acciones peligrosas para la normal convivencia o que ataca bienes jurídicos de tanta importancia como la vida, muestra un desprecio olímpico por los valores que rigen en una comunidad. Desde el punto de vista ético social, su conducta es más reprochable que en las restantes infracciones de carácter no penal. Al delito acompaña siempre, por tanto, un cierto grado de reprochabilidad.

En este punto, señala Schünemann, que se evidencia la constante confusión y enredo de niveles completamente distintos de observación y análisis -que se aprecia también en las propuestas de Jakobs y Kindhauser- al no considerarse el suceso real como "objeto de valoración", sino el supuesto acto de comunicación que valora este suceso concebido como la negación de la norma o su confirmación[76] ; en consecuencia, lo que interesa sobre todo al derecho penal es la protección de estos bienes jurídicos y ésta se lleva a cabo, primero, con la norma prohibitiva y, después, con el castigo de una eventual lesión de un bien jurídico. Por este motivo, la utilización del derecho penal depende, en general, de la capacidad del destinatario para cumplir la norma, lo que equivale a su capacidad de evitar la conducta lesiva para el bien jurídico.

El principal defecto de la concepción tradicional que se conforma con la solución aparente del concepto social de culpabilidad y acepta que no puede demostrarse empíricamente el libre albedrío,

[73]JAKOBS y EBERHARDST. Op. cit. pág. 71.
[74]JESCHECK AVEIGENLEDH, R. (1996). Buch des Strafrechts. Quinta Edición. Ciudad, editorial, pág. 537. Versión española de la cuarta edición alemana: JESCHECK. (1993). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción de MANZANARES SAMANIEGO. Granada, editorial, citado por SCHÜNEMANN, BERND. Sobre el estado de la teoría del delito. Madrid, Cuadernos Civitas, pág. 94.
[75]SCHÜNEMANN, BERND. (2000). Op. cit., pág. 99.
[76]SCHÜNEMANN, BERND. (2000). Op. cit., pág. 102.

es atribuible a una visión simplista e irreflexiva de la realidad que probablemente data de 1870, esto es, de la época del positivismo científico-natural y que ha ignorado los avances epistemológicos del interaccionismo simbólico.

Para el naturalismo psicológico de la concepción tradicional, el concepto social de libre albedrío humano sólo puede concebirse como un sentimiento individual y subjetivo de libertad (por tanto, como una sensación posiblemente errónea) y ello pese a que este concepto está afianzado desde hace miles de años, anclado en las estructuras elementales del lenguaje del sujeto activo y del objeto que padece la acción, es decir, de lo activo y lo pasivo.

La existencia de tales estructuras explica que el individuo sólo pueda concebirse a sí mismo como un sujeto libre. En cambio, para la teoría del conocimiento que concibe la realidad social como una construcción de sentido que el lenguaje hace posible, es evidente que la vivencia subjetivo-individual de libertad no responde a un ánimo subjetivo del individuo, sino a un nivel de la realidad ineludiblemente preconstituido en el lenguaje y, por tanto, en la realidad social, un nivel al que el individuo o cualquier institución social que se ocupe de la realidad social constituida por el lenguaje, no pueden renunciar.

En tanto que regulación de relaciones humanas con significado constituidas por el lenguaje, el derecho no puede ignorar una realidad por la que él mismo está constituido. La muestra más evidente de ello es que no nos podemos representar (lingüísticamente) un ordenamiento jurídico construido por completo sobre la base de que las conductas humanas están determinadas, pues, en tal caso, deberíamos poder describir todos los sucesos sociales jurídicamente relevantes con el modelo de los procesos naturales, algo que resulta desde todo punto imposible.

Por último, supone también una concepción altamente especulativa y que las estructuras lingüísticas aducidas por mí no serían sino "competencias" en la terminología de Jakobs, es decir, el fundamento de los deberes jurídicos. De este modo, Jakobs tan sólo está sustituyendo el naturalismo ingenuo del planteamiento tradicional por la concepción de la sociedad vaciada de sentido, proveniente de la teoría de los sistemas, y desconoce, por añadidura, que las estructuras elementales de una sociedad que constituyen el horizonte significativo y, por ello, son previas también a toda regulación jurídica, no pueden ser reguladas o modificadas por el derecho sino justamente al contrario, definen el posible marco en el que éste puede moverse[77] .

La libertad de un ser humano normal para comportarse en una situación normal de una manera u otra y, por tanto, para comportarse también conforme a derecho se asienta firmemente en nuestra realidad, que está constituida lingüísticamente y que es ineludible para cualquier función social vinculada al lenguaje, no como una mera ficción o una aserción normativa, sino como parte de la realidad social. De esta forma, el sujeto social del que nos ocupamos en derecho penal constituye una encarnación del "yo pienso" de Immanuel Kant, en el contexto de un concepto de realidad ineludible para cualquier uso del lenguaje referido a la sociedad, concepto que, acertadamente, concibe la construcción de la realidad social producto del lenguaje como una parte de la realidad generadora del derecho y, por tanto, insoslayable para él mismo.

Lo anotado de ninguna manera cierra esta discusión que es rescata para fines del presente trabajo en vista de que, efectivamente, el derecho en general y por consiguiente el derecho penal, no puede estar sustentado únicamente en abstracciones que no tengan una compatibilidad o relación

[77] SCHÜNEMANN. Op. cit. pág. 110.

con la realidad, que le permite afianzar su legitimidad. Por ello es que se sostiene, en el marco del presente trabajo, que el derecho penal debe ser la expresión de la diversidad cultural de nuestro país.

3.3. Error de prohibición culturalmente condicionado

El artículo 15 del Código Penal se dio en el año 1991 antes de la reforma Constitucional de 1993, como una forma de discriminalizar las prácticas culturales indígenas, ya que evidenciaban un tratamiento etnocéntrico y peyorativo debido al Código Penal de 1924. Con este artículo se permite eximir de pena a quienes por su cultura o costumbres, no puedan comprender el carácter delictuoso de sus actos o determinarse de acuerdo a dicha comprensión, con lo cual -en cierta medida- se paliaba la falta de reconocimiento de pluralismo de culturas y sistemas jurídicos existentes en el país en ese momento.

El artículo 15 del Código Penal, dado antes del reconocimiento constitucional de la cultura y el derecho indígena, apela a un concepto de cultura-costumbres como una forma de incapacidad que impide que los individuos puedan determinar su conducta según la pauta cultural y jurídica de la cultura dominante, por lo que cabe la exención penal. En cambio, con el reconocimiento constitucional del carácter pluricultural del Estado y el derecho a la propia identidad cultural previsto en artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política de 1993, ya no hay una cultura dominante a la que los individuos de todas las culturas estén obligados a integrarse[78].

Por ello Yrigoyen considera que ya no se justifica que las prácticas culturales y la aplicación del propio derecho indígena, campesino o rondero sean objeto de represión por el derecho penal, así como no es necesario que los campesinos o ronderos invoquen el error de comprensión culturalmente condicionado para eximirse de responsabilidad, por cuanto su actuación constituye ejercicio legítimo del derecho constitucional a la propia cultura y derecho, además que el Código Penal pierde competencia para ser aplicado en la jurisdicción especial de las comunidades y rondas campesinas.

Compartiendo en parte lo señalado precedentemente, Hurtado Pozo[79] señala que el error debe concernir al carácter prohibido del hecho constitutivo de la infracción penal y, en el caso del error de prohibición, esto debe estar orientado por la valoración que realiza el agente respecto a la conformidad de su comportamiento con el ordenamiento jurídico; sin embargo, en un país multicultural como el nuestro, no se puede hacer depender el reproche penal de culpabilidad de elementos tan diversos y cambiantes, ya que además no hay que olvidar que conforme al criterio de última ratio no se reprime penalmente todo comportamiento inmoral o antisocial. Asimismo, ha señalado que en estos casos de error de comprensión culturalmente condicionado, que cuando "el agente aun cuando no sabe que comete un acto delictuoso, se le exime de pena no porque obra bajo la influencia de un error inevitable sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, sino porque es incapaz de comportarse de acuerdo con cánones culturales que le son extraños"[80].

[78]YRYGOYEN FAJARDO, RAQUEL. "Hacia una jurisprudencia pluralista". Citado en HURTADO POZO, JOSÉ. (2007). Anuario de Derecho Penal 2006 - Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Lima, Pontifica Universidad Católica de Perú, pág. 401 y ss.
[79]HURTADO POZO. Op. cit. pág. 661.
[80]HURTADO POZO, JOSÉ. "El indígena ante el derecho penal: caso peruano". Artículo publicado en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_05.pdf

La Corte Suprema de la República Peruana, en el Expediente Nº 3598-2003[81] , ha señalado con relación al error de comprensión culturalmente condicionado que el condicionamiento cultural tendría su génesis en un conflicto cultural que puede ser extrasistémico o intrasistémico; que en el primer caso, se trata de un conflicto producido en personas que provienen de un medio cultural diverso; que en el segundo caso, se sustenta en una concepción discrepante o de conciencia disidente y significa que el individuo sabe y comprende el carácter delictuoso de su acto pero que a su vez discrepa conscientemente de la norma y de su carácter imperativo.

En el derecho comparado, tenemos que el ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal Colombiano no prevé expresamente el error de prohibición culturalmente condicionado, pues se limita a señalar que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando "se obre con error invencible de la licitud de la conducta". Sin embargo una interpretación sistemática permite concluir que esa causal incluye el error de prohibición culturalmente condicionado, pues no sólo el nuevo estatuto penal eliminó la prohibición de invocar la ignorancia de la ley como excusa, la cual estaba prevista en el anterior ordenamiento penal sino que, además, es claro que quien no puede comprender, por su particular cosmovisión, la ilicitud de su comportamiento, obra con un error sobre la licitud de su comportamiento[82] .

El error de prohibición, para ser un exonerante de responsabilidad, debe ser invencible y ello supone que el sujeto activo tuvo un razonable cuidado por conocer y comprender la antijuricidad de su comportamiento, pues si esa persona pudo actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta, y no lo hizo, entonces debe entenderse que su yerro no era insuperable sino evitable[83] . En efecto, si el indígena pudo, con una diligencia razonable, llegar a conocer y comprender la ilicitud de su conducta, entonces el error era evitable y el comportamiento podría ser sancionado con una pena[84] .

Siendo ello así y en consonancia con el derecho nacional, el tratamiento que se desprende del artículo 15 del Código Penal Peruano es discriminatorio y atentatorio de la pluralidad jurídica reconocida por la Constitución Política del Perú, ya que el que obra según su cultura no es que no pueda comprender la antijuricidad de su comportamiento sino que está actuando precisamente conforme le inspira y enseña su cultura, que está amparada en el artículo 2 inciso 19 de la Constitución; a esto se suma que la interpretación antes indicada por "error de comprensión culturalmente condicionada" no siempre va significar que el agente esté exento de pena, sino que en caso de que el error sea vencible sólo se atenuará la pena, tal y como lo viene interpretando la Corte Constitucional de Colombia.

A la crítica antes anotada debe agregarse que la solución del artículo 15 del Código Penal comprende únicamente a las personas imputadas -por razón de su cultura- como responsables de

[81]SAN MARTIN CASTRO, CÉSAR. (2006). Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante. Lima, Palestra, pág. 273.

[82]Fundamento Nº 26 de la Sentencia C-370-02, emitido por la Corte Constitucional de Colombia, de fecha 14 de mayo del 2002.

[83]Un ejemplo bastante conocido del profesor argentino EUGENIO ZAFFARONI ilustra esa diferencia: según su parecer, un antropólogo puede saber que para un esquimal constituye una injuria grave, un delito, que un visitante rechace a su mujer, que él ha ofrecido bañada en orines. El visitante puede conocer abstractamente esa disposición, pero por su diversidad cultural, no puede aceptar a la mujer. (Citado por IRIGOYEN, RAQUEL. "Control penal y diversidad cultural". En: María Rosario, Diego Días y otros (1996). Conflicto social y derecho penal. Salamanca, Universidad de Salamanca, pág. 96).

[84]Fundamento Nº 29 de la sentencia C-370-02, emitido por la Corte Constitucional de Colombia, de fecha 14 de mayo deL 2002.

determinado ilícito penal; sin embargo, no trata o no comprende a las personas que por razón de su cultura -y como se diría conforme al derecho oficial actúan por error originados en su cultura- son agraviados frente a la comisión de un ilícito penal, por ejemplo cuando son estafados, ya que la diversidad cultural nacional no sólo se sustenta en ella sino también en la pobreza, idioma, educación y acceso a la información, tal y como vamos a ver más adelante según la información proporcionada por el INEI. Tampoco comprende esta solución la autodeterminación a las comunidades indígenas y nativas que, según el Convenio Nº 169 de la OIT y el artículo 149 de la Constitución Política del Estado se les concede, en cuanto se refiere a la administración de justicia; esto quiere decir que se trataría de jurisdicciones especiales reconocidas no sólo por la norma suprema nacional sino también en una de vigencia internacional.

De lo que lo anotado se concluye que una persona no actúa por error sino conforme a su cultura y, como tal, tiene que ser, de ser el caso, tratado o juzgado de acuerdo a las normas y procedimientos establecidos por su cultura.

CAPITULO III

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PLURALISMO JURÍDICO

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA REALIDAD NACIONAL

1.1. Naciones indígenas colonizadas

Manuel Marzal[85] estudia los casos de Perú y México y alude a las políticas desarrolladas por los estados respecto de los indígenas que lograron ser sometidos y colonizados, y por ende, convertidos en indios. En gran modo, es semejante lo ocurrido en los demás países centroandinos en tanto formaban parte de la misma unidad histórico-política. Según Marzal, han habido tres grandes proyectos políticos organizados desde el poder, es decir de los gobiernos respecto de los pueblos indígenas, lo que se complementa con la propuesta de Irigoyen al realizar variantes y añadir un par de modelos[86]. De este modo, se traen a colación cinco momentos o políticas respecto de los pueblos colonizados.

Históricamente, aparece primero el proyecto de ocupación y sometimiento de naciones originarias en el siglo XVI, que se implementa a través de la ocupación político-militar de los pueblos pre-colombinos, lo que implicó la desestructuración del Tawantinsuyo o Imperio de los Incas y el sometimiento de los pueblos y señoríos que lo componían, así como de otros pueblos vecinos. El sometimiento de los pueblos originarios a partir de la invasión hispana constituye el hecho fundacional de la condición indígena posterior.

A continuación viene el proyecto de subordinación política y segregación colonial. El derecho indiano establece un régimen de separación física y diferenciación legal que se implementa desde el siglo XVI hasta inicios del XIX. Los indígenas fueron reducidos en pueblos de indios, y sujetos a cargas coloniales (tributo, trabajo forzoso, penas especiales), bajo régimen legal diferenciado.

La Corona Española establecía protección de sus tierras frente a los colonos. Dentro de los pueblos de indios regía un sistema de gobierno indirecto, dado que el derecho indiano permitía la existencia de autoridades indígenas (curacas y alcaldes), y pluralismo legal subordinado, esto es, el fuero indígena y la aplicación de sus "usos y costumbres" -en tanto no contradijeran a la religión o las leyes-. Según las Leyes de Indias, los alcaldes de pueblos de indios así como los curacas o caciques tenían jurisdicción civil y criminal, pero sólo para pleitos entre indios en casos que no ameritaban pena grave. Los casos graves pasaban al corregidor español y las audiencias.

Cuando los indígenas eran sometidos a las audiencias se les aplicaba un régimen diferenciado bajo las reglas del derecho castellano medieval, correspondientes a los rústicos, miserables y menores.

[85] MARZAL, MANUEL. (1986). Historia de la Antropología indigenista: México y Perú. Lima: PUCP.
[86] YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL. (2006). "Hitos del Reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino". En BERRAONDO (Coordinador). Pueblos Indígenas y derechos humanos. Bilbao, Universidad de Deusto, pág. 537-567).

Luego de la Independencia aparece el proyecto asimilacionista de inicios de la República, que tiene vigencia desde el siglo XIX hasta bien entrado el siglo XX. Su objetivo es convertir a los indios en ciudadanos mediante el levantamiento de sus cargas coloniales (tributo, mita), y la desaparición de sus protecciones colectivas (tierras, autoridades, fuero, usos y costumbres, idioma, etc.).

Posteriormente, aparece el proyecto integracionista de mediados del siglo XX, que reconoce ciertos derechos colectivos y especificidades indígenas, pero sin renunciar al modelo de Estado-nación ni al monismo legal.

Finalmente, aparece el horizonte pluralista a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, gracias a reformas constitucionales y la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Dichas constituciones reconocen el carácter pluricultural del Estado, los pueblos indígenas, y el pluralismo legal.

1.2. Los pueblos no sometidos con los que la Corona firmó tratados

En el siglo XVI existieron pueblos que no pudieron ser conquistados militarmente, por lo que no fueron sometidos ni colonizados. Entre el siglo XVII y fines del XVIII, mientras los otros pueblos del núcleo colonial eran reducidos y sufrían las cargas coloniales, los no conquistados firmaron tratados o parlamentos con la Corona, aunque siempre mantuvieron una relación tensa.

Después de la Independencia, a mediados del siglo XIX, los nuevos estados de Chile y Argentina desconocieron los tratados y parlamentos firmados entre la Corona y los pueblos originarios, e iniciaron una campaña de ocupación militar y exterminio, lo que no ocurrió en el siglo XVI. Así, fueron despojados de su territorio y reducidos en espacios segregados, como en la era colonial. Por el contrario, en lo que fue el núcleo colonial centroandino, se aplicaban políticas de asimilación, esto es, de desaparición de las reducciones coloniales. En las reducciones, misiones, colonias o mercedes indígenas de la era republicana, Argentina y Chile permiten una suerte de pluralismo jurídico subordinado, esto es, autoridades y costumbres indígenas de modo limitado.

Después de la segunda década del siglo XX, mientras los Estados centro andinos empiezan a reconocer derechos colectivos y a elaborar discursos de integración indígena, Chile inicia una política de asimilación mediante leyes que buscan disolver las reducciones indígenas. Argentina mantuvo un modelo de constitución asimilacionista-misionera entre 1853 y 1994. Posteriormente Chile y Argentina ensayan algunas políticas integracionistas limitadas. En Chile, luego de las políticas de exterminio, reducciones y privatización de tierras del siglo XIX, se ensayaron políticas de orientación "campesinista" en los setentas, incluyendo una reforma agraria y entrega de tierras a los mapuches, en tanto campesinos, proceso que fue revertido por el gobierno de Pinochet.

Argentina cambia la Constitución asimilacionista de 1853 en 1994, fecha en la que por primera vez en la historia constitucional reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas y un conjunto de derechos, aunque con limitaciones. En el año 2000 hace el depósito internacional del Convenio 169 de la OIT. En Chile, con la llegada de la democracia, se reivindican los derechos indígenas, pero su reconocimiento todavía queda en un nivel infra constitucional, siendo Chile el único país andino que no ha logrado constitucionalizar los derechos indígenas ni ratificar el Convenio 169 de la OIT. Los intentos frustrados de reforma constitucional, el último del 18 de mayo de 2005, reflejan todavía una vocación integracionista bajo la ideología del Estado-nación y el monismo jurídico.

1.3. Naciones no colonizadas a donde la Corona envió misioneros

Se trata de las regiones de la Amazonía, el Orinoco y la Guajira. En el siglo XVI los españoles enviaron misioneros, dado que no era efectivo el envío de conquistadores pues los indígenas se internaban selva adentro. La Iglesia logró hacer ensayos autonómicos sin presencia de encomenderos (como las misiones de los Jesuitas en Maynas o entre los Guaraní; los dominicos en las Verapaces de Guatemala; o los pueblos-hospitales de Vasco de Quiroga en México). Estas misiones a su vez permitían el control de fronteras, política que se mantuvo durante toda la Colonia. En los espacios autonómicos indígenas controlados por los misioneros había una suerte de pluralismo jurídico subordinado, en tanto se permitía un cierto nivel de autoridad indígena y la vigencia de algunas de sus normas y costumbres, mientras fueran acordes con el modelo misionero.

Después de la Independencia los estados republicanos adoptan como política de Estado, nuevamente, el envío de misioneros para la conversión y civilización de "salvajes". A diferencia de la era colonial en que las misiones eran un freno a los colonos, en la era republicana las misiones son la punta de lanza para la entrada de colonos y militares. Van juntos "la cruz, el arado y el fusil", lo que permite ampliar la frontera agrícola interna y asegurar la externa. Colombia y Venezuela establecen territorios y regímenes especiales, y fuero eclesial para indígenas salvajes que dura hasta casi finales del siglo XX. Perú, Ecuador y Bolivia establecen el envío de misioneros y la colonización de los "Orientes" mediante abundante legislación secundaria. El siglo XIX es la era de la penetración colonizadora en la Amazonía, mediante actividades extractivas (caucho, petróleo, café, etc.).

Perú, Ecuador y Bolivia establecen políticas integracionistas y campesinistas en lo social a partir de la tercera década del siglo XX, mientras todavía mantienen políticas de colonización. En lo penal, los códigos empiezan a incorporar dicha población, al contemplar reglas especiales para salvajes o inimputables, pero expresan un proyecto asimilacionista. En Venezuela, las Constituciones de la segunda mitad del siglo XX mantienen políticas de regulación especial, pero ya no bajo el discurso misionero-civilizador sino bajo el modelo integracionista.

Con la llegada del pluralismo, Colombia y Venezuela enlazan -casi sin solución de continuidad- directamente el paso de los regímenes especiales del modelo segregacionista de carácter civilizador a los nuevos regímenes constitucionales autonómicos de corte pluralista.

Por otro lado, debe recordarse que la Emancipación fue obra de los criollos (hijos del país nacidos de familia española, llamados también hispano-peruanos, peruleros o indianos). Estos aparecen como grupo social cuando "la población española de América ya estaba asentada y podía constituir un sector social que reclamaba derecho a la preeminencia o por lo menos a participar en la dirección de la sociedad hispano peruana". Desde el siglo XVI y, en especial, en el siglo siguiente, logran su "plena movilidad ascendente, dentro del ámbito de poder". La Emancipación "no tuvo propagación social, ni cultural de amplia escala, ni el vigor suficiente para crear una conciencia nacional" [87]. Fue una empresa apoyada por los mercaderes ingleses y realizada por los criollos (muchos de ellos grandes propietarios de tierras) imbuidos de los ideales de la revolución francesa de libertad e igualdad de las personas, libre comercio, reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos y la aceptación de que el poder emana de la voluntad de los ciudadanos.

[87] MATOS MAR, JOSÉ. (1970). "Dominación, desarrollos desiguales y pluralismo en la sociedad y cultura peruanas". En: Perú actual (Sociedad y .Política). México, Instituto de Investigaciones Sociales, pág. 24.

Dentro del contexto hostil a lo hispánico de los movimientos emancipadores, se dictaron diversos dispositivos legales tendientes a establecer la igualdad social y a romper los privilegios existentes que favorecían a los peninsulares.

Estas medidas beneficiaron, principalmente, a los criollos que tomaron el lugar privilegiado de los españoles. De esta manera, los nuevos grupos dominantes, al amparo de la renovada legislación "reeditaron la conquista española sobre la población indígena", por ello es que los indígenas no se identificaron con la causa emancipadora y en consecuencia la nueva república, dirigida por el nuevo grupo dominante, no logró integrarlos.

2. DIVERSIDAD CULTURAL O PLURALISMO JURÍDICO

2.1. Antecedentes

Desde la configuración de los estados latinoamericanos en el siglo XIX, se instalaron en la cultura jurídica la ideología del Estado-Nación y el monismo legal, asociados a la teoría del monopolio estatal de la violencia legítima. El ideal de construir naciones culturalmente homogéneas, a fuerza de negar la realidad plural y las culturas indígenas, fue parte del proyecto político asimilacionista que los legisladores plasmaron en la institucionalidad jurídica republicana.

Se identificaba "nación" con la idea de un solo pueblo con una sola cultura, religión, idioma e identidad, el cual debía estar regido por una sola ley y sistema de justicia.

Se eliminó el sistema colonial de regímenes jurídicos diferenciados para dar paso a una ciudadanía de individuos, formalmente libres e iguales ante la ley. Los derechos colectivos a la tierra, así como la cultura, idiomas, conocimientos, sistemas de creencias, normas, valores y derecho indígena fueron desconocidos por la legalidad oficial, mientras que se reforzaba la expoliación de tierras comunales, la explotación económica, la marginación política y la discriminación de facto de los indígenas.

Durante el siglo XX se introdujeron cambios al modelo descrito a partir de la Constitución de 1920, que reconoció a las comunidades indígenas como sujeto colectivo y, a mediados del siglo, con el surgimiento del indigenismo integracionista y la reforma agraria de 1969.

En el contexto de las reformas de fines de los sesenta y principios de los setenta, se reconoció la existencia de la diversidad cultural indígena y se consagró el respeto de algunos derechos colectivos específicos, como los idiomas aborígenes, derecho a tierras y recursos naturales, y parcialmente la justicia nativa (para casos menores).

El objetivo de las reformas era terminar con el modo oligárquico de producción económica y de reproducción social, e integrar a los indígenas a la sociedad nacional y al Estado. A pesar de estas reformas y tal vez porque su preocupación central era el desarrollo y la integración, no se cambió la matriz del modelo de Estado-nación ni del monismo legal.

Es recién en la última década del siglo que se cambia dicha matriz con el reconocimiento constitucional del carácter pluricultural de la nación y el pluralismo legal.

2.2. Concepto

El pluralismo jurídico o legal, a diferencia del monismo legal, permite hablar de la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. En términos genéricos se llama sistema jurídico derecho a los sistemas de normas, instituciones, autoridades y procedimientos que permiten regular la vida social y resolver conflictos. También incluye normas que establecen cómo se crean o cambian las normas, los procedimientos, las instituciones y autoridades.

Con la teoría Institucionalista que considera el derecho como fenómeno social, rescatada por Norberto Bobbio[88] , se rompe el círculo cerrado de la teoría estatalista del derecho, que considera derecho solamente al Estatal y que identifica el ámbito del derecho con el del Estado, ya que debe tenerse en cuenta que el Estado moderno se fue formando a través de la eliminación y la absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional, por medio de un proceso que se podría llamar monopolización de la producción jurídica, lo que generó la eliminación de todo centro de producción jurídica que no fuera el mismo Estado. Es por eso que Hegel considera al Estado como un dios terrenal.

Por ello, la teoría institucionalista surge para oponerse al estatalismo, siendo que nadie tiene el monopolio de la palabra derecho, ya que puede ser usado en sentido restringido (estatalista) o amplio (institucionalista). Romano, citado por Bobbio[89] , señala que el derecho antes que ser norma es organización, entendiendo por sociedad organizada a un grupo de individuos que regulan su actividad con el fin de obtener un fin común, esto es un fin que no podría lograrse individualmente.

Entonces, el pluralismo de sistemas normativos puede tener su origen en una situación colonial, por la presencia de un derecho indígena o pre-colonial y un derecho impuesto, en períodos de revoluciones o cambios modernizantes debido a la pervivencia del derecho anterior a la revolución o reforma junto con el nuevo. Algunos ejemplos son las situaciones de presencia de comercio transnacional como la *lex mercatore*, con sus propias reglas frente a los derechos nacionales; también lo vemos presente en países independientes con población indígena; en países modernos o post-coloniales, con población inmigrante o desplazada en barrios marginales de las ciudades; o por la agrupación de colectivos con base en criterios culturales, gremiales, raciales, religiosos, territoriales o de otra índole, que han creado una normativa propia que los regula en varias esferas de la vida social y les permite resolver sus conflictos[90] .

De lo antes señalado, se infiere que existe una diferencia entre aquellos Estados que han incorporado dentro de su territorio a diversas culturas que previamente disfrutaban de autogobierno y estaban concentradas en un Estado territorial mayor, y aquellos otros en los que la diversidad cultural surge por la inmigración individual y familiar. En el primer caso estamos ante lo que Kymlicka denomina minorías nacionales, las cuales -por lo general- mantienen sus deseos de seguir siendo culturas distintas. En el segundo supuesto estamos frente a los llamados grupos étnicos, que tiene la peculiaridad de integrarse de una manera más plena en la sociedad y aunque mantienen reivindicaciones para obtener el reconocimiento de su identidad étnica, su objetivo no es constituirse en una nación separada y autogobernada dentro de la sociedad de la que forman parte[91] .

[88]BOBBIO, NORBERTO. (2005). Teoría General del Derecho. Bogotá, Themis, pág. 9.
[89]BOBBIO. Op. cit. pág. 12.
[90]Ver: DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA (1990). Estado, Derecho y Luchas Sociales. Bogotá, ILSA, pág. 63 y ss.
[91]HABERMAS, JURGUEN. (1999). La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política. Barcelona, Ediciones Paidós, pág. 199.

Esta diferenciación es de importancia por cuanto los desafíos para las sociedades pluriculturales serán mayores cuando más profundas sean las diferencias por religión, etnia, cultura e historia que deben ser superadas a través del desarrollo político y social del grupo dominante que tiene la obligación de respetar a los grupos minoritarios. A costa de que de no comprenderse esta situación, se generarán conflictos sociales, que en suma debilitan al propio Estado y limitan su desarrollo.

Otro aspecto importante dentro del pluralismo jurídico viene a ser el lenguaje ya que, a través de él, los integrantes de una comunidad logran comunicarse adecuadamente; entonces, en tanto sean conocidos los códigos de determinado lenguaje la comunicación será la correcta. Al respecto Robert Alexy[92] , citando a Wittgentein, señala que el lenguaje viene a ser la representación del mundo, ya que las palabras del lenguaje nombran objetos y las proposiciones son combinaciones de tales nombres. Además rescata el planteamiento de Austin[93] , quien define el concepto de acto de habla como acciones que se realizan diciendo algo.

2.3. Tratamiento constitucional e internacional

Tradicionalmente se ha entendido que el Estado constitucional surge dando por resuelta la eventual diferencia entre Estado y nación, ya que las constituciones suponen que cada Estado en particular está compuesto por una sola nación, es decir, por un solo pueblo.

Sino recuérdese lo enseñado por Juan Jacobo Rousseau sobre la existencia de la voluntad general, con lo que se ha dado por sentado que dentro de un Estado es posible que haya homogeneidad de ideas como derivación, precisamente, de la homogénea composición cultural del mismo. Es lo que se ha llamado el paradigma mononacional - monocultural. Al respecto Will Kymlicka[94] señala que la mayoría de los especialistas en teoría política han utilizado un modelo idealizado de polis en la que los conciudadanos comparten unos ancestros, un lenguaje y una cultura comunes, aunque señala que en la actualidad dicha postura en estados multiculturales ha sido abandonado casi por completo.

Es así que en la actualidad tenemos que de la interpretación conjunta del artículo 149[95] de la Constitución Política del Estado Peruano y el Convenio 169 de la OIT, aprobado por resolución legislativa Nº 26253, de fecha 26 de noviembre de 1993, se puede afirmar de manera efectiva y clara que se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento el pluralismo jurídico y no sólo en nuestro país, sino en otras regiones del continente.

Lo anotado enseña que de la Constitución de 1993 se entiende que la nación peruana es étnica y culturalmente plural, por ello es que el artículo 2, inciso 19 reconoce y protege este pluralismo; así mismo, en el artículo 17 párrafo cuarto se estatuye, como derecho individual, el derecho a la identidad étnica y cultural y, como derecho social, se dispone que el Estado debe fomentar la educación bilingüe e intercultural.

Por su parte en el artículo 48 se declaran como idiomas oficiales el castellano, el quechua, el aymara y las demás lenguas aborígenes. Por último, reiterando lo primeramente señalado por el Poder Judicial, se reconoce poder jurisdiccional a las autoridades de las comunidades campesinas y

[92] ALEXY, ROBERT. (2007). Teoría de la Argumentación Jurídica. Lima, Palestra, pág. 86.
[93] ALEXY. Op. cit. pág. 93.
[94] KYMLICKA, WILL. (1996). Ciudadanía Multicultural., Barcelona, Ediciones Paidós, pág. 14.
[95] "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 violen los derechos fundamentales de la persona..."

nativas en su territorio, según su derecho consuetudinario y siempre que no se violen los derechos fundamentales, esto conforme al artículo 149 de la Constitución.

A lo señalado debe agregarse que al elaborar el nuevo Código Penal de 1991 se ha considerado de modo particular los efectos de la especificidad cultural sobre la responsabilidad penal. Es así que según el artículo 15 del Código Penal, se exime de responsabilidad a quien por su cultura o costumbres comete un hecho penal sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión. Esto ha significado la búsqueda de nuevas formas de tratamiento de los miembros de comunidades culturales diferentes en caso que cometan un acto considerado delictuoso por el sistema penal oficial. Se desprende del análisis de estas normas y los antecedentes que el objetivo ha sido el de abandonar todo criterio étnico o cultural para calificar a estas personas como incapaces y dejar de considerarlos como inimputables.

Ahora bien parece que los redactores del texto legal buscaron regular, en tanto causa de no culpabilidad, el denominado error de prohibición culturalmente condicionado, preveyendo la incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse según esta apreciación por razones de cultura o de costumbre.

Que duda cabe que el convenio 169 de la OIT viene a ser la norma internacional de mayor importancia en cuanto al reconocimiento de la diversidad cultural y del derecho indígena; por ello es que se nota que va en la misma línea del reconocimiento de los métodos de control propios de las comunidades indígenas, con el límite de que no se vulneren derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Señala que deberán establecerse procedimientos para solucionar conflictos que puedan surgir entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos.

La ratificación de este Convenio significa que los Estados firmantes admiten el pluralismo jurídico interno bajo el techo constitucional, al respetar formas de control y producción jurídica emitidas por instancias sociales como son los pueblos indígenas, distintas a las instituciones estatales o del derecho oficial.

El Convenio 169 de la OIT no reduce el reconocimiento del derecho consuetudinario a los "casos civiles", sino que expresamente dice que "deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros", conforme se tiene de lo señalado en el artículo 9, inciso 1, con lo cual tampoco el Convenio 169 pone un límite material al derecho consuetudinario.

En cuanto a la competencia personal, el Convenio es más explícito en lo que respecta a los casos penales, diciendo que los métodos de los pueblos interesados deberán respetarse en el caso de los miembros de los pueblos indígenas. Ahora bien, el propio Convenio en el artículo 35 indica que priman las normas o acuerdos nacionales más favorables a los pueblos indígenas, de lo que se entiende que, si una Constitución da un mayor margen de competencia a los pueblos indígenas, debe respetarse lo que les es más favorable.

Todas las Constituciones ponen límites al reconocimiento del derecho consuetudinario en correspondencia con los límites que también impone el Convenio 169 de la OIT, referidos a la no vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el sistema jurídico nacional ni de los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Los países han empleado dos fórmulas: una

genérica, la peruana[96], que limita el reconocimiento del derecho consuetudinario a la no afectación de derechos fundamentales de las personas, concordante con el Convenio 169 de la OIT; las otras Constituciones (Colombia, Bolivia, Ecuador) hacen una formulación más estrecha: no vulnerar la Constitución ni las leyes[97].

El mencionado Convenio 169 de la OIT plantea que los pueblos indígenas ya no deben ser considerados objetos de políticas de asimilación o integración sino que debe garantizarse su autonomía interna y su derecho de participación en los diferentes niveles de decisión nacional. Este modelo de relación entre el Estado y los pueblos/comunidades indígenas/campesinas debe ser aplicado en el derecho interno como una forma de realizar la democracia en un contexto pluricultural.

Como parte de la adecuación normativa que obliga el Convenio 169 de la OIT, deben constitucionalizarse derechos de los pueblos indígenas que están contenidos en dicho Convenio, como el derecho al territorio (artículo 13 y siguientes), la autonomía interna (artículo 2.b), la consulta (artículo 6) y la participación en los planes y programas nacionales que los puedan afectar (artículo 7). El mismo concepto de pueblos indígenas, que es más amplio que el de comunidades, debe ser incorporado en la Constitución, que ahora sólo reconoce personalidad jurídica a dos formas de organización comunal, dejando sin reconocimiento a otras figuras como las rondas campesinas, grupos étnicos extensos, pueblos no contactados, organizaciones supra comunales, entre otras. Debe constitucionalizarse también, como principio de interpretación de normas, el principio pro pueblos indígenas que consagra el artículo 35 del Convenio 169.

Igualmente deben ser constitucionalizados otros derechos relacionados a la administración de justicia. Entre ellos tenemos:

- El derecho de no ser perseguido por la práctica de la propia cultural, ya normado en el artículo 15 del Código Penal. Ello, además, es una consecuencia del reconocimiento al derecho de la diversidad cultural (artículo 2, inciso 19).
- El derecho a la propia jurisdicción especial a fin de que los jueces ordinarios, en caso de que se les presente un caso que corresponde a la jurisdicción especial, reenvíen los casos a la misma o no acepten procesos presentados ante la jurisdicción ordinaria de modo malicioso.

Y, en el supuesto de que competa a la jurisdicción ordinaria procesar a indígenas/comuneros, debe incluirse:

- El derecho de que se tome en cuenta la cultura y costumbres de los mismos en los procesos legales (artículo 10, inciso 2 del Convenio 169)
- El derecho de recibir penas alternativas a la prisión (artículo 10, inciso 2 del Convenio 169). Aparte, deberán garantizarse mecanismos para la implementación del multilingüismo en la justicia y una defensa legal adecuada.

En suma, en el Perú existe una situación de pluralismo cultural, lingüístico y legal, como ahora lo reconoce la Constitución Política de 1993. Históricamente, la falta de respeto del pluralismo cultural y legal se ha traducido en diversas formas de marginación y represión de la diferencia incluyendo la ilegalización de los sistemas normativos indígenas/campesinos y de colectivos ,

[96] Artículo 149 de la Constitución Política del Estado Peruano.
[97] IRYGOYEN FAJARDO, RAQUEL. (2000). "Rondas Campesinas y Pluralismo Legal: Necesidad de Reconocimiento Constitucional y Desarrollo Legislativo". En: Revista Pena y Estado. Nº 4. Buenos Aires, INECIP y Editorial el Puerto.

urbano-marginales, la criminalización de prácticas culturales distintas a los referentes del derecho oficial, y la represión de autoridades indígenas y comunales que administran justicia de acuerdo a sus normas, valores y principios. La introducción de los artículos 2,19 y 149 en la Carta de 1993, y la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el mismo año, posibilitan superar el modelo etnocéntrico y monista sustentado por las constituciones republicanas, y construir un modelo constitucional pluralista.

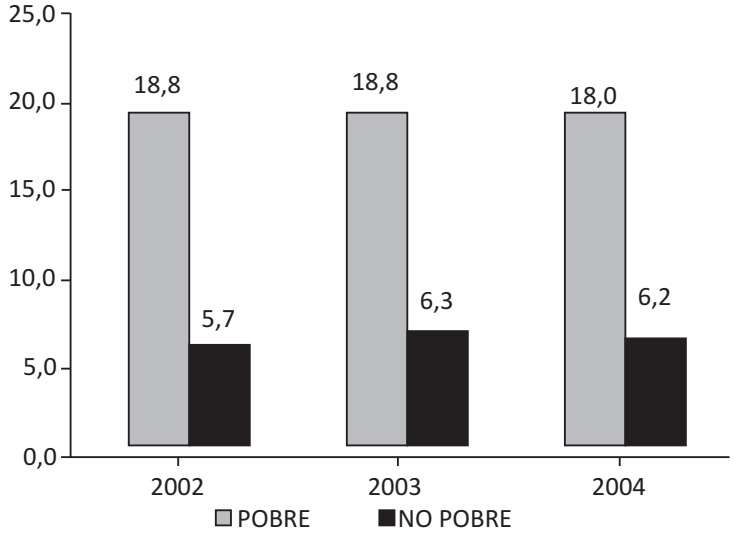
2.4. Información estadística

De lo hasta aquí tratado es de reconocer fácilmente que el Perú evidencia una diversidad cultural manifiesta, no sólo a partir de su constitución geográfica e histórica producto de la conquista y colonización española, sino también coadyuvado o influenciado por otros factores como son la educación, la pobreza, las migraciones y la violencia política interna.

Así tenemos que según la información estadística proporcionada por el INEI, que a continuación se reproduce, los años promedio de estudios alcanzados por personas de 15 años y más, por condición de pobreza, dista sustancialmente entre el sector denominado pobre con el no pobre. Por ejemplo, en el año 2004 el sector pobre alcanzó solamente un 7.6% frente al 10.0% de la población no pobre y, en forma coherente con esta información, al año 2004 la tasa de analfabetismo de la población de 15 años a más, por condición de pobreza, presenta que el 18.0% de la población pobre es analfabeta, en tanto que la población no pobre es solo un 6.2% (ver Gráfico Nº 1).

Gráfico Nº 1

TASA DE ANALFABETISMO DE LA POBLACIÓN DE 15 AÑOS Y MÁS, POR CONDICIÓN DE POBREZA, 2002-2004 (%)

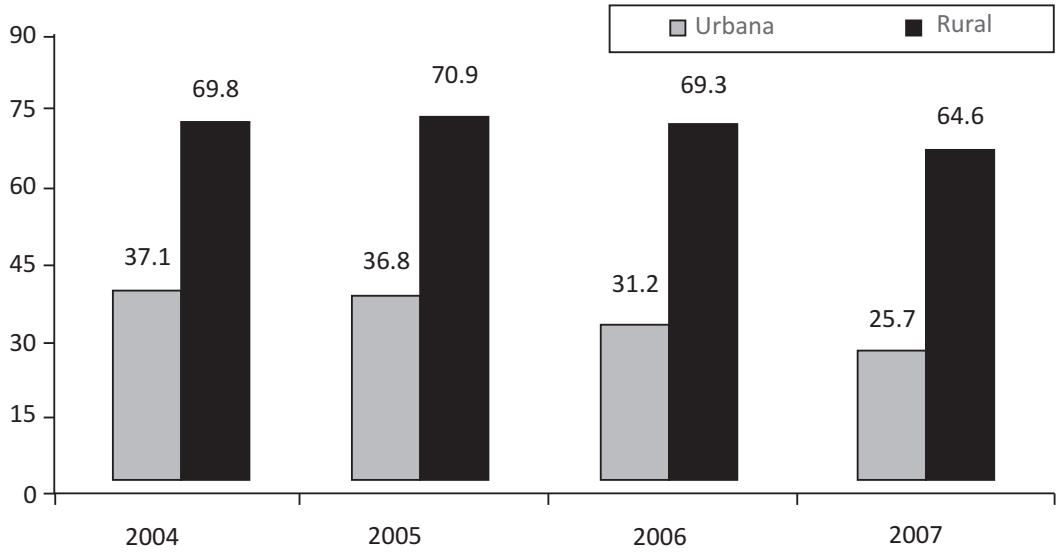


Fuente: INEI-ENAHO IV TRIM. 2002-2004

En consonancia con lo antes precisado se nota que el mayor índice de pobreza está en la zona rural con 64.6% al año 2007, en tanto que en la población urbana representa un 25.7% (ver Gráfico Nº 2).

Gráfico Nº 2

PERU: INCIDENCIA DE LA POBREZA POR ÁREA DE RESIDENCIA: 2004-2007 (%)

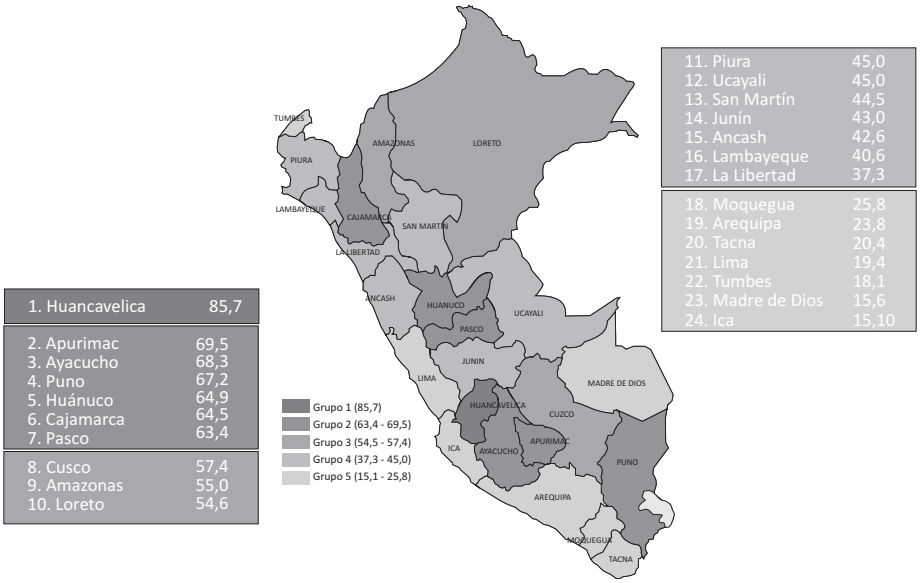


Fuente: INEI- Encuesta Nacional de Hogares Anual 2004-2007

Asimismo, tenemos que el mayor índice de pobreza al año 2007 se presenta en la Sierra con 60.1% seguido de la Selva con 48.4% y la Costa con 22.6 %, siendo los departamentos más pobres Huancavelica, Apurímac, Ayacucho, Puno, Huánuco, Cajamarca y Pasco (ordenados según el porcentaje proporcionado por el INEI) (ver Gráfico Nº 3 y Gráfico Nº 4).

Gráfico Nº 3

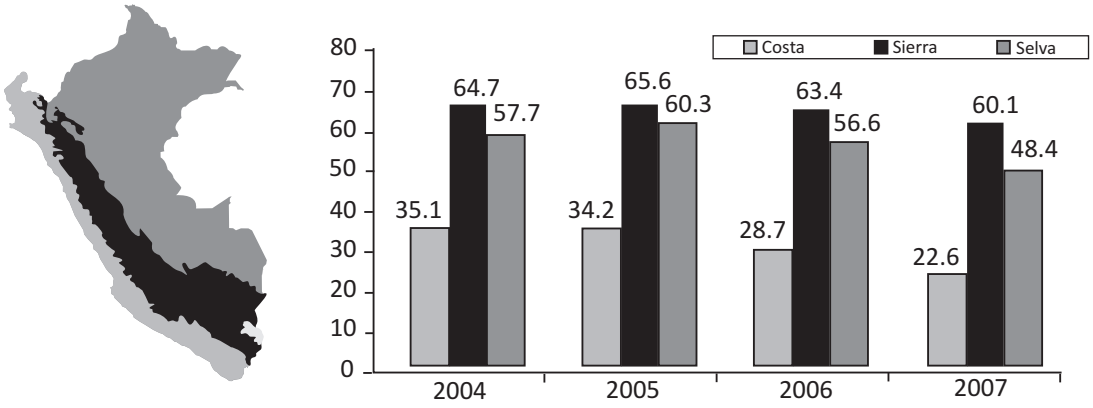
PERÚ: DEPARTAMENTOS AGRUPADOS POR SIMILAR RANGO DE POBREZA TOTAL, 2007



Fuente: INEI - Encuesta Nacional de Hogares Anual: 2004-2007

Gráfico Nº 4

PERÚ: INCIDENCIA DE LA POBREZA POR REGIONES NATURALES: 2004-2007 (%)



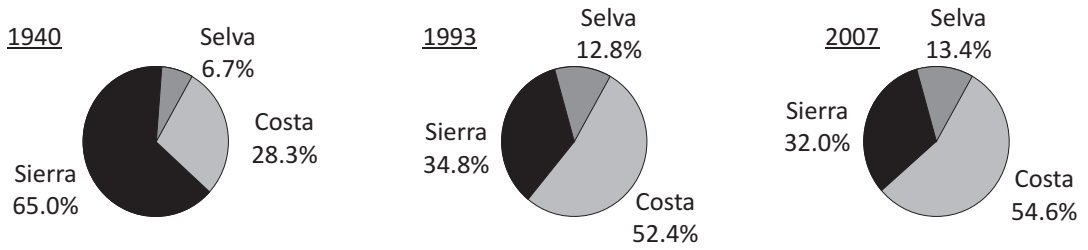
Fuente: INEI - Encuesta Nacional de Hogares Anual: 2004-2007

Finalmente, es importante para los fines del presente trabajo académico resaltar las variaciones de población en nuestras regiones (Costa, Sierra y Selva), siendo que al año 1940 la mayor parte de la población (65.0%) se concentraba en la Sierra y al año 1993 esta población se había reducido a un 52.4%. En esta progresión al año 2007 cambió la situación descrita en 1940, por cuanto la mayor población ya no se concentra en la Sierra sino que ahora se concentra en la Costa con un 54.6%.

La Sierra sólo conserva un 32.0% de la población, y la Selva mantiene regularmente el promedio de población siendo a este año el 13.4% del total de peruanos (ver Gráfico Nº 5).

Gráfico Nº 5

PERÚ: EVOLUCIÓN DE LA POBLACIÓN CENSADA, POR REGIÓN NATURAL, 1940-2007
(Porcentaje)



FUENTE: INEI- Censos Nacionales Población y Vivienda, 1940, 1993 y 2007.

La información antes descrita, sumada al hecho que según el Directorio de Comunidades Campesinas, al año 2003[98] en el Perú existían 1,345 comunidades campesinas y nativas, permiten corroborar objetivamente la diversidad no sólo cultural de nuestro país, resultando que el mayor porcentaje de comunidades campesinas se encuentra en la Sierra peruana y, coincidentemente, es en este sector donde se concentran los mayores índices de pobreza, fundamentalmente en el área rural, donde naturalmente habitan las comunidades campesinas, a esto debe agregarse que los mayores índices de analfabetismo se presentan en las poblaciones consideradas como pobres; lo que significa que las comunidades campesinas y también las nativas habitan en los sectores donde se evidencia, según informes del propio Estado, los más altos índices de pobreza y analfabetismo, lo cual no debe ser entendido como un simple dato estadístico sino que debe ser analizado en su real dimensión, que permite afirmar, para fines del presente trabajo, que las condiciones en las que se desarrollan las comunidades campesinas y demás poblaciones de la Sierra y Selva son totalmente distintas a las de las Costa, con mínimas condiciones para acceder a la información, educación, costumbres y valores de la nación dominante, reconocidos por el derecho oficial.

Esta descripción y análisis no es una dificultad que debe enfrentar el Estado sólo desde la óptica de la política entendida como actividad gubernamental, sino propiamente por el derecho penal, obviamente a través de los legisladores, para lo cual la doctrina y jurisprudencia deben mostrar las luces para regular y respetar esta diversidad no sólo cultural sino de desigualdad, y quizá hasta de discriminación. Este es el motivo fundamental para abordar este tema, que ojalá permita orientar la atención de la comunidad jurídica hacia estos temas, que en suma coadyuvará a la integración nacional y consiguientemente a la disminución de conflictos sociales, ello desde la óptica del derecho penal, como prevención general y especial, pues no sólo está sustentado en las argumentaciones del suscrito sino en la propia Constitución Política y en instrumentos internacionales como es el Convenio 169 de la OIT.

[98]Directorio de Comunidades Campesinas, PETT 2002. Ministerio de Agricultura. Base de datos de Comunidades Nativas. Marzo 2003. Defensoría del Pueblo.

CAPÍTULO IV

APROXIMACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA PROVINCIA DE HUAMANGA Y EN EL DERECHO COMPARADO

1. DOS DELITOS PROCESADOS SEGÚN EL DERECHO OFICIAL EN LOS DISTRITOS DE QUINUA Y VINCHOS

Dentro de la metodología para identificar a la población y a la muestra se especifica que la identificación de esta última no tiene que ser orientada por el investigador; sin embargo, para fines del presente trabajo resulta imprescindible hallar casos que a consideración del suscrito tienen importancia para abordar y emitir conclusiones respecto al tema propuesto, y que es considerado como general en la resolución de temas similares que se van a exponer a continuación, pues lo que se sostiene en el presente ensayo no sólo se sustentará en estas dos casuísticas sino en otras investigaciones o pronunciamientos nacionales y extranjeros que prestan rigor académico y científico al desarrollo de esta temática.

Dicho esto pasamos a analizar los dos casos:

1.1. Primer caso

Se trata de un proceso judicializado ante la Corte Superior de Justicia de Ayacucho por el delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad. El procesado a la fecha de los hechos contaba con 20 años edad y la agraviada tenía 13 años; el lugar de la ocurrencia de los hechos fue el Distrito de Quinua, Provincia de Huamanga y Departamento de Ayacucho. Ambas partes -procesado y agraviado- reconocen haber mantenido relaciones sexuales en varias oportunidades, y expresan que fue con su consentimiento; incluso a la fecha de la ocurrencia de los hechos se encontraban conviviendo en la casa de los padres del procesado, con conocimiento de los padres de ambas partes.

El proceso se inicia con mandato de detención, seguramente entendiendo la gravedad de la establecida en el artículo 173, inciso 2 del Código Penal[99] y que el derecho positivo considera literalmente como delito la mera actividad sexual con una menor de 18 años de edad, sin expresar tratamiento alguno para casos donde la cultura o costumbres de determinadas poblaciones o comunidades acepten por ejemplo la convivencia o *Sirvinakuy* de menores de edad. Es así que esta persona fue recluida en el establecimiento penal de esta jurisdicción.

[99]"Artículo 173, inciso 2 del Código Penal: El que 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, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua. 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, 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. 4. 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".

Una aproximación y corroboración de la diversidad cultural y consiguiente concepción del desarrollo natural y social, es la que se evidencia en el informe antropológico practicado en el proceso penal que se instauró, donde se concluye que los pobladores de Quinua se comprometen a convivir antes de cumplir los 18 años de edad mediante la ceremonia del *Yaykupakuy* -pedida de mano-, y que durante el proceso de la convivencia propiamente dicha -*sirvinakuy*- llegan a procrear hijos; y recién cuando adquieren la mayoría de edad contraen matrimonio civil y católico conforme a las normas dominantes.

Estas conclusiones están sustentadas en la revisión de las partidas de nacimiento en el Registro Civil de dicho Distrito, donde de la totalidad de documentos encontrados se desprende que el 90% de los padres son mayores de edad y el 100% de las madres son menores de edad[100] . Quiere decir que el derecho oficial, puesto de manifiesto a través del artículo 173 del Código Penal Peruano, no ha tomado en cuenta que estas prácticas convivenciales son comunes en distintas partes del país como en el Distrito de Quinua, y esta inobservancia genera conflictos sociales y perjuicios a las familias, que no sólo ven afectada su integridad como tales, sino también su desarrollo económico, a más de afectarse la libertad y dignidad de las personas que no practican las costumbres de la población dominante, resultando aún más grave cuando de por medio existen hijos que alimentar, cuidar y educar.

1.2. Segundo caso.

Investigación preliminar por el delito de estafa seguido contra el representante de una empresa encargada de transportar gas natural desde la Selva hasta la Costa peruana, para lo cual se deben instalarse ductos que pasan por un conjunto de terrenos de comunidades campesinas, por ello es que el agraviado en este caso viene a ser un integrante de la comunidad campesina de Vinchos. Siendo que para autorizar la servidumbre por dichos terrenos comunales se suscribieron contratos civiles que contemplan pagos por este derecho y una indemnización, con este fin se "acuerdan" cláusulas técnicamente redactadas en el contrato donde el valor por la servidumbre e indemnización son establecidos en base a las tasaciones establecidas por el Consejo Nacional de Tasaciones, adscrito al Ministerio de Vivienda y Construcción de Perú.

Esta investigación, por la naturaleza del delito, tiene como elemento de imputación uniforme únicamente la versión del denunciante, ya que al frente existen documentos debidamente celebrados ante notario, que formalmente muestran que el contrato no presenta ningún vicio, que posteriormente a su suscripción se han firmado documentos dando conformidad a lo pactado e incluso de indemnizaciones posteriores, que incluso tiene sustentada la valorización de la servidumbre e indemnización, que es lo cuestionado por el denunciante pues considera que fue ínfimo el monto que se le pagó en valorizaciones establecidas por el propio Estado[101] .

Según el derecho oficial no se le permite al agraviado, en este caso, una opción para poder corroborar su denuncia, pues las indicadas normas no prevén situaciones o condiciones especiales, que respeten la cultura y jurisdicción de las comunidades campesinas, para que cuando los integrantes de la población dominante entablen acuerdos contractuales con los integrantes de poblaciones distintas, que no sólo tienen la peculiaridad de tener otras costumbres sino que como fue evidenciado

[100]Nota: los datos que se describen no son precisados debidamente por cuanto se trata de un proceso judicial en curso, pero la importancia de su mención es por la actualidad de esta problemática y la facilitación de datos que permite este proceso para lograr los fines del presente ensayo que más adelante serán culminados vía una investigación más amplia.
[101]Nota: los datos que se describen no son precisados debidamente por cuanto se trata de un proceso judicial en curso, pero la importancia de su mención es por la actualidad de esta problemática y la facilitación de datos que permite este proceso para lograr los fines del presente ensayo que más adelante serán culminados vía una investigación más amplia.

en los reportes estadísticos del INEI, están desarrolladas en condiciones de extrema pobreza y analfabetismo, que en principio dificulta que puedan acceder en condiciones de igualdad frente a los pobladores que no tienen estas desventajas.

Entonces, el derecho penal invocando la fragmentariedad y subsidiaridad dado que según de última ratio no considera como delito de estafa la conducta antes descrita, situación que si bien es correcta entenderla bajo igualdad social y jurídica, no lo es desde la óptica de culturas - comunidades campesinas- donde los acuerdos se pactan bajo otra forma, sumando a ello el grado de pobreza y analfabetismo que, en términos del monismo jurídico, no permite su culturalización o civilización. Esta problemática no queda reducida a un problema menor o circunscrito a intereses individuales patrimoniales sino que, como es de conocimiento general, se ve reflejado en conflictos sociales de comunidades campesinas que comprende varias regiones del país, y que incluso, debido a la dificultad de resolución de este conflicto, varios distritos han sido declarados por el gobierno en estado de emergencia.

Este segundo caso ni siquiera podría ser salvado por el error de comprensión culturalmente condicionado previsto en el artículo 15 del Código Penal, pues como es de entender este concepto que ampara el error de prohibición únicamente es aplicable solo a los agentes.

Entonces, resulta que las víctimas o perjudicados de la comisión de un ilícito penal, que pertenecen a una cultura distinta a la oficial como son los integrantes de comunidades campesinas, están aún mas desprotegidos, ya que la supuesta homogeneidad donde debe ser legítima la aplicación de una norma sea penal, civil u otra no concurre en el caso peruano, por lo que es imperioso que para mitigar los conflictos sociales y para que el derecho sea el fiel reflejo de la sociedad o de las poblaciones que regula, se trate esta problemática pluricultural respetando el Convenio 169 de la OIT y la propia Constitución Política del Estado, buscando un mayor conocimiento de la realidad de las poblaciones, llámense comunidades campesinas, nativas y otras poblaciones, pues la resolución únicamente desde el escritorio realizando abstracciones se enfrentará con la realidad pluricultural de nuestro país y, en consecuencia, resultará inviable aplicar una eventual solución a esta problemática.

2. RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO EN SEDE JUDICIAL

La Corte Suprema de la República ha emitido pronunciamientos con relación a la pluralidad cultural, aplicando lo establecido en los artículos 15 y 20 del Código Penal, es así que anotamos las dos siguientes sentencias:

2.1. Primera Sentencia

En el año 2002, las rondas campesinas de los centros poblados de Pueblo Libre y Santa Rosa, Provincia de Moyabamba, departamento de San Martín, encontraron responsable de violación sexual, robo y homicidio a cuatro personas, para lo cual se reunieron en asamblea local, donde participó toda la población y acordaron aplicar la “cadena ronderil”.

Por estos hechos once autoridades ronderas fueron denunciadas por la Fiscalía por los delitos de usurpación de funciones y violencia y resistencia a la autoridad, siendo que la Sala de Moyabamba los condenó a tres años de prisión efectiva por los indicados delitos, así como a pagar una reparación civil a los supuestos agraviados; sin embargo la sentencia fue revocada por la Corte

Suprema de la República mediante sentencia del 09 de junio del 2004, la cual absolvió a los ronderos y ordenó su excarcelación, siendo el fundamento central de dicha sentencia que el actuar de los procesados no es doloso, dado que se encuentra normado y regulado por el artículo 149 de la Constitución Política, no habiéndose advertido con ello ningún comportamiento abusivo. Además ha señalado que según el inciso 8 del artículo 20 del Código Penal, está exento de responsabilidad penal el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, por lo que si los procesados en su condición de ronderos momentáneamente aprendieron a los presuntos agraviados, su accionar es legítimo por cuanto se enmarca dentro del artículo 149 de la Constitución; por lo que al haber concurrido una causa de justificación aunque la acción es típica pero no antijurídica, revoca la sentencia de la Sala de Moyabamba[102].

2.2. Segunda Sentencia

El segundo caso ocurre en la localidad andina de Acopara, Distrito de Huántar, Provincia de Huari, departamento de Ancash, donde se desarrollan comunidades campesinas, siendo los hechos que una mujer abandona a su esposo e hijos por los maltratos que aquél le propinaba, y se une a otro hombre en Acopara. El 20 de noviembre de 1993, el marido burlado la denuncia ante los ronderos de la localidad quienes , proceden a detenerla y a darle tratos inhumanos y humillantes, obligándole a pagar la suma de S/. 100 y a entregar la casa que ella heredó a su marido. Los sancionados acuden a la justicia ordinaria denunciando los hechos, es así que siete ronderos varones y una mujer son acusados por la Fiscalía por los delitos de coacción, extorsión y usurpación de funciones. Posteriormente los ronderos piden disculpas a los agraviados y dan a entender que no actuaron con malicia sino bajo la motivación de mantener unida a dicha familia, según sus normas del derecho consuetudinario y ancestral.

El 26 de junio de 1996 la primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ancash falla absolviendo a los ronderos, y en recurso de nulidad se eleva a la Corte Suprema que resuelve en el Expediente Nº 563-9566 y C.S. Nº 4160-96, declarando no haber nulidad de la sentencia absolutoria, de conformidad con el dictamen fiscal, sin motivar más su fallo; únicamente señalaron que los procesados actuaron aplicando normas de derecho consuetudinario y ancestral, proceder que está amparo por el artículo 149 de la Constitución Política, además se señala que el actuar estaría enmarcado en el error cultural condicionado[103].

En primer lugar, en la sentencia de la Corte Suprema referente al artículo 149 de la Constitución Política y la absolución de ronderos por los delitos de secuestro, usurpación de funciones y violencia y resistencia a la autoridad, se rescata que esta sentencia invocó el inciso 8 del artículo 20 del Código penal, que señala que está exento de responsabilidad penal el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, precisando que los ronderos actuaron al amparo de lo establecido en el artículo 149 de la Constitución Política.

En segundo lugar, se trata de la sentencia que exime de pena a ronderos por excesos con base en el artículo 149 de la Constitución y el artículo 15 del Código Penal, de donde se tiene que la Sala Superior de Ancash archiva el caso argumentando que los encausados son miembros y directivos de la ronda campesina del poblado de Acopara y como tales tomaron el presente caso con la

[102] YRYGOYEN FAJARDO, RAQUEL. "Hacia una jurisprudencia pluralista". Citado en HURTADO POZO, JOSÉ. (2007). Anuario de Derecho Penal 2006 - Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Lima, Pontifica Universidad Católica del Perú, pág. 378 y 379.

[103] YRYGOYEN FAJARDO, RAQUEL. Op. cit., págs. 397-399.

finalidad de resolver aplicando normas de derecho consuetudinario ancestral, que se encuentran consagrados en el artículo 149 de la Constitución.

El tratamiento de los hechos descritos por estas dos sentencias en relación a la realidad Ayacuchana, permite a las personas que integramos el sistema de administración de justicia ampliar nuestra perspectiva sobre este tema -administración de justicia- y las especialidades que existen, como fiel expresión de la diversidad cultural que cobija nuestra nación, pues la perspectiva de enseñanza positivista del derecho, por la herencia e importación de normas jurídicas, durante mucho tiempo han sesgado la concepción del derecho, creyendo que el único y legítimo era el impuesto por el Estado, y como tal éramos fieles defensores de tal escuela; y esta problemática se nota aun más en la rama del derecho penal, donde reina el principio de legalidad.

Si bien doctrinariamente la Constitución Política del Estado y el Código Penal, reconocen el derecho consuetudinario como una de las fuentes del derecho, esto solo queda ahí pues, en principio, al momento de aplicarse el derecho, son pocos o ninguno los casos donde se tiene en cuenta este concepto y, en segundo lugar, esta fuente resulta inútil si no se reconocen a los pueblos indígenas, llámese comunidades campesinas y rondas campesinas, las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, tal y como se hizo en las dos sentencias en comento; es decir, que efectivamente puedan conocer, avocarse, decidir y ejecutar sobre los conflictos o temas que se presentan dentro de su jurisdiccional territorial, teniendo como límite únicamente los mínimos derechos fundamentales ya que como ocurre en el caso de la segunda sentencia realizada por la Corte Superior de Justicia de Ancash, aparentemente se habrían afectado derechos fundamentales de la mujer que se le alejó de su hogar conyugal y decidió entablar otra relación con otra persona, pues no se tuvo en cuenta que esta decisión obedeció al constante maltrato del denunciante, y que en mérito a esto ella fue vejada.

Entonces, cuando se presenten este tipo de casos de afectación de los derechos fundamentales debido a que las comunidades o rondas campesinas resolvieron determinada controversia, debe establecerse en forma clara el mecanismo más conveniente para conocer en revisión estas decisiones con participación de algún representante de la comunidad que adoptó determinada decisión. Pero en todo caso, a efectos de consolidar la gobernabilidad del Estado y no permitir el caos, estas estructuras deben estar acordes con las políticas generales del Estado, y fundamentalmente con los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política del Estado y demás instrumentos internacionales.
Finalmente esta asimilación de la pluriculturalidad tiene que ser progresiva pero firme, porque sino correremos la misma suerte de otros proyectos o iniciativas de importancia que quedaron como normas promulgadas pero de nulo cumplimiento.

3. TRATAMIENTO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DEL PLURALISMO JURÍDICO

Es importante anotar las siguientes dos sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por cuanto asumen la problemática del pluralismo jurídico a este nivel planteando y desarrollan conceptos que sirven a los fines del tema propuesto, a saber:

3.1. Primera Sentencia

En primer lugar tenemos la sentencia emitida en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, S entencia del 31 de agosto del 2001.

En ella, por siete votos contra uno, se:

> *"…declara que el Estado de Nicaragua violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 139 de la indicada Sentencia".*

Además declara que el Estado violó el derecho a la propiedad, que el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas; que el Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo; que el Estado debe pagar a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la suma total de US$ 30.000 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de gastos y costas en que incurrieron los miembros de dicha comunidad y sus representantes.

Los principales argumentos y conceptos alcanzados tienen relación con la dimensión intertemporal de la forma comunal de propiedad prevaleciente entre los miembros de las comunidades indígenas, pues la Corte asume como argumento que en la audiencia pública celebrada en la sede de la Corte Interamericana los días 16, 17 y 18 de noviembre del 2000, dos miembros y representantes de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni señalaron la importancia vital que reviste la relación de los miembros de la Comunidad con las tierras que ocupan, no sólo para su propia subsistencia, sino además para su desarrollo familiar, cultural y religioso. De ahí su caracterización del territorio como sagrado, por cobijar no sólo los miembros vivos de la comunidad sino también los restos mortales de sus antepasados, así como a sus divinidades. De ahí, por ejemplo, la gran significación religiosa de los cerros, habitados por dichas divinidades. Corroborando ello en la audiencia pública ante la Corte, un perito antropólogo señaló que hay dos tipos de lugares sagrados para los miembros de la Comunidad Mayagna: los cerros, donde están los "espíritus del monte", con los cuales "hay que tener una relación especial"; y las zonas fronterizas donde se encuentran los cementerios, donde entierran sus muertos "dentro de la comunidad", a lo largo del río Wawa, "visitados con frecuencia por miembros de la comunidad", sobre todo cuando "van de cacería", hasta cierto punto como un "acto espiritual"[104]. Esta afirmación también se corroboró con otros dos peritajes.

Por otro lado se tiene que la comunidad tiene una tradición contraria a la privatización y a la comercialización y venta (o alquiler) de los recursos naturales (y su explotación). El concepto comunal de la tierra -inclusive como lugar espiritual- y sus recursos naturales forman parte de su derecho consuetudinario; su vinculación con el territorio, aunque no esté escrita, integra su vida cotidiana y el propio derecho a la propiedad comunal posee una dimensión cultural. En suma, el hábitat forma parte integrante de su cultura, transmitida de generación en generación.

[104] Testimonio del Sr. Theodore Macdonald Jr., antropólogo, ibid., pág. 67-68.

En mérito a ello concluye la Corte que:

"…Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad... Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras".

Definición incluso que es ampliada con un énfasis en la dimensión intertemporal de lo que considera la Corte caracteriza la relación de los indígenas de la comunidad con sus tierras. Sin el uso y goce efectivos de estas últimas, ellos estarían privados de practicar, conservar y revitalizar sus costumbres culturales que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria.

El sentimiento que se desprende es en el sentido de que así como la tierra que ocupan les pertenece, a su vez ellos pertenecen a su tierra. Tienen, pues, el derecho de preservar sus manifestaciones culturales pasadas y presentes, y el de poder desarrollarlas en el futuro.

De ahí la importancia del fortalecimiento de la relación espiritual y material de los miembros de la comunidad con las tierras que han ocupado, no sólo para preservar el legado de las generaciones pasadas sino también para asumir y desempeñar las responsabilidades que ellos tienen respecto de las generaciones por venir; entonces es razonable que den importancia al elemento de la conservación sobre la simple explotación de los recursos naturales. Su forma comunal de propiedad es mucho más amplia que la concepción civilista.

Estas formas de manifestación cultural y auto organización social se han concretado, a lo largo del tiempo, en normas jurídicas y en jurisprudencia, en los planos tanto internacionales como nacionales. No es esta la primera vez que la Corte Interamericana ha tenido presentes las prácticas culturales de colectividades.

De lo señalado y todo lo desarrollado hasta aquí, se tiene que las sociedades multiculturales y la atención debida a la diversidad cultural, nos parece que constituyen un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en el plano nacional e internacional. Del mismo modo, las manifestaciones culturales no pueden atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana.

3.2. Segunda Sentencia

El segundo caso se trata de la Sentencia del Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Pueblo de Saramaka Vs Surinam, Sentencia del 28 de noviembre del 2007.

Se desprende del texto de la sentencia que la demanda somete a la jurisdicción de la Corte las violaciones cometidas por el Estado contra los miembros del pueblo Saramaka, comunidad tribal que vive en la región superior del Río Surinam. Para esto la Comisión alegó que el Estado no ha adoptado medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente; que el Estado ha violado el derecho a la protección judicial en perjuicio del pueblo Saramaka al no brindarles acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente el derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales, y que el Estado no ha cumplido con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar y respetar estos derechos de los Saramakas.

Desarrollando el tema propuesto y demandado la Corte observa que el pueblo Saramaka no es indígena a la región que habitan, sino que fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam. Por lo tanto, están haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, es decir, un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones.

Su cultura es muy parecida a la de los pueblos tribales en tanto los integrantes del pueblo Saramaka mantienen una fuerte relación espiritual con el territorio ancestral que han usado y ocupado tradicionalmente. La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual.

En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca, cosecha, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos. En especial, la identidad de los integrantes del pueblo con la tierra está intrínsicamente relacionada con la lucha histórica por la libertad en contra de la esclavitud, llamada la sagrada "primera vez".

Entonces, la Corte considera que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones.

En consecuencia la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo[105].

La Corte, por lo tanto, concluye que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal protegida por el derecho internacional de los derechos humanos que garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y, asimismo, que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunalrespecto de dicho territorio. Conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá

[105]Conforme al artículo 21 de la Convención, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1, incisos 1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.

restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los siguientes requisitos:

- Hayan sido previamente establecidas por ley.
- Sean necesarias.
- Proporcionales.
- Que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.
- Cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal.

De conformidad con el artículo 1, inciso 1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías:

- Primero: el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka.
- Segundo: el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero: el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.

Dentro de este marco la Corte concluye que las concesiones madereras que el Estado ha emitido sobre las tierras de la región superior del Río Surinam han dañado el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente. Esto constituye una violación al derecho de propiedad de los integrantes del pueblo Saramaka reconocido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1, inciso 1 de dicho instrumento.

La Corte considera que el daño inmaterial que estas alteraciones causaron en el tejido de la sociedad misma del pueblo Saramaka les da el derecho de obtener una justa indemnización. Por estas razones, la Corte ordena, en equidad, que el Estado asigne la suma de US$ 600,000 a un fondo de desarrollo comunitario creado y establecido a beneficio de los miembros del pueblo Saramaka en su territorio tradicional, y por concepto de daño material abone la suma de US$ 75,000.

Por ello, por unanimidad concluye que el Estado violó, en perjuicio de los miembros del pueblo Saramaka, el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivo a nivel interno dicho derecho, de conformidad con los artículos 1, incisos 1 y 2 de la misma. El Estado violó en perjuicio de los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. El Estado violó el derecho a la protección judicial, reconocida en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar el derecho a la propiedad reconocidas en los artículos 21 y 1, inciso 1 de dicho instrumento, en perjuicio de los miembros del pueblo Saramaka.

De lo antes anotado se rescata que son los temas centrales de la sentencia el reconocimiento del derecho al uso y disfrute del pueblo de Saramaka sobre el territorio que ocupa, y el reconocimiento de su personería jurídica; esto dentro del contexto de intervención del Estado de Surinam, emitiendo o autorizando concesiones para explotaciones madereras en los territorios ocupados por el pueblo de Saramaka.

Este marco nos permite deducir que el conflicto no fue únicamente formal de reconocimiento de derechos, sino que existió fundamentalmente un conflicto de intereses económicos, derivado de la explotación de recursos naturales en dicha región entre el Estado (como ente recaudador de impuestos u otros ingresos establecidos) con el pueblo de Saramaka que debemos entender no se beneficiaba de ninguna manera con la explotación de dicho recurso; situación que también podría estar sucediendo en nuestra realidad peruana; es decir, permitir la explotación de recursos naturales sin respetar los derechos de los pueblos indígenas o tribales (como en este caso), y sin respetar normas mínimas para la preservación o conservación del medio ambiente.

Desde un punto de vista jurídico, en un Estado constitucional-democrático que reconoce la pluriculturalidad acorde a un Estado moderno, es razonable y justo el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconoce el derecho del pueblo al uso y disfrute sobre los territorios que ocupa, como una situación fáctica apreciable -primacía de la realidad-, dejando de lado aspectos meramente formales, como vendría ser el documento -según el derecho oficial- que acredite la propiedad sobre los mismos. Esto muestra el gran avance que ha tenido en los últimos años el reconocimiento en el derecho internacional de otras formas de derechos distintas al oficial de un Estado respecto a la regulación y adquisición derechos por pueblos indígenas o tribales, situación favorable que no hace sino coadyuvar al respeto y vigencia de la pluriculturalidad en determinada nación que en el marco del presente ensayo tiene suma importancia, por ejemplo, en cuanto al gran número de procesos judiciales por delitos de usurpación donde son procesados los dirigentes de comunidades campesinas y nativas, y en donde no se analizan ni consideran estos temas.

Lo mismo sucede con el caso del reconocimiento de la personería jurídica, pues al igual que cualquier otra organización social, toda comunidad merece ser reconocida pero conforme a sus propias peculariedades y naturaleza, la cual no necesariamente debe ser igual o semejante a lo impuesto por el Estado. Mas bien el Estado debe velar por el respeto y vigencia de toda forma de organización dentro de su jurisdicción, a fin de velar por los intereses de las mayorías y minorías, llámese pueblos indígenas o tribales; solo así se podrá conseguir la efectiva vigencia de un Estado democrático.

En esta misma línea, es necesario resaltar que la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar con dicha comunidad activamente, según sus costumbres y tradiciones.

Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso.

El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.

También es rescatable que la sentencia dispone que el Estado debe eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka y adoptar en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias para reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales.

4. SENTENCIAS DE TRIBUNALES EXTRANJEROS

La Corte Constitucional de Colombia ha emitido varias sentencias tratando el pluriculturalismo que cobija dicho Estado en cuanto la resolución de temas de naturaleza penal y otros. Revisando la página web de dicha Corte y la publicación del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (INCANH) para la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU)[106], se rescatan las siguientes sentencias que, conforme a su desarrollo y temas tratados, servirán para los fines del presente trabajo:

4.1. Expediente Nº C-370-02. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley Nº 599 del año 2000 o Código Penal. Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango. Bogotá, D.C., 14 de mayo del 2002[107].

Dicha sentencia resuelve declarar EXEQUIBLE la expresión "diversidad sociocultural" del artículo 33 de la Ley Nº 599 del año 2000 o Código Penal, bajo los siguientes dos entendidos:

- Que la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente.
- Que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado en esta sentencia.

Siendo los fundamentos principales los siguientes: se sostiene que en la situación actual del país, los pueblos indígenas son los grupos humanos que reúnen claramente las anteriores características de tener un medio cultural definido y autoridades propias reconocidas por el Estado.

[106] El Instituto Colombiano de Antropología e Historia (INCANH), para la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU). Bogotá, 2008.

[107] Según el Código Penal Colombiano, Ley Nº 599 del 24 de julio del 2000: "Artículo 33. Inimputabilidad. Es imputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental. Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. (El subrayado es nuestro).

Así, no sólo sus territorios son entidades territoriales, y por ende, esas comunidades tienen derecho a gobernarse por autoridades propias sino que, además, la Carta autoriza a esas autoridades a ejercer funciones judiciales.

En ese sentido, el estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente, ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión; en estos casos el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva. De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez sicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente.

En esos eventos el Código Penal no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista sino que prevé medidas de seguridad[108] , que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello el estatuto punitivo no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente. Basta entonces que su conducta sea típica, antijurídica, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad.

En tales circunstancias se argumenta que, en términos estructurales, en el Código Penal había dos tipos de hechos punibles, "esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)".

Para la aplicación directa del principio de igualdad y por el sentido mismo de la figura de la inimputabilidad, en aquellos eventos en que un indígena o un miembro de otra minoría cultural haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe comenzar por examinar si concurren algunas de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición. Por consiguiente, si existe el error invencible de prohibición, entonces todo individuo en esas circunstancias debe ser absuelto y no declarado inimputable, pues desconocería la igualdad y la finalidad misma de la existencia de la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural que en esos eventos el indígena o el miembro de una minoría cultural fuese objeto de una medida de seguridad, mientras que otra persona, en esas mismas circunstancias, es absuelto.

Si se precisa que la inimputabilidad por diversidad sociocultural no deriva de una incapacidad de la persona sino exclusivamente de su cosmovisión diferente, entonces es posible eliminar los posibles

[108] "Artículo 73. La reintegración al medio cultural propio. Cuando el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural, la medida consistirá en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a que pertenezca. Esta medida tendrá un máximo de 10 años y un mínimo que dependerá de las necesidades de protección tanto del agente como de la comunidad. La cesación de la medida dependerá de tales factores. Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca razonablemente que no persisten las necesidades de protección. En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito". (El subrayado es nuestro).

efectos peyorativos y sancionadores de la figura, conservando sus virtudes en términos de protección y tutela de quienes son culturalmente diversos. En efecto, en ese evento la persona ha incurrido en un error de prohibición y en principio es razonable concluir que ese error era invencible pues la persona, debido a su diversidad cultural, carecía en ese momento de la posibilidad de comprender la ilicitud de esa conducta.

En tales condiciones, no resultaría compatible con un derecho penal culpabilista imponerle una sanción, puesto que a ella, en sus circunstancias específicas, no podía exigírsele que dejara de realizar un comportamiento cuya ilicitud no comprendía.

Ahora bien, en el presente caso, si la finalidad del legislador colombiano al establecer la inimputabilidad era proteger la diversidad cultural, entonces podría considerarse que el Congreso incurrió en un exceso punitivo, puesto que hubiera podido obtener esos mismos propósitos con un dispositivo menos invasivo en términos de política criminal, en la medida en que bastaba reconocer la inculpabilidad de los agentes cuando éstos incurren en un error de prohibición culturalmente condicionado.

En efecto, la consagración de esa forma de inculpabilidad sustrae a las personas y grupos culturales diversos del ejercicio del poder penal, con lo cual el Estado evita criminalizar la diversidad cultural. Por el contrario, el recurso a la figura de la inimputabilidad mantiene a la persona que no comparte los valores culturales mayoritarios en el ámbito del derecho penal, puesto que posibilita la imposición de medidas de seguridad a aquellos individuos que realizan una conducta típica y antijurídica pero no culpable.

Ahora bien, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado en anteriores oportunidades[109] que el concepto de inimputable en la dogmática penal tiene en general un sesgo peyorativo, pues hace referencia a individuos que carecen de la capacidad para comprender la ilicitud de un acto o para poder determinarse de acuerdo con esa comprensión debido a la disminución, temporal o permanente, de sus capacidades intelectuales, valorativas o volitivas, ya sea por inmadurez mental o por una alteración sicosomática. La calificación de inimputable implica entonces un cierto juicio de disvalor, puesto que implica una especie de protección paternalista de las personas que tienen esas calidades.

Así las cosas, si conforme a la Carta todas las culturas son iguales, parece inconstitucional que la ley defina como inimputable a quien incurre en un error cultural en la valoración de un comportamiento y no comprende entonces su ilicitud, pues esa calificación tiene inevitablemente una connotación despectiva en contra de las culturas minoritarias

4.2. Expediente Nº T-1294-05, Acción de tutela instaurada por Daniel Corpus Chilo contra el Cabildo Indígena de Pioyá y la Aguada San Antonio en el Municipio de Caldono Cauca. Bogotá, D. C., 07 de diciembre del 2005.

Siendo los hechos que la pena le fue impuesta por medio del Acta del 01 de julio del 2004, por la comunidad del resguardo indígena de Pioyá, y aprobada por medio de la Resolución Nº 01 del 02 de julio de 2004, dentro de la cual intervinieron los cabildos indígenas de Pioyá y de San Antonio La

[109] Ver, entre otras, las sentencias C-176 de 1993 y T-496 de 1996.

aguada, por ser el lugar en donde se cometió el ilícito, decisión que es considerada injusta por el demandante[110].

La Corte Constitucional Colombiana, frente al caso descrito sumariamente, ha resuelto revocar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Santander (Cauca) y dejar firme la decisión tomada por la Asamblea General de los Cabildos de Pioyá y la Aguada de Caldono del 01 de julio del 2004, eliminando la última parte de tal decisión en relación a la inexistencia de beneficios durante la condena del accionante, siendo los fundamentos los que se resumen a continuación.

Se inicia señalando que dos factores son importantes a la hora de establecer cuándo adquieren competencia las autoridades indígenas para definir un asunto que afecta el bienestar de la comunidad: uno es el factor personal, es decir la circunstancia de que la persona que va a ser juzgada pertenezca a la comunidad indígena respectiva, pues es precisamente tal pertenencia la que concede la identidad cultural que genera el fuero especial; el otro factor es el territorial, vale decir, el hecho de que la situación que se va a juzgar haya tenido lugar dentro de la comunidad indígena.

En consecuencia, se ha concluido que para que opere la jurisdicción indígena es imprescindible que la conducta sometida a su conocimiento pueda ser reconducida a un ámbito cultural en razón de la calidad de los sujetos activos y pasivos del territorio en donde tuvo ocurrencia, y de la existencia en el mismo de una autoridad tradicional con vocación para ejercer la jurisdicción de acuerdo con las normas y procedimientos de la comunidad.

La comunidad indígena actuó de conformidad con sus usos y costumbres pues se trataba de un delito altamente penalizado y sancionado por ellos, como era el de homicidio agravado. En efecto, la pena de 40 años para tal ilícito no se aprecia exagerada a la luz de las costumbres paeces, pues la pena de 40 años para el homicidio agravado no es contraria, como lo dice el accionante, a lo dispuesto por la ley penal ordinaria, pues el Código Penal Colombiano consagra para el homicidio agravado una pena máxima de la misma cuantía, conforme al artículo 104 del Código Penal Colombiano.

Así pues, los límites mínimos que el respeto a los derechos humanos impone a las autoridades indígenas a la hora de administrar justicia se encuentran en aquello que "verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre", es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas.

4.3. Expediente Nº T-778-05, Acción de tutela instaurada por Ati Seygundiba Quigua Izquierdo contra Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección A. Bogotá, D.C., 27 de julio del 2005.

Siendo que la accionante interpuso la acción de tutela como mecanismo transitorio por violación a su derecho al debido proceso. Estima que la acción es procedente teniendo en cuenta que el fallo de

[110]El artículo 246 de la Constitución establece la jurisdicción indígena en los siguientes términos: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional".

segunda instancia respecto de la providencia acusada puede producirse por fuera del período en que la tutelante fue elegida como Concejal de Bogotá. La demandante considera que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha violado su derecho al debido proceso y que el fallo del 02 de septiembre del 2004 constituye una vía de hecho.

Al respecto la Corte concluye que es contrario al derecho a la identidad cultural excluir a una indígena que postuló con la aceptación de la Registraduría competente, de una lista electoral por la cual votaron libremente los ciudadanos de la correspondiente circunscripción, con base en que la elegida no reúne el requisito de edad fijado por un decreto, si dentro de la cosmovisión del pueblo indígena al cual pertenece su edad es suficiente para ejercer plenamente sus derechos, incluidos los de representación política. La sentencia que no aplicó la excepción etnocultural para impedir dicha exclusión incurre en una vía de hecho por defecto sustantivo. También incurre en una vulneración al debido proceso por defecto fáctico la sentencia que omita establecer si una persona que alega ser indígena realmente lo es cuando dicha condición es determinante para resolver el caso.

El derecho a la identidad cultural como un derecho que se deriva del principio a la diversidad étnica y cultural establecido en el artículo 7 de la Constitución, ha sido concebido como un derecho fundamental de las comunidades indígenas y, por lo tanto, un derecho de naturaleza colectiva. El mencionado derecho se materializa, entre otras manifestaciones, en la medida en que las comunidades que no ostentan los valores culturales y sociales de la sociedad mayoritaria puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo. Ello implica que también los individuos que pertenecen a una comunidad indígena puedan expresarse y autodeterminarse de acuerdo con su cosmovisión cultural dentro y fuera de sus territorios.

Entonces, el derecho a la identidad cultural se proyecta en dos dimensiones: una colectiva y otra individual. La primera se trata de la protección constitucional que se le otorga a la comunidad como sujeto de derechos, y la segunda se refiere a la protección que se le otorga al individuo para poder preservar el derecho de esa colectividad. Lo anterior comprende dos tipos de protección a la identidad cultural: una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho, y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad. La protección a la identidad cultural de la comunidad como sujeto de derechos no supone que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad, ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece.

Los límites que la jurisprudencia colombiana ha establecido al derecho a la identidad cultural han comprendido el respeto al derecho a la vida, la prohibición a la tortura, la responsabilidad individual por los actos y la proporcionalidad de la pena a la gravedad de la falta.

En varias ocasiones se ha aplicado la excepción por diversidad etnocultural a reglas de alcance general que rigen para el resto de la comunidad, si bien dicha Corte ha denominado dichas excepciones de distinta manera. Por ejemplo, la Sentencia C-370 del 2002 revisó la constitucionalidad de los artículos 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley Nº 599 del 2000 o Código Penal antes anotada. Las normas demandadas establecen la inimputabilidad por diversidad sociocultural. A la luz de las normas juzgadas por dicha sentencia, la diversidad sociocultural puede ser un factor de inimputabilidad penal por el cual si una persona comete un hecho punible pero no logra comprender su ilicitud debido a ciertos factores culturales, entonces debe imponérsele una medida de seguridad consistente en el reintegro a su medio sociocultural.

El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas es un derecho que se proyecta más allá del lugar donde está ubicada la respectiva comunidad. Esto obedece a que el principio de diversidad étnica y cultural es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional, ya que es un principio definitorio del Estado social y democrático de derecho. Es este un principio orientado a la inclusión dentro del reconocimiento de la diferencia, no a la exclusión so pretexto de respetar las diferencias.

Concluir que la identidad cultural solo se puede expresar en un determinado y único lugar del territorio equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación. Las diversas identidades culturales pueden proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional, puesto que todas son igualmente dignas y fundamento de la nacionalidad. La opción de decidir si es conveniente o no dicha proyección sobre el momento, la forma y los alcances, corresponden a cada pueblo indígena en virtud del principio de autodeterminación. Un ejemplo de esta proyección es la Sentencia C-350 de 1994. Si bien la sentencia no hace referencia a las comunidades indígenas directamente, sí comprende la aplicación del principio de diversidad étnica y cultural por fuera del ámbito de los territorios indígenas, limitando las decisiones del Congreso de la República Colombiana en todo el territorio nacional.

En la sentencia se consideró que la participación del Presidente de la República en la consagración oficial del país al sagrado corazón quebrantaba el principio de diversidad étnica y cultural de la nación, por ser el Jefe de Estado símbolo de la unidad nacional. Detrás de la anterior decisión subyace el principio de multiculturalismo de la nación cuya aplicación rebasa el ámbito de los territorios indígenas y del cual se derivan prohibiciones para las diversas autoridades nacionales.

Existen otros derechos de las comunidades indígenas que sí se encuentran circunscritos al territorio. Por ejemplo, el derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas previamente respecto de las decisiones relativas a la exploración y explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Como el derecho a la identidad cultural en el ejercicio de la representación política no se encuentra circunscrito a un ámbito territorial ni anulado por la pertenencia a un movimiento político que no es exclusivamente indígena, la tutelante puede ejercer dicho derecho de acuerdo a las costumbres de su comunidad. Las costumbres de la comunidad arhuaca, como se ha constatado en esta providencia, permiten que las mujeres ejerzan sus derechos políticos y sus responsabilidades sociales una vez que hayan pasado por los ritos que las convierten en mujeres adultas, como efectivamente la tutelante lo ha hecho.

CONCLUSIONES

1. El Perú no es un Estado con una población homogénea; más bien evidencia una diversidad cultural manifiesta, y esta diferencia se acentúa por aspectos de educación, pobreza y comunicación.

2. Si la nación peruana no es homogénea, el derecho debe expresar tal diversidad, ya que el derecho, por definición, es la expresión de un fenómeno cultural.

3. Las comunidades campesinas y nativas sólo son una forma de manifestación de la diversidad cultural de nuestro país, pues están circunscritas únicamente al ámbito de su territorio, cuando la realidad muestra muchas más manifestaciones de tal diversidad cultural.

4. El conocimiento de la norma tiene que presentarse en condiciones de homogeneidad para poder reprochar al agente haber actuado de otra manera, pues de no ser así es muy difícil que su actuación fue antijurídica. Siendo ello así, es muy complicado que con relación a las personas que por razón de su cultura no practican el derecho oficial, se afirme que frente a la comisión de un evento ilícito hayan actuado antijurídicamente.

5. El artículo 15 del Código Penal, que prevé el error de comprensión culturalmente condicionado, no es suficiente para solucionar la problemática de la diversidad cultural en el derecho penal, pues al acoger la doctrina del error de prohibición, su aplicación está condicionada a la advertencia de una error invencible y que esto, por definición, significa que el agente ha incurrido en tal situación -error- por su cultura al no haber comprendido el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa, con lo cual no se aplica en su real dimensión la diversidad cultural reconocida por la Constitución Política. Corrobora esta conclusión que de advertirse que el error fue vencible, sólo se atenuará la pena.

6. El artículo 15 del Código Penal prevé la incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse según esta apreciación por razones de cultura o de costumbre, siendo la causa de incapacidad los patrones culturales del agente que son diferentes a los que se hallan en la base del Código Penal, los que "afectan gravemente su concepto de la realidad", por lo que no puede ser tratado de la misma manera que quien se haya debidamente integrado a la cultura dominante.

7. Entonces, aun cuando el agente no sabe que comete un acto delictuoso se le exime de pena no porque obra bajo la influencia de un error inevitable sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, sino porque es incapaz de comportarse de acuerdo con cánones culturales que le son extraños, ya que la determinación de si una persona es capaz depende, en principio, de criterios culturales y no sólo biológicos o psicológicos.

8. El sustento jurídico para aplicar y establecer normas que respeten la diversidad cultural peruana desde la óptica del derecho penal tiene como sustento lo establecido por el Convenio 169 de la OIT que ha sido ratificado por el Perú y la Constitución Política del Estado. A esto se suman las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la jurisdicción nacional y del derecho comparado.

9. La aspiración tradicional del Estado de tener una nación homogénea se contrasta con la realidad nacional y, en especial, con la realidad de la Provincia de Huamanga, donde los pobladores de las comunidades campesinas no sólo practican una cultura y costumbres distintas al derecho oficial, sino que además son mayormente pobres, analfabetos, con condiciones desventajosas para acceder a la información y con un lenguaje -código de comunicación- distinto; situación fáctica que no hace sino acentuar las diferencias entre el derecho de la cultura oficial y el de las minorías.

10. El ordenamiento jurídico nacional no contempla ningún dispositivo legal relacionado a las personas de las culturas minoritarias que resultan víctimas de la comisión de algún ilícito penal y, más bien, todo está orientado a aplicárseles las mismas normas del derecho oficial para solucionar este tipo de conflicto jurídico, como si se tratara de una situación homogénea. Esta observación acentúa la situación vulnerable en la que se encuentran estas poblaciones.

BIBLIOGRAFÍA

• ALEXY, ROBERT. (2007).
Teoría de la Argumentación Jurídica, Lima, Palestra.
• ATIENZA, MANUEL. (2003).
El Sentido del Derecho. Barcelona, Ariel.
• BACIGALUPO, ENRIQUE. (2004).
Derecho Penal. Parte general. Lima, Ara Editores.
•BALLON AGUIRRE, FRANCISCO. (2002).
Justicia Comunitaria en los Andes. Cuzco, Allpanchis.
• BASADRE, JORGE. (1937).
Historia del derecho peruano. Lima, Ed. Atenea S.A.
• BRANDT, HANS-JURGEN. (1987).
Justicia Popular. Lima, Fundación Friedrich Nauman.
• BOBBIO, NORBERTO. (2005). T
eoría General del Derecho. Bogotá, Themis.
• BUSTOS RAMIREZ, JUAN. (2004).
Obras completas. Tomo I y II: Derecho Penal. Lima, Ara Editores.
• CASTILLO, PEDRO; DIEZ, ALEJANDRO; BURNEO, ZULEMA; URRUTIA, JAIME; DEL VALLE, PABLO. (2007).
¿Qué sabemos de la comunidades campesinas? Lima, Allpa.
• CEREZO MIR, JOSÉ. (2008).
Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Euros Editores.
• UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. (1999).
Código Penal Alemán de 1871 con la reforma de 1998. Traducido por Claudia López Díaz. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
• FERRAJOLI, LUIGI. (1995).
Derecho y Razón. Madrid, Editorial Trota.
• FONTAN BALESTRA, CARLOS. (2001).
Derecho Penal - Introducción y parte general. Buenos Aires, Lexis.
• HURTADO POZO, JOSÉ. (2006).
Anuario de Derecho Penal 2005. Interpretación y aplicación de la ley penal. Lima, Pontifica Universidad Católica de Perú.
• HURTADO POZO, JOSÉ. (2007).
Anuario de Derecho Penal 2006. Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Lima, Pontifica Universidad Católica de Perú.
• HURTADO POZO, JOSÉ. (2005).
Manual de Derecho Penal. Parte General. Lima, Edit. Grijley.
• JAKOBS, GUNTHER. (1997).
Derecho Penal. Parte General. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas.
• JAKOBS, GUNTHER y EBERHARDST, RUENSEE. (1998).
Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno. Buenos Aires, Edit. Hamurabi.
• MATOS MAR, JOSÉ. (1970).
"Dominación, desarrollos desiguales y pluralismo en la sociedad y cultura peruanas". En: Perú Actual (Sociedad y Política). México, Instituto de Investigaciones Sociales.
• MIR PUIG, SANTIAGO. (2003).
Introducción a las Bases del Derecho Penal. Buenos Aires, Edit. Bosch.
• MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. (1975).
Introducción al Derecho Penal.Barcelona, Edit. Bosch.

• MUÑOZ, PAULA y ACEVEDO, ANGELA. (2007).
La Justicia Local en Chota y San Marcos-Cajamarca. Lima, Programa Projur.
• PAJUELO, RAMÓN y SANDOVAL, PABLO. (2004).
Globalización y diversidad cultural. Lima, Instituto de estudios Peruanos.
• ROXIN, CLAUS. (1997).
Derecho Penal. Parte General. Madrid, Editorial Civitas.
• ROXIN, CLAUS. (2007).
La Teoría del delito en la discusión actual. Lima, Grijley.
• SAN MARTIN CASTRO, CÉSAR. (2001).
Derecho Procesal Penal. Lima, Grijley.
• SCHÜNEMANN, BERND. (2000).
Sobre el estado de la teoría del delito. Madrid, Cuadernos Civitas.
• VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE, (2007).
Derecho Penal. Parte General. Lima, Grijley.
• WELZEL, HANS. (1970).
Derecho Penal Alemán. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
• YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL. (2000).
"Rondas Campesinas y Pluralismo Legal: Necesidad de Reconocimiento Constitucional y Desarrollo Legislativo". En: Revista Pena y Estado. Nº 4. Buenos Aires, INECIP y Editorial el Puerto.

ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

SEGUNDO PUESTO
(Empate)

ENTRE COBRIZOS Y BRONCEADOS:
Una Visión Regional de Acceso a la Justicia

Dr. WILBER BUSTAMANTE DEL CASTILLO

Sumilla de la Hoja de Vida del Dr.
WILBER BUSTAMANTE DEL CASTILLO

Abogado, con estudios de Doctorado en la Universidad Católica Santa Maria de Arequipa y en el Programa de Doctorado en Derecho "Sociedad Democrática Estado y Derecho", de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, España.

El doctor Bustamante Del Castillo tiene estudios de Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil en la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco y Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Vocal de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de la Corte Superior de Justicia del Cusco, es Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco y docente en la Academia de la Magistratura.

ENTRE COBRIZOS Y BRONCEADOS:
Una Visión Regional de Acceso a la Justicia

INTRODUCCIÓN
Explorando problemas y escenarios

En la variada concepción sobre los Derechos Fundamentales[111] , sin mayores debates y resistencias, se admite que su titularidad corresponde a los individuos como personas y como ciudadanos. El debate se ha mudado hacia otros reductos[112] . La sola titularidad resulta siendo insuficiente e ineficaz para la realización de los derechos fundamentales.

El enfoque mismo de algunos estos derechos, como el acceso a la justicia, ha venido cambiando. Sus baterías ya no están concentradas en destacar su titularidad sino en volverlas accesibles.

Esta accesibilidad de los derechos fundamentales, para ciertos sectores histórica y secularmente excluidos del escenario visible y oficial, supone enfrentar una suerte de escollos dramáticos y hasta kafkianos. En nuestro país, estos sectores no constituyen precisamente una minoría sino que, en más de una región, constituyen una inadvertida mayoría.

Casi todos sus miembros son portadores de algunas características comunes que los hacen invisibles, inclusive a plena luz del día. Suelen comunicarse en un idioma distinto al español, tienen acentuados rasgos cobrizos o indígenas y usualmente están al borde de la supervivencia.

La discriminación es una verdad incómoda en nuestro país, aun cuando no tiene el mismo origen ni proporción ni contenido. La discriminación que ocurre en Lima no es similar a lo que ocurre en Huancavelica o en el Cusco.

[111]Luigi Ferrajoli, desde una perspectiva puramente formal o estructural, señala que los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadano o personas con capacidad para obrar. Entiendo por "derecho subjetivo" - continua Ferrajoli- cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por "estatus", la condición de un sujeto, provista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos en ejercicio de estas. Esta es una definición formal o estructural, por cuanto prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tuteladas mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación. En: FERRAJOLI, LUIGI. (2001). Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Madrid, Editorial Trotta, pág. 19.

[112]De acuerdo a ALEXY, por ejemplo, las cuestiones acerca de cuáles derechos tiene el individuo como persona y como ciudadano de una comunidad, de a que principios está sujeta la legislación estatal y qué es lo que exige la realización de la divinidad humana, la libertad y la igualdad constituyen grandes temas de la filosofía práctica y puntos polémicos centrales de las luchas políticas pasadas y presente. En ALEXY, ROBERT. (1997). Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 21.

Las propias barreras culturales que inciden en el acceso a la justicia, difieren entre la Costa norte y la Sierra sur, entre una región y otra.

En este escenario, debemos admitir que las regiones afrontan sus propios y particulares problemas sobre el acceso a la justicia y la discriminación. Esto es lo que ocurre también en la región del Cusco, donde a pesar de su invisibilidad, existen indígenas quechuahablantes que afrontan sus propias peripecias cuando deben acceder al órgano jurisdiccional.

Este es el problema que pensamos afrontar en este ensayo, de manera que quizás el titulo de este trabajo debió ser "Acceso a la justicia formal[113] y discriminación en la Región del Cusco".

[113]Aun cuando existen sistemas de justicia comunales o consuetudinarios, reconocidos por la propia constitución, que deberían ser considerados como sistemas de administración de justicia formales, para fines de este trabajo vamos a considerar a estos sistemas como sistemas administración de justicia informal o consuetudinario. ANA TERESA REVILLA señala al respecto: "Cuando se habla de administración de justicia informal, se hace en contraposición a las instancias reconocidas por el Estado para resolver conflictos. El reconocimiento alcanzado por las instancias de resolución de conflictos a nivel constitucional (Constituciones Políticas de Colombia artículo 246, Bolivia 171, y Perú 149) e internacional (Convenios 107 y 169 de la OIT), nos llevaría a pensar que muchas de ellas ya no son "informales". Sin embargo, dada la oposición manifestada explícitamente por la mayoría de las autoridades policiales, políticas y judiciales a los distintos sistemas de resolución de conflictos, en la práctica estos devienen en sistemas informales". En: REVILLA, ANA TERESA.
La Administración de Justicia Informal en el Perú. En http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti8.htm. (último acceso 18 de octubre del 2008).

CAPÍTULO I

LA DISCRIMINACIÓN

1. LA LEY DEL MÁS DÉBIL

La discriminación, esencialmente, incide en el derecho fundamental a la igualdad. Los derechos fundamentales, entre loas que se incluye el derecho a la igualdad, en la perspectiva de Danilo Zolo[114] , son una categoría meta-jurídica, toda vez que dicha noción no pertenece al léxico normativo de ningún texto constitucional, ni de ningún ordenamiento jurídico moderno.

En este sentido señala que con el término "derechos fundamentales" (*Grundrechte*), ciertos teóricos del derecho Europeo se refieren, genéricamente, a las libertades "fundamentales". En la filosofía política angloamericana John Rawls, por ejemplo, emplea una expresión distinta: "libertades fundamentales" (*basic liberties*) para referirse a la tradición que, partiendo del *habeas corpus*, llega hasta las constituciones liberales democráticas contemporáneas. También Ronald Dworkin suele emplear el término *rights* (o, como mucho, *moral rights*,) sin ulteriores cualificaciones.

Gregorio Peces Barba, quien precisamente ha dedicado un abultado volumen a los derechos fundamentales, afirma emplear tal noción sustancialmente como equivalente a la de "derechos del hombre". La necesidad de la vigencia de los derechos fundamentales[115] , aun como categoría meta-jurídica, proporciona algunas buenas razones para abordar el fundamento de estos derechos. En este sentido formularemos una pregunta cuya aparente simplicidad nos permitirá deambular por algunos bajos fondos del derecho (algo de Filosofía del Derecho o Teoría General del Derecho): ¿cuál es el fundamento y para qué sirven los derechos fundamentales?

De Cabo y Pisarello[116] señalan que los derechos fundamentales son valiosos en tanto contribuyan a la paz, a la igualdad, al aseguramiento de la democracia y, sobre todo, a la protección de los más débiles. Las tres primeras funciones, de hecho, podrían reconducirse hacia esta última.

En efecto, afirman que junto a la declarada adhesión al principio kantiano de la dignidad de la persona, de su valor como fin y nunca como medio, parece latir una suerte de utilitarismo negativo. Sería moralmente aceptable aquello que contribuyera a minimizar la opresión de los débiles física, política, cultural o económicamente.

[114]ZOLO, DANILO. "Libertad, Propiedad e Igualdad en la Teoría de los Derechos fundamentales: A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli". En: FERRAJOLI, LUIGI. (2001). Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Madrid , Editorial Trotta, pág. 75.

[115]La visión del genetista y polémico premio Nóbel JAMES WATSON, aun cuando deplora de los derechos fundamentales, no es ajena en un sentido práctico a la idea de una satisfacción de estas necesidades (o derechos fundamentales): "Me gustaría dejar de hablar de 'derechos' o de 'inviolabilidad'. Digamos mejor que los humanos tienen necesidades y que, como especie social, debemos intentar satisfacer las necesidades humanas como la alimentación, la educación o la salud. En esta dirección debemos trabajar. Tratar de darle más sentido del que merece, en un plano cuasi místico, quedar para Steven Spielberg y gente así. Son castillos en el aire. Es decir chorradas." Citado por FUKUYAMA, FRANCIS. (2002). El fin del hombre. Barcelona, Ediciones B, pág. 175.

[116]DE CABO, ANTONIO y PISARELLO, GERARDO. "Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales". En: FERRAJOLI, LUIGI. (2001). Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Madrid, Editorial Trotta, pág. 9.

No es difícil, a partir de estas ideas, concluir con una sugestiva frase propuesta también (más bien como subtítulo) por De Cabo Y Pisarello: El fundamento perdido de los derechos fundamentales debe ser concebido como la ley del más débil.

Esta óptica sugerente, como señalamos, es la que nos servirá de norte en nuestro enfoque. De este modo, no debiera preocuparnos mucho el acceso a la justicia de la población en su conjunto. Las personas con recursos (económicos y de los otros) no tienen mayores inconvenientes para acceder a la justicia. Pueden, si quieren, acudir al órgano jurisdiccional o a algún mecanismo alternativo para solucionar sus conflictos. Alguno de estos mecanismos de solución de conflictos como el arbitraje, inclusive, ha sido diseñado para ellos como una suerte de "justicia a la medida".

El tema apunta hacia otros lados, hacia los débiles, los desprotegidos, los excluidos, hacia las personas que por un conjunto de razones que trataremos de escribir y desarrollar, no pueden acceder a la justicia (nos referimos a la justicia formal) o, cuando finalmente acceden, no pueden hacerlo en igualdad de condiciones.

1.1 ¿Todos somos iguales?

Una respuesta a esta pregunta dependerá del modo cómo es entendida la igualdad en el derecho. Por lo pronto, debemos señalar que existen múltiples facetas de esta igualdad. Se señala, por ejemplo, que todos los hombres nacen o son iguales (igualdad política), que todos los hombres son iguales ante la ley (igualdad ante la ley). Frente a una vieja concepción feudal llena de privilegios, se señala que los hombres tienen iguales derechos y, en este sentido, todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derecho (igualdad de derechos). La igualdad de oportunidades, y una menos desarrollada igualdad de hecho, constituyen también algunas de las caras que tiene la igualdad en el derecho.

Un tema como la discriminación suele afrontar cada una de estas caras, negando el supuesto de una igualdad entre los hombres en por lo menos alguna de estas facetas.

Desde una perspectiva parcialmente ajena a la idea jurídica de igualdad, asumir la plena igualdad de los hombres no ha sido un tema en el que hayan existido consensos. La historia ha sido pródiga en otorgarnos ejemplos de ideologías y prejuicios "científicos", para ver ciertas diferencias entre unas personas y otras; en mostrarnos que las personas no son iguales, en la medida que existen razas superiores a otras; visiones ideológicas sustentadas en religiones, corrientes filosóficas y hasta intentos científicos[117] que permitan observar estas diferencias.

[117]Son célebres, por ejemplo, las afirmaciones de JAMES WATSON y anteriores trabajos de PAUL BROCA quien, para demostrar científicamente la superioridad de algunas razas, empezó a medir el tamaño del cráneo y la masa encefálica de las diversas razas, entre las que se encontraban indios sudamericanos, cuyo tamaño cerebral -para este craneómetra- resultaba inferior al promedio europeo. Este intento al final fue desafortunado, entre otros, porque los cráneos de los esquimales resultaban más grandes que el promedio europeo.
Ver: GOULD, STEPHEN JAY. (1988). La Falsa medida del hombre. Buenos Aires, Ediciones Orbis. Carl Sagan, rescatando la vocación científica de BROCA, dijo al respecto: "Fue el propio Broca, cuyo cerebro tenía yo ahora en mis manos, quien creó la macabra colección que había estado contemplando. Habían sido objeto de su estudio embriones y monos, gentes de todas las razas, midiéndolo todo enloquecidamente en un supremo esfuerzo por comprender la naturaleza profunda del ser humano. Y a pesar del aspecto presente de la colección y de mis recelos no fue, al menos de acuerdo con los patrones de su tiempo, mas patriotero o más racista que otros y ciertamente no ofreció un apoyo incondicional al racismo con sus teorías y menos aun con sus actos.

El debate, vinculado a temas de inteligencia y de dominio posterior de unos hombres sobre otros, continua. Fukuyama[118] advierte la presencia de alas conservadoras e izquierdistas al respecto. Hay quienes niegan la posibilidad de que los hombres sean inteligentes por razones genéticas y, otros que perciben una decisiva influencia genética en la inteligencia. El debate es interesante e inacabado, en la medida que a partir de este hecho se puede advertir por lo menos que algunos hombres estarían diseñados o se podrían diseñar para que puedan dominar a los otros.

Un tema así no es ajeno a nuestro medio. Entre los distintos factores que hacen que una persona, por decir, sea más inteligente a otra, cabe destacar los factores ambientales. Es casi un consenso que quien carece de una buena alimentación o de una buena educación durante los primeros años de vida, difícilmente lograra un desarrollo intelectual competitivo.

Temas así deben preocuparnos y deben ser objeto de preocupación del Estado. Pensemos que en nuestro país existen ciertos sectores excluidos que están al borde de la supervivencia y que, bajo este supuesto, sería previsible que estuvieran condenados a la dominación y al oprobio.

La denominada pobreza crónica en la que están sumidos ciertos sectores excluidos, es absolutamente mezquina para propiciar ciertos factores ambientales propicios para el desarrollo de la inteligencia. En perspectiva, esta situación probablemente no les permita un mejoramiento de su situación económica y su estatus social, hecho este que podría implicar -como de algún modo ocurre- una continuidad en la segregación hacia estos sectores, contribuyendo con su frecuente invisibilidad

Situaciones así no hacen sino alimentar pasiones racistas y discriminatorias. La idea de la igualdad parte también por la creación de ciertas condiciones propicias u oportunidades más o menos similares para todos, incluyendo estos sectores excluidos.

1.2. Un acercamiento a la idea de discriminación

María Barrere Unzueta, profesora de la Universidad del País Vasco, señala que:

> *"Discriminar es un verbo con dos sentidos diversos. Por un lado, en su sentido originario, significa simplemente distinguir o diferenciar, en este caso, el empleo del término es neutro, debido a que, en principio, efectuar distinciones o diferenciaciones (también entre personas) no tiene porque llevar aparejadas connotaciones positivas o negativas. Sin embargo 'discriminar' también ha adquirido en la actualidad y especialmente en el discurso jurídico del siglo XX, connotaciones peyorativas que acercan su significado al de palabras como 'parcialidad', 'prejuicio', 'favoritismo', 'fanatismo' o 'intolerancia'. En esta última acepción 'discriminar significará, si distinguir, o diferenciar, pero -dicho rápidamente- para mal o negativamente' en este caso el empleo del término es neutro"*[119].

La desigualdad, en suma, no es per se un sinónimo de discriminación. Para que ocurra lo último no solo debe existir una desigualdad, sino que ésta debe ser particularmente odiosa.

El científico frío, poco cuidadoso y desapasionado, no toma en consideración las consecuencias humanas que puedan derivarse de su trabajo. BROCA siempre las tuvo muy en cuenta". En: SAGAN, CARL. (1981). El cerebro de Broca. Barcelona, Ed. Grijalbo, pág. 9.

[118] FUKUYAMA, FRANCIS. Op. cit.

[119] BARRERE UNZUETA, MARÍA ÁNGELES. (1997). Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y Acción Positiva a favor de las mujeres. Madrid, Editorial Civitas, pág. 19.

Esta idea de desigualdad odiosa, sustentada entre otras causas por el prejuicio, es la que puedo observarse en la Región del Cusco, cuando algunas de las personas de ciertos grupos excluidos pretenden acceder al sistema formal de justicia.

1.3. Personas con buena presencia: la discriminación y sus clases

Durante las últimas generaciones, buena parte de los jóvenes cobrizos que pretenden acceder al mercado laboral tropiezan con un hecho que los excluye indirectamente: "Se requiere jóvenes o señoritas con buena presencia".

La idea de buena presencia, por lo general, no va con ellos. Es un término que ha sido creado esencialmente para los jóvenes blancos o a lo sumo para algunos jóvenes mestizos. La discriminación, en este sentido, admite un conjunto de peculiaridades que permiten la siguiente clasificación.

1.3.1. Discriminación directa o indirecta

Siguiendo a Tom Campbell[120] , podemos señalar que la discriminación es directa si los tratamientos que irrazonablemente desfavorece se efectúan explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada. "Ningún/a indígena puede entrar a este lugar", puede ser una discriminación directa contra los indígenas.

La discriminación indirecta puede darse cuando se usa un criterio no definitorio que, sin embargo, tiene el efecto de desfavorecer al grupo en cuestión. Así la frase: "Se requieren jóvenes y señoritas con buena presencia" o los avisos en ciertos restaurantes exclusivos "solo se admiten socios", pueden discriminar indirectamente a quienes ostentan un color modesto y por esto, resultan desproporcionadamente afectados por la prohibición.

1.3.2. Discriminación deliberada e inconsciente

En el primer caso, según Barrere[121] , se tratará de un disfavor pretendido o intencionado, mientras en el segundo caso será casual o aleatorio. Quizás proceda subrayar algo que, por lo demás, resulta bastante obvio, y es que la intencionalidad solo se puede probar a través de la objetivación proveniente del uso de presunciones.

Un caso de discriminación deliberada en nuestro país[122] es el que puede advertirse a través del comportamiento de ciertas discotecas limeñas y cuzqueñas, donde se discrimina a quienes (en términos de Riberyro) poseen un color modesto. Prefiriéndose, en todo caso, únicamente a los nacionales o extranjeros blancos.

La discriminación inconsciente puede referirse también al hecho de ubicar a personas que tienen un color modesto en algún lugar alejado de la ventana de algún restaurante exclusivo. Convengamos también que en el caso puede existir un comportamiento deliberado.

1.3.3. Discriminación individual y grupal

Se habla de discriminación grupal cuando los discriminados son determinados grupos respecto

[120]Citado por BARRERE UNZUETA, MARÍA ÁNGELES. Op. cit. pág. 25.
[121]BARRERE UNZUETA, MARÍA ÁNGELES. Op. cit. pág. 25.
[122]BUSTAMANTE, WILBER. (2007). "Colores modestos y algunas sinrazones de la discriminación". En: Revista Jurídica del Foro Cusqueño. Año 2, Nº 2 Cusco, pág. 48.

de otros; por ejemplo, negros respecto de blancos, judíos respecto de cristianos, mujeres respecto de varones.

El escenario nacional es variopinto en este sentido. Así, existe una discriminación del costeño sobre el serrano, del blanco sobre el cholo, del cholo sobre el negro, etc.

Un problema que se ha señalado en relación a este tipo de discriminación es que el concepto de grupo social no resulta preciso o determinado en su teorización. Es el caso, por ejemplo, de la discriminación del cholo.

1.3.4. Tipos de discriminación

Existen diversos tipos de discriminación, sin embargo señalamos algunos de los más representativos o de los que tienen mayor presencia:

- Racismo y xenofobia.
- Homofobia o rechazo a las orientaciones sexuales distintas a las mayoritarias.
- Discriminación a personas discapacitadas o enfermos.
- Discriminación a las mujeres
- Diferenciación según el estrato social.
- Discriminación religiosa.
- Discriminación positiva.

1.4 Discriminación positiva

Ronald Dworkin[123] dedica un titulo de su influyente libro Derechos en serio para desarrollar lo que denomina discriminación inversa y concluye señalando textualmente:

"Todos desconfiamos, y con razón, de las clasificaciones raciales, que han sido usadas para negar el derecho a la igualdad más bien que para respetarlo, y todos nos damos cuenta de la consiguiente injusticia. Pero si interpretamos mal la naturaleza de tal injusticia porque no establecemos las sencillas distinciones que son necesarias para entenderla, entonces corremos el riesgo de cometer más injusticias. Es posible que, de hecho, los programas de admisión preferenciales no hagan más igualitaria una sociedad, porque es posible que no tengan los efectos que creen ver en ellos quienes lo defienden[124]. Esta cuestión estratégica deberá constituir el centro de discusión que tales programas son injustos aunque funcionen. Debemos tener cuidado de no usar la cláusula de igual protección para privarnos de la igualdad."

En este escenario María Ángeles Barrere[125] señala que la discriminación positiva o discriminación inversa (*reverse discriminatión*), en el ámbito del derecho antidiscriminatorio se empieza a utilizar cuando, en un contexto de competitividad por un bien escaso, se aplican planes o medidas concretas de integración en los que se prevén tratos diferenciado dependiendo del grupo de pertenencia.

Así, los individuos que no pertenecen a los grupos subordinados, se consideran "discriminados" por esas medidas (de las del tipo "cuotas", reserva de plazas, asignación preferencia de puntos, etc.) y plantean las correspondientes demandadas ante los tribunales.

[123]DWORKIN, RONALD. (1989). Los derechos en serio. Barcelona, Editorial Ariel S.A., pág. 347- 348.
[124]Se refiere entre otros, al caso de un judío apellidado De Funís, quien se presentó a la Universidad de Washington, donde fue rechazado aún cuando la puntuación de sus pruebas y calificaciones eran tales que habría sido admitido si este hubiera sido un chicano, filipino o indio norteamericano. Ibid. pág. 347-348.
[125]BARRERE UNZUETA, MARÍA ANGELES. Marco Legal de la Igualdad. Universidad del País Vasco, Materiales de Enseñanza, pág. 8-9.

En nuestro país, aún cuando no logremos consignar una larga lista de medidas estatales que permitieron esta discriminación positiva, podemos señalar algunas de las más importantes. En el gobierno de facto del General Velasco se estableció un cupo para el ingreso libre de algunos estudiantes provenientes de comunidades campesinas y nativas.

- Existe una ley de participación de las mujeres en los procesos electorales. En este sentido no menos de un tercio de las lista que se puedan presentar deben estar conformadas por mujeres.
- En temas pensionarios.

Nuestro propio Tribunal Constitucional, se ha pronunciado al respecto:

"El Estado social y democrático de derecho promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o tratamientos más favorables. Esto es lo que en la doctrina constitucional se conoce como discriminación positiva o acción positiva -affirmative actión. Su finalidad no es otra que compensar jurídicamente a los pensionistas de menores ingresos, así como a sus viudas y huérfanos[126]*".*

Sin embargo, la idea de discriminación positiva no es un tema pacífico. La Suprema Corte norteamericana ha tenido pronunciamientos contradictorios al respecto. Dos de los casos emblemáticos sobre discriminación positiva son el Caso Bakke[127] en Norteamérica y en Europa, e caso Kalanke[128].

[126]Sentencia del Pleno Jurisdicción del 03 de junio del 2005. Procesos de inconstitucionalidad en los procesos acumulados 0050-2004-AI, 0051-2004-AI; 0004-2005-AI; 0007-2005 AI; 0009-2005-AI.

[127]El caso en resumen puede ser contado de la siguiente manera: Bakke es un postulante universitario que desea ser admitido por la Facultad de Medicina Davis de la Universidad de California, pero es rechazado. El reglamento de la facultad establecía que de las cien nuevas plazas anuales, 16 correspondían o debía corresponder a estudiantes provenientes de minorías (mexicanos, indígenas, etc.). El tema, sin embargo, es que lo estudiantes que ingresaban y que provenía de estas minorías tenían un menor puntaje que Bakke. Ante esta circunstancia, Bakke demanda a la universidad y el caso llega a la Suprema Corte Norteamericana. La resolución que pronuncia la Suprema Corte norteamericana no es del todo clara. En todo caso, se sigue permitiendo este número de plazas para las minorías étnicas y asimismo Bakke obtiene una plaza en la Facultad de Medicina.
Sobre la complejidad del caso: señala BARRERE: la diversidad de opiniones expresadas sobre este caso por los nueve jueces del Tribunal Supremo refleja la complejidad de las cuestiones en juego. Así, cuatro de los jueces se muestran favorables a la pretensión de Bakke, amparándose en la Ley de Derechos civiles. Los otros cinco sostienen que la cuestión constitucional tiene prioridad sobre la Ley de Derechos Civiles y entran a considerar si el sistema de "cuotas" de la Facultad de Medicina Davis viola la igual protección de los derechos de Bakke.
Cuatro de ellos encuentran que las clasificaciones raciales "benignas" deben ser examinadas a la luz de los objetivos de la política pública, concluyendo que el propósito de la Facultad de "remediar los efectos de la discriminación social pasada" es constitucional. La decisión del noveno juez resulta, pues, crucial y será del siguiente tenor: por un lado, considera que las cuotas explícitas del sistema imperante en Davis resultan inconstitucionales debido a que no son necesarias para lograr objetivos de interés primordial; por otro, considera que hubiera sido lícito operar con esquemas más flexibles que hubieran tenido en cuenta la raza junto a otras características en orden a asegurar la diversidad entre la población estudiantil (sistema modélico a este respecto, tomado en consideración por la propia sentencia, sería el Programa de Admisión de la Facultad de Harvard, en el que el criterio de excelencia académica se considera necesario pero no suficiente para lograr una deseable diversidad, en aras de la cual la raza contaría como un factor más a la hora de decidir determinadas admisiones). El caso termina con una fórmula de compromiso: Bakke obtiene una plaza en la Facultad, pero los programas especiales se siguen considerando lícitos en la medida en que estén basados en argumentos varios y no impongan "cuotas raciales" del tenor de las imperantes en Davis. En: BARRERE, MARÍA ANGELES. La dialéctica igualdad-no discriminación en la Interpretación Judicial del Derecho. Universidad del País Vasco, Materiales de Enseñanza. Curso 2001-2002, pág. 49.

[28]La cuestión prejudicial de la sentencia Kalanke tiene su origen en una Ley del Land de Bremen (Alemania) relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública en la que, entre otras cosas, se determina que en la selección, provisión de puestos de trabajo y promoción "se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estén infrarrepresentadas".

1.5 Derecho antidiscriminatorio y normas sobre discriminación

McCrudden[129] señala que el origen del derecho antidiscriminatorio contemporáneo o moderno se origina en los Estados Unidos de Norteamérica, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, con el fin de afrontar las revueltas protagonizadas fundamentalmente por las personas de color o, más exactamente negras.

El punto central de este derecho antidiscriminatoria es la *Affirmative Action policy*, que muy bien puede hacer alusión a ciertas políticas públicas vinculadas a desvirtuar o combatir la discriminación, entre las que puede contar un conjunto de medidas legislativas.

Este derecho antidiscriminatorio será posteriormente exportado hacia Europa y hacia Latinoamérica, arribando a nuestro suelo patrio a finales de 1969 y comienzos de 1970, cuando el Estado asume ciertas políticas estatales para incorporar a diversos sectores excluidos. En la Universidad San Antonio Abad del Cusco, por ejemplo, se permitió el acceso libre de hijos de indígenas o comuneros campesinos. El derecho antidiscriminatorio, en nuestro país, había sido instalado tímidamente.

El grueso del sector excluido de nuestra población aún no goza de estas políticas estatales, tal como veremos en nuestro tema en cuestión: Acceso a la justicia. De un modo paralelo y con un enfoque más bien positivista, observaremos a continuación el conjunto de normas vinculadas a la discriminación.

1.5.1 Normatividad nacional

a) Constitución Política del Perú.-

"Artículo 2: Toda persona tiene derecho: …
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma…".

"Artículo 7. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención readaptación y seguridad".

En materia de derecho al trabajo:

"Artículo 23: El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto, de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan…"

Optando dos candidatos de distinto sexo igualmente capacitados (el Sr. Kalanke y la Sra. Glissmann) al mismo puesto (jefe de sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen) y advirtiéndose la infrarrepresentación del sexo femenino, la plaza le es adjudicada a la Sra. Glissmann. Luego, al hilo de la demanda interpuesta por el Sr. Kalanke, el órgano jurisdiccional alemán plantea una cuestión prejudicial concatenada relativa a la compatibilidad de la interpretación de los apartados 1 y, fundamentalmente, 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207 en relación a la acción positiva contemplada en la Ley del Land de Bremen ya citada. La respuesta del T.J. es negativa. Dirá, en este sentido, que "procede responder al órgano jurisdiccional nacional que los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva se oponen a una normativa nacional que, como sucede en el presente asunto, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas... ". Ibid. pág. 93.

[129]Citado por BARRERE UNZUETA, MARÍA ANGELES. (1997). Discriminación, Derecho Antidiscriminatoria y acción positiva a favor de las mujeres. Madrid, Cuadernos Civitas, pág. 35.

"Artículo 26: "En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación…".
"Artículo 59:... El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades".

b) Ley de violencia familiar, Ley Nº 26260.-

"Que en realidad puede considerarse una suerte de reglamento de la convención Belem Do Para. En este sentido resulta siendo una ley destinada a castigar o poner en evidencia el maltrato a las mujeres y familiares dentro de una concepción bastante amplia del vinculo familiar, en el que se incluye a los ex convivientes…"

c) Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley Nº 27050.-

"Artículo 1.- Finalidad de la Ley. La presente Ley, tiene por finalidad establecer el régimen legal de protección, de atención de salud, trabajo, educación, rehabilitación, seguridad social y prevención, para que la persona con discapacidad alcance su desarrollo e integración social, económica y cultural, previsto en el artículo 7 de la Constitución Política del Estado."

Sobre el caso existen ciertas medidas de discriminación positiva en nuestro medio (me refiero al Cusco), como el privilegio que tiene los discapacitados para instalar kioscos de expendio de golosinas en las zonas céntricas, entre otros.

1.5.2 Principales Instrumentos internacionales sobre discriminación

a) Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará", ratificada por Perú en 1996.- Es una convención suscrita en función de la discriminación de las mujeres.
Define la violencia como: "…cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado".

b) Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas. (ONU 1994).-

"Artículo 2: Las personas y los pueblos indígenas son libres e iguales a todas las demás personas y pueblos en cuanto a dignidad y derechos y tienen el derecho a no ser objeto de ninguna discriminación desfavorable fundada, en particular, en su origen o identidad indígenas".

c) Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989.-

"Artículo 3:
1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio".

d) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Ratificada en 1982).- Define la discriminación contra la mujer como:

"…toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales…"
"Artículo 2: Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas y convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer".

e) Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA 1969).-

"Artículo 1.
1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

f) Asamblea General de la OEA. Res. Doc. 3136/94 "No discriminación y tolerancia.-

"1. Condenar enérgicamente toda forma de racismo, discriminación racial o religiosa, xenofobia o tolerancia.
2. Declarar que tales conductas violan los derechos humanos y en especial los referentes a la igualdad y libertad religiosa
3. Invitar a los distintos órganos y entidades de la OEA a tomar medidas efectivas y oportunas para fomentar la tolerancia y erradicar las conductas racistas discriminatorias.
4. Instar a los Estados miembros a fortalecer sus políticas, programas y medidas para prevenir y evitar toda forma de racismo, discriminación racial o religiosa, xenofobia e tolerancia".

g) Carta de las Naciones Unidas (1945).-

"Artículo 1: Los propósitos de las Naciones Unidas son:…
3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

h) Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, 1966).-

"Artículo 3: Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto".
"Artículo 26: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación...".

i) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas, 1966).-

"Artículo 2:…
2. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".
"Artículo 3: Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto".

j) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Naciones Unidas, 1965).-

"Artículo 2:…
1. Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto:
c) Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista.
e) Cada Estado parte se compromete a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial".
"Artículo 2:…
2. Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron".
"Artículo 7: Los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente Convención".

1.6 El Tribunal Constitucional y la discriminación

El Tribunal Constitucional, cuando analiza la discriminación, asume como punto de partida el derecho a la igualdad. En este sentido[130]:

[130]Expediente N° 3360-2004-AA/TC-LIMA. Caso Luis Guillermo Bedoya de Vivanco. "14. El Tribunal Constitucional tiene dicho que la cláusula de igualdad, del inciso 2 del artículo 2 de la Constitución no contiene un mandato de trato igual a todos, no importando las circunstancias en las que se encuentren, sino una exigencia de trato igualitario si se encuentra en una situación análoga, y de trato desigualitario si no se está en igualdad de condiciones. Detrás de esta última exigencia -también se ha dicho-, para que un trato diferenciado no resulte lesivo de la cláusula de la igualdad es preciso que éste se sustente en razones objetivas y razonables, quedando proscrito, por tanto, cualquier tratamiento diferenciado que sólo se sustente en razones subjetivas, como el sexo de una persona, su raza, opción política, religiosa, idioma, origen, opinión, condición económica o de cualquier otra índole".

- El derecho a la igualdad ante la ley es un principio y es también un derecho fundamental[131] .
- Ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.
- Es posible la existencia de tratamientos diferenciados, siempre que estén sustentados en razones objetivas y razonables. En consecuencia, está proscrito cualquier tratamiento diferenciado que sólo se sustente en razones subjetivas, como el sexo de una persona, su raza, opción política, religiosa, idioma, origen, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Sin embargo, desde un punto de vista práctico para establecer si en un caso estamos ante un tema discriminatorio o no, el Tribunal Constitucional ha acogido el denominado Test de la Igualdad. Así señala:

"Este Tribunal ya se ha pronunciado acerca del desarrollo del Test de Igualdad (Razonabilidad o Proporcionalidad), indicando que 'El test de razonabilidad o proporcionalidad (...) es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. Dicho test se realiza a través de tres subprincipios:
1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación;
2. Subprincipio de necesidad; y
3. Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu, criterios que en su momento fueran utilizados por este Colegiado en las sentencias 0016-2002-AI y 0008-2003-AI...[132]

1.7 La Jurisprudencia más allá del Tribunal Constitucional

Tanto la Corte Interamericana, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se han pronunciado sobre la igualdad[133].

"La Corte ha establecido que la desigualdad real entre las partes de un proceso determina el deber estatal de adoptar todas aquellas medidas que permitan aminorar las carencias que imposibiliten el efectivo resguardo de los propios intereses. La Comisión Interamericana también ha remarcado, que las particulares circunstancias de un caso, pueden determinar la necesidad de contar con garantías adicionales a las prescritas explícitamente en los instrumentos de derechos humanos, a fin de asegurar un juicio justo. Para la CIDH, esto incluye advertir y reparar toda desventaja real que las partes de un litigio puedan enfrentar, resguardando así el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación".

[131]Expediente Nº 0048-2004-PI/TC. José Miguel Morales Dasso, en representación de cinco mil ciudadanos (demandante) contra el Congreso de la República (demandado). "61. Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables" La idea de la igualdad como derecho, puede encontrarse en la misma Sentencia: "59. La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2 de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: '(...) toda persona tiene derecho (…) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole'. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación".

[132]Ver: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00027-2006-AI.html

[133]OEA/Ser.L/V/II.129. Documento 4 del 07 de septiembre del 2007. En:
http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/acceso%20a%20la%20justicia%20desc.pdf

Ariel E. Dulitzky, sobre la tendencia jurisprudencial de la CIDH, refiere lo siguiente:

"A nuestro juicio, la tendencia jurisprudencial está avanzando en el sentido de que las diferencias basadas en los factores prohibidos explícitamente en los instrumentos de derechos humanos, deben estar sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto. Los Estados, a fin de que las distinciones no sean consideradas discriminatorias, deben demostrar la existencia de un interés particularmente importante, de una necesidad social imperiosa, a la par de demostrar que la medida utilizada es la menos restrictiva posible. La Convención, al incluir una referencia expresa de criterios prohibidos de discriminación, representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones desventajosas y, en muchos casos, contrarias a la dignidad humana. El catálogo convencional representa un reconocimiento expreso de la especial gravedad de las distinciones basadas en tales criterios y un llamado a que los grupos tradicionalmente discriminados con base a ellos reciban una protección especial mediante un estándar de revisión más estricto" [134].

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos destaca, entre otros, el caso Airey vs Ireland[135] (sentencia del 9 de octubre de 1979). Este caso resulta relevante aún cuando el Tribunal no se haya pronunciado explícitamente sobre la discriminación.

[134] DULITZKY, ARIEL E. "El principio de Igualdad y No discriminación. Claroscuros en la Jurisprudencia Interamericana". En: www.anuario.cdh.uchile.cl

[135] Airey, al ser maltratada por su marido, solicitó el divorcio. Al no obtener una separación amistosa, tuvo que acudir al órgano jurisdiccional. Sin embargo, debido a que no contaba con recursos y a la ausencia de un abogado de oficio, le fue imposible proseguir con el proceso. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que se trataba de una violación a su derecho a tener acceso al sistema judicial para que se dictamine sobre sus derechos y obligaciones civiles (artículo 6). El Tribunal, citando el derecho internacional y el objetivo de la Convención, afirmó que los remedios debían ser efectivos y no ilusorios. El Tribunal también dictaminó que se había violado el artículo 8 (respeto de la vida familiar). Sin embargo, el Tribunal no se refirió al reclamo de discriminación que planteaba el interrogante de si la denegación de los derechos civiles originada en la pobreza constituía una instancia de discriminación.

CAPÍTULO II

COBRIZOS Y SEGREGADOS

Diego Iturralde[136] asume que el racismo y la discriminación son fenómenos progresivamente independientes de las comprensiones racionales y de las expresiones formales de la vida social, tal como éstas se exhiben en el discurso público, en la legislación y en los medios de comunicación. Se trata de actitudes y practicas enraizadas socialmente que pueden permanecer (y de hecho permanecen) ocultas y son sistemáticamente negadas, lo cual hace que cada vez sean más difíciles de combatir. Estas actitudes son progresivamente funcionales al mantenimiento de la desigualdad económica y la inequidad política, y contribuyen a profundizar la exclusión y a justificarla.

Lo expuesto por el autor mexicano no es un hecho extraño a lo que ocurre en nuestro medio. Wilfredo Ardito[137] nos recrea un panorama deplorable sobre la discriminación en el Perú, basada generalmente en el perjuicio. Señala que hubo un momento (en realidad continúa) que en diversos locales de Lima y Cusco, la exclusión de clientes por no ser blancos o ser peruanos era una práctica cotidiana. Señala, además, que en este contexto resulta chocante que dos de los espacios donde la discriminación se muestra como una segregación racial pertenecen al Estado: la Fuerza Aérea y la Marina. En ambos lugares, los postulantes a oficiales de rasgos andinos y negros son sistemáticamente rechazados.

Esta discriminación, subterránea y detestable, tiene también su correlato en la administración de justicia. Así por ejemplo, los magistrados (incluyendo fiscales) y policías tiene la percepción de que las personas con rasgos andinos o negros son más propensas a cometer delitos, por lo que se ven sujetas a interrogatorios y afirmaciones racistas.

Si algo nos da muestra de este sombrío panorama que incumbe a la administración de justicia, basta con ver la composición racial de los reclusos en las cárceles de Lima y del interior del país, lo que incide, además, en el preferencial trato que reciben quienes no ostentan un color modesto en estos penales, no solo por estar ubicados en centros de reclusión "cinco estrellas" como el Penal San Jorge, sino también por el especial trato que reciben.

Es fácil concluir, en este contexto, que en el Perú solo existe un racismo "solapado", frase que nos permite sentirnos bien. El racismo es una realidad visible, permanente y dolorosa que practican tanto el policía que tortura como el mozo de algún exclusivo café que empieza a maltratar o, lo que es lo mismo, a no tratarlos bien (como a los de tez clara) a quienes como él, tienen un color modesto.

Esta discriminación suele adquirir grandes proporciones en algunos escenarios. Los indígenas poco contaminados con la civilización occidental son discriminados por prejuicios raciales y también porque forman una cultura diversa que incluye sus propias costumbres y su propio idioma. El Estado,

[136] ITURRALDE, DIEGO. "Pueblos Indígenas, derechos económicos, sociales y culturales, y discriminación". Pág. 236 y 237. En: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/39/pr/pr10.pdf
[137] ARDITO VEGA, WILFREDO. "Racismo en el Perú. ¿Seguirá la impunidad?" En: http: //www.lainsignia.org

consciente o inconscientemente, no hace otra cosa que intentar atraerlos al mundo occidental, aún cuando esto suponga una suerte de combate abierto a una cultura ancestral que tiende a su extinción y que, por mandato constitucional, debe proteger esta multiculturalidad, por lo menos como parte del derecho a la identidad.

Esta forma de discriminación, por supuesto, ya no es la misma que existía hasta poco más de la primera mitad del siglo pasado. Se ha mitigado el abuso directo y brutal del que eran objeto los indígenas; los gamonales se han extinguido con ello. El propio Estado ha contribuido en este cambio, inclusive ha desterrado del lenguaje oficial denominaciones que se consideran peyorativas como indio o indiada. El indio dejó de ser tal para convertirse eufemísticamente en campesino u otra denominación de menor contenido étnico.

La discriminación racial y étnica, señala Iturralde en un sentido que no es ajeno a nuestra realidad, es diferente a lo que ocurrió en las primeras fases de nuestra historia.

> *"Hoy en día opera como un mecanismo para negar la diversidad étnica y cultural y conculcar los derechos que de ella se desprenden. Entre otros es negación del derecho a participar del proyecto nacional (su construcción y sus beneficios) desde las particularidades de cada pueblo, y ello ejerce en grado razonable de autonómica y retiene el control de los recursos y de los procesos sociales y culturales enraizados en sus territorios. "*[138]

Una de las más simples razones que imposibilitan que las personas puedan acceder a la justicia es la de ser discriminado. Esta discriminación puede tener diversos orígenes, sin embargo, tienen algo en común: perniciosamente abogan por limitar el acceso a la justicia.

Es decir, se es discriminado por infinidad de razones: por ser pobre, por tener un color de piel modesto (como señala Ribeyro), por el sexo, por el idioma, por la cultura, por la apariencia.

1. CAUSAS

Siguiendo a Young[139] citado por María Barrere, debemos señalar que cuando se habla de opresión o dominación no se está haciendo referencia a una situación de tiranía o conquista, sino a una situación de injusticia estructural que presenta distintos aspectos (explotación, marginación, pobreza, imperialismo cultural y violencia) y que la gente sufre en la vida diaria. Subrayar su carácter estructural significa, para esta autora, principalmente dos cosas:

- Se trata de una opresión que se reproduce sistemáticamente en las principales instituciones económicas, políticas y culturales.
- No es necesario identificar un grupo con conciencia o intencionalidad de oprimir, sino que basta con que salga beneficiado con la opresión del otro.

Plantear la desigualdad de los grupos como una cuestión estructural -continúa Barrere- sirve también para superar la idea de la discriminación como fenómeno basado fundamentalmente, por un lado, en una conducta imputable y sancionable y, por otro, en el mero concepto psico-social del prejuicio como señala Bobbio.

[138] ITURRALDE, DIEGO. Op. cit., pág. 237.
[139] BARRERE UNZUETA, MARÍA ANGELES. Ibid. pág 19.

Las causas de la discriminación de los indígenas en nuestra región (y su incidencia en el acceso a la justicia) no dejan de tener un carácter de explotación, marginación, pobreza, imperialismo cultural y, en este sentido, se constituyen en un retrato de una evidente injusticia estructural con unos orígenes temporales de larga data.

La opresión occidental que viene desde la conquista o la invasión, dejó en una situación de desventaja a este grupo indígena que constituye la gran mayoría de nuestra región. La ausencia del derecho al voto hasta buena parte del siglo pasado, la escasa cobertura educativa por parte del Estado, la herencia colonial con un estatus casi feudal ilustrada en la idea del pongo, muestran estas situaciones de desventaja de un grupo frente al otro. No hay que hacer mucho esfuerzo para observar que ésta situación continúa en la actualidad, por lo menos en la Región del Cusco.

En la actualidad, el comportamiento de algunas instituciones del Estado como las fuerzas armadas y demás lugares en que se requiere personal de "buena presencia", constituyen una muestra de la permanencia de estas causas. Sin embargo, no parecer ser la única en la medida en que es posible encontrar algunos elementos cercanos a fenómenos psico-sociales cuyo resultado es el prejuicio, como describe el propio Ardito.

En el ámbito judicial es posible observar ilustraciones sobre este prejuicio a través de un menosprecio o una subvaluación a priori de quienes tienen un color modesto (más bien cobrizo) y se comunican fundamentalmente en quechua.

El comportamiento asumido por algunos magistrados en la región es elocuente con este perjuicio. Se juzga con la visión de que se está juzgando a alguien que no ha sido incorporado plenamente a la civilización occidental y, en este sentido, ostenta una suerte de minoría de edad.

El trato que suele darse en los juicios orales a quien está incorporado a la civilización occidental y ostenta algún estatus, es absolutamente distinto al que se brinda a los indígenas quechuahablantes porque no se les trata como ciudadanos, se les trata como hijos, como si fueran menores de edad y como tal se les llama de su nombre o simplemente se les dice "hijo" durante los irónicos juicios orales.

1.1 El escenario de la discriminación en el Cusco

En buena parte de la historia republicana regional del Cusco, la presencia del indígena se constituye en un hecho anecdótico. Historiadores como José Tamayo Herrera, influenciados por la visión de Carlyle, se encargan de destacar, el Cusco de los mestizos y los blancos. Las hazañas de algunos de ellos, incluyendo parientes del historiador, son rescatadas entre anécdotas y conversaciones. El indígena, esencialmente, no cuenta más que para figurar entre ciertos datos estadísticos o para posar en algunas fotos de un artista indígena de proyección universal como es Martín Chambi.

Un nuevo libro recientemente presentado, escrito a la par por José Tamayo Herrera y Eduardo Zegarra Balcazar sobre "Las elites cuzqueñas", se constituye en una historia de familias blancas y mestizas del siglo pasado. Como de costumbre, un manto de invisibilidad cubre a los indígenas del Cusco.

En la actualidad, las cosas no han cambiado esencialmente. El papel del indígena, a no ser que esté incorporado en el escenario de la cultura occidental, es un papel relegado. La invisibilidad sigue cubriendo su existencia y en realidad, empiezan a ser visibles cuando se observan datos estadísticos respecto a la pobreza, extrema pobreza o al uso de un idioma distinto al español, los lugares remotos en el que viven, entre otros.

Veamos algunos de estos datos que, paradójicamente, los rescatan de la invisibilidad.

1.1.1 Indígenas.- Oficialmente el término indígena ha sido desterrado en la Región del Cusco. De un modo eufemístico se vienen utilizando términos como "campesino". La denominación "indio", sin embargo, no ha sido desterrada del escenario no oficial. Es la denominación que se utiliza cuando se quieren sentar diferencias raciales y tiene un eminente uso peyorativo. Es una palabra que la utilizan los blancos, los mestizos e inclusive los propios indígenas que alcanzaron los "beneficios" y bondades de la civilización occidental, para denostar principalmente al indígena rural, quechuahablante y pobre.

Esta desaparición en el escenario oficial de la denominación "indio" no permite establecer el porcentaje de indígenas que actualmente sobreviven en la Región del Cusco. Sin embargo, es posible obtener esta información a través de algunas variables, tales como las zonas rurales donde viven, el idioma en que se comunican y la pobreza en el que están inmersos.

Wilfredo Ardito señala:

"Es una situación permanente en el Perú por razones históricas, debido a lo cual los ciudadanos de mestizos, indígenas y negros son percibidos como seres inferiores a los blancos o peruanos de ascendencia europea. Es difícil medir el porcentaje de población indígena en el Perú, porque efectivamente la mayoría de personas tiene esta ascendencia. Probablemente menos del 10% de los peruanos carece de ascendencia indígena y alrededor del 20% sólo tiene esta ascendencia. La ausencia de estadísticas oficiales al respecto impide tener información más veraz".

"Los blancos son asociados a mayor capacidad intelectual, mayor atractivo físico, mejor posición económica y capacidad de mando, mientras que indígenas y negros son estigmatizados como peligrosos, poco trabajadores e incapaces de incorporarse a una economía de mercado. En cuanto a los mestizos, los prejuicios varían dependiendo si pueden mostrar rasgos más blancos o no. Para ellos, además, el dinero o la educación son formas frecuentes de adquirir "color social" es decir de ser percibidos y tratados como blancos aunque efectivamente no lo sean. Sin embargo, dichos atributos deberán ser visibles para generar dicho efecto."[140]

1.1.2 Hombres de campo.- La idea de ruralidad ha sido cambiante en los últimos tiempos. Los medios de comunicación, carreteras rurales, el incremento y abaratamiento del transporte público[141] , han venido incorporando paulatinamente a la población rural a ciudades como Sicuani, Espinar, Urubamba, Calca, Quillabamba y el propio Cusco. Son personas que a menudo realizan sus labores en el campo en el que han fijado su residencia, sin embargo, durante ciertas temporadas, se trasladan de jornaleros o peones a las ciudades o a otras zonas rurales. La ciudad de La Convención, en los años de bonanza del café y la coca, fue un centro de captación de mano de obra.

[140] ARDITO, WILFREDO. "Peru: Acceso a la Justicia". En: http://www.servindi.org/actualidad/2495/2495

[141] En el caso de la vía de comunicación entre Sicuani y Langui - Layo, por ejemplo, el transporte se reducía a unos cuantos camiones durante algunos días de la semana, entre los que destacaban los días de plaza. En la actualidad el transporte es fluido a través de custer y combis.

Otra manera de ver la ruralidad está vinculada a los que han logrado instalarse en las ciudades del Cusco, pero que no han perdido su cercanía al mundo rural, donde acuden en la épocas de siembra, aporque y cosecha. La actividad rural, en el caso, resulta siendo una actividad secundaria[142] . Sin embargo, a pesar de estas diferentes connotaciones de ruralidad, no es difícil advertir que los pobladores realmente rurales son indígenas, quechuahablantes y pobres.

1.1.3 Quechuahablantes.- En el invisible escenario que corresponde a los indígenas de la región, de acuerdo al Instituto de Defensa Legal (IDL), debemos señalar que el 48% de la población de la región cusqueña es quechuahablante[143] . Es decir, poco menos de la mitad de la población del Cusco usualmente se comunica en quechua.

En el escenario rural, a excepción de ciertas zonas del valle de La Convención que están pobladas por comunidades nativas, las personas se comunican entre ellas esencialmente en quechua.

El quechua, por lo demás, tiene una importante presencia en el escenario nacional, como puede apreciarse en el siguiente cuadro.

[142]En el Cusco ocurre lo mismo: allá hay gente que trabaja una chacra o siembra hortalizas en Anta pero vive en el Cusco, y va y viene, porque los colectivos salen cada 15 minutos. Las redes de comunicación también cumplen un papel de articulación fundamental, de ahí que no sea ya posible analizar la sociedad rural ni la propia comunidad como un universo cerrado. En. URRUTIA CERUTI, JAIME. (2007). "Sociedad Rural en el Perú 2006". En: Acceso a la Justicia en el Mundo Rural. Lima, Publicaciones IDL, pág. 15-16.

[143]Como un hecho significativo de los quechuahablantes señala Urrutia: "Otra idea importante al respecto es que los migrantes han llevado su cultura a la ciudad y así Lima, por citar el caso más emblemático, tiene hoy 450 mil quechuahablantes y el número más alto de aimarahablantes. Desde hace ya varias décadas se han trasladado a la ciudad formas culturales que han cambiado el rostro de las urbes". Ibid. pág. 16.

Cuadro Nº 1

Distrito Judicial	Quechua	Aymara	Lenguas Amazónicas
Amazonas	0.25	0	7.82
Ancash	46.85	0	0.07
Apurímac	54.35	0	0.6
Arequipa	13.11	1.5	0
Ayacucho	56.7	0	0.06
Cajamarca	0.49	0	0.07
Callao	4.4	0	0.06
Cañete	5.53	0.05	0.14
Cono Norte Lima	473	1.74	0.009
Cusco	48.07	0.23	0.59
Huancavelica	44.33	0	0
Huanuco	16.2	0	0.08
Huaura	7.41	5.24	0.08
Ica	10.69	0	0.06
Junín	13.15	0	1.75
La Libertad	0.32	0	0.07
Lambayeque	1.2	0.01	0.1
Lima	7.17	0.001	0.06
Loreto	1.05	0	0.91
Madre de Dios	15.74	0	2.03
Moquegua	4.14	11.22	0
Pasco	8.71	0	13
Piura	0.17	0	0.1
Puno	32.96	24.87	0.1
San Martín	0.91	0	2.07
Santa	3.72	0	0.07
Tacna	2.41	14.2	0.07
Tumbes	0.28	0	0.07
Ucayali	1.9	0	5.64

Elaboración: IDL

Esta presencia de quechuahablantes, sin embargo, pasa inadvertida para el Estado. Existe una ausencia de políticas públicas que tienda a revalorar no solo este idioma, sino también la cultura que está tras de ella.

Este hecho no hace sino objetivizar este escenario de invisibilidad que se extiende en el Perú oficial. En la Región del Cusco, aún con su vocación de reducto de un imperio que se comunicaba en quechua, este idioma no tiene la importancia que debiera tener como idioma oficial [144].

1.1.4 Mujeres.- En el caso de las mujeres indígenas, la discriminación tiene una intensidad mayor en la medida que no solo se les discrimina por ser indígenas, quechuahablantes, pobres, sino también por el hecho de ser mujeres.

La discriminación de las mujeres o la discriminación de género según una terminología que se viene imponiendo, se produce también al interior de estos grupos discriminados. Los varones de las comunidades indígenas, por lo general, tienen actitudes discriminatorias frente a las mujeres y a los niños de estas propias comunidades

Diversas organizaciones ilustradas en las DEMUNAS, vienen trabajando en ello, mas como una operación de salvataje que como un tema que debiera ser enfocado estructuralmente.

Un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicada el 20 de enero del 2007[145] , pone en evidencia este hecho:

"195. La CIDH ha observado que la violencia, la discriminación y las dificultades para acceder a la justicia afectan en forma diferenciada a las mujeres indígenas y afrodescendientes, debido a que están particularmente expuesta al menoscabo de sus derechos por causa del racismo. Asimismo se ha constatado que los obstáculos que enfrentan para acceder a recursos judiciales idóneos y efectivos que remedien las violaciones sufridas, pueden ser particularmente críticos porque sufren de varias formas de discriminación combinadas, por ser mujeres, por su origen étnico o racial y/o por su condición socio-económica".

1.2 Pobreza

Este escenario de ruralidad, habitado principalmente por indígenas, quechuahablantes, tiene además un denominador común: la pobreza. Es decir, los indígenas quechuahablantes están esencialmente ubicados dentro de las líneas de pobreza y extrema pobreza.

La denominada Mesa de Concertación para la Lucha contra la Pobreza en el Perú señaló lo siguiente:

"La pobreza en el Perú es antigua, pero se ha expandido y profundizado en la las últimas décadas. El desmedido aumento del número de pobres en los últimos veinticinco años del siglo XX se debe principalmente al deterioro del poder adquisitivo de los sueldos y salarios.

[144]Sobre la importancia del quechua en la región del Cusco, podemos señalar que éste se limita casi exclusivamente al reconocimiento oficial de la Academia de la Lengua Quechua, a algunos ciclos de quechua organizadas por la universidad y otros centros académicos.
No hay mayores intentos, por ejemplo, en la propia universidad, para utilizar el quechua como idioma oficial. Todos los documentos, incluyendo fichas de inscripción, carteles, etc. están escritos en español. En el caso, la experiencia del país Vasco es ilustrativa. La documentación de la universidad, por ejemplo, está escrita en español y en Euskera y este último recibe el tratamiento que debiera recibir como idioma oficial.

[154]"Acceso a la Justicia para las Mujeres Victimas de Violencia en las Américas". Informe de la CIDH del 20 de enero del 2007. En: htttp://www.cidh.org

Lo que ha sucedido con la economía de este período es que los sectores de mayor productividad que obtienen mayor valor agregado por trabajador, en lugar de expandir su riqueza a mas sectores del país, se han defendido de la crisis ajustando las remuneraciones salariales, el componente que más importa para el sostenimiento y crecimiento de los mercados internos"[146].

De este modo, la pobreza en nuestro país no es un asunto novedoso, es una peligrosa e indignante constante que nos ha acompañado desde el inicio de los tiempos (para referirnos únicamente a la República). Esta pobreza, en buena medida, es figuradamente una barrera natural para acceder a la justicia.

1.2.1 La cambiante concepción de la pobreza.- Este mismo instrumento (elaborado por la Mesa de Concertación) define la pobreza como el no desarrollo de las capacidades básicas de las personas para desempeñarse en la sociedad, y significa una importante restricción a la libertad que resulta de la carencia de ingresos, de bienes o de diversas discriminaciones, así como del no reconocimiento de derechos [147].

Si quisiéramos vincular esta definición a nuestros propósitos no tendríamos mayor dificultad. La pobreza hace que las personas tengan importantes restricciones de su libertad y el efecto lógico dentro de la idea del acceso a la justicia, es que precisamente quienes son pobres no pueden acceder al órgano jurisdiccional o a cualquier entidad que pudiera resolver sus conflictos. Paralelamente, este hecho los hace víctimas de un no reconocimiento de sus derechos o una vulneración de los mismos que a la larga no llegan a ser reparados.

Pero la pobreza no tiene un significado único, ni siquiera semánticamente hablando, por eso se señala que:

"El conocimiento de las verdadera situación de la población de nuestro país no puede basarse en promedios nacionales. Es indispensable diferenciar entre lo urbano y rural: entre hombres y mujeres; entre quienes hablan español y quienes solo se comunican en una lengua vernácula; entre quienes viven en los valles de la costa y quienes lo hacen a más de cuatro mil metros de altura; entre quienes tienen acceso a energía eléctrica y vías de comunicación y quienes están aislados a horas de camino o de proyecto pluvial. Estas enormes diferencias tiene, entre otras causas, la institucionalización de la discriminación étnica en las estructuras económicas sociales y políticas, que en muchos aspectos persisten desde la conquista"[148].

Se señala en el documento para la concertación de la lucha contra la pobreza.

"No todos los pobres lo son por la misma razón y, por lo tanto, no todos requieren el mismo tratamiento de sus necesidades.

…

Esta heterogenidad y multidimensionalidad es uno de los problemas más importantes, tanto para el análisis de la pobreza como para la definición adecuada de las políticas públicas para enfrentarla. Se han ensayado diversas maneras de reducir esta heterogeneidad y llegado a diversos tipos de clasificación y medición.

[146] "Futuro sin pobreza", documento de la Mesa de Concertación para la Lucha contra la Pobreza MCLCP. pág. 39. En: www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2007/junio/21/futuro_sin_pobreza.pdf. Último acceso: 17 de junio del 2007.
[147] Ibid.
[148] Ibid. pág. 34.

La más común y simple es la clasificación de pobres extremos y no extremos sobre la base de una línea de ingreso monetario y de considerar la intensidad de la pobreza. También se han desarrollado mapas de pobreza inspirados en el método de necesidades básicas insatisfechas y, más recientemente, se está proponiendo medir la pobreza extrema no a partir de una línea de ingresos, sino a partir de la medición de la insuficiencia calórica"[149] .

Esta visión sociológica sobre la pobreza, sin duda, muestra la magnitud y las proporciones de esta injusticia estructural.

1.2.2 Las causas de la pobreza. - La pobreza en nuestro país tiene muchas causas. De hecho, importantes trabajos sociológicos han enfocado este hecho desde diversas perspectivas. Si no conocemos la naturaleza del mismo, es posible que no podamos intentar buenas soluciones.

"La pobreza tiene otras causas en nuestro país que se remontan en el tiempo al desprecio de las culturas andinas y amazónicas, y a sus integrantes, que tienen otra forma de ver el mundo, otras lenguas, otras expresiones culturales, otra raza. (…) Hace poco, el Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) reveló que la violencia política de los últimos veinte años golpeó mayoritariamente a esta parte de nuestra sociedad y, lo que es muy duro de decir y está claramente demostrado en el Informe, es que no solo sufrió violencia y muerte, sino indiferencia, desamparo y olvido" [150].

Así también se señala:

"Al interior de esta porción de la sociedad, las mujeres y los niños y las niñas y las personas mayores son las más afectadas. Es en este tipo de vivencia que descubrimos la multidimensionalidad de la pobreza y la urgencia de abordar estrategias que tomen en cuenta medidas inclusivas en dimensiones culturales y de género en las políticas educativas de salud y de empleo"[151].

Esta pobreza omnipresente en nuestro país -con las peculiaridades y variables del caso-, parece tener una incidencia mayor o correlato proporcional en el acceso a la justicia. Así por ejemplo, cabe preguntarse, cuál es la posibilidad de acceder a la justicia (que no sea la comunal) que tiene un poblador que vive a dos días de distancia del más próximo juez, o aquel poblador machiguenga cuya posibilidad de que un tercero resuelva su conflicto implica un viaje en canoa que puede tomar unos días.

La pobreza suele ser considerada como una de las barreras más importantes que limitan el acceso a la justicia en nuestro país. Esta pobreza no es ni puede ser considerada uniforme; sino todo lo contrario, heterogénea. De modo, por ejemplo, que no es un simple asunto del pago o no de tasas judiciales, sino que es algo más profundo. En nuestra región, como veremos, va acompañada de otros factores de discriminación.

1.2.3 Como son nuestros pobres y como son los pobres del Cusco.- La pobreza, de un modo casi democrático, está distribuida en todo nuestro país. Sin embargo, en cada una de las regiones donde prevalece existen características peculiares.

[149] Ibid. pág. 40.
[150] Ibid. pág. 4.
[151] Ibid. pág. 40.

La miseria instalada en los cinturones de pobreza de las grandes ciudades, no es la misma que la de lugares remotos en nuestra serranía y de nuestra propia Selva.

Si el tema es el acceso a la justicia ¿debemos plantear una solución similar a los problemas de acceso en los cinturones de pobreza y en las remotas comunidades indígenas? ¿Puede señalarse que la pobreza de Ayacucho es comparable a la de Arequipa y por tanto las propuestas de acceso a la justicia deben ser las mismas?

En el Informe de la Secretaria Técnica de la Comisión de Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) sobre la pobreza puede leerse lo siguiente:

"Las proyecciones estadísticas revelan que el Perú tiene más de 26 millones de habitantes. Sin embargo, uno de cada dos peruanos vive en situación de pobreza y uno de cada cinco, alrededor de 5 millones de personas, está en la pobreza extrema. En 1985 los pobres eran el 41.6% de la población y, en el año 2000 eran el 54.1%. A pesar de los índices económicos favorables, la brecha económica entre ricos y pobres se vienen ahondando en el país y esto incide, inevitablemente, en el acceso a la justicia"[152].

Es fácil concluir que los problemas heterogéneos no pueden ser solucionados con un tratamiento o una respuesta homogénea. Este hecho también es válido en el caso del acceso a la justicia.

Señalamos que la pobreza no es la misma en nuestro país, que ésta es heterogénea y multidimensional. En la Región del Cusco los datos son igual de desalentadores que el promedio presentado por el CERIAJUS. Veamos algunos cuadros elaborados por el propio Instituto Nacional de Estadística (INEI):

Cuadro Nº 2

3.1 Pobreza	
Incidencia de la pobreza en la población	75.3
Incidencia de la pobreza extrema en la población	51.3
Línea de pobreza total (S/. Per cápita mensual)	177.4
Línea de pobreza extrema (S/. Per cápita mensual)	108.2
Déficit de Consumo Básico (Millones US$ Anuales)	255.7
Déficit de Consumo Alimentario (Millones US$ Anuales)	89.6
% Hogares con al menos una NBI	58.5
% Hogares con las 5 NBI	0.0

Fuente: MEF-INEI-ENAHO IV trim.2001.ENDES 2000.
Proyecciones departamentales de la población 1995-2015 (1999).
Compendio Estadístico Socio demográfico 2000

[152]Así tenemos algunos datos sobre la pobreza en el Perú que muestran, por ejemplo, el gran porcentaje de la denominada extrema pobreza en las comunidades indígenas: Producto Interno Bruto (PIB) per cápita de US$ 2,360 en el 2004, que equivale a US$ 5,370 en PPA (Paridad del Poder Adquisitivo). La pobreza extrema no disminuyó entre 1991 (23%) y el 2002 (23.9%), y el número de personas viviendo en pobreza extrema y crítica aumentó (en 1.3 millones y 2.5 millones, respectivamente). Los ingresos del 10% de la población más rica del país es 50 veces mayor a los del 10% más pobre. Del total de los hogares en extrema pobreza, 52% son indígenas (el subrayado es nuestro). En: http://www.care.org.pe/pobreza.htm

1.2.4 Dónde están los pobres del Cusco.- El Cuadro Nº3[153] que veremos a continuación, nos muestra espacialmente donde viven los pobres del Cusco.

Cuadro Nº 3

PROVINCIA	EXTREMA POBREZA (Índice de45.07 a 40.97) 12 Distritos	MUY POBRES (Índice de 40.4 a 30.8) 44 Distritos	POBRES (Índice de 30.09 a 20.45) 44 Distritos	REGULAR (Índice de 20.31 a 13.5) 8 Distritos	ACEPTABLE (Índice de 13.4 a menos) 0 Distritos
CANAS	Checca Quehue	Tupac Amaru Yanaoca Langui Layo	Kunturkanki Pampamarca		
QUISPICANCHI		Cusipata Carhuayo Ccatca Marcapata Ocongate	Quiquijana Camanti Oropesa Andahuaylillas Urcos	Lucre	
CALCA		Lares Yanatile San Salvador	Lamay Coya Pisac	Calca	
URUBAMBA			Ollantaytambo Maras Chinchero Machupicchu Huayllabamb a	Yucay	
CUSCO		Ccorca	San Jerónimo Poroy Santiago	San Sebastian Saylla Cusco Wanchaq	
CHUMBIVILCAS	Capacmarca Quiñota Chamaca Llusco	Velille Santo Tomás	Colquemarca		
PAUCARTAMBO	Challabamba	Huancarani Paucartambo Colquepata	Kosñipata Caicay		

[153]Puede verse en: http://www.jesuitasperu.org/almacen/archivos/arch85-Anexo%2010.%20Pobreza%20por%20distritos%20Cusco.doc

PROVINCIA	EXTREMA POBREZA (Índice de45.07 a 40.97) 12 Distritos	MUY POBRES (Índice de 40.4 a 30.8) 44 Distritos	POBRES (Índice de 30.09 a 20.45) 44 Distritos	REGULAR (Índice de 20.31 a 13.5) 8 Distritos	ACEPTABLE (Índice de 13.4 a menos) 0 Distritos
ESPINAR	Alto Pichigua	Suykutambo Coporaque Pichigua Condoroma Pallpata	Ocoruro Espinar		
LA CONVENCION		Occobamba Pichari Vilcabamba Santa Teresa Huayopata Kimbiri Quellouno Echarati	Maranura Santa Ana		
ANTA		Chinchaypugio Huaroncondo Limatambo Zurite Ancahuasi	Mollepata Anta Pucyura Cachimayo		
ACOMAYO		Rondocan Pomacanchi Acomayo, Acopía	Acos Mosoqllaqta Sangarará		
CANCHIS			San Pablo, Marangani Pitumarca, Checacupe Tinta, Sicuani Combapata, San Pedro		
PARURO	Colcha Ccapi Omacha	Yaurisque Huanoquite Accha, Paruro	Paccaritambo	Pillpinto	

Elaborado por Jesuitas Perú, en base al Mapa de Pobreza 2000 FONCODES.

Este cuadro nos lleva a sostener que el grueso de la población en extrema pobreza y muy pobre está ubicada en el ámbito rural. El ámbito rural en el Cusco está compuesto esencialmente por indígenas.

En suma, 66 distritos de los 108 distritos de la Región del Cusco están catalogados como de extrema pobreza y muy pobres. Si a esta cifra se agrega el número de distritos pobres, la suma ascienda a 100 distritos en situación de pobreza. La mayoría de estos pobres, en la perspectiva de Chacaltana, muy bien pudieran ser considerados pobres crónicos, lo que nos hace pensar que es muy difícil que puedan salir de esta situación.

La heterogeneidad y las particularidades del Cusco admiten algunas variables más. Los pobladores en extrema pobreza y los muy pobres son esencialmente indígenas y, en este sentido, quechuahablantes.

2 COMUNIDADES INDÍGENAS Y JUSTICIA CONSUETUDINARIA

En la región del Cusco[154] existen aproximadamente 941 comunidades campesinas y 42 comunidades nativas, éstas últimas ubicadas esencialmente en el Valle de La Convención. Las comunidades campesinas están diseminadas esencialmente en los distritos considerados muy pobres o de extrema pobreza.

Es obvio que a pesar de esta información y de la inhumana precariedad de su existencia, es difícil encontrar una sociedad que prescinda de un sistema de administración de justicia.

Las sociedades ancestrales gozan de una larga tradición para resolver sus conflictos. Las comunidades indígenas y nativas de la Región del Cusco no están excluidas de cualquier posibilidad de acceso a la justicia y mayoritariamente resuelven sus conflictos acudiendo al sistema de administración que les es propio: el sistema de administración de justicia informal o consuetudinaria.

La falta de presencia del Estado no implica una ausencia de conflictos al interior de las comunidades. La escasez de los bienes, las antipatías personales y otras razones, requirieron siempre la intervención de la comunidad para evitar que el conflicto se extienda y afecte la paz comunal. Las comunidades campesinas, ante la necesidad de resolver estos conflictos, por lo general recurrieron a sus propias costumbres y tradiciones jurisdiccionales para resolverlos.

Este sistema consuetudinario o informal[155] nace en las comunidades indígenas y nativas, por la ausencia o más bien el abandono del Estado. Un Estado poco interesado en lo que ocurría al interior de las comunidades y la propia necesidad de éstas de resolver sus conflictos fue consolidando este sistema de justicia informal o consuetudinaria.

Sin embargo, el Estado, no será ajeno a todo cuanto ocurra en este sistema de administración de justicia.

[154] FARFÁN, JORGE. (2005). Mapa de acceso a la justicia. Lima, IDL.

[155] ANA TERESA REVILLA señala al respecto. "Cuando se habla de administración de justicia informal, se hace en contraposición a las instancias reconocidas por el Estado para resolver conflictos. El reconocimiento alcanzado por las instancias de resolución de conflictos a nivel constitucional (Constituciones Políticas de Colombia artículo 246, Bolivia 171, y Perú 149) e internacional (Convenios 107 y 169 de la OIT), nos llevaría a pensar que muchas de ellas ya no son 'informales'. Sin embargo, dada la oposición manifestada explícitamente por la mayoría de las autoridades policiales, políticas y judiciales a los distintos sistemas de resolución de conflictos, en la práctica estos devienen en sistemas informales". En: REVILLA, ANA TERESA. "La Administración de Justicia Informal en el Perú". En: http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti8.htm. Último acceso: 18 de octubre del 2008.

Se impondrá la necesidad de intervenir, no precisamente para coadyuvar en el fortalecimiento de este sistema consuetudinario, sino para imponerle límites o reservas. La competencia en materia jurisdiccional otorgada o delegada a las comunidades campesinas y, además de ser mínima y heterogénea, será encorsetada.

A la manera de una espada de Damocles, sobre una buena parte de lo que se decida jurisdiccionalmente en este sistema de administración consuetudinaria penderá la larga espada de la jurisdicción formal para revisar lo decidido y, algunas veces, para encarcelar a quienes administraron justicia a nombre estas comunidades campesinas y nativas[156].

Esto ocurrirá esencialmente en temas de connotación penal. En el sistema de administración de justicia informal no existe precisión de sus competencias; así, por ejemplo, es común que en muchas de estas comunidades se juzguen casos de abigeato. Muchos de estos procesos, sin embargo y por razones conexas, terminarán en algunas Salas Penales de la Corte Superior del Cusco. El "exceso" en el castigo, hace que los abigeos, luego de ser acusados, pasen posteriormente a ser víctimas.

El Estado, un ogro nada filántropo para este sistema de administración de justicia, será quien finalmente se encargue de impartir justicia. Es decir, al no agotarse la administración de justicia en el escenario comunal, quedará pendiente o latente el sistema de justicia formal y con ello el acceso que pudieran tener los miembros de las comunidades campesinas y nativas.

Sea como fuere, por legitimados y eficaces que sean los órganos de administración de justicia comunal, el sistema de administración de justicia formal es un tema que los habitantes de las comunidades campesinas y nativas no pueden prescindir, principalmente respecto a los temas penales.

[156]Resulta paradójico el caso que viene conociendo al Sala Mixta Itinerante de Quillabamba. En una comunidad nativa cercana a Camisea, se decidió el juzgamiento de un hechicero. Durante el juzgamiento, entre otras cosas, se le interrogó sobre cierto hechizo que debía estar en un árbol de Lupuna. Ante la negativa del brujo de hablar, le tomaron los dedos de la mano y sobre ella se le aplicó la corriente de una batería (a la manera de ciertas películas, según dicen los acusados). Este hecho causó la muerte del acusado. Los juzgadores vienen siendo juzgados en la actualidad y a pesar de que existe un informe antropológico su juzgamiento, seguramente, estará pensado en términos occidentales, sin importar de que en medio de todo esto se está juzgando también a una cultura.

CAPÍTULO III

EL ACCESO A LA JUSTICIA

1. EL ACCESO A LA JUSTICIA EN PERSPECTIVA

Debiéramos señalar, en principio, una frase que corresponde a Capelleti y Garth[157] que la noción de acceso a la justicia requiere necesariamente mirar más allá de los tribunales, y utilizar análisis sociológicos, políticos, psicológicos, económicos y de otros tipos, además de aprender de otras culturas, enfocar la investigación y la enseñanza procesal moderna.

En un país multicultural y multiétnico como el nuestro, con una historia de dominación y de conquista de larga data, el problema del acceso a la justicia ni siquiera fue considerado en sus orígenes. De hecho, en los lugares donde el Estado no tenia mayor presencia, un sistema consuetudinario se encargaba de resolver los conflictos entre las personas.

No es difícil admitir la coexistencia de dos sistemas: uno proveniente de las propias tradiciones de los conquistados y continuada -con algunas variables- por inmensos sectores indígenas de la población (entre ellos los quechuahablantes) y la otra, la impuesta por los conquistadores y heredada por el Estado Republicano. En este modo occidental de ver las cosas, señala Jiménez Mayor:

> *"El concepto de acceso a la justicia ha pasado por una trasformación muy importante. A fines de los siglos XVIII y durante el XIX, es decir, en la formación y consolidación del Estado liberal los procesos judiciales de tipo civil en teoría eran parte de la posibilidad de decisión de las personas para solucionar sus conflictos, esto suponía que formalmente cualquiera podría recurrir a un tribunal para resolver una controversia. Así, el derecho de acceso a la protección judicial significaba esencialmente el derecho formal del quejoso a litigar o defender una reclamación. Pero a nadie importaba si entonces una persona realmente tenía la capacidad real de poder acudir a un tribunal"… Así, por mucho tiempo, la existencia y ejercicio del derecho de acceso estaban limitados al reconocimiento, sin exigirse una acción estatal afirmativa para su efectiva protección. Había pues una actitud pasiva del Estado, como lo era en todos los derechos: simple reconocimiento de las esferas de libertad, sin acciones afirmativas enérgicas para su cumplimiento"*[158] .

Capelleti[159] denominó a este hecho como "pobreza legal". La justicia, en este escenario, es solo una mercancía que únicamente podía ser adquirida o comprada por aquellos que puedan pagar su costo.

Nuestro escenario republicano, hasta mediados del siglo pasado, no fue totalmente ajeno a este escenario mercantil. La justicia formal tenía un costo y a ella solo podían acceder ciertos sectores de la población compuesta generalmente por blancos y mestizos (mistis). La corriente de novelas indigenistas impulsada por Ciro Alegría y José María Arguedas ilustran este hecho.

[157] CAPELLETI, MAURO Y BRYANT GARTH. (1996). El acceso a la justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. México: Fondo de Cultura Económica. pág. 13.
[158] JIMÉNEZ MAYOR, JUAN. (2007). Acceso a la Justicia. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Materiales de Enseñanza de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional, pág. 79.
[159] Citado por JIMÉNEZ MAYOR, JUAN. Acceso a la Justicia. Ibid. Pág. 79.

La inmensa mayoría de la población indígena, por cierto, estaba dejada su suerte y era esencialmente ajena a este tipo de justicia.

Esta idea de ajenidad puede ser ilustrada también con un conocido retrato efectuado por un fotógrafo indígena llamado Martín Chambi. El retrato corresponde a un juicio oral llevado a cabo en la ciudad del Cusco. En la fotografía destaca una enorme contradicción cultural, dos realidades enfrentadas: una de ellas, indígena, y ubicada en el banquillo de los acusados, respirando pobreza por los cuatro costados, quechuahablante, que siempre será quien lleve la peor parte, y la otra que corresponde a la parte acusatoria, que está bien vestida, de acuerdo a los cánones socialmente admitidos, que muestra cierto grado de comodidad económica y de nivel educativo.

Dado el contexto, el enfoque del presente trabajo debe estar vinculado a percibir cómo el Estado admite la necesidad de tener una activa participación en la protección de este derecho fundamental, como trata de aminorar este desequilibrio entre quienes pueden acceder a la justicia en función de sus recursos y a quienes por falta de ello, por su propia debilidad (en el sentido ferrajoliano) y discriminación, no pueden acceder. Este hecho, sin duda, pasa por ir pensando en políticas públicas y la eficacia de éstas para lograr los propósitos de un derecho, que entre otros, está también vinculado a la igualdad.

2. EN BUSCA DE UNA DEFINICIÓN OPERATIVA

Dentro de las variadas causas y propósitos de alcance parcial que pueden justificar la existencia del derecho, como señala Hart[160], tales como la escasez de recursos económicos, la vulnerabilidad de los seres humanos ante las agresiones de otros, la relativa falta de simpatía de los hombres hacia las necesidades e intereses de los que están fuera de sus círculo de allegados, entre otros; debemos señalar la omnipresencia e inevitabilidad de los conflictos generados, precisamente, por cualquiera de estas causas.

Las personas y la sociedad requieren que estos conflictos sean resueltos y como tal, se asigna al derecho y al Estado (que no siempre son lo mismo), esta delicada tarea. En tal virtud el Estado, a través del derecho, establece órganos e instituciones encargadas de resolver conflictos, configurando además un conjunto de mecanismos y garantías mínimas para este propósito. De esta manera, la posibilidad de que las personas puedan acudir libre y voluntariamente a estos mecanismos de solución de conflictos, y que estos le proporciones ciertas garantías mínimas y una solución al conflicto, a mi juicio definen la idea de acceso a la justicia.

En este contexto, el término 'acceso a la justicia' hace referencia a las posibilidades fáctica de las personas de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas ya sea que dicha satisfacción se alcance por medios extrajudiciales o a través de la participación de un proceso judicializado[161].

De esta manera:

> *"Un efectivo acceso a la justicia resulta un derecho humano de carácter primordial y, en este sentido aliviar la pobreza legal, entendida como 'la incapacidad de muchas personas para hacer cabal uso de la ley y de sus instituciones', debe ser una de las preocupaciones del poder público"*[162].

[160] Citado por SANTIAGO NINO, CARLOS. (1983). Introducción al Análisis del Derecho. Barcelona, Editorial Ariel, pág. 2.
[161] En "Documentos de la Oficina de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos" del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. En: http:www.cmcaba.gov.ar
[162] Ibid.

En el documento elaborado por la Secretaria Técnica del CERIAJUS[163] se señala lo siguiente:

"La propia denominación de acceso a la justicia permite derivar lo dicho en el párrafo previo. En efecto, con dicha noción se hace referencia a las garantías que permiten la posibilidad de acudir a cualquier entidad del sistema de justicia para obtener la definición de un conflicto en términos de justicia desde el punto de vista individual y social. Las garantías a la que se alude tienen un fundamento doble: debe permitir que sea libre y general".

De acuerdo al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD):

"El acceso requiere dos adjetivaciones, debe ser libre y general. Es de fácil comprensión que en una democracia moderna no sean admisibles restricciones al acceso por razón de clase económica, de color de piel, de género o de preferencia política o religiosa. Tampoco se perfecciona el concepto de acceso si no representa un ejercicio pleno de libertad, lo que implica, dentro de otros factores, información previa en el potencial usuario acerca de cuáles son sus derechos y cómo debe defenderlos".

La opinión de Jiménez Mayor se circunscribe al contexto descrito: "El acceso se refiere a la capacidad de todos los habitantes de un país de acudir por su propia voluntad a mecanismos, tradicionales o alternativos, públicos o privados, de solución de controversias el mismo que requiere de dos condiciones básicas: debe ser libre y general"[164].

Algunos de los elementos que configuran el acceso a la justicia pueden ser los siguientes:

- Capacidad y posibilidad de las personas de acudir libre y voluntariamente a una instancia facultada jurídicamente para resolver sus conflictos de modo vinculante y obligatorio.
- Respeto de ciertas condiciones o garantías mínimas que permitan el libre acceso y la igualdad de partes.

2.1 Acceso a la justicia como derecho fundamental

El acceso a la justicia constituye un derecho fundamental, no porque explícitamente esté contemplado en nuestra constitución, sino porque se encuentra presente de un modo innominado.

En este sentido se contempla este derecho en los siguientes artículos:

"Artículo 2. Toda persona tiene derecho:
(…)
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole".
"Artículo 44.- Deberes del Estado.
Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación".

[163] Documento elaborado por el CERIAJUS. Pág. 107.
[164] JIMÉNEZ MAYOR, JUAN. Op. cit. pág. 75.

"Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia.
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:...
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional".

Sobre el acceso a la justicia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos señala que los estados tienen el deber de organizar el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Si una persona pretende ejercer los derechos que las convenciones le garantizan y, por su posición económica, está imposibilitado de pagar asistencia legal o cubrir los costos del proceso, queda discriminada y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley.

Esta posición de la Corte Interamericana, por ejemplo, puede observarse en la opinión consultiva 11, en la que además establece que, en casos no penales, esa violación existe cuando una persona que requiere de representación no puede acceder a ésta.

El Tribunal Europeo de Derechos humanos ha sostenido esta misma posición en el caso Airey V. Ireland, referido anteriormente

2.2 Diagnósticos sobre acceso a la justicia

2.2.1 CERIAJUS.- En el Informe de CERIAJUS se señala

"...que el acceso a la justicia se refleja a través de los siguientes grandes ejes que, en buena cuenta delimitan los problemas o causas de los obstáculos que dificultan el acceso a la justicia del Perú:

a) Escasa cobertura del sistema de justicia por razón de territorio, población y capacidad de servicios. Es decir, falta de instituciones y operadores en número suficiente, distribuidos a lo largo del territorio y a costos accesibles de manera que permitan satisfacer la demanda de los usuarios. Pero además, también debido a la carga procesal, cuando ésta sobrepasa la capacidad instalada del sistema en alguna de sus entidades.
b) Barreras de tipo económico y presupuestal. En otras palabras, los obstáculos que impiden el acceso a los servicios de la defensa pública a cargo del Estado, o dificultan la posibilidad de obtener el asesoramiento de un abogado para la defensa de los derechos en litigio.
c) Limitada predictibilidad, débil argumentación jurídica y falta de efectividad de las sentencias judiciales. La existencia de prácticas, procedimientos y códigos de lenguaje complejos, profundizan las brechas culturales y dificultan la comunicación.

2.2.2. Acuerdo por la Justicia.- En el Informe Final elaborado por el Acuerdo Nacional por la Justicia[165] con respecto a este derecho fundamental, se dice lo siguiente:

"Movilizar activamente los recursos del Estado y la sociedad para garantizar que todas las personas en el Perú cuenten con efectivo acceso a los recursos judiciales y a los medios alternativos de resolución de conflictos, a fin de que éstos protejan efectivamente los derechos de todos.
Para la realización de esta política el Estado, el Poder Judicial y la sociedad civil promoverán:

[165] Ver http://www.justiciaviva.org.pe/otros/2004/informefinal.doc

a) La dotación de recursos necesarios para establecer un Sistema Nacional de Defensa Legal para Todos, que involucre la Defensa de Oficio, los Consultorios Jurídicos Populares, los Colegios de Abogados, Facultades de Derecho, Iglesias, ONGs, a fin de proveer asesoría y defensa legal gratuita, así como medios alternativos de resolución de conflictos a las personas de escasos recursos, comunidades indígenas y a mujeres, niños, ancianos y discapacitados en situación de vulnerabilidad.
b) La incorporación del tema del acceso a la justicia como concepto y política medular dentro de las estrategias nacionales de lucha contra la pobreza, solicitando la participación activa de la cooperación internacional para proveer recursos que permitan revertir las carencias.
c) La capacitación del personal judicial y de los demás operadores legales para sensibilizar y generar aptitudes pluriculturales que eviten la discriminación de cualquier índole.
d) La intensificación del uso de medios alternativos de resolución de conflictos.
e) El establecimiento de una mejor oferta de servicios judiciales a la población con mayor número de magistrados que faciliten el acceso.
f) Revisión del sistema de tasas judiciales y otros gastos judiciales con criterio equitativo respecto de las personas de escasos recursos para solventar estos gastos y aplicando los beneficios del auxilio judicial (beneficio de pobreza).
g) La creación de un Centro sobre Acceso a la Justicia, encargado de realizar estudios de seguimiento para la reversión de sus carencias e impacto social.
h) La convergencia de las formas comunitarias de justicia con el sistema de justicia formal, reforzando las garantías".

2.3 Acceso a la justicia y discriminación de acuerdo al diagnóstico

No es ajeno el hecho de que muchas entidades estatales asumen la discriminación racial e idiomática como un tema invisible o más bien secundario. En realidad, no existen políticas públicas y suelen abordar el problema en su silenciosa complejidad. A lo más, la discriminación suele ser un tema periférico que adquiere importancia únicamente en los foros y que esencialmente está dejada a los sociólogos, antropólogos o a la gente interesada académicamente en el tema.

En el diagnostico de CERIAJUS, por ejemplo, la invisibilidad de este fenómeno se hace evidente. Por lo menos no es un tema medular en el consenso de las políticas públicas que aboguen por el acceso a la justicia.

No es importante por ejemplo, que poco más de un 48% de la población se comunique en quechua y que esta barrera idiomática constituya un problema esencial por lo menos en la administración de la justicia penal en la Región del Cusco.

Habría que advertir lo que señala Ferrandino para otorgarle mayor importancia al caso:

"Para acceder a la justicia en condiciones de igualdad, las personas deben ser atendidas en el propio idioma. Si un porcentaje de la población no conoce el idioma en el que se difunde la información, ésta adquiere un carácter excluyente.
La normatividad reconoce la garantía de estar informado acerca de derechos, obligaciones y oportunidades legales, y el derecho de recibir asesoría, atención o de ser procesado en el propio idioma.
La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en el artículo 19 que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; derecho que incluye el de recibir informaciones y opiniones.

En el caso de la justicia, para que las personas puedan acceder a ella, deben tener conocimiento de ese derecho y contar con la información necesaria sobre los servicios que van a facilitarle tal acceso a la justicia y acerca de cómo puede utilizar esa estructura para hacer valer su derecho de igualdad ante la ley"[166].

La posición del denominado Acuerdo por la Justicia no es ajena a esta apreciación, ya que se subraya esencialmente la necesidad de dotar de recursos a las comunidades campesinas y de consolidar este tipo de administración.

El problema, sin embargo, no solamente transita por un tema económico. Existen de por medio problemas culturales y discriminatorios que no se agotan en la dación de recursos o con la sola presencia de soluciones económicas.

[166]FERRANDINO, ÁLVARO. "Acceso a la Justicia". En: PASARÁ, LUIS (Comp.) (2004). En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina. Lima, Consorcio Justicia Viva, pág. 377-408.

CAPÍTULO IV

DISCRIMINACIÓN, ACCESO A LA JUSTICIA

1. POBREZA Y ACCESO A LA JUSTICIA

Hasta hace pocos años -señalan Capelleti y Garth[167]- los estudiosos del derecho no estaban preocupados por las realidades del sistema judicial: "Factores tales como las desigualdades entre los potenciales litigantes en el acceso práctico al sistema o la disponibilidad de recursos para el litigio no se consideraban siquiera como problema". La investigación en este contexto estaba alejada de la realidad.

En esta perspectiva

> *"El Estado, …mantenía una actitud pasiva en relación de problemas tales como la capacidad que, en la práctica tuviera una parte para reconocer sus derechos y hacerlos valer o defenderlos de manera adecuada. El aliviar la 'pobreza legal' (es decir, la incapacidad de muchas personas para hacer un cabal uso de la ley y de sus instituciones) no era preocupación del Estado…"*[168].

Estas frases de Capelleti y Garth dan cuenta de un hecho que en nuestro medio resulta un tema obvio. La pobreza genera una importante restricción a la libertad. Quien carece de recursos, generalmente no pueda hacer ejercicio de sus libertades y derechos. Es poco probable que, por ejemplo, piense en acudir al órgano jurisdiccional o, en términos por lo menos formales, acceder a la justicia.

Tanto el diagnóstico del CERIAJUS y el del Acuerdo Nacional por la Justicia observan este hecho. Así, por ejemplo, el CERIAJUS la considera como una barrera de tipo económico y presupuestal y dice que son: "…en otras palabras, los obstáculos que impiden el acceso a los servicios de la defensa pública a cargo del Estado, o dificultan la posibilidad de obtener el asesoramiento de un abogado para la defensa de los derechos en litigio".

El Informe Final del Acuerdo Nacional por la Justicia resulta siendo más amplio para enfocar la vinculación entre pobreza y acceso a la justicia.

En el informe se señala, entre otros:

> *a)"La dotación de recursos necesarios para establecer un Sistema Nacional de Defensa Legal para Todos, que involucre la Defensa de Oficio, los Consultorios Jurídicos Populares, los Colegios de Abogados, Facultades de Derecho, Iglesias, ONGs, a fin de proveer asesoría y defensa legal gratuita, así como medios alternativos de resolución de conflictos a las personas de escasos recursos, comunidades indígenas y a mujeres, niños, ancianos y discapacitados en situación de vulnerabilidad.*

[167] CAPELLETI, MAURO y GARTH BRYANT. (2007). La cambiante concepción teórica del acceso a la justicia. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Materiales de Enseñanza de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional, pág. 2.
[168] Ibid. pág. 12.

b) La incorporación del tema del acceso a la justicia como concepto y política medular dentro de las estrategias nacionales de lucha contra la pobreza, solicitando la participación activa de la cooperación internacional para proveer recursos que permitan revertir las carencias.

...

f) Revisión del sistema de tasas judiciales y otros gastos judiciales con criterio equitativo respecto de las personas de escasos recursos para solventar estos gastos y aplicando los beneficios del auxilio judicial (beneficio de pobreza).

g) La creación de un Centro sobre Acceso a la Justicia, encargado de realizar estudios de seguimiento para la reversión de sus carencias e impacto social.

h) La convergencia de las formas comunitarias de justicia con el sistema de justicia formal, reforzando las garantías".

En esta perspectiva, es tarea pendiente del Estado el hacer efectivo el acceso a la justicia por parte de los sectores pobres de la población. Sin entrar en mayores detalles se requiere que el Estado logre:

- La eliminación de la pobreza.
- Tratamiento diferenciado de la pobreza y el acceso a la justicia.
- Eliminación de barreras que impiden el acceso a la justicia por parte del Estado.
- Defensa eficaz y ¿gratuita?

2. LA JUSTICIA FORMAL Y SUS OBSTÁCULOS

En el Informe de la Secretaria Técnica de CERIAJUS, las barreras económicas inciden en dos ámbitos:

- En las limitaciones económicas de la población.
- En el plano institucional, al no contarse con recursos presupuestarios que posibiliten un servicio adecuado.

No vamos a incidir en este trabajo en el plano institucional del Poder Judicial y su cantada escasez presupuestaria (aun cuando no lo sea tanto), sino en las limitaciones económicas de la población, según la perspectiva de nuestro trabajo.

De este modo empezaremos señalando que las mayores limitaciones que tienen los pobres para acceder a la justicia formal son las siguientes:

- Los costos directos que implica acceder a esta justicia, representados por las tasas judiciales, los honorarios de los abogados, pago a peritos.
- Costos externos y ocultos del acceso a la justicia, entre los que podemos señalar las distancias, las pérdidas de tiempo, las propinas o coimas a la juez, secretarios, peritos, etc.

2.1 Los costos directos de la justicia formal

2.1.1 Tasas Judiciales.- Estas tasas están pensadas básicamente para los procesos civiles. Los procesos constitucionales y los penales están exentos del pago de las tasas.

En la región del Cusco[169], 58 de los 114 distritos se encuentran exonerados de este pago. Para citar algunos ejemplos, las capitales de provincia de Canas, Paruro y Acomayo, se encuentran dentro de los distritos exonerados. Esta, sin duda, es una medida enfocada en el sistema de administración de justicia formal.

[169] Ver. http://www.idl.org.pe/tasas.htm

2.1.2 Abogados.- Este hecho debe implicar una de las mayores dificultades, aún en las poblaciones que se encuentran exoneradas del pago de tasas judiciales. La defensa cautiva es un costo que debe afrontar el poblador de la zona, indistintamente del proceso en que esté inmiscuido (penal, procesal constitucional, etc.).

A este problema debe sumarse la idea de una defensa eficaz, en la medida que los abogados que patrocinan en algunas zonas pobres y quechuahablantes mayoritariamente carecen de una buena formación académica y adolecen de posibilidades de capacitación.

2.2 Los costos externos y ocultos

Los costos que tienen afrontar los pobres en el Cusco no solamente están reducidos al pago de tasas, sino también al pago de los derechos que se les paga a los peritos.

Se afrontan también ciertos costos ocultos, como el pago de propinas a los diligenciarios, secretarios y al propio juez para efectuar ciertas diligencias (notificaciones). Estos hechos que son considerados actos de corrupción no pueden ser controlados por la Oficinas Distritales de Control de la Magistratura que están ubicados, casi permanentemente, en la ciudad del Cusco.

2.3 Acceso a la justicia de acuerdo a los quechuahablantes

Un hecho frecuente en nuestro medio puede ilustrar este caso. Basta con observar a un quechuahablante, en plena ciudad del Cusco, acercándose al órgano jurisdiccional o a al Palacio de Justicia. Por lo pronto, una construcción elaborada para causar cierta impresión (miedo o solemnidad), le generará cierta sensación de pánico aún antes de haber ingresado.

En el interior no es difícil que pueda observar un conjunto de letreros, que si fuera citadino o conspicuo litigante podría ubicarlos de mejor manera. Puede observar también un conjunto de letreros escritos en el idioma oficial de la zona: el quechua. El quechuahablante, sin embargo, no entenderá ni uno ni otro letrero porque lo más probable es que sea analfabeto.

El panorama puede convertirse en un escenario kafkiano en un santiamén. La falta de abogado, el vejamen que puede sufrir por parte de los guachimanes y por el propio personal de la Corte vinculado a un menosprecio subterráneo se encargaran de hacer el resto.

No basta en este sentido que el Consejo Nacional de la Magistratura bonifique a los jueces que pretendan postular a tales zonas, sino que sea un requisito obligatorio que pueda además legitimarlos en la zona. Este por cierto no es un problema de los jueces de paz, para quienes es impensable no expresarse en el lenguaje de sus administrados.

2.3.1 Extranjeros quechuahablantes.- Nuestra Constitución, además del castellano, prescribe la oficialidad de otros idiomas como el quechua y otro[170] . Asumiendo que la mayoría de la población es quechuahablante, debemos entender que el quechua es, a la par que el castellano, el idioma oficial de la Región del Cusco.

Sin embargo, no es necesario realizar ningún esfuerzo para pensar que lo señalado en el texto constitucional apenas si es un buen deseo del constituyente.

[170]Constitución Política del Perú. "Artículo 48.- Idiomas oficiales. Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley".

No parece importarle mayormente al Estado el otorgarle la calidad de tal a este idioma. Las normas -inclusive las ordenanzas regionales- no merecen una publicación en quechua; son escasos los anuncios oficiales por los que un quechuahablante letrado pudiera sentir que vive en una región quechuahablante.

En nuestra región no ocurre lo que se puede observar en el país Vasco o en algunas zonas francófonas del Canadá. La propia Universidad Nacional San Antonio Abad no hace mayor promoción al respecto.

Al transitar por la ciudad del Cusco, un quechuahablante debe sentir todo lo que un extranjero siente en un país con un distinto idioma. Inclusive esa sensación puede ser mayor si se considera que en las inmediaciones de la Plaza de Armas el uso del idiomas extranjeros como el inglés resultan ser cada vez más frecuentes e intensos.

Pensemos, asimismo, que recientemente la Constitución ha sido traducida al quechua y apenas si existen algunos textos escritos en quechua que divulgan, por ejemplo, algunos de los derechos fundamentales.

La agenda nacional no ve como un tema capital este tipo de discriminación. Podemos señalar algunos ejemplos:

- No existen políticas públicas al respecto, y en este sentido la propia propuesta del CERIAJUS no afronta este hecho.
- El Cusco tiene como idioma oficial el quechua, sin embargo, ninguna disposición normativa ha sido realizada en quechua (Incluyendo aquellas normas destinadas exclusivamente para estos sectores, como la Ley General de Comunidades Campesinas).
- La Constitución, aun cuando recientemente ha sido traducida al quechua, no ha sido debidamente divulgada en los sectores excluidos ni se observa política alguna al respecto.
- No se ha pensado en algún modo alternativo para difundir oralmente algunas de estas normas fundamentales para estos sectores excluidos.
- Las propuestas de las organizaciones no gubernamentales dedicadas al tema gracias a la cooperación extranjera, tienen publicados libros en quechua y castellano que resultan insuficientes y, en todo caso, sus propuestas son focalizadas.

2.3.2 Quechuahablantes e indígenas.- En materia de discriminación, después de la pobreza el uso del idioma quechua, al que usualmente se acompaña el hecho de ser indígena, debe ser una de las más importantes causas de discriminación y uno de los más importantes obstáculos para acceder a la justicia.

En el Cusco, el 48.07% de la población -de acuerdo al cuadro elaborado por el IDL (ver Cuadro Nº4)- tiene como lengua materna el quechua y vive esencialmente en las zonas rurales altoandinas. Una incursión a tales lugares nos proporcionara un hecho adicional: los habitantes de estas zonas son esencialmente indígenas, de rasgos cobrizos.

En estas zonas rurales, donde existe un uso mayoritario del quechua, no es difícil encontrar jueces que no hablan tal lengua. A los jueces no parece afectarles tal hecho, ni se observa que en general tenga algún propósito de acercarse a la población a través de su propio idioma. Este hecho se repite en el Ministerio Publico, auxiliares jurisdiccionales, etc.

Desde la perspectiva de estos magistrados, el problema suele trasladarse a la población. El problema es de ellos (de la población) que no saben hablar o no hablan bien el castellano.

Los propios abogados que tienen como lengua materna el quechua sufren una discriminación subterránea en los tribunales y juzgados del Cusco. Usualmente son motivo de burla y risa por el mal pronunciamiento de las palabras en castellano que suele acompañar a quien ha tenido como lengua materna el quechua.

2.3.3 Quechuahablantes, indígenas y analfabetos.- Por una razón implícita, la gran mayoría de quechuablantes no son solo indígenas, sino también analfabetos. La discriminación respecto de ellos se incrementa.

Para poner un ejemplo: un Presidente de la Corte Superior del Cusco, con el propósito de acercarse más a la población, colocó avisos en quechua en la Corte, como debiera ser. Estos avisos, sin embargo, no pueden estar al alcance de los analfabetos. Por lo demás, los analfabetos pueden ser engañados fácilmente y consignar su huella digital en escritos que los pueden perjudicar, sin que exista un sistema de protección contra ellos.

Veamos alguna información, sobre la tasa de analfabetismo en el Cusco para observar las dimensiones del caso.

Cuadro Nº 4

Departamento del Cusco: tasa de analfabetismo de la población de 15 y más años, por sexo, según área urbana y rural (1981 y 1993).

AREA	TASA DE ANALFABETISMO: 1981			TASA DE ANALFABETISMO: 1993		
	TOTAL	HOMBRES	MUJERES	TOTAL	HOMBRES	MUJERES
TOTAL 1/	37,2	22,7	51,7	25, 4	14,3	36,4
URBANA	18,1	8,4	27,6	12,0	5,4	18,3
RURAL	51,9	33,6	70,4	38,1	22,4	54,2

1/ Excluye a las personas que no declararon si sabían leer y escribir
FUENTE: INEI - CENSOS NACIONALES DE 1981 Y 1993.

2.3.4 Quechuahablantes, indígenas, analfabetos y mujeres.- El drama para acceder a la justicia que tienen los quechuahablantes, indígenas, analfabetos suele adquirir ribetes kafkianos. En el caso de mujeres, el drama se acentúa aun más.

La Comisión Interamericana Derechos Humanos, órgano de la OEA, ha efectuado un informe no muy alentador sobre la discriminación en el Perú, respecto a las mujeres:

"No obstante el esfuerzo realizado por el Estado Peruano en la materia y los consiguientes importantes avances logrados, subsisten en el Perú situaciones de discriminación de la mujer en áreas tales como la educación, el trabajo, el matrimonio y la política. Esta situación se agrava en el caso de la mujer indígena"[171].

[171] Ver. http://www.prensalibre.com/especiales/ME/violenciamujer/04.htm. (Ultimo acceso 16-10-07).

Aun cuando la discriminación se encuentra en diversos estratos, para algunos de ellos el Estado, a través de los procesos de violencia familiar, ha proporcionado ciertos mecanismos que facilitan el acceso a la justicia.

El problema mayor como siempre es el rural. Las mujeres son discriminadas por ser mujeres, por ser indígenas, por ser quechuahablantes y por ser analfabetas.

Este tema tiene incidencia inclusive en la denominada justicia informal. En las comunidades campesinas se mantiene una vigorosa discriminación contra las mujeres y los niños.

La idea mítica y magnificada que se tiene de las comunidades campesinas no permite advertir que al interior existe una innegable discriminación respecto de las mujeres y los niños. Basta con advertir el alto ausentismo de las niñas en edad escolar, como se encargan de demostrar las organizaciones no gubernamentales dedicadas al tema de género. A pesar de estos informes, aún no se cuenta con información estadística que brinde un mayor detalle respecto a la situación real de la discriminación y su relación con el acceso a la justicia[172].

Un buen ejemplo de este hecho es el tratamiento que obtienen las formas de violencia intrafamiliar en los foros alternativos de justicia denunciados por las organizaciones de mujeres. Un estudio realizado por el Instituto de Defensa Legal muestra que desde la percepción de las propias mujeres campesinas, las respuestas de la justicia comunitaria a los casos de violencia familiar no les resultan satisfactorias. Así el problema de acceso a la justicia de la población indígena femenina no radicaría solamente en la distancia geográfica y cultural y en los problemas de acceso económico, sino también en la existencia de problemas de discriminación de género que atraviesan tanto en el sistema estatal y como en el comunitario[173].

Hemos señalado que la pobreza en la Región del Cusco no es la misma ni existen las mismas razones que en el resto del país. Esta pobreza, como ocurre en todo el Perú, es heterogénea. A este hecho debe sumarse la circunstancias que hacen que la pobreza extrema sea más acentuada en función al promedio establecido en el país.

En este contexto, una política pública que quiera incidir seriamente en el acceso a la justicia en nuestra región debe considerar estas variables. De hecho, el tratamiento que pueda darse a quienes están en extrema pobreza, focalizada esencialmente en sectores rurales, debe ser distinta a la de otros sectores considerados pobres.

[172]Deberíamos señalar que no existe información estadística al respecto. Esto no quita el hecho de que existe cierta información estadística elaborada por algunas ONGs relativas al tema. Así el Instituto de Defensa Legal ha trabajado en temas vinculados; sin embargo, esta información es insuficiente para determinar cómo avanza el acceso a la justicia en nuestro país. Ver por ejemplo la siguiente dirección electrónica: http://www.idl.org.pe/jueces/2.2.2.htm. Último acceso: 18 de octubre del 2007).

[173]Ver: http://www.idl.org.pe/jueces/3.1.3.htm

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. ACCESO A LA JUSTICIA

1.1 El mito de la gratuidad. Nada es gratis

Existe una conocida frase de Douglass North con la que podemos empezar: "No hay almuerzo gratis". Cuando hablamos de que no hay un almuerzo gratis es porque alguien tiene que pagarla.

Una situación similar, ocurre con el acceso gratuito a la justicia: alguien tiene que asumir los costos (el Estado a través de los impuestos que nosotros pagamos), de manera que resulta siendo irresponsable cualquier tentación de eliminar a diestra y siniestra las tasas judiciales en el entendido de obtener un acceso gratuito a la justicia. El tema pasa más bien por reorientar algunos recursos.

De hecho, aun cuando se imponga la exoneración de tasas judiciales en alguna zonas del Cusco, el usuario del sistema de Justicia debe cubrir siempre algunos costos, tales como transporte hacia la sede del juzgado, el pago del abogado (en los procesos civiles no existe defensor de oficio), el pago a los peritos, etc.

La gratuidad no siempre es la panacea; desde otra perspectiva, puede servir para alargar los litigios y esto es atentatorio respecto al acceso a la justicia. Es conocido en la Corte Superior del Cusco que quienes gozan de auxilio judicial no escatiman en la interposición de medios impugnatorios. Es posible que un buen porcentaje de los Recursos de Casación se hayan interpuesto más por la posibilidad de interponerlo (gratuidad) que por las razones que este recurso exige. Un exceso de litigiosidad, generada de algún modo por la gratuidad, puede ser contraproducente con la idea de acceso a la justicia.

Existe también otro conjunto de temas sensibles, en el que los costos simplemente anulan cualquier posibilidad de acceso a la justicia. Pensemos, por ejemplo, cómo una mujer indígena quechuahablante y pobre puede pagar una prueba de ADN para establecer la filiación de su menor hijo. Un hecho así requiere de una respuesta del Estado, dentro del denominado derecho antidiscriminatorio.

1.2 Las tasas judiciales

Resulta evidente que un gran sector de la población de los distritos que están exonerados de las tasas se encuentran en situación de extrema pobreza; sin embargo, siempre existe un reducido numero que no está en tal situación: ¿Éste mínimo sector debería esta exonerado de las tasas?

Más que una medida radical de exonerar a diestra y siniestra el pago de las tasas judiciales se debería establecer un sistema de presunciones; es decir, todos están exonerados a no ser que en el proceso se acredite que alguna de las partes tiene capacidad económica para pagarlas.

Esta exoneración de tasas judicial bien puede ser entendida como una suerte de discriminación positiva. Sin embargo, no resulta razonable que quienes no son pobres se vean beneficiados con estas acciones destinadas a los pobres.

Debiéramos señalar que quizás el tema pase por efectuar el pago de tasas simbólicas que, en un escenario de pobreza, no impliquen dificultades para acceder a la justicia formal pero que tampoco impliquen una gratuidad que puede ser perniciosa. Al cabo, el servicio de justicia tiene un costo y todos debemos estar concientes de ello. El considerar como indigentes a ciertos usuarios de la administración de justicia, no siempre es bueno con su autoestima, a no ser que éstos definitivamente no puedan cubrir costo alguno.

1.3 Los abogados y defensores de oficio

Asumiendo que la ausencia de abogados constituye un serio obstáculo para acceder a la justicia, el Estado cuenta con un conjunto de abogados o defensores de oficio para acudir a quienes no tienen recursos.

Sin embargo, estos defensores de oficio están pensados básicamente para defender a los procesados en delitos penales. No tienen un número suficiente y su reducido número hace que ni siquiera se pueda evaluar su desempeño. Debe mencionarse que en el Cusco, el número de defensores de oficio era de 11 abogados, casi todos ellos adscritos al local del Palacio de Justicia.

Este número de defensores de oficio ha sido incrementado actualmente; sin embargo, no es mucho lo que se pueda hacer, por lo menos en el caso de los conflictos civiles y familiares, o en el caso de los agraviados o partes civiles en los procesos penales.

En este contexto, es casi un hecho imposible que en el mismo marco del proceso penal se pueda proporcionar abogados de oficio a quienes participan también en el proceso penal en el otro extremo de la relación procesal: es decir, a los agraviados o a la parte civil.

En realidad nuestro sistema de defensa gratuito ni siquiera ha prevista la necesidad de proporcionar defensores de oficio a los agraviados. No es raro observar que cuando el agraviado es un indígena quechuahablante no va a poder contar con un abogado.

1.4 Necesidad de integrar políticas públicas

Las políticas públicas sobre el acceso a la justicia gozan de cierta invisibilidad o más bien de cierta inexistencia en nuestro país. No se ha pensado en el tema de justicia sino en función a los cálculos políticos o económicos. Los intentos de generar políticas públicas a partir de las propuestas de CERIAJUS y de Acuerdo por la Justicia no han sido implementados en su totalidad.

En este contexto, existe una necesidad de entender el problema de la justicia no únicamente como un problema del Poder Judicial y de los organismos afines (Ministerio Público, Ministerio de Justicia, etc.), sino como una tarea del Estado en su conjunto.

Las políticas públicas que pretendan afrontar el acceso a la justicia, a nuestro juicio, deben incluir algunas de las siguientes variables.

- No debe perder de vista que la pobreza es el tema de fondo y que en este sentido, las propuestas de acceso a la justicia para los pobres (principalmente los pobres crónicos), debe ir pensada también como una alternativa de inversión económica en estos sectores.
- Las políticas públicas respecto al acceso a la justicia deben considerar que como obstáculo, la pobreza, no es uniforme en nuestro país ni en nuestra propia Región del Cusco. En este sentido, no es posible establecer políticas públicas que no consideren estas variables y realidades diversas

- Que dentro de estas políticas públicas deben considerarse también políticas que incluyan el rescate de valores culturales y la eliminación de formas discriminatorias o racistas, toleradas por el propio Estado.
- Estas políticas públicas deben considerar la denominada discriminación positiva o inversa, para lograr -aún cuando sea precariamente- cierta igualdad en las partes en conflicto.

1.5 Algunas otras propuestas regionales

1.5.1. Necesidad de que el Sistema que vaya hacia los pobres.- No basta con tener un sistema de defensa gratuito del que puedan hacer uso estas personas sujetas a una pobreza crónica, sino que este sistema debe ir a ellos. Es tanta la pobreza que la ayuda económica, social y sobre el acceso a la justicia tiene que llegar hacia ellos. Los sistemas de defensa gratuita debieran repensar el papel que desempeñan.

1.5.2. Necesidad del SECIGRA Rural de los estudiantes de derecho.- Nuestro sistema de justicia ha diseñando una suerte de plan para que los estudiantes de los últimos años de la carrera de derecho puedan ejercer sus prácticas a través del denominado SECIGRA derecho[174]. Este servicio, en nuestra ciudad, se presenta esencialmente en la sede de Corte. Debido al bajo costo que este servicio implica muy bien pudiera reorientarse hacia las zonas rurales donde particularmente se muestra la extrema pobreza. Sería un modo de ir hacia ellos, de extraerlos de su confinamiento o exclusión. Esta situación se extendería a los que requieran hacer prácticas (que no lograron alcanzar una plaza en el SECIGRA).

1.5.3. En este propósito, las facultades de derecho pueden exigir como pre-requisito para la graduación el efectuar prácticas pre-profesionales en estas zonas. Algo similar ocurre en las Facultades de Medicina.

1.5.4. El Poder legislativo debiera -como norma de excepción- autorizar excepcionalmente para que estos estudiantes (aún sin titularse) pudieran elaborar los escritos en estas zonas para evitar las formalidades que exige nuestro ordenamiento procesal, los que ciertamente estarían bajo el patrocinio de sus propios directores de prácticas.

1.5.5. Es posible también establecer una red de abogados voluntarios –los recién graduados por ejemplo-, que temporalmente pudiera pudieran patrocinar a las personas descritas como pobres, acudiendo a las propias zonas en las que habitan los indígenas quechuahablantes.

1.5.6. Existe una necesidad de monitorear y efectuar un seguimiento de estas prácticas para el que puede utilizarse los instrumentos de la denominada nueva gestión.

2. MEJORANDO LA CONDICIÓN DE LOS COBRIZOS

2.1 Uso obligatorio del Quechua

En nuestro modo de pensar, es simplemente inconcebible que no se difunda el quechua en el sistema de administración de justicia (principalmente en el campo penal). Una propuesta así es posible que no sea tomada en serio.

[174] En la ciudad del Cusco existen tres Facultades de Derecho: la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Antonio de Abad del Cusco, la Facultad de Derecho de la Universidad Andina del Cusco y la Facultad de Derecho de la UTEA.

Al cabo, el Estado parece estar más empeñado en que todos aprendan el español, con lo que resolvería de una sola vez el problema. No existe norma que obligue a los jueces a que impartan justicia en quechua; a lo más si tienen dificultades en el uso del idioma pueden pensar en los peritos traductores, con las dificultades de inmediación que esto acarrea.

El Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) no exige como requisito que el postulante a juez o fiscal en una zona quechuahablante deba conocer el quechua. El Reglamento del CNM, considera únicamente para efectos de una bonificación del puntaje en currículo el conocimiento de un idioma extranjero. Sin embargo, no debe perderse de vista que en la nueva gestión, el usuario es una de las partes más importantes del servicio.

De este modo, no resulta razonable que se pretenda descuidar a los usuarios de nuestro servicio de justicia. Si existe un lugar con una población mayoritariamente quechuahablante, la administración de justicia se debe impartir en quechua.

A manera de ejemplo, pensemos en los servicios de salud, en los médicos rurales: si quieren ofrecer un buen servicio en las zonas rurales están en la obligación de conocer el quechua. Es usual que algunas academias de quechua tengan por alumnos a médicos y que no exista ningún juez o abogado (salvo cuando éste último trate de postular para magistrado).

En este sentido, deberían identificarse dentro de la Región del Cusco las sedes de capital de provincia en las que el uso del idioma quechua es mayoritario. No hay razones para que la administración de justicia, en estos lugares, no pueda ser en quechua. Este hecho contribuye a la idea de igualdad y permite al juez un conocimiento más cercano de los hechos

2.2 Amicus Curiae

Cuando se juzga a algún comunero, a la sazón indígena, quechuahablante y pobre, se juzga también su propia cultura, sus tradiciones. Un antropólogo en la ciudad del Cusco señala que, por ejemplo, ciertos robos de ganado en Chumbivilcas no deberían ser considerados como tales, sino como una suerte de "préstamos". Al cabo de un tiempo las víctimas, ante un estado de necesidad, pueden hacer lo mismo que los ladrones iniciales robando el ganado y las cosas resultarían saldadas, sin que reclamen ni unos ni otros.

Sin duda esta visión es un contrasentido en el modo occidental de ver las cosas. Al cabo un robo es un robo y es necesario reprimirlo. Sin embargo, el problema parece estar emparentado con una cosmovisión distinta y diversa. Los juicios por hechicería, más o menos difundidos en las comunidades nativas, tienen también sus propias explicaciones antropológicas. Aun cuando para este último caso se requiere contar con informes antropológicos, no existe esta exigencia en el caso de comunidades campesinas.

Un juez con poco acercamiento al mundo ancestral de estas comunidades, sin duda, podría juzgar del mismo modo con el que nos contemplaron algunos de los conquistadores europeos: como salvajes (buenos o malos). Un hecho así, no solo incide en el acceso a la justicia, sino que también puede constituirse en una forma de discriminación cultural.

En este escenario es preciso contar con la figura del amicus curiae, el amigo del tribunal, que pueda ilustrar a un juez formado en el mundo occidental en ciertas particularidades culturales que es necesario conocerlas.

Gozaini[175] dice al respecto:

> *"Actualmente en argentina, el también llamado 'Asistente oficioso' se introdujo en la Ley Nº 402… Esta disposición marca un rumbo cuya proa apunta a la participación popular en la justicia, o en las 'cosas de la justicia'. Si bien es cierto la convocatoria se realiza en los asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, y que la invitación se restringe a los que cuenten con una reconocida versación (técnica o académica), sin perjuicio de tener que demostrar el interés en la solución final del caso (lo que, de algún modo, obliga a fijar una posición perdiendo con ello cierta imparcialidad en la ayuda que presta); todo ello contribuye para alentar la utopía de varios maestros del derecho, como es lograr que el acceso de la justicia sea para todos".*

Estos amigos del tribunal pueden estar constituidos por algunos organismo no gubernamental, de los que existen varios en nuestra región; asumiéndose, como refiere el mismo Gozaini, que este amigo del tribunal resulta ser un interesante mecanismo de la democracia participativa en la administración de justicia. La forma de su participación es un tema reglamentario nada difícil.

2.3 Normatividad en quechua

Los idiomas oficiales suelen ser tales, en la medida que las leyes y las principales decisiones de un país se comunican en este idioma; esta es -por lo menos- parte de su utilidad.

Nada de esto, sin embargo, ocurre con el idioma quechua. A excepción de un texto constitucional muy recientemente traducido al quechua, el resto del ordenamiento no tiene una traducción. La propia Ley de Comunidades Campesinas, que es una ley marco para comunidades que se comunican usualmente en quechua, carece de una traducción a este idioma.

Pero, no es solo el hecho de su traducción al quechua, lo es también la necesidad de su divulgación en quechua, en la perspectiva de que un buen número de quechuahablantes son iletrados. Buena parte de la difusión debiera ser a través de las radioemisoras de la región, debido al gran porcentaje de analfabetos que existen en la región y por la eficacia de esta comunicación en las zonas rurales.

2.4 ¿Una sentencia en quechua? ¿por qué no?

Cuando se da lectura a una sentencia penal el sentenciado, con los ojos incrédulos, trata de entender lo que la sentencia quiere decir. Términos como tipicidad, antijuridicidad, etc., deben sonarle como palabras ajenas al sentenciado, como palabras de algún idioma extranjero.

Si el sentenciado es además un indígena quechuahablante, el asombro debe ser mayor, en la medida en que no solo no entiende palabras como antijuricidad, delito, etc., sino que no entiende absolutamente nada.

Esta extranjería idiomática y cultural en su propio territorio, es en perspectiva una muestra clara de una barrera en el acceso a la justicia, que merece ser eliminada. No se conoce a la fecha una sentencia pronunciada en quechua; sin embargo ésta sería una buena manera de pensar en el acceso a la justicia y en que la administración de justicia debe ser pensada en función a los usuarios.

La idea de un proceso conducido en quechua pasa también porque las actuaciones - por lo menos las principales- puedan ser traducidas al quechua.

[175] En GOZANINI, ALFREDO. "¿Cuál es el alcance del Amicus Curiae?"En: http://www.gozaini.com/web.html

3. FRASES DEL ESTRIBO

La discriminación y el acceso a la justicia en la región del Cusco lleva consigo algunos temas colaterales y reminiscencias. Está también en juego la búsqueda de cierta identidad cultural, que un derecho como el acceso a la justicia debiera considerar. En un mundo globalizado en el que se predica el fin de la historia o el enfrentamiento de civilizaciones, no resulta mala idea rescatar algo de lo que fue nuestro, culturalmente hablando.

Esta afirmación, por cierto, no implica que debiéramos optar por la prédica de algunos sociólogos contestatarios del proceso de globalización, quienes más allá de este choque de civilizaciones de Huntington, pretenden ver como alternativa el retorno a la cultura o, más propiamente, el retorno a nuestra cultura.

En estos procesos de fusión cultural es necesario evitar la caída estrepitosa de una de las culturas que ha marcado buena parte de nuestra historia como nación y como país. En el Cusco, el tema parece constituirse en un problema esencial.

Entiendo que son temas aparentemente alejados del mundo normativo, pero un proceso de cambio tiene que involucrar también al derecho (por esencia conservador). Al cabo, el tema de la discriminación y del acceso a la justicia, como desarrollamos, no son temas con una exclusiva fijación en este dilatado mundo normativo.

Finalmente, en este proceso de cambio (no solo normativo), debe ser nuestro propósito desterrar cierta frase conocida y gatopardesca: “hay que cambiar las cosas para que éstas sigan igual”.

BIBLIOGRAFÍA

• ALEXY, ROBERT. (1997).
Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
• BARRERE UNZUETA, MARÍA ANGELES. (1997).
Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y Acción Positiva a favor de las mujeres. Madrid, Editorial Civitas.
• BARRERE UNZUETA, MARÍA ANGELES. (2007).
Marco Legal de la Igualdad. Madrid. Materiales de Enseñanza de la Universidad del país Vasco.
• BUSTAMANTE, WILBER. (2007).
"Colores modestos y algunas sinrazones de la discriminación". En: Revista Jurídica del Foro Cusqueño. Año 2, Nº 2. Cusco.
• CAPELLETI, MAURO y GARTH, BRYANT. (1996).
El acceso a la justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. México, Fondo de Cultura Económica.
• CAPELLETI, MAURO y GARTH, BRYANT. (2007).
La Cambiante Concepción Teórica del acceso a la justicia. Ciudad, Materiales de Enseñanza de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional.
• CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). (2007).
Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. Informe de la CIDH, 20 de enero del 2007. Documento en línea.
• DE CABO, ANTONIO y PISARELLO, GERARDO. (2001).
"Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales". En: FERRAJOLI, LUIGI. (2001). Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Madrid, Editorial Trotta.
• DWORKIN RONALD. (1989).
Los derechos en serio. Barcelona, Editorial Ariel S.A.
• FERRAJOLI, LUIGI. (2001).
Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Madrid, Editorial Trotta.
• FERRANDINO, ÁLVARO.
"Acceso a la Justicia". En: PASARÁ, LUIS (comp.). (2004. En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina. Lima, Consorcio Justicia Viva.
• FUKUYAMA, FRANCIS. (2002).
El fin del hombre. Barcelona, Ediciones B.
• GOULD, STEPHEN JAY. (1988).
La falsa medida del hombre. Buenos Aires, Ediciones Orbis.
GOZAINI, ALFREDO. ¿Cuál es el alcance del Amicus Curiae? En: http://www.gozaini.com/web.html
• JIMÉNEZ MAYOR, JUAN. (2007).
Acceso a la Justicia. Lima, Materiales de Enseñanza de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional.
• JIMÉNEZ MAYOR, JUAN. (2007).
La Nueva Gestión Pública. Lima, Materiales de Enseñanza de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional.
• MESA DE CONCERTACIÓN PARA LA LUCHA CONTRA LA POBREZA (MCLCP).
Futuro sin pobreza. Documento de la Mesa de Concertación para la Lucha contra la Pobreza (MCLCP). Documento en línea.

• REVILLA, ANA TERESA.
La Administración de Justicia Informal en el Perú.
En http//www.oas.org./Jurídico/spanish/adjusti8.htm
• SAGAN, CARL. (1981).
El cerebro de Broca. Barcelona, Ed. Grijalbo.
• SANTIAGO NINO, CARLOS. (1983).
Introducción al Análisis del Derecho. Barcelona, Editorial Ariel.
•URRUTIA CERUTI, JAIME. (2007).
"Sociedad Rural en el Perú 2006". En: INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. (2007). Acceso a la Justicia en el Mundo Rural. Lima, Publicaciones IDL.

ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

TERCER PUESTO

APROXIMÁNDONOS AL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Dra. ELVIRA MARÍA ALVAREZ OLAZÁBAL

Sumilla de la Hoja de Vida de la Dra.
ELVIRA MARÍA ALVAREZ OLAZÁBAL

Abogada y Magíster en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, integrante de la magistratura nacional como Juez Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, actualmente es Vocal provisional en dicha Corte.

La doctora Alvarez es representante del Poder Judicial ante las Comisiones Multisectoriales de Implementación del Plan Nacional de Acción por la Infancia (PNAIA) y del Plan Nacional de Apoyo a la Familia (PNAF), así como ante el Proyecto Belga.

Miembro del Consejo Directivo de JUSDEM 2009-2010, es ponente en diversos eventos y centros académicos sobre temas de Derecho de Familia, y actual integrante de la Comisión Consultiva de Derecho de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

APROXIMÁNDONOS AL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La interpretación plena de contenido de sus postulados, así como la consolidación de los principios y garantías que enarbola la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), continúan siendo en nuestro país, casi veinte años después de su entrada en vigencia, metas aún en desarrollo, y no sólo en cuanto a la ejecución de políticas públicas que requieren de una adecuada atención, o de la decisión gubernamental que les procure sostenibilidad en el tiempo, sino también y específicamente, respecto a la protección jurisdiccional que se les debe otorgar a nuestros niños, niñas y adolescentes.

Si bien la entrada en vigor de dicho pacto internacional en el Perú, se dio el 02 de septiembre de 1990 -de conformidad con la prescripción contenida el artículo 49 del propio Tratado-, y sus dos Protocolos Facultativos relativos a la participación de niños en conflictos armados, así como el referido a la venta de niños, prostitución infantil y su utilización en la pornografía, fueron ratificados por nuestro país en el año 2002, resulta propicio este cercano aniversario como un punto de inflexión para realizar un análisis de los avances, así como las posibles formas de superación de los obstáculos y frenos que se han detectado en su aplicación, procurando desarrollar aquella integridad de su interpretación y aplicación, exigible desde el campo del derecho a todos los operadores del sistema de justicia.

Con dicho propósito, abordaremos dos aristas del problema: la atención al sistema de justicia penal juvenil, y aquella correspondiente a la protección que merecen los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, o de vulneración a su libertad sexual, de explotación sexual comercio infantil, o del delito de trata de personas, pues dada la extensión del presente artículo, sería demasiado ambicioso el pretender abarcar toda la dimensión de un debate acerca de los alcances de esta protección integral, en el que estamos llamados a participar por ser materia nuestro interés los profesionales que laboramos en el área jurisdiccional, deseosos de colaborar con el aporte de ideas y propuestas a favor de la consecución de estas metas.

Consideramos que un primer obstáculo para el desarrollo de esa plenitud o integridad en la protección jurisdiccional que se pretende lograr en los términos de la CDN ha sido la perspectiva adoptada desde algunos sectores del sistema, al percibirla como un Instrumento internacional aplicable sólo a la jurisdicción especializada de familia (en las tres áreas de sub especialidad: civil, tutelar y penal a las cuales ya se ha incorporado), no así a las otras jurisdicciones especializadas, y

asimismo que en otros casos, sus postulados hayan sido considerados inviables en los hechos -y por lo tanto de escasa o nula aplicación-, por una mal concebida y supuesta colisión de la CDN, con otros pactos y tratados directamente relacionados con la norma sustantiva y/o procesal aplicable a esas diferentes áreas especializadas. Así por ejemplo, en el área especializada penal, en la cual debe procurarse un desarrollo más amplio de los planteamientos en defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, o de delitos contra la libertad sexual en sus diversas modalidades, o en aquellos casos en los cuales resultan agraviados por conductas criminales como la trata de personas y del tráfico ilegal de migrantes, dado que existen estándares internacionales que no han sido tomados en consideración, y en los cuales es necesario involucrar a todos los operadores para el éxito de políticas tanto de prevención como de adecuado procesamiento y sanción.

Siendo de conocimiento público los resultados que arrojan las estadísticas de los últimos años sobre el incremento de la incidencia de los delitos contra la libertad sexual en todas sus variables[176] , así como de la trata de personas, sobre todo en perjuicio de niños, niñas y adolescentes dada la vulnerabilidad de los seres humanos en proceso de formación, se requiere de la aplicación de medidas oportunas y eficaces para evitar la revictimización institucional (policía, medicina legal, fiscalía, judicial, etc.), así como de la actuación conjunta o articulada de todas las instituciones, dado el nivel que las organizaciones criminales van adquiriendo precisamente por la "rentabilidad" de los turbios negocios que operan a nivel mundial por conductas como la trata de personas, que es ya considerada la "esclavitud del siglo XXI", en perjuicio de un número cada vez mayor de personas, de niños, niñas y adolescentes.

Y es que el contexto real en el que se desenvuelve la niñez y adolescencia cuyos derechos deben ser tutelados por la sociedad del presente siglo, y en especial por los encargados de la protección jurisdiccional, es de un evidente riesgo, tal como nos manifiesta el economista Enrique Vásquez a través de las investigaciones que ha desarrollado tanto a favor de la niñez "no visible para el Estado"[177] , así como de las estrategias de inversión social en nuestro país en la disminución de la pobreza[178] , señalando que en América Latina y El Caribe más del 50% de los menores de diecinueve años se encuentran en situación de pobreza, y que de acuerdo a proyecciones de UNICEF, mil millones de adolescentes viven en ambientes inadecuados para sus vidas y desarrollo[179] .

Es en este contexto, en el cual las familias de escasos recursos abandonan la atención de los hijos a temprana edad para lograr ingresos económicos, u obligan a éstos a dejar de estudiar o de jugar, para trabajar y colaborar con el ingreso familiar, o simplemente los abandonan con terceras personas, o delegan en el Estado su atención, iniciándose así la cadena de dificultades que impedirán -o retrasarán en el mejor de los casos-, su pleno desarrollo, así como las enormes limitaciones a su oportunidad de realización. Sintetizando esta visión, el citado autor señala:

“Durante décadas, los diversos gobiernos han ido adoptando compromisos internacionales y nacionales a favor de la infancia y la adolescencia. Los convenios y acuerdos firmados, así como los planes de acción, nunca han dejado de anunciarse públicamente.
Sin embargo, cuando uno transita por calles oscuras y observa a niños siendo explotados, o cuando uno recurre a un centro de salud y siente el dolor de no tener acceso a medicinas para el hijo con problemas mentales, con alguna discapacidad o que es víctima del VIH, uno se pregunta:

[176] El SIATF de la Fiscalía de la Nación puede ser consultado para una visión precisa a nivel comparativo
[177] VÁSQUEZ H., ENRIQUE. (2007). Los Niños no visibles para el Estado. Primera Edición. Lima, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico y Save the Children.
[178] VÁSQUEZ H., ENRIQUE. (2008). Gerencia Estratégica de la Inversión Social. Primera Edición. Lima, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.
[179] Datos de UNICEF: http://www,world revolution.org/article/470

¿por qué el Estado no hace algo?... Sin embargo sería injusto decir que existe un total abandono de parte del Estado. El problema es que la dimensión y la intensidad de las dificultades de estos niños en riesgo son de tal grado que han rebasado las posibilidades de una atención eficiente y eficaz de parte del Estado"[180] .

Esta afirmación, que se entiende efectuada desde el punto de vista socio - económico, trasladada y transformada al campo del derecho y específicamente desde la protección jurisdiccional, nos lleva a tratar de estimar cuánto de la inactividad o ineficacia de la tutela a que está obligado el Estado -por ser el servicio de justicia uno de sus monopolios-, podría ser entendida como falencia atribuíble a la falta de interpretación adecuada de los operadores, o a la falta de compromiso o a un compromiso inacabado en cuanto a las medidas a dictar a su favor, sean éstas de protección (víctimas o testigos), cautelares, socio educativas, etc., en su interpretación más adecuada.

En esta tarea no sólo se encuentran involucrados, abogados, jueces y fiscales, sino también todos los profesionales -asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, terapeutas, administradores, personal jurisdiccional, etc.-, que desde su propio ámbito, laboran en áreas de influencia del sistema a favor de este grupo etario, y con los cuales no hemos logrado articular esfuerzos comunes o sinergias a nivel interinstitucional, en búsqueda de soluciones integrales a los problemas de justicia social para niños, niñas y adolescentes, sea que ellos se produzcan en el área de familia -tutelar, civil o de adolescentes infractores-, o en el área penal en calidad de víctimas, dada su especial relevancia como obligación de protección erga omnes. El Magistrado Cangado Trinidade, ex integrante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo puntualizó al señalar:

"… Importa que cada uno viva en su tiempo, en armonía con el tiempo de los demás. El niño vive en el minuto, el adolescente vive en el día, y el ser adulto, ya "impregnado de historia"…Hay que afirmar los derechos humanos de los niños (y no los llamados "derechos de la niñez o infancia") a partir de su condición jurídica de verdaderos sujetos de derecho, dotados de personalidad jurídica internacional"[181]

Si bien en el momento actual como país frente a una crisis económica global, nos encontramos expectantes ante los anuncios de políticas que mitiguen sus posibles efectos, o de medidas urgentes para la reactivación económica, los derechos humanos de la niñez y la adolescencia se encuentran también en crisis y desde tiempo atrás, y aquello que se está haciendo a nivel de políticas públicas o a nivel económico a favor de nuestra sociedad debe tomar en consideración que la pobreza afecta más a los más vulnerables, siendo uno de estos grupos el que constituye el eje de protección de la CDN: los niños, niñas y adolescentes que requieren igualmente de esa urgencia en la protección de sus derechos..

[180] VÁSQUEZ H., ENRIQUE. Idem.
[181] Opinión Consultiva 17/2202 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Voto Concurrente del Juez Cangado Trinidade (fundamento 69 y 70) www.corteidh.org.cr/opiniones.cfm

CAPÍTULO II

DESARROLLO

La problemática de la niñez y de la adolescencia en nuestro país ha sido analizada desde la perspectiva de los educadores, sociólogos, psicólogos, economistas y abogados, con la finalidad de presentar todos ellos, alternativas dirigidas a brindar a los seres humanos que atraviesan estas etapa del desarrollo no una, sino todas las formas posibles de garantizar en su favor, la adecuada protección que los integrantes de este grupo etario requieren, sea frente a la irresponsabilidad de sus progenitores como ante las desigualdades socio económicas de un país con una "democracia no enraizada"[182] , o ante la desatención de un Estado que no se ha caracterizado por ser eficiente o eficaz en esta tarea[183] .

Desde el enfoque de políticas sociales, igualmente se ha buscado dotar a éstas de real contenido, a través de planes, indicadores, estrategias y monitoreo de los resultados, tal como lo revela la satisfacción y celebración que efectúa el Comité ONU de los Derechos del Niño, en el último examen efectuado al Informe presentado por el Perú como Estado parte, en virtud del artículo 44 de la CDN[184] ya que contamos con un Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (PNAIA 2002-2010), un Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (2005), un Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual (2001), un Plan de Acción contra la Pobreza, y además hemos ratificado tanto el Convenio 138 de la OIT sobre edad mínima de admisión al empleo, así como el Convenio 182 de dicha organización, sobre prohibición de las peores formas de trabajo infantil, al igual que el Tratado de Palermo y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, no es menos cierto que el propio Comité recomienda en este mismo informe al Estado Peruano, atender de modo suficiente:

"…el fortalecimiento del Ente Rector, la no discriminación, la asignación de recursos, el respeto de las opiniones del niño, los abusos físicos y sexuales de los niños dentro y fuera de la familia, las diferencias regionales en el acceso a la atención a la salud, el poco acceso a la educación por parte de los niños que pertenecen a grupos indígenas, la explotación económica de los niños y la administración de la justicia de menores" [185].

[182]MERKEL, WOLFGANG. Director del Centro Berlín de Investigación en Ciencias Sociales, Alemania. Ponencia dictada en la Pontifica Universidad Católica del Perú, 04 de febrero del 2009 en el Foro:¿Democracias liberales o defectuosas? América Latina en el contexto internacional. Ver:
www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/docs/ponencia%20wolfgang%20merkel%20-%20lima%202009

[183]UNICEF/UNICRI/ILANUD. Organizadores: García Méndez, Emilio y Carranza, Elías. (1992). Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Brasilia-San José de Costa Rica, Editorial Galerna.

[184]Examen de los Informes presentados por los Estados en virtud del artículo 44 de la CDN, Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño - Perú. 14 de marzo del 2006. Ver: CRC/PER/CO/3 (última consulta: 17 de febrero de 2009).

[185]Idem.

A esa recomendación del organismo internacional se aúna el reclamo desde el campo nacional porque se dote al ente rector así como al propio sistema nacional de atención integral al niño, niña y adolescente[186], de mejores posibilidades de presupuesto e infraestructura para desarrollar la posición directriz que le encomienda la Ley Nº 273337 - Código de los Niños y Adolescentes. Entiéndase bien: reconocemos el permanente esfuerzo realizado en el MIMDES por sostener las actividades, implementar acciones y colaborar en todo esfuerzo tendiente al logro de las políticas sociales, pero nos referimos a la imposibilidad de sobrepasar las limitaciones de la falta de presupuesto y de decisión política para llevar a cabo esta tarea como prioritaria, si tomamos en consideración que conforme a la Ley Nº 27666, existe la obligación del Informe Anual al Congreso y a la Nación sobre los avances realizados, el cual todos los sectores involucrados cumplimos con elaborar; sin embargo, en el área específica de justicia, requerimos de una atención particular para la mejora en cuanto a la atención al sistema de justicia penal juvenil.

Queremos enfocarnos por ello en probables soluciones y tareas sostenibles en los dos campos antes definidos: el de adolescentes infractores que siempre será tema de debate por la postergación que sufren los sectores sociales de los cuales provienen la gran mayoría de los jóvenes inmersos en esta problemática del sistema de justicia penal juvenil, y en un segundo momento, la atención a los casos de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, o de violencia sexual en cualquiera de sus formas, o del delito de trata de personas.

1. ADOLESCENTES INFRACTORES

Las directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil o Directrices de Riad[187] prevén, entre otras obligaciones para los Estados, la de establecer planes generales de prevención, con mecanismos de coordinación adecuada de las actividades entre los organismos gubernamentales y no gubernamentales, así como de políticas, estrategias y programas basados en estudios de pronósticos que sean objeto de vigilancia permanente y de evaluación ciudadanos, así como de una estrecha cooperación interdisciplinaria entre los gobiernos nacionales, estatales, provinciales y municipales, con la participación del sector privado, así como de ciudadanos representativos de la comunidad interesada y de organismos tanto judiciales como de los servicios de aplicación de la ley, en la adopción de medidas coordinadas para prevenir la delincuencia juvenil.

Esta cooperación que se prevé desde el campo multidisciplinario e intradisciplinario, es destacada por el citado instrumento internacional como básica, para dotar de mayor efectividad a las políticas públicas de atención a los adolescentes que infringen la ley penal, población que de acuerdo a la información de la Gerencia de Centros Juveniles del Poder Judicial en la última década, ha ido en predecible incremento recordando que es a partir de 1997 que el Poder Judicial asumió el serio reto de administrar los Centros Juveniles en el país:

- 1998: fueron atendidos 2817 adolescentes, de los cuales 1,664 se encontraban en calidad de procesados (49%), y 1,153 de sentenciados (41%).
- 2008: fueron atendidos 4,126 adolescentes, de los cuales 489 lo eran en calidad de procesados (12%), y 3,637 en calidad de sentenciados (88%)[188].

[186] Artículo 27 y siguientes del Código de los Niños y Adolescentes.
[187] Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General mediante Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990.
[188] Información extraída del último informe elaborado por la Gerencia de Centros Juveniles del Poder Judicial en referencia al año 2008.

Además del incremento acusado en cuanto al número de población atendida, se puede advertir el avance en cuanto a los tiempos procesales para la definición de la situación jurídica de los adolescentes que ingresan al sistema, tal como se puede concluir de la comparación de los porcentajes antes detallados, lo cual resulta a todas luces beneficioso y digno de reconocimiento por el esfuerzo que ello demanda.

Sin embargo recordemos una exigencia mayor, conforme a las regulaciones internacionales contenidas en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores o Reglas de Beijing[189], así como en las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad[190], y nuestra propia legislación interna, pues deben además formularse opciones de política y ejecutarla a favor de la población objeto de atención, lo que debe tener un correlato respecto a la posibilidad de verdadera reeducación de cada uno de los adolescentes que egresa del sistema.

En un documento reciente dado a conocer por la Fundación Terre des Hommes Lausanne (Suiza) y la Asociación Encuentros Casa de la Juventud, como estudio y análisis sobre costo/beneficio económico y social de los Modelos de Justicia Juvenil en el Perú, son tomados en paralelo tanto el sistema implementado por el Estado para la justicia juvenil, y aquél modelo de Justicia Juvenil Restaurativa promovido por las dos mencionadas entidades privadas, en convenio con el propio Estado Peruano, estudio que fuera encargado a la asociación civil sin fines de lucro especializada en estudios de análisis de impacto social Nexos Voluntarios[191].

Consideramos que las conclusiones a las que arriba dicho estudio, sobre la base de la comparación de los modelos de atención en medio abierto para los adolescentes (JJR el de ellos y Servicio de Orientación al Adolescente - SOA del Poder Judicial) pueden ser estimadas y debatidas, pero hubiera sido importante por la rigurosidad que debe darse a dicho análisis, establecer adecuadamente los términos de comparación pues JJR y Encuentros sólo laboran en dos distritos a nivel nacional, y el sistema del Poder Judicial se aplica a las 29 Cortes del país, por lo tanto el universo debió objetivamente asimilarse a niveles semejantes, para una construcción válida.

Asimismo consideramos que difícilmente puede establecerse un paralelo respecto al trabajo que se realiza con el sistema cerrado, pues evidentemente se trata de dos grupos de atención con características y realidades diferentes, y los costos que involucran no pueden ser comparados para definir eficiencia en términos económicos ni mucho menos de reeducación.

Si bien en ambos sistemas se prioriza la función reeducadora, es evidente que el abordaje y los resultados en el modelo de medio cerrado tienen un enfoque diferente pues se trata de una población en calidad de interna, con necesidades que deben ser cubiertas por el Estado durante el lapso en que se prolongue la ejecución de la medida judicial impartida, siendo diferentes lascaracterísticas de aquellos adolescentes atendidos en medio abierto, pues tienen menores índices de consumo de drogas, menor propensión a la violencia, mayor posibilidad de reinserción escolar y mejores perspectivas laborales[192].

[189] Adoptadas por la Asamblea General mediante Resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985.
[190] Adoptadas mediante Resolución 45/113 por la Asamblea General del 14 de diciembre de 1990.
[191] Ver: Estudio y Análisis sobre Costo/Beneficio económico y social de los Modelos de Justicia Juvenil en el Perú, realizado por Nexos Voluntarios NEVO, por encargo de Terre des Hommes y Asociación Casa de la Juventud, en www.tdh.ch, o en www.nexosvoluntarios.org. o en www.encuentroscj.org.
[192] Estudio y Análisis sobre Costo/Beneficio Económico y Social de los Modelos de Justicia Juvenil en el Perú.

Dichas características las podemos apreciar del siguiente Cuadro Nº1:

Cuadro Nº1
CONSUMO DE DROGAS SEGÚN SISTEMA ABIERTO O CERRADO

DROGADICCION	Sistema Abierto	Sistema Cerrado	Total	Estructura %
Nunca usó	845	991	1836	44.50%
Temporalmente	295	706	1001	24.26%
Experimentó	317	622	939	22.76%
Dependiente	60	150	210	5.09%
No contesta	86	54	140	3.39%
TOTAL AÑO 2008	1603	2523	4126	100.00%

Fuente: Gerencia de Centros Juveniles del Poder Judicial

Estos datos han sido igualmente recogidos por DEVIDA[193] en su página oficial, señalando que impulsará la aplicación del "Manual del programa de intervención para adolescentes infractores con problemas de consumo de sustancias psicoactivas de los centros juveniles del Poder Judicial", pues considerando el porcentaje de dependientes y los que ya han experimentado con sustancias, así como los que han tenido uso temporal, se requiere de una esmerada atención en cuanto a esta problemática.

En el siguiente cuadro se muestran igualmente los tipos de droga que se consumen y el nivel de dependencia de estos adolescentes (ver Cuadro Nº2):

Cuadro Nº2
TIPOS DE DROGAS CONSUMIDAS SEGÚN SISTEMA ABIERTO O CERRADO

CARACTERÍSTICAS	Sistema Abierto	Sistema Cerrado	Total	Estructura %
Solventes e inhalantes	111	281	392	9.50%
Marihuana	484	694	1178	28.55%
Cocaína	37	210	247	5.99%
Nunca usó	835	1006	1841	44.62%
No Contesta	89	55	144	3.49%
Otros	47	277	324	7.85%
TOTAL AÑO 2008	1603	2523	4126	100.00%

Fuente: Gerencia de Centros Juveniles del Poder Judicial

Realizado por Nexos Voluntarios NEVO Asociación civil, por encargo de la Fundación Terre de Hommes Lausanne (Suiza) y la Asociación Encuentros Casa de la Juventud entre marzo 2007 a marzo 2008 y presentado a fines del 2008.

[193] www.devida.gob.pe - NP 05-2009-DV-GRI.

Aun considerando válida la comparación entre dos sistemas que guardan similitud en el tipo de atención a la población juvenil como son el SOA y JJR, en cuanto a su realización y efectos, tanto positivos como negativos, respecto a los costos ello no resulta viable ya que a diferencia a la población y el volumen de adolescentes atendidos en el SOA, los casos que se atienden en el JJR han sido seleccionados por ellos, dado que se trata de hechos que no revisten gravedad extrema y cuya problemática no es tan compleja, por lo que resulta mucho mas promisorio el trabajo de rehabilitación.

Sin embargo aquellos adolescentes involucrados lastimosamente en el accionar delictivo desde tiempo atrás, o que ingresan al sistema por hechos de mayor gravedad, o con prognosis de medidas socio educativas más gravosas como la medida de internamiento (contra la libertad sexual, robo agravado, homicidio, etc.), no pueden tener un nivel comparativo con el primer grupo o extraerse conclusiones respecto a cuál podría ser el ahorro para el Estado, pues evidentemente el contexto es diverso, y por tanto inviable una conclusión como la señalada como número diez en dicho estudio, en el sentido que los modelos de medio abierto (JJR y SOA) son más eficientes que los de medio cerrado porque se requieren menores costos de ejecución por adolescente y tienen mejores resultados que el medio cerrado.

La sola consideración de las necesidades de infraestructura, más sencilla y de menores costos de implementación en el sistema abierto, frente a aquella que se requiere y debe mantenerse para la atención en medio cerrado, permite estimar las diferencias que hacen inviable una comparación en costos con tendencia a mostrar eficacia en uno u otro sistema.

Las cifras de adolescentes atendidos y la condición procesal de éstos –señaladas anteriormente-, nos detallan un tipo de tratamiento diferenciado, en el cual debe valorarse precisamente la eficacia de los mayores esfuerzos que demanda del Estado la rehabilitación de los adolescentes en estas condiciones, y por tanto el diferente énfasis de acuerdo al tipo de población.

No considero viable tampoco por falta de objetividad, la conclusión que se señala como numeral 13 en dicho estudio, en el sentido que los procesos previos a la inserción de los adolescentes en el programa JJR son menores que en los otros dos modelos de atención (SOA y en medio cerrado), y ello también involucra un menor costo, pues evidentemente aquellos que pasan por el sistema formal de denuncia, calificación en el auto que promueve investigación, audiencia única, acusación e internación preventiva, requieren del respeto a las garantías de un debido proceso con arreglo a la legislación internacional y nacional vigentes pues está en juego su derecho de defensa durante un juicio justo, dentro de un plazo razonable y con resoluciones debidamente motivadas, no resultando comparable respecto de aquellos casos que en tanto en tiempos como de intervención de la autoridad son reducidos porque se aplicó la remisión o una medida socio educativa en medio abierto, que se desarrolla en horarios determinados.

Aclaremos que ésta no es una defensa al sistema de atención en medio cerrado; por el contrario, consideramos que el internamiento debe ser siempre la última ratio, sea como una condición previa o como medida socio-educativa definitiva, pero hacemos estas observaciones porque considero que todos estamos obligados a orientar el manejo adecuado de la información y de los costos de manera objetiva, pues todos requerimos de bases de información, en la búsqueda de sinergias de actuación, concretando prioridades para la atención en cada uno de los sistemas si todos deseamos una mejora en el trabajo de atención que brindamos a los adolescentes inmersos en el sistema.

Al respecto es necesario recordar lo señalado por el Tribunal Constitucional en reciente pronunciamiento:

"El respeto al debido proceso: En este caso se reitera que tanto los procesos judiciales como administrativos deben estar sujetos a los derechos y garantías del debido proceso consagrados en los tratados, prestando especial atención, entre otros, a: (i) la presunción de inocencia; (ii) la información sin demora y directa de los cargos; (iii) la asistencia jurídica u social apropiada; (iv) los procesos sumarios y participación directa de los padres; (v) el respeto a la vida privada; y (vi) a la imparcialidad en el proceso"[194].

De manera concordante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

"…en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural -competente, independiente e imparcial-, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos"[195].

Es por ello que coincidimos con la recomendación expresada como punto 2 en el informe bajo comentario, en el sentido que debería designarse el número suficiente de abogados conforme consagra el artículo 146 del Código del Niño y del Adolescente para que presten asesoría especializada a los adolescentes denunciados, respuesta que está en manos del Poder Ejecutivo, al igual que la dotación de suficientes equipos multidisciplinarios para atención de los casos en que se vean involucrados niños, niñas y adolescentes, lo que depende básicamente de una gestión presupuestaria que permita atender ambos requerimientos.

El estudio menciona que el modelo JJR es más costoso de operar por adolescente, que el SOA, porque aunque cuente con una infraestructura y costos operativos mas pequeños. En total JJR está atendiendo menos adolescentes en promedio (70 adolescentes pasaron por el programa en el 2007 mientras que el SOA atendió a 278 en el 2006), y ésta es la demostración palpable de lo que decimos en el sentido que no puede establecerse un paralelo adecuado si el número de personas atendidas es diferente, pues se da un manejo errado al indicador, siendo igualmente diferente la operatividad del modelo estatal, el cual debe dar atención a todos aquellos adolescentes que sean derivados por la autoridad, sin posibilidad de negar acogida o de seleccionar cuáles pueden ser atendidos.

De ahí que sea importante para evitar comparaciones que pueden ser tildadas de artificiosas, mantener reglas claras de actuación en la posibilidad del paralelo en cuanto a costo/beneficio económico, así como el reconocimiento de los límites que se han estructurado para la actuación de cada modelo de atención, precisamente para que uno y otro puedan llevar a cabo sus objetivos, colaborando entre sí en la búsqueda de soluciones.

Resulta evidente que los costos por adolescente en el caso de una medida socio-educativa de 7 meses en JJR, deben resultar mucho menores que aquellos en los que se incurre durante la ejecución de una medida socio-educativa en medio cerrado, que dure en promedio 2 años, pues la sola inversión en el mantenimiento de los centros de atención en medio cerrado (personal, implementos, cuidados y alimentación del adolescente) nos permiten formarnos una idea de cuanto podría dejar de gastar el Estado si todas las medidas socio-educativas fueran en medio abierto, empero ello no es posible aún como bien sabemos y por ello reitero, es necesario dar claridad a las pautas de trabajo en conjunto.

[194] Resolución expediente Nº 03247-2008-PHC/TC - Arequipa, 14 de agosto del 2008.
[195] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto del 2002. Serie A Nº17, opinión resolutiva Nº 10.

Una de las falencias más graves del sistema de atención en medio cerrado, se pone de manifiesto cuando se toma conocimiento de los maltratos o violencia infligidos a adolescentes internos, sea por parte del personal de educadores o de la seguridad de los Centros Juveniles, y por ello debe procurarse el desterrar esta denigrante actuación, por lo que es necesario aplicar medidas más estrictas en la selección y capacitación del personal, ya que se corre el riesgo de descalificar a todo el sistema por la reprobación pública que estas acciones causan, pues los propios jueces especializados, a raíz de hechos de maltrato que han logrado detectar durante las diversas diligencias que se llevan a cabo en los Centros Juveniles, han formalizado la denuncia ante la Fiscalía respectiva.

Considero importante recordar en este punto, las posibilidades alternativas que tanto nuestra legislación así como los pronunciamientos de organismos internacionales establecen a favor de los adolescentes denunciados como infractores[196]:

> *"…en el caso de privación de libertad de niños, la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva. Dichas medidas pueden ser, interalia, la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa, así como el cuidado, las órdenes de orientación y previsión, el asesoramiento, la libertad vigilada, los programas de enseñanza y formación profesional, y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones. La aplicación de estas medidas sustitutorias tiene la finalidad de asegurar que los niños sean tratados de manera adecuada y proporcional a sus circunstancias y a la infracción"*[197] .

Con tal propósito, resulta pertinente reevaluar la acertada concreción de algunas de las conclusiones del Informe Defensorial Nº 123 "La situación de los Adolescentes Infractores de la ley penal privados de libertad (supervisión de los centros juveniles 2007)"[198], pues entre las recomendaciones efectuadas específicamente al Presidente del Poder Judicial, se indica el adoptar las gestiones necesarias ante el MEF para la creación de nuevos Centros Juveniles que permitan desarrollar el servicio de orientación al adolescente SOA, para facilitar la aplicación de las medidas socio-educativas de libertad asistida y de libertad restringida.

Igualmente dado que el grupo de infracciones más frecuentes cometidas por los adolescentes son aquellas perpetradas contra el patrimonio (56.4%), en segundo lugar los casos de violación sexual (28.1%), en tercer lugar las infracciones contra la vida, el cuerpo y la salud (16.6%), en cuarto lugar tráfico ilícito de drogas (3.3%) y por último pandillaje pernicioso (2.2%), se señala que las medidas de internamiento ordenadas por la judicatura, tienen una duración que fluctúa entre 7 y 36 meses, y que los niveles de reincidencia son mínimos (7.4%).

Si bien se hace la precisión que esta información no es definitiva, al no existir un registro nacional del adolescente infractor que informe sobre las sentencias condenatorias impuestas, la proporción señalada en el informe defensorial respecto al tipo de delitos con mayor incidencia se ha mantenido en similares rangos respecto a las últimas estadísticas correspondientes al año 2008, como podemos ver en el Cuadro Nº3:

[196] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Instituto de Reeducación del menor vs. Paraguay, del 02 de septiembre del 2004 (caso Panchito López contra Paraguay - párrafo 230).
[197] Artículo 40.4 CDN
[198] Publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 17 de julio del 2007. Págs. 349716 a 349180.

Cuadro Nº3
ADOLESCENTES: DELITOS CON MAYOR INCIDENCIA

MATERIAS	Sistema Abierto	Sistema Cerrado	Total	Estructura %
Homicidio (variantes)	49	174	223	5.40%
Hurto (variantes)	202	298	500	12.12%
Lesiones (variantes)	129	87	216	5.24%
Pandillaje	36	59	95	2.30%
Robo - Robo Agravado	764	1218	1982	48.04%
Secuestro	4	7	11	0.27%
Tenencia legal de Armas	16	24	40	0.97%
Tráfico Ilícito Drogas	29	137	166	4.02%
Violación	200	464	664	16.09%
Otros	174	55	229	5.55%
TOTAL AÑO 2008	1603	2523	4126	100.00%

Fuente y Elaboración: Poder Judicial: Gerencia de Centros Juveniles del Poder Judicial

Otro aspecto que es necesario destacar es que este Informe Defensorial ha cotejado la relación de egresados del modelo estatal de justicia juvenil -tanto SOA como medio cerrado-, con aquella del Registro Nacional Penitenciario, al cumplir ellos su mayoría de edad, revelándose que un grupo sí mantuvo actividad delincuencial, pues el 5.41% de los adolescentes egresados del sistema abierto y un 16.4% de los egresados del medio cerrado, ingresaron al sistema penal carcelario, no existiendo a la fecha una articulación funcional entre los registros del INPE con la Gerencia de Centros Juveniles, que a todas luces resultaría útil para medir nivel de eficacia, y mejorar la atención a los adolescentes dentro de nuestro sistema a fin de evitar que lleguen a involucrarse nuevamente en conductas delictivas al llegar a la adultez, medición que sería igualmente útil en cuanto a los planes de actividad de la institución penitenciaria para la clasificación y tratamiento del interno.

Respecto a las características de las "medidas socio educativas no privativas de libertad", el Informe Defensorial señalaba que la población adolescente pasible de este tipo de medidas, si bien presenta características parecidas a aquellos que son atendidos con medidas de privación de libertad, tiene sus propias particularidades: la mayoría de adolescente proviene de un entorno familiar formalmente estructurado (58%), el 53.1% señala no haber consumido droga, y los porcentajes de consumo de alcohol también son menores a los advertidos en los adolescentes internados.

Una vez más la insuficiencia de información estadística sobre la infracción penal es destacada en este Informe Defensorial como una carencia, pues ella no permite la identificación adecuada del problema, siendo una limitante a la respuesta del Estado pues se requiere de una base sólida de información para acometer la tarea de reformas positivas en el sistema. Llegados a este punto, queremos reiterar que la política de atención a la problemática de la justicia penal juvenil a nivel legislativo ha atacado el problema por reacción y no desde el origen, pues como señalan los expertos:

"…en la situación actual del país (y de la región), la tensión entre las expectativas de incorporación a la vida adulta que los jóvenes tienen, y las oportunidades objetivas de hacerlo tal como lo desean, constituye un punto de vista importantísimo para la comprensión de las conductas juveniles. Esto, en un contexto en el cual las expectativas están poderosamente influidas por la experiencia de ascenso social vivida por las generaciones inmediatamente precedentes (padres o hermanos mayores)…La intolerancia es así una característica que puede estudiarse desde la perspectiva de la tensión entre expectativas y oportunidades. Fenómenos como las pandillas juveniles, en los que la intolerancia al diferente es un elemento importante, son manifestaciones de este mecanismo de sobre-identificación"[199].

Ello se evidencia en el delito de tipo penal introducido en la década anterior denominado "pandillaje pernicioso", ya que este híbrido entre los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud y el patrimonio y la tranquilidad pública, que pretende "contrarrestrar" con una medida de internamiento ampliada (sin garantizar las condiciones adecuadas) la inseguridad ciudadana que "generan" (¿?) los adolescentes, y como labor de impacto señalar que se está cumpliendo con separar a los elementos negativos mediante una sanción "ejemplar", no ha tomado en consideración -tal como igualmente señala el Informe Defensorial- que la presencia de este fenómeno del pandillaje en áreas urbano marginales es multicausal, tiene como ingredientes además de la violencia social, la pobreza y la falta de condiciones adecuadas en la familia así como de educación, y que en ocasiones refleja la transmisión intergeneracional de la pobreza. Así lo podemos extraer de los siguientes cuadros (ver Cuadro Nº 4 y Cuadro Nº 5):

CUADRO Nº4
ADOLESCENTES: GRADO DE INSTRUCCIÓN

GRADO DE INSTRUCCIÓN	Sistema Abierto	Sistema Cerrado	Total	Estructura %
Analfabeto	3	21	24	0.58%
Primaria completa	99	268	367	8.89%
Primaria incompleta	91	478	569	13.79%
Secundaria completa	215	261	476	11.54%
Secundaria incompleta	1105	1456	2561	62.07%
Superior Téc. completo	0	0	0	0.00%
Superior Téc. incompleto	54	35	89	2.16%
Superior Universitario	36	4	40	0.97%
TOTAL AÑO 2008	1603	2523	4126	100.00%

Fuente: Gerencia de Centros Juveniles del Poder Judicial

[199] CORTÁZAR, JUAN CARLOS. (1997). La Juventud como fenómeno social. Pistas teóricas para comprender el periodo juvenil en el Perú. Lima, Centro de Investigaciones sociológicas Económicas, Políticas y Antropológicas CISEPA y Pontificia Universidad Católica del Perú.

O apreciarlo desde del ángulo de la realidad familiar de un grupo de ellos:

Cuadro Nº5
ADOLESCENTES: REALIDAD FAMILIAR

NUMERO DE HIJOS	Sistema Abierto	Sistema Cerrado	Total	Estructura %
Sin hijos	1536	2416	3952	95.78%
De 1 a 2 hijos	66	107	173	4.19%
De 3 a 5 hijos	1	0	1	0.02%
Más de 5 hijos	0	0	0	0.00%
Hijos fallecidos	0	0	0	0.00%
TOTAL AÑO 2008	1603	2523	4126	100.00%

En qué medida entonces, desde la Magistratura que está obligada a dar protección, se pueden realizar cambios para orientar adecuadamente estas políticas públicas y la defensa de derechos, y dar realce efectivo a la tarea de sensibilizar a toda la población hacia el respeto pleno a los derechos de la niñez y adolescencia, o cómo "comprarse el pleito" a favor de la defensa de sus derechos, y cómo dar sostenibilidad a estos esfuerzos en el sistema de justicia juvenil.

En el siguiente cuadro se describen algunas de las características de las organizaciones judiciales públicas en América Latina (ver Cuadro Nº6):

Cuadro Nº6
CARACTERÍSTICAS DE LAS ORGANIZACIONES JUDICIALES PÚBLICAS EN AMÉRICA LATINA

Problemas que afrontan	Argumento
Relación de agencia	Debido a la asimetría de información. Esto ocurre entre: jueces y secretarios, con respecto al personal del juzgado; el órgano de poder de los jueces y los responsables del Ejecutivo, con respecto a los empleados a su cargo; o los contribuyentes, con respecto a todos ellos.
Grupos de interés	En justicia, estos intereses se articulan en torno de colegios y asociaciones profesionales, los que usualmente se encuentran en condiciones de ejercer una poderosa influencia, lo que sesga las decisiones.
Racionalidad de los agentes	Relacionado con lo anterior. Los empleados o responsables tienen sus propios intereses, que no siempre coinciden con el interés público.
Mejoras que son “bienes públicos”	Una vez que se producen, las mejoras pueden ser disfrutadas por todos sin exclusión, y por ello surgen los problemas de distribución ineficiente.
Ausencia de competencia	El sistema judicial está frente a “mercados cautivos”. Por esto, cuando la justicia no funciona, los ciudadanos se ven obligados a encargar a “privados” la ejecución de sus deudas, a realizar gastos para la autoprotección, entre otros
Falta de profesionalización de la gestión	A diferencia del sector educación o salud, hay escasez de profesionales de la gestión (grave problema).
Falta de objetivos precisos	En general, en las organizaciones públicas rara vez se plantea objetivos precisos. En los sistemas judiciales ni siquiera se ha planteado tal necesidad.

Fuente: elaborado sobre la base de Pastor (2003)
Elaboración: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico[200]

El autor señaló, luego de apreciar las variables contenidas en el cuadro, que dado que el acceso a la justicia para todos y en especial para los más pobres, pasa por mejorar la calidad en el servicio y en incrementar en América Latina los recursos para mejorar la parte organizacional con el objetivo de generar resultados en los procesos judiciales, situaciones que han impedido democratizar la justicia.

Si esto ha sido asumido en términos generales para todos los usuarios, cuánto más podría particularizarse en cuanto a adolescentes infractores, pues cuando respecto de ellos se habla de "situaciones de riesgo", se hace referencia a la posición vulnerable de la que provienen, sea por falta de servicios básicos de salud, cuidado, orientación o educación, y por la desorientación que los lleva a incurrir en atentados contra los derechos de otras personas, a través de hechos que pueden ser calificados de infracciones a la ley penal y por ello sometidos a investigación y procesamiento ante la autoridad policial, fiscal y judicial.

Apreciando las conclusiones estimadas en el cuadro precedente y las condiciones en que el sistema de justicia juvenil se desarrolla, resulta trascendente que, partiendo del análisis de esas condiciones de riesgo en que se desarrollan los adolescentes, y que generaron la situación específica por la que ingresaron al sistema y en la cual lamentablemente se va a encontrar nuevamente cuando retornen, deben promoverse los cambios mediante actividad concertada de las diferentes autoridades y los operadores del sistema, pues la difusión, sensibilización y alternativas para el cambio que se debatan generarían este cambio.

Cuando la prensa o los medios de información nos señalan las dificultades que tienen los adolescentes que desean evitar ser involucrados en pandillas, detallan que son atraídos a través de un malentendido "cuerpo de defensa juvenil" que en algunos casos los absorberá irremisiblemente si se encuentra en los lugares de pobreza de la ciudad, para sentirse "protegidos" de otras pandillas y gozar de los "beneficios" que puede obtener por estar al lado de sus integrantes (diversión y seguridad primordialmente); es por ello que la búsqueda de soluciones entonces no parte por la sanción, ésta será un efecto personal, pero la búsqueda correcta parte de la medida que se aplique para evitar el riesgo a nivel de política estatal, regional o municipal, para dar con el verdadero desequilibrio.

Es por ello que retomando las ideas expresadas sobre el fenómeno del pandillaje, el legislador introduce por primera vez en el Código del Niño y del Adolescente mediante la primera disposición complementaria y final del Decreto Legislativo Nº 899 del 28 de mayo de 1998 este tipo delictivo y, en paralelo, en el artículo 148.a del Código Penal, pues se pensaba solucionar partiendo de las consecuencias el fenómeno juvenil de la delincuencia sin ahondar en las causas del mismo, pues es la sociedad misma la que se ve obligada a participar en una labor preventiva.

Recordemos el criterio del Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad planteado contra los decretos legislativos dictados bajo la dictadura de Alberto Fujimori:

"…el artículo 193 de la Ley N° 27337 define lo que debe entenderse por 'pandilla perniciosa' y el artículo 194 de la misma ley establece la penalidad correspondiente. Debe considerarse que si bien el artículo 193 omite señalar lo que debe entenderse por 'grupo' de adolescentes; esto es, que no hay una configuración cierta o caracterizadora de la conformación numérica de este ente;

[200] VASQUEZ H., Enrique. (2008). Op. cit., pág. 49.

sin embargo, la interpretación sistemática de esta norma en el contexto del Código del Niño y el Adolescente -específicamente el artículo 196 que menciona como sujeto activo de esta infracción al líder o cabecilla del grupo- supone necesariamente una elemental organización y el concurso de una pluralidad de sujetos, así como, una acción delictiva concreta. Así -y no de otro modo- debe interpretarse el concepto de pandilla perniciosa"[201] .

Pensamos que la vigencia de esta norma puede dejarse sin efecto en virtud a la labor que viene realizando la Comisión Revisora del Código del Niño y del Adolescente, recuperando con ello la visión adecuada del esfuerzo que debe realizarse para evitar que se anulen los derechos de estos adolescentes, no con una visión de "compasión" sino de reconocimiento a sus derechos, como señala la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana:

"…que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño"[202] .

En el punto 2 del artículo 2 de las recomendaciones defensoriales del informe ya comentado, se indicaba que previo estudio de las necesidades presupuestales adicionales, se debían reiterar las gestiones ante el Ministerio de Economía y Finanzas con el objeto de incrementar el presupuesto asignado a los Centros Juveniles, lo que no ha sucedido; es decir, se requiere mejorar el sistema para poder darle seguridad y eficacia al tratamiento.

Pero además existen otras dos recomendaciones que podrían igualmente ser de fácil implementación, y tienen que ver directamente con el problema de la atención adecuada de la población atendida en medio cerrado precisamente para evitar que se susciten problemas como los que hemos señalado en cuanto a la integridad físico-psicológica de los adolescentes, y es que existan mecanismos efectivos de acceso a la justicia que permita a los adolescentes infractores presentar sus quejas, pedidos y denuncias ante las autoridades del Poder Judicial y el Ministerio Público.

No hay que olvidar que por las condiciones propias del sistema de atención, no se tienen facilidades de comunicación que no sean controladas por el propio personal para que puedan plantearse las denuncias por maltrato, y ello debe ser neutralizado mediante un sistema directo.

Considero que es factible que por medio de las visitas de los defensores de oficio, de los fiscales de familia y de jueces de familia se puedan dar estas alternativas directas de comunicación, en visitas de periodicidad mas continua, y que igualmente sea accesible a los adolescentes en general una línea telefónica que permita el contacto libre, sea con sus familias o con sus defensores, para viabilizar las denuncias sobre inconductas del personal que pudieran suscitarse al interior de los establecimientos de atención en medio cerrado.

[201] Expediente Nº 005-2001-AI/TC del 15 de noviembre del 2001.
[202] Opinión Consultiva 17/2002 La Condición Jurídica y derechos humanos del niño, del 28 de agosto del 2002. Emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a solicitud de la CIDH.

Asimismo las recomendaciones efectuadas a los representantes del Poder Ejecutivo, centralizándolas a los Ministros de los sectores Justicia, MIMDES, MEF, SALUD y MINEDU, se orientan a que el principal cambio tiene que darse desde el campo educativo, pues es la mejor forma de abrir posibilidades al ser humano en desarrollo para que tenga otra perspectiva de sus posibilidades y mejore su potencial.

Una educación de calidad para estos adolescentes, diseñando la propuesta educativa con los componentes formativo y actitudinal, así como las estrategias metodológicas que permitan desarrollar competencias básicas, sería lo más adecuado. Ello es mucho más evidente si confrontamos el último informe de la GCJ para el 2008, en cuanto al nivel de educación de los adolescentes (ver Cuadro Nº6):

Cuadro Nº7
NIVEL DE EDUCACIÓN DE LOS ADOLESCENTES SEGÚN SISTEMA ABIERTO O CERRADO

GRADO DE INSTRUCCIÓN	Sistema Abierto	Sistema Cerrado	Total	Estructura %
Analfabeto	3	21	24	0.58%
Primaria completa	99	268	367	8.89%
Primaria incompleta	91	478	569	13.79%
Secundaria completa	215	261	476	11.54%
Secundaria incompleta	1105	1456	2561	62.07%
Superior Téc. completo	0	0	0	0.00%
Superior Téc. incompleto	54	35	89	2.16%
Superior Universitario	36	4	40	0.97%
TOTAL AÑO 2008	1603	2523	4126	100.00%

En este punto y con la evidencia de las carencias que a nivel formativo tuvieron muchos de los adolescentes que ingresan al Sistema de Justicia Penal Juvenil, considero importante destacar que:

> *"En el plano que nos ocupa, la relación de los sistemas punitivos con la infancia y la adolescencia, habría que partir por denunciar el uso de las imágenes de la delincuencia juvenil como chivo expiatorio para alimentar las espirales de control y represión"*[203] .

[203] CORTEZ MORALES, JULIO. "¿Cómo entender la ley de responsabilidad penal de adolescentes dentro de las transformaciones históricas globales del Control Social Punitivo?". En: UNICEF. (2008). Justicia y Derecho del niño. Nº 10. Bogotá, UNICEF, septiembre 2008, pág. 147 - 179.

Y es que, en efecto, se manifiesta un temor por el incremento de la violencia juvenil pero no se trabaja en pro de la eliminación de los factores de riesgo que llevan a los jóvenes a esas conductas, y por ello es necesario asomarnos a los análisis de otras realidades que tienen un porcentaje importante de acciones de violencia por parte de adolescentes involucrados con organizaciones criminales, y que, basados en la experiencia de atención especializadas, señalan dos objetivos prioritarios:

- Necesidad de combinar el corto y el largo plazo: Creación de seguridad, control de armas, reconstrucción del pacto social hasta llegar a la construcción de la paz.
- Ampliación de los programas sociales para atender a este público específico, respetando la identidad de los jóvenes, procurando medidas de justicia transicional para generar una reconciliación social.

Estas dos ideas centrales vienen siendo aplicadas por la organización Comunidad e Segura[204] que integran, entre otros Daniel Luz, quien estuvo en Lima junto con otros especialistas interesados en el intercambio de experiencias y colaboración en la atención a las pandillas que integran los jóvenes en Latinoamérica[205], y una vez más evidenciamos la necesidad de involucrar la atención no sólo de los magistrados sino de todos los profesionales involucrados en esta atención a los jóvenes que ingresan al sistema penal juvenil para dar una respuesta con un objetivo como se ha señalado a largo plazo, pues junto con la medida aplicable al caso concreto, es necesario trabajar con la comunidad y con las autoridades de las diferentes instancias gubernamentales para la atención de nuestros adolescentes en caso requieran de la imposición de una medida socio educativa, para que ésta puede ser ejecutada de manera adecuada y en su favor.

Al respecto, de los diversos criterios expresados por el Tribunal Constitucional peruano en cuanto a los derechos de infancia y adolescencia[206] , extraigo las ideas principales de dos pronunciamientos que atañen precisamente a la doctrina de la protección integral que preconiza la CDN. El primero de ellos es el contenido en la Sentencia expedida en la causa N° 3330-2004-AA/TC del 11 de julio del 2005, en la cual se destaca la configuración constitucional de la protección de los niños y adolescentes, contenida en el artículo 4 de la Carta, la cual:

> *"…radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar"*(f.j.35).

A ello agregaremos que si bien la concepción del niño y del adolescente como persona sujeto de derechos es un postulado que se enunciara por primera vez en la Declaración de las Naciones Unidas (ONU) sobre los Derechos del Niño de 1959[207], ha sido consolidado en la CDN al promover el proceso de cambio estructural en el sistema de protección de la infancia y de la adolescencia, cuyas disposiciones han sido implementadas de forma progresiva en los ordenamientos jurídicos de los Estados incluyendo el Perú, siendo uno de los principales aportes el superar las concepciones paterno-autoritarias de la doctrina denominada de la situación irregular por un cambio de paradigma: "que implica el fin de la doctrina de la situación irregular y la adopción de la doctrina de protección integral"[208] .

[204]www.comunidadesegura.org
[205]Seminario: ¿Qué hacer con las Pandillas? Organizado por la ONG Ciudad Nuestra, Lima, Diciembre del 2008.
[206]Expediente Nº 03247-2008-PHC/TC-CUZCO.
[207]Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990.
[208]Expediente Nº 03247-2008-PHC/TC-CUSCO, resolución del Tribunal Constitucional dictada en Arequipa, el 14 de agosto del 2008.

Tanto la CDN como los diversos pactos internacionales que siguen sus principios puntualizan que la protección de los niños tiene como objetivo fundamental el asegurar el desarrollo integral y armonioso así como el disfrute de todos los derechos que les han sido reconocidos, apoyando a la familia en su labor natural de ser el primer eje de protección[209].

En otro reciente pronunciamiento el alto tribunal señaló:

> *"Que este Tribunal no ignora la realidad del país en la cual la delincuencia juvenil se ha convertido en un creciente problema de inseguridad ciudadana. Sin embargo, se tiene la obligación de enfatizar que ningún sistema de responsabilidad penal juvenil solucionará esta situación sin el desarrollo de políticas de prevención que logren socializar e integrar a los niños con sus familias, con su colegio y con su comunidad.*
>
> *La aplicación de la justicia juvenil debe verse como el último elemento de una política integral en materia de infancia y adolescencia. La ratificación de tratados internacionales y la adopción de leyes especiales, como el Código de los Niños y Adolescentes, es un importante paso que el Tribunal no puede desconocer, pero esto es aun insuficiente. Si el Estado, con el apoyo de la sociedad civil y del sector privado a través de programas de Responsabilidad Social Empresarial, no ejecuta planes y destina recursos en materia de salud, educación, alimentación, vivienda e infraestructura, los índices de criminalidad juvenil y la inequidad en nuestro país tenderán a aumentar"*[210] .

Si todos coincidimos con ello entonces, tanto la actividad estatal como los esfuerzos del sector privado porque no sólo se deben esperar medidas de estímulo frente a la crisis económica, sino participar en la solución de los problemas de aquellos cuyos derechos ya se encuentran en crisis, lo que falta es poner manos a la obra y dotar de verdadera efectividad a todos estos postulados y recomendaciones y si bien algunas de las medidas pasan por el requerimiento presupuestal respectivo, no es así en todas ellas, por lo que basta la decisión y el impulso para ponerlas en práctica.

2. LA CARENCIA DE UN SISTEMA DE PROTECCIÓN PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS O TESTIGOS DE DELITOS

El Informe Defensorial Nº139 indica:

> *"A cinco años de los procesos de reparación y justicia en el Perú publicados en el documento 'Balance y desafíos de una tarea pendiente' [211], se señala que el sistema de protección a las víctimas no ha sido eficiente, y si bien la línea del trabajo defensorial es específica para el Plan de reparaciones para las víctimas e impulsar la judicialización de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en el periodo 1980-2000, considero pertinente a los fines de nuestro análisis sobre la protección a los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, violación, de ESCI y de trata de personas, la corroboración de las dificultades como la que se expresa por parte de la defensoría, en el caso de las víctimas involucradas en este tipo de delitos:*

[209]Opinión consultiva 17/2002 del 28 de agosto del 2002, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en el mismo sentido, el Comentario General Nº 17 del Comité de Derechos Humanos del 07 de abril de 1989, CCPR/C/35, pág. 2.

[210]Expediente Nº 03247-2008-PHC/TC-CUSCO ya señalada.

[211]Resolución Defensorial Nº 037-2008/DP del 17 de diciembre del 2008, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de diciembre del 2008 (págs. 385594-385599).

"… Las investigaciones por casos de violación sexual, además de las dificultades que afectan a la mayoría de casos de violaciones de derechos humanos, encaran problemas derivados de su propia naturaleza, tales como problemas en la tipificación penal, deficiencias en la realización de pericias psicológicas y diligencias que vulneran innecesariamente la dignidad de las víctimas. En este medida sería conveniente que la capacitación de los operadores de justicia, en temas de derechos humanos, incluya el enfoque de género, lo cual permitirá abordar de manera adecuada estas investigaciones".

Existe entonces la necesidad de lograr este enfoque de género de manera prioritaria, porque se trata de asumir de manera adecuada los márgenes de protección hacia las víctimas, recogiendo ideas igualmente expresadas como estándares internacionales por los organismos de Naciones Unidas, y que constituyen parte de los principios enarbolados por la CDN.

Si bien en la época actual es de todos conocido la singularidad del concepto de género, resulta importante puntualizar que éste es el conjunto de creencias, rasgos personales, actitudes,sentimientos, valores, conductas y actividades que diferencian a hombres y mujeres a través de un proceso de construcción social (familia, escuela, trabajo, medios de comunicación, normas, Estado), que implica jerarquizar estas actividades de tal modo que a las masculinas se les da más valor, ya que atañe definitivamente a la comprensión de éste y todos los problemas humanos y su abordaje: la vviolencia, sus expresiones y consecuencias. Prueba de ello es que:

"...la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad".

"… Las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzosos, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. ... el efecto de dicha violencia es privar a las mujeres del goce efectivo, el ejercicio y del conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales, y contribuye a mantener la subordinación de las mujeres.... Estas actitudes también contribuyen a la difusión de la pornografía y a la representación y otro tipo de explotación comercial de la mujer como objeto sexual, antes que como persona. Ello, a su vez, contribuye a la violencia contra la mujer."

Las ideas aquí expresadas corresponden a la doctora Lorena Fries Monleón, una luchadora por los derechos de mujer, Presidenta de la Corporación Humanas, y candidata para integrar el Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer (CEDAW), ideas que permiten corroborar la relación entre discriminación y violencia, y la forma en que ésta articula la subordinación en que viven las mujeres víctimas de este flagelo, y como no, los niños, niñas y adolescentes dada su vulnerabilidad.

Y es que a pesar del progreso logrado en los últimos años en el combate de la explotación sexual infantil, para enfrentar el problema, no sólo nuestro país sino todos los países involucrados en esta tarea, han señalado que es necesario disponer de un apoyo adecuado para la rehabilitación y reintegración de las víctimas, así como una colaboración estrecha entre los servicios y los países de la zona, habiéndose dictado leyes mucho más drásticas a nivel latinoamericano para enfrentar el fenómeno; la más reciente de ellas es la aprobada por el Congreso de la República de Guatemala por

unanimidad, Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas a través del Decreto 9-2009, del 18 de febrero del presente año, habiéndose llevado a cabo igualmente en noviembre del año 2008 en Brasil, el III Congreso Internacional, con patrocinio de la Red de Organizaciones para la Eliminación de la Prostitución Infantil, la Pornografía Infantil y el Tráfico de Niños con Propósitos Sexuales (ECPAT Internacional), con status Consultivo ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) que ha señalado que en nuestro país se ha incrementado el número de niños, niñas y adolescentes explotados sexualmente, ya que en ciudades como Cusco e Iquitos se ha incrementado este problema debido principalmente al turismo.

Al respecto es importante destacar las conclusiones del citado III Congreso Internacional por la relevancia de los compromisos que a nivel internacional han adoptado las entidades e individualidades partícipes y que se han condensado en el denominado Pacto del Rio de Janeiro para Prevenir y Eliminar la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes, suscrito por las representaciones de los gobiernos, organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales, instituciones de derechos humanos, sector privado, operadores del derecho, líderes religiosos, parlamentarios, investigadores y académicos, sociedad civil y niños y adolescentes, en seguimiento a la Declaración y Agenda para Acción de Estocolmo de 1996 y al Compromiso Global de Yokohama de 2001, y que refuerza la óptica global sobre el grave problema allí tratado:

- Expresamos preocupación con la continuidad de los elevados niveles de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en los Estados de todas las regiones, con el aumento de determinadas formas de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, en particular por medio de la Internet y de tecnologías nuevas y en desarrollo, y como resultado de la creciente movilidad de abusadores y violadores en viajes y en el turismo.
- Percibimos con gran preocupación el aumento de la vulnerabilidad de muchos niños a la explotación sexual resultante del aumento de la pobreza, de la desigualdad social y de género, de la exclusión, del abuso de las drogas y del alcohol, de la continua demanda por sexo con niños, de la degradación ambiental, del VIH/SIDA, de la migraciones, subempleo y desempleo, de los conflictos armados y de otras situaciones de emergencias, que debilitan la unidad básica de la familia responsable por la protección de los niños, así como la persistente demanda por sexo en todas las regiones y Estados reforzada por un ambiente de tolerancia social, complicidad e impunidad.
- Recordamos la Convención sobre los Derechos de los Niños (1989), que convoca a los Estados Parte a tomar todas las medidas apropiadas para asegurar que los niños estén protegidos de la explotación sexual, así como el Protocolo Facultativo a la Convención, sobre Venta de Niños, Prostitución y Pornografía Infantil, que requiere que los Estados Parte prohíban, criminalicen y procesen judicialmente esas prácticas.

Como muestra de la forma en que operan los autores de estas conductas queremos señalar un caso reciente tramitado precisamente ante la Corte Superior de Iquitos, en el Juzgado Mixto de Loreto, Expediente Nº 2006–132, secretario Dávila, en el cual los inculpados eran dos personas de sexo masculino a quienes se enjuició por los delitos contra la libertad, proxenetismo y trata de personas en agravio de dos menores de edad así como dos mujeres mayores de edad, en el cual se imputa a los procesados haber captado a las cuatro agraviadas con la finalidad de llevarlas a la ciudad de Tarapoto y con posibilidades de llevarlas a Piura, donde ejercerían la prostitución, para lo cual les ofrecieron a ellas que iban a trabajar como meseras, para finalmente obligarlas a ser explotadas sexualmente en los prostíbulos que tenía en funcionamiento una de las procesadas, habiéndoseles impuesto como condición procesal a las investigadas la de detención.

Esta es sólo una muestra de todos aquellos casos que requieren de una acción concertada a nivel interinstitucional, pues además del procesamiento a los autores, se requiere de estrategias de trabajo a favor de las víctimas de estos delitos y de la prevención de estas conductas que, como vemos, involucran a menores de edad en redes de prostitución, afectando de manera definitiva sus posibilidades de desarrollo físico y psicológico.

Es por ello oportuno recordar que el artículo 8 del Protocolo facultativo de la CDN, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, es claro en señalar que es obligación de los Estados parte el adoptar medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal, los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas, reconociendo su vulnerabilidad, así como adaptar los procedimientos de forma -es decir los aspectos procesales- en los cuales sean reconocidos, incluso para declarar como testigos. Pero este instrumento obliga además a:
"b) Informar a los niños víctimas de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones y la resolución de la causa".

Esta parte de la protección jurisdiccional la consideramos básica y prioritaria, pues al igual que a los procesados se les hace conocer de sus derechos, también a las presuntas víctimas debe informárseles de los mismos, no limitándose a aquello que corresponde al abogado defensor sino corroborando todo aquello que él pudiera haber informado, pero destacando el rol de garante que tiene el juez especializado penal en temas de esta naturaleza, y para ello debe igualmente capacitarse al personal jurisdiccional en la atención de estos casos. El mencionado Protocolo Facultativo prevé además:

"a)Autorizar la presentación y consideración de las opiniones, necesidades y preocupaciones de los niños víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales, de una manera compatible con las normas procesales de la legislación nacional.

d)Esta autorización guarda relación también con las medidas que introduce el nuevo Código Procesal Penal en los artículos 247 y 248: para testigos, agraviados, o colaboradores, a quienes de oficio o a instancia de parte se les otorgará:

- *Protección policial.*
- *Cambio de residencia.*
- *Ocultación de su paradero.*
- *Reserva de su identidad y datos personales en diligencias.*
- *Utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal en las diligencias.*
- *Fijación como domicilio la sede de la fiscalía (reservadamente lo cita) .*
- *Procedimientos tecnológicos (video conferencias, etc.) para evitar la seguridad del protegido una vez develada su identidad*".

Norma que guarda perfecta correspondencia con la Guía de Procedimientos para Sistemas de Justicia para Niños Víctimas y Testigos de Crimen, que aprobara el Consejo Social y económico ONU 2004/27, elaborada por el Comité Internacional de Defensa de Derechos de los Niños, las cuales especifican el derecho a ser tratado con dignidad y compasión (respeto a su integridad física, mental y moral), a la protección contra la discriminación (servicio accesible y con trato diferenciado), derecho a ser informado (progreso de su causa, mecanismos de participación), derecho a expresar su opinión y a ser oído.

Por lo tanto, ahora que se está impulsando la implementación del nuevo Código Procesal Penal, considero que cuando menos respecto de estas medidas preventivas podrían ya adelantarse la vigencia del citado cuerpo legal, con lo cual dotaríamos de mejores herramientas de trabajo a los operadores del área penal, involucrándolos también en esta integridad de la protección jurisdiccional que la CDN preconiza.
Otros alcances del Protocolo son:

"d) Prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas;
e) Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas;
f) Velar por la seguridad de los niños víctimas, así como por la de sus familias y los testigos a su favor, frente a intimidaciones y represalias…"

Estos tres literales contienen exigencias perentorias a ser atendidas por el juez especializado penal, con tendencia a proteger la identidad de la víctima así como a evitar la revictimización institucional, y es que si bien el artículo 143 del Código de Procedimientos Penales vigente establece claramente que en los casos de violencia sexual en agravio de niños o adolescentes, la declaración de la víctima será la que rinda ante el Fiscal de Familia, no es menos cierto que aún se sigue citando a la declaración preventiva, es decir, se considera necesaria dicha corroboración de la denuncia para establecer con mayor claridad el desarrollo de los hechos investigados.

En el momento actual, la Fiscalía de la Nación viene elaborando la Guía de Procedimientos para la Entrevista Única, instrumento o protocolo que reforzará la utilización de la Cámara así denominada de Entrevista Única o de Gesell, sobre la base de la operatividad que a la fecha se conoce de la cámara ubicada en el distrito de Lima Norte, precisamente para la realización de una sola entrevista a las niñas, niños y adolescentes víctima (cámara cuyo uso no se restringe a niñez y adolescente víctima sino que puede ser utilizada igualmente para entrevistas en otro tipo de procesos), que pueda ser utilizada como medio de prueba a lo largo de todo el proceso de investigación en sus diversas etapas (policial, fiscal y judiciales), y por todos los operadores del sistema, sin exponer a la víctima a nuevas y dolorosas ampliaciones sobre los hechos cometidos en su agravio.

Al respecto el Informe Defensorial 126 sobre la aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niños, niñas y adolescentes, hace hincapié en el uso de estos métodos de interrogación para evitar las secuelas que a nivel psicológica se manifiestan en las víctimas de este tipo de delitos, al igual que a la reserva de la identidad de la víctima de conformidad con el artículo 3, inciso 3.1 de la Ley Nº 27115, y el inciso c) del artículo 95 del Código Procesal Penal.

Pero el Protocolo Facultativo además establece "a) Evitar las demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de las resoluciones o decretos por los que se conceda reparación a los niños víctimas".

Es por todos conocido que, en la medida que la víctima conozca de una resolución pronta de la denuncia formulada y del aseguramiento del autor de los hechos por parte de la autoridad, psicológicamente aquella se siente más segura, pues el temor de que su agresor la ataque nuevamente la mantiene en zozobra. Es por ello que resulta necesario dar atención al cumplimiento de los plazos procesales, o tratar de establecer cuáles son los "cuellos de botella" que estarían dilatando la resolución de este tipo de procesos para superar trabas en el procedimiento, sobre todo a nivel de las medidas cautelares que puedan haberse solicitado a favor del aseguramiento del agresor y de la atención a la víctima. Al respecto el Protocolo igualmente considera:

"2.Los Estados Partes garantizarán que el hecho de haber dudas acerca de la edad real de la víctima no impida la iniciación de las investigaciones penales, incluidas las investigaciones encaminadas a determinar la edad de la víctima.
3. Los Estados Partes garantizarán que en el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo, la consideración primordial a que se atienda sea el interés superior del niño".

En cuanto a esta disposición, existen dos circulares del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, precisamente para que los Magistrados encargados de las investigaciones por este tipo de delitos contra la libertad sexual en agravio de niños, niñas y adolescentes, adopten esta consideración como primordial, tal como se extrae del texto de las Resoluciones del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dictadas con fecha 28 de junio del 2006, así como la Circular Nº 5250-2008-CE-PJ del 05 de agosto del 2008 en las cuales se expresa literalmente: "… en aras de garantizar debidamente el Principio General del Interés Superior del Niño y del Adolescente en la Administración de Justicia", como exhortación a todos los órganos jurisdiccionales que tengan a su cargo la tramitación de estos procesos, demostrando ello el fortalecimiento del compromiso institucional con la protección adecuada a sus derechos.

Continuando con el desarrollo de las premisas de protección el Protocolo agrega:

"4.Los Estados Partes adoptarán medidas para asegurar una formación apropiada, particularmente en los ámbitos jurídico y psicológico, de las personas que trabajen con víctimas de los delitos prohibidos en virtud del presente Protocolo.
5.Los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, medidas para proteger la seguridad e integridad de las personas u organizaciones dedicadas a la prevención o la protección y rehabilitación de las víctimas de esos delitos.
6.Nada de lo dispuesto en el presente artículo se entenderá en perjuicio de los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial, ni será incompatible con esos derechos".

El propio instrumento detalla, con propiedad, tres elementos necesarios en todo proceso llevado a cabo por este tipo de delitos y son precisamente las medidas de sensibilización y capacitación del personal que labora en las áreas especializadas en las que se tramitan estas denuncias, así como las garantías a las personas que colaboren desde otras perspectivas profesionales en la atención a las víctimas, o la solución de los procesos; todo ello sin dejar de lado la vigencia de los tratados a nivel internacional así como las normas a nivel nacional, que constituyen garantías para el procesamiento de las personas involucradas como presuntos autores o partícipes, previsión que permite desechar cualquier tipo de confrontación o colisión como se ha malinterpretado entre las normas del debido proceso respecto a los presuntos responsables, y aquellas normas de garantía a favor de la víctima, pues se trata de un solo sistema de protección de derechos humanos.

Lo que se debe establecer es la prioridad en el abordaje de los derechos de la víctima en cuanto a los aspectos procesales, para que no se vea doblemente victimizada, sin que ello implique un menoscabo en el respeto de los derechos del justiciable o en la garantía del debido proceso en su caso.

Así ha sido entendido desde la nueva óptica del principio acusatorio en el derecho penal pues el nuevo Código Procesal Penal, en referencia a las víctimas de este tipo de delitos, faculta la aplicación de medidas de protección como las que señala en el artículo 249 y que están catalogadas como medidas adicionales: el juez, a pedido del fiscal, podrá ordenar emisión de documentos de nueva identificación y medios económicos para cambio de residencia o lugar de trabajo.

Asimismo en el artículo 250 se prevé la variabilidad de las medidas, esto es su carácter provisorio para que puedan renovarse, modificarse o suprimir todas o algunas durante la investigación preparatoria o intermedia. Pero no sólo ello, sino que cabe destacar que el artículo 252 de dicho cuerpo legal incorpora como un programa estable el de protección de agraviados, testigos, peritos y colaboradores de la justicia, como forma de evitar los "sorprendentes cambios", que algunas víctimas daban al momento de prestar su declaración judicial, exculpando a los que inicialmente denunciaron, o las presiones en los otros operadores para que no se involucren en el proceso o incluso puedan tergiversar los resultados de pericias que serán evaluadas a lo largo de la investigación.

Con ello se destierra, en consecuencia, la malinterpretada confrontación que se venía esgrimiendo como razón de la imposible o por lo menos la postergada aplicación de los principios enarbolados en la CDN respecto a la protección que requieren los niños, niñas y adolescentes víctimas de este tipo de delitos, pues todo apunta a la confluencia de esfuerzos en procura no sólo de alcanzar la verdad legal como finalidad última del proceso, sino igualmente de adoptar las medidas necesarias para el respeto a los derechos de las víctimas mas vulnerables, las que menos resistencia, posibilidades u opciones tienen frente a un agresor que las supera no sólo en fuerza física e influencia psicológica (sabemos que un gran porcentaje de los agresores en este tipo de delitos tenía un vínculo familiar o afectivo con la víctima), sino que además ha actuado de la manera más oculta que dificulta la probanza de los hechos, y que puede montar estrategias de influencia en la víctima para que se retracte de su denuncia, o que perversamente afirma incluso "que fue provocado" por un menor de edad para sostener contacto sexual, o finge una relación amorosa a todas luces improbable frente a una diferencia de edades y desarrollo personal que las hace física y moralmente imposibles.

Una recomendación específica de este Informe Defensorial Nº 126 es que se modifique el inciso b), segundo párrafo del artículo 144 del Código de los Niños y Adolescentes, para que se sustituya la participación del fiscal provincial de familia por la del fiscal provincial penal y es que en efecto, sin dejar de reconocer la idea de protección que inspiró el delegar esta competencia en el fiscal provincia de familia para que ordene la evaluación clínica y psicológica de la víctima por profesional especializado, y asimismo por su capacidad profesional apoye en la difícil tarea de la exposición de hechos violatorios, no es menos cierto que estamos ya orientados en la implementación de los nuevos principios que la reforma procesal penal conlleva para nuestro país en la búsqueda de mejoras en el sistema, una de las cuales es precisamente la orientación hacia un rol protagónico por parte del Ministerio Público, y específicamente del fiscal provincial penal pues será él quien prosiga con la secuela de la investigación, y por lo tanto debe tomar conocimiento directo de los hechos y las pruebas.

Será entonces en este nuevo rol de actuación que el fiscal provincial penal debe ejercer las facultades que amplía la nueva ley en su caso, para que pueda valorar igualmente la que se desea se mantenga como entrevista única para las víctimas de este tipo de delitos, con la facilidad que agrega el uso de la tecnología para que la grabación de dicha declaración esté en un soporte informático al alcance de las autoridades a cargo de la investigación, y que permita formar convicción en cuanto a los hechos que se describen en la denuncia. Esperamos que en el corto plazo los magistrados del país puedan verse involucrados en el debate sobre la implementación de esta Guía así como de la propia metodología de trabajo en cámara única, para que se rompa una práctica denigratoria y puede darse el relieve adecuado a los derechos de las víctimas de este tipo de delitos.

La confluencia de esfuerzos o sinergias entre las instituciones es uno de los temas más interesantes en este trabajo de procesamiento y sanción respecto a los presuntos autores de estos delitos, y es que como lo reflejan los diversos acuerdos a nivel mundial y regional de la CDN, ninguna institución

puede o debe operar aisladamente; **así se ha entendido que son los esfuerzos entre países los que** pueden lograr un mayor grado de eficacia como se comprueba de la suscripción de Instrumentos posteriores además del Protocolo Facultativo a la Convención, sobre Venta de Niños, Prostitución y Pornografía Infantil (ratificado por 129 Estados) sino además el aumento de ratificaciones de la Convención 182 de la OIT (1999) sobre la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil; el Protocolo para Prevenir, Eliminar y Sancionar el Tráfico de Personas, especialmente de Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo), como parte de la Convención de la Naciones Unidas sobre el Crimen Organizado Transnacional; y la adopción de nuevos instrumentos regionales, incluyendo las Convenciones del Consejo de Europa sobre Acciones contra el Tráfico de Personas, sobre la Protección de Niños contra el Abuso y Explotación Sexual y sobre Crímenes Cibernéticos.

Al respecto debo detenerme en el así denominado Protocolo de Palermo, cuya difusión es parte del compromiso de los estados suscriptores, y la modificación introducida al Código Sustantivo por la Ley 28950, publicada el dieciséis de enero del 2007, invitando a aquellos que deseen obtener mayor información a la página web de la Oficina Internacional de Migraciones, para que conozcan como se han ido detectando las redes a nivel nacional e internacional, y las rutas que ellas utilizan para el traslado de personas en la trata internacional o externa o en la trata mixta.

Es que la globalización también trae consecuencia en este "adelgazamiento de fronteras" , y es por ello que la jurisdicción y los pactos de la comunidad internacional deben también asumir el reto de esta colaboración entre Estados, pero es igualmente necesaria la participación a nivel interno de todas las instituciones, y por ello me permito destacar los alcances de un instrumento que demoró en ser consensuado pero que finalmente salió a la luz el 30 de noviembre del 2008 y que es el Reglamento de la Ley Nº 28950, Decreto Supremo Nº 007-2008-IN, en cuyo Título II delimita la política integral contra la trata de personas, señalando que los lineamientos, planes y estrategias integrales contra la trata de personas, a cargo del Grupo de Trabajo Multisectorial permanente contra la trata de personas, estarán destinados a posicionar este esfuerzo como política de Estado. Dentro de dicho trabajo se encuentra el Poder Judicial, así como en el marco de responsabilidades de prevención ya que específicamente el artículo 17 señala que se debe promover como estrategia:

"a)Capacitación del personal y funcionarios para la intervención de casos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes.
b)Promoción de la especialización del personal jurisdiccional integrante de los Juzgados Especializados que se constituyan para el cumplimiento de la Ley Nº 28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico ilícito de Migrantes, y
c)Sistematización y difusión de la estadística de los casos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes".

Pero además en el artículo 26 establece como entidad competente, entre otras, al Poder Judicial para la asistencia y protección a las víctimas de trata de personas, colaboradores, testigos, peritos y sus familiares directos dependientes. Ello implica en consecuencia un compromiso cada vez mayor respecto a esta protección jurisdiccional que pretendemos ahondar respecto a niños, niñas y adolescentes víctima de este tipo de delitos, ya que incluso se advierte que es la colaboración entre las instituciones la que debe facilitar el alojamiento, educación y cuidado adecuado para los niños.

Es por ello necesario recabar la opinión de los propios magistrados a cargo del trámite de estos procesos, para conocer de las implicancias de estos nuevos compromisos y la mejor forma de viabilizarlos, en función a la nueva estructura procesal que se está implementando en nuestro país y para ello, tal como lo señala el propio Reglamento en los numerales 36 y 37, la cooperación nacional e internacional debe ayudar en la consecución de estos fines.

El Estado deberá en consecuencia promover los acuerdos entre las entidades de la sociedad civil, especialmente las organizaciones no gubernamentales, para implantar labores de prevención y de protección, que deben ser coordinadas además con los gobiernos regionales y locales para que participen de manera directa, más aún si tomamos en consideración que este tipo de delitos se viene dando con mayor incidencia en las Cortes de Cusco, Loreto, Madre de Dios, y las cinco cortes del departamento de Lima: Lima-Norte, Lima, Callao, Huaura, y Cañete, en las cuales se viene ya aplicando las actividades del compromiso suscrito por el Estado Peruano con el Reino Belga, así denominado Proyecto Belga, a favor de la atención de los niños, niñas y adolescentes víctimas de los delitos de explotación sexual, prostitución, pornografía y de trata.

Los precedentes vinculantes han ayudado enormemente al logro del objetivo de predictibilidad que la sociedad exige al sistema de justicia para llegar al objetivo final de seguridad jurídica, y en el tema puntual de delitos contra la libertad sexual, el expresado mediante Acuerdo Plenario Nº 02-2005/CJ-116 de fecha 30 de septiembre del 2005, innegablemente han ayudado en la tarea de formular criterios para la apreciación y valoración de la declaración de la víctima, dejando de lado los cuestionamientos anteriores frente a la validez de la declaración de una sola víctima frente a la negativa del procesado, por lo que deberá apreciarse el contexto de relación entre ellos así como de la firmeza de la imputación.

Es que como lo demuestra el criterio expresado por el Supremo Tribunal de Justicia, también es necesaria una transformación cultural y de formación de lo que se denomina el tejido social de soporte. No olvidemos que la comunidad debe ser sensibilizada y las prácticas culturales de permisividad o de ocultamiento que se asumían en las familias, considerando que no era necesario denunciar los hechos, o que incluso cuando ya habían sido denunciados, debían ser modificados para excluir de responsabilidad a los autores (padres, hermanos, tíos, etc. de las víctimas), pasa también por un trabajo de difusión y adoctrinamiento en derechos de infancia y adolescencia en el cual deben involucrarse los medios de comunicación social, así como las organizaciones sociales.

En nuestro país contamos con gran cantidad de organizaciones tanto no gubernamentales como populares, de iglesia o de apoyo internacional, que prestan su colaboración decidida en este esfuerzo, e incluso han realizado y difundido diversas investigaciones que permiten reforzar la expectativa de colaboración con las autoridades, sobre todo en la defensa de los derechos de las víctimas.

No sería en consecuencia problemático forjar estas alianzas a través del ente rector y con cada institución, a efecto de coordinar esfuerzos tanto a nivel preventivo como de tratamiento, más aún si se trata de aunar esfuerzos para no involucrar el gasto de un presupuesto exiguo para las tareas propias de impartición de justicia del sistema.

CONCLUSIONES

Esbozaremos a continuación las conclusiones del presente trabajo, diferenciándolas en las dos áreas abordadas sobre protección jurisdiccional de acuerdo a los principios contenidos en la CDN, sobre los cuales hemos detallado las probables mejoras a introducir en los sistemas de atención para lograr la protección jurisdiccional adecuada:

Respecto al sistema de justicia penal juvenil:

1. Es necesario que se concrete la previsión legal contenida en el artículo 146 del Código del Niño y del Adolescente para designar el número suficiente de abogados que brinden asesoría especializada a los adolescentes a los que se imputan conductas infractoras de la ley penal, e igualmente se doten de suficientes equipos multidisciplinarios a todos los órganos jurisdiccionales sean éstos especializados o mixtos, que atienden esta problemática a nivel nacional

2. Implementar las estrategias detalladas en las conclusiones del Informe Defensorial Nº 123 "La situación de los Adolescentes infractores de la ley penal privados de libertad" (supervisión de los centros juveniles 2007,) para la creación de nuevos centros juveniles en el servicio específico en medio abierto, similares al SOA implementado en Lima.

3. Implementación de una base de datos estadística del sistema de justicia juvenil, que permita conocer en detalle la atención de adolescentes como presuntos infractores, tanto a nivel interno como para las demás instituciones involucradas, a efecto de ampliar esfuerzos de cooperación interinstitucional tendientes a su tratamiento y rehabilitación. Asimismo implementar en ella una red de conexión entre la Gerencia de Centros Juveniles y el Registro Nacional Penitenciario a cargo del INPE y el MINJUS, para determinar el número de adolescentes que egresan del sistema y se mantienen en actividad delincuencial ingresando al sistema penitenciario.

4. Establecer contactos sostenidos con la autoridad regional y local así como con los medios de difusión a nivel nacional, para la erradicación de patrones culturales que tiendan a la estigmatización de los adolescentes en situación de riesgo, así como en la difusión de los derechos que respecto de ellos consagra la CDN, promoviendo el diálogo con los propios integrantes de las así denominadas "pandillas juveniles" para elaborar estrategias de intervención que disuadan a más jóvenes de incorporarse a ellas.

5. Que la Comisión Revisora del Código del Niño y del Adolescente propicie la derogatoria del tipo penal denominado pandillaje pernicioso que se introdujera en dicho cuerpo legal.

6. En tanto no se dé respuesta a la propuesta del Poder Judicial de que la administración de los centros juveniles del país sean retomada por el órgano competente del Poder Ejecutivo, es 1. necesario que se implementen canales de colaboración con los gobiernos regionales a los cuales se podrá a futuro delegar la responsabilidad de la atención de dichos centros juveniles.

7. Establecer un cronograma de visitas periódicas tanto de la autoridad fiscal como judicial y de los defensores de oficio, de manera que puedan atender la problemática del adolescente interno, las posibles denuncias sobre inadecuada atención o maltrato dentro de los centros, así como los requerimientos de información sobre sus procesos y las medidas opcionales durante la ejecución de las resoluciones a ellos aplicadas.

8. Incorporar una línea telefónica de comunicación en cada uno de los centros, que esté al alcance de los adolescentes, para viabilizar tanto la comunicación con sus familias como con sus abogados defensores.

9. Implementar la recomendación efectuada en el citado Informe Defensorial para la transformación del servicio de educación que se brinda a los adolescentes en el sistema penal juvenil con los componentes formativos y actitudinales, así como estrategias metodológicas que permitan el desarrollo de competencias básicas en ellos.

10. Establecer desde la autoridad nacional, regional y local, las estrategias de acción para la prevención de la delincuencia juvenil, sobre la base de un pacto social de atención a aquellos sectores sociales con mayores carencias, ampliando los programas sociales o el número de beneficiarios.

11. Establecer pactos de colaboración permanente con las empresas del sector privado para la formación laboral de los adolescentes que ingresan al sistema penal juvenil, a efecto que pueda dárseles una oportunidad de aprendizaje que permita desarrollar a futuro sus competencias y los estimule a participación en actividades lícitas.

Respecto a la carencia de un sistema de protección para niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos podemos esbozar las siguientes conclusiones:

1. Formalizar a través de la Academia de la Magistratura (AMAG), programas de capacitación específicos sobre el enfoque de género, como subyacente a la tarea de impartición de justicia de los órganos jurisdiccionales abocados a la tramitación de los procesos que sobre violencia sexual, explotación sexual comercial infantil, pornografía infantil, trata de personas y migración ilegal, se llevan a cabo en las diferentes Cortes del país.

2. Implementar las recomendaciones del documento denominado Pacto de Río de Janeiro, elaborado en el III Congreso Internacional para prevenir y eliminar la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, en seguimiento a la Declaración y Agenda para la Acción determinada en Estocolmo l996 y el Compromiso Global de Yokohama 2001, para luchar contra este flagelo.

3. Difundir y propiciar el debate sobre los alcances del Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, prostitución infantil, y su utilización en la pornografía, ratificado por nuestro país en el 2002.

4. Participación y debate en los diferentes ámbitos de la jurisdicción especializada en lo penal sobre las tareas señaladas en el artículo 8 del Protocolo Facultativo de la CDN, el nuevo Protocolo de Actuación para la entrevista única en Cámara de Gesell, y la posibilidad de introducción de las medidas previstas en el nuevo Código Procesal Penal en los numerales 247, 248, 249 y 252, como medidas de protección a los niños, niñas y adolescentes víctimas de este tipo de delitos.

5. Propiciar la difusión y debate sobre la Guía de Procedimientos para Sistemas de Justicia para niños víctimas y testigos de crimen, aprobada por el Consejo Social y Económico de la ONU 2004/27.

6. Proseguir con los programas de capacitación del personal y funcionarios para la intervención en los casos de trata y tráfico ilícito de migrantes, así como la especialización del personal jurisdiccional integrante de los futuros juzgados especializados que se constituyan para el cumplimiento de la Ley Nº 28950.

7. Sistematización de la base de datos a nivel jurisdiccional, respecto a los casos de violencia sexual, explotación sexual comercial infantil, prostitución, trata de personas y pornografía infantil, para poder igualmente interrelacionarla al Sistema RETA al igual que a las otras bases de datos que a nivel estatal se manejan sobre la incidencia de este tipo de conductas ilícitas.

8. Forjar alianzas tanto con las ONGs como las organizaciones populares y los medios de difusión para el cambio de patrones culturales en la población, venciendo viejos prejuicios que denigran a las víctimas de violencia sexual, o que no permiten su adecuada protección en sus núcleos de vida.

BIBLIOGRAFÍA

• Código de los Niños y Adolescentes. Ley Nº 27337.

• CORTÁZAR VELARDE, JUAN CARLOS. (1997).
La Juventud como Fenómeno social. Lima, Centro de Investigaciones Sociológicas, Económicas, Políticas y Antropológicas (CISEPA) del Departamento de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

• Examen de los Informes presentados por los Estados en virtud del artículo 44 de la CDN.
Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. Perú, 14 de marzo del 2006. Ver: CRC/PER/CO/3 (última consulta: 17 de febrero del 2009).

• Informes Defensoriales Nº 123, 126 y 139: página web de la Defensoría del Pueblo.
Materiales de Trabajo y Artículos para el Debate preparados para el XI Curso de Especialización en la Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño.
Bogotá, octubre del 2008. Curso auspiciado por UNICEF y la Universidad Diego Portales de Chile.

•NEXOS VOLUNTARIO NEVO.
Estudio y Análisis sobre Costo/Beneficio económico y social de los Modelos de Justicia Juvenil en el Perú. Estudio realizado por encargo de Terre des Hommes y Asociación Casa de la Juventud. Ver www.tdh.ch, www.nexosvoluntarios.org o en www.encuentroscj.org

• UNICEF, UNICRI, ILANUD. (1992).
Emilio García Méndez y Elías Carranza, organizadores de la publicación. Del Revés al Derecho: La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa. Buenos Aires, Editorial Galerna.

• VÁSQUEZ, ENRIQUE. (2007).
Los Niños no visibles para el Estado. Primera Edición. Lima, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

• VÁSQUEZ, ENRIQUE. (2008).
Gerencia Estratégica de la Inversión social. Primera Edición. Lima, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

CUARTO PUESTO

ANÁLISIS DOGMÁTICO Y ESTRATIFICADO DE LOS PRESUPUESTOSPROCESALES EN UN SISTEMA UNITARIO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL (JUICIO DE PROCEDIBILIDAD VS. JUICIODE ADMISIBILIDAD): Hacia un Proceso Oralizado, Eficiente y con Garantías

Dr. LUIS EDUARDO MADARIAGA CONDORI

Sumilla de la Hoja de Vida del Dr.
LUIS EDUARDO MADARIAGA CONDORI

Abogado, con estudios concluidos para el Doctorado en la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.

El doctor Madariaga obtiene el título de Abogado con la mención de Felicitación Pública en 1996, y en 1995 opta el grado de Bachiller en Derecho con la tesis "La Protección Procesal de los derechos sociales (intereses difusos) en el Derecho Jurisdiccional Post-Moderno", con la máxima calificación de brillante y con recomendación de publicación de la tesis. Asimismo, alcanzo el primer puesto de estudios de la promoción "Derecho, Libertad y Democracia", de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa (1986-1993).

Miembro honorario de instituciones académicas, ha publicado diversos artículos en revistas especializadas, expositor en temas de Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Constitucional es también Docente en las cátedras de Teoría General del Proceso (2002-2003) y Práctica Forense Civil III y IV (2004 hasta la fecha) en la Facultad de Derecho de la UNSA. Ha seguido diversos cursos de especialización en la Academia de la Magistratura,

Desde noviembre del 2003, el doctor Madariaga es Juez Mixto del Módulo Básico de Justicia de Mariano Melgar del distrito judicial de Arequipa, nombrado mediante Resolución N° 632-2003-CNM, ocupando el primer puesto en el cuadro de calificaciones del Consejo Nacional de la Magistratura.

ANÁLISIS DOGMÁTICO Y ESTRATIFICADO DE LOSPRESUPUESTOS PROCESALES EN UN SISTEMA UNITARIO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL (JUICIO DE PROCEDIBILIDAD VS. JUICIO DE ADMISIBILIDAD): Hacia un Proceso Oralizado, Eficiente y con Garantías

INTRODUCCIÓN

Desde hace décadas atrás se viene cuestionando la actuación del Poder Judicial, acusándolo de corrupción, de falta de celeridad procesal, de una defectuosa motivación de resoluciones judiciales, de ausencia de previsibilidad jurídica, de falta de transparencia en el trámite de los procesos, de nulidades procesales, etc. Ha quedado en el pasado aquella esperanza de que la entrada en vigencia del Código Procesal Civil (en adelante CPC) desde el 28 de julio de 1993, iba a significar un cambio radical en la forma de impartir justicia civil en nuestro país. En un balance a quince años y medio de su vigencia es innegable que las mejoras derivadas del CPC (en relación al anterior Código de Procedimientos Civiles de 1912) no resultan suficientes[212] para materializar el derecho a la tutela jurisdiccional realmente efectiva, pues uno de los problemas no resueltos de la justicia civil es el alto nivel de dilaciones que presenta.

Desde antes de la vigencia del CPC y hasta nuestros días, el número de jueces no es suficiente en proporción al índice de litigios y de crecimiento de la población que reclama una solución pronta y justa; este incremento desproporcionado de conflictos que prácticamente sepulta a los operadores jurisdicciona les con los miles de expedientes que deben tramitarse en un sistema procedimental escritural y formalista, conspira seriamente contra la eficiencia del servicio de justicia, pues advertimos la existencia de una relación inversamente proporcional entre tales variables: a mayor cantidad de carga procesal menor calidad de resoluciones judiciales, y viceversa. A manera de ejemplificar nuestra afirmación, obsérvese en el Cuadro Nº1 el tiempo que duraban los procesos civiles en Arequipa en el año 2002:

[212]Recordemos que bajo la vigencia del Código de Procedimientos Civiles, la duración de los procesos superaba fácilmente la década y, en muchos casos, hasta la actualidad se continúan tramitando dichos procesos en los diversos juzgados; las nulidades eran interminables, las partes realizaban maniobras dilatorias y el juez tenía menos facultades que las reconocidas por el vigente Código Procesal Civil. La ideología privatística predominaba en dicho ordenamiento; la estructura de los viejos procesos ordinarios y especiales no podía adecuarse al nuevo CPC, cuya ideología publicista ha significado un mayor control y dirección del proceso.

Cuadro Nº 1
Duración de los Procesos Civiles.
Arequipa, 2002

Vía procesal	Tiempo máximo	Tiempo promedio
Conocimiento	4 años, 4 meses, 7 días	11 meses, 6 días
Abreviado	4 años, 2 meses, 26 días	1 año, 1 mes, 12 días
Sumarísimo	3 años, 10 meses, 4 días	11 meses, 12 días
Cautelar	2 años, 4 meses, 10 días	3 meses, 19 días
De ejecución	3 años, 1 mes, 16 días	6 meses, 28 días
Ejecutivo	4 años, 3 meses, 9 días	8 meses, 30 días
Constitucional	2 años, 2 meses, 7 días	6 meses, 15 días
No contencioso	3 años, 2 meses, 7 días	8 meses, 26 días

Fuente: Unidad de Estadística e Informática de la CSJA, abril de 2002

Los datos son reveladores si se tiene en cuenta que desde el año 2002 hasta la fecha la cantidad de litigios en nuestro distrito judicial es una de las más altas a nivel nacional, evidenciando además otro aspecto sumamente interesante: la existencia de diversas vías procesales del CPC (conocimiento, abreviado, sumarísimo, ejecutivo, de ejecución) se han diseñado considerando precisamente el tiempo necesario para su resolución, sin embargo la realidad demuestra que entre el proceso de conocimiento y el sumarísimo no existe mayor diferencia temporal. Evidentemente la causa de tales dilaciones obedece a diversos factores lo que no impide repensar si nuestro CPC debe mantener las diversas vías procesales cognoscitivas o si se debe reestructurar el diseño procesal, pero para ello también conviene tener en cuenta cuál es el porcentaje de procesos que son utilizados por los justiciables. En este sentido, también de manera referencial, tenemos los siguientes datos estadísticos del año 2002, dispensándonos por no contar con datos actualizados:

Cuadro Nº 2
Procesos Civiles según vías procesales
Arequipa, 2002

Vías procesales	Cantidad	Porcentaje
Conocimiento	1542	18.5%
Abreviado	1519	18.2%
Sumarísimo	841	10.1%
Ejecutivo	3467	41.6%
Constitucional	537	6.4%
No contencioso	238	2.9%
Otros	199	2.4%
	8343	**100.0%**

Fuente: Unidad de Estadística e Informática, CSJA, abril 2002.

Sin duda, la solución al problema no reside únicamente en crear más juzgados e incrementar el número de jueces para materializar la celeridad procesal, ni en emitir sentencias vinculantes para hacer "predecibles" las contradictorias resoluciones de nuestro máximo tribunal supremo; en nuestra perspectiva, las soluciones no consisten en respuestas mecánicas a los problemas estructurales del sistema judicial; las causas del problema -reiteramos- son diversas, y no es objeto de este trabajo determinar cada una de ellas, sino proponer creativamente una probable solución inserta en un enfoque sistemático, construyendo una nueva metodología de trabajo operativo jurisdiccional, sustentada en una sólida doctrina procesal y contrastada en la experiencia de diversos procesos, lo que nos viene permitiendo optimizar la función jurisdiccional.

En ese orden, nuestra propuesta se caracteriza por una forma diferente de pensar y de hacer, basada además en una investigación dogmática libre, caracterizada por una actitud crítica y reflexiva, contestataria de los dogmas procesales tradicionales, abandonando la postura repetitiva, fonográfica y anquisolante; esta actitud nos permite "descubrir" que a más de dos siglos de los formidables aportes de la doctrina procesal alemana, aún hoy "yacen en la penumbra las más importantes y básicas ideas procesales, oscurecidas por una construcción conceptual inadecuada y una errónea terminología"[213].

En esta línea, la presente investigación se desarrolla en base a dos aspectos fundamentales: la elaboración de una propuesta metodológica para el análisis sistemático de los presupuestos procesales, y la reforma del sistema procesal civil, pese a que somos conscientes que la dación de un nuevo ordenamiento procesal no garantiza el cambio que todos esperamos ya que la ley no tiene efectos milagrosos; sólo posee una capacidad relativa de reactuar sobre la realidad que pretende regular, tal como lo expresó en su día el profesor de Florencia Piero Calamandrei:

[213]Hoy más que nunca se encuentran vigentes estas palabras proféticas pronunciadas por el profesor de la Universidad de Huyesen, Oskar Von Bülow, en el prólogo de su célebre obra: La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales, publicado por primera vez en Giessen en 1868, por Emilio Roth (ello motiva el homenaje de utilizar el pseudónimo en esta investigación, al que consideramos el verdadero padre del procesalismo científico).

"… una nueva ley procesal, aún cuando represente el non plus ultra de la perfección científica no tiene como necesaria consecuencia el mejoramiento de la justicia sino se apoya sobre las posibilidades prácticas de la sociedad en la que debe operar"[214] .

En ese contexto, la actual política legislativa de las constantes modificaciones al CPC no han resuelto el problema de fondo; por el contrario, mientras en el derecho procesal comparado la tendencia es a regular un proceso oral, con una audiencia preliminar (donde se analiza los requisitos procesales que determinan la validez de la relación jurídica procesal, estableciendo el objeto del conflicto) y una audiencia de pruebas (destinada a la actuación de los medios probatorios en forma oralizada), las últimas modificaciones introducidas en el CPC han eliminado las audiencias de saneamiento y fijación de puntos controvertidos, en tanto que la audiencia de pruebas es eventual y condicionada a la naturaleza de los medios probatorios que requieren de actuación[215], de tal manera que actualmente en el Perú tenemos un proceso civil de naturaleza predominantemente escrita y formal, donde el juez sólo tiene a la vista escritos sin conocer el conflicto real que ciertamente se podía inferir por la inmediación con los justiciables, e incluso se posibilitaba fijar con mayor objetividad los puntos controvertidos que delimitan el *thema probandum* y el *thema decidendum.*

Probablemente la intención de tales "modificaciones" ha sido concretizar el principio de celeridad, sacrificado -la mayoría de las veces- por las dilaciones de las partes y de sus abogados, y -eventualmente- por las nulidades procesales derivadas de una deficiente calificación de la relación jurídica procesal, que en ocasiones ha conducido a los fallos inhibitorios, con lo cual la tutela jurisdiccional no es efectiva ni menos aún es tutela, porque nada se ha resuelto; eso explica parcialmente el problema de la deslegitimación del sistema judicial en nuestro país, lo que nos obliga a repensar la forma en que impartimos justicia, abandonando los paradigmas tradicionales y procedimentalistas de calificación de las pretensiones, y postulando un nuevo sistema que se sustente en la dogmática procesal pero que al mismo tiempo tenga la virtud de adecuarse a nuestra realidad.

En este sentido proponemos una concepción integral de los presupuestos procesales abandonando la teoría de las condiciones de la acción, analizando la relación existente con el saneamiento procesal desde una perspectiva crítica, repensando la función que realmente cumplen la legitimidad para obrar y el interés para obrar, postulando un análisis sistemático y estratificado por niveles, insertos en un proceso oral y con garantías, optimizando los niveles o grados de tutela jurisdiccional, para que finalmente se logre legitimar el sistema de impartición de justicia civil en nuestro país.

[214]En su discurso pronunciado en la sesión inaugural del Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, celebrado en Florencia, del 30 de septiembre al 03 de octubre de 1950.

[215]El Decreto Legislativo Nº 1070, publicado en el diario El Peruano de 28 de junio del 2008, ha derogado las normas del CPC que regulaban las Audiencias de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos; más que una "modificación", en realidad consagra una "contra reforma" pues altera la estructura de los procesos de conocimiento y abreviado, convirtiéndolos en procesos escritos.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. DESLEGITIMACIÓN JUDICIAL, FORMALISMO JURÍDICO Y MÉTODO PROCEDIMENTAL

La impartición de justicia no es cuestión de aplicar teorías jurídicas a casos de la vida real, intentando "adecuar" la realidad social a la norma jurídica; esta labor trasciende las teorías y normalmente son estas -las teorías- las que deben adecuarse a la realidad y no a la inversa. Sin embargo, los problemas de "aplicación práctica" no son desarrollados por la doctrina, pues a esta poco le interesa, dejando tales problemas a los "prácticos del derecho y de la administración de justicia"[216], quienes asumen "pacíficamente" los postulados teóricos cual mandamientos divinos, aplicándolos mecánicamente y por costumbre, citándolas de fraseo automático en las diversas resoluciones judiciales, sin llegar a entender realmente si resultan aplicables al caso en la forma y orden como se vienen utilizando (por ejemplo, las categorías procesales de admisibilidad, procedibilidad y fundabilidad)[217]. Cuando esto sucede, el inconsciente colectivo judicial se encuentra mecanizado y sin posibilidad (por lo menos inmediata) de reaccionar y repensar sobre la forma como se vienen desarrollando las tareas más elementales y cotidianas.

En este escenario se explica por qué existen resoluciones con deficiente motivación, o por qué se admiten demandas con pretensiones que en la etapa decisoria son declaradas improcedentes, o eventualmente en segunda instancia se declara la nulidad de todo lo actuado, disponiendo la renovación de la actividad procesal, e incluso en la Corte Suprema se declara la improcedencia de la pretensión y en varias ocasiones hasta se nulifica la actividad procesal desarrollada en primera o segunda instancia; todo esto no hace sino desprestigiar al sistema judicial y lo más grave es que el conflicto de los justiciables involucrados no ha sido resuelto, pese al dilatado tiempo transcurrido y los costos económicos que soportan no sólo las partes en litigio sino también el propio órgano jurisdiccional. La responsabilidad de estas disfuncionalidades procesales[218] no puede imputarse con exclusividad a los operadores jurisdiccionales, quienes forman parte de un sistema procedimental que no hace sino reproducir las viejas concepciones ortodoxas del derecho, cuya enseñanza compromete incluso a la mayoría de las Facultades de Derecho, que sin mayor capacidad crítica vienen repitiendo conceptos insostenibles en nuestros días y que no se condicen con el pregonado

[216] ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. (2007). Del Formalismo en el Proceso Civil (propuesta de un formalismo-valorativo). Primera Edición. Traducido por Juan José Monroy Palacios. Lima, Palestra Editores, Biblioteca de Derecho Procesal Nº 7, pág. 189.

[217] En este perspectiva, el joven procesalista JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS afirma: "Si se intentara establecer una jerarquía en función del valor dogmático de los temas que devienen en objeto de investigación de los procesalistas contemporáneos, la cuestión relativa a la distinción conceptual entre admisibilidad, procedencia y fundabilidad -o los variados nombres que a estas categorías se le otorguen en otros ordenamientos- ocuparía un lugar secundario, casi marginal. Si, por otro lado, la prelación se efectuara en razón del valor práctico de esta distinción, entonces el tema ubicaría una posición predominante"; en: "Admisibilidad, Procedencia y Fundabilidad en el Ordenamiento Procesal Civil Peruano", publicado en Revista Oficial del Poder Judicial. Volumen 1, Nº 1. Lima, Corte Suprema de Justicia de la República, Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, 2007, pág. 294.

[218] Utilizamos la expresión de disfuncionalidad procesal para hacer referencia a los diversos institutos procesales (procedibilidad, admisibilidad, presupuestos procesales, saneamiento procesal, validez de la relación jurídica procesal, sentencia de fondo, etc.) que por desconocimiento o mala aplicación de los operadores del derecho no cumplen la función que justifica y explica su razón de ser, generando efectos perniciosos que terminan pervirtiendo el sistema judicial.

procesalismo científico que tardíamente ha sido recepcionado en nuestro país, postergando el estudio de las instituciones jurídicas del proceso por casi dos siglos, reduciéndolas a la repetición de las normas antes que a su interpretación, contribuyendo a su deslegitimación social.

Al parecer, las habilidades y destrezas de los operadores jurisdiccionales se ven nulificadas o cuanto menos disminuídas por un exagerado formalismo jurídico impregnadp de una visión exegética, donde se privilegia el uso del "código" como la fuente positiva por excelencia para resolver los diversos problemas en las fases de la postulación del proceso, de la prueba, de la decisión y ejecución. El razonamiento judicial se reduce, en muchos casos, a la mera cita de normas sin mayor interpretación, y esto no es una cuestión de "estilo de redacción" ni de colocar "adornos" a las resoluciones o de "satisfacer el ego personal", como sostienen algunos críticos "pragmatistas"; se trata de dar cumplimiento al mandato constitucional de la correcta y suficiente motivación[219] que forma parte del contenido esencial del debido proceso; por lo tanto es un imperativo de los operadores jurisdiccionales repensar y reconstruir la forma como habitualmente venimos emitiendo nuestras decisiones, bajo ciertos criterios de orden, claridad, fortaleza argumentativa, suficiencia argumentativa, coherencia lógica y diagramación[220], que contribuirán a superar el estado de cosas brevemente descrito.

La deslegitimación del sistema judicial frente a la sociedad, originada por las circunstancias ya anotadas, obliga a los operadores jurisdiccionales a asumir el desafío de legitimar sus funciones mediante su ejercicio ponderado, razonable y objetivo, eliminando la arbitrariedad de sus decisiones; el cumplimiento de este imperativo no es sólo una necesidad social e institucional, ante todo tiene que ver con el origen del poder y su ejercicio dentro de un Estado democrático y constitucional. Es por esta razón que nuestra actual Constitución reconoce en su artículo 138 que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial.

Por lo tanto, la legitimidad democrática del sistema judicial supone el abandono de las posturas formalistas y procedimentalistas, por constituir una etapa históricamente superada y que se ha traducido en la clásica frase: "El juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley", que describía con precisión la subordinación de la actividad judicial al control político. Frente a este paradigma, actualmente se viene desarrollando el esfuerzo de reconstruir la función del juez en un escenario donde la propia Constitución le impone el deber de resolver aún cuando no exista ley o norma positiva, enfrentando todas las amenazas a la independencia judicial, fruto de estrategias procesales y extraprocesales, incluso atípicas[221] ; tal vez por eso, sea oportuno sostener en nuestros días que “el juez es la boca que pronuncia las palabras de la Constitución”, y a su vez postular que la Constitución

[219]El artículo 139 inciso 5 de la Constitución vigente establece como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional: "La motivación escrita de las resoluciones en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan".

[220]Estos criterios son propuestos por el profesor LEÓN PASTOR, RICARDO. (2008). Manual de Redacción de Resoluciones Judiciales. Primera Edición. Lima, Academia de la Magistratura, Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú (JUSPER), pág. 19 a 21.

[221]Al respecto, el trabajo del profesor ALESSANDRO PIZZORUSSO sobre "Justicia y Jueces", es bastante ilustrativo para reflexionar sobre las vicisitudes de la magistratura que se enfrenta al control de los medios de comunicación dentro de un régimen democrático, donde se utiliza el poder político y sumas de dinero prácticamente ilimitadas que han permitido pagar a los abogados, periodistas y otros profesionales, con el fin de someter a la magistratura, deduciendo permanentemente excepciones procesales, retrasando los procedimientos y utilizando una presión sistemática contra los magistrados, e incluso utilizando la mayoría parlamentaria se realizan modificaciones legislativas con efecto retroactivo. PIZZORUSSO, ALESSANDRO. (2005). Justicia, Constitución y Pluralismo. Primera Edición. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra, págs. 179-200.

es lo que los jueces dicen que es, en una interpretación *mutatis mutandi* cuya finalidad es la potenciación jurídica de la Constitución, aplicando incluso las cláusulas programáticas aún cuando no existe ley instrumentadora[222].

Esta actitud creativa del juez le permitirá aplicar el ordenamiento jurídico en su conjunto, con una visión interpretativa "desde" la Constitución, abandonando el esquema denominado como "paleopositivista". En este orden, el desarrollo de los principios de la función jurisdiccional al interior del proceso civil se debe realizar interpretando el Código Procesal Civil desde la perspectiva constitucional, ampliando su objeto de estudio; es decir, transitar de la aplicación de la norma procesal a la aplicación de la institución procesal, de tal manera que frente a los problemas cotidianos de los justiciables la respuesta jurisdiccional debe sustentarse más que en la cita de normas procesales, en la aplicación de la institución procesal desde la Constitución, de esta forma se contribuirá a su legitimación de ejercicio[223] ; lógicamente que para desarrollar adecuadamente esta actividad interpretativa y aplicativa los operadores jurisdiccionales debemos ser conscientes de nuestras limitaciones y, en particular, ser capaces de observar nuestra metodología habitual de trabajo para luego enfrentar el reto de reconstruirla y superarla.

2.1. LA SELECCIÓN DE LOS PROBLEMAS ABORDADOS

En ese estado de cosas, para efectos de la presente investigación, analizaremos en forma sintética los siguientes problemas:

- La metodología de análisis utilizada para la calificación de pretensiones y demandas (entiéndase también a las contrapretensiones y reconvenciones) se sustenta en una concepción formalista (juicio de admisibilidad) que se antepone y predomina sobre una concepción racional y lógica (juicio de procedibilidad), postergando el control eficaz y eficiente de los presupuestos procesales, ocasionando dilaciones innecesarias y nulidades procesales, e incluso conduce a los fallos inhibitorios. Su ideología se inserta dentro del procedimentalismo, negando la concepción científica del proceso.
- La metodología utilizada también tiene como premisa un sistema dual que acepta la diferencia entre los presupuestos procesales y las "condiciones de la acción", fragmentando el análisis de los requisitos de validez de la relación jurídica procesal, negando en esencia la autonomía del derecho de acción, trastocando el sistema procesal acogido por el actual CPC.
- El saneamiento procesal también se realiza utilizando la inadecuada metodología formalista y fragmentada, de tal manera que la calificación de la relación jurídica procesal no resulta realmente eficaz ni eficiente, generando nulidades posteriores y fallos non liquet, desmaterializando la tutela jurisdiccional efectiva.

Estos son los puntos de partida de nuestro trabajo, los que hemos detectado a través de la experiencia y de un detenido análisis jurisprudencial desde la entrada en vigencia del actual CPC, razón por la cual las consideramos como las causas que contribuyen a generar las disfuncionalidades procesales en nuestro país; sin embargo no pretendemos limitarnos a describir los problemas, sino que nuestro objetivo es proponer soluciones operativas a estos problemas, construyendo una nueva metodología alternativa dentro de un proceso civil constitucionalizado y oral, sin ánimo de agotar otras posibilidades que seguramente también pueden contribuir a superar la profunda crisis procesal en que nos encontramos. Sin mayor preámbulo, veamos estos aspectos.

[222] SAGÜES, NÉSTOR PEDRO. (2006). Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos. Primera Edición. Buenos Aires, Ad Hoc, pág. 37.
[223] LÓPEZ GUERRA, LUIS. (2001). El Poder Judicial en el Estado Constitucional. Lima, Palestra Editores, pág. 23.

CAPÍTULO II

LA METODOLOGÍA PROCEDIMENTALISTA IMPERANTE EN EL PROCESO CIVIL

1. EL USO DE UN MÉTODO "ADECUADO" EN EL DERECHO PROCESAL

En toda investigación científica se utiliza un método de estudio; en términos sencillos este método consiste en seguir un cierto "camino" para alcanzar un cierto fin, propuesto de antemano como tal [224].

El método se contrapone a la suerte y al azar, pues el método es ante todo un orden manifestado en un conjunto de reglas; sin embargo un método adecuado no sólo es un camino, sino que es un instrumento que puede abrir nuevos caminos; por tal razón, el método (o los métodos) se consideran como centrales para la construcción del conocimiento, y son abordados por la llamada "metodología", donde el método se hace explícito, pues no solamente contiene las reglas sino que puede contener las razones por las cuales tales o cuales reglas son adoptadas[225]; eso le da coherencia, racionalidad y razonabilidad.

En ese contexto, en el derecho procesal civil y en las distintas ramas del derecho en general también se utilizan diversos métodos[226] (para interpretar normas, para calificar demandas y pretensiones, para fijar puntos controvertidos[227], para valorar medios probatorios, para emitir sentencias, etc.) que en la realidad se traducen en sistemas operativos de trabajo; el problema se presenta cuando el método utilizado no resulta adecuado ni coherente con el desarrollo actual de la procesalística y menos aún se adecúa a las exigencias sociales de justicia, pues la aplicación de un método históricamente desbordado ocasiona consecuencias graves en la impartición de justicia civil, denotando la existencia de un sistema anacrónico, ineficaz e ineficiente[228].

Hoy más que nunca, se encuentran vigentes las expresiones de Augusto Mario Morello:

> *"Una de las causas de la ineficiencia de la justicia ... acaso sea la continuidad de sistemas o métodos de trabajo que prescinden de los aportes de disciplinas técnicas o científicas sin duda afines, que son determinantes de la modernidad. Si se tiene en vista que la finalidad del servicio de justicia debe ser la máxima efectividad posible en la solución de conflictos (en tiempo, costo y calidad), ha de la forma de construir el proceso, de organizar la oficina judicial y el estudio jurídico.*

[224] FERRATER MORA, JOSÉ. (1964). Diccionario de Filosofía. Quinta Edición. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, pág. 197.
[225] Ibid.
[226] MARCIAL RUBIO CORREA sostiene que el método de trabajo jurídico tiene cuatro etapas preclusivas: la identificación de hechos, problemas, análisis y conclusiones. Este método debe posibilitar la solución de problemas teóricos y también problemas reales de aplicación del derecho. RUBIO CORREA, MARCIAL. (1991). El Sistema Jurídico. Quinta Edición. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 393.
[227] Enrique Palacios Pareja desarrolla una propuesta muy interesante de fijación de puntos controvertidos en el proceso civil desde la perspectiva de la investigación jurídica; al respecto puede consultarse su ponencia: "La fijación de puntos controvertidos en la metodología de la investigación jurídica", publicado en PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. (1996). I Congreso Nacional de Derecho Procesal, Ponencias, 7, 8 y 9 de Agosto de 1996. Trujillo, Editora Normas Legales S.A., págs. 153-160.
[228] La eficacia se refiere a la capacidad de producir el efecto deseado, en tanto que la eficiencia es la aptitud para realizar satisfactoriamente la función a la que se está destinado.

Ello importa una ardua tarea de mentalización y capacitación de los recursos humanos y de reasignación de funciones, roles y responsabilidades dentro de cada organización, en amplio y franco contraste con el sistema burocrático y obsoleto actualmente imperante"[229].

Sin duda, estas certeras apreciaciones son perfectamente aplicables a nuestra realidad.

2. EL PREDOMINIO DEL FORMALISMO PROCEDIMENTAL EN EL PROCESO CIVIL

En el desarrollo de la función jurisdiccional, el "método" utilizado por los operadores jurisdiccionales en forma generalizada consiste en calificar en primer lugar los requisitos formales de un acto procesal (juicio de admisibilidad) y posteriormente se califican los requisitos de fondo (juicio de procedibilidad). Para el caso de la postulación de las demandas y pretensiones se aplica esta metodología de trabajo en forma habitual en todas las instancias del Poder Judicial; obviamente el juicio final es reservado para el pronunciamiento de mérito sobre la pretensión deducida (juicio de fundabilidad).

Esta forma de calificar los requisitos procesales se ha venido utilizando incluso desde la vigencia del anterior Código de Procedimientos Civiles de 1912, cuya estructura e ideología privatística se remonta al viejo Código de Enjuiciamientos Civiles de España de 1881[230], con una concepción procedimental caracterizada por la adicción a las formalidades, convirtiendo al proceso en un conjunto de ritos sacramentales, postergando por décadas la solución definitiva del conflicto dentro de un plazo razonable.

La doctrina desarrollada durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles en el Perú asume en forma pacífica el método exegético[231] como el adecuado para explicar y "enseñar" el derecho procesal, ocasionando que también los operadores jurisdiccionales asumieran esta postura[232]; ello explica por qué no existen cuestionamientos a la metodología formalista y procedimentalista que viene siendo utilizada hasta nuestros días.

[229]MORELLO, AUGUSTO MARIO. (2001). La eficacia del proceso. Segunda Edición ampliada. Argentina, Editorial Hammurabi SRL, pág. 31.

[230]MONROY GÁLVEZ, JUAN. (1987). Temas de Proceso Civil. Lima, Librería Studium Ediciones, pág. 8. El profesor MONROY agrega incluso que este anacrónico Código de Enjuiciamientos Civiles que sirvió de molde al Código de Procedimientos Civiles de 1912 fue considerado obsoleto a poco de entrar en vigencia; señala certeramente que el proceso civil ha sido perpetuado intencionalmente para controlar el cambio social, generando la miseria del proceso civil peruano.

[231]El análisis del eximio jurista REMIGIO PINO CARPIO en sus voluminosos tomos se desarrolla exegéticamente tomando como objeto de estudio los artículos del Código de Procedimientos Civiles; el profesor ERNESTO PERLA VELAOCHAGA también privilegia el desarrollo exegético en su texto: PERLA VELAOCHAGA, ERNESTO. (1987). Juicio Ordinario. Séptima Edición. Lima, EDDILI Editorial y Distribuidora de Libros S.A., pág. 132; ver también GUZMÁN FERRER, FERNANDO. (1986). Código de Procedimientos Civiles (Exposición de Motivos, Antecedentes, Concordancias, Proyectos de Reforma, Legislación Comparada, Jurisprudencia). Cuarta Edición actualizada. Lima, Editorial Científica S.R.L.; de igual manera, el profesor FRANCISCO VELASCO GALLO (ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia) también desarrolla una exégesis del Código de Procedimientos Civiles, en su texto VELASCO GALLO, FRANCISCO. (1987). Derecho Procesal Civil. Lima, Cultural Cuzco S.A. Editores; por citar sólo algunos de los varios estudios que no desmerecen el esfuerzo para la etapa en que fueron desarrollados, pero que para nuestros días ya no resultan vigentes.

[232]Esto no tiene porqué sorprendernos, pues la enseñanza del derecho que recibieron en su día los anteriores y actuales operadores del derecho (jueces, fiscales y abogados) no ha sido capaz de romper con el formalismo jurídico; existe una innegable relación entre la crisis procesal y la formación jurídica. En esta línea, se sostiene: "Una recomendación de principio pasa por admitir la necesidad de poner fin a la perspectiva formalista (codiguera y amparada en los manuales descriptivos) que justifica y legitima la enseñanza en casi todas las facultades de derecho del país.

> La aplicación de esta metodología prácticamente se ha institucionalizado en el Poder Judicial, basta revisar las resoluciones judiciales provenientes de los diferentes Juzgados y en las diferentes instancias, para comprobar nuestra afirmación; las excepciones a este ritual son escasísimas, casi imperceptibles, donde en forma aislada con esfuerzo y dedicación, algunos operadores jurisdiccionales vienen laborando silenciosamente afrontando eventualmente las sanciones disciplinarias que suelen imponerse por la discrepancia de criterio con el ad *quem* respecto a la calificación de los requisitos de forma.

Esta es nuestra realidad: el intento de aplicar un método alternativo que posibilite una mejora en la impartición de justicia no encuentra condiciones favorables, pues el formalismo impera, máxime que esta forma de "pensar" y de "hacer" es compartida por las diversas instancias del Poder Judicial e incluso por los abogados, quienes deducen nulidades interminables basados precisamente en la vulneración de las formalidades de la actividad procesal, reclamándolas como "esenciales" y sacro santas. El sistema operativo instrumentalizado así se manifiesta con el único "método adecuado" para desarrollar las labores cotidianas en el decurso procesal; este es el paradigma formalista imperante en el proceso civil cuyos antecedentes se remontan en nuestro país a la fundación de la República, pues pese a la proclamación de la independencia el 28 de julio de 1821, el Perú ha continuado rigiéndose por la normatividad española y dentro de un esquema exegético y formalista.

Tal era el caos imperante y la confusión de la terminología en las resoluciones judiciales que incluso hace tres décadas se expidió una célebre Resolución Suprema estableciendo las reglas de la terminología procesal a utilizarse, la cual transcribimos:

> *"RESOLUCIÓN SUPREMA - Lima, 15 de agosto de 1978 - VISTOS y CONSIDERANDO: Que al absolverse el grado se puede confirmar, revocar, anular o complementar la sentencia apelada, declarando en su caso fundada o infundada, fundada en parte, improcedente e inadmisible determinadas peticiones, de lo cual resulta impropio usar las expresiones "con lugar", "improcede", "fundada o con lugar" como sinónimo de amparar, acoger o desestimar alguna pretensión; que la demanda es **inadmisible** cuando no satisface las exigencias de orden formal que condicionan su admisión a trámite; que la demanda resulta **improcedente** si la Ley no concede acción en función de determinada situación jurídica o, porque quien la interpone o el demandado carecen de la legitimatio ad causan y, por consiguiente uno no es el titular de la acción o el otro el obligado a cumplir la ley; finalmente la demanda es **fundada** o **infundada** según se encuentre o no debidamente comprobada con el mérito de las pruebas actuadas el derecho argüido; que la nulidad se sanciona toda vez que en el desarrollo del procedimiento se incurra en vicio de nulidad insubsanable y, los actuados devienen en **insubsistentes** si a consecuencia de la resolución pronunciada en el artículo de nulidad se invalida el procedimiento debiéndose en este caso reponerse la causa al estado que corresponda; que asimismo, si se declara inadmisible la demanda es implicante y contradictoria confirmar el fallo en cuanto desestima la tacha de testigos y menos justificable que se arribe a esa conclusión,por estimar que las pruebas*
>
> .

Es importante recordar que la crisis que hoy asola a la enseñanza del derecho forma parte de la crisis del paradigma cultural sobre el cual se ha diseñado la estructura del derecho, y las herramientas para su interpretación obedecen igualmente a esa idea. Por esa razón, el cambio no será sostenible si no se emprende una reforma de la enseñanza del derecho que implique precisamente la redefinición de las categorías y supuestos sobre los que se edifica el formalismo jurídico y la cultura jurídica en el Perú", en: ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. (2008). Recomendaciones Técnicas Sustantivas a las Universidades para la Mejora de la Formación de los Estudiantes de las Facultades de Derecho que aspiran a la Magistratura. Primera Edición. Lima, Academia de la Magistratura, con el apoyo del Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia - Banco Mundial, pág. 17-18.

actuadas no acreditan los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la demanda; que por lo expuesto la recurrida no ha observado lo dispuesto en el Art. 1074, inc. 4º del Código de Procedimientos Civiles, incurriendo en la causal de nulidad prevista en el Art. 1085, inc. 13º, y, Art. 1087 del acotado; declararon NULA la sentencia, MANDARON que la Sala Civil de la Corte Superior de Cusco expida nueva resolución salvándose las omisiones anotadas; en los seguidos por doña Asunta Poblete viuda de Albuca con don Ramiro Mora Trejo, sobre rescisión de contrato y otros conceptos; y los devolvieron. - S.S. NUGENT - FERNÁNDEZ - FREYRE - VASSALO"[233] (el resaltado en negrita es nuestro).

Evidentemente la emisión de esta Ejecutoria Suprema obedeció -entre otras razones- a la ausencia de una definición legal sobre lo que se entiende por inadmisibilidad e improcedencia; así por ejemplo, el abrogado Código de Procedimientos Civiles de 1912 ante el defecto de algún requisito de la demanda aludía en forma genérica a la "devolución" de la demanda[234], y eventualmente la jurisprudencia de la época se limitaba a reproducir la norma; así, se decía: "El juez debe devolver la demanda que adolezca de defectos formales en su planteamiento o rechazarla cuando no corresponde a una acción otorgada por la ley, en aplicación del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil"[235], con lo cual estas categorías procesales permanecían conceptualmente en penumbras.

En ese estado de cosas, la calificación de los actos procesales se desarrollaba utilizando confusamente las categorías precisadas, y a lo largo de los años esta práctica fue consolidándose progresivamente, siendo internalizada -consciente o inconscientemente- por los operadores jurisdiccionales, hasta convertirse en la forma habitual y mecanizada de trabajo; más aún, como correlato del problema cabe señalar que la enseñanza de los cursos de Práctica Forense en las Facultades de Derecho, consagraba (hasta ahora) como método de análisis el formalismo jurídico, privilegiando la forma sobre el fondo[236] , con una ideología esencialmente procedimentalista y sin mayores precisiones conceptuales de los institutos procesales; por tanto, los operadores del derecho sólo reproducen lo que les fue enseñado.

Esta situación no ha cambiado mucho, por cuanto, pese a la entrada en vigencia del CPC desde el 28 de julio de 1993, con una ideología publicista e inserta en el procesalismo científico, los operadores jurídicos (incluyendo a los abogados) vienen aplicando el código con una concepción procedimental que sobrevive en el inconsciente colectivo; esto explica –por ejemplo- porqué en los primeros años de aplicación del CPC, algunas Salas Civiles Superiores han emitido sendas resoluciones declarando la nulidad por defectos formales irrelevantes, que afortunadamente la Corte Suprema ha corregido en sus resoluciones casatorias[237], pero sin llegar a establecer un precedente serio sobre la metodología de análisis de los requisitos de procedibilidad y admisibilidad.

[233]Resolución anexada al trabajo de MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ. Op. cit. pág. 308.

[234]El artículo 307 del Código de Procedimientos Civiles establecía: "La demanda que carezca de alguna de estas formalidades será devuelta, debiendo el juez precisar en la providencia el requisito que se ha omitido".

[235]Revista del Foro, 1949, pág. 44, citado por GUZMÁN FERRER, FERNANDO. Op. cit., pág. 264.

[236]El análisis de expedientes, e incluso los grados para optar el título profesional de Abogado, comienza por un exhaustivo examen formal, de admisibilidad; el dominio de estos requisitos formales es fundamental para aprobar y convertirse en un "habilidoso" abogado; los aspectos de procedibilidad son mencionados apenas referencialmente, y en ocasiones son ignorados; no existe un enfoque científico del proceso y de su enseñanza.

[237]Véase por ejemplo, la Casación Nº 469-95-ICA, donde la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia declara fundada la Casación interpuesta contra la resolución emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Ica, que a su vez, declara nulo el concesorio de apelación e inadmisible dicho recurso ¡¡¡por haberse omitido la numeración en el escrito de apelación!!! En igual sentido, la Casación Nº 660-95-ICA, donde también la Sala Civil de la Corte Suprema declara fundada la Casación, expresando en su cuarto considerando:

En otros casos, los excesos formales no han llegado al máximo tribunal supremo, devolviéndose los actuados al a quo para dar cumplimiento a lo resuelto por el *ad quem*, pero que en estricto se impone la observancia del imperativo formal (juicio de admisibilidad) pese a que se advierte la ausencia de un requisito de fondo (juicio de procedibilidad); así por ejemplo, en una demanda que contiene la pretensión de tercería de propiedad con el objeto de suspender la ejecución de una garantía hipotecaria, sustentando el derecho de propiedad del tercerista en un documento privado no inscrito en el Registro Público de Propiedad Inmueble, donde la demanda no se encuentra firmada por el abogado o no se adjunta copias para notificar: el *a quo* declara improcedente la pretensión basado en la causal de "falta de interés para obrar" y "petitorio jurídicamente imposible" prevista por el inciso 2 y 6 del artículo 427 del CPC [238], siendo apelada.

El *ad quem* declara la nulidad de la resolución motivando que se ha dado trámite indebidamente a una demanda que carece de firma del patrocinante, inobservándose los artículos 132, 133, e inciso 11 del artículo 424 del CPC, debiendo calificarse previamente los requisitos de admisibilidad. ¿Existe razonabilidad en esta decisión? El más elemental sentido común nos sugiere el absurdo al que nos conduce la metodología formalista y procedimental, pues en lugar de optimizar la función jurisdiccional termina por negar su esencia misma.

En el ejemplo propuesto, una vez que se subsanen los defectos formales, en una posterior resolución recién se declara la improcedencia de la pretensión, ¿porqué desplegar la actividad jurisdiccional de manera inútil, postergando al juicio de procedibilidad? ¡¡La forma predomina sobre el fondo!!.

Tampoco pasa desapercibido que en la implementación de los sistemas informáticos en los diversos Juzgados Civiles y Módulos Básicos de Justicia, vienen pre establecidas las "plantillas" o "formatos" de resoluciones judiciales, donde el primer considerando de los autos (cualquiera que sea: calificando demandas, resolviendo nulidades, excepciones, recusaciones, apelaciones, etc.) comienza rindiendo culto al formalismo, al recitar de cliché que: "las formalidades previstas en este Código son imperativas", sugiriendo a los operadores jurisdiccionales cuáles son los requisitos de orden imperativo que deben ser verificados *in limine*, postergando el análisis de los requisitos "no formales" para un momento posterior. El razonamiento judicial de los operadores jurisdiccionales se desarrolla guiado por estos lineamientos "pre establecidos" que cumplen una función directriz que no ha permitido superar la visión procedimental del proceso civil, inserta dentro de la concepción exegética, tal como lo sostiene Juan Monroy Gálvez: "... en los países latinoamericanos, específicamente el Perú, el método exegético es actualmente el método, en la misma medida en que el derecho nacional se ha reducido a la ley y la función del juez a su ritual aplicación, casi sin solución de continuidad" [239].

"Que, el escrito de apelación ... si bien carece de numeración, cumple su propósito, como es el de impugnar la sentencia de primera instancia, por lo que no existía razón ni fundamento alguno para declarar nulo el concesorio de la apelación e inadmisible el recurso"; en el texto de RONCALLA VALDIVIA, LINO. (1997). El Recurso de Casación en materia civil, Jurisprudencia de la Corte Suprema. Parte II. Primera Edición. Lima, Gaceta Jurídica Editores, págs. 265-266, y 321-322, respectivamente.

[238] Este criterio ha venido siendo asumido por la Corte Suprema de manera contradictoria. Por citar algunas ejecutorias a favor de esta posición tenemos la Casación Nº 216-2004-LIMA, publicada en el Diario Oficial El Peruano de fecha 31 de agosto del 2005, pág. 14460-14461; Casación Nº 3368-02-AREQUIPA, publicada en el Diario Oficial El Peruano de fecha 30 de mayo del 2003, pág. 10586-10587. En contra de tal posición, la Casación Nº 796-04-JUNÍN, publicada en el Diario Oficial El Peruano de fecha 30 de septiembre del 2005, pág. 14793.

[239] MONROY GÁLVEZ, JUAN. (1996). Introducción al Proceso Civil. Tomo I. Lima, Editorial Temis S.A., pág. 312.

En síntesis esquemática, la metodología del formalismo procedimental puede graficarse de la siguiente manera:

1. Juicio de Admisibilidad.
2. Juicio de Procedibilidad.
3. Juicio de Fundabilidad.

El orden sucesivo en que se realizan estos exámenes o juicios de verificación de los requisitos procesales revela que, en primer lugar, debe analizarse la forma (admisibilidad) postergando al fondo (procedibilidad), para luego examinar finalmente la fundabilidad (fondo en sentido material); por cierto, para intentar superar los cuestionamientos a esta metodología de análisis, quienes la defienden sostienen que, en caso de que el acto procesal reúna los requisitos de forma pero concurre un defecto de fondo, entonces debe declararse la improcedencia porque sus efectos son perentorios y no admiten subsanación.

Sin embargo, esta "subsanación" de la metodología formalista no supera el cuestionamiento esencial de priorizar la forma sobre el fondo, pues el operador jurisdiccional continúa desplegando *prima facie* un esfuerzo analítico sobre las formalidades (firmas, copias, tasas de notificación, etc.) para luego posteriormente analizar los requisitos más importantes (competencia, capacidad procesal, legitimidad para obrar, interés para obrar) que por su naturaleza y efectos deben ser calificados *in limine* y sólo a condición de la concurrencia de éstos podrían analizarse las formalidades, pues si se configura la improcedencia no tiene ningún sentido ni utilidad práctica esforzarse en analizar la forma. Por lo tanto, el intento de "subsanación" planteada por los formalistas para justificar su metodología tampoco resuelve el problema de fondo.

3. LA INDETERMINACIÓN DE LOS REQUISITOS DE "FORMA" Y REQUISITOS DE "FONDO"

Otro aspecto relevante que contribuye a la vigencia del procedimentalismo es el vinculado a la clasificación de los requisitos de forma y de fondo, por cuanto del análisis de los trabajos realizados advertimos la confusión imperante y la indeterminación de tales requisitos.

En efecto, durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912 se consideraba como requisitos de fondo de la demanda, a la designación del juez ante quien se interpone, los nombres del demandante y demandado, la determinación precisa de la materia que se demanda y los fundamentos de hecho y derecho en que se apoya la demanda[240]; en tanto que como requisitos de forma se comprendía al lugar y fecha en que se presenta la demanda, la designación del domicilio, la firma del demandante, la firma de letrado, empleo del papel sellado correspondiente, adjuntar la boleta única del litigante (hasta que mediante el Decreto Ley Nº 22449 del 13 de febrero de 1979 se autorizó al Poder Judicial a cobrar sus servicios mediante las tasas judiciales[241]), adjuntar copia simple del recursos y sus recaudos, y la fijación de la cuantía del pleito[242].

[240]PERLA VELAOCHAGA, ERNESTO. Op. cit. pág. 133-138; cabe precisar que estos requisitos se encontraban regulados en el artículo 306 del Código de Procedimientos Civiles, por lo que el análisis realizado se circunscribe al análisis exegético.
[241]Es importante recordar que las tasas judiciales originariamente fueron reguladas por Resolución de la Corte Suprema de 05 de marzo de 1979, estableciendo que su monto es reajustable según se trate de los siguientes servicios: a) Certificado de antecedentes penales, b) Recursos de apelación o queja, c) Recurso de nulidad, d) Costas procesales (Corte Suprema), e) Legalización de libros; y, f) Copias certificadas.
[242]Op. cit., pág. 138-148.

Ya se habrá advertido que esta clasificación de requisitos formales y de fondo no resulta vigente, pues es evidente que la designación del juez ante quien se demanda, los nombres del demandante y demandado, la determinación precisa de la materia que se demanda y los fundamentos de hecho y derecho, constituyen requisitos de forma en tanto el defecto o ausencia de alguno de ellos genera la inadmisibilidad de la demanda pero nunca su improcedencia liminar, pues por su naturaleza pueden ser subsanados.

Adicionalmente, la concepción imperante en ese entonces, consideraba que: "... la indicación de la clase de juez ante quien se interpone la demanda ... sirve para la apreciación de la competencia del juzgado por razón de la materia, clase o grado del juez"[243]. Obsérvese la sutileza de la afirmación: a partir de la designación formal del juez ante quien se interpone la demanda se deduce la competencia del mismo. Sin embargo, esta afirmación contiene una falacia, por cuanto en nuestra perspectiva, la competencia del juez no se deduce de la mera afirmación formal ante quien se interpone la demanda, sino que se analiza y deduce a partir de los elementos estructurales de la pretensión procesal. Un ejemplo sencillo grafica nuestra tesis: Juan interpone demanda de reivindicación contra Pedro. En sus hechos aduce que es el propietario no poseedor con derecho inscrito en los Registros Públicos respecto de un inmueble ubicado en el cercado de Arequipa, valorizado en US$ 950,000, imputando a Pedro una posesión ilegítima de mala fe al no ostentar derecho alguno y presentando su demanda en el centro de distribución general de los Juzgados Especializados Civiles, pero por error de redacción de su abogado en la demanda se consigna formalmente: "Señor Juez de Paz Letrado del Cercado del Distrito Judicial de Arequipa".

La demanda es distribuida aleatoriamente por el sistema informático del CDG al Sexto Juzgado Especializado Civil, ingresando al Despacho del magistrado para su calificación. Con la concepción formalista, el razonamiento del juez sobre su competencia radica en analizar la designación formal del juez ante quien se interpone la demanda (Juez de Paz Letrado) concluyendo que esta designación no corresponde al Juzgado Especializado Civil (donde finalmente se interpuso), por lo que "no existe la competencia del juez", rechazándose la demanda. ¡¡La forma determina el fondo!!

En nuestra tesis, para determinar su competencia el juez tendría que analizar *prima faci*e los elementos que integran la institución de la competencia objetiva absoluta: materia, cuantía, grado o función, territorio (sólo si es improrrogable) y turno (si no está suspendido) a partir de los elementos estructurales de la pretensión (objeto y *causa petendi*) y el valor patrimonial de lo pretendido (cuando sea exigible); con lo cual el razonamiento del juez puede expresarse en los siguientes términos: la pretensión de reivindicación es de naturaleza civil (materia), el valor del inmueble supera las mil URP y debe juzgarse en un proceso de conocimiento (cuantía) en un Juzgado Especializado Civil como órgano jurisdiccional de primera instancia (grado o función), e incluso la ubicación del inmueble y domicilio del demandado se encuentran dentro de la competencia territorial del Juzgado Civil (aún cuando es prorrogable), existiendo distribución aleatoria de las demandas (turno suspendido); por lo que se concluye en la concurrencia del presupuesto procesal de la competencia.

[243] Op. cit., pág. 134.

Sin embargo, el juez advierte que el demandante se ha dirigido incorrectamente al "Juez de Paz Letrado del Cercado", defecto formal que conduce a la inadmisibilidad de la demanda, pues tal error es subsanable y no incide en absoluto sobre la determinación de la competencia. Obsérvese que, en nuestra perspectiva, para determinar la concurrencia de la competencia del juez no es necesario detenerse en el análisis de la mera designación formal del juez sino analizar los elementos de la pretensión: ¡¡no debe confundirse la forma (designación del juez) con el fondo (la competencia misma del juez)!!.

Esta indeterminación entre la forma y el fondo es la que ha contribuido a los fallos inhibitorios, tal como lo destaca la doctrina nacional:

> *"En el derogado Código de Procedimientos Civiles, la inadmisibilidad o la improcedencia de la demanda el juez la decidía al expedir sentencia, lo que significaba para las partes una injusticia, porque muchas veces la Sala Civil de la Corte Suprema, en última instancia, resolvía definitivamente el tedioso proceso denominado juicio ordinario, con la declaración de que la demanda era inadmisible o improcedente"*[244].

Es evidente que esta disfuncionalidad procesal no sólo obedecía a la confusión entre la admisibilidad y la procedibilidad, sino que el diseño procedimental había postergado los filtros o controles de requisitos para la etapa decisoria, lo que denotaba la concepción privatística del proceso, conduciendo a los fallos absurdos que tanto daño han causado a los justiciables y ha desprestigiado al Poder Judicial.

Ahora bien, con la vigencia del actual CPC el problema de la confusión doctrinal sobre los requisitos de forma y fondo, tampoco ha sido resuelto. En ese orden, un sector de la doctrina[245] considera como requisitos formales a las exigencias reguladas en el artículo 130 del CPC, en tanto que los requisitos sustanciales o requisitos materiales o de fondo son los regulados en el artículo 424 del citado ordenamiento procesal. Estamos de acuerdo que el artículo 130 regula los requisitos formales generales de todo acto procesal de las partes[246], al igual que los artículos 131[247], 132[248] y 133[249] del CPC,

[244]TÉOFILO IDROGO DELGADO: Derecho Procesal Civil, Tomo I, Proceso de Conocimiento, Marsol Perú Editores S.A., Primera Edición, Febrero 2002, pág. 198.

[245]DARIBERTO PALMA BARREDA: El Rol del Juez y la función jurisdiccional, Editora Normas Legales S.A.C. Trujillo, 2006, págs. 108-121.

[246]Artículo 130: Forma del escrito.- El escrito que se presente al proceso se sujeta a las siguientes regulaciones: 1. Es escrito en máquina de escribir u otro medio técnico; 2. Se mantiene en blanco un espacio de no menos tres centímetros en el margen izquierdo y dos en el derecho; 3. Es redactado por un solo lado y a doble espacio; 4. Cada interesado numerará correlativamente sus escritos; 5. Se sumillará el pedido en la parte superior derecha; 6. Si el escrito tiene anexos, éstos serán identificados con el número del escrito seguido de una letra; 7. Se usa el idioma castellano, salvo que la ley o el juez, a pedido de las partes, autoricen el uso del quechua o aymara; 8. La redacción será clara, breve, precisa y dirigida al Juez del proceso y, de ser el caso, se hará referencia al número de la resolución, escrito o anexo que se cite; y, 9. Si el escrito contiene otrosíes o fórmulas similares, éstos deben contener pedidos independientes del principal.

[247]Artículo 131: Firma.- Los escritos serán firmados, debajo de la fecha, por la parte, tercero legitimado o Abogado que lo presenta. Si la parte o tercero legitimado no sabe firmar, pondrá su huella digital, la que será certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo.

[248]Artículo 132: Defensa cautiva.- El escrito debe estar autorizado por abogado colegiado con indicación clara de su nombre y número de registro. De lo contrario no se le concederá trámite.

[249]Artículo 133: Copia de escrito y anexo.- Tratándose de escritos y anexos sobre los que deba recaer alguna de las resoluciones citadas en el artículo 157, quien los presente debe acompañar tantas copias simples de ambos como interesados deba notificarse.

regulados en el artículo 424 del CPC[250] sean de fondo, todos ellos sin duda, también son requisitos formales; ello es tan cierto que en el artículo 426 del mismo código adjetivo[251], en forma expresa regula el efecto jurídico de la inadmisibilidad de la demanda cuanto ésta no tiene alguno de los requisitos legales (los enumerados en los artículos 130, 131, 132, 133, 424, y otros requisitos especiales); a lo que debe agregarse que ninguno de los requisitos de fondo se encuentran regulados en las normas precitadas, sino que estos requisitos de procedibilidad se deducen del artículo 427 del CPC[252], por lo que la confusión en que se incurre es evidente, pese a que nuestro actual ordenamiento procesal contiene normas que -a diferencia del anterior Código de Procedimientos Civiles- regulan con meridiana claridad la diferencia entre la admisibilidad y procedencia, ello para evitar las confusiones en su aplicación. Así por ejemplo, el artículo 128 del citado cuerpo normativo, que establece:

> *"Artículo 128: Admisibilidad y procedencia.- El juez declarará la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o éste se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo"*.

Analizando estas categorías procesales, el profesor Monroy Gálvez sostiene:

> *"Los actos procesales tienen, cada cual, ciertos requisitos que deben ser cumplidos a fin de que dicho acto produzca eficacia jurídica. Estos requisitos pueden ser de forma y de fondo. Cuando se incumple con alguno de los primeros, generalmente extrínsecos al acto, es decir, complementos externos de éste, nos encontramos ante un acto procesal inadmisible; pero si el incumplimiento es de un requisito esencial o intrínseco al acto, éste será improcedente. Conviene precisar que el uso de estos conceptos no se agota en la demanda, sino que es aplicable a cualquier acto procesal.*

El Auxiliar jurisdiccional correspondiente verificará la conformidad y legibilidad de las copias. Si no las encuentra conformes, ordenará su sustitución dentro de veinticuatro horas, bajo apercibimiento de tenerse por no presentado el escrito. Todo reclamo sobre la idoneidad de las copias será resuelto por el juez en el día, por resolución inimpugnable.

[250]Artículo 424: Requisitos de la demanda.- La demanda se presenta por escrito y contendrá: 1. La designación del juez ante quien se interpone; 2. El nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria y domicilio procesal del demandante; 3. El nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo; 4. El nombre y dirección domiciliaria del demandado. Si se ignora esta última, se expresará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda; 5. El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide; 6. Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad; 7. La fundamentación jurídica del petitorio; 8. El monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse; 9. La indicación de la vía procedimental que corresponde a la demanda; 10. Los medios probatorios; y 11. La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado, la cual no será exigible en los procesos de alimentos. El Secretario respectivo certificará la huella digital del demandante analfabeto.

[251]Artículo 426: Inadmisibilidad de la demanda.- El juez declarará inadmisible la demanda cuándo: 1. No tenga los requisitos legales; 2. No se acompañen los anexos exigidos por ley; 3. El petitorio sea incompleto o impreciso; o 4. La vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de éste, salvo que la ley permita su adaptación. En estos casos el juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado, el juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente.

[252]Artículo 427: Improcedencia de la demanda.- El juez declarará improcedente la demanda cuándo: 1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar; 2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar; 3. Advierta la caducidad del derecho; 4. Carezca de competencia; 5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio; 6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o 7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones. Si el juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos. Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes.

Para evitar errores, esta precisión conceptual se halla recogida en el artículo 128 del nuevo Código Procesal Civil"[253] .

No obstante las importantes precisiones anotadas, la confusión sobre estos requisitos de forma y de fondo se reproduce en el ámbito jurisprudencial, así tenemos la siguiente ejecutoria:

> *"Las causales de improcedencia están vinculadas a aspectos de forma de la demanda y a criterios de caducidad o de capacidad procesal de quien la interpone, mas no puede existir permisión para que apoyándose en pruebas recaudadas se rechace la demanda y menos aún se sustente en un supuesto legal absolutamente impertinente" (el subrayado es nuestro)".*

Sin embargo, el problema de estas categorías también se extiende a la doble acepción que tiene la cuestión de fondo; así, ya se habrá advertido que se utiliza el término de fondo en un sentido procesal (requisito de procedibilidad) y en un sentido material (fundabilidad), lo que eventualmente también contribuye a esta indeterminación conceptual, pues existen casos donde el rechazo liminar de la pretensión obedece a una situación de improcedencia (cuestión de fondo en sentido procesal) conectado directamente con la fundabilidad; así por ejemplo: José interpone demanda de nulidad de partida de nacimiento del menor Carlos, dirigiendo su pretensión contra Patricia (la madre del menor), sustentando que años atrás mantuvo una relación sentimental con ella, teniendo conocimiento de la existencia del menor Carlos y que su padre biológico era Javier, pero ante el pedido de Patricia lo reconoció como su hijo; al terminar su relación con Patricia ella lo demanda por alimentos para el menor Carlos; José considera que al no ser el padre biológico del menor no se encuentra obligado al pago de alimentos, deduciendo la nulidad de la partida de nacimiento.

En este caso, existe un conflicto interpretativo entre el fondo en sentido procesal y material; por un lado, de los hechos expuestos por el demandante se observa con meridiana objetividad que reconoce haber tenido pleno conocimiento de la existencia del menor Carlos y de su verdadero padre biológico; pese a dicho conocimiento, en forma consciente, libre y voluntaria, procede a realizar el acto jurídico de reconocimiento de paternidad del menor. Así, para algunos, esta pretensión nulificatoria es manifiestamente improcedente por ausencia de interés para obrar, pues el accionante no puede ir contra sus propios actos *venire contra factum* luego de haberlos propiciado con pleno conocimiento y sin haber sido inducido a error, por lo que no se advierte el estado de necesidad de tutela jurisdiccional. Obsérvese que en esta argumentación de improcedencia subyace un "juicio de fundabilidad" pues, por su declaración asimilada, la pretensión del accionante está condenada al fracaso, por aplicación implícita del artículo 395 del Código Civil, que imperativamente establece que el reconocimiento es irrevocable.

Para otros, la pretensión no incurre en causal de improcedencia, pues el análisis de los hechos y la conducta del accionante serán merituadas en el fondo del proceso (en la etapa decisoria), siendo prematuro prejuzgar sobre el fondo, por lo que sí concurre el interés para obrar, y que además no debe limitarse el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva[255].

[253]MONROY GÁLVEZ, JUAN F. (2004). "Conceptos elementales del proceso civil", trabajo publicado en su texto: La Formación del Proceso Civil Peruano (Escritos Reunidos). Segunda Edición aumentada. Lima, Palestra Editores, pág. 236.
[254]Expediente Nº 386-96, Data 35,000 Gaceta Jurídica. (2008). El proceso civil en su jurisprudencia, Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Procesal Civil. Primera Edición. Lima, Gaceta Jurídica, págs. 344-345.
[255]Uno de los argumentos que se suele esgrimir para negar el rechazo liminar de la pretensión es precisamente que se estaría restringiendo o desconociendo el derecho a la tutela jurisdiccional, por lo que se debe admitir y darle el trámite correspondiente, y en su oportunidad se pronuncie sobre la fundabilidad o no de la pretensión.

Sin embargo, imaginemos que la demanda es admitida y sin mayores incidentes llegamos a la etapa de la sentencia, con los hechos expuestos por el propio accionante, valorados objetivamente y no siendo negados los mismos por la demandada ¿cuál sería el sentido de la decisión?; ¿cabe la posibilidad de amparar esta pretensión? Probablemente existen respuestas divididas al respecto; lo que nos interesa destacar es que -como el ejemplo propuesto- existen muchos casos donde el operador jurisdiccional tiene que enfrentarse a los problemas utilizando una adecuada metodología que le permita optimizar el desempeño de sus funciones jurisdiccionales, aplicando correctamente las categorías procesales de la improcedencia y de la fundabilidad, de manera tal que el proceso civil sea eficaz y eficiente, y no un instrumento inútil que por cuestiones formales debe desarrollarse en toda sus etapas, significando un dispendio ineficaz de la actividad jurisdiccional.

De todas maneras, la línea existente entre la procedibilidad y la fundabilidad en algunos casos es muy sutil, deviniendo en compleja la calificación del fondo, dando lugar a lo que podría denominarse "autos-sentencia"; por otro lado, en los casos donde se declarado la improcedencia liminar de la pretensión, la jurisprudencia se ha pronunciado en forma reiterada delimitando los criterios metodológicos de la admisibilidad, procedibilidad y fundabilidad. Así por ejemplo, podemos citar las siguientes ejecutorias:

"La calificación judicial de la demanda, considerada ... como el primer filtro o dique para verificar la existencia y desarrollo válido de la relación jurídica procesal, así como para elaborar y emitir los juicios de admisibilidad y de procedibilidad sobre la demanda, comporta que el Juzgado examine los requisitos de forma y de fondo de la demanda, verificando la concurrencia de los presupuestos procesales y las condiciones para el ejercicio válido de la acción; y para tal efecto, los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, establecen los requisitos generales exigidos para esa finalidad ..."[256].

"El Juez en la calificación de la demanda no puede pronunciarse sobre el fondo de la causa. Debe proceder a verificar si la pretensión reúne los requisitos de fondo y de forma para admitirla. Si los hechos alegados por el actor son susceptibles de probanza, ella se realizará en la etapa procesal correspondiente"[257] .

Sin embargo, como veremos más adelante, este argumento tampoco es cierto, pues la tutela jurisdiccional efectiva no es un derecho absoluto ni garantiza que se llegue a la etapa de la sentencia. Tales argumentos se relacionan con la concepción concreta de la acción que ha sido superada por la doctrina procesal.

[256]Casación Nº 2554-03-LIMA, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de enero del 2005, pág. 13445-13446.

[257]Expediente Nº 2889-99, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento; LEDESMA NARVÁEZ, MARIANELLA. en su texto: (2008). Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo II. Primera Edición. Lima, Gaceta Jurídica, pág. 357.

CAPÍTULO III

EL SISTEMA DUAL DE LA DOCTRINA PROCESAL CLÁSICA

1. EL CONCEPTO DE "SISTEMA" EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL

Una primera aproximación genérica al concepto de sistema -desde una postura filosófica- es aquella que lo define como el conjunto de elementos relacionados entre sí, arm ónicamente conjugados[258]; en similar sentido, desde una perspectiva más específica, es el sistema es un conjunto de principios, normas o reglas, enlazados entre sí acerca de una ciencia o materia[259].

El concepto de "sistema" es útil en el proceso de las operaciones mentales cuando se pretenden resolver problemas reales, por tanto no existe contradicción de principio entre el problema y el sistema. Las relaciones existentes entre el sistema, el razonamiento y la realidad son innegables: el sistema es la estática del pensar, el problema es la dinámica del pensar; la relación entre nuestro pensamiento y la realidad implica siempre una cierta idea de lo que es el sistema; así se pueden establecer las siguientes relaciones[260]:

- El sistema conceptual deriva del real.
- El sistema real es producto de un orden impuesto por el conceptual.
- El sistema real y el sistema conceptual son paralelos y coincidentes.

De la misma forma, en el derecho procesal civil existen diversos sistemas que la doctrina elabora para intentar resolver los problemas que la realidad plantea; así, para el caso de la validez del proceso y que éste sea un medio útil para resolver el conflicto intersubjetivo, restableciendo la tan anhelada paz social en justicia, se postula que:

> *"…los conceptos fundamentales hasta ahora desenvueltos suministran la base al sistema de Derecho Procesal Civil. ... Este sistema se divide en dos grandes partes: A) La primera considera el proceso en su resultado favorable a una de las partes, y contiene la doctrina de la acción y de sus condiciones ... B) La segunda parte comprende la doctrina de las relaciones procesales examinadas en sí mismas, sin tener en cuenta el hecho que su resultado favorezca a una parte o a la otra. Y aquí se estudian principalmente las condiciones para que exista un proceso y sea posible una resolución de fondo (presupuestos procesales)"*[261] *(el subrayado es nuestro)*.

Pues bien, sobre estas premisas se viene desarrollando la función jurisdiccional de nuestros días, que hemos denominado como "sistema dual" para referirnos a la construcción de los presupuestos

[258]FERRATER MORA, JOSÉ. Op. cit., págs. 687-688.
[259]OSORIO, MANUEL. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Primera Edición electrónica. Guatemala, Datascan S.A., pág. 898.
[260]Ferrater Mora, José. Op. cit.
[261]CHIOVENDA, GIUSEPPE. (1954). Instituciones de Derecho Procesal Civil. Volumen I: Conceptos Fundamentales, la doctrina de las acciones. Traducción del italiano realizado por Emilio Gómez Orbaneja. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 80.

procesales y de las condiciones de la acción, que integran un esquema conceptual divido en dos grandes partes, como lo sostiene la doctrina italiana del siglo pasado.

Así pues, en las líneas que siguen, se advertirá lo peligroso de adherirse al sistema dual caracterizado por ser un sistema conceptualmente "cerrado", donde los presupuestos procesales no se relacionan funcionalmente con las condiciones de la acción, y ambos pretenden ser autosuficientes y paralelos para lograr el fin del proceso válido, eficaz y eficiente; razón por la cual no aceptamos dicho sistema, y en su lugar propugnamos un sistema "abierto" o relacionado, o en buena cuenta, un sistema "unitario", con las ventajas de una ordenación sistemática y lógica, capaz de resolver nuevos problemas; ello en la perspectiva que el tipo de sistema "abierto" es el adoptado por la ciencia en sus construcciones teóricas, considerándose extremadamente fecundo para el conocimiento.

Este mismo planteamiento sistémico debe propugnarse en el derecho procesal civil, de tal manera que dentro del sistema unitario puedan admitirse ciertas estructuras teóricas suficientemente amplias e intentar su unificación sistémica, de tal manera que los problemas que se vienen presentando sean solucionados de manera razonable y con las garantías de un proceso justo.

2. PRESUPUESTOS PROCESALES VS. CONDICIONES DE LA ACCIÓN

2.1. Los presupuestos procesales

Aún cuando actualmente se acepta que los presupuestos procesales son los requisitos esenciales para la existencia de una relación jurídica procesal válida[262], tal concepción no es, en esencia, uniforme. En efecto, en 1868 Oskar Von Bülow construyó la teoría de los presupuestos procesales (tomando en cuenta la idea fundamental vislumbrada por Hegel y mencionada por Bethman-Hollweg), conceptuándolos como "los elementos constitutivos de la relación jurídica procesal", de tal manera que "un defecto en cualquiera de ellos impediría el surgir del proceso"[263].

Tan pronto apareció en escena la teoría de los presupuestos procesales y la "relación jurídica procesal", fue aceptada por Wach en su manual de Derecho Procesal (1885), adhiriéndose también Kohler, Stein, Hellwig, Tesauro, Rocco, entre otros. Posteriormente, en Italia, Chiovenda sistematiza a su manera esta teoría, en sus *Principii di Diritto Processuale* y luego en sus *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomando como punto de partida la concepción del proceso como relación jurídica, y elabora su concepción diferenciada, pues pone atención sobre el fondo del asunto, afirmando que, "llámanse presupuestos procesales, como hemos visto, las condiciones para que se consiga un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda"[264].

Pero la concepción de Oskar Von Bülow fue radicalmente cuestionada por James Goldschmidt, quien expone su teoría de la situación jurídica por primera vez en su libro El Proceso como situación jurídica (1925), desarrollada en su Teoría General del Proceso y aplicada en su Tratado de Derecho Procesal Civil. Goldschmidt comienza por negar la existencia de una relación procesal.

[262]MONROY GÁLVEZ, JUAN F. "Conceptos Elementales de Proceso Civil". En su texto: La Formación del Proceso Civil. Op. cit., pág. 228.
[263]VON BÜLOW, OSKAR. (1964), La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Traducción de Miguel Ángel Rosas Lichtschein. Buenos Aires, EJEA, pág. 5.
[264]CHIOVENDA, GIUSEPPE. (1954). Op. cit., pág. 77.

Es ésta, dice, un concepto de absoluta inutilidad científica, porque "las condiciones formales que, según Bülow, figuran como presupuestos del proceso, no lo son en verdad puesto que han de sustanciarse en el proceso mismo. Más bien son presupuestos de una sentencia sobre el fondo" [265].

Y en idénticos términos señala Leo Rosemberg:

> *"...no debe concluirse del nombre que sin uno de estos presupuestos no puede existir proceso, es cierto que esta fue la opinión del fundador del concepto de presupuestos procesales, Oskar Bülow, quien los definía como 'las condiciones previas para el nacimiento de toda relación procesal'...pero no son tal cosa.*
> *Los presupuestos procesales no lo son del proceso, en el sentido de que sin ellos no sea posible proceso alguno; pues ellos mismos son objeto de examen y resolución en el proceso y presuponen su existencia, por lo que no pueden al mismo tiempo ser presupuestos de esa existencia"* [266].

Adicionalmente, agrega:

> *"...pero tampoco se agotan viendo en ellos solamente presupuestos de la sentencia definitiva, aún cuando se exprese con ello su efecto esencial, que es la admisibilidad de la resolución sobre la causa; pues son también presupuestos de la demanda y del debate sobre el fondo de la causa"* [267].

En esta orientación ubicamos también a Kisch, quien afirma que "el derecho procesal establece ciertos requisitos necesarios para que el tribunal pueda entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión" [268], por lo que asegura que no hay razón alguna para llamar presupuestos procesales a tales requisitos que el tribunal va a examinar si existen o no, y si esto ocurre no pueden ser presupuestos del proceso, pues este examen forma parte de él. Shönke también objeta la concepción de Bülow, afirmando que ésta ha sido reconocida como inexacta, argumentando que:

> *"...los presupuestos procesales no son requisitos para que nazca la relación jurídica procesal, pues ella nace aunque falten; más si lo son, para que la relación jurídica procesal ya creada pueda conducir a una tramitación sobre el fondo y resolución sobre él"* [269].

A su vez, Satta expresa que, los presupuestos procesales "son aquellos requeridos para la validez del proceso y, por lo tanto para obtener una sentencia cualquiera que sea" [270]; discrepando en cuanto a la

....

[265] GOLDSCHMIDT, JAMES. (1935). Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Barcelona, editorial Labor pág. 43.
[266] ROSEMBERG, LEO. (1955). Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Traducido por Ángela Romera. Buenos Aires, Editores E.I.R.L., pág. 47.
[267] Op. cit. pág. 46.
[268] KISCH. (1940). Elementos de Derecho Procesal Civil. Traducción de Prieto Castro de la Cuarta Edición alemana y Ediciones de Derecho Español. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 160.
[269] SCHÖNKE, ADOLFO. (1946). El Derecho Procesal Civil. Traducción de Prieto Castro. Barcelona, Bosch Casa Editorial, pág. 159.
[270] SATTA, SALVATORE. (1971). Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Ediciones EJEA, pág. 128. Es importante tener en cuenta que en la célebre prolusión al curso de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Padua, dictada en 1936, expresó que tenía el firme convencimiento de que el concepto de relación jurídica procesal no debía acogerse en el sistema de nuestra ciencia. Agregó que el error de considerar el proceso como el desarrollo de la relación, es similar al de considerar la construcción de un edificio como el desarrollo de un contrato de obra, indicó que en su opinión, "la concepción de la relación jurídica procesal no es solamente un error técnico: la misma ha influido desfavorablemente la construcción de varios institutos, como la litispendencia, la perención, la misma cosa juzgada, los presupuestos procesales, que reciben en ella una interpretación publicística absolutamente diversa de la realidad". Más tarde, en un artículo titulado "Del Procedimiento Civil al Derecho Procesal Civil", publicado en 1946, Satta cambia de manera de pensar, pues indica que proceso significa que entre las partes y el juez se ha establecido una nueva y autónoma relación, una relación jurídica denominada precisamente procesal. En su manual nos dice que "la relación procesal, que sin duda ha cumplido su función en el dominio de la ciencia, siendo un concepto, vale en tanto refleje la realidad" (pág. 118).

validez del proceso, Liebman señala que los presupuestos procesales son las condiciones de regular la constitución de la relación procesal, su ausencia no impide la existencia del proceso pero constituye obstáculo a la sustanciación y al examen de fondo[271] .

En la escuela procesal latinoamericana también existe discrepancia en torno al tema analizado, así por ejemplo Carlos Eduardo B. señala que los presupuestos procesales son "los elementos que necesariamente deben existir para constituir una relación jurídica procesal válida"[272]; el maestro Couture señala que los presupuestos procesales son "aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal"[273]. Asimismo Ovalle Favela manifiesta que por presupuestos procesales se entiende, en términos generales, "el conjunto de condiciones cuya presencia o ausencia es necesaria para la válida integración y desarrollo de la relación procesal"[274]. A su turno Alsina considera que los presupuestos procesales son las condiciones para que el juez pueda dictar una sentencia válida cualquiera sea su contenido, favorable al actor o al demandado; en resumen, señala que son los requisitos para la existencia de una relación normalmente constituida[275] , y Reimundín a su vez, señala que los presupuestos procesales propiamente dichos son los requisitos establecidos por el derecho procesal para que pueda examinarse y decidirse el fondo del litigio, pudiendo ser considerados de oficio o a instancia del demandado[276]. Una posición discordante es sostenida por Podetti, quién afirma que:

> *"...el proceso, en general y específicamente, requiere para su nacimiento y desarrollo, la concurrencia de ciertas circunstancias o sea presupuestos procesales ... dentro de la realidad de nuestro proceso, ellos son a mi juicio cuatro y se refieren al órgano jurisdiccional y a los elementos activos y potenciales del proceso.*
> *Para que pueda instituirse válidamente un proceso, el órgano debe ser competente, los sujetos deben tener capacidad y los actos procesales deben guardar o reunir las formas establecidas. Pero además, el sujeto que pone en movimiento la acción debe ejercer la facultad de pedir protección jurídica en el caso determinado"*[277].

Asimismo, Gozaíni sostiene que “presupuestos procesales se denominan los elementos requeridos, imprescindiblemente, en los sujetos, en el objeto y en la causa de pedir (pretensión) para constituir un proceso válido, y fallarlo con igual regularidad”[278].

En nuestro contexto nacional, donde a la fecha no existe una "escuela" de derecho procesal por una recepción tardía de la concepción científica del proceso, pocos son los autores que se han preocupado por el estudio serio del derecho procesal. Sin perjuicio de ello, podemos mencionar al profesor Alzamora Valdez, quién a propósito del tema en cuestión, afirma:

[271]LIEBMAN, ENRICO TULLIO. (1980). Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Talleres gráficos Leuconia, pág. 129.
[272]EDUARDO B, CARLOS. (1959). Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 29.
[273]COUTURE, EDUARDO. (1958). Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. Buenos Aires, Ediciones Depalma, pág. 181.
[274]OVALLE FAVELA, JOSÉ. (1991). Derecho Procesal Civil. Colección de textos jurídicos universitarios. Quinta Edición. México, Harla, pág. 84.
[275]ALSINA, HUGO. (1961). Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I. Parte General. Segunda Edición. Buenos Aires, Ediar Editores, pág. 430.
[276]Reimundín, Ricardo. (1957). Derecho Procesal Civil. Tomo II. Buenos Aires, Editorial Viracocha, pág. 272.
[277]PODETTI, RAMIRO J. (1963). Teoría y Técnica del Proceso Civil y Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso Civil. Buenos Aires, Ediciones EDIAR, págs. 260-261.
[278]GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO. (1996). Teoría General del Derecho Procesal, Jurisdicción, acción y proceso. Buenos Aires, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.

"Consideramos como presupuestos procesales aquellos que se requieren para que exista válidamente la relación procesal, que son: la competencia del juez, la capacidad procesal de las partes y el cumplimiento de los requisitos de forma y presentación de la demanda"[279].

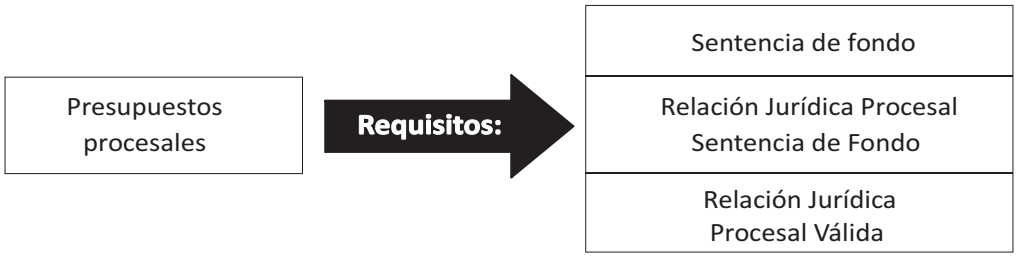
Asimismo, Perla Velaochaga, siguiendo fielmente a Couture, señala que los presupuestos procesales "son elementos necesarios para que el juicio exista y tenga validez formal ... el juez competente, la capacidad de las partes y la existencia de demanda en forma, son supuestos procesales"[280]; Ferrero Costa, a su vez, no conceptúa a la institución bajo análisis, sólo indica cuáles son: "En conclusión, son presupuestos procesales propiamente dichos, la investidura del juez, la capacidad de las partes y los requisitos formales que debe contener toda demanda".

Fácil es advertir que la naturaleza de éstos deja traslucir claramente "un sabor puramente procesal" (expresión de Manuel de la Plaza). "Preferimos limitar los presupuestos procesales solamente a los tres mencionados para mantener, la relevancia que merece el instituto"[281], y por último, Monroy Gálvez sostiene que "una relación jurídica procesal será válida sólo si ... al establecerse se cumplen con requisitos de procedibilidad que le son propios. Éstos requisitos de validez de la relación jurídica procesal reciben el nombre de Presupuestos Procesales".

La doctrina considera mayoritariamente que estos presupuestos son tres: la competencia del juez, la capacidad de las partes y los requisitos formales de la demanda[282]; de lo cual se puede inferir que sin presupuestos procesales habrá proceso pero estará viciado, será un proceso defectuoso.

En resumen, no hay uniformidad de criterios en torno a los presupuestos procesales, pues podemos identificar hasta tres tendencias en su conceptualización, así tenemos:

Gráfico Nº 1
TENDENCIAS EN LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES



[279]ALZAMORA VALDEZ, MARIO. Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso. Octava Edición, Lima, Ediciones EDDILI, pág. 272.
[280]PERLA VELAOCHAGA, ERNESTO. (1987). Juicio Ordinario. Séptima Edición. Lima, EDDILI, pág. 214.
[281]FERRERO COSTA, AUGUSTO. (1980). Derecho Procesal Civil, Excepciones. Tercera Edición corregida y aumentada. Lima, Editorial Ausonia Talleres Gráficos S.A., págs. 77-78.
[282]MONROY GÁLVEZ, JUAN F. Temas de Proceso Civil. Op. cit., pág. 104.

Evidentemente, nuestro CPC ha recepcionado la concepción de los presupuestos procesales como requisitos necesarios para la relación jurídica procesal válida, según se desprende del artículo 465 que regula el saneamiento del proceso, estableciendo las consecuencias de la concurrencia o defecto de los presupuestos procesales ; sin embargo, esta opción del legislador no significa que se haya superado el problema de la concepción doctrinal sobre los presupuestos procesales[283], siendo necesario analizar por lo menos dos aspectos fundamentales:

- El primero, determinar la función de los presupuestos procesales. ¿Sirven para la validez del proceso o simplemente son requisitos de la validez de la relación jurídica procesal? en la perspectiva que entre el proceso y la relación jurídica procesal existe diferencia conceptual cualitativa, con lo cual podríamos superar los cuestionamientos a la concepción de Oskar Von Bülow.
- El segundo, determinar ¿cuáles son realmente los presupuestos procesales? ¿son sólo tres: competencia del juez, capacidad procesal de las partes, y requisitos de la demanda en forma?, ¿estos tres presupuestos procesales clásicos son suficientes para lograr la validez de la relación jurídica procesal? ¿O acaso, resultan insuficientes, y por lo tanto, se requiere "ampliar" el catálogo de presupuestos procesales, a partir de los efectos que origina -su concurrencia o su ausencia- en la relación jurídica procesal? Tal vez si logramos responder a estas interrogantes podamos aproximarnos coherentemente hacia la construcción de un sistema alternativo más útil que el actual, lo que nos obliga a una nueva sistematización de los presupuestos procesales, en lugar de repetirlos y aplicarlos mecánicamente.

2.2. Las condiciones de la acción

Definir a las "condiciones de la acción" es uno de los problemas más difíciles de la ciencia procesal; pero no sólo resulta difícil entender qué son las condiciones de la acción, sino también, determinar cuáles son esas condiciones y cuál es su naturaleza. Obsérvese que la problemática a resolver es similar a la de los presupuestos procesales, teniendo en cuenta que las condiciones de la acción -como teoría- se han elaborado cronológicamente con posterioridad a la concepción de los presupuestos procesales, siendo "complementaria" de la anterior.

Realizando una búsqueda de sus orígenes, encontramos que uno de los primeros defensores de esta teoría de las condiciones de la acción fue el profesor italiano Chiovenda, quien señala: “Las condiciones de la acción son las condiciones para una resolución favorable al actor”, agrega que “... basta, por regla general, que existan en el momento de la sentencia”[284]; esta misma concepción es compartida por Satta, quién afirma que "las condiciones de la acción son aquellas requeridas para obtener la providencia favorable ..."[285].

[283]"Artículo 465: Saneamiento del proceso.- Tramitado el proceso conforme a esta sección y atendiendo a las modificaciones previstas para cada vía procedimental, el Juez, de oficio y aun cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución declarando: 1. La existencia de una relación jurídica procesal válida; o, 2. La nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos; o 3. La concesión de un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental. Subsanados los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal; en caso contrario, lo declarará nulo consiguientemente concluido. La resolución que declara concluido el proceso o la que concede plazo para subsanar los defectos, es apelable con efecto suspensivo".

[284]CHIOVENDA, GIUSEPPE. Op. cit., pág. 79.

[285]SATTA, SALVATORE. Op. cit., pág. 128.

Una concepción bastante compleja es la sostenida por Liebman (por la utilización de varios conceptos en forma indiscriminada), quien sostiene que:

> *"…las condiciones de la acción... son el interés para accionar y la legitimación. Las mismas son como ya he señalado, los requisitos de existencia de la acción, y deben por eso ser establecidas en juicio (aunque, de ordinario, de manera implícita) preliminarmente al examen de fondo. Sólo si concurren estas condiciones puede considerarse existente la acción y surge para el juez la necesidad de proveer sobre la demanda, para acogerla o rechazarla. Las mismas pueden por eso también definirse como las condiciones de admisibilidad de la providencia sobre la demanda, o sea como condiciones esenciales para el ejercicio de la función jurisdiccional respecto de un concreto caso específico deducido en juicio"*[286] .

A lo dicho, agrega Liebman:

> *"La ausencia aún de una sola de ellas induce carencia de acción ... por otra parte, es suficiente que las condiciones, eventualmente carentes en el momento de la proposición de la demanda, sobrevengan en el curso de proceso y existan en el momento en que la causa es decidida"*[287] .

Alsina, con un lenguaje más técnico afirma que las

> *"…condiciones para la admisión de la pretensión sustancial en la sentencia (en cuyo caso se dice que la acción prospera), son el derecho, la calidad y el interés... la ausencia de una condición para la admisibilidad de la acción autoriza a poner una excepción sustancial... si la excepción sustancial prospera, la sentencia rechaza la demanda"*[288] .

Por su parte Ovalle Favela explica que:

> *"…de acuerdo con la teoría tradicional que identifica la acción con el derecho subjetivo sustancial... los elementos o condiciones de la acción eran los cuatro siguientes: la existencia del derecho objetivo sustancial y su violación, la capacidad de ser parte, la capacidad procesal y el interés..."*[289].

Agrega Ovalle:

> *"Para la teoría que distingue entre acción y derecho subjetivo sustancial, y entiende a la primera ... como el poder jurídico o la facultad para provocar la actividad jurisdiccional, a fin de obtener una sentencia de mérito sobre una pretensión litigiosa (derecho abstracto), no todos los elementos mencionados ... son condiciones de la acción en sentido estricto: la existencia del derecho (subjetivo sustancial) y su violación, es un requisito de la pretensión y, por tanto, es un presupuesto para obtener una sentencia favorable, pero no es una condición esencial de la acción entendida en sentido abstracto; la capacidad de ser parte y la capacidad procesal ... tienen el carácter de presupuestos procesales, ... pero no son condiciones o requisitos de la acción considerada en sí misma. Para esta teoría de la acción, las condiciones de esta sólo son dos: el interés y la legitimación. Sin embargo, estimamos que ésta última ... tiene carácter de presupuesto procesal, y no de requisito de la acción… El interés, en cambio, si es una condición o requisito de la acción entendida en sentido abstracto"*[290] *(el subrayado es nuestro)*.

[286] LIEBMAN, ENRICO TULLIO. Op. cit., pág. 114.
[287] LIEBMAN, Op. cit., pág. 114-115.
[288] ALSINA, HUGO. (1958). Defensas y Excepciones. Buenos Aires, Ed. Ejea, pág. 68.
[289] OVALLE FAVELA, JOSÉ. Op. cit., pág. 111.
[290] OVALLE FAVELA. cit. pág. 112.

Si bien puede afirmarse que encontramos un notable avance en las afirmaciones de Ovalle Favela, tal avance es extraordinariamente complementado (aunque no llega hasta donde quisiéramos) por el desaparecido profesor colombiano Devis Echandía, quien ya no se refiere a las "condiciones de la acción" sino a los presupuestos materiales de la sentencia de fondo "porque miran o se refieren a la pretensión o al derecho sustancial", y no al procedimiento, ni a la acción. Según Devis Echandía, estos presupuestos materiales son los requisitos para que el juez pueda proveer de fondo o mérito, es decir, resolver si el demandante tiene o no el derecho pretendido y el demandado la obligación que se le imputa. La falta de estos presupuestos hace que la sentencia sea inhibitoria, y son los siguientes: la legitimación para obrar, el interés para obrar, la correcta acumulación de pretensiones, la correcta petición, la ausencia de cosa juzgada o desistimiento con valor de tal, la ausencia de litispendencia cuando es total o cuando es parcial, siempre que constituya una necesaria prejudicialidad, y el cumplimiento de determinados actos señalados por la ley, así como la vía procesal adecuada.

Devis Echandía distingue estos presupuestos materiales de la sentencia de fondo de los presupuestos de la sentencia favorable, donde es necesario la prueba del derecho pretendido y su exigibilidad[291] . Además Devis Echandía precisa que,

> *"…el ejercicio válido de la acción para iniciar el proceso, con fundamento en el interés público y general no está condicionado a la existencia de un debido interés para obrar por parte del demandante... el interés para obrar es un requisito de la sentencia de mérito o de fondo, pero no de la acción"[292].*

Sobre la legitimación, afirma que

> *"... no es condición ni presupuesto de la acción, porque no la condiciona ni limita en ningún sentido. Si lo fuera, no podría ejercitar acción quién no estuviera legitimado en la causa... la legitimación es en realidad, un presupuesto de la pretensión contenida en la demanda, entendiendo el concepto en su verdadero sentido; es decir, que sea procedente la sentencia de fondo ..."[293] (el subrayado es nuestro).*

Sin duda, esta notable explicación constituye un cuestionamiento mortal a las "condiciones de la acción"; sin embargo, el profesor Devis Echandía no da el salto cualitativo en su razonamiento que lo hubiera conducido a una concepción unitaria del sistema procesal[294].

Asimismo, en relación al interés para obrar sostiene que "no es un presupuesto procesal ... ese interés para obrar se refiere a la relación sustancial y a las pretensiones del demandante, para sostenerlas o desvirtuarlas en el juicio, y no a la relación procesal surgida del simple ejercicio de la acción y la contradicción"[295], asimismo reitera que "...la legitimación en la causa... no es un presupuesto procesal, porque lejos de referirse al procedimiento o al válido ejercicio de la acción, contempla la relación sustancial que debe existir entre el sujeto demandante o demandado y el interés perseguido en el juicio"[296].

En nuestro país, el profesor Mario Alzamora Valdez expresa que:

[291]DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. (1963). Compendio de Derecho Procesal Civil. Parte General. Bogotá, Editorial Temis, págs.
[292]Ibid. pág. 118.
[293]Ibid. pág. 124-125.
[294]Compartimos la genial tesis del maestro Devis Echandía, pues en efecto la legitimidad para obrar no es una condición de la acción, tal como lo sustentamos más adelante.
[295]Ibid. pág. 118.
[296]Ibid. pág. 126.

"…no deben se confundidas tales condiciones con los presupuestos procesales, pues... las primeras son requisitos para la actuación de la voluntad concreta de la ley con el fin de obtener una sentencia favorable ... según la doctrina, son tres las condiciones para que sea admitida la acción: a) La existencia de la voluntad de la ley que asegure al actor algún bien y obligue al demandado a una prestación; b) El interés de conseguir el bien; y, c) Calidad, es decir, identidad del actor con la persona favorecida por la ley y del demandado con la persona obligada"[297] *(el subrayado es nuestro)*.

Una posición discrepante es sostenida por Ferrero Costa quien, reflexionando críticamente expone que las condiciones de la acción.

"... no son requisitos sólo de la acción fundada. Tampoco de la existencia de la acción, pues ésta es independiente de las condiciones. Podríamos decir, quizás, que serían las formalidades requeridas para lograr una declaración de mérito pero tampoco, pues siendo la legitimidad para obrar de carácter sustancial, faltando esta condición se puede llegar a una sentencia de mérito.
De otra manera, no podrán ser tampoco requisitos de la existencia del proceso, pues éste puede existir, como hemos visto, faltando las condiciones. Siendo así, por fuerza tendríamos que definir las condiciones de la acción como requisitos para arribar a una declaración del derecho que pretende ser amparado. Porque en realidad, la falta de legitimidad para obrar, obliga al órgano jurisdiccional a negar el derecho a la persona que acciona, sin tener que analizar la pretensión misma"[298].

Cabe precisar que para Ferrero Costa la única "condición de la acción" es la legitimidad para obrar; en efecto, Ferrero afirma categóricamente: "nosotros creemos que solamente la cualidad es de carácter sustancial, siendo la voluntad y el interés de naturaleza procesal"[299] (el subrayado es nuestro).

Con la entrada en vigencia del actual CPC, se vienen desarrollando diversos estudios procesales, pero consideramos fundamental referirnos a la posición de Juan Monroy Gálvez, quien fue el principal impulsor del cambio en la normatividad procesal; en este escenario, Monroy expresa su disconformidad con la denominación de "condiciones de la acción", por considerar que es absolutamente impropio para comprender y/o describir lo que es la institución, por cuanto siendo el derecho de acción de carácter subjetivo y abstracto, y además sin contenido, no tiene condiciones para su ejercicio. Afirma Monroy que:

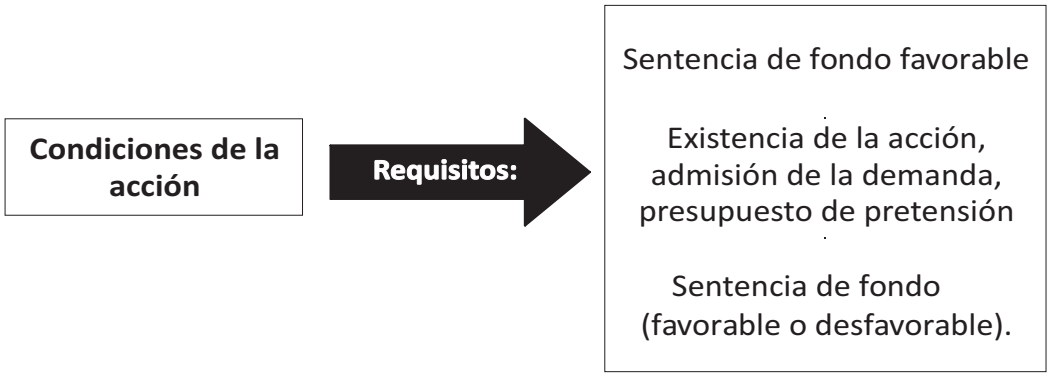
"... los presupuestos procesales sólo nos permitiría una relación procesal válida; ellos no aseguran que el Juez se encuentre apto para expedir válidamente una sentencia sobre el fondo, es decir, pronunciarse sobre la pretensión.
Esta posibilidad sólo se la concede el cumplimiento de otros elementos, los que, en conjunto conforman el instituto de las condiciones de la acción. Entonces, se denomina así a los requisitos procesales que permiten al juez expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo. Si una condición de la acción fuera omitida o se encontrara pero de manera imperfecta, el juez no podría expedir sentencia refiriéndose a la pretensión discutida, por lo menos válidamente, debido a que hay un defecto procesal que se lo impide. Esto significa que el juez, al advertir la omisión o defecto, debe declarar en la sentencia que no puede pronunciarse sobre el fondo y, asimismo, debe describir la condición de la acción omitida o imperfecta que determinó el impedimento a fin que elinteresado, si la vigencia del derecho material se lo permite, intente un nuevo proceso. Esta sentencia que no se pronuncia sobre el fondo recibe el nombre de inhibitoria"[300] *(el subrayado es nuestro)*.

[297] ALZAMORA VALDEZ, MARIO. Op. cit., pág. 69-70.
[298] FERRERO COSTA, AUGUSTO. Op. cit., pág. 80.
[299] Ibid. p. 82. Las reflexiones del profesor Ferrero Costa sobre la naturaleza procesal de la "voluntad de la ley" y del "interés para obrar" constituyen un valioso aporte para abandonar la concepción de las condiciones de la acción.
[300] MONROY GÁLVEZ, JUAN F. "Conceptos elementales de proceso civil". En: La Formación del Proceso Civil. Op. cit., pág. 230.

Juan Monroy acepta como condiciones de la acción el interés para obrar y la legitimidad para obrar, pero no acepta que la "voluntad de la ley" sea una condición pues es un elemento intrínseco al proceso, por la cual se exige que la pretensión procesal sea, a su vez, pretensión jurídica, proponiendo la noción del caso justiciable[301].

En síntesis, de la revisión de los desarrollos doctrinales se concluye que no existe una concepción uniforme sobre las "condiciones de la acción, ni sobre su naturaleza jurídica, y sobre cuáles son tales condiciones", identificando por lo menos tres tendencias diferenciadas (ver Gráfico Nº2):

Gráfico Nº 2
TENDENCIAS EN CONDICIONES DE LA ACCIÓN



Es evidente que la primera concepción que considera a las condiciones de la acción como los requisitos necesarios para emitir la sentencia de fondo favorable, no tiene ninguna vigencia actual y desde su origen incurre en un grave error: para declarar fundada o infundada la pretensión se requiere probar los hechos que se afirman en la causa *petendi*; la legitimidad para obrar y el interés para obrar no determinan el fallo favorable sino únicamente la posibilidad de emitir un fallo de mérito, en cualquier sentido (favorable o desfavorable).

Tampoco es correcta la posición que considera a estos requisitos como los necesarios para la existencia de la acción, pues éste es un derecho abstracto, y existe aún cuando el que acciona no se encuentre legitimado o carezca de interés para obrar. Sin embargo, resulta muy interesante la posición de considerar a la legitimidad e interés para obrar como requisitos para la admisión de la demanda[302], o más certeramente, como presupuestos de la pretensión, máxime que la calificación

[301] Ibid, pág. 231.

[302] Debe precisarse que, la utilización de los conceptos de "inadmisibilidad" e "improcedencia" en la doctrina no resulta homogénea, e incluso en la legislación comparada se utilizan tales conceptos de forma diferente al que se regula en nuestro Código Procesal Civil; así, lo que para nosotros es inadmisible por defecto de forma, para otras latitudes es improcedente, en tanto que la inadmisibilidad constituye un defecto de fondo insubsanable, mientras para nosotros es subsanable por referirse a la forma. Por tanto, al estudiar estas categorías debemos tener presente el sentido en que la doctrina extranjera los conceptualiza, para evitar confusiones.

de la procedibilidad en nuestro actual CPC se realiza liminarmente al momento de la postulación de la demanda[303], y sólo de manera residual o excepcional, se emite un pronunciamiento en la sentencia[304], siendo este un control o filtro procesal de última ratio.
Adicionalmente, a diferencia de lo que sostiene la doctrina predominante en sede nacional[305], consideramos que, en realidad nuestro CPC no ha recepcionado la concepción de las "condiciones de la acción" como requisitos necesarios para la sentencia de fondo válida, cuyo control o verificación se realice en la etapa decisoria, pues un elemental criterio de razonabilidad nos sugiere que es un absurdo esperar "hasta la sentencia" para controlar la existencia de la legitimidad y del interés para obrar.

Sin embargo, pese a que nuestro Código autoriza el control liminar en la motivación de las resoluciones admisorias y de saneamiento procesal, los operadores jurisdiccionales repiten los conceptos fragmentados del sistema dual (presupuestos procesales - condiciones de la acción) sin reflexionar sobre su utilidad práctica, aplicando conceptos mecánicamente en forma paralela, escindida, manteniendo en el inconsciente colectivo que en todo caso, en la sentencia se verifica la existencia de las condiciones de la acción, realizando un saneamiento "débil" o "parcial", con lo cual los fallos inhibitorios resultan demasiado frecuentes, convirtiendo al proceso en un instrumento ineficaz para resolver el conflicto.

2.3. La inutilidad del sistema dual

Constatamos que en la doctrina no existe uniformidad de criterios sobre la concepción de los presupuestos procesales y condiciones de la acción[306], y por el contrario, tal inconsistencia demuestra que en realidad no existe un sistema procesal coherente y sistematizado por lo que la opción legislativa de nuestro CPC tampoco es apropiada, induciendo a confusión a los operadores jurisdiccionales cuando al intentar resolver los problemas prácticos los dogmas del sistema dual se estrellan con la realidad, siendo impostergable una nueva sistematización de estos requisitos, más aún cuando del detenido análisis que estamos exponiendo percibimos una profunda inconsistencia en el sistema dual, concluyendo que en realidad tal dualidad ¡¡no tiene razón de ser!!. y nada justifica su vigencia.

En efecto, el sistema paralelo de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción no sobrevive a las siguientes interrogantes: ¿puede ser posible expedir una sentencia sobre el fondo si faltan los presupuestos procesales? y de la misma forma ¿es posible expedir la sentencia de mérito si

[303]Obsérvese que el artículo 427 del CPC regula los supuestos de improcedencia de la demanda, los cuales se verifican desde el momento en que se postula la demanda.
[304]El último párrafo del artículo 121 del CPC (referido a los decretos, autos y sentencias) establece: "Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal".
[305]Nuestro maestro VÍCTOR TICONA POSTIGO sostiene que: "La segunda teoría seguida por nuestro Código, afirma que las condiciones de la acción son aquellos requisitos exigibles para el ejercicio válido y efectivo de la acción -como derecho abstracto a iniciar y seguir un proceso- . Tales condiciones son dos: a) La legitimidad para obrar; y, b) El interés para obrar, los mismos que deben ser examinados por el juzgador cuando califica la demanda (si falta en forma manifiesta alguna de las condiciones, rechazará liminarmente la demanda), cuando resuelve las excepciones ... y, también, cuando sanea el proceso. ... excepcionalmente el Juez podrá pronunciarse sobre aquella ausencia o defecto al expedir sentencia, conforme le autoriza el art. 121, último párrafo". TICONA POSTIGO, VÍCTOR. (1998). El Debido Proceso y la Demanda Civil. Tomo I. Primera Edición. Lima, Editorial Rodhas, pág. 276-277.
[306]El desaparecido maestro ENRIQUE VÉSCOVI consideraba que los presupuestos procesales no se refieren a la pretensión ni a la sentencia, siendo requisitos formales sin los cuales no puede emitirse decisión de fondo, bajo sanción de nulidad. Siguiendo la concepción de Couture, clasifica los presupuestos procesales según la acción, pretensión, proceso y sentencia; evidentemente tal criterio clasificatorio carece de rigor sistemático y resulta sumamente confusa. VÉSCOVI, ENRIQUE. (1984). Teoría General del Proceso. Bogotá, Temis, pág. 94.

falta alguna "condición de la acción"? y por último ¿puede haber sentencia de fondo si la relación jurídica procesal (no el proceso) es inválida? Si las respuestas a nuestras interrogantes son negativas entonces ¿tiene algún sentido esta dualidad entre presupuestos y condiciones?, y en todo caso ¿cuál es su utilidad? ¿qué función diferente cumplen los presupuestos y las condiciones para que tengamos que mantener esta dualidad?

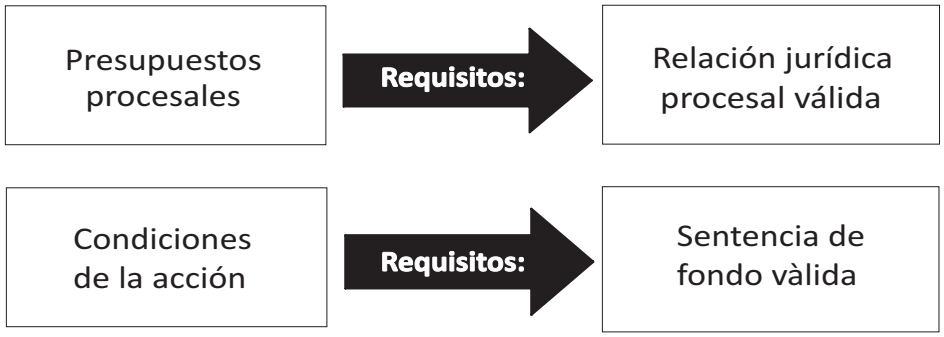
A estas alturas de nuestra exposición parece insostenible mantener una dualidad que no justifica su existencia: que los presupuestos y las condiciones no tienen (cada uno por separado) una autonomía funcional diferente; además el control de su existencia también se realiza de manera liminar desde la interposición de la pretensión, posteriormente al deducirse las excepciones procesales en la etapa del saneamiento procesal, y excepcionalmente al emitir la sentencia, y finalmente, desde un punto de vista ontológico ambas son necesarias para llegar a la sentencia de fondo válida; es decir, ¡¡cumplen la misma función!!

Si esto es así ¿qué las hace diferentes para mantener tal dualidad? ¿qué justifica la vigencia del sistema dual? ¿no es acaso una escisión conceptual inútil que, en realidad cumplen una misma función, desde la perspectiva de la relación jurídica procesal? y si alguien piensa que unos se refieren a la actividad procesal y otros a la cuestión de fondo ¿puede concebirse el desarrollo de tal actividad en abstracto, prescindiendo del fondo? ¿puede existir una relación procesal "válida" cuando no existe "válidamente" el fondo del asunto? y si se piensa que esto es factible ¿cómo será posible que el juez pueda resolver el fondo (porque concurren las "condiciones") si falta la competencia o algún otro presupuesto que determina la validez de la relación procesal?

Por estas razones concluimos que tal dualidad es insostenible y que, desde el punto de vista de la relación jurídica procesal, lo único que existe son los presupuestos procesales, y que las supuestas condiciones de la acción no son tales como veremos a continuación, por lo que se han mantenido en la doctrina como una especie de "superstición procesal", es decir, que hemos estado creyendo en algo que realmente no existe.

En síntesis, podemos esquematizar al sistema dual de la siguiente manera:

Gráfico Nº 3
TENDENCIAS EN CONDICIONES DE LA ACCIÓN



Esta concepción es la que se viene utilizando actualmente en nuestro país: los operadores jurisdiccionales califican los actos postulatorios (demanda y pretensión, contestación y oposición a la pretensión, reconvención y contra pretensión, contestación a la reconvención) con este esquema conceptual, sin advertir en sus inconsistencias y en su inutilidad práctica, conforme a lo expuesto anteriormente.

2.4. La acción no tiene condiciones

En su origen, la primera conceptuación histórica de "acción" le corresponde a Celso, quien afirmaba *"Nihil alliud est actio quam jus quod sibi debeatur iudicio persequendi"*, es decir, la acción se concretaba en la fórmula por la cual se investía al juez de la facultad de condenar o absolver; por esto es que el *jus persequendi* no era el derecho subjetivo sino el derecho derivado de la fórmula que entregaba el *pretor* a los litigantes y que les permitía presentarse ante el *iudex*, lo que desvinculaba la fórmula (*actio*) del derecho. Seguramente que Celso no llegó a imaginar que sobre su concepto habrían de desarrollarse posteriormente -veinte siglos después- una serie de inagotables discusiones, que al llegar a nuestros días ha terminado por consagrar la autonomía de tal concepto, manteniéndose sólo un rezago de las teorías ya superadas que se ha denominado como las condiciones de la acción.

Bueno es recordar que la confusión histórica de la acción con el "derecho subjetivo" (que como tal no existía en Roma) se originó cuando se suprimió la distinción entre el *pretor* y el *iudex* con el procedimiento de la *cognitio extraordinem* instituido por Diocleciano, asignando a un único magistrado el otorgamiento de la fórmula y la decisión del asunto, con lo que se llegó, en definitiva, a la supresión de aquella. Los términos de la definición de Celso -recogido posteriormente por Justiniano- continuaron utilizándose inalterados literalmente, pero trastocándose su sentido y significación. ¡¡La acción no está ya desvinculada del derecho, sino que se identifica con él!! . Tal era la convicción sobre la identidad anotada que Demolombe afirmaba al decir que la ley "cuando habla de derechos y acciones, incurre en un pleonasmo"[307]; esta fue la tragedia histórica del derecho de acción que postergó por siglos su autonomía y en base a esa identidad entre derecho y acción (con ciertas variantes) es que se desarrollan extensos trabajos elaborados por Savigny, Puchta, Roguín, Unger, Demolombe, Levi, Biondi, Kohler, Laband, etc.

Pero esta situación no podía durar más tiempo, y es así que en 1856 el profesor de la Universidad de Grifswald, Bernhard Windscheid, publica un trabajo titulado *"Die actio des römischen zivilrechts vom standpunkte des heutigen Rechts"*[308] y sostiene una polémica histórica con Theodor Müther, cuando éste lo critica en: *"Zur Lehre von der Romischen Actio de heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der singular sucession in obligationem.*

Eine Kritik des Windscheid schon Buchs 'Die Actio!"[309]; cuatro meses después de que apareciera la crítica de Müther, Windscheid completa su réplica a Müther en su obra: *"Die Actio. Abwehr gegen Dr. Th. Müther"*[310] la misma que aparece en 1857.

[307]COUTURE, EDUARDO. (1981). Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Onceava reimpresión de la Tercera Edición. Buenos Aires, Ediciones Depalma, pág. 63.
[308]Que significa: La acción del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho moderno.
[309]Traducción: Sobre la doctrina de la actio romana, del moderno derecho de acción, de la litis contestatio y de la sucesión singular en las obligaciones. Crítica del libro de Windscheid 'La acción del derecho civil romano desde un punto de vista del derecho moderno'.
[310]Traducción: "La Actio. Réplica a Th. Müther".

Desde entonces se inicia la distinción entre la acción y el derecho así como la distinción entre pretensión (anspruch) y derecho material (debida a Windscheid), así como una orientación de la actio como derecho del Estado a la prestación de la tutela jurídica, orientación publicística (debida a Müther) recogida por Adolfo Wach[311] y Degenkolb, y desarrollada por autores italianos desde Chiovenda hasta Carnelutti, pasando por una concepción concreta de la acción, hasta llegar al concepto abstracto y autónomo que hoy conocemos.

Lo curioso es que no obstante desarrollarse la autonomía del derecho de acción, se han mantenido a través de la historia "las condiciones de la acción"; en efecto, siguiendo a Vizioz[312] y a Laborde-La Coste[313] que en un reducido bosquejo comparativo exponen las dos tendencias tan largamente estudiadas, podemos darnos cuenta desde cuando se viene arrastrando inútilmente tales "condiciones":

Cuadro Nº 1
CONDICIONES DE LA ACCIÓN

IDENTIDAD DEL DERECHO Y LA ACCIÓN	DIVERSIDAD ENTRE EL DERECHO Y LA ACCIÓN
1. Todo derecho implica una acción; 2. Por consiguiente hay tantas acciones como derechos; 3. Es así que la acción y el derecho nacen, viven y mueren juntos; 4. Tienen, además igual naturaleza e iguales caracteres (un derecho real será sancionado por una acción real); 5. Como también el mismo objeto y la misma extensión.	1. La acción tiene condiciones propias de existencia; y condiciones propias de "recevabilité " (capacidad, calidad, interés); 2. El objeto de la acción puede ser diferente en absoluto, aunque la acción sea ejercida con ocasión de un mismo derech o; 3. La acción produce efectos particulares que el derecho no produce (hace correr los intereses, interrumpe la prescripción); 4. La acción puede desaparecer y el derecho proseguir en forma de obligación natural o en forma de excepción.

[311]Veáse WACH, ADOLFO. Handbuch y Der Feststellunganspruch. . (Traducción: La pretensión de declaración). Publicada en homenaje a Windscheid, citado por MADARIAGA CONDORI, LUIS. En: La protección procesal de los derechos sociales (intereses difusos) en el Derecho Jurisdiccional Postmoderno; tésis de bachiller, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, 1995, pág. 210.

[312]VIZIOZ. Etudes de Procédure. Tomo I. Ciudad, editorial, pág. 33 y 34.

[313]LABORDE-LA COSTE. "Précis elémentaire de Procedure Civil". Nº 35. pág 22, citado por MADARIAGA CONDORI, LUIS, tésis op. cit.

De esto podríamos afirmar, entonces, emulando a Windscheid y a Müther, que la acción (desde el punto de vista del derecho procesal moderno) no era tan "autónoma" a pesar de los notables avances teóricos sobre su naturaleza, ya que -en ese entonces- en los intentos iniciales de diferenciar la acción del derecho se sostiene increíblemente que ésta -la acción- tiene "condiciones propias de existencia" (es decir: capacidad, calidad e interés).

A esto cabe agregar que, once años después de la mencionada polémica entre Windscheid-Müther, en 1868 Oskar Von Bülow desarrolla su teoría de los presupuestos procesales, considerando que éstos:

> *"...dirigen su atención a una serie de importantes preceptos legales estrechamente unidos. En particular, a las prescripciones sobre: 1) la competencia, capacidad e insospechabilidad del tribunal; la capacidad procesal de las partes (persona legítima standi in iudicio -persona legítima para estar en juicio-) y la legitimación de su representante; 2) las cualidades propias e imprescindibles de una materia litigiosa civil; 3) la redacción o comunicación (o notificación) de la demanda y la obligación del actor por las cauciones procesales; 4) el orden entre varios procesos"*[314]

Obsérvese que Bülow se refiere únicamente a estos requisitos para la tramitación de toda la relación procesal, proponiendo por primera vez la denominación de presupuestos procesales[315], ¡¡y no condiciones de la acción!!
Pero, además, el genial profesor alemán sostiene la tesis que inspira a nuestra investigación:

> *"Un sistema de derecho procesal civil sólo puede ser construido sobre la base de la relación jurídica procesal y del presupuesto procesal. Con estos elementos gana el derecho procesal una sistemática más simple, más clara y más comprensible que cualquiera otra disciplina jurídica"*[316] *(el subrayado es nuestro*).

Cabe destacar que, en este estado de evolución del derecho procesal civil, no existía la teoría de las condiciones de la acción y no podía existir porque la doctrina alemana postulaba la autonomía de la acción.

Pese a los valiosos aportes del maestro Von Bülow, sus críticos han afirmado que tales presupuestos no lo son del proceso (o de la relación jurídica procesal) sino que son presupuestos de la sentencia de fondo, ¡¡pero, al fin y al cabo presupuestos procesales y no condiciones de la acción!!

Ante tal panorama, ¿cómo es que insurgen las "condiciones de la acción"? ¿cómo han sobrevivido ante los estudios de la "autonomía" de la acción? Nuestro intento de explicación es el siguiente: Adolfo Wach, en su "Manual de Derecho Procesal" en 1885 -17 años después de que Bülow diera a conocer su teoría- acepta la teoría de los presupuestos procesales, pero además desarrolla la tesis de Müther sobre la orientación publicística de la acción y lo dice claramente:

"Es de naturaleza publicística y pertenece al derecho público", pero al mismo tiempo, le asigna un carácter concreto, sosteniendo que sólo podía existir "a condición" de que exista previamente el derecho invocado en la demanda. Por eso "acción", en el peculiar sentido de Wach, es el "derecho a una sentencia favorable" que corresponde sólo al ciudadano que tiene razón.

[314] VON BÜLOW, OSKAR. Op. cit., pág. 5.
[315] Ibid, pág. 6.
[316] Ibid., pág. 11, véase en la cita de pie de página Nº220.

En igual sentido, el maestro Chiovenda recepciona la teoría de los presupuestos procesales en Italia, reafirmando por ello, las bases del derecho procesal autónomo, pero en cuanto a la concepción sobre la acción ¡¡Chiovenda desarrolla una regresión de conceptos!! por cuanto niega el carácter público de la acción que ya habían reconocido Wach y Degenkolb, sosteniendo que es un derecho privado no contra el Estado sino contra el adversario; le niega el carácter abstracto y su desvinculación con el derecho invocado, ¡¡haciéndola depender de la existencia del derecho material!! y sosteniendo que "junto con el derecho que la sentencia afirma o niega, la misma afirma o niega, precisamente, también el derecho de accionar"; es decir que, la acción es concreta y pertenece sólo a quien tiene la razón, por ello precisamente Chiovenda sostiene que las condiciones de la acción determinan la sentencia de fondo favorable, sin llegar a percatarse que aceptando la teoría de los presupuestos procesales y al mismo tiempo sosteniendo que la acción tiene condiciones de existencia se estaban sentando las bases para una dualidad que históricamente no tenía ninguna razón de ser. ¿Qué sentido tenía seguir sosteniendo que la acción tiene condiciones cuando ya se había establecido la autonomía de tal concepto?

Al parecer, por el respeto a los grandes maestros, desde Wach hasta Laband, desde Chiovenda hasta Calamandrei, y porque además no se percibía totalmente la autonomía de la acción se han mantenido sus "condiciones" hasta nuestros días, pero ¿acaso no es tiempo ya de abandonar este último rezago de las teorías concretas de la acción y postular su total autonomía y su carácter abstracto?, más aún que desde la perspectiva del derecho constitucional se postula como uno de los derechos fundamentales, tal como postulamos en las líneas que siguen.

2.5. El derecho de acción como derecho constitucional

Otro cuestionamiento fundamental a la concepción dualista de los presupuestos procesales y de las condiciones de la acción, elaborada por la doctrina procesal clásica, es el desarrollado desde el derecho constitucional. En este nivel de análisis, el sistema dual no tiene lugar, pues no se condice con los avances contemporáneos del derecho constitucional, donde se reconoce que el derecho de acción es un derecho humano a la justicia, tal como lo postula el profesor mexicano Héctor Fix Zamudio[317] .

En esta misma perspectiva, el profesor Juan Monroy Gálvez sostiene que: "el derecho de acción es aquel derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto -en cuanto expresión esencial de este- que lo faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto"[318] .

En consecuencia, desde una óptica constitucional, resulta evidente que un derecho tan trascendente como en efecto es la acción, o si se prefiere como la expresión o manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, no puede aceptarse que tenga condiciones para su ejercicio, en tanto que la legitimidad para obrar, y el interés para obrar no condicionan el ejercicio válido de la acción sino que determinan la eficacia de la pretensión, pues sólo si el justiciable se encuentra legitimado y tiene una necesidad actual de tutela, podrá deducir eficazmente su pretensión.

[317]FIX ZAMUDIO, HÉCTOR. (1985). "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso"; presentado en las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Madrid, pág. 13.
[318]MONROY GÁLVEZ, JUAN. (1996). Introducción al Proceso Civil. Tomo I. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., pág. 271.

Obsérvese que a partir de un análisis estructural de los elementos del derecho de acción podemos advertir que el objeto de la acción es poner en movimiento el órgano jurisdiccional, pero no tiene por objeto lograr una sentencia de mérito (favorable o desfavorable), pues si no existe legitimidad o interés para obrar, tal defecto impide la procedibilidad de la pretensión pero no afecta en absoluto a la acción, la misma que habrá cumplido plenamente su objeto: una respuesta del órgano jurisdiccional.

En esta perspectiva, la concepción de las condiciones de la acción deviene incluso en anacrónica, en tanto limita o restringe al derecho de acción, supeditando su ejercicio válido a requisitos que por su naturaleza y función le corresponden a otra institución procesal que es la pretensión. Obsérvese en consecuencia, la necesidad de reelaborar y sistematizar estas instituciones procesales, desplazando la exigencia de la legitimidad e interés para obrar en función de la pretensión procesal y no de la acción, pues el derecho de acción es inherente al ser humano, lo tenemos desde que nacemos hasta que dejamos de existir, es un derecho que existe y puede ser ejercido aún cuando no se tenga legitimidad para obrar, y aún cuando la necesidad de tutela jurisdiccional se haya extinguido (interés para obrar); por lo tanto, categóricamente podemos sostener que la acción no tiene condiciones.

CAPÍTULO IV

EL SANEAMIENTO PROCESAL FRAGMENTADO POR EL SISTEMA DUAL

1. EL SANEAMIENTO PROCESAL FORMAL Y ESCRITURAL EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Para la doctrina procesal más autorizada, el saneamiento del proceso es, en general, una institución que tiene como propósito limpiar el proceso de las cuestiones que puedan obstar el conocimiento del mérito de la causa; en este sentido, Alberto Dos Reis sostiene las razones por las que se adoptó el Despacho Saneador en Portugal:

> *"…hasta aquí sucedía que después de prolongarse el proceso por varios años realizando una y otra diligencia, se llegaba finalmente a que el Juez no conociera el objeto principal del proceso, por considerar ilegítimas a las partes o por haberse presentado nulidades procesales. El actor consumía lo mejor de su tiempo, de su actividad, de su dinero, y tenía que recomenzar si quería hacer valer su derecho; por ello el Código Procesal Portugués evita semejante aberración imponiéndole el deber al Juez de pronunciarse sobre las cuestiones que puedan perjudicar el conocimiento de la causa, convirtiéndose en despacho saneador expurgador, ya que se dispone a limpiar el proceso de cuestiones que obsten al conocimiento de la causa de mérito"*[319].

En nuestro CPC se regula al saneamiento procesal como una etapa procesal y anteriormente, cuando se deducían excepciones, estas se resolvían en la Audiencia de Saneamiento[320] ; en caso de no deducirse excepciones, simplemente se emitía el auto de saneamiento procesal. Posteriormente, ante las constantes dilaciones de las partes (normalmente los demandados) que postergaban la realización de la Audiencia de Saneamiento utilizando con frecuencia los certificados médicos que prácticamente se ha convertido en una corruptela, es que se modifica el artículo 449 del citado ordenamiento, suprimiéndose dicha audiencia[321] , por lo que en todos los casos (con excepciones deducidas o sin ellas) el juez únicamente debe emitir un auto interlocutorio, pronunciándose sobre la validez o invalidez de la relación jurídica procesal. Es evidente que la intención del legislador ha sido optimizar el principio de celeridad procesal, pero para ello ha sacrificado la inmediación, tan importante como el primero, que permitía al juez tomar contacto directo con las partes en litigio, apreciando con mayor objetividad el conflicto

[319]Citado por Buzaid, Alfredo. (1967). "El Despacho Saneador". En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Nº 3. Madrid, no se precisa editorial, pág. 128.

[320]Anteriormente el artículo 449 del CPC (Audiencia de Saneamiento Procesal), establecía: "Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez, en decisión debidamente motivada e inimpugnable, puede prescindir de los medios probatorios pendientes de actuación, declarando infundada la excepción y saneado el proceso. De lo contrario, fijará día y hora para la audiencia de saneamiento, la que será inaplazable. En ésta se actuarán los medios probatorios ofrecidos y necesarios, a criterio del juez, para resolver la excepción.
Al final de la audiencia, el juez resuelve la excepción, luego de escuchar los informes orales de los abogados si fueran solicitados. Si declara infundadas las propuestas, declara además saneado el proceso. De lo contrario, aplica lo dispuesto en los artículos 450 y 451. El juez puede reservarse la decisión por un plazo que no excederá de cinco días contados desde la conclusión de la audiencia de saneamiento".

[321]El texto actual del artículo 449 del CPC (contenido del auto que resuelve la excepción), establece: "Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez resuelve la excepción dentro de los diez días siguientes. Si la declara infundada, declara también el saneamiento del proceso. De lo contrario, aplica lo dispuesto en los artículos 450 y 451"; la modificación a esta norma se realizó mediante el artículo 01 de la Ley Nº 29057 de 29 de junio del 2007.

intersubjetivo, y para el caso de verificar la validez de la relación jurídica procesal, le permitía verificar con mayor intensidad (pese a la carga procesal existente y a las limitaciones derivadas del formalismo) la concurrencia de los presupuestos procesales, recalificando dichos requisitos.

En este sentido, el saneamiento es una etapa obligatoria del proceso civil cuya finalidad es la verificación de la existencia de los presupuestos procesales[322], los que determinan la validez de la relación jurídico procesal, posibilitándose la expedición de un pronunciamiento válido sobre el fondo del conflicto. El concepto propuesto ha sido elaborado a partir del análisis de la regulación de la institución del saneamiento en nuestro CPC, así como de un replanteamiento de la función que realmente cumplen las impropiamente denominadas "condiciones de la acción" para declarar la validez de la relación jurídica procesal.

Esta propuesta supone abandonar la dualidad funcional entre los presupuestos procesales y las "condiciones de la acción", toda vez que la concepción dominante no permite una calificación integral de los elementos que deben concurrir para la validez de la relación jurídica procesal; es decir, no permite que esta institución tan trascendente cumpla eficaz y eficientemente la función que justifica su existencia: la inmaculación del proceso, eliminando los vicios o defectos que impiden un pronunciamiento de mérito.

Sin embargo, esta disfuncionalidad del saneamiento no sólo es consecuencia del sistema dual, sino que es producto del modelo de proceso civil de carácter predominantemente escrito y formal, donde se ha suprimido el principio de inmediación al eliminarse la Audiencia de Saneamiento y al regular la emisión de un simple auto de saneamiento, donde el juez -sin presencia de las partes- se limita a una verificación formal de los escritos de la demanda y la contestación, actos postulatorios que constituyen los pilares sobre los que se construye el proceso escrito, donde el operador jurisdiccional se dedica a leer escritos inanimados para desentrañar su misterio[323], vaticinando a tientas la validez o invalidez de la relación jurídica procesal. En este sistema escrito y formal se erige el paradigma del juez lector y sentenciador[324], donde el expediente formal es su centro de atención sin contrapesos efectivos pues la escasa oralidad que existía en la audiencia de saneamiento ha desaparecido.

Obviamente que sirve de poco la concepción publicística de nuestro CPC cuando se regula un modelo de proceso donde la escritura es la regla formal prácticamente exclusiva, denotando una cultura escrita que conduce a un formalismo estéril, incapaz de permitir un cambio real, o por lo menos incidir en él; el saneamiento del proceso no puede escapar a este trámite meramente burocrático, pues nótese que los operadores jurisdiccionales se adecúan a las reglas conductuales del modelo escrito, lo que consolida los problemas operativos del funcionamiento lento y desprestigiado del proceso civil, pues como sostiene Diego Palomo Vélez, los jueces no pueden escapar a este modelo, están inmersos acumulando papeles y actas, el juez sólo es "visible" al momento de sentenciar.

[322]No compartimos las teorías que aceptan pacíficamente la existencia de que la acción tiene condiciones para su ejercicio y eficacia, pues en nuestra concepción la legitimidad para obrar y el interés para obrar son auténticos presupuestos procesales, por lo que en el saneamiento del proceso se verifican estos requisitos.

[323]En la experiencia de la judicatura, se observa que la elaboración de las demandas y las contestaciones normalmente no resultan claras ni precisas, induciendo a error para su calificación; lo más grave es que en muchos casos no se aportan los hechos relevantes para resolver el conflicto, e incluso se omite -consciente o inconscientemente- a los terceros legitimados que pudieran tener algún derecho o interés en el proceso, con lo cual se originan cuestionamientos a la validez de la relación procesal o finalmente se origina la nulificación de las sentencias; todo ello en una errónea concepción de la "estrategia de defensa" que no hace sino convertir al proceso en la tumba de la justicia, como se afirma con demasiada frecuencia.

[324]PALOMO VÉLEZ, DIEGO. (2005). "Proceso Civil Oral, ¿Qué modelo de Juez requiere?". Artículo publicado en la Revista de Derecho (Valdivia), versión on-line. Vol. XVIII, Nº 1. Universidad de Talcal, julio 2005, pág. 171-197.

El modelo profundamente escrito, disgregado y desconcentrado, y con una excesiva duración, ha generado el fenómeno de la "desaparición" del Juez durante el curso del proceso; finalmente el juez se resigna "escarbando" en los escritos acumulados en el expediente y sentencia sólo leyendo[325]; tal es la descripción exacta de lo que acontece cada día en el despacho del juez en el Perú, por lo que es urgente cambiar este modelo de proceso escrito por uno de carácter oral, sin rigores formales y con un sistema unitario del derecho procesal civil.

2. EL SANEAMIENTO PROCESAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Con todo lo expuesto hasta aquí, resulta previsible el comportamiento de la mayoría de los operadores jurisdiccionales, insertos en el sistema judicial como aplicadores de normas, con una visión exegética, utilizando una metodología formalista y procedimental, con una confusión entre los requisitos de forma y de fondo, aceptando pacíficamente el sistema dual dentro de un modelo de proceso escrito, con una excesiva carga procesal; el resultado no puede ser otro que un proceso lento, burocratizado e incapaz de resolverse dentro de un plazo razonable, generando el permanente cuestionamiento del Poder Judicial.

Por cierto, los esfuerzos por superar este estado crítico del proceso civil en la práctica devienen en infructuosos (¡¡una golondrina no hace verano!!), pues cualquier intento por "cambiar el sistema" es sofocado, percibiéndose un sistema cerrado y sin posibilidades de transformarse, por lo menos a mediano plazo[326] .

En este contexto, la jurisprudencia de la Corte Suprema es uniforme en consagrar la metodología procedimental y formal de la calificación de los actos postulatorios, así como también acepta el sistema dual sin mayores cuestionamientos, así por ejemplo, sostiene:

> *"... El saneamiento del proceso constituye una actividad razonada y decisoria del Juez, en donde éste debe pronunciarse sobre si tiene ante sí un proceso existente, válido y útil; ... la metodología de saneamiento integral y funcional que inspira a nuestro Código (CPC) se resume en las siguientes fases sucesivas: a) análisis del proceso existente, como por ejemplo, si la persona que se desempeña como juez tenga efectivamente jurisdicción; b) de los presupuestos procesales, en donde el juzgador efectúa el examen de: la competencia del juez, la capacidad procesal de las partes y los requisitos esenciales de la demanda; c) de las condiciones del ejercicio válido de la acción, analizándose en esta fase la legitimidad y el interés para obrar de las partes; d) del debido proceso, en la que el juez constata si en el decurso de la causa se han observado –hasta ese estado- las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, tal como por ejemplo el emplazamiento válido, el procedimiento prescrito por ley, etc.; y, e) la existencia de posibles nulidades subsanables o insubsanables, y que se establece atendiendo a los defectos, vicios u omisiones que se pueda haber incurrido en la constitución y desarrollo de la relación jurídica procesal ..."*[327] *(el subrayado es nuestro).*

[325] Ibid.

[326] La actitud de los operadores jurisdiccionales se resume (en una gran mayoría y con muy honrosas excepciones) en una conformidad con su metodología habitual de trabajo, pese a los cursos de capacitación que se desarrollan que no son aparentemente internalizados en el inconsciente colectivo. Nos parece que las actitudes posibles de quienes integramos el Poder Judicial se puede resumir en las siguientes: 1. Pasiva: No hacer nada; 2. Reactiva: Política de apaga fuegos; 3. Pre-activa: Anticiparse a los cambios; y, 4. Pro-activa: Provocar el cambio; las dos últimas son fundamentales para lograr el tan anhelado cambio de nuestro sistema judicial y de la imagen que proyectamos hacia la sociedad.

[327] Casación Nº 2108-03-HUÁNUCO, publicado en el Diario Ooficial El Peruano del 30 de septiembre del 2004, pág. 12727-12729.

Obsérvese que en esta ejecutoria, la Corte Suprema alude al proceso existente, válido y útil; por lo que cabe precisar que nuestro ordenamiento procesal no se adscribe a la teoría de la inexistencia del acto procesal, regulando únicamente la teoría de la nulidad procesal[328], y en cuanto al proceso válido y útil, concordamos en estos extremos, pero nos parece que la validez y la utilidad del proceso no deben relacionarse con la inexistencia sino únicamente con los presupuestos procesales, dado que las condiciones de la acción constituyen una concepción artificiosa que no contribuye a resolver los problemas, denotando un rezago de las teorías concretas de la acción.

Adicionalmente, se puede apreciar el orden metodológico sugerido para el análisis de los presupuestos procesales y las mal denominadas condiciones de la acción, consagrando el sistema dual y, por tanto, fragmentando el saneamiento del proceso.

Sin perjuicio de lo expuesto, pese al criterio reiterado de la jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema sobre el pacífico reconocimiento del sistema dual, resulta sumamente valioso destacar que existen algunas ejecutorias aisladas donde la argumentación de nuestro máximo tribunal supremo transita por rumbos diferentes, sugiriendo importantes avances en su concepción, pues supone un replanteamiento a las posiciones dominantes y tradicionales, postulando nuevas líneas de reflexión; en este sentido, veamos la siguiente ejecutoria: "Para la existencia de una relación jurídica procesal válida deben concurrir los presupuestos procesales y las condiciones de la acción ..."[329] .

Es importante precisar en esta ejecutoria que, al no haberse considerado a las condiciones de la acción como requisitos para emitir la sentencia de fondo válida sino ante todo como requisitos para la validez de la relación procesal, ello podría significar una evolución que permita unificar los presupuestos procesales a partir de los efectos que genera en la relación procesal.

En esta perspectiva, también resulta importante destacar otra ejecutoria que parece insertarse en una línea evolutiva unitaria, pues en su motivación también prescinde de las condiciones de la acción:

> *"... Si bien toda demanda tiene como finalidad que el órgano jurisdiccional emita un pronunciamiento con relación al fondo de la litis para declarar el derecho reclamado a favor del demandante o para denegar el mismo, debe de tomarse en cuenta que para ello es necesario que exista una relación jurídica procesal válida, ya que la no existencia de la misma impide que se efectúe dicho pronunciamiento ..."*[330] *(el subrayado es nuestro).*

Esta última ejecutoria merece rescatar una idea central: para emitir un pronunciamiento de fondo (declarando el derecho material o denegándolo) es necesario que exista una relación jurídica procesal válida y, si no existe tal, ello impide emitir el pronunciamiento de mérito.

[328] El CPC en su Sección Tercera (Actividad Procesal), Título VI (Nulidad de los actos procesales), artículos 171 a 178, regula el régimen de las nulidades, pero no reconoce la teoría de la inexistencia, por lo que aquellos supuestos planteados por la doctrina o la casuística se resuelven con las nulidades procesales; tal es el caso propuesto en la ejecutoria suprema, pues tratándose de la ausencia de jurisdicción (quien emite la resolución ya no tiene el ius imperium del Estado) ello origina inevitablemente su nulidad, antes que su inexistencia.

[329] Casación Nº 2369-2003-LIMA, publicada en el Diario Oficial El Peruano de 28 de febrero del 2005, pág. 13707-13708.

[330] Casación Nº 897-02-AREQUIPA, publicada en el Diario Oficial El Peruano de 03 de febrero del 2003, pág. 1074-10075.

En este razonamiento advertimos un notable avance en la construcción del sistema procesal unitario, pues el único requisito para emitir el fallo de mérito es la relación jurídica procesal válida y no las condiciones de la acción y, aunque no lo dice la ejecutoria, podríamos completar su razonamiento formulando una interrogante: ¿cuál es el requisito para que la relación jurídica procesal sea válida?: que concurran los presupuestos procesales, ¿y cuáles son esos presupuestos procesales?: la competencia del juez, la capacidad procesal de las partes, la legitimidad para obrar, el interés para obrar, la proponibilidad objetiva de la pretensión, y el emplazamiento válido.

La apertura de los presupuestos procesales (comprendiendo entre estos a la legitimidad para obrar y el interés para obrar) posibilita una reconstrucción del sistema procesal, unificando a los requisitos necesarios para la relación procesal válida, abandonando definitivamente a las "condiciones de la acción" que atentan contra un saneamiento integral, eficaz y eficiente, pues en su aplicación práctica no tienen mayor utilidad, induciendo a confusión a los operadores jurisdiccionales, generando lo que denominamos como "saneamiento procesal fragmentado" que consiste en la aplicación del sistema dual sin advertir que la validez de la relación procesal exige la unificación de los requisitos que la mantienen con vida; por lo tanto, este será el nuevo rumbo por el cual transitaremos en lo que queda de nuestra investigación, intentando demostrar la solvencia y utilidad del sistema unitario del derecho procesal civil.

CAPÍTULO V

CONSTRUCCIÓN DE UNA NUEVA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS

1. JUICIO DE PROCEDIBILIDAD VS. JUICIO DE ADMISIBILIDAD

En contraposición a la metodología formalista y procedimental que predomina en el proceso civil donde la admisibilidad (forma) se antepone a la procedibilidad (fondo), consideramos esencial replantear dicho sistema operativo de calificación de los requisitos procesales de los actos que se realizan al interior del proceso.
Los cuestionamientos desarrollados anteriormente han sido contrastados con lo que viene ocurriendo en la aplicación del CPC en los últimos quince años y medio aproximadamente, por ello sólo cabe construir una nueva metodología de análisis que cumpla el destino pensado: ser útil para resolver con eficacia y eficiencia los problemas cotidianos de calificación de los actos postulatorios y los posteriores, sobre los cuales se construye el proceso civil.

En este sentido, el juez debe calificar la exigencia de todos los requisitos establecidos en el Código Procesal (para la procedencia de la pretensión y la admisión de la demanda, así como otros actos trascendentales) con un criterio de razonabilidad y proporcionalidad, pues constitucionalmente no serían admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen[331].

Si bien, se sostiene que el principio del rigor formal es la espina dorsal del proceso, y que esta idea se concreta en el procedimiento, lo que lo convierte en la espina dorsal del formalismo, siendo impensable el proceso sin un determinado orden de actos y una paralela distribución de los poderes entre los sujetos procesales[332], ello no significa de manera alguna que las formalidades sean consideradas como requisitos de primer orden, postergando a los requisitos de fondo como si fueran de segundo orden; por ejemplo, de manera anecdótica cabe recordar que en los inicios de vigencia del CPC se expidieron resoluciones que declaraban inadmisibles las demandas que no tenían consignados los datos del número del escrito o el pedido en la parte superior derecha, o que no guardaban los tres centímetros en el margen izquierdo y dos en el derecho, o no tenían el doble espacio, conforme al artículo 130 del CPC.

El formalismo a ultranza, lejos de poner orden en el proceso, le hace daño, lo convierte en inútil, en un obstáculo para realizar la justicia; en esta concepción se suele entender por una derivación del principio de legalidad que es inadmisible que los magistrados se pongan a crear o alterar reglas procedimentales, aunque sean imperfectas o insatisfactorias las existentes; sin embargo, desde una perspectiva constitucional, no resulta sostenible tal aseveración, por lo que la legalidad formal se dirige fundamentalmente al legislador y sólo secundariamente a los jueces, porque como bien lo sostiene el profesor Alvaro de Oliveira, al desarrollar las relaciones entre formalismo, justicia y

[331] GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. (1984). El derecho a la tutela jurisdiccional. Segunda Edición. Madrid, Editorial Civitas S.A. El profesor español desarrolla ampliamente estos criterios en base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España.
[332] Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto. Op. cit., pág. 221.

política judicial, la operatividad procesal le incumbe al Juez[333] , en tanto tiene que compulsar su poder-deber de juzgar, lo que no significa negar el debido proceso pues este se fortalece con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y se debilita o finalmente se destruye con el excesivo legalismo formalista, situación que ha obligado a la doctrina comparada a elaborar soluciones distantes de nuestra realidad[334] .

En este escenario, consideramos que una metodología que contempla los criterios esbozados y contribuye al desarrollo más eficiente de la función jurisdiccional es la que se ocupa de analizar y verificar en primer lugar, a los requisitos de fondo, de procedibilidad, en razón de la mayor importancia cualitativa que éstos tienen en el proceso. Nuestro planteamiento operacional consiste en realizar los juicios procesales en el siguiente orden:

1. Juicio de Procedibilidad.
2. Juicio de Admisibilidad.
3. Juicio de Fundabilidad.

En un sistema procesal deben ordenarse los requisitos en razón de su importancia y la incidencia de sus efectos en la relación jurídica procesal; no tiene ningún sentido postergar las barreras de protección o filtros procesales o diques del proceso o aduanas del proceso o como quiera denominárseles para un momento posterior, pues ello conspira contra la eficiencia y la utilidad del proceso.

Las críticas que sostienen que con el rechazo liminar de la pretensión se vulnera el derecho constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva actualmente no tienen mayor asidero, pues como bien postula Francisco Chamorro Bernal, la tutela jurisdiccional tiene distintos grados de efectividad desde el punto de vista constitucional; así:

> *"...podemos distinguir cuatro tipos de efectividad, según su mayor o menor grado de formalidad. Así podemos hablar de una efectividad de primer grado que garantizaría simplemente al ciudadano la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional; una efectividad de segundo grado, que exigiría además que la respuesta del órgano jurisdiccional resolviera realmente el problema planteado; una efectividad de tercer grado que garantizaría que la solución al problema fuera razonable y extraída del ordenamiento jurídico una efectividad de cuarto grado, que aseguraría la ejecución de la decisión tomada"*[335].

Por lo tanto, la improcedencia liminar de la pretensión es perfectamente compatible con el derecho a la tutela jurisdiccional, pues el ejercicio del derecho de acción no garantiza que se vaya a obtener una sentencia de mérito sino que su objeto consiste en poner en movimiento el órgano jurisdiccional para lograr una respuesta en primer grado, aún cuando sea discordante a los intereses del demandante, ello no vulnera el debido proceso, siendo tal posición compatible con la Constitución. La vulneración al debido proceso se configura en el supuesto de que el rechazo liminar sea inmotivado, arbitrario, o no se sustente en las causales previstas por el CPC; en este sentido, la Corte Suprema considera que:

[333] Ibid. pág. 370-371.
[334] Se plantean soluciones mediante estándares jurídicos; por ejemplo en Suiza se emplea la figura conocida como "exceso de formalismo" o "formalismo excesivo"; en Argentina la Corte Suprema ha construido la regla del "exceso de formalismo"; en Alemania se desarrolla el principio de la equidad procesal y de justicia; al respecto véase en el texto citado del profesor ÁLVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. Op. cit. pág. 382.
[335] Al respecto CHAMORRO BERNAL, FRANCISCO. (1994). La Tutela Judicial Efectiva, derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución. Barcelona, Bosch Casa Editorial, pág. 277-281.

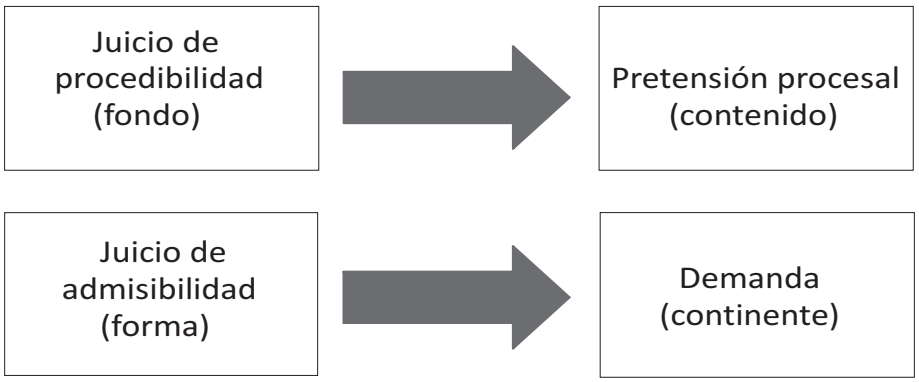
"... Se estará atentando contra el derecho al debido proceso cuando los juzgadores declaran la improcedencia de la demanda por razones ajenas a las causales previstas en el artículo 427 del mismo Código Procesal Civil, sobre improcedencia de la demanda ..."[336].

2. LA PROCEDIBILIDAD DE LA PRETENSIÓN Y LA ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

Asimismo, otra precisión importante sobre la metodología propuesta es que debe tenerse en cuenta la diferencia existente entre la pretensión (contenido) y la demanda (continente); en esa lógica, los requisitos de procedibilidad se califican en función de la pretensión, en tanto que los requisitos de admisibilidad se refieren a la demanda[337].

En efecto, los presupuestos procesales de competencia del juez, capacidad procesal de las partes, legitimidad para obrar, interés para obrar y la proponibilidad objetiva de la pretensión, integran el juicio de procedibilidad, y se refieren evidentemente a la pretensión procesal, pues se infieren de sus elementos estructurales; en tanto que el presupuesto procesal de la demanda en forma, como su nombre lo indica, se refiere únicamente a los requisitos formales extrínsecos, propios del acto materializado en el escrito de la demanda; así (ver Gráfico Nº4):

Gráfico Nº 4
REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD Y ADMISIBILIDAD



[336]Casación Nº 658-2002-Lambayeque, publicado en el diario oficial El Peruano de 02-12-2002, pág. 9612-9613.
[337]TICONA POSTIGO, VICTOR; op. cit., pág. 193-199.

Por cierto, nuestro CPC no contiene una norma general expresa que establezca cuándo la pretensión es procedente o cuándo la demanda es admisible, sólo regula los supuestos de improcedencia e inadmisibilidad a partir de los cuales podemos deducir la procedencia y admisibilidad; sin embargo, cabe resaltar que la técnica procesal del Código tampoco es la más adecuada, pues de su sistemática se podría pensar que al regularse primero la inadmisibilidad de la demanda (artículo 424, CPC) y posteriormente la improcedencia (artículo 427) este sea el orden establecido en el CPC, interpretación que no compartimos máxime que en ambas normas se hace referencia genérica a la demanda sin diferenciarla de la pretensión, lo que no obsta a nuestra propuesta metodológica, precisando que ante la duda sobre la concurrencia de los presupuestos procesales debe interpretarse in dubio pro pretensor optimizando el acceso a la jurisdicción, pues las interpretaciones restrictivas devienen en inconstitucionales. En los casos complejos, bien puede realizarse una "reserva del juicio de procedibilidad"[338] hasta que el justiciable cumpla con subsanar el defecto que impide emitir el pronunciamiento sobre los presupuestos procesales de fondo[339].

Finalmente, también se hace necesaria una mayor precisión conceptual sobre los requisitos de fondo y de forma para superar su indeterminación práctica; en este sentido resulta valioso el aporte de Juan José Monroy Palacios en su trabajo sobre la admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano[340], a partir del cual se analiza con mayor profundidad la bipartición forma/fondo, desarrollando los conceptos de cuestión procesal/forma y cuestión de mérito/fondo, así como los conceptos operativos de cuestiones previas (que a su vez comprende las cuestiones preliminares y cuestiones pejudiciales) y cuestión principal, lo que debe complementarse con la teoría de la nulidad de los actos procesales, en la medida que los defectos de procedencia o de admisibilidad (cuando son trascendentes) originan la ineficacia procesal[341], sin perder de vista que las categorías de la inadmisibilidad e improcedencia en nuestro CPC se han recepcionado en forma inversa a lo que la doctrina y legislación comparada entienden por tales[342], lo que tampoco obsta a nuestras propuestas.

[338]En la experiencia de la judicatura del distrito judicial de Arequipa, observamos que ante casos complejos se expiden resoluciones con la reserva expresa de la procedibilidad, advirtiendo al justiciable que debe subsanar los defectos de forma que inciden directamente en la calificación del fondo, lo que no significa que por ello la regla general debe ser la calificación primigenia de la forma. Esta técnica es útil para operativizar una calificación compleja; piénsese por ejemplo en aquellos casos donde la demanda (continente) omite información imprescindible para determinar la procedencia de la pretensión (contenido).

[339]CARRIÓN LUGO, JORGE. (2000). Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen I. Primera Edición. Lima, Editora Jurídica Grijley, pág. 157-164. El profesor Carrión Lugo utiliza la clasificación de los presupuestos procesales de forma (requisitos para la relación procesal válida) y presupuestos procesales de fondo (condiciones necesarias para el pronunciamiento sobre la pretensión).

[340]Op. cit., pág. 293-308.

[341]Las categorías de la inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa y anulabilidad son desarrolladas con notable precisión por el profesor SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL. (1998). "Nulidad Procesal". En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Tomo II. Lima, Industrial Gráfica, marzo 1998, pág. 561-570.

[342]La doctrina procesal española distingue entre "admisibilidad, procedencia y prosperabilidad. La procedencia del recurso se hace depender de la concurrencia de presupuestos procesales; la admisibilidad del recurso hace referencia a la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para que pueda sustanciarse un recurso procedente, y la falta de éstos hace que el tribunal no pueda llegar a entrar a examinar la cuestión de fondo suscitada por el recurrente; la prosperabilidad se refiere precisamente al fondo del recurso y determina la estimación o desestimación del mismo. Un recurso puede ser así inadmisible, por no cumplir los requisitos establecidos en la ley; improcedente, por falta de algún presupuesto procesal; o admisible y procedente pero inestimable, por carecer de fundamento". Al respecto, puede consultarse en el texto de MONTERO AROCA, JUAN y FLORS MATÍES, JOSÉ. (2001). Los recursos en el proceso civil. Valencia, Tirant Lo Blanch, pág. 42.

CAPÍTULO VI

CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA UNITARIO DEL DERECHO PROCESAL

1. LA UNIFICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Probablemente, un intento de sistematizar a los presupuestos procesales en un conjunto organizado, armónico y coherente (como al que aspiramos), luego de haber pasado una apretada revisión de los trabajos doctrinales, sea una pretensión muy ambiciosa, máxime que varios procesalistas han renunciado a esta labor, considerando que es una tarea imposible[343]; de todas maneras, los obstáculos enfrentados siempre constituyen una motivación para construir un sistema alternativo, caracterizado por una actitud reflexiva y no por una aplicación dogmática y cerrada.

En consecuencia, a lo largo de la presente investigación hemos demostrado que la tan mentada institución de las condiciones de la acción (a estas alturas del desarrollo alcanzado en los estudios procesales contemporáneos) no tiene a la fecha ninguna razón de ser, y por lo mismo debe pasar al museo de la historia procesal; sin embargo, es necesario sistematizar a los conceptos que la integraban -"voluntad de la ley", interés para obrar y legitimidad para obrar- relacionándolos funcionalmente con la institución procesal que realmente le corresponde: la pretensión. Esto no quiere decir que reemplazamos a las condiciones de la acción por la teoría de las "condiciones de la pretensión", sino que sostenemos que la legitimidad e interés para obrar son necesarios para que la postulación de la pretensión sea eficaz, y ante su defecto o ausencia, la pretensión puede ser eventualmente rechazada *in limine litis* sin que ello afecte al derecho de acción como una de las expresiones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Pero, no basta realizar un "vaciamiento" del contenido de las condiciones de la acción, no se trata de una reconducción mecánica de requisitos hacia la pretensión; eso resultaría insuficiente para unificar el sistema procesal. En nuestra concepción es imprescindible sistematizar estos requisitos como un conjunto único[344] y articulado lógicamente y de manera incluso estratificada, como veremos a continuación. De esta manera, analizando la naturaleza y la función que cumplen la legitimidad para obrar y el interés para obrar (desde la perspectiva de la relación jurídica procesal) llegamos a la conclusión que éstos se constituyen como auténticos presupuestos procesales[345], por lo que unificados a la competencia del juez, capacidad procesal de las partes y requisitos de la demanda en forma, constituyen un sistema unitario que posibilita la validez de la relación procesal.

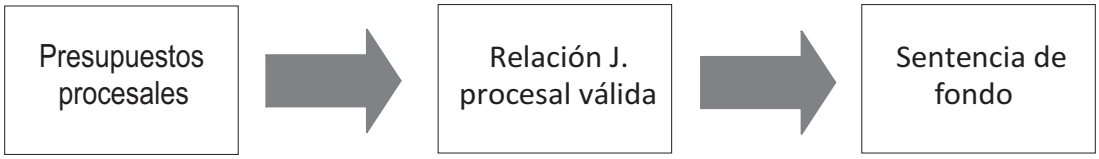
[343] VILELA CARVAJAL, KARLA. (2007). Nulidades Procesales Civiles y Sentencia Firme. Lima, Palestra Editores, pág. 32-33. La profesora VILELA CARBAJAL cita a JESÚS MIGUEL HERNÁNDEZ GALILEA, quien manifiesta que "gran parte de los problemas que existen respecto a los presupuestos procesales obedecen a una doble causa: la indeterminación de lo que debe ser considerado como presupuesto procesal, y, en segundo término, porque no se sabe respecto a qué elemento adquieren la condición de presupuestos; aspectos ambos que se encuentran mutuamente condicionados porque la determinación de los presupuestos exigiría, con carácter previo, un concepto de presupuestos procesales. Pero ese tratamiento marginal vinculado generalmente a la ineficacia, hace que en el momento actual, sea una tarea imposible".

[344] Esta perspectiva del tratamiento uniforme de los presupuestos procesales también es postulada por el profesor MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ, quien desde una perspectiva constitucional y filosófica, justifica una categoría genérica de los presupuestos procesales que contiene a los "presupuestos materiales para la sentencia de fondo"; véase AGUDELO RAMÍREZ, MARTÍN. (2004). Introducción al Estudio del Derecho Procesal: una aproximación dogmática, constitucional y filosófica a la Teoría General del Proceso. Tercera Edición. Medellín, Señal Editora, pág. 322.

[345] JUAN MONTERO AROCA sostiene actualmente la naturaleza procesal de la legitimación para obrar: “nos situamos en

La consecuencia de esta unificación nos conduce a otra conclusión: sólo si la relación jurídica procesal es válida, es posible emitir un pronunciamiento de fondo válido. En esta perspectiva, podemos sintetizar nuestra tesis de la siguiente manera (ver Gráfico Nº5):

Gráfico Nº 5
REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD Y ADMISIBILIDAD



Consideramos que esta propuesta sistemática y unitaria contribuye a clarificar el panorama procesal, pues a diferencia del sistema dual o fragmentado (construido artificialmente y con aplicación teórica), el sistema unitario o causalista se construye sobre la base de los presupuestos procesales en su aplicación dinámica y práctica, operativizando con mayores ventajas el control de los requisitos de validez de la relación jurídica procesal desde el inicio del proceso, dentro del contexto del derecho procesal publicista, cuya finalidad es que las instituciones procesales sean coherentes con los principios constitucionales pues estos constituyen los cimientos del debido proceso, sin cuya observancia tampoco será posible la materialización del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en sus diversos grados.

2. HACIA UN ANÁLISIS ESTRATIFICADO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Finalmente, para culminar la propuesta del sistema unitario, es necesario plantearse el problema actual del control de los presupuestos procesales: la experiencia demuestra una aplicación desordenada, ilógica, carente de razonabilidad, y por supuesto, tal desmanejo procesal incide también en la formulación de los medios de defensa (excepciones), que son deducidos de manera aleatoria, sin un criterio lógico o de finalidad desde el punto de vista de los efectos perentorios o dilatorios que producen en el proceso. Probablemente la defectuosa técnica del CPC al regular en sentido negativo los requisitos de procedibilidad en el artículo 427 en forma aleatoria, también ha contribuido a esta disfunconalidad, por lo que convendría invertir la regulación de estos requisitos en sentido positivo[346].

contra de la doctrina mayoritaria en España, sosteniendo la naturaleza procesal de la legitimación ... la falta de legitimación en el actor o en el demandado, o en los dos, debe conducir a que se dicte una resolución meramente procesal, no una sentencia de fondo absolutoria del demandado, ... en ocasiones es posible, y aun necesario legalmente, debatir y resolver sobre la legitimación in limine litis, esto es, sin dejar que el proceso se desarrolle hasta su final por sentencia". En su texto: MONTERO AROCA, JUAN. (2007). De la Legitimación en el Proceso Civil. (2007). Barcelona, Editorial Bosch S.A., pág. 80.

[346]En la doctrina procesal española se desarrolla la inversión del juicio de admisibilidad (en el Perú entiéndase procedibilidad) en el proceso de amparo, endureciendo los requisitos de admisibilidad a través de una objetivación de los mismos inspirada en el certiorari del Tribunal Supremo de los Estados Unidos; así, en la situación anterior "se comprobaba la existencia o no de alguna de las causas de inadmisión, que eran tasadas, en la reforma se opta por un requisito en positivo (cumplir alguno de los requisitos anteriores suponía la inadmisión, el cumplimiento de los que ahora se pretenden supone la admisión) ... Se pasa, así, de un análisis negativo a uno positivo, en principio más exigente, invirtiéndose el juicio de admisibilidad". Al respecto, véase el trabajo de los profesores FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO y GUDE FERNÁNDEZ, ANA. (2007).

Pero, esencialmente, nos interesa reflexionar sobre la posibilidad de realizar un análisis estratificado de los presupuestos procesales, de manera tal que "ordenemos el desorden", basados en las afirmaciones de Chiovenda, quien sostenía:

> *"De todas las cuestiones surgidas en un proceso, la última y la más importante es la cuestión acerca de la existencia de una voluntad concreta de la ley que garantice un bien a alguien. Todas las demás se presentan en un orden lógico como previa la una de la otra, y todas, de la última, en el sentido de que una debe conocerse antes que otra, o que la solución de una puede hacer inútil pasar a la siguiente. Este orden lógico no es, sin embargo, siempre obligatorio por ley"...*
> *"Este reparto y esta graduación de las cuestiones procesales están fundadas en el carácter preferente que presentan los especiales requisitos clasificados en el primero o en el segundo grupo, y es la que mejor responde a las exigencias de claridad y sencillez y a la solución de las dificultades prácticas, principalmente las que surgen en torno al orden del examen y a los efectos de la resolución. Cabe que alguna de estas condiciones presente algún elemento secundario que podría hacerla colocar en una categoría diferente o en una intermedia"*[347].

En nuestra concepción, resulta una cuestión prioritaria y de necesidad metodológica plantear la posibilidad del análisis estratificado de los presupuestos procesales que deben ser analizados sistemáticamente, en diferentes niveles, según su naturaleza y los efectos perentorios o dilatorios que generan respecto de la relación jurídica procesal; estos criterios son los que deben orientar el análisis lógico del juez, dotando de racionalidad y razonabilidad al sistema unitario y estratificado, lo que se traduce en un proveimiento adecuado, entendido como un derecho procesal[348].

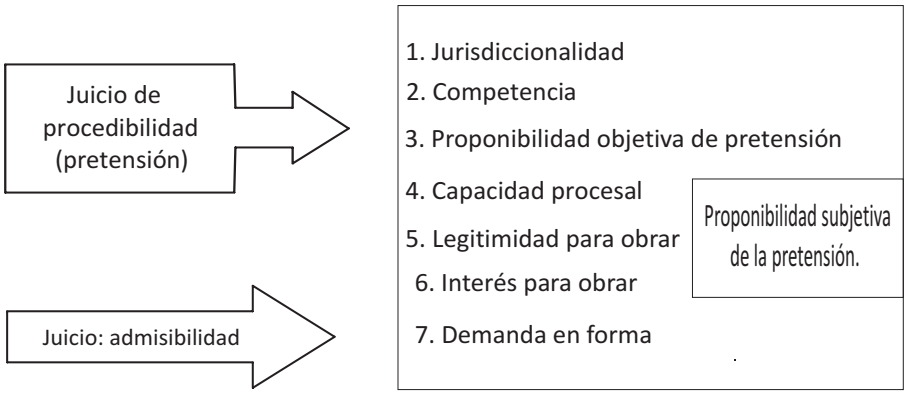
En este orden de ideas, en primer lugar debe analizarse la jurisdicción (género) y la competencia del juez (especie), enseguida se verifica la proponibilidad objetiva de la pretensión (que el objeto de la pretensión sea posible física y/o jurídicamente), luego debe atenderse a la capacidad procesal de las partes (aptitud de realizar actividad procesal válida en todo proceso), a continuación la legitimidad para obrar (posición habilitante para deducir determinada pretensión en un caso concreto), el interés para obrar (la necesidad de tutela jurisdiccional es concreta, en función del conflicto de intereses), destacando que este bloque de requisitos respecto de los sujetos (capacidad, legitimidad e interés para obrar) se refieren a la proponibilidad subjetiva de la pretensión. Por último, superado el juicio de procedibilidad, se verifican los requisitos de la demanda en forma. Así, esquematizamos y explicamos nuestra propuesta de la siguiente manera (ver Gráfico Nº6):

"La reforma del trámite de admisión del recurso de amparo". En: PÉREZTREMPS, PABLO (Coordinador). La Reforma del Tribunal Constitucional, Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Valencia, Tirant Lo Blanch, pág. 677.

[347] CHIOVENDA, GIUSEPPE Instituciones de Derecho Procesal Civil. Op. cit., pág. 80.

[348] MARINONI, LUIZ GUILHERME. (2007). Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Primera Edición. Lima, Palestra Editores. El profesor brasileño desarrolla el derecho al proveimiento adecuado y afirma: "Como la prestación efectiva de la tutela del derecho depende del proveimiento adecuado, es claro que no hay cómo hablar de derecho a la tutela sin pensar en un derecho al proveimiento que sea capaz de prestarla. Antes que nada, cabe aclarar que, cuando aludimos al proveimiento, estamos refiriéndonos a la decisión interlocutoria y a la sentencia. Evitamos hablar sólo de la sentencia debido a que la decisión interlocutoria (y no solamente la sentencia) también debe asumir formas variadas para poder tutelar de manera adecuada los derechos"; pág. 260-261.

Gráfico Nº 6
REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD Y ADMISIBILIDAD



El análisis estratificado se basa esencialmente en la naturaleza jurídica de estos requisitos, que secuencialmente intentan explicar la relación que tienen los presupuestos procesales uno respecto del otro, en los efectos que generan en forma secuencial y lógica, de manera tal que la afirmación del primero permite analizar el siguiente y así sucesivamente, lo que supone que la ausencia del anterior impide analizar el posterior. Por cierto, es relevante precisar que los presupuestos procesales tienen un aspecto positivo (cuando se verifica su concurrencia en el proceso) y un aspecto negativo (cuando se configura su defecto o ausencia), que se explica en forma dialéctica, siendo labor del juez controlar ex office tales aspectos, pues corresponden al orden público procesal; así tenemos (ver Cuadro Nº2):

Cuadro Nº 2
PRESUPUESTOS PROCESALES: ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS

Aspecto positivo	Aspecto negativo
Jurisdicción	Ausencia de jurisdicción
Competencia del juez	Incompetencia del juez
Proponibilidad objetiva de la pretensión	Improponibilidad objetiva de la pretensión
Capacidad procesal	Incapacidad procesal
Legitimidad para obrar	Ilegitimidad para obrar
Interés para obrar	Ausencia de interés procesal
Demanda en forma	Demanda informal

En esta primera aproximación tentativa, expliquemos brevemente nuestra perspectiva en el orden estratificado sugerido.

2.1. La competencia absoluta del juez

Si bien la competencia es el principal presupuesto procesal, debemos referir que antes de que un juez analice su competencia, es necesario que previamente sea juez, es decir, se encuentre investido del *ius imperium* del Estado para poder hacer uso del poder-deber de juzgar en abstracto (jurisdicción), lo que supone haber sido nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura y haber jurado el cargo.

Luego, recién podría estarse en condiciones de analizar su competencia; en buena cuenta la competencia presupone la jurisdicción, pero la jurisdicción no presupone a la competencia. Podría afirmarse que existe una relación de género (jurisdicción) a especie (competencia); los elementos de la competencia objetiva absoluta son la materia, la cuantía, el grado o función, en tanto que el territorio es prorrogable y forma parte de la denominada competencia relativa, salvo que fuera improrrogable. El turno es de observancia en algunos procesos, y en otros la distribución de los procesos se realiza de manera aleatoria por el sistema informático de las centrales generales de distribución. Conforme a nuestro CPC, el juez debe analizar si es competente para conocer del juzgamiento respecto de la pretensión deducida, ello por aplicación imperativa de los artículos 9, 10, 19, 35 y 427 inciso 4 del CPC.

2.2. La proponibilidad objetiva de la pretensión

El análisis de este requisito inherente al proceso resulta complejo, por lo que provisionalmente podemos sostener que, dentro de los presupuestos procesales para la validez de la relación jurídica procesal debe considerarse aquél referido a controlar que el objeto de la pretensión (petitorio) sea posible de realización tanto físicamente como jurídicamente y no adolezca de un objeto inidóneo, de tal manera que el efecto jurídico solicitado sea atendible, o como sostiene la doctrina procesal argentina, la pretensión no sea improponible objetivamente[349].

Es tal la importancia de verificar *in limine litis* que el efecto jurídico pretendido es posible de realizarse en el mundo real como en el ámbito jurídico, que nos atrevemos a sostener que debe ser analizado incluso antes de verificar la capacidad procesal o la legitimidad para obrar y el interés para obrar (proponibilidad subjetiva); por cuanto el juez verifica que la pretensión sea jurídica -en tanto se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico[350] - y si determina que es improponible objetivamente, no tiene sentido ni utilidad práctica verificar si quien la deduce es capaz o incapaz o si ostenta o no la legitimación para obrar, pues en cualquiera de las hipótesis, su pretensión no será atendible en sede jurisdiccional. En nuestro CPC, el inciso 6 del artículo 427 establece que la demanda será declarada improcedente cuando el petitorio fuese jurídica o físicamente imposible.

Ello es evidente pues el proceso debe servir para resolver conflictos con relevancia jurídica actual y vigente, no para cuestiones prohibidas o que contravienen el orden público o las buenas costumbres;

[349]MORELLO, AUGUSTO MARIO Y BERIZONCE, ROBERTO. La eficacia del proceso. Op. cit., pág. 299-312. El profesor MORELLO, en coautoría con BERIZONCE sostiene: "resulta improponible la demanda toda vez que el objeto jurídico perseguido esté excluido de plano por la ley ... En estos casos, si el objeto o la causa en que se sustenta la acción o pretensión que porta la demanda son ilícitos o contrarios a la ley o a las buenas costumbres, o en sí se exhiben constitutivamente inhábiles para hacerse audibles, de disponerse su sustanciación se daría lugar a un proceso infecundo, que habría nacido frustrado ab origine", pág. 305.

[350]Cabe precisar que, el orden jurídico no se limita sólo a la norma positiva sino que está integrado por la jurisprudencia, los principios del derecho, la doctrina, e incluso la costumbre en ciertos casos; por lo que la pretensión postulada debe encontrar fundamento en alguna de las fuentes del derecho y ser digna de tutela.

la relevancia jurídica del conflicto supone que lo pretendido no se encuentra proscrito en el orden jurídico. En otro momento nos ocuparemos más detenidamente sobre la cuestión de su ubicación estratificada y de las razones materiales y procesales que determinan su calificación de manera preliminar a la capacidad procesal y no con posterioridad a ella; por tanto, la ubicación asignada debe ser analizada con estas reservas.

2.3. La capacidad procesal de las partes (abstracto)

Si la pretensión deducida es proponible objetivamente, entonces debe analizarse si el sujeto que la postula posee capacidad de obrar; el examen de la capacidad procesal de los justiciables supone que tanto el demandante y demandado deben tener la aptitud para realizar actos procesales válidos dentro de un proceso en general, por eso la doctrina también la denomina como *legitimatio ad processum*, precisamente porque alude a quién puede ser parte en abstracto o en general, sin referencia a un proceso concreto[351] pues tal calidad resulta posterior a la afirmación de la capacidad. En casos complejos o de duda se optimiza su concurrencia mediante una presunción *iuris tantum*, que posteriormente puede ser desvirtuada mediante la excepción deducida por el demandado o recalificado de oficio por el juez. La capacidad procesal está regulada por las normas procesales en función de las propias necesidades de cada tipo de proceso y hasta de cierto tipo de pretensiones (el caso de la pretensión alimenticia deducida por la madre menor de 14 años). Actualmente la doctrina procesal italiana se refiere a esta categoría procesal como la capacidad de obrar, diferenciándola de la capacidad jurídica, superando la clásica distinción de la doctrina francesa que postulaba las denominaciones de capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

2.4. La legitimidad para obrar (concreto)

Afirmada la capacidad procesal, debe analizarse -en concreto- la posición del accionante y del demandado respecto a la pretensión deducida; obviamente, si no existe capacidad de obrar carece de objeto indagar sobre la legitimidad. En este orden, este instituto tradicionalmente fue considerado como una condición de la acción, siendo en realidad un auténtico presupuesto procesal conceptualizado por la doctrina clásica como *legitimatio ad causam*, y actualmente como la posición habilitante para deducir la pretensión por quien afirma la titularidad del derecho material en contra de quien se imputa una obligación[352]. Por cierto, la "afirmación" del derecho e "imputación" de la obligación no supone que realmente sea el titular del derecho o que sea el obligado, pero resuelve el problema de la calificación liminar de este requisito. Debe precisarse que la legitimidad sólo tiene sentido en un proceso concreto y determinado[353], estableciendo la posición del accionante respecto de la pretensión deducida o en relación al litigio de que se trate[354].

El artículo 427 inciso 1 del CPC considera a la legitimidad para obrar del demandante como requisito de procedibilidad de la demanda (entiéndase de la pretensión), y sólo cuando su ausencia es manifiesta, se declara improcedente.

[351] MONTERO AROCA, JUAN. Op.cit., pág. 59.
[352] Ibid. pág. 65.
[353] Ibid.
[354] MATHEUS LÓPEZ, CARLOS ALBERTO. (1999). Teoría General del Proceso, el litisconsorcio necesario. Primera Edición. Lima, ARA Editores, pág. 46.

Por otro lado, el defecto de la legitimidad pasiva constituye un defecto procesal subsanable, pues el artículo 451 inciso 4 del citado Código establece como efecto de la excepción la suspensión del proceso hasta que el demandante establezca correctamente la relación jurídica procesal; vencido el plazo sin haberse establecido tal relación, se declara la nulidad de lo actuado y concluido el proceso. Asimismo, no debe confundirse la legitimidad para obrar con el derecho material, pues este último se analiza en el fondo del proceso (fundabilidad) y se determina realizando la valoración de las pruebas actuadas; pese a ello, en algunos casos, la distinción entre ambas categorías se torna compleja.

2.5. El interés para obrar

Una vez que se ha determinado a los sujetos de los polos activo y pasivo de la relación procesal, debe indagarse sobre su necesidad de tutela jurisdiccional y no a la inversa, pues no parece lógico averiguar sobre el interés para obrar de quien previamente no se encuentra legitimado respecto a la pretensión deducida, aún cuando hay algún sector que prioriza el interés sobre la legitimidad[355]. El interés para obrar se conceptualiza como el estado de necesidad actual e inmediata de tutela jurisdiccional en que se encuentra el justiciable para lograr la solución del conflicto, no teniendo ninguna otra alternativa que recurrir al órgano jurisdiccional.

Actualmente el interés para obrar admite dos enfoques para verificar su concurrencia en el proceso:

- Interés para obrar como medio.- Referido a que antes de instaurar un proceso en sede judicial, el justiciable previamente y obligatoriamente debe agotar todos los medios necesarios para satisfacer su pretensión, y sólo ante el fracaso de tales medios recurre al órgano jurisdiccional -concepción de Leo Rosemberg-; por ejemplo; intentar la conciliación extrajudicial obligatoria en los casos que la norma lo establece.
- Interés para obrar como resultado.- Referido a un juicio de utilidad sobre el resultado del proceso, pues si la resolución final le reconoce un derecho, interés o situación jurídica de ventaja al justiciable, entonces se afirma la existencia del interés para obrar, en caso contrario el justiciable no obtiene ningún reconocimiento y se encuentra exactamente igual que antes de instaurar el proceso. Se niega la existencia del interés para obrar -concepción de Ugo Rocco[356].

El análisis de la necesidad de tutela jurídica no supone valoración de medios probatorios de fondo sino un juicio de utilidad procesal sobre la proponibilidad objetiva de la pretensión. Por ejemplo: Una pretensión que tiene por objeto el cumplimiento de una obligación personalísima de pintar un cuadro, sin embargo el pintor ha perdido los brazos en un accidente, y el demandante conociendo tal imposibilidad interpone la demanda. ¿Cuál será el resultado de este proceso? Evidentemente el proceso no es útil ni eficaz para el objeto de la pretensión, o mejor dicho, el petitorio resulta físicamente imposible. En este sentido, el artículo 427 inciso 2 del CPC regula al interés para obrar como requisito de procedibilidad de la demanda (entiéndase pretensión), y en caso de su ausencia manifiesta, se declara improcedente liminarmente. En casos de duda, deben aplicarse los principios *in dubio pro pretensor y favor processum*.

[355]MIGUEL ENRIQUE ROJAS GÓMEZ sostiene que "... no todo el que tiene interés para obrar goza de legitimación en la causa, pero en cambio todo el que está legitimado en la causa debe tener interés para obrar, como que éste es el presupuesto que el ordenamiento ha de considerar para otorgar la legitimación". Ver: ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. (2004). Teoría del Proceso. Segunda. Edición. Lima, Universidad Externado de Colombia, pág. 112.

[356]ROCCO, UGO. (1983). Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen I. Parte General. Segunda Reimpresión. Bogotá, Temis; Buenos Aires, Depalma, pág. 343.

2.6. La demanda en forma

Finalmente, agotado el juicio de procedibilidad realizado sobre la pretensión procesal, deben analizarse los requisitos propios de la demanda los cuales, en conjunto, reciben el nomen iuris de la demanda en forma y sobre los cuales recae el juicio de admisibilidad.

Estos requisitos se encuentran previstos en los artículos 424 y 425 del CPC, pero también deben tenerse presentes los artículos 130, 131 y 132 del citado Código. Cabe precisar que de todas las formalidades exigidas las más trascendentales son: el petitorio completo y preciso, y la conexión lógica entre hechos y petitorio[357] aún cuando ésta última y la indebida acumulación de pretensiones (que en la doctrina no tienen autonomía como presupuestos procesales) generan la improcedencia; en todo caso, cualquier defecto en los aspectos mencionados imposibilitaría al juzgador para que pueda pronunciarse sobre la validez de la relación jurídica procesal pues no existiría la demanda en forma, sino todo lo contrario, una demanda informal.

Por cierto, si bien las formalidades contribuyen al orden y a la seguridad,

> *"...cuando son desproporcionadas o irrazonables, o cuando el juzgador se apega rigurosamente a ellas quitándoles su verdadero sentido o valor, se produce un ritualismo o abuso de las formas que se traduce en una inutilidad del proceso -o del procedimiento- para alcanzar la justicia"*[358].

Por tanto, en el examen de admisibilidad se debe interpretar el CPC desde la Constitución, flexibilizando las formalidades procesales y eliminando el ritualismo[359], de tal manera que el contenido esencial del derecho de acción de acceder libremente al Poder Judicial mediante un proceso con todas las garantías[360] no sea restringido por el predominio de formalidades, sino que estas exigencias sean adecuadas de manera proporcional y razonable para optimizar el fin concreto y abstracto del proceso civil.

[357]Concordamos con la posición de nuestro profesor VÍCTOR TICONA POSTIGO, anteriormente citado, aún cuando en estricto sentido la posibilidad física y jurídica del petitorio es más trascendente que la forma, y tiene que ver con la procedibilidad de la pretensión; es decir, si bien los tres aspectos exigidos (petitorio completo y preciso, conexión lógica entre petitorio y hechos, y posibilidad física y jurídica del petitorio) se relacionan con el petitorio, el análisis sobre el objeto de la pretensión (petitorio) se realiza en dos niveles: a) juicio de procedibilidad (referido a la posibilidad física y/o jurídica de los peticionados, y a su conexión lógica con los hechos); y b) juicio de admisibilidad (referido al petitorio claro y preciso). TICONA POSTIGO, VÍCTOR. El debido proceso y la demanda civil. Op. cit., pág. 365.

[358]BUSTAMANTE ALARCÓN, REYNALDO. (2001). Derechos Fundamentales y Proceso Justo. Primera Edición. Lima, ARA Editores, pág. 278-279.

[359]Op. cit.

[360]GIMENO SENDRA, VICENTE; MORENILLA ALLARD, PABLO; TORRES DEL MORAL, ANTONIO y DÍAZ MARTÍNEZ, MANUEL. (2007). Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. Primera Edición. Madrid, Editorial Colex, pág. 523.

CAPÍTULO VII

EL SANEAMIENTO PROCESAL UNITARIO EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR ORALIZADA

Por último, de poco servirían la implementación de las propuestas de la metodología alternativa (procedibilidad-admisibilidad-fundabilidad) del sistema unitario del derecho procesal y del análisis estratificado de los presupuestos procesales si el modelo de proceso civil continúa siendo de naturaleza formal y escrita, donde el expediente judicial es el centro de atención de los operadores jurisdiccionales antes que los propios justiciables, lo que obliga a reclamar como fundamental y urgente la necesidad del cambio del modelo de proceso civil actual por un proceso oral[361], donde predomine la inmediación y la concentración de la actividad procesal, con una Audiencia Preliminar, pese a los cuestionamientos de su utilidad práctica[362]; donde se analicen los presupuestos procesales, decidiendo en el acto mismo sobre su concurrencia, defecto o ausencia, con lo cual se eliminarían las dilaciones y el engorroso trámite burocratizado de los interminables escritos, eliminando el paradigma del juez lector y sentenciador, por el juez visible y director.

Evidentemente el abandono del actual modelo procesal predominantemente escrito por el sistema de procesos orales requiere de la existencia de medios técnicos que permitan soportar el nuevo modelo con notificaciones electrónicas, utilizando sistemas de internet y adecuadas medidas de seguridad ante la eventualidad de los nuevos problemas (piénsese en las nulidades electrónicas o por fallas del sistema informático) que seguramente obligarán a la recepción de nuevos principios procesales (principio de consumación, principio de seguridad, principio de la confianza legítima, principio de cooperación)[363] . Asimismo, se requiere también de una adecuada capacitación de los operadores jurisdiccionales, de tal manera que se superen los inconvenientes acontecidos en la implementación del nuevo modelo procesal penal[364], preservando las garantías a las partes, pues en un sistema procesal donde sólo el juez o el fiscal se encuentran altamente capacitados a diferencia de los abogados, estos no podrán desempeñarse en condiciones óptimas para garantizar la adecuada defensa técnica, generando una disfuncionalidad procesal del modelo oral, que sólo serviría para legalizar un remedo de justicia.

[361]PALOMO VÉLEZ, DIEGO I. (2008). "La Audiencia previa y el modelo procesal oral que debe buscar Chile: Consideraciones en torno a una pieza procesal clave". En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Nº X. Lima, Commnitas, pág. 153-185.

[362]En España, el profesor JAIME ALONSO-CUEVILLAS y SAYROL sostiene: "En el derecho comparado es constatable ... una creciente tendencia hacia la configuración de la audiencia como un trámite no obligatorio, sino facultativo "así tenemos la ya vista reformada Erste Tagsatzung austríaca, el früher erster Termin alemán, la audiencia preparatoria portuguesa, el despacho saneador brasileño o la audiencia de absolución de posiciones argentina. En todos los casos, la facultatividad de la celebración, o en su caso la sustitución por un trámite de carácter escrito, parte de la premisa fáctica del no idóneo funcionamiento de la administración de justicia. Cuando, como sucede con frecuencia, se constata ya liminarmente la innecesariedad de la audiencia, su preceptiva celebración con carácter oral se convierte en un trámite meramente formulario y, por ende, injustificadamente dilatorio -en mayor o menor medida, dependiendo del mejor o peor funcionamiento de la administración de justicia-. Un trámite procesal tan útil en otros supuestos se convierte pues, frecuentemente, en un acto no sólo inútil, sino incluso inconveniente". ALONSO-CUEVILLAS y SAYROL, JAIME. (1988). "La comparecencia preparatoria del futuro proceso civil" publicado en: PICÓ I JUNOY, JOAN (director). Presente y Futuro del Proceso Civil. Barcelona, José María Bosch Editor, pág. 225.

[363]ÁLVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. Op. cit., pág. 424-426.

[364]La capacitación del nuevo Código Procesal Penal (que consagra el modelo oral) se ha dirigido sólo a los jueces y fiscales, obviando a los abogados quienes también forman parte del sistema judicial, por lo tanto, su capacitación y desempeño técnico es importante en la implementación de cualquier reforma procesal.

Por lo tanto, los operadores jurisdiccionales debemos ser conscientes de estas limitaciones con el fin de prepararnos adecuadamente para asumir un nuevo tipo de proceso civil; este nuevo modelo procesal nos obligará a repensar la rutina habitual de trabajo en el despacho judicial y, eventualmente, nos conducirá a abandonar los esquemas mentales que venimos aplicando, pues reemplazaríamos el expediente escrito por el expediente virtual o electrónico, donde el ideal sería una "tolerancia cero al papel"[365] ; con todo ello, esperamos lograr la efectividad de la justicia y una mayor transparencia en el manejo de la información, tutelando los derechos materiales y los derechos de naturaleza procesal de los justiciables[366].

Finalmente, en esta Audiencia Preliminar, además de pronunciarse sobre la validez de la relación jurídica procesal, también se debe delimitar el *tema probandum* y el *tema decidendum*, determinando los puntos controvertidos, e incluso pueden prepararse los medios probatorios de las partes y éstos podrían establecer el orden de su actuación, de acuerdo a su estrategia de defensa, con lo cual también se garantiza la libertad probatoria de los justiciables. En este nuevo escenario esperamos encontrar a los jueces que con fortaleza moral y sabiduría conduzcan el proceso a su destino final: la solución definitiva del conflicto, restableciendo el concepto carneluttiano de la tan anhelada paz social en justicia.

[365]Esta opción supondría la modificación de la Constitución que en su inciso 5 del artículo 139 exige la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, como garantía y principio de la función jurisdiccional.

[366]NATAREN NANDAYAPA, CARLOS F. (2006). La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. Primera Edición. México, Universidad Autónoma de México, pág. 10. El profesor mexicano sostiene: "Los derechos fundamentales de naturaleza procesal son derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, configuran un conjunto de facultades de los ciudadanos frente a los jueces y tribunales. Además, los derechos procesales tienen una clarísima dimensión objetiva que hace de ellos unos derechos sensiblemente diferentes al resto de los derechos fundamentales".

REFLEXIÓN FINAL

Terminamos como empezamos, puntualizando que el método formal y procedimental utilizado a la fecha no tiene mayor utilidad; que el sistema dual de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción ha sido desarrollado por la doctrina de manera inconsistente, y hasta nuestros días se vienen sosteniendo concepciones decimonónicas que contrastadas con los principios constitucionales no tienen mayor vigencia. Muchas de éstas son instituciones irreales, cual fantasmas jurídicos, tal vez no existen o nunca debieron existir, pero seguiremos creyendo en ellas mientras no cuestionemos su naturaleza, su función, o su propia utilidad, confrontándolas incluso inevitablemente desde las perspectivas constitucionales, y sólo así podrían justificar su existencia.

Este estado de cosas nos obliga a un intento de construcción de una metodología alternativa, optimizando el fondo sobre la forma dentro de un pretendido sistema unitario del derecho procesal, con un análisis estratificado de los presupuestos procesales y un saneamiento integral en un nuevo escenario oral. Sin embargo, las reflexiones planteadas y la posición asumida no tienen pretensiones de verdad absoluta, por el contrario, intentamos reconstruir un sistema procesal que históricamente percibimos como ineficaz e incoherente, como bien sostiene Oskar Von Bülow: "En esta obra, he realizado el intento de poner en claro algunos de esos conceptos fundamentales. La tarea principal consistía en desechar una teoría equivocada y falseadora de todo el sistema procesal civil, por culpa de la cual estuvieron aquéllos totalmente ocultos hasta hoy"[367].

[367] En el prólogo de su célebre obra: La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales. Op. cit.

BIBLIOGRAFÍA

• ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. (2008).
Recomendaciones Técnicas Sustantivas a las Universidades para la Mejora de la Formación de los Estudiantes de las Facultades de Derecho que aspiran a la Magistratura. Primera Edición. Lima, publicación realizada con el apoyo del Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia - Banco Mundial.
• AGUDELO RAMÍREZ, MARTÍN. (2004).
Introducción al Estudio del Derecho Procesal: una aproximación dogmática, constitucional y filosófica a la Teoría General del Proceso. Tercera Edición. Medellín, Señal Editora.
• ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, JAIME. (1998).
"La comparecencia preparatoria del futuro proceso civil", publicado en la obra colectiva: PICÓ I
• JUNOY, JOAN (director). (1998).
Presente y Futuro del Proceso Civil. Barcelona, José María Bosch Editor.
• ALSINA, HUGO. (1958).
Defensas y Excepciones. Buenos Aires, Ediciones EJEA.
• ALSINA, HUGO. (1961).
Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I. Parte General. Segunda Edición. Buenos Aires, Ediar Editores.
• ÁLVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. (2007).
Del Formalismo en el Proceso Civil (propuesta de un formalismo-valorativo). Primera Edición. Traducido por Juan José Monroy Palacios. Lima, Palestra Editores, Biblioteca de Derecho Procesal, Nº 7.
• ALZAMORA VALDEZ, MARIO. (en el libro no se precisa el año).
Derecho Procesal Civil. Teoría general del Proceso. Octava Edición. Lima, Ediciones EDDILI.
• BUSTAMANTE ALARCÓN, REYNALDO. (2001).
Derechos Fundamentales y Proceso Justo. Primera Edición. Lima, ARA Editores.
• BUZAID, ALFREDO. (1967).
"El Despacho Saneador". En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Nº 3. Madrid, no se precisa editorial.
• CARRIÓN LUGO, JORGE. (2000).
Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen I. Primera Edición. Lima, Editora Jurídica Grijley.
• CHAMORRO BERNAL, FRANCISCO. (1994).
La Tutela Judicial Efectiva. Primera Edición. Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A.
• CHIOVENDA, GIUSEPPE. (1954).
Instituciones de Derecho Procesal Civil. Volumen I, Conceptos Fundamentales: la doctrina de las acciones. Traducción del italiano realizada por Emilio Gómez Orbaneja. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
• COUTURE, EDUARDO. (1958).
Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. Buenos Aires, Ediciones Depalma.
• DEVÍS ECHANDÍA, HERNANDO. (1963).
Compendio de Derecho Procesal Civil. Parte General. Bogotá, Editorial Temis.
• EDUARDO B., CARLOS. (1959).
Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
• FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO y GUDE FERNÁNDEZ, ANA. (2007).
"La reforma del trámite de admisión del recurso de amparo". En: PÉREZ TREMPS, PABLO (coordinador). La Reforma del Tribunal Constitucional, Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Valencia, Tirant Lo Blanch.
• FERRATER MORA, JOSÉ. (1964).
Diccionario de Filosofía. Quinta Edición. Buenos Aires, Editorial Sudamericana.
• FERRERO COSTA, AUGUSTO. (1980).
Derecho Procesal Civil, Excepciones, Tercera Edición corregida y aumentada. Lima, Editorial Ausonia, Talleres Gráficos S.A.
• FIX ZAMUDIO, HÉCTOR. (1985).
"Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso"; presentado en las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, realizada en Madrid, España.

• GIMENO SENDRA, VICENTE; MORENILLA ALLARD, PABLO; TORRES DEL MORAL, ANTONIO y DÍAZ MARTÍNEZ, MANUEL. (2007).
Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. Primera Edición. Madrid, Editorial COLEX.
• GOLDSCHMIDT, JAMES. (1935).
Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Barcelona, Editorial Labor S.A.
• GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. (1984).
El derecho a la tutela jurisdiccional. Segunda Edición. Madrid, Editorial Civitas S.A.
• GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO. (1996).
Teoría General del Derecho Procesal, Jurisdicción, acción y proceso. Buenos Aires, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
• GUZMÁN FERRER, FERNANDO. (1986).
Código de Procedimientos Civiles (Exposición de Motivos, Antecedentes, Concordancias, Proyectos de Reforma, Legislación Comparada, Jurisprudencia). Cuarta Edición actualizada. Lima, Editorial Científica S.R.L.
• IDROGO DELGADO, TEÓFILO. (2002).
Derecho Procesal Civil. Tomo I. Proceso de Conocimiento. Primera Edición. Lima, Marsol Perú Editores S.A.
• KISCH. (1940).
Elementos de Derecho Procesal Civil. Traducción de Prieto Castro de la Cuarta Edición alemana y Ediciones de Derecho Español. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
• LEDESMA NARVÁEZ, MARIANELLA. (2008).
Comentarios al Código Procesal Civil, Tomo II. Primera Edición. Lima, Gaceta Jurídica.
• LEÓN PASTOR, RICARDO. (2008).
Manual de Redacción de Resoluciones Judiciales. Primera Edición. Lima, Academia de la Magistratura, Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú - JUSPER.
• LIEBMAN, ENRICO TULLIO. (1980).
Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Talleres gráficos Leuconia.
• LÓPEZ GUERRA, LUIS. (2001).
El Poder Judicial en el Estado Constitucional. Lima, Palestra Editores.
• MADARIAGA CONDORI, LUIS. (1995)
La protección procesal de los derechos sociales (intereses difusos) en el Derecho Jurisdiccional Postmoderno; Tésis de bachiller, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.
• MARINONI, LUIZ GUILHERME. (2007).
Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Primera Edición. Lima, Palestra Editores.
• MATHEUS LÓPEZ, CARLOS ALBERTO. (1999).
Teoría General del Proceso, el litisconsorcio necesario. Primera Edición. Lima, ARA Editores.
• MONROY GÁLVEZ, JUAN F. (1987).
Temas de Proceso Civil. Lima, Librería Studium Ediciones.
• MONROY GÁLVEZ, JUAN F. (1996).
Introducción al Proceso Civil. Tomo I. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A.
• MONROY GÁLVEZ, JUAN F. (2004).
La Formación del Proceso Civil Peruano (Escritos Reunidos). Segunda Edición aumentada. Lima, Palestra Editores.
• MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ. (2007).
"Admisibilidad, Procedencia y Fundabilidad en el Ordenamiento Procesal Civil Peruano". En: Revista Oficial del Poder Judicial. Volumen 1, Nº 1. Lima, Corte Suprema de Justicia de la República, Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial.
• MONTERO AROCA, JUAN y FLORS MATÍES, JOSÉ. (2001).
Los Recursos en el Proceso Civil. Valencia, Tirant Lo Blanch.
• MONTERO AROCA, JUAN y FLORS MATÍES, JOSÉ. (2004).
Tratado de Juicio Verbal. Tomo I. Segunda Edición. Navarra, Editorial Aranzadi S.A.
• MONTERO AROCA, JUAN. (2007).
De la Legitimación en el Proceso Civil. Barcelona, Editorial Bosch S.A.
• MORELLO, AUGUSTO MARIO Y BERIZONCE, ROBERTO (2001).
La eficacia del proceso. Segunda Edición ampliada. Argentina, Editorial Hammurabi SRL.
• OSORIO, MANUEL. (no se consigna año, versión digital).
Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Primera Edición electrónica. Guatemala, Datascan S.A.

• OVALLE FAVELA, JOSÉ. (1991).
Derecho Procesal Civil. Colección de textos jurídicos universitarios. Quinta Edición. México, Harla.
• PALACIOS PAREJA, ENRIQUE. (1996).
"La fijación de puntos controvertidos en la metodología de la investigación jurídica". En: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. I Congreso Nacional de Derecho Procesal, Ponencias, 7, 8 y 9 de Agosto de 1996. Trujillo, Editora Normas Legales S.A.
• PALMA BARREDA, DARIBERTO. (2006).
El Rol del Juez y la función jurisdiccional. Trujillo, Editora Normas Legales S.A.C.
• PALOMO VÉLEZ, DIEGO. (2005).
"Proceso Civil Oral, ¿Qué modelo de Juez requiere?". En: Revista de Derecho (Valdivia). Versión on line. Vol. XVIII, Nº 1, julio 2005.
• PALOMO VÉLEZ, DIEGO. (2008).
"La audiencia previa y el modelo procesal civil oral que debe buscar Chile: consideraciones en torno a una pieza procesal clave". En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Nº X. Lima, Editorial Communitas.
• PERLA VELAOCHAGA, ERNESTO. (1987).
Juicio Ordinario, EDDILI Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Sétima Edición.
• PIZZORUSSO, ALESSANDRO. (2005).
Justicia, Constitución y Pluralismo. Primera Edición. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra.
• PODETTI, RAMIRO J. (1963).
Teoría y Técnica del Proceso Civil y Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso Civil. Buenos Aires, Ediciones EDIAR.
• REIMUNDÍN, RICARDO. (1957).
Derecho Procesal Civil. Tomo II. Buenos Aires, Editorial Viracocha.
• RONCALLA VALDIVIA, LINO. (1997).
El Recurso de Casación en materia civil, Jurisprudencia de la Corte Suprema. Parte II. Primera Edición. Lima, Gaceta Jurídica Editores.
• ROSEMBERG, LEO. (1955).
Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Traducido por Ángela Romera. Buenos Aires, Ara editores E.I.R.L.
• RUBIO CORREA, MARCIAL. (1991).
El Sistema Jurídico. Quinta Edición. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
• SAGÜES, NÉSTOR PEDRO. (2006).
Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos. Primera Edición. Buenos Aires, Ad Hoc.
• SATTA, SALVATORE. (1971).
Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Ediciones EJEA.
• SCHÖNKE, ADOLFO. (1946).
El Derecho Procesal Civil. Traducción de Prieto Castro. Barcelona, Bosch Casa Editorial.
• SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL. (1998).
“Nulidad Procesal”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Tomo II. Lima, Industrial Gráfica S.A., marzo 1998.
• TICONA POSTIGO, VÍCTOR. (1995).
Análisis y comentarios al Código Procesal Civil. Tomo I. ima, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley E.I.R.L.
• TICONA POSTIGO, VÍCTOR. (1998).
El Debido Proceso y la Demanda Civil. Tomo I. Primera Edición. Lima, Editorial Rodhas.
• VELASCO GALLO, FRANCISCO. (1987).
Derecho Procesal Civil. Sexta Edición. Lima, Cultural Cuzco S.A. Editores.
• VÉSCOVI, ENRIQUE. (1984).
Teoría General del Proceso. Bogotá, Temis.
• VILELA CARVAJAL, KARLA. (2007).
Nulidades Procesales Civiles y Sentencia Firme. Lima, Palestra Editores.
• VON BÜLOW, OSKAR. (1964).
La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtsein. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
• WACH, ADOLFO. (1995).
Handbuch y Der Feststellunganspruch. Traducción: La pretensión de declaración. Publicada en homenaje a Windscheid,

ANEXO 1

RESOLUCIONES OPERATIVIZANDO LOS JUICIOS DE PROCEDIBILIDAD Y ADMISIBILIDAD

EXPEDIENTE : 2007-0257-0 -0412-JM-CI-01
MATERIA : INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS
ESPECIALISTA : DORIS ARAMAYO ORTIZ
DEMANDADOS : CANAZAS VILLAMONTE, LIZBETH
: CANAZAS VILLAMONTE, ALEX HUBERT
DEMANDANTES : GAMEZ DESILVA, JULIANA CARMEN ROSA
: SILVA ROBLES, ARQUIPO TEODOCIO

RESOLUCIÓN Nº 01
Mariano Melgar, nueve de julio
del año dos mil siete.-

VISTOS: La pretensión contenida en la demanda presentada por Arquipo Teodocio Silva Robles y Juliana Carmen Rosa Gámez de Silva, y los anexos adjuntados; y **CONSIDERANDO: PRIMERO.- Juicios de procedibilidad:** La pretensión deducida es de naturaleza civil, postulándose la indemnización de daños y perjuicios ascendentes a cincuenta mil nuevos soles, precisando los daños demandados, por lucro cesante: doce mil nuevos soles, por daño emergente: dieciocho mil nuevos soles; por daño moral: diez mil nuevos soles; por daño personal: diez mil nuevos soles; **SEGUNDO.-** En tal sentido, si bien genéricamente concurre la jurisdicción (poder deber de resolver un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica en forma **genérica**), sin embargo no concurre el presupuesto procesal de la competencia del Juez (poder deber de resolver un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica en forma **concreta y específica,** o ejercicio válido de la jurisdicción); **TERCERO.-** En efecto, analizando los elementos de la competencia objetiva absoluta (materia, cuantía, grado o función, y cuando corresponda el turno) los que **deben concurrir conjuntamente,** en el caso sub-júdice se advierte que la cuantía de la pretensión indemnizatoria asciende a cincuenta mil nuevos soles, resultando manifiestamente inferior a las quinientas unidades de referencia procesal, por lo que al no superar tal cuantía, conforme lo establece el artículo 488 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley 29057, el Juzgado competente para avocarse al conocimiento de la pretensión deducida **por razón de cuantía**, es el Juzgado de Paz Letrado; **CUARTO.-** En esta perspectiva, la pretensión deducida deviene inexorablemente en improcedente, conforme al inciso 4 del artículo 427 del Código Procesal Civil, pues no se configura el presupuesto procesal de la competencia objetiva absoluta del Juez de este Juzgado Mixto; por tales consideraciones, **RESUELVO:** Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión de INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS contenida en la demanda interpuesta POR ARQUIPO TEODOCIO SILVA ROBLES Y JULIANA CARMEN ROSA GÁMEZ DE SILVA en contra de LIZBETH CANAZAS VILLAMONTE y ALEX HUBERT CANAZAS VILLAMONTE; en consecuencia, DISPONGO la devolución de los anexos, una vez consentida o ejecutoriada la presente resolución. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.**

EXPEDIENTE : 2006-0415-0 -0412-JM-CI-01
MATERIA : INDEMNIZACION
ESPECIALISTA : JULIO MARTIN PINAZO QUISPE
DEMANDADOS : CAHUANA SAICO, ANGELICA
: ALE PILCO, PEDRO CELESTINO
DEMANDANTE : CASILLA CHARA, PEDRO ANTONIO

RESOLUCIÓN Nº 01
Mariano Melgar, cuatro de enero
del año dos mil siete.-

VISTOS: La pretensión contenida en la demanda presentada por Pedro Antonio Casilla Chara, y los anexos adjuntados; y **CONSIDERANDO: PRIMERO.- Juicios de procedibilidad: A) De la jurisdicción y competencia.-** La pretensión deducida es de naturaleza civil, por lo que el Juez del Primer Juzgado Mixto de este Módulo Básico de Justicia es competente por razón de materia, función y cuantía, teniendo en cuenta además el domicilio que se imputa a los demandados, siendo el territorio prorrogable; en consecuencia, concurre el presupuesto procesal de la **competencia del Juez. B) De la proponibilidad objetiva:** De los fundamentos fácticos de la pretensión así como del petitorio, se desprende que se peticiona providencia jurisdiccional de tutela respecto de la pretensión de indemnización de daños y perjuicios ascendentes a doscientos cincuenta mil nuevos soles, derivados del enriquecimiento sin causa que imputa a los demandados; **C) De la proponibilidad subjetiva:** Que la pretensión es deducida por Pedro Antonio Casilla Chara, por derecho propio, anexando su documento de identidad, por tanto liminarmente se advierte la concurrencia de su **capacidad procesal;** que respecto a la **legitimidad para obrar activa,** de los hechos expuestos se advierte liminarmente que el accionante se encuentra en una posición habilitante para formular la pretensión indemnizatoria por enriquecimiento sin causa, al afirmar que ha sufrido los daños cuya indemnización demanda. Respecto a la **legitimidad pasiva,** de los hechos imputados se vislumbra razonablemente que la demandada se encuentra en la posición habilitante pasiva, al imputársele responsabilidad en los daños ocasionados. Asimismo, con relación al **interés para obrar**, del análisis de la pretensión deducida se aprecia la necesidad de tutela jurisdiccional, habiendo intentado la conciliación extrajudicial, según fluye del acta adjuntada; consecuentemente del análisis liminar realizado, no se aprecia de manera evidente o manifiesta que la pretensión deducida se encuentre incursa en causales de improcedencia previstas por el artículo 427 del Código Procesal Civil; **SEGUNDO.- Juicio de admisibilidad:** Que conforme a lo previsto por los artículos 130, 424 y 425 del Código Procesal Civil, la demanda debe cumplir con los requisitos formales, los cuales en conjunto conforman el presupuesto procesal de la **demanda en forma;** en tal sentido, del análisis de la demanda y sus anexos, se advierte que: **a)** En los fundamentos fácticos no se precisa claramente sobre los daños (daño emergente) y perjuicios (lucro cesante) que se ocasionan al accionante, así como tampoco se fundamenta apropiadamente sobre los elementos de la responsabilidad civil, como: la conducta antijurídica, el resultado dañoso, el nexo de causalidad, y el factor de atribución de responsabilidad que se imputa a los demandados; **b)** No se adjunta la copia literal P06081652 debidamente actualizada, pues la adjuntada es del cuatro de enero del dos mil; **TERCERO:** En tal sentido, se advierte que la demanda interpuesta y sus anexos, no satisfacen las exigencias formales de los incisos 6 y 10 del artículo 424 del Código Procesal Civil, y del inciso 5 del artículo 425 del citado Código; por lo que debe concederse un plazo razonable para subsanar tales deficiencias; por tales consideraciones **RESUELVO:** Declarar **INADMISIBLE** la demanda que contiene la pretensión de

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS por enriquecimiento sin causa, interpuesta por **PEDRO ANTONIO CASILLA CHARA,** en contra de doña YNES FRUCTUOSA CASILLA APAZA, debiendo subsanar los defectos advertidos dentro del plazo de CINCO DÍAS hábiles, bajo APERCIBIMIENTO de RECHAZARSE la demanda y disponer el archivo del proceso, devolviéndose los anexos en su oportunidad. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.**

EXPEDIENTE : 2007-0174-0 -0412-JM-CI-01
MATERIA : INTERDICTOS
ESPECIALISTA : DORIS ARAMAYO ORTIZ
DEMANDADOS : MURILLO CACERES, YBIS MÓNICA
: CUEVA DELGADO, FORTUNATO SALVATORE
DEMANDANTE : MURILLO CACERES, CECILIA CARMEN

RESOLUCIÓN Nº 01
Mariano Melgar, dieciocho de mayo
del año dos mil siete.-

VISTOS: La pretensión contenida en la demanda presentada por Cecilia Carmen Murillo Cáceres, y los anexos adjuntados; y **CONSIDERANDO: PRIMERO.- Juicios de procedibilidad: A) De la jurisdicción y competencia.-** La pretensión deducida es de naturaleza civil, por lo que el Juez del Primer Juzgado Mixto de este Módulo Básico de Justicia es competente por razón de materia y función, teniendo en cuenta además el domicilio que se imputa a la demandada; en consecuencia, concurre el presupuesto procesal de la competencia del Juez. **B) De la proponibilidad objetiva:** De los fundamentos fácticos de la pretensión así como del petitorio, se desprende que se peticiona providencia jurisdiccional de tutela respecto de reposición en el derecho de posesión el que fue privado, respecto del departamento ubicado en parte del lote diecinueve, manzana veintisiete, zona C, de la calle Prolongación Ayacucho número ochocientos seis, del distrito de Mariano Melgar; **C) De la proponibilidad subjetiva:** Que la pretensión es deducida por Cecilia Carmen Murillo Cáceres , quién actúa por derecho propio, anexando su documento de identidad, por tanto liminarmente se advierte la concurrencia de su **capacidad procesal.** Respecto a la **legitimidad para obrar activa,** de los hechos expuestos se advierte liminarmente que la accionante se encuentra en la posición habilitante para formular la pretensión de interdicto de recobrar. Respecto a la **legitimidad pasiva,** de los hechos imputados y anexos adjuntados se vislumbra razonablemente que los demandados se encuentran en la posición habilitante pasiva de ser demandados. Asimismo, con relación al **interés para obrar,** del análisis de la pretensión deducida se aprecia que, si bien se afirma la necesidad de tutela jurisdiccional, sin embargo la accionante no ha concurrido personalmente a la Audiencia de la Conciliación Extrajudicial, por lo que la configuración adecuada de su necesidad de tutela jurisdiccional respecto de su pretensión (que debe ser actual, inmediata e irremplazable) se encuentra supeditada al cumplimiento previo y en forma de la conciliación extrajudicial, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, debiendo subsanarse como se precisa posteriormente; consecuentemente del análisis liminar realizado, no se aprecia de manera evidente o manifiesta que la pretensión deducida se encuentre incursa en causales de improcedencia previstas por el artículo 427 del Código Procesal Civil; **SEGUNDO.- Juicio de admisibilidad:** Que conforme a lo previsto por los artículos 130, 424 y 425 del Código Procesal Civil, la demanda debe cumplir con los requisitos formales generales, así como con los requisitos formales especiales del

artículo 600 del citado Código, los cuales en conjunto conforman el presupuesto procesal de la **demanda en forma;** en tal sentido, del análisis de la demanda y sus anexos, se advierte que: **a)** Si bien adjunta el acta de conciliación extrajudicial, sin embargo la accionante no ha concurrido personalmente a dicha conciliación, por lo que no se cumple con el artículo 14 de la Ley de Conciliación, siendo que la ratio legis de la norma es que los justiciables (en particular quien tiene la posición de solicitante y probable demandante) concurran e intenten solucionar su conflicto de manera seria y conforme a los normas que inspiran dicha conciliación extra proceso; por lo que al no concurrir la accionante se desnaturaliza la finalidad de dicho mecanismo de solución alternativa de conflictos, convirtiendo a la conciliación en un mero formalismo sin mayor utilidad; consecuentemente, debe subsanar tal defecto adjuntando acta de conciliación de **fecha cierta anterior a la interposición de la demanda** donde haya concurrido personalmente dicha accionante, pese a la inconcurrencia de los demandados; **b)** Asimismo, tampoco se adjunta tasa de arancel judicial por ofrecimientos de medios probatorios, así como no se adjunta suficientes tasas judiciales para notificar a todas las partes, incluyendo a la accionante, habiéndose incurrido en causal de inadmisibilidad prevista en el artículo 426 inciso 2 del referido Código; por tales consideraciones **RESUELVO:** Declarar **INADMISIBLE** la demanda que contiene la pretensión de INTERDICTO DE RECOBRAR, interpuesta por **CECILIA CARMEN MURILLO CÁCERES,** debiendo subsanar los defectos advertidos, dentro del plazo improrrogable de CINCO DÍAS de notificada, bajo APERCIBIMIENTO de RECHAZARSE la demanda y disponer el archivo del proceso, devolviéndose los anexos en su oportunidad. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.**

EXPEDIENTE : 2007-0176-0 -0412-JM-CI-01
MATERIA : TERCERIA
ESPECIALISTA : OMAR VARGAS ASTOQUILCA
DEMANDADOS : LUQUE ARAPA DE QUISPE, FLOR
: QUISPE LAZARINOS, AGUSTIN
: RIVERA RODRIGUEZ, RENE
DEMANDANTE : PAREDES CANAZA, REYNA RUTY

RESOLUCIÓN Nº 01
Mariano Melgar, veintitrés de mayo
del año dos mil siete.-

VISTOS: La pretensión contenida en la demanda presentada por Reyna Ruty Paredes Canaza; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO.- Juicios de procedibilidad: A) De la jurisdicción y competencia.-** La pretensión deducida es de naturaleza civil, por lo que el Juez del Primer Juzgado Mixto de este Módulo Básico de Justicia es competente por razón de materia y función, que si bien todos los demandados tienen dirección domiciliaria fuera de la competencia territorial de este juzgado, dicha competencia es prorrogable y sólo denunciable a pedido de parte; en consecuencia, concurre el presupuesto procesal de la **competencia del Juez. B) De la proponibilidad objetiva:** De los fundamentos fácticos de la pretensión así como del petitorio, se desprende que se peticiona providencia jurisdiccional de tutela respecto de la pretensión de tercería de propiedad, respecto del inmueble de la manzana C, lote 20, zona A, pueblo joven Augusto Freyre Monterroso del distrito de Jacobo Hunter; **SEGUNDO.-** Que, en tal sentido, la pretensión de tercería se interpone en mérito a la escritura pública de compra venta que tiene consignada la fecha de **veintisiete de febrero del dos mil**
.

dos, adjuntada en copia certificada, la misma que no ha sido inscrita hasta la fecha en los Registros Públicos, conforme a la copia certificada de la partida registral P06047507, que adjunta; siendo que en el proceso número **0114-2006** sobre **ejecución de garantía hipotecaria,** la hipoteca a favor del ejecutante René Rivera Rodríguez es anterior a esta pretendida compra venta no inscrita; siendo su estado el de ejecución forzada; **TERCERO:** Que, bajo ese contexto fáctico, el gravamen o afectación jurídica que existe (aún cuando no se hubiera iniciado la ejecución de garantía) es directa consecuencia del acto jurídico privado celebrado por quien aparece como propietario en los Registros Públicos; consecuentemente dicho gravamen o afectación no constituye una medida dictada por el Juez, por lo que sólo puede quedar sin efecto por un proceso judicial iniciado por quien invoca la propiedad del bien, cuando se acredite que el acto jurídico de constitución de hipoteca no reúne los requisitos exigidos por la ley para su validez; **CUARTO:** Que siendo ello así, la controversia precisada no corresponde dilucidarse en un proceso derivado de otro, como es el caso de la tercería de propiedad, sino en un proceso autónomo, más lato, donde el debate judicial incluya al acto jurídico que da origen al gravamen, deviniendo por ello la pretensión de tercería de propiedad contra una garantía real, en un petitorio jurídicamente imposible[1], máxime que tratándose de una garantía hipotecaria, el contrato de compra venta presentado por la tercerista no resulta oponible a dicha garantía inscrita registralmente, ello conforme a la Jurisprudencia Casatoria de la Corte Suprema de Justicia, que establece: "... en materia de tercería de dominio sobre bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad Inmueble, no es suficiente la existencia de un documento de fecha cierta, sino que es necesario que el derecho se haya inscrito con anterioridad al que se quiere excluir u oponer .."[2]. **QUINTO:** En esta perspectiva, si bien la inscripción registral no es obligatoria ni constitutiva del derecho, sin embargo no es menos cierto que para oponer derechos reales sobre inmuebles (propiedad) a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos (como en efecto es la hipoteca), es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone, por lo que atendiendo a un criterio de utilidad del proceso, teniendo en cuenta el inciso 6 del artículo 427 del Código Procesal Civil y en mérito a los considerandos precedentes, se advierte que la pretensión de tercería de propiedad interpuesta no resulta proponible objetivamente; **SEXTO:** A mayor abundamiento, en **Pleno Jurisdiccional Distrital** realizado en esta ciudad de Arequipa, los días 29 y 30 de agosto y 9 y 17 de setiembre del dos mil cinco, se acogió por consenso que no procede la tercería de propiedad contra la ejecución de hipoteca, sustentado en que: **a)** La medida de ejecución es siempre judicial, y la hipoteca es una garantía real civil, que no puede extinguirse por una vía que no sea la prevista por la ley; **b)** La hipoteca inscrita es oponible a todo derecho real no inscrito; **c)** Siendo un imposible jurídico pretenderlo; a este efecto tal posición se encuentra respalda por la Jurisprudencia Casatoria más reciente de la Corte Suprema[3]; por estos fundamentos, **RESUELVO:** Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión de TERCERÍA DE PROPIEDAD contenida en la demanda interpuesta por **REYNA RUTY PAREDES CANAZA** en contra de RENE RIVERA RODRÍGUEZ, AGUSTÍN QUISPE LAZARINOS y FLOR LUQUE ARAPA DE QUISPE; en consecuencia, DISPONGO la devolución de los anexos una vez consentida o ejecutoriada la presente. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.**

[1] Esta es la posición asumida en el Pleno Jurisdiccional Civil del año 2000, al acordarse en el tema Nº 3 que no procede la tercería de propiedad contra gravamen que proviene de garantía real. En: EDITORA NORMAS LEGALES S.A. (2002). Plenos Jurisdiccionales: Civil, Familia, Penal, Laboral. Trujillo, publicado por Editora Normas Legales S.A. pág. 287-288.

[2] Casación N° 306-97-AREQUIPA, publicada en el Diario Oficial El Peruano: Sentencias en Casación, de fecha 03 de abril de 1998, pág. 608-609.

[3] Casación Nº 310-2001-LAMBAYEQUE, publicada el 05 de noviembre del 2001, pág. 7845, Diario Oficial El Peruano; Casación Nº 018-2003-AREQUIPA, publicada el 31 de octubre del 2003, pág. 11014, Diario Oficial El Peruano; y la Casación Nº 216-2004-LIMA, publicada el 31 de agosto del 2005, pág. 14460, Diario Oficial El Peruano.

TERCERÍA DE PROPIEDAD - ART. 533, MODIF. D. LEG. 1069
RESOLUCIÓN Nº 01
Mariano Melgar, trece de agosto
del año dos mil ocho.-

VISTOS: La pretensión contenida en la demanda presentada por Rubén Nicéforo Calloapaza Valladares; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO.- Juicios de procedibilidad: A) De la jurisdicción y competencia.-** La pretensión deducida es de naturaleza civil, por lo que el Juez del Primer Juzgado Mixto de este Módulo Básico de Justicia es competente por razón de materia y función, teniendo en cuenta que el elemento territorial es prorrogable y sólo denunciable a pedido de parte; en consecuencia, concurre el presupuesto procesal de la **competencia del Juez. B) De la proponibilidad objetiva:** De los fundamentos fácticos de la pretensión así como del petitorio, se desprende que se peticiona providencia jurisdiccional de tutela respecto de la pretensión de tercería de propiedad, respecto de las construcciones realizadas en el inmueble ubicado en el Pueblo Joven Generalísimo José de San Martín, manzana 18, lote 8, distrito de Miraflores; **C) De la proponibilidad subjetiva:** Que la pretensión es deducida por Rubén Nicéforo Calloapaza Valladares, anexando su documento de identidad, por tanto liminarmente se advierte la concurrencia de su **capacidad procesal.** Respecto a la **legitimidad para obrar activa,** de los hechos expuestos se advierte liminarmente que el accionante afirma la titularidad de derechos de superficie sobre las construcciones existentes en el inmueble materia de ejecución forzada; por lo que se encuentra en la posición habilitante para formular su pretensión de tercería de propiedad. Respecto a la **legitimidad pasiva**, de los hechos imputados se vislumbra razonablemente que los codemandados se encuentran en la posición habilitante pasiva, al imputarse responsabilidad en la ejecución forzada del inmueble sub-litis. **SEGUNDO:** Asimismo, con relación al **interés para obrar,** del análisis de la pretensión deducida se aprecia que la tercería se interpone en merito a la escritura pública de otorgamiento de derecho real de superficie de fecha **once de abril del dos mil tres,** la misma que ha sido inscrita el **quince de abril del dos mil tres,** en el asiento 12 de la ficha registral P06051866, que adjunta en copia simple; siendo que en el proceso número **2003-179** sobre **ejecución de garantía hipotecaria,** que viene tramitándose en este mismo Juzgado Mixto, se ejecuta dicha hipoteca a favor de EDPYMES PROEMPRESA; teniendo presente los actuados aportados por el accionante resultan suficientes para realizar el juicio de procedibilidad; **TERCERO:** Que, bajo ese contexto fáctico, el gravamen o afectación jurídica que existe (aún cuando no se hubiera iniciado la ejecución de garantía) es directa consecuencia del acto jurídico privado celebrado por quien aparece como propietario en los Registros Públicos; consecuentemente dicho gravamen o afectación no constituye una medida dictada por el Juez, por lo que sólo puede quedar sin efecto por un proceso judicial iniciado por quien invoca la propiedad del bien, cuando se acredite que el acto jurídico de constitución de hipoteca no reúne los requisitos exigidos por la ley para su validez; **CUARTO:** Que sin perjuicio de lo expuesto, conforme al artículo 533 del Código Procesal Civil, modificado mediante el Decreto Legislativo Nº 1069, si bien la tercería de propiedad puede fundarse en bienes afectados por garantías reales, **tal supuesto sólo procede cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación;** consecuentemente, en el caso sub-júdice, se desprende que la hipoteca materia de ejecución ha sido debidamente inscrita el **once de abril del dos mil dos,** en el asiento 011 de la ficha P06051866, por lo que conforme ha quedado establecido en el segundo considerando, el derecho del tercerista se ha inscrito con posterioridad el **quince de abril del dos mil tres,** en el asiento 12 de la precitada ficha registral; **QUINTO:** En esta perspectiva, resulta evidente que la pretensión del tercerista deviene en improcedente, pues para oponer derechos reales sobre inmuebles (propiedad o superficie) a quienes también tienen derechos reales sobre los ..

mismos (como en efecto es la hipoteca), es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone, por lo que atendiendo a la **utilidad** del proceso, teniendo en cuenta el inciso 2 del artículo 427 del Código Procesal Civil y en mérito a los considerandos precedentes, se advierte que la pretensión de tercería de propiedad interpuesta no resulta proponible subjetivamente, pues no se advierte la necesidad de tutela jurisdiccional en el resultado; **SEXTO:** A mayor abundamiento, si bien en el **Pleno Jurisdiccional Distrital** realizado en esta ciudad de Arequipa, los días 29 y 30 de agosto y 9 y 17 de setiembre del dos mil cinco, se acogió por consenso que no procede la tercería de propiedad contra la ejecución de hipoteca, sustentado en que: **a)** La medida de ejecución es siempre judicial, y la hipoteca es una garantía real civil, que no puede extinguirse por una vía que no sea la prevista por la ley; **b)** La hipoteca inscrita es oponible a todo derecho real no inscrito; **c)** siendo un imposible jurídico pretenderlo; no es menos cierto que con la modificatoria al artículo 533 del ordenamiento procesal civil, se recogen tales tendencias, expresadas en la Jurisprudencia Casatoria de la Corte Suprema, por lo que en estricto sentido no se trata de un imposible jurídico (la norma procesal ahora condiciona la interposición de la tercería a la inscripción anterior del derecho del tercerista para oponerlo al ejecutante de la garantía real) sino de un supuesto de falta de interés para obrar; por estos fundamentos, **RESUELVO:** Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión de TERCERÍA DE PROPIEDAD contenida en la demanda interpuesta por **RUBEN NICEFORO CALLOAPAZA VALLADARES** en contra de EDPYMES PROEMPRESA S.A., JACINTO TOMAS CHACCA PAJA y CRISTINA NELIDA GARCÍA ZEGARRA; en consecuencia, DISPONGO la devolución de los anexos una vez consentida o ejecutoriada la presente. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.**

EXPEDIENTE : 2008-0390-0 -0412-JM-CI-01
MATERIA : DECLARACION DE NULIDAD TOTAL O PARCIAL
ESPECIALISTA : OMAR VARGAS ASTOQUILCA
DEMANDADO : GENERAL PNP. PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO NACIONAL DE LA POLICIA NACIONAL DEL PERU
DEMANDANTE : JARA URDAY, EDWINH VICENTE

RESOLUCIÓN Nº 01
Mariano Melgar, veintitrés de octubre
del año dos mil ocho.-

VISTOS: La pretensión contenida en la demanda presentada por Edwin Vicente Jara Urday, y los anexos adjuntados; y **CONSIDERANDO: PRIMERO.- Juicios de procedibilidad: A) De la jurisdicción y competencia.-** La pretensión deducida es de naturaleza contenciosa administrativa, por lo que el Juez del Primer Juzgado Mixto de este Módulo Básico de Justicia es competente por razón de materia y función, teniendo en cuenta además el domicilio que se imputa a los demandados; en consecuencia, concurre el presupuesto procesal de la **competencia del Juez. B) De la proponibilidad objetiva:** De los fundamentos fácticos de la pretensión, se desprende que se peticiona la nulidad de la Resolución del Tribunal Administrativo Disciplinario Territorial PNP Arequipa Nº 486-2005-TRIADN-TRIADT-AQP/SALSSOOYEE de fecha 28 de junio de 2005; accesoriamente solicita; **a)** Reconocimiento de grado de Sub-Oficial Brigadier; **b)** Se ordene se le reconozca la condecoración en el grado de Caballero; **c)** Se reconozca el pago del bono otorgado por derecho a gasolina; **C) De la proponibilidad subjetiva:** Que la pretensión es deducida por Edwin Vicente Jara Urday, por derecho
..

propio, anexando su documento de identidad, por tanto liminarmente se advierte la concurrencia de su **capacidad procesal. SEGUNDO:** Respecto a la **legitimidad para obrar activa,** de los hechos expuestos se advierte liminarmente que el accionante deduce su pretensión contenciosa administrativa, aduciendo que la Resolución del Tribunal Administrativo Disciplinario Territorial PNP Arequipa Nº 486-2005-TRIADN-TRIADT-AQP/SALSSOOYEE de fecha **veintiocho de junio del dos mil cinco,** cuya nulidad demanda, afecta sus derechos y le ha truncado su carrera policial en ascenso; agregando en el numeral sexto de sus hechos que, dicha resolución fue **confirmada** por el Tribunal Administrativo Nacional mediante la Resolución Nº 048-2005-DIRGEN-PNP/TRIADN, expedida por la Quinta Sala - Lima, el **ocho de setiembre del dos mil cinco,** desestimando su apelación; observándose además que esta última resolución, en su artículo 5 establece expresamente que: "consentida que sea la presente resolución, **queda agotada la vía administrativa,** salvo la acción contenciosa administrativa en la vía judicial"; **TERCERO:** En ese orden, se advierte que el accionante no ha impugnado en sede judicial y dentro del plazo de tres meses previsto por el inciso 1 del artículo 17 de la Ley 27584, la resolución que ha dado por agotada la vía administrativa; por lo que al margen de **la evidente caducidad de su pretensión,** no pasa desapercibido que el accionante invoca el **artículo 202, inciso 202.5 de la Ley 27444** del Procedimiento Administrativo General para pretender la nulidad de una resolución que ha quedado consentida y tiene la calidad de cosa decidida administrativamente. En ese contexto, el accionante no tiene en cuenta que el artículo 202 de la Ley 27444 regula los casos de la **nulidad de oficio** de las resoluciones administrativas, y los incisos 202.4 y 202.5 se refieren al **proceso de lesividad,** conforme al segundo párrafo del artículo 11 de la Ley 27584, donde **la legitimidad para obrar activa le corresponde con exclusividad a la administración pública para instaurar el proceso contencioso administrativo en sede judicial,** "siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa. El proceso contencioso de lesividad o de "agravio" es una variante especial del proceso contencioso administrativo, peculiar de la experiencia de los países hispanoamericanos. La regulación del proceso de lesividad se encuentra relacionado con lo regulado por los artículos 202.4 y 202.5 de la Ley del Procedimiento Administrativo General"[1]. **CUARTO**: En consecuencia, la pretensión contenciosa administrativa deducida por el accionante no resulta proponible subjetivamente, al carecer de manera evidente o manifiesta de legitimidad para obrar activa, máxime que del petitorio se desprende que el accionante también pretende el reconocimiento de grado de Sub-Oficial Brigadier, se le reconozca la condecoración en el grado de Caballero y se reconozca el pago del bono otorgado por derecho a gasolina; pretensiones que no guardan relación con la principal y menos aún existen fundamentos fácticos que las sustenten, incurriendo adicionalmente en una indebida acumulación de pretensiones, y en todo caso, siendo de naturaleza accesoria a la principal, corren su misma suerte; ello de conformidad con los incisos 1 y 7 del artículo 427 del Código Procesal Civil, aplicable al presente proceso, por disposición expresa del inciso 7 del artículo 21 de la Ley 27584; por tales consideraciones, **RESUELVO:** Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA contenida en la demanda interpuesta por **EDWIN VICENTE JARA URDAY** en contra del GENERAL PNP PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO NACIONAL DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ, con emplazamiento del PROCURADOR PÚBLICO ENCARGADO DE LOA ASUNTOS JUDICIALES DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ; consecuentemente **DISPONGO** la devolución de los anexos una vez consentida o ejecutoriada la presente resolución, **reasumiendo funciones** el Magistrado Titular que suscribe, al término de su licencia. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.**

[1] HUAPAYA TAPIA, RAMÓN. "El Control Judicial de la Administración Pública"; material de trabajo elaborado para la capacitación de los magistrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, desarrollado el 16 y 17 de marzo del 2008, pág. 11.

EXPEDIENTE : 2007-0252-0 -0412-JM-CI-01
MATERIA : DECLARACIÓN DE NULIDAD TOTAL O PARCIAL
ESPECIALISTA : JULIO MARTÍN PINAZO QUISPE
DEMANDADO : DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ
DEMANDANTE : DELGADO MEZA, LINO RICARDO

RESOLUCIÓN Nº 01
Mariano Melgar, nueve de julio
del año dos mil siete.-

VISTOS: La demanda presentada por Lino Ricardo Delgado Meza, y los anexos adjuntados; y **CONSIDERANDO: PRIMERO.- Juicios de procedibilidad: A) De la jurisdicción y competencia.-** La pretensión deducida es de naturaleza contenciosa administrativa, por lo que el Juez del Primer Juzgado Mixto de este Módulo Básico de Justicia es competente por razón de materia y función, teniendo en cuenta además el domicilio del accionante y el domicilio que se imputa a los demandados; en consecuencia, concurre el presupuesto procesal de la **competencia. B) De la proponibilidad objetiva:** De los fundamentos fácticos de la pretensión, se desprende que se peticiona nulidad de la Resolución Directoral número ciento treinta y cinco guión ochenta y ocho guión DS guión SPIDER guión D2.2, de fecha **cinco de febrero de mil novecientos ochenta y ocho,** y se ordene su reincorporación a la situación de actividad; **C) De la proponibilidad subjetiva:** Que la pretensión es deducida por Lino Ricardo Delgado Meza, por derecho propio, anexando su documento de identidad, por tanto liminarmente se advierte la concurrencia de su **capacidad procesal.** Respecto a la **legitimidad para obrar activa,** de los hechos expuestos se advierte liminarmente que el accionante deduce su pretensión contenciosa administrativa, aduciendo que la demandada le impuso la medida disciplinaria de pasarlo a retiro en un procedimiento disciplinario que ha contravenido el debido proceso, siendo que la resolución administrativa y silencios administrativos que cuestionan se ha ejecutado; en ese orden, se configura la posición habilitante para formular la pretensión contenciosa administrativa. Respecto a la **legitimidad pasiva,** de los hechos imputados se vislumbra razonablemente que la demandada se encuentra en la posición habilitante pasiva de ser demandada. **SEGUNDO:** Con relación al **interés para obrar,** del análisis de los fundamentos fácticos de la pretensión y de sus anexos, se observa que el accionante ha dado por agotada la vía administrativa mediante su escrito (anexo 1-G) recepcionado el **treinta de octubre del dos mil seis,** según fluye del sello de recepción correspondiente, precisando incluso que tal agotamiento de la vía administrativa lo realiza al amparo del artículo 188.3 de la Ley 27444 del Procedimiento Administrativo General, que textualmente expresa: El silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes; **TERCERO:** En ese orden, debe tenerse muy presente lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 17 de la Ley 27584 del Proceso Contencioso Administrativo, que textualmente establece: **"Cuando se produzca silencio administrativo,** inercia, y cualquier otra omisión de las entidades administrativas, **el plazo para interponer la demanda será de seis meses computados desde la fecha que venció el plazo legal para expedir la resolución** o producir el acto administrativo solicitado". En consecuencia, teniendo en cuenta que es el propio accionante quien se acoge al silencio administrativo negativo, dando por agotada la vía administrativa y presentando su escrito a su institución demandada el **treinta de octubre del dos mil seis,** y habiendo interpuesto su demanda el **dos de julio del dos mil siete,** tal como fluye del sello de recepción de mesa de partes, se concluye de manera objetiva que **han transcurrido más de ocho meses,** superando largamente el plazo de caducidad

caducidad previsto en el inciso 3 del artículo 17 de la Ley 27584 del Proceso Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta incluso que en el periodo vacacional del mes de febrero del presente año, los plazos procesales no han sido suspendidos, y en especial para los procesos contenciosos administrativos tales plazos han continuado su decurso, siendo que los fallos vinculantes del Tribunal Constitucional donde se establece la continuidad de la vulneración y no configuración de la caducidad se refiere a los derechos de naturaleza pensionaria, que no es el caso sub-júdice; **CUARTO:** Sin perjuicio de lo expuesto, y a mayor abundamiento, de los actuados se desprende que el accionante pretende reactivar irregularmente la vía administrativa; en efecto, el accionante reconoce que fue **notificado** con la Resolución Directoral Nº 135-88-DS-SDIPER/D2.2 el **dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y ocho,** interponiendo recurso de **reconsideración** contra dicha resolución el **veintisiete de febrero de mil novecientos ochenta y ocho,** posteriormente aduce que la demandada no expide resolución pronunciándose sobre su reconsideración, por lo que interpone recurso de apelación el **veintiuno de septiembre del dos mil seis;** es decir ha esperado **dieciocho años y siete meses aproximadamente** para dar por agotada la vía administrativa, situación que determina inexorablemente la extinción de la necesidad de tutela jurisdiccional, por cuanto se tiene muy presente que el derecho constitucional del debido proceso tiene como contenido esencial el agotar los medios impugnatorios dentro del plazo que las normas establecen, y ejercer el derecho de acción de manera oportuna; consecuentemente, se aprecia de manera evidente y manifiesta que la pretensión deducida no resulta proponible subjetivamente, al configurarse la causal de improcedencia prevista por el inciso 3 del artículo 17, concordante con el inciso 2 del artículo 21 de la Ley 27584 del Proceso Contencioso Administrativo; por tales consideraciones, **RESUELVO:** Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA contenida en la demanda interpuesta por **LINO RICARDO DELGADO MEZA,** consecuentemente DISPONGO la devolución de los anexos una vez consentida o ejecutoriada la presente resolución. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.**

EXPEDIENTE : 2008-0107-0 -0412-JM-CI-01
MATERIA : DECLARACION DE NULIDAD TOTAL O PARCIAL
ESPECIALISTA : JULIO MARTIN PINAZO QUISPE
DEMANDADO : COMISION DE FORMALIZACION DE LA PROPIEDAD PREDIAL
DEMANDANTE : MURILLO QUISPE, FRANCISCO

RESOLUCIÓN Nº 01
Mariano Melgar, ocho de abril
del año dos mil ocho.-

VISTOS: La pretensión contenida en la demanda presentada por Francisco Murillo Quispe, y los anexos adjuntados; y **CONSIDERANDO: PRIMERO.- Juicios de procedibilidad: A) De la jurisdicción y competencia.-** La pretensión deducida es de naturaleza contenciosa administrativa, por lo que el Juez del Primer Juzgado Mixto de este Módulo Básico de Justicia es competente por razón de materia y función, teniendo en cuenta además que el territorio constituye un elemento prorrogable de la competencia relativa; en consecuencia, concurre el presupuesto procesal de la **competencia del Juez. B) De la proponibilidad objetiva:** De los fundamentos fácticos de la pretensión, se desprende que se peticiona providencia jurisdiccional de tutela respecto de la pretensión principal contenciosa administrativa de nulidad, invalidez e ineficacia de resolución administrativa; **C) De la proponibilidad subjetiva:** Que la pretensión es deducida por Francisco Murillo Quispe, por derecho propio, anexando su documento de identidad, por tanto liminarmente se advierte la concurrencia de su **capacidad procesal.**

Respecto a la **legitimidad para obrar activa,** de los hechos expuestos se advierte liminarmente que la accionante deduce su pretensión contenciosa administrativa, aduciendo que se declare la nulidad, invalidez e ineficacia, de la resolución administrativa número 189-2007-COFOPRI/TAP, emitida por la demandada COFOPRI, afirmando lesión a su derecho de titularse sobre el inmueble que detenta; por lo que se configura su posición habilitante. Respecto a la **legitimidad pasiva,** de los hechos imputados se vislumbra razonablemente que la entidad demandada se encuentra en la posición habilitante pasiva, al imputársele responsabilidad en los hechos que sustentan la pretensión. Asimismo, con relación al **interés para obrar,** del análisis de la pretensión deducida se aprecia la necesidad de tutela jurisdiccional; consecuentemente del análisis liminar realizado, no se aprecia de manera evidente o manifiesta que la pretensión deducida se encuentre incursa en causales de improcedencia previstas por el artículo 427 del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 21 de la Ley 27584 de Proceso Contencioso Administrativo; **SEGUNDO.- Juicio de admisibilidad:** Que conforme a lo previsto por los artículos 130, 424 y 425 del Código Procesal Civil, la demanda debe cumplir con los requisitos formales generales, así como con los requisitos formales especiales del artículo 20 de la Ley 27584, los cuales en conjunto conforman el presupuesto procesal de la **demanda en forma;** en tal sentido, del análisis de la demanda y sus anexos, sin embargo se advierte: **a)** Los fundamentos fácticos expuestos se refieren a una nulidad de acto jurídico civil (en particular el numeral 12 de los hechos: falta de manifestación de voluntad del agente, objeto física y jurídicamente imposible, simulación absoluta, etc.) y no resultan pertinentes para sustentar adecuadamente la nulidad de la resolución administrativa (en tanto que acto jurídico administrativo) cuya naturaleza y requisitos de validez resultan diferentes a los hechos expuestos, por lo que si bien tal incongruencia lógica determinaría su improcedencia liminar, debe optimizarse el principio de favorecimiento del proceso; debiendo sustentar adecuadamente la pretensión contencioso administrativo; **b)** Asimismo, la tasa judicial adjuntada resulta insuficiente, debiendo tener presente el valor de las tasas para el presente año judicial, reintegrando la misma; **TERCERO:** En tal sentido, si bien en el proceso contencioso administrativo se regulan los principios de suplencia de oficio y favorecimiento del proceso, sin embargo, pese a tales principios, el Juez no puede sustituirse a las partes en los requisitos que se encuentran dentro del ámbito de su dominio; por lo que la demanda interpuesta y sus anexos, no satisfacen las exigencias formales mínimas para su admisión, incurriendo en causales de inadmisibilidad previstas por los incisos 1, y 3 del artículo 426 del Código Procesal Civil, aplicables al presente proceso, conforme al artículo 20 de la Ley 27584; por lo que debe concederse un plazo razonable para subsanar tales deficiencias; y en atención a los defectos advertidos, **debe presentarse nuevo escrito de demanda en forma;** por tales consideraciones **RESUELVO:** Declarar **INADMISIBLE** la demanda que contiene la pretensión CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, interpuesta por **FRANCISCO MURILLO QUISPE,** debiendo subsanar los defectos advertidos, dentro del plazo de CINCO DÍAS hábiles, **presentando nuevo escrito de demanda en forma,** bajo APERCIBIMIENTO de RECHAZARSE la demanda y disponer el archivo del proceso, devolviéndose los anexos en su oportunidad. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.**

EXPEDIENTE : 2007-0226-0 -0412-JM-CI-01
MATERIA : DECLARACION DE NULIDAD TOTAL O PARCIAL
ESPECIALISTA : OMAR VARGAS ASTOQUILCA
DEMANDADO : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MARIANO MELGAR
DEMANDANTE : VALDIVIA UREÑA, KETTY DELMIRA

RESOLUCIÓN N° 001
Mariano Melgar, veinte de junio
del dos mil siete.

VISTOS: La pretensión contenida en la demanda presentada por Ketty Delmira Valdivia Ureña, y los anexos adjuntados; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO.- Juicios de procedibilidad: A) De la jurisdicción y competencia.-** La pretensión deducida es de naturaleza contenciosa administrativa, por lo que el Juez del Primer Juzgado Mixto de este Módulo Básico de Justicia es competente por razón de materia y función, teniendo en cuenta además el domicilio de la accionante y el domicilio que se imputa a la demandada; en consecuencia, concurre el presupuesto procesal de la **competencia del Juez. B) De la proponibilidad objetiva:** De los fundamentos fácticos de la pretensión, se desprende que se peticiona providencia jurisdiccional de tutela respecto de la pretensión principal contenciosa administrativa sobre nulidad de acto jurídico y accesoriamente reincorporación a su centro de trabajo en las mismas condiciones anteriores al despido; **C) De la proponibilidad subjetiva:** Que la pretensión es deducida por Ketty Delmira Valdivia Ureña, por derecho propio, anexando su documento de identidad, por tanto liminarmente se advierte la concurrencia de su **capacidad procesal.** Respecto a la **legitimidad para obrar activa,** de los hechos expuestos se advierte liminarmente que la accionante deduce su pretensión contenciosa administrativa, aduciendo que los actos administrativos mediante los cuales se ha configurado su despido (resoluciones) devienen en nulos por tratarse de un despido arbitrario. Respecto a la **legitimidad pasiva,** de los hechos imputados se vislumbra razonablemente que la demandada se encuentra en la posición habilitante pasiva de ser demandada. Asimismo, con relación al **interés para obrar,** del análisis de la pretensión deducida se aprecia la necesidad de tutela jurisdiccional; consecuentemente del análisis liminar realizado, no se aprecia de manera evidente o manifiesta que la pretensión deducida se encuentre incursa en causales de improcedencia previstas por el artículo 427 del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 21 de la Ley 27584 de Proceso Contencioso Administrativo; **SEGUNDO.- Juicio de admisibilidad:** Que conforme a lo previsto por los artículos 130, 424 y 425 del Código Procesal Civil, la demanda debe cumplir con los requisitos formales generales, así como con los requisitos formales especiales del artículo 20 de la Ley 27584, los cuales en conjunto conforman el presupuesto procesal de la **demanda en forma;** en tal sentido, del análisis de la demanda y sus anexos, se advierte que se ha omitido dirigir la demanda contra el Procurador Público; por lo que deberá subsanarse tal extremo, y a la vez adjuntar la tasa judicial para su correspondiente notificación; ya que las adjuntadas son insuficientes para notificar a todas las partes, incluyendo a la demandante; **TERCERO:** En tal sentido, se advierte que la demanda interpuesta y sus anexos, reúnen las exigencias formales exigidas, por lo que conforme al artículo 25 de la Ley 27584 debe admitirse en la vía del proceso especial, debiendo remitirse copias certificadas del expediente administrativo que ha dado origen a las actuaciones impugnadas, dentro del plazo previsto por el artículo 22 de la citada ley modificada por el Decreto Legislativo Nº 1067, bajo apercibimiento de aplicarse multa compulsiva; por tales consideraciones **RESUELVO: ADMITIR** la demanda que contiene la pretensión CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, en la VÍA DEL PROCESO ESPECIAL, interpuesta por KETTY DELMIRA

VALDIVIA UREÑA, en contra de la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MARIANO MELGAR; en consecuencia, TRASLADO a la demandada por el plazo de DIEZ DÍAS para contestar la demanda, bajo apercibimiento de rebeldía; por ofrecidos los medios probatorios. Asimismo **ORDENO** la remisión de copias certificadas del expediente administrativo que ha dado origen a las actuaciones impugnadas, dentro del plazo de **QUINCE DIAS,** bajo apercibimiento de aplicarse multa compulsiva en las remuneraciones del Alcalde de la municipalidad demandada. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.**

EXPEDIENTE : 2007-0394-0-0412-JM-CI-01
MATERIA : NULIDAD DE COSA JUZGADA FRAUDULENTA
ESPECIALISTA : JULIO MARTÍN PINAZO QUISPE
DEMANDADOS : CENTENO CARRASCO, NELLY ROSA
: JUEZ DEL TERCER JUZGADO MIXTO MODULO DE JUSTICIA DE MARIANO MELGAR JORGE LUIS PINTO FLORES
: JUEZ DEL PRIMER JUZGADO DE PAZ LETRADO MODULO BASICO DE MARIANO MELGAR LUCIA SOCORRO ARNILLAS PAREDES
DEMANDANTE : SALLHUE ROJAS, JOSE ANTONIO

RESOLUCIÓN Nº 01
Mariano Melgar, veintidos de octubre
del año dos mil siete.-

VISTOS: La pretensión contenida en la demanda presentada por José Antonio Sallhue Rojas, y los anexos adjuntados; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO.- Juicios de procedibilidad: A) De la jurisdicción y competencia.-** La pretensión deducida es de naturaleza civil, por lo que el Juez del Primer Juzgado Mixto de este Módulo Básico de Justicia es competente por razón de materia y función, teniendo en cuenta además el domicilio que se imputa a los demandados; en consecuencia, concurre el presupuesto procesal de la competencia del Juez. **B) De la proponibilidad objetiva:** De los fundamentos fácticos de las pretensiones así como del petitorio, se desprende que se peticiona providencia jurisdiccional de tutela respecto de la pretensión de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, contra la Sentencia número 169-2007, emitida por la Juez del Primer Juzgado de Paz Letrado Lucía Arnillas Paredes, y contra la Sentencia de Vista número 65-2007 emitida por el Juez del Tercer Juzgado Mixto Jorge Luis Pinto Flores, ambos de este Módulo de Justicia. **SEGUNDO.- C) De la proponibilidad subjetiva:** Se advierte que la pretensión es deducida por José Antonio Sallhue Rojas, por derecho propio, anexando su documento de identidad, por tanto liminarmente se advierte la concurrencia de su **capacidad procesal.** Respecto a la **legitimidad para obrar activa,** de los hechos expuestos por el accionante y anexos adjuntados, se desprende que el actor se encuentra en la posición habilitante para formular su pretensión nulificante. Respecto a la configuración de la **legitimidad pasiva** y a la concurrencia del interés para obrar, del análisis de la pretensión deducida se desprende: **a)** En el segundo fundamento fáctico el accionante reconoce que su hija Madeleyne Sabina Sallhue Silva se encuentra bajo la tenencia de su abuela Nelly Rosa Centeno Carrasco, **por decisión y consentimiento** del mismo accionante; **b)** En el tercer fundamento fáctico, sostiene que la abuela de su hija le instaura un proceso de alimentos, tramitado en el expediente 2006-551 ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de este módulo, aduciendo que "la abuela … **sorprende al Juzgado de Paz Letrado** … en el cual expone falsedades … lo que origina que sea una demanda producto de la falsedad genérica, fraude procesal, y temeridad procesal **de la parte,** así como **del abogado** que patrocina …"; **c)** En el cuarto fundamento fáctico sostiene que, "la abuela es la guardadora de la

menor, **en un proceso en el cual el actor no tuvo participación alguna, y desconoce del mismo,** por haber sido obtenidos bajo mentiras, a espaldas del actor…". **d)** En el sexto fundamento fáctico, sostiene: "…ambos **despachos judiciales han consentido, por actos de fraude** y de la colusión, del Juez del Juzgado de Paz Letrado con la parte, y que la parte haya hecho válido el fraude procesal llevado en el expediente Nº 176-2002-T, se ha festinado el trámite … **sorprendiendo** en el proceso anterior…". e) Finalmente, en el sétimo fundamento fáctico, sostiene: "… desde que fuimos sorprendido por la abuela demandante **hicimos ver al despacho que estaba siendo sorprendida** al mismo, y que estaba presentando una demanda de patria potestad en el Expediente 2007-0009-FA-03 y conocía de ese efecto, así como del pedido de acumulación de ambos expedientes…". **TERCERO.-** Bajo ese contexto fáctico, para que se configure adecuadamente la **legitimidad pasiva** de los demandados, se les debe imputar en forma concreta una conducta dolosa y de colusión, de manera tal que se afecte el debido proceso; sin embargo en el caso sub-júdice, **el propio accionante reconoce en sus fundamentos fácticos que se ha sorprendido al Juzgado,** por lo que tal afirmación resulta absolutamente contradictoria con la imputación de dolo, colusión, o connivencia; por lo que no se configura una posición habilitante pasiva para deducir su pretensión contra los demandados, **careciendo estos de legitimidad pasiva** para obrar, tanto más que la Juez Lucía Arnillas Paredes (contra quien se deduce la pretensión nulificante de cosa juzgada fraudulenta) no se encuentra desempeñando funciones en el Primer Juzgado de Paz Letrado, al haber sido promovida a instancia superior, siendo evidente que dicha magistrada no tiene legitimidad pasiva. **CUARTO.-** Asimismo, no pasa desapercibido que, conforme a los hechos expuestos por el propio accionante, su hija Madeleyne Sabina Sallhue Silva se encuentra bajo la tenencia de su abuela Nelly Rosa Centeno Carrasco, **por decisión y consentimiento del mismo accionante;** y que en el proceso tutelar 176-2002-T dicho accionante tal como expresamente se desprende del quinto considerando de la Sentencia número **ha sido debidamente notificado mediante edictos,**o 169-2007 recaída en el proceso de alimentos; y en todo caso, las imputaciones de fraude procesal y colusión a las que hace referencia el accionante, se originan en el proceso tutelar 176-2002-T, del cual aduce que no tuvo conocimiento ni participación, sin embargo **con su pretensión nulificatoria de cosa juzgada no se cuestiona la resolución que le otorga en colocación familiar a su hija,** incurriendo en falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, causal de improcedencia prevista por el inciso 5 del artículo 427 del Código Procesal Civil, que por lo demás dicha resolución tampoco se encuentra dentro de los alcances del artículo 178 del Código Procesal Civil; **QUINTO.-** Adicionalmente, tampoco puede pasar desapercibido que, el accionante aduce en la parte final de su sétimo fundamento fáctico que, "…dicha abuela no tiene legitimidad ni interés para obrar, dicha Juez debe ser botada de Magistrado"; sin embargo, tales cuestionamientos quedan desvirtuados por que la A Quo también se ha pronunciado sobre este extremo en el segundo considerando de su sentencia de alimentos, de donde fluye que la menor fue entregada en colocación familiar a su abuela, en el expediente tutelar ya referido; **SEXTO.-** En ese orden, se concluye inexorablemente que, en el caso sub-júdice, conforme al inciso 2 del artículo 427 del Código Procesal Civil, **no se configura el interés para obrar,** por cuanto del detenido análisis realizado, la causa petendi de la pretensión nulificatoria no sustenta ni justifica razonablemente la necesidad de tutela jurisdiccional, máxime que, las peticiones de acumulación de procesos formulados por el accionante, y que estaba presentando una demanda de patria potestad, expediente número 2007-0009-FA, por ante el Tercer Juzgado Mixto, no constituyen fundamentos pertinentes para configurar la pretensión nulificatoria de cosa juzgada fraudulenta, pues la Juez del Primer Juzgado de Paz Letrado tiene la obligación de sentenciar el proceso de alimentos a su cargo, y por ello el Juez del Tercer Juzgado Mixto también tiene la obligación funcional de absolver el grado al elevarse en vía de apelación.

SÉTIMO.- En igual sentido, si bien por ante el Tercer Juzgado Mixto se encuentran en trámite el proceso 2007-0009, sobre patria potestad y tenencia, interpuesta por el accionante contra Barbara Nelly Silva Centeno y Nelly Rosa Centeno Carrasco; y el proceso 2007-0438 sobre suspensión de patria potestad, interpuesta por Nelly Rosa Centeno Carrasco contra el ahora accionante, **tales procesos no han sido sentenciados,** por lo que debe tenerse muy presente que el artículo 178 del Código Procesal Civil sólo permite la nulificación de las **sentencias** y el **acuerdo de las partes homologado** por el Juez, siendo evidentemente improcedente sustentar la cosa juzgada fraudulenta en una eventual acumulación peticionada y no resuelta, en cuyo caso existen los medios impugnatorios ordinarios, diferentes a la pretensión nulificatoria de cosa juzgada fraudulenta; **OCTAVO.-** En esta perspectiva, la reiterada Jurisprudencia Casatoria de la Corte Suprema[1], ha establecido que la pretensión nulificatoria de cosa juzgada fraudulenta tiene como características principales: **a)** Que es **excepcional,** es decir, sólo procede su utilización frente a causales específicas tipificadas en el ordenamiento jurídico, por lo que no cabe interpretación extensiva o integración analógica a materias distintas de las reguladas por el ordenamiento procesal civil; **b)** Que, es **residual,** es decir, no puede ser utilizada si en un proceso existen mecanismos internos y ordinarios que puedan subsanar el vicio ocurrido a propósito de la comisión del fraude procesal; **c)** Que, es **extraordinario,** es decir, sólo se puede cuestionar la autoridad de la cosa juzgada recaída en una sentencia judicial cuando esta decisión ha sido obtenida en base a un engaño o simulación que agravie a tal punto el espiritu de la justicia, que mantener la cosa juzgada sería una aberración; y **d)** Es de **extensión limitada,** es decir, que de ser declarada fundada la pretensión de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, ésta sólo alcanza a los actos viciados de fraude; por lo que en el caso sub-júdice, los hechos expuestos por el accionante no se encuentran dentro del ámbito previsto por el artículo 178 del tantas veces citado ordenamiento procesal, y menos aún se encuentran dentro de los alcances precisados por la Jurisprudencia Casatoria de la Corte Suprema, dejándose a salvo el derecho del accionante para que lo haga valer en la forma e instancia correspondiente; por tales consideraciones, **RESUELVO:** Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión de NULIDAD DE COSA JUZGADA FRAUDULENTA contenida en la demanda interpuesta por **JOSÉ ANTONIO SALLHUE ROJAS**, en contra de la Juez LUCÍA ARNILLAS PAREDES, y en contra del Juez JORGE LUIS PINTO FLORES y NELLY ROSA CENTENO CARRASCO; consecuentemente, **DISPONGO** la devolución de los anexos una vez consentida o ejecutoriada la presente resolución, dejándose a salvo su derecho para que lo haga valer en la forma e instancia correspondiente. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.**

EXPEDIENTE : 2007-0260-0 -0412-JM-CI-01
MATERIA : EJECUCION DE GARANTIAS
ESPECIALISTA : JUAN CARLOS MEDINA ORTIZ
DEMANDADO : LA EMPRESA NOCRA INVERSIONES SCRL
DEMANDANTE : ZUÑIGA CASTILLO, MIGUEL ANTONIO

RESOLUCIÓN Nº 01
Mariano Melgar, once de julio
del año dos mil siete.-

VISTOS: La pretensión contenida en la demanda presentada por Miguel Antonio Zúñiga Castillo, apoderado de Ernesto Delgado Pino, y los anexos adjuntados; y **CONSIDERANDO: PRIMERO.- Juicios de procedibilidad: A) De la jurisdicción y competencia.-** La pretensión deducida es de naturaleza civil,

[1]Entre estas, véase las siguientes: Casación Nº 1300-2001-ANCASH, publicada en el Diario Oficial El Peruano de 01 de abril del 2002, pág. 8501; Casación 96-2000-LAMBAYEQUE, publicada en el Diario Oficial El Peruano de 30 de noviembre del 2000, pág. 6446; Casación 3145-99-AREQUIPA, publicada en el Diario Oficial El Peruano de 17 de septiembre del 2000, pág. 6297; Casación 160-2000-CONO NORTE, publicada en el Diario Oficial El Peruano de 30 de agosto del 2000, pág. 6140.

por lo que el Juez del Primer Juzgado Mixto de este Módulo Básico de Justicia es competente por razón de materia y función, teniendo en cuenta además el domicilio que se imputa a la demandada; en consecuencia, concurre el presupuesto procesal de la **competencia del Juez. B) De la proponibilidad objetiva:** De los fundamentos fácticos de la pretensión así como del petitorio, se desprende que se peticiona providencia jurisdiccional de tutela respecto de la ejecución de garantía hipotecaria, a efecto cumpla con pagar la suma de U.S.$ 42,130.02 (cuarentidós mil ciento treinta con 02/100 dólares americanos); **C) De la proponibilidad subjetiva:** Que la pretensión es deducida por el accionante, quien actúa en calidad de apoderado de Ernesto Delgado Pino, anexando su documento de identidad y el poder por escritura pública con las facultades conferidas para iniciar el presente proceso; por tanto liminarmente se advierte la concurrencia de su **capacidad procesal** y de su **representación procesal.** Respecto a la **legitimidad para obrar activa,** de los hechos expuestos se advierte liminarmente que el poderdante del accionante se encuentra en la posición habilitante para formular la pretensión de ejecución de garantía hipotecaria al afirmar la titularidad de los créditos cuya ejecución demanda. Respecto a la de los hechos imputados y anexos adjuntados se vislumbra razonablemente que la empresa de **legitimidad pasiva,** mandada Nocra Inversiones SCRL se encuentra en la posición habilitante pasiva de ser demandada, al habérsele imputado el incumplimiento de sus obligaciones. Asimismo, con relación al interés **para obrar,** del análisis de la pretensión deducida se aprecia la necesidad de tutela jurisdiccional; consecuentemente del análisis liminar realizado, no se aprecia de manera evidente o manifiesta que la pretensión deducida se encuentre incursa en causales de improcedencia previstas por el artículo 427 del Código Procesal Civil; **SEGUNDO.- Juicio de admisibilidad:** Que conforme a lo previsto por los artículos 130, 424 y 425 del Código Procesal Civil, la demanda debe cumplir con los requisitos formales generales, así como con los requisitos formales especiales del artículo 720 del citado Código, los cuales en conjunto conforman el presupuesto procesal de la **demanda en forma;** en tal sentido, del análisis de la demanda y sus anexos, se advierte que: **a)** Respecto a la liquidación del saldo deudor adjuntada (anexo A-43), esta resulta diminuta, por cuanto no precisa el porcentaje del interés aplicado, ni el periodo que abarca dichos cálculos, siendo insuficiente la mención genérica a las cuotas vencidas, debiendo presentarse en forma y debidamente sustentado, conforme a la reiterada Jurisprudencia en materia comercial[1]; **TERCERO:** En consecuencia, la demanda interpuesta incurre en causal de inadmisibilidad prevista por el artículo 426 incisos 1 y 2, concordante con el artículo 720 del Código Procesal Civil, debiendo concederse un plazo razonable para subsanar la observación; por tales consideraciones. **RESUELVO:** Declarar **INADMISIBLE** la demanda que contiene la pretensión de ejecución de garantía hipotecaria, interpuesta por MIGUEL ANTONIO ZÚÑIGA CASTILLO, apoderado de Ernesto Delgado Pino, en contra de la EMPRESA NOCRA INVERSIONES SCRL; en consecuencia, se CONCEDE el plazo de TRES DÍAS a efecto de que subsane las observaciones, bajo APERCIBIMIENTO de RECHAZARSE la demanda y archivarse el proceso. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.**

[1]Ejecutoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Civil con sub-especialidad comercial, recaída en el Expediente Nº 685-2005: "… este Colegiado invoca nuevamente a las instituciones financieras y, en general, a todos los acreedores a que al momento de plantear sus demandas de ejecución de garantías acompañen un estado de saldo deudor que posibilite cuando menos: a) La identificación de la obligación garantizada; b) El monto inicial de la misma; c) Las tasas de interés compensatorio y/o moratorio aplicadas (en su caso la tasa del interés legal), siendo deseable incluso, acompañar la liquidación detallada de los mismos; d) Los pagos a cuenta realizados especificando, en lo posible, su fecha y forma de imputación, y e) La especificación del monto demandado diferenciando lo que corresponde al capital adeudado a los intereses corridos y a los gastos en los que se a incurrido". En: Palestra de la Jurisprudencia. La Justicia Especializada Comercial. Primera Edición. Lima, Palestra Editores, 2007, pág. 277. El resaltado en negrita y agregado entre paréntesis es nuestro.

EXPEDIENTE : 2008-0457-0 -0412-JM-CI-01
MATERIA : EJECUCION DE GARANTIAS
ESPECIALISTA : OMAR VARGAS ASTOQUILCA
DEMANDADOS : HEREDIA RIVEROS
: PORTUGAL HURTADO
DEMANDANTE : ENRIQUEZ LAZARTE, BRAULIO

RESOLUCIÓN Nº 01
Mariano Melgar, veintiocho de noviembre
del año dos mil ocho.-

VISTOS: La pretensión contenida en la demanda presentada por Braulio Enríquez Lazarte, y los anexos adjuntados; y **CONSIDERANDO: PRIMERO.- Juicios de procedibilidad: A) De la jurisdicción y competencia.-** La pretensión deducida es de naturaleza civil, por lo que el Juez del Primer Juzgado Mixto de este Módulo Básico de Justicia es competente por razón de materia y función, teniendo en cuenta además el domicilio que se imputa al demandado; en consecuencia, concurre el presupuesto procesal de la **competencia del Juez. B) De la proponibilidad objetiva:** De los fundamentos fácticos de la pretensión así como del petitorio, se desprende que se peticiona providencia jurisdiccional de tutela respecto de la ejecución de garantía hipotecaria, a efecto cumpla con pagar la suma de catorce mil ochenta y cuatro con 11/100 dólares, equivalente en moneda nacional a cuarenta y tres mil trescientos setenta y nueve con 05/100 nuevos soles, a razón de S/. 3.08 por dólar; **C) De la proponibilidad subjetiva:** Que la pretensión es deducida por la accionante, quien actúa por derecho propio, anexando su documento de identidad, por tanto liminarmente se advierte la concurrencia de su **capacidad procesal.** Respecto a la **legitimidad para obrar activa,** de los hechos expuestos se advierte liminarmente que el accionante se encuentra en la posición habilitante para formular la pretensión de ejecución de garantía hipotecaria. Respecto a la **legitimidad pasiva,** de los hechos imputados y anexos adjuntados se vislumbra razonablemente que la demandada se encuentra en la posición habilitante pasiva. Asimismo, con relación al **interés para obrar,** del análisis de la pretensión deducida se aprecia la necesidad de tutela jurisdiccional; consecuentemente del análisis liminar realizado, no se aprecia de manera evidente o manifiesta que la pretensión deducida se encuentre incursa en causales de improcedencia previstas por el artículo 427 del Código Procesal Civil; **SEGUNDO.- Juicio de admisibilidad:** Que conforme a lo previsto por los artículos 130, 424 y 425 del Código Procesal Civil, la demanda debe cumplir con los requisitos formales generales, así como con los requisitos formales especiales del artículo 720 del citado Código, modificado por el Decreto Legislativo Nº 1069, los cuales en conjunto conforman el presupuesto procesal de la **demanda en forma;** en tal sentido, del análisis de la demanda y sus anexos, se advierte que la demanda reúne los requisitos exigidos; por lo que debe ser admitida en la vía del proceso único de ejecución, con el plazo y apercibimiento previsto por el artículo 721 del Código Procesal Civil; por tales consideraciones **RESUELVO: ADMITIR** la demanda ejecutiva que contiene la pretensión de EJECUCIÓN DE GARANTÍA interpuesta por BRAULIO ENRÍQUEZ LAZARTE en contra de JUAN ANTONIO PORTUGAL HURTADO y NORMA INÉS HEREDIA RIVEROS. **NOTIFÍQUESE** a los ejecutados para que en el plazo de TRES DÍAS de notificados, cumplan con pagar la suma de **CATORCE MIL OCHENTA Y CUATRO CON 11/100 DÓLARES AMERICANOS,** más los intereses pactados; bajo **apercibimiento** de procederse al remate del bien dado en garantía; por ofrecidos los medios probatorios, agréguese a sus antecedentes los anexos acompañados. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.**

ANEXO 2

ANTEPROYECTO DE LEY

(REFORMAS AL CODIGO PROCESAL CIVIL SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LA PRETENSIÓN Y LA DEMANDA)

Artículo 427.- Procedencia de la pretensión: La pretensión será procedente si reúne los siguientes requisitos:

1. El Juez sea competente para su juzgamiento.
2. El petitorio sea posible física y jurídicamente.
3. Exista capacidad para obrar del demandante o su representante.
4. Se configure la legitimidad para obrar ordinaria o extraordinaria.
5. Exista interés para obrar.

Artículo 428: Admisibilidad de la demanda: La demanda será admisible siempre que reúna los siguientes requisitos:

1. La designación del juez ante quien se interpone.
2. El nombre, datos de identidad, domicilio real actual y domicilio procesal del demandante, o de su representante, si no puede comparecer por sí mismo.
3. El nombre y domicilio real del demandado, si ignora este dato lo expresará bajo juramento, adjuntando la ficha RENIEC del demandado.
4. El petitorio, determinando en forma clara y completa los efectos jurídicos pretendidos.
5. La debida acumulación de pretensiones.
6. La conexidad lógica entre el petitorio y los hechos.
7. Los hechos que sustentan el petitorio, enumerados, y expuestos en forma clara y precisa.
8. La fundamentación jurídica del petitorio.
9. El monto del petitorio, salvo que no sea exigible por la naturaleza de la pretensión.
10. La precisión de la vía procedimental que corresponda.
11. Los medios probatorios, sugiriendo el orden de su actuación.
12. La firma del demandante o de su representante o apoderado, y de su abogado, salvo en los procesos de alimentos. El Especialista Legal certificará la huella digital del demandante analfabeto.

ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

QUINTO PUESTO

PATRIMONIO CULTURAL:
¿Estamos de Acuerdo en qué Queremos Proteger?

Dr. JOSÉ MANUEL MAYORGA ZÁRATE

Sumilla de la Hoja de Vida del Dr.
JOSÉ MANUEL MAYORGA ZÁRATE

Abogado por la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco (UNSAAC) con estudios en el Programa de Doctorado "Sociedad Democrática y Estado de Derecho" de la Universidad del País Vasco, España y en la Maestría de Derecho Penal y Procesal Penal de la Escuela de Postgrado de la UNSAAC.

El doctor Mayorga Zarate es nombrado en el 2002 como Fiscal Provincial Titular de Turismo del Cusco y designado en el 2003 como Fiscal Especial para el Patrimonio Cultural en el Distrito Judicial del Cusco.

Catedrático contratado en el 2007 para dictar el curso de Criminología, en la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica de los Andes, Cusco. Panelista y expositor en eventos académicos sobre Derecho Patrimonial y patrimonio histórico.

PATRIMONIO CULTURAL:
¿ESTAMOS DE ACUERDO EN QUÉ QUEREMOS PROTEGER?

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo expone la existencia de dos sistemas de protección del patrimonio cultural en el Perú. Revisa normas internacionales, la Constitución y legislación infra constitucional de la materia, a la luz de dicho planteamiento.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El patrimonio cultural es un bien jurídico indiscutible. Teórica o intuitivamente, todos aquilatamos la importancia de valorar y proteger los legados culturales de nuestros antepasados y sentirnos identificados y auténticos ante un contexto globalizado crecientemente homogeneizador.

Sin embargo, donde el conocimiento general puede llegar fácilmente a consensos, no ocurre lo mismo con el derecho y aún menos con los derechos administrativo y penal, que, como disciplinas normativas, se valen de tipos legales que prescriben o proscriben conductas e imponen sanciones que restringen derechos y, por tanto, deben tratar de utilizar conceptos claros, que permitan evitar arbitrariedades y sustentar la paz social.

Ello se debe a que existen muchas razones para conservar y proteger ciertos bienes del paso del tiempo, que van desde las obras artísticas, científicas, históricas, religiosas y hasta sentimentales, que si se admitieran desde posiciones subjetivas en buena cuenta podrían abarcar todos o casi todos los frutos de la creación humana.
Por otro lado, imponer criterios selectivos que dejen del lado bienes que son de gran valor para determinadas ramas del saber o colectivos sociales podría causar malestar y disconformidad en los mismos.

De acepciones tan vastas o tan restringidas, como es lógico suponer, podrían derivar múltiples desencuentros conceptuales y problemas jurídicos concretos, que nos corresponde exponer y analizar para tratar de contribuir con el desarrollo de la ciencia jurídica.

El tema conceptual tiene una importancia fundamental para las materias jurídicas, pues de su adecuada estructuración dependerá la coherencia del sistema. En otras palabras, si consideramos que ciertos bienes del patrimonio cultural poseen mayor o menor importancia que otros, y por tanto requieren de más o menos intensidad en su protección, ello debe estar sustentado en desarrollos teóricos y conceptos de unánime aceptación.

Sin embargo, ha ocurrido que por diversos motivos, entre ellos el paso del tiempo y el avance de la ciencia jurídica o los cambios políticos en las esferas de gobierno, los sistemas jurídicos experimentan evoluciones que muchas veces han deformado las instituciones jurídicas y hecho que las normas pierdan armonía y coherencia, llegando incluso a mostrar serias contradicciones y antinomias.

En tales casos, desde los roles que nos corresponden, los magistrados de primera instancia estamos llamados a tomar posición y aplicar técnicas de interpretación que, de alguna forma, nos permitan resolver el caso concreto, aunque no solucionan el problema desde su origen.

En otras palabras, los esfuerzos interpretativos aislados son como remedios para las dolencias pero no curan la enfermedad.

En el presente ensayo se expondrá la existencia de dos sistemas de protección del patrimonio cultural en el Perú y se revisarán normas internacionales, la Constitución y legislación infra constitucional de la materia, a la luz de dicho planteamiento.

Para hacerlo, planteamos que la protección del patrimonio cultural reposa en un modelo de protección. El modelo de protección jurídica del los bienes culturales empieza con la delimitación de lo que queremos proteger (la misma que obedece a una percepción política), y a partir de ésta, desarrolla mecanismos específicos, tales como la declaratoria (positiva o negativa) de pertenecer al patrimonio cultural, los registros de posesión y transferencia de dichos bienes, las limitaciones al uso de los mismos y los demás derechos y obligaciones inherentes a la posesión regular de éstos.

En tal sentido, el objetivo del presente ensayo es exponer básicamente los modelos de protección del patrimonio cultural inferidos del contenido de dos documentos de protección jurídica de alcance internacional: la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural dada en París el 23 de noviembre de 1972 por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); y a la Convención sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas (Convención de San Salvador), aprobada por la Organización de Estados Americanos (OEA) en Chile, el año de 1977.

Ambas normas han sido emitidas por organismos supranacionales de los que el Perú es parte. Ambas han sido aprobadas por el Congreso de la República, por lo que forman parte de nuestro derecho nacional y aún más, entendiendo que el derecho al patrimonio cultural está entroncado con el derecho a la identidad de los pueblos por lo que vendría a ser un derecho humano de tercera generación, y por tanto ambas normas podrían servir de referente para la interpretación constitucional.

A renglón seguido en este ensayo, al tiempo de tratar nuestra legislación nacional, se buscará desarrollar la implicancia de los modelos, plasmada en la definición constitucional y en el desarrollo legal y reglamentario del patrimonio cultural, para finalmente cotejarlo con la normatividad del Código Penal, en sus artículos 228 y 230.

1. LA FUNCION DEL DERECHO EN RELACION AL PATRIMONIO CULTURAL

Cuando se pregunta por el significado del concepto "patrimonio cultural", generalmente se recurre a algún texto jurídico que puede ser una norma Internacional, una Constitución o una ley.

El común denominador de la mayoría de estos textos es que aluden a conceptos genéricos tales como valor o importancia histórica, arqueológica, artística, arquitectónica, religiosa y de varias otras categorías.

El autor español Luis A. Anguita Villanueva, en su libro “El Derecho de Propiedad Privada en los bienes de Interés Cultural”[368], resalta que:

[368] ANGUITA VILLANUEVA, LUIS. (2001). El derecho de propiedad privada en los bienes de interes cultural. Madrid, Editorial Dykinson, pág. 54.

"…al referir tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico, ¿a que están refiriendo con términos de tan difícil apreciación? Muchos pensarán que el empleo de tales palabras supone tanto como no decir nada, se están refiriendo a campos indefinibles como la cultura, el arte o la historia. Nadie puede negar la increíble abstracción de dichos términos, pero ello no puede significar una apreciación inocua en el mundo jurídico. Mas si tenemos en cuenta que la eficacia del derecho depende en gran medida de su seguridad jurídica".

En ese orden de ideas, debemos partir por aceptar que a los profesionales del derecho no nos compete desentrañar y definir el significado de valor o interés artístico, histórico, religioso, arqueológico y un largo etcétera, pues ello justamente es materia de esas disciplinas, ciencias y artes. Es más, los propios especialistas de dichas ramas del saber difícilmente llegarán a consensos definitivos sobre el tema.

Ello se debe a que los juicios de valor científicos o estéticos se encuentran en permanente revisión y suelen depender de la percepción vigente, los valores o los intereses imperantes en un lugar y momento determinados.

Al respecto el autor mexicano Enrique Florescano, citado por el autor nacional Eliseo Talancha Crespo[369], refiere que:

"…los diferentes conceptos sobre patrimonio cultural tienen una relación directa y determinante con cuatro variables que son dinámicas y complejas. La primera variable implica que cada época rescata y selecciona los bienes y testimonios que la identifican con la noción que se tiene de patrimonio cultural. La segunda explica que en gran medida los bienes y testimonios culturales son seleccionados por los grupos dominantes según criterios restrictivos o exclusivos y ajenos a la noción real de patrimonio cultural. La tercera indica que el concepto de 'Patrimonio Cultural' se construye a partir de una oposición entre el patrimonio cultural universal y el patrimonio cultural propio que históricamente surge de la corriente nacionalista en los siglos XIX y XX. Y la cuarta variable establece que el uso del concepto patrimonio cultural también está determinado por las diferencias que concurren en el seno de la sociedad nacional".

Ante dicha perspectiva, resulta claro que la determinación de los valores culturales tiene una naturaleza política y científica en permanente evolución, por lo que la función del derecho, como disciplina rectora de la sociedad, no debe centrarse en definir los parámetros para asignar la calidad de los bienes culturales, pues ello sería invadir el campo de acción de otras disciplinas o artes, con resultados probablemente objetables.

Por el contrario, la función del derecho con relación al patrimonio cultural, debe centrarse en establecer un modelo de protección que haga eficaz y eficiente el cuidado del patrimonio cultural de cada nación, en armonía y respeto de los derechos colectivos e individuales sobre los bienes que lo integran.

[369] TALANCHA CRESPO, ELISEO. (1993). Los Delitos Culturales. Huánuco, Ediciones Kotosh, pág. 18.

CAPÍTULO II

LA CONVENCIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO MUNDIAL CULTURAL Y NATURAL, DADA EN PARÍS EL 23 DE NOVIEMBRE DE 1972

Debemos empezar refiriendo que la Convención de París no es el primer ni el único documento internacional que la Organización de las Naciones Unidas ha expedido sobre la materia. El portal institucional de la UNESCO[370] , en lo referente a nuestro país, nos informa que el Perú ha suscrito los siguientes instrumentos internacionales:

- Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención, aprobada en La Haya el 14 de mayo de 1954. El Estado Peruano se adhirió a la misma el 21 de Julio de 1989.
- Protocolo a la Convención para la protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado. La Haya, 14 de mayo de 1954. El Perú también se adhirió a la misma el 21 de Julio de 1989.
- La Convención sobre las medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, dada en París el 14 de noviembre de 1970. La Convención fue aceptada por el Estado Peruano el 24 de octubre de 1979.
- Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural. París, 16 de noviembre de 1972. Fue ratificada por el Perú el 24 de febrero de 1982.
- Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado. Dado en La Haya el 26 de marzo de 1999 y ratificado el 24 de mayo del 2005.
- Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial. París, 17 de octubre de 2003. Ratificado el 23 de septiembre del 2005.
- Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales. París, 20 de octubre de 2005. El Perú se encuentra adherido desde el 16 de octubre del 2006.

La Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural es considerada por algunos autores como "la Constitución" de todo el sistema de protección internacional del patrimonio cultural[371] .

Sin ánimo de ahondar en los antecedentes de éste importante instrumento internacional, me parece conveniente mencionar al autor Jorge Cardona Llorens, quien refiere que nació "…del impulso histórico de proveer una protección del patrimonio tras la traumática experiencia de la II Guerra Mundial"; luego añade que "la Convención de 1972 se apoya en los otros dos textos normativos de 1954 y 1970, para ofrecer aquella protección de manera general tanto en tiempo de paz como en caso de conflicto armado o tras el mismo (momento en el que suele multiplicarse el tráfico ilícito de bienes culturales obtenidos del pillaje en los campos de batalla)".

[370]Ver: http://portal.unesco.org/la/conventions_by_country.asp?contr=PE&language=S&typeconv=1

[371]CARDONA LLORENS, JORGE. (2002). En: Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Nº4, www.reei.org, al reseñar la obra de CICIRIELLO, MARIA CLELIA. (dir.). (1997). La protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale a venticinque anni dalla Convenzione dell'UNESCO. Nápoles, Editoriale Scientifica, pág. 1466.

La definición del patrimonio cultural dentro de la Convención se encuentra en su Capítulo Primero, junto a la del Patrimonio Natural:

"Artículo 1.
A los efectos de la presente Convención se considerará 'patrimonio cultural':
- *Los monumentos: Obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia del arte o de la ciencia.*
- *Los conjuntos: Grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia del arte o de la ciencia.*
- *Los lugares: Obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico"…. (el subrayado es nuestro)*.

La primera observación es que resulta meridianamente claro que la Convención establece que todos los bienes integrantes del patrimonio cultural deben tener un valor universal excepcional. Según el Diccionario de la Lengua Española, excepcional es un adjetivo que da cuenta de algo que constituye excepción de la regla común, que se aparta de lo ordinario o que ocurre rara vez[372] .

Desde ya, la excepcionalidad implica que no todos los bienes de una categoría (por dar un ejemplo, los objetos cerámicos utilitarios de la época pre hispánica) tendrían que pertenecer al patrimonio cultural, sino tan solo aquellos que reúnan un valor singular.

Una segunda observación radica en que la definición dada por la Convención de París comprende al patrimonio cultural en torno a los bienes considerados individualmente y en base a la importancia de sus dimensiones artísticas, arquitectónicas, arqueológicas, históricas, científicas y paisajísticas, sin establecer parámetros genéricos como podrían ser la antigüedad, procedencia, pertenencia a alguna cultura o autoría de las obras.

Luego las interrogantes saltan a la vista: ¿quién o quiénes serán los encargados de asignar el mencionado valor excepcional y con qué parámetros?, ¿cómo lo harán? El artículo 3 de la Convención de París establece que "Incumbirá a cada Estado parte en la presente Convención identificar y delimitar los diversos bienes situados en su territorio y mencionados en los artículos 1 y 2".

No obstante la delegación a cada Estado parte, la Organización de las Naciones Unidas mediante la UNESCO, ha expedido una cantidad importante de normas técnicas, declaraciones y cartas internacionales que sientan parámetros para precisar las calidades de los bienes integrantes del patrimonio cultural. Incluso dicha entidad declara por sí misma que algunos bienes y lugares son parte de otra categoría, al parecer superior, como es la del patrimonio cultural de la humanidad.

Si bien la declaración como patrimonio cultural de la humanidad resulta de la aprobación de la propuesta que hace cada Estado interesado, resulta claro que mediante esta vía la declaración del carácter excepcional de los bienes culturales trasciende la soberanía nacional.

[372]REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2005). Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Lima, Editorial Espasa.

Como conclusión hasta esta parte, se puede decir que la Convención de París establece como principio el de la excepcionalidad de la calidad del patrimonio cultural, la cuál será definida a partir de la apreciación individual de las calidades de los bienes y no en función a criterios generales.

Como correlato de la excepcionalidad se entiende que debe haber un pronunciamiento individualizado por parte de la autoridad nacional (o internacional) competente, que asigne tal calidad al bien cultural.

Respecto a la forma en que se consagrará la excepcionalidad mencionada, es claro que deberá existir una declaración individualizada respecto de cada bien.

CAPÍTULO III

LA CONVENCIÓN SOBRE LA DEFENSA DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO, HISTÓRICO Y ARTÍSTICO DE LAS NACIONES AMERICANAS (CONVENCIÓN DE SAN SALVADOR)

La Convención de San Salvador fue aprobada el 16 de junio de 1976, en el Sexto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General, realizada en Santiago de Chile, por Resolución AG/RES. 210 (VI-O/76) y fue ratificado por el Perú mediante instrumento depositado el 22 de enero de 1980[373] .

En la parte considerativa de la Convención se expresa la preocupación de los Estados parte por el constante saqueo y despojo que han sufrido los países del continente, principalmente los latinoamericanos, en sus patrimonios culturales autóctonos.

Los autores de la Convención refieren que tales actos depredatorios han dañado y disminuido las riquezas arqueológicas, históricas y artísticas, a través de las cuales se expresa el carácter nacional de sus respectivos pueblos.

El artículo 1 de la Convención de San Salvador refiere que su objetivo es establecer mecanismos para la identificación, registro, protección y vigilancia de los bienes que integran el patrimonio cultural de las naciones americanas, con la finalidad de impedir la exportación o importación ilícita de bienes culturales y promover la cooperación entre los Estados americanos para el mutuo conocimiento y apreciación de sus bienes culturales.

El término "autóctono" es un adjetivo que se utiliza para los pueblos o gentes originarios del lugar donde viven. Por ello, a primera vista, parecería que la Convención de San Salvador hizo una distinción de valor a favor de los bienes culturales autóctonos (prehispánicos), por encima de aquellos que son fruto del mestizaje con la cultura española.

Sin embargo la duda sobre la aparente relegación del valor de la herencia colonial se despeja cuando dicho instrumento define su concepto de patrimonio cultural.

La definición se halla contenida en el artículo 2, que a la letra dice:

> *"Artículo 2. Los bienes culturales a que se refiere el artículo precedente son aquellos que se incluyen en las siguientes categorías:*
>
> *a)monumentos, objetos, fragmentos de edificios desmembrados y material arqueológico, pertenecientes a las culturas americanas anteriores a los contactos con la cultura europea, así como los restos humanos, de la fauna y flora, relacionados con las mismas;*
>
> *b)monumentos, edificios, objetos artísticos, utilitarios, etnológicos, íntegros o desmembrados, de la época colonial, así como los correspondientes al siglo XIX;*
>
> *c)bibliotecas y archivos; incunables y manuscritos; libros y otras publicaciones, iconografías, mapas y documentos editados hasta el año de 1850;*

[373] http://www.rree.gob.pe/portal/cultural.nsf/0/6b292bc1e1a2488405256c6f007c8f8c?OpenDocument

d)todos aquellos bienes de origen posterior a 1850 que los Estados Partes tengan registrados como bienes culturales, siempre que hayan notificado tal registro a las demás Partes del tratado;

e)todos aquellos bienes culturales que cualesquiera de los Estados Partes declaren o manifiesten expresamente incluir dentro de los alcances de esta Convención" (el subrayado es nuestro).

Como se puede interpretar, el texto de la Convención de San Salvador contempla como bienes culturales a todos los bienes prehispánicos y coloniales sin excepción e inclusive a aquellos republicanos o contemporáneos, con la única restricción (solo para el caso de estas dos últimas categorías) de que los Estados parte los tengan registrados como tales.

El nivel de protección otorgado por la Convención de San Salvador para todos los bienes culturales referidos es muy alto, toda vez que en su artículo 3 establece que los bienes "…serán objeto de máxima protección a nivel internacional, y se considerarán ilícitas su exportación e importación, salvo que el Estado a que pertenecen autorice su exportación para los fines de promover el conocimiento de las culturas nacionales".

En ningún extremo del texto de la Convención de San Salvador se observa la frase valor excepcional. Es más, se hace referencia expresa a los términos "fragmentos" y "objetos utilitarios", que particularmente refieren a bienes que ostentan menor valor que otros (por ejemplo los bienes intactos o los objetos artísticos o litúrgicos), sin precisar en ellos alguna condición excepcional.

Como consecuencia de lo anterior, se debe interpretar que la percepción política del modelo de protección de la Convención de San Salvador es radicalmente distinta a la del modelo de protección de la Convención de París. Lo que para la primera norma es una calidad excepcional para la segunda es una calidad general, aplicable a todos los objetos de una categoría. Ello implica un mayor nivel de protección inicial de los bienes que forman el patrimonio cultural de la nación, puesto que invierte la lógica de excepcionalidad planteada por la Convención de París, optando por una noción de generalidad en función de la antigüedad de los bienes y, por tanto, en función del potencial histórico o documental de una época o proceso, antes que a características de singularidad.

Considero que se trataría de un nivel de protección inicial, pues es lógico suponer que muchos bienes prehispánicos o coloniales podrían ser tan comunes o poco significativos para las ciencias o las artes que bien podría establecerse que no forman parte del patrimonio cultural. Para ellos debería de proceder una declaratoria en sentido negativo, pero previo el registro, estudio y evaluación del bien respectivo.

CAPÍTULO IV

LA EXPLICACIÓN DE LA DIFERENCIA ENTRE LOS MODELOS DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL REFERIDOS

La explicación de esta dicotomía en la percepción de ambas normas internacionales puede hallarse en enfoque político y económico que refiere el Profesor Español Luis A. Anguita Villanueva:

> *"...Aquí sí que se enfrentan dos claras posiciones en torno al patrimonio cultural. A unos, los países de carácter importador, les interesa la mayor limitación posible de los mismos, así pueden adquirir más bienes de este tipo en el mercado legal, abriendo las posibilidades del ejercicio de este comercio. Para otros, los de carácter exportador, su interés es expandir lo más posible la lista de estos bienes, hasta incluso dejar en sus manos la determinación de cuáles tienen ese interés para evitar la salida de su territorio de parte de su cultura como fuente de riqueza. Si tenemos en cuenta que los museos de las naciones importadoras están formados en gran medida con las piezas procedentes del tráfico ilícito de éstos bienes, nos adentramos en la idea de a qué obedecen las definiciones"*[374] .

La explicación de la diferencia entre países importadores y países exportadores de bienes del patrimonio cultural, es aplicable a los bienes culturales muebles y discurre por la constatación de una realidad económica. El bienestar material permite a los individuos y las sociedades la satisfacción progresiva de sus necesidades, trasuntadas en derechos fundamentales. Esta progresión va desde las necesidades elementales hasta las que suelen considerarse como derechos de tercera generación, tales como son el acceso a la cultura universal, el arte y el turismo.

En la antigüedad los bienes culturales muebles traspasaron las fronteras de sus países de origen como trofeos de guerra. Afortunadamente a la luz de las convenciones internacionales que ya se citaron, ésta modalidad se encuentra proscrita. Sin embargo hay que hacer votos porque dichas prohibiciones tengan asidero en escenarios reales de guerra e invasión.

Luego de ello los objetos culturales, principalmente de países exportadores de patrimonio cultural, fueron y son objeto de tráfico por organizaciones internacionales vinculadas con anticuarios y coleccionistas de arte, y finalmente también vienen siendo expoliados por simples personas naturales. Sobre ésta última afirmación, la experiencia funcional de quien escribe da cuenta que paralelamente al desarrollo del turismo de interés cultural hacia los países en vías de desarrollo, surge la expectativa y demanda de adquisición de bienes culturales muebles para fines de recuerdo u ornamento.

[374] ANGUITA VILLANUEVA, LUIS A. (2001). El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural. Ciudad, Editorial Dykinson, pág. 57

Junto a la oferta legítima de objetos artesanales, también suele presentarse la oferta ilegal de bienes culturales originales, a precios relativamente accesibles para turistas que se pueden verse tentados a adquirirlos. Ello suele ser propiciado por algunos agentes inescrupulosos vinculados al turismo, que obran como intermediarios de este comercio ilegal a cambio de comisiones que brindan los traficantes.

No obstante lo mencionado, es innegable que el mayor problema para el expolio de los bienes culturales es la existencia de verdaderas organizaciones criminales internacionales especializadas en el tráfico y robo de bienes culturales procedentes de países en desarrollo como el nuestro.

Estos bienes, en algunos casos, llegan a ser ofertados y vendidos a precios muy altos en selectos círculos de poder económico que concurren a conocidas casas de subasta. Es así como los intermediarios de este negocio ilegal originan enormes ganancias comparadas con las modestas sumas que pagaron en los países de origen a los delincuentes que expoliaron tumbas o saquearon templos, muchas veces recurriendo a la lesión o al asesinato, y con una pérdida irremediable para las naciones de origen.

Con tales consideraciones y teniendo en cuenta las noticias que casi cotidianamente se dan a publicidad, no es difícil identificar a nuestro país como un típico exportador de bienes culturales, como también lo son la mayor parte de los países en vías de desarrollo en los que se asentaron culturas ancestrales importantes.

Si bien el enfoque del Doctor Anguita Villanueva está directamente referido al tráfico de bienes culturales muebles, resulta también aplicable a la protección de los bienes culturales inmuebles.

Si bien la problemática se abordará al tocar el tema de la declaración y registro de los bienes culturales, debemos tener en cuenta que en nuestro país el registro y la declaración de los bienes culturales inmuebles es muy incipiente y está en el medio de una permanente tensión entre el desarrollo y la conservación, muchas veces mal entendidas.

El avance sobre las zonas arqueológicas, tanto por urbanizaciones como de proyectos agrícolas, mineros, industriales y hasta turísticos (irónicamente, ya que el patrimonio cultural es uno de los dos principales recursos turísticos), muchas veces ha puesto al límite las decisiones de los gobiernos de turno, que en algunos casos han optado por permitir que, amparados por normas legales, éstas se ignoren o se destruyan.

Al respecto, el autor Cusqueño Alberto Martorell Carreño[375] resalta los que a su criterio son los dos ejemplos más graves de una política institucional contra el patrimonio cultural, y que se dieron en la década de los noventa, y que son el Proyecto Especial de Titulación de Tierras para urbanizaciones populares y la política de ampliación de la frontera agrícola.

Sobre el primer punto, refiere que en el Perú muchos casos de invasiones han coincidido con la existencia de bienes culturales arqueológicos en los cuáles, siguiendo el espíritu y letra de las leyes de protección, no debería haber procedido el otorgamiento de títulos de propiedad, por cuanto la posesión ejercida era ilegal.

[375]MARTORELL CARREÑO, ALBERTO. Artículo "La declaración de bienes culturales en el Perú y los peligros de una Presunción equívocamente planteada". Internet. (http://www.icomos-iclafi.org/pagina%20principal/georgia-peru1.pdf).

Para el segundo caso refiere que con el Decreto Supremo Nº 008-98-AG, calificado por algunos arqueólogos como la "carta de defunción del patrimonio arqueológico peruano", el gobierno actuó como si la existencia de restos arqueológicos fuera un problema, estableciendo que en cualquier proceso de titulación de tierras eriazas el Instituto Nacional de Cultura (INC) solo podría oponerse si la zona contaba con una norma previa declaratoria de bien cultural.

Como puede entenderse, normas como las anteriores -de flagrante oposición al sentido común- dejan al patrimonio cultural pendiente de descubrir y registrar, en un desamparo absoluto.

Ante ello, existiendo dos percepciones políticas contrarias en los modelos de protección del patrimonio cultural expuestos -que curiosamente tienen la misma jerarquía y se encuentran vigentes al mismo tiempo en nuestro país-, es necesario reflexionar respecto de aquella que conviene a la mejor protección de nuestro patrimonio.

No obstante ello, el propósito de éste ensayo no es necesariamente político sino jurídico, por lo que a continuación se pasará a revisar y exponer cómo ambos modelos han dejado sus improntas en nuestra legislación interna.

CAPÍTULO V

EL MODELO DE PROTECCION EN LA CONSTITUCIÓN

Para el constitucionalismo contemporáneo, la Constitución es la norma suprema que define los principios y valores a los que debe adecuarse toda normatividad subalterna, así como la actuación de las dependencias del Estado. En ese entender, el modelo de protección del patrimonio cultural establecido en ella, *prima facie* debería orientar los desarrollos legales y reglamentarios inferiores, rechazando los que se le opusieran.

Sin embargo, como se adelantó, en el caso peruano la legislación *infra* constitucional difiere y presenta incongruencias y hasta contradicciones con el modelo constitucional de protección del patrimonio cultural, que son el fruto de la sucesión de los gobiernos.

En tal sentido, no puede dejar de decirse que el concepto constitucional proviene de la coyuntura política favorable a la liberalización política y económica, propugnada en el primer gobierno del ex Presidente Fujimori.

Sin adelantar más sobre el tema, debo empezar indicando que nuestra Constitución vigente plasma su concepto, y por tanto sienta las bases de su modelo de protección en el artículo 21, que a la letra reza:

> Artículo 21. Patrimonio cultural de la nación. Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.
> La Ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio.
> Fomenta de acuerdo a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional" (el subrayado es nuestro).

Del análisis e interpretación del texto, se pueden formular las siguientes observaciones:

1. LA CONSTITUCIÓN ESTABLECE UN MODELO DE EXCEPCIONALIDAD, ATENUADO POR UNA PRESUNCIÓN

En efecto, cuando la Constitución establece que los bienes culturales, tanto muebles como inmuebles, "son aquellos expresamente declarados bienes culturales y provisionalmente los que se presumen como tales", indudablemente establece un mecanismo de excepcionalidad, que la identifica con el modelo de la Convención de París de 1972.

Por el contrario, si todos los bienes de una categoría determinada fuesen considerados como parte del patrimonio cultural, cualquier declaración expresa en ese sentido, devendría en innecesaria.

A todas luces, la presunción a que se refiere el texto constitucional deberá tener correlato en un acto administrativo de declaración, puesto que si no no se hubiera dado un carácter provisional a la presunción de bien cultural aún no declarado. Se debe entender que la provisionalidad prevista en la Constitución opera como una suerte de resguardo para los bienes culturales aún no declarados, en tanto y en cuanto logren serlo.

Al comentar la presunción establecida en el artículo 21 de nuestro texto constitucional, la autora nacional Adriana Arista Zerga[376] refiere que la concibe como un mecanismo para proteger el patrimonio cultural

> *"....mientras la autoridad competente -en nuestro caso el Instituto Nacional de Cultura- no declare lo contrario (en virtud de la ausencia de características culturales, históricas, etc.) o exista una declaración positiva que originaría que ese bien sea parte del patrimonio cultural declarado..." (el subrayado es nuestro)*.

En la percepción de otro tratadista constitucional peruano, el Jurista Marcial Rubio Correa, se tiene que:

> *"...La presunción se confirma por la declaración formal e individualización hecha a pedido del interesado por el órgano competente del Estado, respecto a su carácter cultural, y se extingue por la certificación por el mismo organismo en sentido contrario"*[377] .

2. LA NATURALEZA DE LA DECLARACIÓN Y EL REGISTRO DE LOS BIENES CULTURALES

Para el derecho común, el acto administrativo de declaratoria puede tener dos modalidades, una constitutiva y otra declarativa. Se entenderá que la declaración es constitutiva cuando crea un estado o calidad a partir de la misma, y que es declarativa cuando solamente se limita a reconocer una calidad o situación preexistente. Conviene entonces preguntarse cuál de éstas dos modalidades es la que importa en la declaración del patrimonio cultural.

De la lectura de los textos referidos en el parágrafo anterior, se podría interpretar que para la percepción de la autora Adriana Arista Zerga y del jurista Marcial Rubio Correa, el acto administrativo de declaración previsto por la Constitución tendría un carácter constitutivo. En buena cuenta, es la forma natural en la que se debe desarrollar un modelo de excepcionalidad como el de la Convención de Paris, puesto que no se puede entender un bien excepcional sin una declaración de tal condición.

Sin embargo ésa no es la única posición doctrinaria a considerar. Para Luis A. Anguita Villanueva, a quien me adscribo, el acto de declaración del patrimonio cultural tiene solo un valor declarativo, por los siguientes argumentos:

- Un argumento que tiene que ver con la preexistencia de las calidades de los bienes culturales antes de cualquier acto de declaración. Al respecto menciona que:

[376] ARISTA ZERGA, ADRINANA. (2005). La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo I. Lima, Ed. Gaceta Jurídica, pág. 504-511. El texto corresponde al análisis del artículo 21 de la Constitución.
[377] RUBIO CORREA, MARCIAL. (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo II. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 197.

"...El valor cultural de los bienes es independiente de la declaración administrativa de interés cultural o de inventario. La declaración es una constatación de que un bien tiene gran relevancia dentro del Patrimonio Histórico Español... Atribuirle valor fundacional a la decisión administrativa sería tanto como decir que es la Administración la que concede el calificativo de cultura a algo. La administración solo viene a ratificar, con consecuencias jurídicas, la relevancia o el interés que para la cultura española representa tal bien, nada más..."[378] .

- Un argumento que tiene que ver con la racionalidad o conveniencia práctica de admitir que los bienes culturales solo podrán ser considerados como tales, a partir de la declaración administrativa:

  "... Por la forma de actuar de la Administración. Si le otorgamos a este acto administrativo naturaleza constitutiva sería tanto como decir que es la Administración de cada momento y ámbito la que decidirá lo que es cultura. Dejando fuera todos aquellos bienes que la Administración no hubiera conocido de ellos. Desde luego inviable"[379] .

Las observaciones del profesor Anguita Villanueva son tanto más esclarecedoras si se tiene en cuenta que en la realidad europea la posibilidad de descubrir nuevos bienes culturales debe ser, de hecho, mucho menor que en la realidad latinoamericana y peruana.

El Jurista Cusqueño Alberto Martorell Carreño, en su artículo titulado "La Declaración de bienes culturales en el Perú y los peligros de una presunción equivocadamente planteada"[380], afirma que existen por lo menos cien mil sitios arqueológicos en el Perú, de los cuales son pocos los conocidos, menos los investigados y aún menos los formalmente declarados como zonas protegidas.

La implantación de un modelo de protección del patrimonio cultural basado en el registro constitutivo, sea por voluntad de los administrados o por exclusiva obligación de la administración, es inapropiado para un país claramente “exportador” de patrimonio cultural mueble y con un retraso tan grande en el registro y declaración de su patrimonio cultural inmueble.

En el caso de los bienes muebles, una probable explicación para el fenómeno de la falta de declaratoria y registro estaría en el temor que tiene el común de la población de que la declaración como parte del patrimonio cultural implicará la confiscación o decomiso de sus bienes, así como anulará la expectativa económica de enajenarlos con libertad.

La permisividad ante la falta de registro y el poco control alrededor de éste termina beneficiando a los comerciantes ilegales del patrimonio cultural o a las personas que acumulan grandes colecciones, adquiriendo bienes que son el producto de la comisión de delitos como son los hurtos sacrílegos o la excavación clandestina de yacimientos arqueológicos.

El temor de la gente, –que podría tener su fundamento en cierta normatividad o en actitudes o políticas de la administración, aparentemente sobre protectoras- conspira contra la motivación que deberían tener muchos administrados para solicitar voluntariamente el registro y declaratoria de la calidad de patrimonio cultural de los bienes que poseen.

[378] ANGUITA VILLANUEVA, LUIS A. Op. cit. pág. 62.
[379] Op. cit.
[380] MARTORELL CARREÑO, ALBERTO. "La declaración de bienes culturales en el Perú y los peligros de una presunción equivocadamente planteada". Documento ubicado en el Internet http://www.icomos iclafi.org/pagina%20principal/georgia-peru1.pdf

La declaratoria del bien cultural naturalmente que va de la mano con el registro del mismo, pero no viceversa. Se entiende que los actos de declaratoria deben ser actos revestidos de ciertas solemnidades y formalidades, como es la emisión de una resolución y la publicidad, y ello no es práctico ni viable para la gran mayoría de los bienes de interés cultural.

Por el contrario, los actos de registro pueden ser entendidos como simples actos técnicos, por los cuáles un profesional experto decide incluir un determinado bien en un inventario o registro determinado.

Hubiera sido interesante, en todo caso, que nuestro modelo de protección hubiera adoptado opciones de protección diferenciada tanto para los bienes declarados cuanto para los bienes simplemente incluidos en un registro especializado en la materia.

Este sistema se encuentra vigente en España, donde se prevé una protección diferenciada para los llamados Bienes de Interés Cultural, que gozan de una declaración específica como tales, y los Bienes Incluidos en el Inventario General, que tienen un régimen de protección menos intenso que los anteriores. Este tipo de digresión no existe en nuestro sistema legal.

Para concluir este apartado, se debe referir que inclusive la propia declaratoria como bien cultural tampoco garantiza que ésta sea definitiva y no pueda ser revisada con posterioridad.

En este extremo, por ejemplo, puede referirse que existen normas legales publicadas por el Instituto Nacional de Cultural en el Diario Oficial El Peruano que precisamente refieren a cambios en la situación de bienes que anteriormente se encontraban declarados como monumentos nacionales para posibilitar obras nuevas de arquitectura y urbanismo.

Sin abundar más sobre este aspecto, se debe tener en cuenta que decisiones de ésa magnitud –si es que fuera menester tomarlas- deberían ser adoptadas evaluando criterios técnicos y al margen de cualquier ingerencia política o de otra índole.

Sin embargo, lamentablemente, la conformación política que actualmente tiene el Instituto Nacional de Cultura, que cambia directivos y muchos técnicos con los sucesivos cambios del régimen de turno, conspira contra el ideal de una institución técnica e imparcial. En el entorno de nuestra primera institución cultural, quien escribe ha escuchado a muchos profesionales lamentarse de que los proyectos y avances que tuvo una gestión suelen ser desechados o descontinuados por la siguiente.

Ello es particularmente nocivo cuando se trata de establecer criterios uniformes y perdurables, como una suerte de jurisprudencia administrativa, respecto de la declaración como bien cultural o el retiro de dicha condición.

3. LA PRESUNCIÓN Y SU PROVISIONALIDAD

En una realidad en la que la inmensa mayoría de los bienes culturales se encuentran desprovistos de declaración, a primera vista la presunción aparece como una alternativa atractiva para los bienes que carecen de ella.

La presunción es una herramienta jurídica que opera cuando resulta difícil, innecesario o imposible probar la condición o calidad de un hecho, una persona o un objeto. En tal sentido, la sola presencia de la figura de la presunción en el texto constitucional, aparentemente implica que el constituyente ha recurrido a ésta considerado la dificultad de la tarea del registro de los bienes, por factores que no han sido explicitados.

Sin embargo, en opinión de Alberto Martorell Carreño y en la mía propia, la presunción constituye un elemento contradictorio y negativo para el modelo de protección asumido.

Para Alberto Martorell Carreño, la debilidad de la presunción radica precisamente en su carácter provisional. Por ello que escribe lo siguiente:

> *"…en términos estrictos la presunción funcionará de manera plena únicamente en la medida en que se emita una confirmación formal e individualizada, lo que no difiere mucho de exigir la declaración específica. Tal es así que, en procesos emprendidos por el gobierno peruano para recuperar judicialmente bienes culturales de manera ilícita, esta falta de confirmación ha sido aducida por la parte contraria en tribunales extranjeros, con resultados exitosos"*...[381].

Desde mi punto de vista, la debilidad de la presunción radica más bien en su propia naturaleza. Según el derecho común, las presunciones pueden ser *Iuris tantum o Iuris et de Iure*, dependiendo de que admitan o no prueba en contrario. Desde el mismo momento en que se hace referencia a una presunción "provisional" debe entenderse que la presunción es *iuris tantum* y admite prueba en contrario, en el marco de un procedimiento administrativo o judicial.

Dentro de un esquema de excepcionalidad del patrimonio cultural es indudable que se necesitan ciertos conocimientos técnicos para aquilatar que un determinado bien tiene importancia histórica, arqueológica, etnográfica o de cualquier otra clase. En tal sentido, ¿será jurídicamente consistente exigir a una persona profana que presuma dichos valores, cuando objetivamente no se puede acreditar que tiene los conocimientos necesarios para ello?, o ¿acaso no es una tarea difícil el demostrar que una persona estuvo en la capacidad de presumir el valor cultural especial de un bien, cuando ésta alega desconocerlo para librarse de las eventuales responsabilidades legales de sus actos?

Por otro lado, aunque parezca un contrasentido -ya que el solo término provisional alude a una situación limitada en el tiempo- la "provisionalidad" prevista en el modelo constitucional ha devenido en "permanente".

Explicando lo anterior, debo referir que la doctrina nacional que ha tratado el tema entiende a la presunción provisional como un recurso de la administración pública para ser utilizado en procedimientos policíacos y de fiscalización sobre el tráfico ilícito de bienes culturales.

En cierto punto de su importante artículo "La Moderna Protección Jurídica del Patrimonio Cultural de la Nación", Fernando de Trazegnies Granda refiere que para entender la presunción en términos sencillos se puede decir que "todo lo que parezca huaco es huaco mientras no se pruebe lo contrario"[382].

[381] Martorell Carreño, Alberto. Op. cit. Pág. 4.

[382] DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO. (2000). "La moderna protección jurídica del Patrimonio Cultural". En: Patrimonio Cultural del Perú. Tomo I. Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, pág. 284.

Considero que justificar la provisionalidad de la presunción en base a la función práctica indicada resulta inadecuado e incompatible con el contexto legal en el que se desenvuelve el ejercicio del poder de la policía y la persecución del delito en nuestro sistema.

Con esa lógica se podría alegar que sería necesario establecer presunciones legales similares a fin de posibilitar la intervención de todo tipo de bienes de circulación restringida cuya identificación requiera de conocimientos especiales, como podrían ser las drogas, insumos químicos para su fabricación o especies de flora o fauna protegidas, entre otros. Ello no ocurre en la realidad, pues una exigencia así limitaría irrazonablemente el accionar de las entidades responsables de prevenir, investigar y perseguir el delito.

En todo caso, el sentido común y la experiencia sugieren que las intervenciones o los operativos programados contra el tráfico ilícito de bienes culturales deben realizarse por o con el concurso de profesionales expertos en los objetos que se pretende controlar, a fin de evitar afectaciones indebidas en los derechos fundamentales de los propietarios o poseedores.

Por el contrario, la provisionalidad de la presunción establecida por la Constitución crea una especie de estatuto de legalidad para los propietarios o poseedores de bienes culturales que -incluso por motivos subalternos- no tienen ningún interés en su declaratoria.

Cabe preguntarse si es necesario o conveniente permitir que los bienes culturales no registrados (y por tanto declarados como tales) permanezcan en un limbo jurídico por un plazo indefinido.

Ante una respuesta negativa, se debe admitir que es necesario apuntar a que todos los bienes culturales integrantes del patrimonio cultural tengan que ser registrados, sin perjuicio de que desde ya se considere su tutela en la forma genérica que establece el Modelo de Protección de la Convención de San Salvador. Para ello se debe establecer la obligación perentoria del registro.

Entonces es necesario que se interprete la “presunción provisional” contemplada en la Constitución, apuntando a que es un paso inmediato para lograr el objetivo final, cual es el registro y declaratoria integral del patrimonio cultural de la nación.

Ello no es imposible y se vislumbra viable partiendo de una premisa sencilla: el conjunto de los bienes culturales de nuestro país es muy grande, pero finito. La apreciación de que resulta imposible registrarlos todos, depende de la perspectiva desde la cual se afronte la tarea.

Si se considera que los órganos de la administración pública, y entre ellos el Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación[383], son los únicos responsables de impulsar de oficio el registro del patrimonio cultural, probablemente se deberá aceptar que la tarea es inviable. Sin embargo, si se establece la obligación de los propietarios y poseedores de bienes del patrimonio cultural para registrarlos bajo una sanción que podría suponer incluso la pérdida de los mismos, probablemente la tarea de las entidades administradoras sería más manejable.

Para ello se requiere de decisión política que deberá partir por vencer la resistencia de ciertos grupos de interés (como los de ciertos coleccionistas y comerciantes de arte y antigüedades, que aparentemente se benefician de la falta de registro) y de los mismos propietarios o poseedores desinformados.

[383]El Titulo Preliminar de la Ley Nº 28296, establece: "Artículo VII.- Organismos competentes del Estado. El Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, están encargados de registrar, declarar y proteger el Patrimonio Cultural de la Nación dentro de los ámbitos de su competencia".

Como veremos más adelante, al tocar el tema de la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación (Ley Nº 28296) veremos que en su artículo 15 crea el "Registro Nacional Patrimonial Informatizado de Bienes que forman parte del Patrimonio Cultural de la Nación", a cargo del Instituto Nacional de Cultura, y en su artículo 17 prescribe la obligatoriedad del registro para los propietarios particulares; sin embargo, considero que dicho textos legales tiene ciertas deficiencias, de las que nos ocuparemos en su momento.

4. EL PAPEL DE LA PROPIEDAD EN EL MODELO DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN LA CONSTITUCIÓN.

En lugar de intentar hacer un análisis sobre la naturaleza y los alcances del derecho de propiedad del patrimonio cultural, propósito que no corresponde al presente trabajo, quisiera exponer lo que fue un aparente debate sobre la conveniencia o inconveniencia de la propiedad privada o pública en el modelo de protección del patrimonio cultural, y el estado actual de la discusión.

Desde una posición orientada hacia la propiedad privada, el jurista nacional Fernando De Trazegines Granda en su artículo "La Moderna Protección Jurídica del Patrimonio Cultural de la Nación"[384], menciona que la concepción del derecho de propiedad estatal como fórmula para la protección del mismo es arcaica y desfasada, por cuanto desconoce la realidad nacional, en la que la mayoría de los bienes que lo conforman se encuentran efectivamente adscritos al dominio privado.

Haciendo un breve recuento histórico de nuestra legislación y la forma en que fue aplicada, el autor refiere que las normas que consideraron la declaración de la propiedad estatal como un instrumento jurídico para la protección del patrimonio cultural, pecaron de sobre protectoras e ineficaces al mismo tiempo, ya que a su amparo no se expropió ningún bien particular.

Adicionalmente el autor indica que dicha concepción primigenia de la propiedad estatal evolucionó a un concepto mixto -igualmente inválido-, por el que se consagra la propiedad estatal pero se admite que los bienes pueden estar en posesión de particulares. Para el autor, ésta última interpretación también es incongruente, como lo es la idea de un propietario que en realidad no puede ejercer de ninguna forma la posesión.

Con tales premisas, el jurista nacional propone que debe entenderse al patrimonio cultural como una categoría especial de derecho, independiente del bien que lo contiene, tal como ocurre -por ejemplo- con el derecho de autor, que es independiente del soporte material que plasma una obra.

Para el autor:

> *"... en ese objeto que denominamos bien cultural coincide también un derecho de la Nación, representada por el Estado para los efectos de su exigencia, que determina que el propietario del bien no puede destruirlo ni desfigurarlo ni darle un uso contrario a su dignidad de objeto cultural; y, muy especialmente, no puede exportarlo, porque con ello privaría a la Nación de parte de su patrimonio"*.

Desde otra vertiente, la autora nacional Adriana Arista Zerga menciona que el artículo 21 de la constitución vigente fortalece una visión eminentemente patrimonialista de los bienes culturales, al garantizar la propiedad privada de los mismos. Con ello llega a concluir que el constituyente de 1993 perdió la gran oportunidad de deslindar de una buena vez el tema del derecho de propiedad del derecho del patrimonio cultural.

[384] DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO. (2000). "La Moderna Protección Jurídica del Patrimonio Cultural de la Nación". En: Tres Perspectivas Académicas. Lima, Congreso de la República.

Citando a los italianos Massimo Severo Giannini, Tomasso Alibrandi y Pier Giorgio Ferri, la autora nacional menciona que sobre los elementos que conforman el bien cultural hay una titularidad privada sobre el elemento material o soporte físico de la cosa, y una titularidad estatal referida al valor cultural al servicio de la función social.

Menciona que:

> *"...El sustrato inmaterial, representado por el valor cultural, está vinculado al interés público; y el aspecto material, cuya subjetividad está representada por el carácter económico que adquiere el objeto, está vinculado estrechamente al derecho de propiedad. Esta doble conformación es la que origina los conflictos del destino, uso y administración de los bienes culturales. Por lo tanto, se puede colegir que es el punto de partida del clásico conflicto entre propiedad pública y privada"*.

Para la autora, el artículo 21 configura un marco privatista a la propiedad del patrimonio cultural, dejando del lado tendencias que otorgan una función social al derecho de propiedad en general. Para ella un término medio entre el estatismo y el absolutismo de la propiedad privada debe considerar la doble dimensión (material y de valor cultural) de los bienes culturales y los principios básicos del Estado Social de Derecho.

Desde mi punto de vista, que en lo sustancial coincide con las ideas referidas, el debate sobre la pertinencia de la propiedad pública o privada del patrimonio cultural, o sobre la dimensión paralela del mismo, es de importancia secundaria.

La realidad demuestra la coexistencia viable de ambos tipos de propiedad. Si hablamos de bienes inmuebles podemos utilizar el recurrente ejemplo del centro histórico del Cusco. Si bien no se han estatizado inmuebles en base a normas que -desde inicios de la Republica y hasta la actualidad- consagran la propiedad pública de las construcciones prehispánicas que sirven de basamento a muchas casonas coloniales, tampoco es cierto que la mayoría de los propietarios las desconozcan o pretendan que su derecho real los faculta a destruir impunemente tales bienes. En todo caso, existen entidades públicas encargadas del control y la propia opinión pública se interesa en su defensa.

Probablemente algunos podrán objetar que no se trata del mejor ejemplo de conservación del patrimonio cultural por las noticias sobre su deterioro paulatino. Sin embargo, la tensión entre partidarios del conservacionismo y desarrollismo se encuentra presente en casi todos los centros históricos a nivel mundial. No todos los propietarios privados de bienes con edificaciones antiguas tratarán de desaparecerlas. Por el contrario, y a nivel internacional, se viene asimilado el gran valor y potencial económico que estas características le confieren a las propiedades.

En el caso de los bienes muebles, la distinción entre bienes de propiedad pública y bienes privados es mucho menos complicada. Sin embargo, y aunque todos entronicemos sin reparos la tesis de que la dimensión del patrimonio cultural corre en paralelo y no se cruza con el derecho de propiedad, debemos admitir que el control de la intangibilidad del patrimonio cultural se debe efectuar sobre bienes concretos, sean éstos públicos o privados, originando una intromisión necesaria que debe ser compatible con la dignidad del objeto cultural y los derechos fundamentales de los propietarios privados.

Lo que resulta claro es que no puede entenderse el derecho de propiedad como el único o principal recurso al que puede recurrir el Estado en su afán de proteger el patrimonio cultural. Por otro lado, el concepto clásico de propiedad privada, con las facultades absolutas que tradicionalmente lo conforman, no tiene cabida en una concepción moderna de protección del patrimonio cultural.

Desde luego que la propiedad pública tampoco es una panacea. De la misma forma en que puede haber abuso y desconocimiento por parte de los propietarios privados, existe negligencia y hasta corrupción por parte de actores administrativos que detentan en forma directa y transitoria la posesión de los bienes culturales del Estado.

Por tales motivos y en concreto, la protección de los bienes culturales dependerá no de declaraciones ni teorías sino del cumplimiento efectivo de una serie de obligaciones de hacer y no hacer, que corresponden a los titulares de los bienes y del control que eficientemente realice la administración pública[385] .

Para el cumplimiento de los objetivos de la conservación no se debe desconocer ni marginar el papel protector que tiene la propia sociedad civil organizada, por medio de asociaciones u organismos no gubernamentales que, pese a no estar contemplados en la ley de la materia, suelen mostrarse muy preocupadas e identificadas con la problemática del patrimonio cultural.

[385] En éste extremo, considero que el actual carácter político del Instituto Nacional de Cultura, cuyos directivos cambian con cada nuevo régimen, conspira contra el ideal de un órgano público técnico e independiente, que asegure una real transparencia y coherencia en el tratamiento de la protección del patrimonio cultural.

CAPÍTULO VI

EL MODELO DE PROTECCIÓN EN LA LEY GENERAL DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN LEY Nº 28296

La Ley Nº 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, fue publicada el 22 de julio del 2004 y derogó la Ley Nº 24047, Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación, que estuvo vigente desde el 03 de enero de 1985, es decir durante casi 20 años.

El concepto de Patrimonio Cultural plasmado en la Ley vigente es el siguiente:

> *"Artículo II.- Definición*
> *Se entiende por bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación toda manifestación del quehacer humano -material o inmaterial- que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo. Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la presente Ley" (el subrayado es nuestro)*.

Como se puede ver, con la redacción anterior la ley participa del modelo de excepcionalidad atenuado por la presunción provisional, establecido en la Constitución vigente.

Sin embargo, a continuación la misma ley incluye aspectos novedosos que trascienden el diseño del modelo de protección constitucional y la acercan y hasta la identificarían -en forma tácita- con el modelo de Protección General de la Convención de San Salvador:

En ese sentido, se tiene la siguiente fórmula legal establecida en el artículo III del Título Preliminar de la ley, referido a la presunción legal:

> *"Artículo III.- Presunción legal.*
> *Se presume que tienen la condición de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la nación, los bienes materiales o inmateriales, de la época prehispánica, virreinal y republicana, independientemente de su condición de propiedad pública o privada, que tengan la importancia, el valor y significado referidos en el artículo precedente y/o que se encuentren comprendidos en los tratados y convenciones sobre la materia de los que el Perú sea parte" (el subrayado es nuestro)*.

Como correlato de lo anterior, en virtud de este artículo legal y de la vigencia de la Convención de San Salvador, todos los bienes de las épocas prehispánicas, virreynal y republicana tendrían que presumirse como bienes que forman parte del patrimonio cultural. Una interpretación así superaría las aparentes limitaciones del modelo de excepcionalidad consagrado por la Constitución y la ley y, a

Otro aspecto relevante de la ley, relacionado al modelo de protección, es que en su artículo IV declara de interés social y de necesidad pública la identificación, registro, inventario y declaración del patrimonio cultural de la nación[386].

Como se mencionó anteriormente, en su artículo 15 la ley crea el "Registro Nacional Patrimonial Informatizado de Bienes que forman parte del Patrimonio Cultural de la Nación", a cargo del Instituto Nacional de Cultura, y en su artículo 17 prescribe la obligatoriedad del registro para los propietarios particulares.

Sin embargo, considero que dichos textos legales son insuficientes, pues por un lado expresan que la inscripción procederá "de oficio", con lo que la administración pasaría a tener el protagonismo, y por otro lado ni la ley ni su reglamento, el DS. Nº 011-2006-ED, han establecido un plazo límite para las referidas actividades.

Estas proposiciones indefinidas -como ya se desarrolló en puntos anteriores- propician que la labor del registro no se realice nunca y el patrimonio cultural no inventariado continúe por siempre en dicha situación, bajo el amparo de la negativa figura legal de la presunción.

La pasividad con que la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación ha normado el tema del registro, ha motivado que actualmente en el Congreso de la República se venga debatiendo un proyecto de ley que aparentemente apuntaría a fortalecer este registro[387].

El Proyecto presentado por la Congresista Alda Luz Lazo de Hornung el 10 de abril del 2007, pretende declarar de interés nacional la elaboración del inventario de los bienes culturales del Perú, sobre la base del Registro Nacional creado por la Ley Nº 28296.

De más está indicar que ninguna de las normas legales vigentes (incluyendo el Código Penal), ni el proyecto de ley al que se acaba de hacer alusión, se establece alguna sanción para los propietarios o poseedores de bienes culturales que no los registren, ya sea por dolo o negligencia.

En tal sentido, no existiendo una base real que obligue al registro, las disposiciones como la del artículo 9, específicamente en el punto 9.2 (que establece que la transferencia de dominio entre particulares de un bien integrante del patrimonio cultural de la nación obligatoriamente debe ser puesto en conocimiento previo de los organismos competentes, bajo sanción de nulidad), quedan en simple lirismo.

Como ya se dijo, la falta de una política decidida para la identificación y registro del patrimonio cultural mueble e inmueble, viene propiciando el tráfico ilícito y la pérdida y destrucción de los bienes culturales.

Ante esa perspectiva, debemos de estar de acuerdo en que no basta con proclamaciones de interés nacional u obligaciones sin consecuencias punitivas ante su incumplimiento. La obligación del registro debe ser imperativa y el incumplimiento doloso o culposo de la misma debe merecer una sanción, que tendría que llegar hasta la pérdida de dominio sobre el bien cultural.

[386] Artículo IV. "Declárase de interés social y de necesidad pública la identificación, registro, inventario, declaración, protección, restauración, investigación, conservación, puesta en valor y difusión del Patrimonio Cultural de la Nación y su restitución en los casos pertinentes".
[387] Proyecto 01195-2006-CR, de la Congresista Alda Luz Lazo de Hornung.

Por otro lado, a fin de evitar que el cumplimento de los procedimientos resulte oneroso o difícil (hecho que motiva y explica la informalidad), debe preverse que éste se encuentre al alcance de las mayorías y a un bajo costo.

Actualmente con recursos tecnológicos muy difundidos en nuestro país -como son las cabinas de internet y la fotografía digital- fácilmente se podría sustentar un procedimiento simple y económico para el registro de los bienes del patrimonio cultural.

El llenado de formularios *on line* y la inserción de imágenes digitales con ciertos requisitos realizado por los propios interesados o con ayuda de los encargados de establecimientos de Internet (que podrían ser remunerados con una tasa mínima que paguen los propios interesados), permitiría completar rápidamente inventarios que luego podrían ser objeto de control y supervisión por la entidad cultural competente.

Un mecanismo de esta naturaleza también podría permitir de forma rápida que se cumpla con el requisito de comunicación para la transferencia de bienes culturales dentro del territorio nacional.

CAPÍTULO VII

EL MODELO DE PROTECCIÓN EN EL REGLAMENTO DE INVESTIGACIONES ARQUEOLOGICAS

Un dispositivo sumamente importante para la conservación del patrimonio cultural inmueble es el Reglamento de Investigaciones Arqueológicas, que fue aprobado con la Resolución Suprema N° 004-2000-ED y publicado el 25 de enero del año 2000.

Pese a haber sido expedido con posterioridad a la Constitución Política vigente, sus normas tienen poco o nada que ver con el modelo de excepcionalidad con el que nuestra carta fundamental se encuentra más vinculado. Según el reglamento, el patrimonio inmueble del Perú susceptible de ser estudiado mediante investigaciones arqueológicas se clasifica en monumentos arqueológicos prehispánicos y monumentos históricos coloniales y republicanos.

En este punto es importante precisar que este reglamento no utiliza la terminología de "yacimientos arqueológicos" que figura en el texto de la Constitución de 1993, sino que introdujo la definición de "monumentos arqueológicos". Con ello se ha perdido una gran oportunidad para uniformizar el tratamiento terminológico que es caótico en nuestra legislación de la materia.

Los monumentos arqueológicos son desarrollados en el artículo 2 del reglamento, que paso a transcribir:

"Artículo 2º.- Los Monumentos Arqueológicos Prehispánicos, con fines de registro, investigación, conservación y protección, se clasifican en:

a) Zonas Arqueológicas Monumentales.- Son los conjuntos arqueológicos cuya magnitud los hace susceptibles de trato especial en lo que a investigación se refiere, pues su fisonomía debe conservarse por las siguientes razones:

1. Poseer valor urbanístico de conjunto.

2. Poseer valor documental, histórico-artístico, y/o un carácter singular.

3. Contener monumentos y/o ambientes urbano-monumentales.

b) Sitios Arqueológicos.- Todo lugar con evidencias de actividad social con presencia de elementos y contextos de carácter arqueológico-histórico, tanto en la superficie como subyacentes.

c) Zonas de Reserva Arqueológica.- Son aquellos lugares que por haber sido investigados intensivamente deben reservarse para el futuro, en tanto se desarrollen nuevas técnicas de investigación. Los investigadores deben sugerir áreas de reserva en los monumentos trabajados. Esta sugerencia se realizará ante el Instituto Nacional de Cultura para su aprobación, previa opinión favorable de la Comisión Nacional Técnica de Arqueología.

d) Elementos Arqueológicos Aislados.- Son los restos de actividad humana de época Prehispánica que, por situaciones culturales o sociales, se manifiestan en la actualidad de manera aislada o descontextualizada. Están referidos a objetos o parte de ellos, presentes en el paisaje sin asociación a sitios o zonas arqueológicas, teniendo en cuenta que su registro y estudio es también importante para la investigación y la conservación del patrimonio cultural.

e) Paisaje Cultural Arqueológico.- Son las áreas producidas por la mano del hombre o por la combinación de la misma con la naturaleza que tengan un destacado valor desde los puntos de vista arqueológico, histórico, estético, etnológico o antropológico. Se consideran como tales la infraestructura agraria, es decir, andenes, terrazas, canales y afines; así como las redes viales, los campos de geoglifos y/o petroglifos" (el subrayado es nuestro).

He estimado importante el transcribir todo el contenido del artículo precedente para hacer hincapié de que, salvo el caso de las zonas arqueológicas monumentales, en ninguna de las demás clasificaciones de los monumentos arqueológicos prehispánicos se requiere que éstos sean excepcionales.

Por otro lado, en ninguna de las cinco clasificaciones contenidas se establece que los monumentos arqueológicos prehispánicos deban estar previamente declarados o registrados para ser considerados como tales. Por el contrario, al definir los sitios arqueológicos y los elementos arqueológicos aislados, los autores del reglamento refieren que estos monumentos arqueológicos requieren únicamente de la presencia de elementos o contextos prehispánicos, sin exigir que éstos sean de una determinada cantidad o calidad, o que se hallen asociados a zonas arqueológicas (ya que protege incluso los elementos descontextualizados).

Respecto al nivel de protección que confiere el reglamento a los monumentos arqueológicos, es muy claro a la luz de su artículo 3:

"Artículo 3.- Todos los sitios definidos como Monumentos Arqueológicos Prehispánicos son Patrimonio Cultural de la Nación, por lo tanto son intangibles y están protegidos por el Estado. Entiéndase como Intangible el uso exclusivo del sitio para fines de proyectos o programas de investigación, evaluación y emergencia; asimismo por proyectos de conservación de sitios arqueológicos. Sin embargo, el Instituto Nacional de Cultura podrá determinar áreas de uso restringido, en parte o alrededor de los monumentos, a solicitud de un arqueólogo cuando cuente con la aprobación de la Comisión Nacional Técnica de Arqueología" (el subrayado es nuestro).

Al leer el artículo anterior, queda nítidamente establecido que se asume un Modelo de Protección General como el de la Convención de San Salvador. Desde un punto de vista de protección inicial ello es positivo, pero la racionalidad y constitucionalidad de la norma dependerá del desarrollo administrativo posterior. Como ejemplos podríamos mencionar que si al ampliar la construcción de una vivienda en una zona urbana se encontraran restos de una cimentación prehispánica o si al arar un campo de cultivo ancestral afloraran fragmentos de cerámica pre hispánica, éstos hechos calificarían a los predios respectivos como sitios arqueológicos o elementos arqueológicos aislados.

En tal sentido, considero que la constatación de un supuesto que brinda una protección inicial a las referidas categorías debería de dar nacimiento a dos obligaciones igualmente importantes: por un lado la obligación de los propietarios o poseedores de los predios a detener las obras y comunicar del hecho a la administración y, por otro lado, la obligación de la administración de acudir prestamente y realizar obras de evaluación y rescate arqueológico, tratando de interferir lo menos posible con el derecho de uso y disfrute de los propietarios (salvo que el descubrimiento sea el indicio de la existencia de otros monumentos arqueológicos más importantes).

Es evidente que este razonamiento no sería aplicable a las zonas monumentales arqueológicas, a las zonas de reserva arqueológica ni al paisaje cultural arqueológico, que por ser espacios ya conocidos y reconocidos, deben tener permanentemente el carácter intangible que les corresponde.

Antes de concluir quisiera indicar que para poder proteger un monumento arqueológico prehispánico conocido, la legislación en materia cultural -incluyendo la penal- debería de prever la obligación de la administración de registrar, señalizar y publicitar los mismos, bajo responsabilidad.

CAPÍTULO VIII

EL MODELO DE PROTECCIÓN EN LA LEGISLACION PENAL

La protección penal del patrimonio cultural es relativamente reciente y para algunos incluso es polémica. En tal sentido, en forma introductoria al tema referiré dos posturas. Nuestro codificador penal de 1990, que introdujo las figuras típicas de los delitos contra el patrimonio cultural en el Título VIII de su Parte Especial, en la exposición de motivos de nuestro texto sustantivo refirió textualmente que:

> *"Dada nuestra riqueza cultural y nuestra tradición milenaria, en el Preámbulo de la Constitución Política se estableció como principio la defensa del patrimonio cultural de la Patria. En el texto de nuestra norma jurídica fundamental se expresa que los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, declarados patrimonio cultural de la Nación, están bajo el amparo del Estado. La Ley regula su conservación, restauración, mantenimiento y restitución. Por ello se hace necesario la represión de conductas depredadoras de los yacimientos arqueológicos prehispánicos, su tráfico ilegal y otras lesivas a dicho bien jurídico" (el subrayado es nuestro)*.

Con el subrayado en la trascripción se ha querido resaltar el error del redactor de la Exposición de Motivos del Código de 1990, toda vez que pareciera que la protección penal se reserva únicamente para los bienes que forman parte del patrimonio cultural prehispánico, lo que resulta errado a la luz del artículo 230 que, por ejemplo, protege los bienes del patrimonio cultural distinto a la época prehispánica.

Sin embargo, este aparente equívoco empieza a evidenciar la desigualdad del tratamiento al patrimonio cultural prehispánico respecto del posterior. Como veremos enseguida, esta distorsión -sin fundamento constitucional o legal aparente- es una de las notas resaltantes del modelo de protección del patrimonio cultural plasmado en el Código Penal.

Por otro lado, desde un punto de vista crítico, el profesor español Francisco Muñoz Conde[388] sostiene que la incorporación de la protección penal del patrimonio cultural en la legislación española (que se dio recién en su Código Penal del año de 1995), obedeció a la tendencia a incorporar bienes jurídicos de carácter Institucional, colectivo o universal tales como el medio ambiente, ordenamiento territorial, patrimonio cultural y otros, en contraposición a los bienes jurídicos Individuales que configuraron el núcleo esencial de los códigos penales decimonónicos.

En tal sentido, el mencionado autor cuestiona que la tipificación de estos delitos en el sistema jurídico español, dio lugar en algunos casos a delitos de peligro abstracto que en nada se diferenciaban de infracciones administrativas, minimizando el carácter de *ultima ratio* de la legislación penal, o tipificaban hechos delictivos que ya eran típicos conforme a otros delitos

[388]MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. (1997). "Principios Inspiradores en el Nuevo Código Penal Español". En: Revista Actualidad Jurídica. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo 49.

referidos a bienes jurídicos individuales (hurto, daños), para los que hubiera sido mejor que continuaran siendo ilícitos administrativos o que simplemente se agravara la pena conminada, atendiendo el mayor desvalor del hecho en el interés social.

En mi opinión, las prevenciones de tan destacado jurista no tendrían mayor asidero en la normatividad penal peruana, pues el capítulo que regula los delitos contra el patrimonio cultural (con todos sus defectos y la necesidad de mejorarlos), contempla tipos penales que precisan de la lesión al bien jurídico representado por la intangibilidad del patrimonio cultural. De la misma forma, existen agravantes para otros delitos que afectan bienes culturales (artículo 186, numeral 2, segunda parte (hurto agravado); artículo 189, numeral 4, segunda parte (robo agravado) y artículo 206, inciso 1 (daño calificado).

Por otro lado, la aparente debilidad de la administración que difícilmente llega a ejecutar sus sanciones por sus escasos recursos administrativos y judiciales así como por falta de una política decidida[389] quizá explicable en la temporalidad de los encargos, hace necesaria la intervención del derecho penal en defensa del patrimonio cultural.

Para fines de este trabajo, se analizarán únicamente los artículos 226, 228 y 230 del Código Penal, en el entender de que éstos contienen las figuras penales autónomas del capítulo, siendo que el artículos 227 contiene una agravante para los inductores del delito del artículo precedente, el artículo 229 sanciona la participación de los funcionarios públicos en los delitos y el artículo 230 regula el comiso de los bienes relacionados a los hechos punibles.

No está de más decir que para efectos del presente trabajo, solo se analizará la consistencia de los mencionados tipos penales respecto al análisis de Modelo de Protección planteado, sin abarcar el desarrollo dogmático jurídico de los mismos, que se dejará para más adelante.

1. ARTÍCULO 226. ATENTADOS CONTRA MONUMENTOS ARQUEOLÓGICOS

> *"Artículo 226.- Atentados contra monumentos arqueológicos*
> *El que se asienta, depreda o el que, sin autorización, explora, excava o remueve* monumentos arqueológicos prehispánicos*, sin importar la relación de derecho real que ostente sobre el terreno donde aquél se ubique, siempre que conozca el carácter de patrimonio cultural del bien, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa" (el subrayado es nuestro)*.

Como se puede observar, en ningún extremo del tipo objetivo de artículo trascrito se expresa que el bien protegido, es decir el monumento arqueológico prehispánico que eventualmente podría ser el objeto pasible de las acciones típicas, deba estar previamente declarado como tal.

Dicha redacción posibilita la protección penal de los monumentos arqueológicos que no se han registrado por no haber sido descubiertos o que, estando descubiertos, no han sido formalmente registrados o declarados como tales.

Esta fórmula ratifica y reitera la tesis del carácter netamente declarativo y no constitutivo de la calidad de patrimonio cultural que, como indicamos anteriormente, es la forma más realista para proteger el patrimonio en un país en el que apenas una pequeña fracción de las zonas arqueológicas existentes se halla descubierta, registrada y puesta en valor.

[389] En el Cusco, pese a todos sus sitios arqueológicos e históricos de importancia, el Instituto Nacional de Cultura no cuenta con un Ejecutor Coactivo.

Si bien mediante una reciente modificación legal[390] se ha introducido como circunstancia típica que el sujeto activo deba conocer el carácter de patrimonio cultural del bien, ello no puede dar pie a que se interprete una exigencia implícita para la declaratoria del bien, pues cuando se realiza una interpretación sistemática de los artículos contenidos en el Título VIII, se puede advertir que el artículo 228 no contiene ninguna previsión similar y mas bien en el artículo 230 existe una alusión explícita a la existencia de dicha declaratoria.

En consecuencia, se puede concluir que la redacción de este tipo penal se adscribe a un modelo de protección general, como el que contiene la Convención de San Salvador.

2. ARTÍCULO 228. EXTRACCIÓN ILEGAL DE BIENES CULTURALES

> *"Artículo 228.- Extracción ilegal de bienes culturales.*
> *El que destruye, altera, extrae del país o comercializa bienes del patrimonio cultural prehispánico o no los retorna de conformidad con la autorización que le fue concedida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.*
> *En el caso que el agente sea un funcionario o servidor público con deberes de custodia de los bienes, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años" (el subrayado es nuestro)*.

Ante la ausencia de una mayor precisión (e interpretando que no existe un concurso ideal por error del legislador) podemos asumir que este tipo penal sería aplicable únicamente a bienes culturales muebles, a diferencia del artículo 226 que refiere a "monumentos", que en sentido común se aproximan más a los inmuebles.

Con dicha aclaración, se debe anotar que este tipo penal tampoco exige que los bienes muebles del patrimonio cultural prehispánico deban estar previamente declarados como tales.

Desde una óptica de protección del patrimonio cultural, la medida es acertada. Es muy lógico suponer que si la identificación y registro de zonas y sitios arqueológicos prehispánicos es bastante complicada, con mayor razón lo será la que atañe a elementos culturales muebles, como pueden ser las piezas cerámicas, textiles y de orfebrería que se extraen ilícitamente de éstos, y que son fácilmente comercializadas como *souvenirs*.

Por lo mismo, al igual que en caso anterior, este tipo penal orienta hacia un modelo de protección general.

3. ARTICULO 230. DESTRUCCIÓN, ALTERACIÓN O EXTRACCIÓN DE BIENES CULTURALES

> *"Artículo 230.- El que destruye, altera, extrae del país o comercializa, sin autorización, bienes culturales previamente declarados como tales, distintos a los de la época prehispánica, o no los retorna al país de conformidad con la autorización que le fue concedida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con noventa a ciento ochenta días-multa" (el subrayado es nuestro)*.

[390] Modificación introducida por el artículo único de la Ley Nº 28567, del 02 de julio del 2007.

Este artículo se asemeja mucho al anterior, con la diferencia de que está dedicado a proteger únicamente bienes distintos a los de la época prehispánica. Como se puede inferir, su concepción difiere diametralmente de los dos artículos anteriores, que no exigían como requisito típico la declaración previa respecto de ser bienes culturales.

Este detalle lo vincula directamente con el modelo de protección excepcional, planteado explícitamente en la Convención de Paris, la Constitución y la Ley General del Patrimonio Cultural, planteando una diferencia de concepción con respecto a lo establecido por los otros artículos del mismo cuerpo penal.

Cabe preguntarse ¿qué motivo pudo haber llevado al legislador penal a hacer una diferenciación entre bienes del patrimonio cultural prehispánico y aquellos posteriores? La respuesta no aparece en ningún texto normativo, pues ni los tratados, la Constitución ni la propia Ley General del Patrimonio Cultural expresan una diferencia de valor.

Sin embargo, a la luz de la referencia hecha al autor mexicano Enrique Florescano, mencionado en la primera parte de este trabajo, dicha decisión legislativa podría entenderse para algunos en un sentimiento y discurso autoctonista, en oposición a la influencia extranjera.

Otra explicación podría residir en el hecho de que no existen conocimientos suficientemente exactos sobre la tecnología y la cosmovisión de los pueblos originarios, a diferencia de lo que ocurre con los bienes culturales post hispánicos, cuya tecnología se halla suficientemente documentada, en tanto su cultura inmaterial se ha impuesto y aún sigue vigente, con los entendibles y documentados cambios del desarrollo.

Desde mi punto de vista ninguna de las explicaciones indicadas tendría un asidero suficiente para justificar una distinción en la protección legal. Por un lado no se puede pretender un auténtico sentimiento nacionalista renegando de influencias que hoy son parte de nuestra identidad y, por otro lado, no se pueden hacer generalizaciones respecto al valor científico o artístico de los bienes.

Así por ejemplo, bienes prehispánicos tan sencillos y abundantes como puntas de lanza o afiladores líticos, resultarían teniendo mayor importancia científica y por tanto mayor protección que importantes obras de arte colonial, que por uno u otro motivo no se hallen registradas ni declaradas, lo que devendría en un contrasentido.

CONCLUSIONES

1. Se han hallado dos modelos de protección del patrimonio cultural. El primer modelo -nombrado como Modelo de la Excepcionalidad- establece que solo forman parte del patrimonio cultural los bienes que reúnen calidades excepcionales y son registrados y luego declarados como tales. El otro modelo, denominado de la Generalidad, contempla que todos los bienes de determinadas épocas (pretéritas) gozan de una protección inicial por la que deben ser considerados automáticamente como parte del patrimonio cultural, plenamente, en tanto no se declare lo contrario.

2. En nuestro país coexisten normativamente ambos sistemas, ya que nos encontramos vinculados tanto a la Convención de París de 1972, como a la Convención de San Salvador del año de 1976. Ambas normas -en tanto regulan una materia referida a un derecho humano de tercera generación, como es el derecho al patrimonio cultural y a la identidad nacional- orientarían la interpretación constitucional.

3. Si bien la Constitución asume un modelo de la excepcionalidad atenuado por la presunción provisional, la Ley General del Patrimonio Cultural tiene puntos que se acercan más al modelo de la Generalidad. El Reglamento de Investigaciones Arqueológicas se adscribe netamente al modelo de la Generalidad y el Código Penal contiene normas que corresponden indistintamente a uno y otro sistema, en una situación aparentemente contradictoria.

4. Como típico país exportador de patrimonio cultural, para fines de la mayor protección de nuestro patrimonio, nos corresponde adoptar un modelo de Generalidad de la protección, toda vez que nuestros más graves problemas son la falta de identificación, registro y declaración del patrimonio cultural.

5. Se debe superar el concepto de "presunción provisional", pues éste posibilita una situación jurídica indeterminada que fomenta el desinterés en registrar los bienes y supone dificultades de prueba. Por el contrario, se deben dar normas efectivas para el registro e inventario obligatorio de todos los bienes del patrimonio cultural.

6. Las nuevas tecnologías pueden facilitar mucho las operaciones de registro del patrimonio cultural, en las que el Instituto Nacional de Cultura debería realizar un trabajo de supervisión posterior y fiscalización. Debe sancionarse la omisión dolosa o culposa al registro.

7. El instituto Nacional de Cultura, al menos en lo que respecta a sus funciones de registro, declaración y defensa del patrimonio cultural, debe ser un cuerpo técnico estable y muy calificado, al margen de los cambios políticos que sufre periódicamente la institución.

8. El comercio interno de bienes que forman parte del patrimonio cultural no tiene por qué ser restringido en tanto se cumplan las normas administrativas previstas en la Ley General del 1. Patrimonio Cultural de la Nación; sin embargo, éstas únicamente serán operativas en tanto se cumpla con el requisito de registro previo de los bienes.

9. El artículo 230 del Código Penal debe ser modificado a fin de no dejar en completa indefensión a bienes culturales coloniales y republicanos que no hayan sido registrados por dolo o culpa.

BIBLIOGRAFÍA

• ALVAREZ ALVAREZ, JOSÉ LUIS (1997).
"El Patrimonio Cultural: de dónde venimos, dónde estamos, adónde vamos. En: Patrimonio Cultural y Derecho. Nº 1. Madrid, Ministerio de la Presidencia.
• ANGUITA VILLANUEVA, LUIS A. (2001)
El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural. Madrid, Ed. Dykinson.
• ARISTA ZERGA, ADRIANA. (2005).
"Artículo 21 de la Constitución". En: La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo I. Lima, Ed. Gaceta Jurídica, pág. 504-511.
• BECERRIL MIRO, JOSÉ ERNESTO. (2003).
El derecho del Patrimonio Histórico-Artístico en México. México, Ed. Porrúa.
• DE LA PUENTE BRUNKE, JUAN PABLO. (2005).
"Arqueología y derecho: intentando solucionar la tragedia de los restos arqueológicos en el Perú". En: Ius Et Veritas. Nº 29. Lima, PUCP.
• DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO. (2000).
"La Moderna Protección Jurídica del Patrimonio Cultural de la Nación". En: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Tres Perspectivas Académicas. Lima, Fondo editorial PUCP.
• MARTORELL CARREÑO, ALBERTO.
"La declaración de bienes culturales en el Perú y los peligros de una Presunción Equívocamente Planteada". Documento del Internet. ((http://www.icomos-iclafi.org/pagina%20principal/georgia-peru1.pdf).
• MAYORGA ZARATE, JOSÉ MANUEL. (2006).
"Los delitos contra el Patrimonio cultural, a propósito de una reciente modificación". En: Revista Yachaq. Nº 4. Cusco, CIED- UNSAAC.
• MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. (1997).
"Principios Inspiradores en el Nuevo Código Penal Español". En: Revista Actualidad Jurídica. Tomo 49. Lima, Ed. Gaceta Jurídica.
• RENART GARCIA, FELIPE. (2002).
El delito de daños al patrimonio cultural español : análisis del art. 323 del Código Penal de 1995. Granada, Ed. Comares.
•RUBIO CORREA, MARCIAL. (1999).
Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 2. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 197.
• TALANCHA CRESPO, ELISEO. (1993).
Los delitos culturales, esbozo histórico y jurídico de los delitos contra el Patrimonio cultural. Huánuco, Ed. Kotosh.

ISBN: 978-9972-779-31-2

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA
Jr. Camaná Nº 669 Lima 1, Perú
Telefs. (51-1) 428-0300 / 428-0265 Fax (51-1) 428-0219
e-mail: postmast@amag.edu.pe
Internet: http://**www.amag.edu.pe**