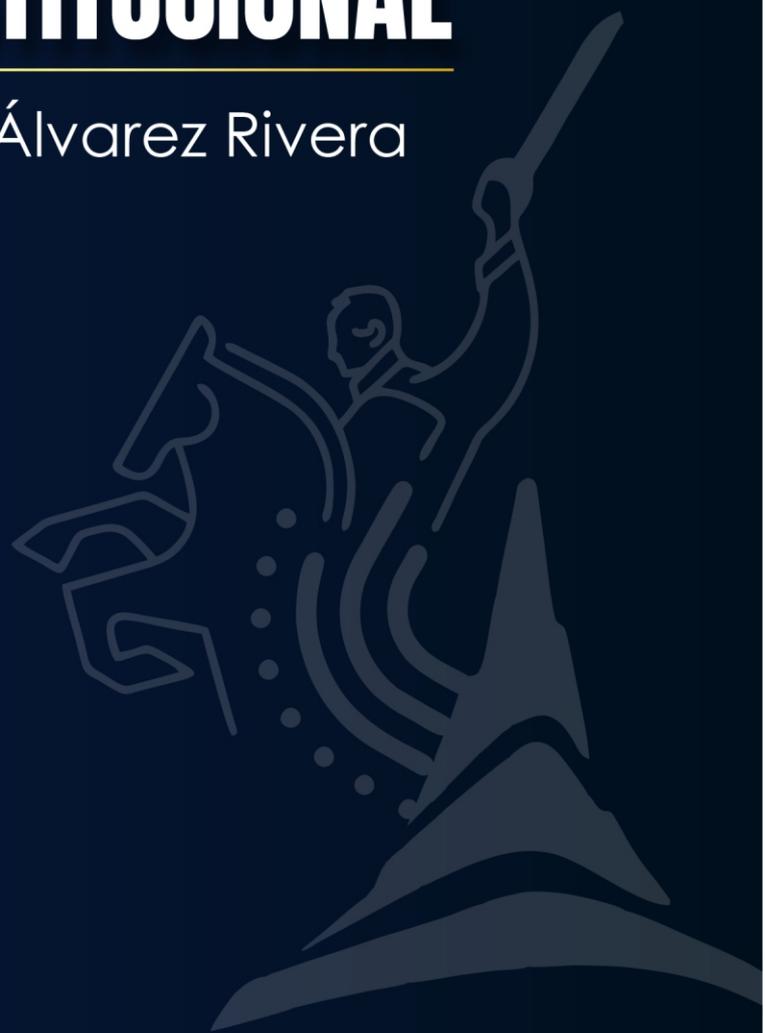




ILUSTRE COLEGIO DE  
**Abogados**  
— DE AYACUCHO

# REVISTA INSTITUCIONAL

Rafael Velarde Álvarez Rivera



**AÑO 2 / NÚMERO 2 / ABRIL 2025**

ISSIN: 3084 - 729X (En Línea)

**Director:** Mario N. Escriba Tineo

**Comité Editorial:** Mayra V. Gutiérrez Chacchi / Cristian A. León Gómez /  
María C. Ruiz Vergara / Guisela Cisneros Gutiérrez

REVISTA INSTITUCIONAL  
"RAFAEL VELARDE ÁLVAREZ RIVERA"

---



ILUSTRE COLEGIO DE  
**Abogados**  
DE AYACUCHO  
— Junta Directiva del Bicentenario

**REVISTA INSTITUCIONAL "RAFAEL VELARDE ÁLVAREZ RIVERA"**  
**ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE AYACUCHO**

Año 02 - N° 02 - Abril 2025

**Director** : Mario N. Escriba Tineo  
**Comité Editorial** : Mayra V. Gutiérrez Chacchi  
Cristian A. León Gómez  
María C. Ruiz Vergara  
Guisela Cisneros Gutiérrez

Jr. Sucre 367 - Ayacucho  
Ayacucho - Huamanga - Ayacucho

*Colaboradores de la publicación:*

Richard Ataucusi Saccsara  
Aracelly Gutiérrez Marallano  
Carlos Alberto Palomino Quispe  
Richard Rojas Arauco  
Saúl Edgard Flores Ostos  
Cristian Anthony León Gómez  
John Glicerio Barboza Navarro  
Jhox Tineo Pérez  
Claudia Andrea García Marín  
Marjorie Isabel Aquino Salazar  
Rafael Rodríguez Campos  
Marianelly C. Quenta Quispeluzza  
Eduardo Jesús Chocano Ravina  
Félix Atilio Rivera Alarcón

*Corrección de estilo* : Jessica Flores Diaz de Moron

DEPÓSITO LEGAL N.° 2024-10594

ISSN: 3084-729X (En Línea)

Indexación:



### **COMITÉ EDITORIAL**

Mario N. Escriba Tineo  
**Director**

Mayra V. Gutiérrez Chacchi  
**Miembro**

Cristian A. León Gómez  
**Miembro**

María C. Ruiz Vergara  
**Miembro**

Guisela Cisneros Gutiérrez  
**Miembro**

### **JUNTA DIRECTIVA DEL ICAA 2024/2025**

Richard Almonacid Zamudio  
**Decano**

Bragiann Raúl Alcazar Jayo  
**Vicedecano**

Jenny Barraza Torres  
**Directora Secretaria**

Irene Marisol Ramírez Medina  
**Directora Académica y de Promoción Cultural**

Juan Carlos Flores Valencia  
**Director de Defensa Gremial**

Danny Saavedra Espinoza  
**Director de Economía**

Yenia Fricea Ayala Maldonado  
**Directora de Biblioteca, Centro Documentario e Informática**

Arturo Alarcón Urbina  
**Director de Bienestar Social e Imagen**

Magna Almeyda Rodas  
**Directora de Ética**

Elizabeth Revollar Ochatoma  
**Directora de Comisiones y Consultas**

José Carlos Lllallahui Huamaní  
**Director de Reglamentos, Directivas y otras normas**

# ÍNDICE GENERAL

Año 02 - N° 02 - Abril 2025

## CONTENIDO

<b>EDITORIAL</b>	<b>07 - 08</b>
<b>ÁREA DERECHO PENAL</b>	
<b>Análisis descriptivo del tipo penal de discriminación y la jurisprudencia en el Perú</b> <i>Richard Ataucusi Saccsara</i>	<b>09 - 17</b>
<b>Los fines de la pena en el derecho penal contemporáneo</b> <i>Aracelly Gutiérrez Marallano</i>	<b>18 - 26</b>
<b>El impacto de la criminalidad política - empresarial en el sistema de justicia</b> <i>Carlos Alberto Palomino Quispe</i>	<b>27 - 34</b>
<b>La culpabilidad en el derecho penal peruano</b> <i>Richard Rojas Arauco</i>	<b>35 - 43</b>
<b>ÁREA DERECHO PROCESAL PENAL</b>	
<b>La prueba de oficio en el proceso penal peruano: posición a favor y supuestos de aplicación</b> <i>Saúl Edgard Flores Ostos</i>	<b>44 - 53</b>
<b>El imputado no es un número de expediente</b> <i>Cristian Anthony León Gómez</i>	<b>54 - 61</b>
<b>La argumentación jurídica como estrategia para el uso racional de la prisión preventiva</b> <i>John Glicerio Barboza Navarro</i>	<b>62 - 70</b>
<b>ÁREA DERECHO DE FAMILIA</b>	
<b>La necesidad de una reforma legislativa que garantice la tutela jurisdiccional efectiva en los procesos de alimentos entre concubinos</b> <i>Jhox Tineo Pérez</i>	<b>71 - 76</b>
<b>ÁREA DERECHOS HUMANOS</b>	
<b>Instrumentalización del daño: La violencia vicaria y su inclusión en la agenda del Sistema Interamericano de Derechos Humanos</b> <i>Claudia Andrea García Marín</i>	<b>77 - 85</b>
<b>Criminalización migratoria y derechos humanos: un análisis de la vulneración del principio de no criminalización</b> <i>Marjorie Isabel Aquino Salazar</i>	<b>86 - 94</b>

## CONTENIDO

### ÁREA DERECHO ELECTORAL

- Los procesos electorales en américa latina en 2025** 95 - 99  
*Rafael Rodríguez Campos*

### ÁREA DERECHO CONSTITUCIONAL

- Análisis de la vacancia presidencial de Pedro Castillo Terrones por permanente incapacidad moral** 100 - 107  
*Marianelly C. Quenta Quispeluzá*
- Reforma del referéndum buscando fortalecer la voluntad popular** 108 - 115  
*Eduardo Jesús Chocano Ravina*

### ÁREA DERECHO Y LITERATURA

- Vínculo del derecho y la literatura en las obras "juez, tinterillo, gamonal" y "el mundo es ancho y ajeno"** 116 - 124  
*Félix Atilio Rivera Alarcón*

Esta segunda edición de la **Revista Institucional del Ilustre Colegio de Abogados de Ayacucho «Rafael Velarde Álvarez»** coincide lamentablemente con dos sucesos de repercusión universal que involucran al Perú de forma especial. El pasado 13 de abril se conoció por el comunicado de los familiares del fallecimiento del escritor arequipeño Mario Vargas Llosa, **el único Premio Nobel de Literatura** de nacionalidad peruana por su obra «Cartografía de las estructuras de poder y sus imágenes agudas de la resistencia, la rebelión y la derrota del individuo» en el año 2010; y en la mañana del 21 de abril, el cardenal Kevin Farrell informó de la muerte del Papa Francisco, **el primer papa americano**, arzobispo de Buenos Aires.

Mario Vargas Llosa decía que **«Un escritor tiene la obligación de escribir con autenticidad, volcar lo que lleva dentro, aquello por lo que es escritor. Pero sin disciplina esa autenticidad por sí sola no vale.»** [El Comercio. 11 de marzo del 2006]. Afirmando que el talento no tiene ninguna utilidad si no está acompañado de disciplina. El escritor es un gimnasta intelectual, que debe cultivar su destreza a costa de horas e insomnios, acaso ese es el destino de los abogados y las abogadas que además de entregar su tiempo al ejercicio de las labores cotidianas lo hacen también a la firme convicción de escribir, de crear.

En su momento el Papa Francisco nos recordó que la **«La política es un acto de amor, es un acto de caridad. Es un acto por el bien común, por el bien de todos.»** [En Cagliari. 2013]. Demostrándonos que todo acto humano pensado en el bien común es expresión del amor; y que no hay mayor acto humano –acaso divino– que servir a los más pobres. Cuando un abogado o abogada decide escribir, investigar o hacer docencia, es porque entiende la generosa responsabilidad de compartir sus conocimientos y ponerlos a disposición no solo de sus pares sino de la ciudadanía para intentar resolver los grandes problemas de nuestra sociedad.

Nuestra edición del Año 2 Número 2 Abril 2025, contiene 14 artículos académicos, 11 de ellos corresponden a varones y 3 a mujeres, la nacionalidad de los escritores son peruana y extranjera, y como dato a destacar es que el **64% del total de investigaciones son de autoría de los agremiados al Ilustre Colegio de Abogados de Ayacucho** y que cubren siete áreas temáticas de interés.

En el área de **Derecho Penal**, escriben los abogados Richard Ataucusi Saccsara sobre «Análisis descriptivo del tipo penal de discriminación y la jurisprudencia en el Perú»; Aracelly Gutiérrez Marallano, en torno a «Los fines de la pena en el derecho penal contemporáneo»; Carlos Alberto Palomino Quispe, del «El impacto de la criminalidad política - empresarial en el sistema de justicia»; y Richard Rojas Arauco, desarrolla «La culpabilidad en el derecho penal peruano».

En el área de **Derecho Procesal Penal**, destacan los trabajos académicos de Saúl Edgard Flores Ostos, que estudia sobre «La prueba de oficio en el proceso penal peruano: posición a favor y supuestos de aplicación»; Cristian Anthony León Gómez, reflexiona sobre que «El imputado no es un número de expediente»; y John Glicerio Barboza Navarro, sobre «La argumentación jurídica como estrategia para el uso racional de la prisión preventiva».

En el área de **Derecho de Familia**, Jhox Tineo Pérez, desarrolla «La necesidad de una reforma legislativa que garantice la tutela jurisdiccional efectiva en los procesos de alimentos entre concubinos».

En el área de **Derechos Humanos**, Claudia Andrea García Marín (Colombia), analiza sobre la «Instrumentalización del daño: La violencia vicaria y su inclusión en la agenda del Sistema Interamericano de Derechos Humanos»; y Marjorie Isabel Aquino Salazar, enfatiza su estudio en la «Criminalización migratoria y derechos humanos: un análisis de la vulneración del principio de no criminalización».

En el área de **Derecho Electoral**, el profesor Rafael Rodríguez Campos, reflexiona sobre los «Los procesos electorales en América Latina en 2025».

En el área de **Derecho Constitucional**, Marianelly Carmen Quenta Quispeluzza, reflexiona sobre el «Análisis de la vacancia presidencial de Pedro Castillo Terrones por permanente incapacidad moral»; y Eduardo Jesús Chocano Ravina, en torno a la «Reforma del referéndum buscando fortalecer la voluntad popular».

Por último, en el área de **Derecho y Literatura**, el profesional ayacuchano Félix Atilio Rivera Alarcón, escribe sobre «Vínculo del derecho y la literatura en las obras 'Juez, tinterillo, gamonal' y 'el mundo es ancho y ajeno'».

Todos los artículos académicos, sin duda alguna, serán valiosos recursos de aprendizaje para todo aquel que los lea, al tiempo que nos desafían e instan al atrevimiento académico, con la profundidad en sus análisis, los que seguramente contribuirán al debate jurídico peruano.

**Mtro. Mario N. Escriba Tineo**  
*Director del Comité Editorial*  
*Revista Institucional "Rafael Velarde Álvarez Rivera"*

## Análisis descriptivo del tipo penal de discriminación y la jurisprudencia en el Perú

*Descriptive analysis of the criminal type of discrimination and jurisprudence in Peru*

Richard Ataucusi Saccsara\*

### Resumen

El autor del presente artículo se centra en el análisis y explicación del delito de discriminación, para ello describe sus antecedentes, su contenido -previsto en el artículo 323 del Código Penal-, y, finalmente, abarca la estructura del tipo penal. Asimismo, precisa las características de los medios probatorios que deben recabarse en la investigación, y reseña la jurisprudencia nacional existente con relación al ilícito materia de estudio.

**Palabras clave:** *Delito de discriminación, tipicidad, medios probatorios, jurisprudencia.*

### Abstract

The author of this article focuses on the analysis and explanation of the crime of discrimination, describing its background and content—as provided for in Article 323 of the Criminal Code—and, finally, covering the structure of the criminal offense. He also specifies the characteristics of the evidence that must be collected in the investigation and reviews the existing national jurisprudence related to the offense under study.

**Keywords:** *Crime of discrimination, typicality, means of proof, jurisprudence.*

---

\* Maestro en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Primera Fiscalía Penal Supraprovincial Especializado en Derechos Humanos e Interculturalidad de Ayacucho, con correo [richardataucusisaccsara@gmail.com](mailto:richardataucusisaccsara@gmail.com)

## I. Introducción

El delito de discriminación se encuentra tipificado en el artículo 323 del Código Penal desde el año 2000, después de 29 años que el Estado peruano ratificó la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de fecha 21 de diciembre de 1965.

Así, pese a que este tipo penal sufrió diversas modificaciones, su difusión ha sido casi nula tanto en la población como dentro de las instituciones públicas, donde es recurrente la existencia de actos discriminatorios; conductas que, por lo general, no se denuncian, debido, quizá, a la normalización de la discriminación dentro de la vivencia cotidiana, desconfianza en las autoridades, miedo a represalias, desconocimiento de la ley prohibitiva, miedo a develar su orientación sexual, filiación étnica, religiosa o política, u otros factores.

Por dicha razón, resulta necesario difundir el tipo penal de discriminación, con la finalidad de proteger de forma efectiva los derechos de las personas que son víctimas de actos discriminatorios, siendo importante el desarrollo descriptivo del tipo penal, así como establecer los mecanismos para recabar los medios probatorios que nos permita acreditar la comisión del hecho punible, máxime si ya existe jurisprudencia nacional que aborda este acto lesivo.

## II. El delito de discriminación

### II.1. Base normativa y antecedentes

A nivel normativo, el delito de discriminación se encuentra establecido en el artículo 323 del Código Penal (en adelante CP), cuya punición radica en la conducta cometida por cualquier persona, cuando por sí misma o mediante tercero, ejecuta actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de una persona o grupo de personas, motivados por alguna causal amplia que prevé el tipo penal: racial, religiosa, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación. Asimismo, deja abierto las causales al expresar cualquier otro motivo, vale decir, estamos frente a un *numerus apertus*.

Ahora bien, el antecedente más reciente del tipo penal de discriminación se encuentra en la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial del 21 de diciembre de 1965, ratificado por el Estado peruano en el año 1971.

Pese a esto, recién mediante Ley N° 27270, del 12 de mayo de 2000, por primera vez, se incorpora este delito al CP. Posteriormente tuvo varias modificaciones, mediante Ley 28867 del 09 de agosto de 2006, Ley 30096 del 22 de octubre de 2013, Ley 30171 del 10 de marzo de 2014 y, finalmente, Ley 1323 del 06 de enero de 2017, cuyo texto literal es el que sigue:

#### **Artículo 323.- Discriminación e incitación a la discriminación**

*El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas. Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o*

*mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36. (Alvarado, 2019)*

Con esto se demuestra que el Estado peruano pretende castigar a quienes discriminan, pues se tipificó la conducta, se especificaron las modalidades, se precisaron las agravantes, así como se asignaron penas concretas.

## **II.2. Tipicidad objetiva del delito de discriminación**

Al realizar una interpretación literal colegimos que esta conducta puede ser ejecutada por cualquier persona o mediante un tercero, quienes realizan actos discriminatorios consistentes en la distinción, exclusión, restricción o preferencia, motivado por causales que genere la anulación o menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho que afecte a una persona o a un grupo de personas, reconocido en la normativa nacional o internacional.

### **II.2.1. Discriminación por distinción**

El término "distinguir", en el marco de nuestra constelación jurídica, debe ser entendida según el Diccionario de la lengua española, que la describe como «manifestar, declarar la diferencia que hay entre una cosa y otra con la cual se puede confundir» (RAE, 2025). Acorde a esta definición, se puede señalar que la discriminación por distinción constituye aquel acto realizado por el agente, por sí mismo o a través de tercero, de declarar una diferencia en perjuicio del sujeto pasivo, motivado en alguna causal prevista en el tipo penal, que genere, como consecuencia jurídica, la anulación o menoscabo del reconocimiento, disfrute o ejercicio de un derecho.

### **II.2.2. Discriminación por exclusión**

El Diccionario de la lengua española define al verbo transitivo (tr) excluir como «descartar, rechazar o negar la posibilidad de algo» (RAE, 2025). Entonces, podemos señalar que la discriminación por exclusión se configura cuando el sujeto activo realiza la acción de rechazar o descartar al sujeto pasivo, motivado por alguna causal del tipo penal que genere como consecuencia la anulación o menoscabo del reconocimiento, disfrute o ejercicio de un derecho.

### **II.2.3. Discriminación por restricción o preferencia**

Siendo estos los últimos verbos rectores, cabe mencionar que los términos restringir o preferencia, conforme al Diccionario de la lengua española, se definen como: «tr. Ceñir, circunscribir, reducir a menores límites» y «f. primacía, ventaja o mayoría que alguien o algo tiene sobre otra persona o cosa, ya en el valor, ya en el merecimiento» (RAE, 2025); conforme a estas definiciones, se debe entender que el sujeto activo reduce a menores límites u otorga primacía a ciertas personas respecto del sujeto pasivo, motivado estrictamente por alguna causal prevista en la estructura del tipo penal, que genere como consecuencia la vulneración del derecho reconocido al sujeto pasivo pudiendo ser una persona o grupo de personas.

### **II.2.4. Efecto sobre el que recae la conducta**

Las conductas descritas en los apartados anteriores tienen que originar los siguientes efectos: a) la anulación o b) menoscabo del reconocimiento, disfrute o el ejercicio de un derecho del sujeto pasivo. Por ello, los derechos fundamentales reconocidos a un sujeto deben entenderse como:

Los derechos fundamentales son las prerrogativas conferidas por la Constitución política a los ciudadanos con la finalidad que puedan ejercer las libertades en ellas reconocidas, con los

alcances y límites, tanto para el titular del Derecho como para el Estado, que la Carta fundamental o la Ley de desarrollo fija como protección a los valores supremos empezando por la dignidad humana como eje fundamental de este sistema de valores reconocido como fundamento del orden constitucional y democrático. Suelen ser conocidos también como derechos públicos subjetivos constitucionales, en tanto están consagrados en la Constitución política del Perú. El reconocimiento jurídico constitucional permite su tutela por medio del proceso constitucional, aunque su validez deriva de su naturaleza suprema anterior y superior al Estado. (Luján, 2013, pág. 222)

Asimismo, Pérez Luño define a los derechos humanos (como se citó en Pazo, 2014) como un «un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional» (2014, pág. 24). Por tanto, debemos entender que los derechos fundamentales son aquellas prerrogativas inherentes a los ciudadanos, las mismas que se encuentran reconocidas por la Constitución Política del Perú, en sus artículos 2 y 3, donde se precisa que los derechos constitucionales son *números apertus*; es decir, no excluye a ningún otro derecho que se fundamenten en la dignidad del hombre. No está de más indicar que el tipo penal no solo protege aquellos derechos fundamentales reconocidos dentro de nuestra Carta Magna, sino también aquellos que se encuentran reconocidos en los tratados internacionales que fueron ratificados por el Estado peruano.

### II.2.5. Las causales del delito de discriminación

El tipo penal materia de análisis, desde su incorporación mediante Ley 28867 del 09 de agosto de 2006, hasta la última modificación mediante Ley 1323 del 06 de enero de 2017, incorporó progresivamente las causales o motivos para la configuración del delito, existiendo a la fecha 16 causales, tales son: racial, religioso, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético y filiación.

Cabe precisar que estas causales no son definitivas, habida cuenta la condición de *numerus apertus* de dicho dispositivo legal. En suma, el legislador no solo incrementó casuales de forma progresiva, sino también dejó abierta la posibilidad para determinar un caso de discriminación respecto de cualquier otro motivo que incida en la protección del bien jurídico.

### II.3. La tipicidad subjetiva del delito de discriminación

Con relación a la tipicidad subjetiva del delito de discriminación, esta se enmarca en la voluntad del agente de desconocer el mandato del tipo penal, por lo mismo el sujeto activo debe responder por las acciones realizadas, conforme señala Creus (citado por Villegas, 2024):

El derecho tiene dos formas de hacer responder al sujeto por sus acciones, que distinguen la responsabilidad objetiva de la subjetiva. Por la primera, el sujeto responde fundamentalmente porque su acción menoscabó un bien jurídico; con ello el Derecho pretende, primordialmente, volver a equilibrar las relaciones de “bienes” que la acción desequilibró. Por la segunda forma, el sujeto responde porque la acción se le puede reprochar por haber actuado con voluntad de desconocer el mandado protector del bien jurídico, sea porque directamente ha requerido violarlo o por haber aceptado violarlo, sea por no haber atendido, como debió hacerlo, a la posibilidad de violarlo. En esta el reproche se presenta como fundamento o presupuesto de la sanción, sumándose a la acción materialmente (objetivamente) constitutiva del ataque al bien jurídico; además, antes que la magnitud del ataque es el grado de reproche el que dimensiona la intensidad de la sanción en tanto sea la de la pena, es decir, cuando no esté dirigida a la reparación debida al titular del bien jurídico menoscabado. Siendo que la teoría del delito responde al ámbito

de la responsabilidad subjetiva. (Villegas, 2024, pág. 99)

### **II.3.1. El dolo en el delito de discriminación**

Este delito es eminentemente doloso, pues para su configuración requiere de la concurrencia de dos elementos conforme a la teoría volitiva: conocimiento y voluntad; no siendo posible su comisión en su forma culposa.

### **II.4. Los sujetos procesales en el delito de discriminación**

#### **II.4.1. Sujeto Activo**

Puede ser cualquier persona o grupo de personas; empero, para la configuración de la agravante, se requiere de una cualificación especial (servidor civil). En efecto, un reproche mayor será dirigido contra aquella persona que desempeña un cargo público.

Asimismo, el sujeto activo podrá actuar como autor directo o mediato, si en esta última utiliza un tercero (autor directo) para la realización de los actos de discriminación.

#### **II.4.2. Sujeto pasivo**

Puede ser cualquier persona o grupo de personas. Aquí solo debe verificarse la concreción de un trato diferenciado y desfavorable, basado en rasgos o motivos protegidos por ley. También se debe advertir la carencia de una motivación objetiva y razonable que genere la privación del reconocimiento, goce, disfrute o ejercicio de un derecho que son ejercidos por otra persona u otras personas, en igualdad de condiciones.

### **II.5. Las agravantes del tipo penal de discriminación**

Se encuentran previstas en el segundo párrafo del artículo 323 del Código Penal, donde se establecen dos supuestos:

1. Si el agente actúa en su calidad de servidor civil.
2. El agente realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo.

El legislador establece las agravantes con el incremento de la pena abstracta -de 3 a 4 años de pena privativa de libertad-, siempre que se advierta la concurrencia de cualquiera de estas dos situaciones.

Entonces, cuando se expresa que el agente tenga la calidad de servidor civil, la norma prohibitiva va dirigida a quien presta servicios en el ámbito o sector público, regulados en la Ley del Servicio Civil (Decreto Legislativo 1602 del 21 de diciembre de 2023), la misma que regula las relaciones entre la administración pública y los servidores civiles. Asimismo, son aplicables otras normativas internas, emitidas por organismos que conforman el ámbito del sector público.

### **II.6. Circunstancias de agravación genéricas en el Código Penal**

Asimismo, debemos tener en cuenta que mediante el Decreto Legislativo 1323 publicado el 06 de enero de 2017, Decreto Legislativo que Fortalece la Lucha contra el Femicidio, la Violencia Familiar y la Violencia de Género, se modifica el artículo 46 del Código Penal, que regula las circunstancias de agravación genéricas:

Son circunstancias genéricas las que regulan en la Parte General del Código Penal y que puedan

operar en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito. Esta clase de circunstancia solo permiten al Juez individualizar la pena concreta dentro del espacio punitivo generado entre los límites inicial y final de la pena básica. No permiten por tanto exceder ni en línea ascendente ni en línea descendente tales límites (...). Son circunstancias agravantes genéricas, cuyo rol es indicar una mayor antijuricidad de la conducta o una mayor culpabilidad del autor, su efecto principal se expresará como una mayor punibilidad o posibilidad de sanción del delito, lo cual se materializará en una pena concreta mayor que se dirigirá siempre hacia el extremo final o máximo de la pena básica. (Prado, 2016, pág. 205)

Así, conforme a la modificatoria establecida con el decreto legislativo precitado, tenemos:

**Artículo 46: Circunstancias de atenuación y agravación**

2. *Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:*

(...)

*d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. (Escuela de Derecho LP, 2024, pág. 66)*

Conforme a esta norma sustantiva, observamos que el legislador no solo incorporó el delito de discriminación de forma progresiva en el Código Penal, sino también estipuló como agravante genérica actos discriminatorios, en la comisión de cualquier ilícito penal, lo que da cuenta de su interés por sancionar estos actos con la severidad que amerita el caso. Entonces, el móvil discriminatorio presente en todos los delitos será objeto de mayor sanción dentro de la escalera punitiva de la pena abstracta, más aún si tenemos en cuenta que tampoco se ha expresado una lista de *numerus clausus*, conforme se denota del término *cualquier otra índole*.

## II.7. Las técnicas de investigación en el tipo penal de discriminación

Con relación al tipo penal materia de análisis, si bien a la fecha no existe un protocolo o directiva de investigación, emitida por la autoridad competente, que nos permita fijar parámetros para realizar una adecuada y objetiva investigación, lo que permitirá determinar la configuración de este tipo penal, como si existe en otros tipos penales; sin embargo, es necesario establecer mecanismos que nos permita hacer frente, de manera efectiva, a esta conducta delictiva.

Es menester señalar que los medios probatorios se recabarán dependiendo del caso concreto. La diligencia esencial para el esclarecimiento de los hechos la constituye la declaración de la agraviada. Esta se debe realizar en un ambiente en el que la víctima se sienta relajada, tenga confianza y pueda narrar con sus propias palabras su vivencia. En el seno de la diligencia, se debe incitar a que la deponente describa con detalle el modo, lugar y tiempo en que se produjo el acto lesivo, exprese los términos, jergas, insultos concretos, distinga la secuencia de la interacción conductual y verbal sufrida por parte del sujeto activo, identifique los roles que cumplen; en suma, cualquier otro aporte, aunque parezca irrelevante, que describa el derecho vulnerado, afectación física, psicológica, económica u otra, que haya generado el acto desplegado por el agente.

Queda claro, entonces, que no debe realizarse preguntas cerradas a la agraviada; al contrario, se deben emplear preguntas abiertas que permitan que esta se exprese con la suficiencia necesaria, a fin de extraer toda la información con relación al hecho acaecido.

Por otro lado, se debe recabar la declaración de testigos directos o indirectos. Esto permitirá recabar toda la información que corrobore lo manifestado por la agraviada, aplicando las mismas

técnicas en la declaración de esta.

A su vez, se debe realizar la constatación del lugar de los hechos, verificar en este acto si existen cámaras de videovigilancia para corroborar la versión de la víctimas o testigos, previo aseguramiento con cadena de custodia.

Asimismo, debe practicarse a la agraviada o agraviado un examen psicológico, a fin de evacuarse una pericia psicológica que determine ausencia o presencia de afectación psicológica, cognitiva y/o conductual, asociada a los hechos denunciados; determinar el tipo o rasgo de personalidad, identificar la existencia de una condición de vulnerabilidad o factores de riesgo que pueda amplificar o perturbar el impacto del acto delictivo, conforme a la Guía de Evaluación Psicológica Forense emitido por el Ministerio Público y el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Resulta preciso tener en cuenta que esta pericia no va a determinar la configuración del tipo penal, al no encontrarse tipificado como uno de los elementos descriptivos del delito, por lo que será valorado únicamente como indicio de respaldo.

## **II.8. La jurisprudencia nacional con relación al delito de discriminación**

El Tribunal Constitucional, con su pronunciamiento, ha permitido un marco legal robusto que protege a las víctimas de discriminación.

### **II.8.1. Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 02834-2013-PHC/TC Cusco**

En esta sentencia, el máximo intérprete de la Constitución, precisó en el fundamento 21 alcances de la discriminación:

Sin perjuicio de lo expuesto, es usual que un adulto mayor se encuentre en una situación de vulnerabilidad por motivos adicionales. En efecto, se ha reconocido la existencia de discriminación interseccionales o múltiples cuando, en una sola persona, confluyen distintas circunstancias que propician la vulnerabilidad. De este modo, la discriminación múltiple es concebida como cualquier restricción, distinción o exclusión que, por objeto o resultado, afecta el goce o ejercicio de derechos y que se funda en dos o más factores de discriminación. Dichos elementos que, por general, fundamentan tratos discriminatorios. Dichos elementos que, por general, fundamentan tratos discriminatorios se encuentran contenidos, por ejemplo, en el artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú y en el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2017)

### **II.8.2. Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 0090-2004-AA/TC Lima**

En el fundamento 34 expresa lo que se entiende por las restricciones en el delito de discriminación:

La discriminación es, en conclusión, el trato diferenciado que se da a una persona por determinadas cuestiones, lo que imposibilita su acceso a oportunidades esenciales a las que otros, en su misma condición tienen derecho. Pues si bien, la aplicación de la causal de renovación no implica una sanción administrativa, trunca el desarrollo profesional de los invitados al retiro. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2004).

### **II.8.3. Sentencia del Juzgado Penal Expediente N° 1650-07**

En este caso, podemos observar que el Juzgado Penal ha considerado en la emisión de la sentencia, tres elementos para la configuración del tipo:

Son los siguientes: I) un trato diferenciado o desigual, al respecto cabe señalar que todo origen discriminatorio tiene como punto de partida la existencia de un trato diferenciado o desigual hacia una persona o un grupo de personas. En efecto como señala la doctrina la discriminación parte de una distinción, exclusión o restricción de los derechos de determinados individuos, sin embargo; hay que señalar que este solo elemento no es suficiente para considerar como discriminatorio a un determinado hecho, como consecuencia, se presentan tratos diferenciados destinados a corregir las desigualdades existentes en la realidad, de lo que se colige que una cosa es el trato diferenciado o desigual y otra la discriminación (...). II) Un segundo elemento, es que los actos discriminatorios se basan en determinados motivos prohibidos por el elemento jurídico, dichos motivos pueden ser basados en las características, independientemente de su voluntad, entre otras la discapacidad y las posiciones asumidas voluntariamente por las personas en el ejercicio libre del desarrollo de la personalidad como: opinión, religión, posición sindical, opción sexual, indumentaria entre otros. Sin embargo, los motivos aquí señalados no constituyen una cláusula cerrada de criterios prohibidos, en tanto el ordenamiento jurídico nacional como internacional establecen una cláusula abierta "cualquier otra índole". Ello, a fin de comprender nuevas formas de discriminación contemporáneas que pudieran aparecer en tanto estas supongan la vulneración de la protección al respeto del ser humano y su dignidad. III) Por último, el tercer elemento esta referido al objetivo o resultado del trato diferenciado desigual basado en motivos prohibidos que tiene por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, ejercicio y goce de un derecho. En ese sentido es preciso señalar, que el derecho a la no discriminación es un derecho racional, esto es, que no cabe la afectación del mismo, mientras tanto, en una relación con otro u otros derechos, esto es para que sea un acto vulneratorio del derecho al no haber discriminación es necesario que se produzca la afectación o la posibilidad de afectación. (Sentencia Penal, 2009)

### III. Conclusiones

1. En torno al delito de discriminación, debemos tener en cuenta que el Estado peruano a ratificado la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial en el año 1971, empero, recién desde el año 2000, incorporó el tipo penal de discriminación al ordenamiento sustantivo, la misma que ha sufrido diversas modificaciones progresivas, incrementando causales para su configuración, siendo la última, con la promulgación de la Ley 1323 del 06 de enero de 2017.
2. El delito de discriminación se consume cuando el agente, por sí mismo o mediante tercero, ejecute de manera dolosa actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia, con el objeto de anular o menoscabar derechos de una persona o grupo de personas, motivado por alguna causal prevista y no prevista en la norma, que no se encuentre justificado objetiva y razonablemente. Asimismo, cabe precisar que el tipo penal deja abierto las causales que puedan dar origen a los actos discriminatorios.
3. Al no existir una directiva para el ejercicio de la función fiscal en los delitos de discriminación, es necesario recabar medios probatorios conforme al caso concreto, que nos permita acreditar un trato diferenciado o desigual, la configuración de los motivos taxativamente señalados en el tipo penal u otros, y que dichos actos hayan generado la anulación o menoscabo de los derechos reconocidos en la parte agraviada.

#### IV. Referencias bibliográficas

Alvarado, Y. J. (2019). Vademécum Penal. Lima: Grijley E.I.R.L.

Diccionario, RAE (2025). Diccionario de la lengua española.

Disponible en: <https://dle.rae.es/>

Escuela de Derecho LP. (2024). Código Penal Jurisprudencia relevante y actual . Lima : Escuela de Derecho LP SAC para su sello editorial LP. .

Luján, T. M. (2013). Diccionario Penal y Procesal Penal (Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Pazo, P. O. (2014). Los Derechos Fundamentales y el Tribunal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Prado, S. V. (2016). Consecuencias Jurídicas del delito Giro Punitivo y Nuevo Marco Legal. Lima : IDEMSA.

Sentencia del Tribunal Constitucional . (05 de julio de 2004).

Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/02/EXP-0090-2004-AA-TC-LPDerecho.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional . (25 de enero de 2017).

Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/02/EXP-02834-2013-PHC-TC-LPDerecho.pdf>

Sentencia Penal. (12 de 06 de 2009).

Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/03/Exp.-1650-07-Lima-LPDerecho.pdf>

Villegas, P. E. (2024). La teoría del delito y la teoría del caso en el proceso penal . Lima: Gaceta Jurídica S.A.

# Los Fines de la Pena en el Derecho Penal Contemporáneo

## *The Aims of Punishment in Contemporary Criminal Law*

Aracelly Gutiérrez Marallano\*

### **Resumen**

Tras realizar un breve resumen sobre las teorías de los fines de la pena que han predominado en la doctrina penal, pasaremos a analizar cómo se están desarrollando tanto las teorías clásicas como las modernas frente a las nuevas formas delictivas y la creación de nuevas necesidades de protección de bienes jurídicos.

**Palabras clave:** *Fines de la pena, retribución, prevención, conminación*

### **Abstract**

After a brief summary of the theories of the purposes of punishment that have predominated in criminal law doctrine, we will analyze how both classical and modern theories are developing in the face of new forms of crime and the creation of new needs for the protection of legal assets.

**Key words:** *Late penalty, compensation, prevention, summation*

---

\* Egresada del doctorado en derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fiscal Provincial del distrito fiscal de Ayacucho. [aracelly\\_guty87@hotmail.com](mailto:aracelly_guty87@hotmail.com)

## I. Introducción

El estudio de los fines de la pena es uno de los temas más importantes dentro de la parte general del derecho penal, por cuanto es factor pilar sobre el cual se sustenta, no solo las magnitudes de la pena, sino también su aplicación.

Siendo que existen diversas teorías que explican los fines que persigue la pena, como las teorías absoluta, relativa, correccionalista y de defensa, las mismas que surgieron ante los diferentes fines para la cual fue creada la pena; no obstante, hoy en día, nos acercamos a una redefinición de la misma.

Por ello, consideramos necesario iniciar el presente trabajo con un breve resumen sobre los fines de la pena, para posteriormente hacer una exposición sobre las últimas teorías y cómo han respondido éstas a las nuevas necesidades de protección de bienes jurídicos y, sobre todo, al surgimiento de nuevas formas delictivas.

## II. Fines de la pena

Son muchas las discusiones y tesis que han surgido para responder a la pregunta: ¿por qué se castiga?

La respuesta a esta incógnita, surgida hace cientos de años, la misma que ha ido evolucionando de forma progresiva, se ha denominado fines de la pena. Al respecto, Jiménez (1997) señala que:

Hoy, como antes, el Estado tiene derecho a castigar, pero repetimos que es preciso que investiguemos el porqué. Como hemos de decir más tarde sobre las escuelas penales explica las razones del castigo, ya que las tendencias relativas no conciben más que penas finalistas. Cuando el Estado impone una sanción, canaliza así los instintos ancestrales del hombre: la retribución, la venganza y el sadismo. (p.41)

Al ser el Estado el principal canalizador del castigo, es también quien tiene que responder a qué se debe sus atribuciones y cómo va a ejecutarlas. Evidentemente, esto lo ejerce mediante la legislación y la doctrina.

Autores como Jaén (1998), han denominado a los fines de la pena como fundamentos de la pena: «Sobre el fundamento legitimador del derecho penal se ha debatido mucho. Esta cuestión, que no es otra que la relativa a la función que debe cumplir la pena, ha sido tratada, además, no solo por juristas, sino también por filósofos» (p.23).

## III. Teorías absolutas o retributivas

Históricamente, la respuesta al cuestionamiento que se hizo sobre el castigo, fueron respondidos por las teorías absolutas de la pena:

Aquellas que justifican la pena por el mero hecho del delito cometido, lo que significa aceptar su fundamento exclusivamente en la idea de retribución, la compensación a través del mal causado por el delito, y este es el único fin que deben perseguir. Kant, máximo representante junto a Hegel de este pensamiento, afirma que la ley penal es un imperativo categórico y la aplicación de la pena es una exigencia de justicia. Pretender justificar la pena por razones utilitarias, por ejemplo, prevenir la comisión de nuevos delitos, comportaría una instrumentalización del delincuente para satisfacer fines sociales, y ello supondría una afección a la dignidad que como ser humano le corresponde. (Romero, 2013, pp.20-21)

Propio del pensamiento de Kant y Hegel, y según el momento histórico en el que surgió, la teoría retributiva no asignó un fin utilitarista a la pena, por el contrario, esta tenía su fin en sí misma:

La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuya, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría "absoluta" porque para ella el fin de la pena es independiente, "desvinculado" de su efecto social (lat. absolutus = desvinculado). La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad; la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. (...) (Roxin, 1997, pp.81-822)

Sin embargo, con el mismo desarrollo histórico y la evolución del derecho penal, las necesidades de protección de bienes jurídicos han variado, la retribución como único fin de la pena ha sido dejado de lado:

Pues, si, como se puso de manifiesto en los párrafos anteriores, la finalidad del Derecho Penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescindiera de todos los fines sociales. La idea de retribución exige también una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes jurídicos no sería necesaria (cfr. nm. 3); pero entonces la pena ya no sirve a los cometidos del Derecho Penal y pierde su legitimación social. Dicho de otra manera: el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo. (...) (Roxin, 1997, p.84)

A continuación, realizamos un breve *excursus*, sobre la evolución de las teorías retribucionistas, así como de sus representantes.

### III.1. Retribución divina

La primera teoría retribucionista fue sobre «la relación delito - pena, está dada para Stahl por el orden moral de las cosas, merced al gobierno divino del mundo. Para este autor, el Estado no es una creación humana, sino la realización temporal de la voluntad divina. La pena vence la voluntad que cometió el delito y violó la ley suprema.» (Fontan, 1998, p.87)

Cabe precisar que esta teoría ha quedado completamente descartada junto con las corrientes racionalizadoras del derecho penal, que introdujeron el estudio de elementos objetivos y la desvinculación del Estado de la iglesia.

### III.2. Retribución moral

Esta teoría retribucionista tiene como representante a Kant:

Sostienen sus partidarios la exigencia ineludible de la naturaleza humana de que el mal sea retribuido con el mal, como al bien debe corresponder la recompensa. Este principio general alcanza su forma más evolucionada a través de Kant, quien da como fundamento del derecho reprimir *el imperativo categórico del deber*. Es exigencia indispensable de la ley la necesidad absoluta de razón. (Fontan, 1998, pp.87-88)

Lo más resaltante de la teoría retributiva de Kant fue, sin duda, la introducción del imperativo categórico, que luego sería asumido por Hans Kelsen, en el entendido que la causación del mal conlleva inmediatamente a una respuesta por parte del Estado, a través de otro mal representado por la pena.

### III.3. Retribución jurídica

Su principal representante fue Hegel, quien «formula esta doctrina, con estructura de sistema. Para este autor, el Estado persigue el mantenimiento del orden jurídico; el delito causa una *aparente* destrucción del Derecho, que la pena inmediatamente restablece, realizando la compensación jurídica» (Fontan, 1998, p.88). La diferencia con la teoría planteada por Kant, es que ya no se busca retribuir el mal causado, sino de restituir a la norma.

Muchas fueron las críticas formuladas contra las teorías retributivas o absolutas de la pena, entre ellas tenemos:

- a) La supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia, porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito
- b) La pretendida equivalencia entre el mal causado y la pena es difícilmente alcanzable y, aun en los casos en que aquella es posible, un necesario correctivo de humanidad impediría hoy esta solución.
- c) La pena justa en el sentido de estas teorías no siempre va a ser útil. (Jaén, 1998, p. 26)

### IV. Teorías relativas preventivas o intimidatorias

Fontan clasifica las teorías intimidatorias, en ejecutivas y conminatorias:

#### IV.1. Teorías ejecutivas

##### IV.1.1. Prevención general positiva

Podríamos reconocer en la prevención general positiva un primer momento en el proceso de imposición de la pena, esto es, cuando la pena se encuentra legislada y es presentada ante la comunidad.

La prevención general está dirigida a la formación de una conciencia colectiva; sin embargo, Romero advierte su peligrosidad, en la medida que podemos terminar por formar una conciencia colectiva de venganza.

Al respecto Romero (2013), agrega:

La concepción de la prevención general positiva contribuye, acertadamente, a destacar otros efectos de la pena desde su percepción por la colectividad. Sin embargo, desde el momento en que se pretende traspasar la percepción y enfatización de esos efectos de la pena -y a esto conduce finalmente esta construcción- para asignarle una finalidad educativa de la conciencia social y crear un sentimiento colectivo de venganza; por ello, se ha de compartir la afirmación que [no es lícito castigar para forjar una conciencia jurídica, por progresiva que sea]. (p.21)

##### IV.1.2. Prevención general negativa

Comparte con la prevención positiva la línea destinada a crear un efecto preventivo con la pena, pero se distinguen en que no es por medio de la creación de una conciencia colectiva, sino por la motivación de un temor: «desde luego que, partiendo de una concepción imperativa de la norma jurídica, está claro que la pena cumple una función de motivación en contra del delito, persiguiendo, pues, finalidades de prevención general negativa.» (Álvarez, 2000, p.579)

La prevención general busca crear temor hacia el incumplimiento de la norma, aunque esta teoría ha sido muy criticada por considerar que la pena no tiene auténticos efectos sobre el delincuente, aun así, la política legislativa ha continuado buscando intimidar a través de la imposición de penas más graves:

El aspecto negativo se puede describir con "el concepto de intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes". Aquí se trata del punto de vista acentuado por Feuerbach (nm. 22 s.). Ciertamente existe hoy unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad cometen el hecho con tanto cálculo que les pueda afectar una "intimidación" y en que en estas personas tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados. Político-socialmente hay que sacar de ahí la conclusión de que no una agravación de las amenazas penales, como se exige una y otra vez en el carácter público, sino más bien una intensificación de la persecución penal (p. ej. refuerzo y mejor entrenamiento de la policía) puede tener éxito en cuanto a la prevención general. (Roxin, 1997, p. 91).

#### **IV.1.2.1. Ejemplaridad**

Es una de las formas más antiguas de crear temor mediante el castigo; se toma a un sujeto como ejemplo ante una colectividad y se le aplica el castigo para generar dicho miedo en el grupo.

Así, en las batallas que se daban hasta los años 1900, se imponían rígidos castigos contra quienes se oponían a marchar en primera línea, para mantener el control, sobre todo, del ejército en general:

Como consecuencia de ello, los casos de protestas, y de resistencia a marchar a primera línea, tanto individuales como colectivas -ante el enemigo o en la retaguardia- abundaron y en la brutal represión de los mismos se buscó la ejemplaridad en el castigo; lo que, en ocasiones, llevó a los comandantes militares a diezmar compañías, sorteando entre los componentes de éstas aquéllos que habían de pagar con la vida comportamientos considerados impropios y desarrollados por toda la unidad, (...). (Álvarez, 2000, p. 580)

#### **IV.1.2.2. Intimidatoria**

Esta perspectiva de la prevención general no necesita tomar a ningún sujeto como ejemplo, es el mismo sistema quien toma la delantera para dirigirse a la colectividad e intimidarla, no se limita a hacerlo mediante la pena, sino también mediante otros medios de control penal, el fin siempre será intimidar.

Se cumple con el fin intimidatorio de la pena cuando:

El Derecho Penal Contemporáneo tiene la principal misión de reducir el número de los delitos cometidos, en una perspectiva de defensa de la sociedad y los particulares; y ello, es obvio decirlo, debe hacerlo de la única manera que le es posible: adelantándose a la comisión de los hechos delictivos mediante una actividad de prevención. Pues bien, ello sólo podrá hacerse mediante la intimidación dirigida a todos los posibles infractores de la norma, a todos los destinatarios de la misma. Se trata de un papel que no le es posible cumplir a la prevención especial (...). (Álvarez, 2000, p. 583)

#### **IV.1.3. Prevención especial**

La prevención especial, por otro lado, se distingue sustancialmente de la prevención general, primero, en que no está dirigido a una colectividad, sino, al individuo; segundo, los métodos que emplea son diferentes, por ende, los objetivos se diversifican.

La prevención especial tiene una mirada hacia el futuro, desvía la atención hacia el posible hecho:

La posición diametralmente opuesta a la teoría de la retribución se encuentra en la interpretación de que la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos.

Según ello, el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial). Se habla, pues, según esta interpretación de la "prevención especial" como fin de la pena. (...). (Roxin, 1997, p. 85)

Como hemos mencionado, consideramos que no se trata de que la pena posea un fin u otro, muchos de los fines se ejercen de manera paralela durante todo el proceso de imponer una sanción penal. Así, la pena adquirió un nuevo fin, aparte del retributivo, el de impedir futuros delitos:

Consideran objetivo de la ley penal el impedir ulteriores atentados por parte del delincuente sometido a la pena, por el temor que en él produce la posibilidad de sufrir una nueva condena. El representante más caracterizado de esta tendencia ha sido Grollman. (Fontan, 1998, p. 89).

Sin embargo, son muchos los problemas no sólo doctrinales sino prácticos que trajo la introducción de la prevención como fin de la pena, por ejemplo: La puesta en práctica del enfoque preventivo especial también suscita problemas conocidos desde hace mucho tiempo, y que después de los años de la reforma han llevado de nuevo, no obstante, a un escepticismo cada vez más fuerte frente a esta doctrina. Su defecto más grave consiste probablemente en que, al contrario de la teoría de la retribución, no proporciona un baremo para la pena. Este consistiría, en atención a sus consecuencias, en retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado. Esto debería conducir a la introducción de una condena con pena de duración indeterminada y también, en su caso, a que por un delito de poca importancia se pudiera aplicar una pena privativa de libertad de muchos años, en el supuesto de que como síntoma se presentase una profunda alteración de la personalidad. (...). (Roxin, 1997, pp. 87-88)

De esta manera, no sólo la prevención torna inservible para determinar la pena, sino que la relativiza, pues si concordamos en que esta debe prevenir la comisión de delitos, al extinguirse esta finalidad (resocialización del reo) ya no habría motivo para sancionar; en consecuencia, si la resocialización del reo no se da, entonces la pena es indeterminada.

Son tres las etapas donde se refleja la aplicación de la prevención especial, a saber:

La teoría de la *prevención especial* aspira a obtener un efecto preventivo por medio de la influencia que se ejerce sobre el delincuente en tres estadios distintos. Por medio de la pena, se debe proteger a la comunidad del delincuente; disuadir al delincuente de cometer nuevos delitos; y durante el proceso de ejecución de la misma, resocializar al delincuente en términos tales que permita evitar su reincidencia. (Ambos, 2003, pp. 201-202). Estas corresponden a la etapa legislativa, la etapa judicial y la etapa penitenciaria.

#### IV.2. Teoría unitaria

Esta teoría surge para unificar las teorías preventivas y retributivas, en la medida en que la pena será medida gracias al fin retributivo, mientras que aspectos como la resocialización y los beneficios penitenciarios serán guiados por el fin preventivo:

El respeto de estos límites, en particular del mantenimiento de la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y del hecho culpable cometido, que es una exigencia de justicia, no impide que a través de la pena se cumplan los objetivos preventivos necesarios (prevención general y prevención especial) y que, por consiguiente, la duración de la pena sea disminuida o incluso deje de aplicarse si la pena justa no es necesaria para el mantenimiento del orden social. (Romero, 2013, p. 22).

En ese sentido, se señala que «desde esta perspectiva se ha buscado una solución al problema que resulta de la necesidad de equilibrar la necesidad de la pena (criterio utilitarista) con la justicia de

la misma (criterio absoluto)» (Villa, 2014, p.150). Así, tendremos una pena que será proporcional a la pena, siguiendo el fin retributivo, y velará, a su vez, por la resocialización del reo a través del fin preventivo, logrando equilibrio en la imposición de la misma.

### IV.3. Teorías mixtas

En el presente apartado, exponemos brevemente un resumen de la evolución de estas teorías:

Un tercer grupo de teorías lo componen las llamadas «teorías mixtas» o de la unión (Vereinigung theorien), que tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una *teoría unificadora*; estas teorías mixtas son fruto en buena medida de las enconadas discusiones entre partidarios de las teorías absolutas y relativas («lucha de escuelas») que presidieron el panorama científico-penal de principios de siglo en Alemania. La dirección ecléctica que suponen estas teorías ha venido constituyendo desde entonces la opinión dominante en Alemania y otros países. (Jaén, 1998, p. 39)

Se diferencia de las teorías unitarias, ya que están dirigidas a encontrar una utilidad a la pena, considerando que cada uno de los fines se sustenta en la misma pena, y no por los momentos de su imposición:

Se entiende que la retribución, la prevención general y la especial son distintos aspectos de un fenómeno complejo como la pena. Para ellas, la pena es retribución (de la culpabilidad; idea de la justicia) y prevención (del delito; idea de la utilidad) al mismo tiempo. Luego, la pena será legítima en la medida en que sea, a la vez, *justa y útil*. (Jaén, 1998 p.39).

Esta teoría se resume en que «tratan de responder conjuntamente a un interrogante ontológico y a otro teleológico: la pena es *retribución*, pero las finalidades que la legitiman son trascendentes a ella; estriban en la *prevención* de la comisión de delitos.» (Creus, 2004, p. 9).

### V. Teoría correccionalista

Las teorías sobre los fines de la pena se desvinculan de los efectos que busca y de la utilidad que tiene, así la teoría correccionalista comparte con las teorías preventivas, el efecto destinado a la prevención de futuros delitos:

Esta teoría es, en realidad, de prevención especial, puesto que persigue evitar la comisión de nuevos delitos por parte del delincuente que cumple la pena, pero su principio medular es fundamentalmente distinto, ya que no sólo resta a la función del Derecho Penal toda idea de *temor* o de *coacción*, sino que da a la pena la misión de *un bien* para el delincuente (...). (Fontan, 1998, p. 89).

Sin embargo, se distingue por el fin que persigue, más que causar temor al individuo o al colectivo, busca su corrección y encuentra cumplido el fin de la pena con la resocialización del reo.

### VI. Teorías de defensa

Sobre este punto, cabe precisar que las teorías de la defensa se acentuaron principalmente en Francia:

Se han observado importantes transformaciones legales defensistas; sin embargo, en las más modernas reformas reaparece cierto carácter retribucionista, que patentiza esta crisis interna universal. En concreto, verbigracia, la Ordenanza Publicada en el *Journal Officiel* del 8 de junio de 1960, reformando algunos artículos del Código Penal y de Procedimiento Criminal, presenta varios rasgos de marcada tendencia retribucionista, como la readmisión de la pena de muerte para los

delitos políticos, etc. (Del Rosal, 1961, p.42).

Así, concordamos con lo desarrollado por el autor, pues las teorías defensistas rara vez aparecen de manera independiente, abarcando todas las formulaciones legislativas; por el contrario, suele aparecer de la mano con otras corrientes, sean retributivas o preventivas.

### **VI.1. Defensa indirecta**

Presenta cierta similitud a las teorías retributivas, sin embargo, no fundamenta la pena en la retribución por el daño causado, ni por desvirtuar la norma, sino por una necesidad de respuesta por el ataque causado contra la persona:

En el caso de un atentado hecho contra la existencia de un individuo -dice Romagnosi-, se trata del ataque a una cosa que él tiene derecho a conservar por sí mismo y, juntamente con él, la sociedad toda. Contra el agresor injusto se ciernen, entonces, dos derechos: el que tutela al agredido y el que compete a la sociedad, en defensa de sus individuos y de sí. (Fontan, 1998, p.90).

### **VI.2. Defensa justa**

Nace como respuesta a la defensa indirecta, ya que una vez reconocido el ataque y la necesidad de respuesta, es necesaria racionalizar y legitimar la misma; ello se dará si ésta es sometida a principios de justicia y humanidad:

La legitimidad que la defensa da al derecho de castigar, está limitada a su ejercicio adecuado, por ese derecho «solo es concebido en la medida en que hace falta para la conservación de los derechos de la humanidad». Por eso, aun cuando el único fundamento lo constituya la defensa, el derecho ha de estar siempre subordinado a las reglas de justicia, que constituyen su esencia. (Fontan, 1998, p. 90).

### **VII. Conclusiones**

1. En la imposición de la pena, no puede predominar el fin preventivo, pues ello causa un estado de peligrosidad e indeterminación en la pena, que será cuantificada dependiendo de la mayor o menor resocialización del reo.
2. Hoy en día, los fines retributivos de la pena, no pueden ser impuestos de manera independiente, es necesario introducir los fines preventivos para que el juez arribe a la imposición de una pena justa.
3. En la actualidad, con las últimas reformas emitidas mediante decretos legislativos, observamos que el legislador tiene una tendencia a emplear el fin preventivo general de la pena, buscando causar temor entre la sociedad debido al alto margen de pena impuesto para ciertos delitos.
4. Las teorías mixtas y unitarias, priman por excelencia en nuestro ordenamiento jurídico, su introducción no sólo ha permitido zanjar grandes discusiones teórico-dogmáticas, sino también explicar de mejor forma la imposición de la pena.

### VIII. Referencias bibliográficas

- ALVAREZ, F. (2000) Retribución y prevención general negativa como fines de la pena, Cuadernos de Política Criminal, NI 72.
- AMBOS, K. (2003), Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional, Revista de derecho penal y criminología. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24847/19706>
- CREUS, C. (2004), Derecho penal. Parte general, S ed., Astrea, Buenos Aires.  
<https://es.slideshare.net/slideshow/derecho-penal-parte-general-carlos-creus-65440935/65440935>
- DEL ROSAL, J. (1961), Fines de la pena. Importancia, dificultad y actualidad del tema. Revista general de legislación y jurisprudenci. <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2012981/06+-+Fines+de+la+pena.pdf>
- JAÉN, M. (1998), Cuestiones básicas de derecho penal, Ábaco de Rodolfo Depalma, Argentina.  
<https://www.derechopenalenlared.com/libros/cuestiones-basicas-de-derecho-penal-vallejo.pdf>
- JIMENEZ, L. (1997), Principios de derecho penal La ley y el delito, Abeledo Perrot, Argentina.  
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Descarga-en-PDF-%C2%ABLa-ley-y-el-delito%C2%BB-del-gran-Luis-Jim%C3%A9nez-de-As%C3%BAa.pdf>
- FONTAN, C. (1998), Derecho penal. Introducción y Parte general, Abeledo Perrot, Argentina.  
[https://www.derechopenalenlared.com/libros/fontan\\_balestra\\_derecho\\_penal\\_parte\\_general.pdf](https://www.derechopenalenlared.com/libros/fontan_balestra_derecho_penal_parte_general.pdf)
- ROMEO, C. (2013), Derecho Penal, Parte general, Comares, Granada.
- ROXIN, C. (1997), Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Civitas, España.  
[https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho\\_penal\\_-\\_parte\\_general\\_-\\_claus\\_roxin-LP.pdf](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf)
- VILLA, J. (2014), Derecho penal. Parte General, Ara Editores, Perú.

## El impacto de la criminalidad política - empresarial en el sistema de justicia

### *The impact of political-corporate criminality on the justice system*

Carlos Alberto Palomino Quispe\*

#### Resumen

El presente artículo evalúa el impacto de la criminalidad política asociada con una fuerza criminal mayor como la criminalidad empresarial, cuya unión ha redundado en diferentes ámbitos, pero sobre todo en el sistema de justicia del país. Esta sociedad criminal ha impactado en la autonomía del Ministerio Público, el Poder Judicial y otros.

El impacto en el sistema de justicia se gesta en dos de los poderes más importantes del Estado, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, donde se instaló la criminalidad política con el respaldo económico de la criminalidad empresarial. Frente a esta realidad criminológica no es posible aceptar que las empresas y los partidos políticos no delinquen tanto más cuando están orientadas a capturar el sistema de justicia.

**Palabras claves:** *Sistema de justicia, criminalidad política - empresarial, empresas, partidos políticos, sistema de justicia.*

#### Abstract

This article evaluates the impact of political criminality associated with a major criminal force such as business criminality, whose union has resulted in different areas, but especially in the country's justice system. This criminal partnership has had an impact on the autonomy of the Public Prosecutor's Office, Judicial Power, and others.

The impact on the justice system has been generated in two of the most important powers of the State, the Legislative and the Executive Power, where precisely the political criminality was installed with the economic backing of the business criminality. Faced with this criminological reality, it is not possible to accept that companies and political parties do not commit crimes, especially when they are aimed at capturing the justice system.

**Keywords:** *Justice system, political-corporate criminality, companies, political parties, justice system.*

---

\* Magíster en Derecho Penal, fiscal adjunto provincial titular de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada contra la Criminalidad Organizada de Ayacucho y correo personal [carlosalbertopalominoquispe@gmail.com](mailto:carlosalbertopalominoquispe@gmail.com).

## I. Introducción

En la historia republicana del Perú se han presentado diversos momentos donde la corrupción predominó en diferentes niveles del Estado. Algunos protagonizados inicialmente por caudillos, Presidentes de la República, Senadores y otros. En la bonanza económica surgieron terceros, ajenos a la política, que aprovecharon su poder económico para adquirir recursos del Estado mediante sobornos aceptados por autoridades, funcionarios y servidores públicos. La corrupción empresarial empezaba a desarrollarse de forma paulatina en el país, pero parecía que no era una amenaza grave para el Estado.

En las últimas décadas, las empresas nacionales y extranjeras, se han desarrollado en grandes y complejas corporaciones, con suficiente poder económico que les ha permitido sostener una empresa criminal. Este crecimiento no es producto de una actividad lícita, tal cual se advirtió en los últimos casos de megacorrupción, donde se encuentran involucradas empresas nacionales y extranjeras. Las empresas lograron el poder económico y político mediante sobornos a altas autoridades y funcionarios públicos, en especial de los políticos elegidos por voto popular.

La criminalidad empresarial se asoció a la corrupción política generando una criminalidad política - empresarial, que amenaza a todo el Estado, específicamente a los pilares fundamentales, la democracia y el sistema de justicia, en los que se sostiene un Estado de Derecho. Surgieron partidos políticos - denominados así en el papel - donde sus principales figuras eran auspiciadas o financiadas por empresarios de gran poder económico. La empresa criminal logró que sus candidatos ocupen puestos claves en el aparato estatal y que estos respondan a sus ilícitas políticas empresariales.

En la actualidad, la criminalidad política - empresarial, podría alcanzar un poder incontrollable capturando no solo el sistema democrático sino también el sistema de justicia. Si logran controlar el sistema de justicia, habrán alcanzado su máximo desarrollo y esto podrá ocurrir sino se ejercita la acción penal contra las personas jurídicas [principalmente empresas y partidos políticos]. No es difícil imaginar el impacto que tendrá en los demás ámbitos sociales, económicos, ecológicos, democráticos, otros. A la fecha solo tendrían una última barrera por superar, esto es, el sistema de justicia que constituye la mayor amenaza para la subsistencia y desarrollo de la criminalidad política - empresarial.

## II. Acciones de la criminalidad política - empresarial que impactan en el sistema de justicia

### II.1. Las acciones del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo que impiden la persecución eficaz de la criminalidad empresarial

Es necesario puntualizar, que la criminalidad política abarca la gran corrupción de importantes autoridades y altos funcionarios públicos que cumplen un rol fundamental en el aparato estatal [Presidente de la República, Congresistas, Ministros y otros] y en especial de aquellos políticos que llegaron a los cargos públicos con financiamiento de empresas privadas. La criminalidad empresarial comprende a las empresas que buscan mayores ingresos recurriendo al soborno y al poder económico, para realizar sus actividades delictivas.

A mayor abundamiento, en la gran corrupción los actores económicos [empresas o personas jurídicas] y los actores políticos conciertan para desplazar el interés público por el interés particular. En la gran corrupción peruana los actores políticos y económicos no solo poseen poder económico para rehuir a la justicia penal, sino también poder político para influir en los fines del proceso penal e incluso para gestionar el control de la administración de justicia en aras de tutelar sus actividades ilícitas.

Para Pedersen et ál. (2006) las diferencias entre la corrupción grande y pequeña, según el adquirente y el proveedor, se establecería a partir de lo que estos buscan obtener. En la gran corrupción o la corrupción grande, se buscaría capturar al Estado. Lo anotado se representa de la siguiente manera:

Cuadro Nro 1

TIPOS DE CORRUPCIÓN	ADQUIRIENTE	PROVEEDOR
Pequeña	Ciudadanos [corrupción del día a día pago al empleado]	De servicios públicos individuales.
	Actores económicos individuales [pago para obtener un servicio o bien que no podrían obtener de otra forma]	Agencias de control público y licencias.
Grande	Actores económicos en forma individual y colectiva (grupos de interés) que buscan la captura política del Estado.	Políticos de forma individual o colectiva mediante partidos políticos.

Fuente: Cuadro elaborado por Pedersen et ál. (2006).

Las acciones que demuestran la asociación entre la criminalidad política y la criminalidad empresarial, son, por ejemplo, las últimas reformas legislativas que se han dado de forma concertada entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, a favor de la criminalidad empresarial en diversas expresiones. Esta sociedad entre la criminalidad política y la criminalidad empresarial, se muestra en diferentes ámbitos. Así, esta criminalidad política – empresarial, se ha desarrollado en el ámbito de la educación universitaria, en los programas sociales como Qali Warma, en los ministerios del sector de minería, de vivienda, de transporte y otros, pero ahora buscan desarrollarse en el sistema democrático y el sistema de justicia.

En el sistema de justicia, se tiene la Ley Nro. 32181, publicada en el diario “El Peruano” con fecha 11.12.2024, que impide la autorización de detenciones preliminares, ha demostrado que la criminalidad política – empresarial, constituye una amenaza al sistema de justicia. Esta reforma legislativa que surge en el Poder Legislativo y que fue publicada por el Poder Ejecutivo sin ninguna observación, viene afectando distintos casos, en especial, a aquellos relacionados a los delitos de corrupción de funcionarios y de crimen organizado, donde se encuentran involucrados políticos y empresarios. Claro está que esta reforma legislativa también beneficia a los delincuentes ordinarios, pero principalmente a la delincuencia sofisticada como la criminalidad política – empresarial.

Del mismo modo, la Ley Nro. 32054, publicada en el diario “El Peruano” con fecha 10.6.2024, ha generado un retroceso en la imputación de responsabilidad penal contra las personas jurídicas. Se excluye a los partidos políticos de la responsabilidad penal y no se le podrá aplicar sanciones como la disolución, cierre de locales, otros. Pese a la ausencia de motivos jurídicos y técnicos, el Poder Ejecutivo publicó la referida ley, nuevamente, sin ninguna observación. Se ha resguardado un espacio de impunidad para los partidos políticos. No es improbable la tesis de una organización criminal en los partidos políticos existiendo casos judicializados en el Perú. Esta Ley refuerza a la criminalidad empresarial en los partidos políticos.

La Ley Nro. 31046, publicada en el diario “El Peruano” con fecha 31.1.2025, establece - entre otros- que los partidos políticos recibirán aportes privados de empresas. Se entrega el sistema democrático a las empresas privadas. Las empresas que escondían sus aportes para financiar a los candidatos políticos ahora podrán actuar con mayor libertad. Las empresas no solo podrán elegir a sus candidatos, sino, además, invertir en las campañas políticas; para luego solicitar las leyes que consideren necesarias para sus actividades delictivas de carácter empresarial. Los políticos responderán a los intereses de la criminalidad empresarial; mas no, a los intereses nacionales.

En esa línea de desarrollo, el día 10.10.2024 se publicó la Ley Nro. 32130 – “Ley que modifica el Código Procesal Penal, Decreto Legislativo Nro. 957, para fortalecer la Investigación del Delito como función de la Policía Nacional del Perú y agilizar los procesos penales”. En las modificaciones que introducen en el Código Procesal Penal, establecen que la “Policía Nacional del Perú tiene a su cargo la investigación preliminar del delito”, lo que constituye una limitación expresa a la autonomía y al ejercicio de la acción penal. Con esta modificación, la autonomía del Ministerio Público se entrega, en

parte, al Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú; es decir, es al Presidente de la República de turno elegido por voto popular, quien ostentará facultades en el proceso penal similar a un o una Fiscal de la Nación o con mayores facultades que un Fiscal de la Nación. La justicia se politizaría en esta instancia.

En suma, la actuación del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, a la fecha, responden a los intereses de la criminalidad empresarial, conforme lo demuestran las leyes que fueron promulgadas y publicadas, entre ellas aquellas que impiden perseguir eficazmente a la criminalidad política – empresarial.

## **II.2. Los casos que reflejan el impacto de la criminalidad política – empresarial en el sistema de justicia**

La casuística puede dar múltiples ejemplos del impacto de la criminalidad política – criminal en el sistema de justicia, pero en el país se han suscitado múltiples casos que muestran ese impacto, por lo que no es necesario recurrir a la casuística. Los ejemplos que se presentaran acreditan la grave situación criminológica que generan las empresas y partidos políticos, tanto para bienes jurídicos individuales y colectivos.

En el país se ha presentado el caso de los financiamientos a los partidos políticos por empresas que tenían un interés económico. Así, la señora Keiko Fujimori habría recepcionado dinero de los empresarios para financiar las campañas electorales. Esto no solo repercutiría en el sistema democrático sino también en el sistema de justicia; en tanto, el favorecer actividades empresariales ilícitas afecta a la justicia. Este hecho implica una grave afectación al sistema de justicia al beneficiar a empresas privadas con dinero del Estado, emitir leyes con nombre propio para beneficiar a un sector empresarial a pesar de que afectan bienes jurídicos, desvanecer políticas estatales por cautelares intereses empresariales, son algunos supuestos de la magnitud de este caso para la justicia.

La ampliación del plazo para la inscripción en el Registro Integral de Formalización Minera – Reinfo, por parte del Poder Ejecutivo a favor de los mineros ilegales, trasciende el sistema de justicia demostrando la sumisión de los políticos a los intereses de la criminalidad empresarial. La minería ilegal, uno de los problemas de criminalidad empresarial que genera mayor rédito, ha impuesto condiciones a la política estatal que se encuentra bajo la decisión de políticos ligados a criminalidad política. Desde un análisis superficial de este problema no advertiríamos que las empresas formales en el ámbito minero se encuentran vinculadas a la minería ilegal en el denominado lavado del oro ilegal.

Otro caso aconteció en el Ministerio Público, donde la máxima autoridad conocida con el apelativo de “Vane”, ofrecía la acción penal (archivar los casos) a cambio de obtener determinados pronunciamientos del Parlamento. Así, el grupo de congresistas denominados “Los Niños” habría aceptado la propuesta de alias “Vane” y evitar un proceso penal, por haber favorecido a determinadas empresas. Este caso implica a un expresidente de la República, funcionarios públicos y empresarios. La sociedad entre la criminalidad empresarial y la criminalidad política, ahora, está introduciéndose en uno de los bastiones de la justicia, en la Fiscalía de la Nación.

Un caso que muestra el avance de la criminalidad política – empresarial es la ley que modificó el delito de crimen organizado, de autoría del congresista Waldemar Cerrón, quien, como investigado, solicitó beneficiarse con la ley de su propia autoría. No solo a él, sino a su grupo cercano; pero la misma impactó en beneficio de otros grupos criminales, tanto de personas individuales como empresas. Indudablemente se afectó el sistema de justicia. Este mismo Parlamento viene tramitando la posible reforma de los procesos de extinción de dominio que llevaría a derogar este tipo de procesos e impediría que el patrimonio de la criminalidad política – empresarial pueda pasar a nombre del Estado. Reforma que también ha sido impulsado por el defensor del pueblo.

En conclusión, la realidad criminológica que ocasiona la criminalidad política – empresarial se ha manifestado en múltiples casos, donde se aprecia una clara afectación al sistema de justicia e incluso, intentos de capturarlo.

### III. El camino hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas

#### III.1. La empresa y los partidos políticos como sujetos activos de delitos

En nuestro país continúa vigente el principio de "*Societas delinquere non potest*", que impide que las personas jurídicas puedan ser perseguidas como sujetos activos por cualquier delito. En un sector de la doctrina se sostiene que la Ley Nro. 30424 no establece una responsabilidad administrativa, sino una responsabilidad penal. No obstante, en materia penal, rige el principio de legalidad, donde no se puede considerar lo que no está textualmente señalado, menos si es en contra de los derechos de los imputados, personas jurídicas u otros.

En la realidad jurídica se ha verificado que las personas jurídicas son centros de imputación jurídica, por ello gozan de derechos y deberes, pueden celebrar actos jurídicos. Esta realidad jurídica genera efectos concretos en los derechos individuales y colectivos. Son varios los casos donde empresas contaminan el medio ambiente se coluden con funcionarios públicos en licitaciones públicas [en materia de educación, salud, otros], financian a los políticos de su interés, entre otros. Estas empresas impactan no solo en el ámbito económico, sino en la vida social y política del país, pero no responden penalmente. Con mucha razón el maestro Villavicencio (2017), resalta que se viene abandonando el principio de "*Societas delinquere potest*", en la legislación penal peruana frente a esta realidad.

Esta realidad criminológica se agrava cuando la criminalidad empresarial entendida como aquellas empresas que actúan sin responsabilidad social se asocian con la criminalidad política. Esta última se relaciona con la gran corrupción debido a que los políticos, que están comprendidos, tienen gran poder en la administración pública. Poder que muchas veces logran en las elecciones. Esta relación o combinación es capaz de transformar fácilmente un Estado de Derecho a un Estado capturado por la criminalidad [narcoestados, estados totalitarios, otros]. Lo que ha llevado a introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en varios países para proteger al Estado.

En esta labor de construir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se destaca, según Sánchez (2018), a la dogmática penal, que participará racionalizando los discursos políticos que genera las normas. De acuerdo con Zúñiga (2018); la política criminal, mostrará el límite de creación normativa que se encuentran en el texto constitucional y los derechos humanos. Enfrentar la criminalidad política – empresarial, exige que concurren de forma obligatoria la Dogmática Penal, la Política Criminal y la Criminología, estos conforman las Ciencias Penales.

En suma, no se podrá enfrentar a la criminalidad política – empresarial, si todavía sostenemos que las personas jurídicas no son capaces de cometer delitos, posición que, de mantenerse, podría generar la captura completa del Estado por estas organizaciones criminales.

#### III.2. La responsabilidad autónoma de las personas jurídicas

Un problema de gran dimensión es establecer, si de aceptarse que las personas jurídicas cometen delitos deben responder de forma independiente (responsabilidad autónoma de personas jurídicas) o por el hecho de la persona individual que se debe transferir a la persona jurídica (heteroresponsabilidad o responsabilidad derivada). Ambos sistemas generan impactos distintos en el proceso penal y sus efectos. En el Perú no se ha definido cuál de ellos se debería aplicar para enfrentar de forma más adecuada a la criminalidad política – empresarial.

Sobre el particular, considero que la responsabilidad penal autónoma de personas jurídicas es la que mejor enfrentaría la criminalidad política – empresarial en tanto la hetero-responsabilidad afecta los principios del Derecho Penal y genera espacios de impunidad. Así, si la empresa Repsol contaminó el Mar Peruano - en base a la responsabilidad penal autónoma - sería procesada penalmente en un juzgado penal como una persona natural, independientemente si existe o no responsabilidad penal de la persona individual o natural, si este fue identificado o si la acción penal ha prescrito con respecto a la persona individual. Lo que no ocurriría con la hetero-responsabilidad.

Con la responsabilidad penal autónoma de personas jurídicas, se marcaría el inicio para acabar con la criminalidad política – empresarial, la misma que requiere voluntad política, persecución eficaz, desarrollo jurisprudencial y doctrinal, entre otros. No existe otra manera de frenar el desarrollo de este tipo de criminalidad. Este tema de extenso debate, que se desarrolla de forma muy breve, será de seguro uno de los temas que generará mayores reformas en las normas sustanciales y procesales del Derecho Penal.

Caro (2001), sostiene que la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas resulta la más adecuada para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas. En el mismo sentido, Nieto (2008), explica que ese modelo o también llamado de autorregulación para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas resulta la más idónea. Este modelo exige que se desarrolle una teoría del delito no antropocéntrica o para personas jurídicas. Así, Feijoo (2014), también incide que para construir este tipo de responsabilidad es necesario elaborar una nueva teoría del delito para las personas jurídicas.

En resumen, la responsabilidad penal de personas jurídicas resulta ser el sistema más idóneo para perseguir a la criminalidad política – empresarial y la misma exige el desarrollo de una teoría del delito aplicable a personas jurídicas.

#### **IV. El sistema de justicia como principal barrera de la criminalidad política – empresarial**

##### **IV.1. La labor fiscal contra la criminalidad política – empresarial**

La labor fiscal es el principal objetivo de la criminalidad política – empresarial, porque es el Fiscal quien persigue los delitos. Es fundamental para la criminalidad política – empresarial, que los fiscales no cuenten con las herramientas necesarias para enfrentar el delito. No es de interés dotar a los fiscales del presupuesto necesario ni brindar la capacitación académica sobre este tipo de criminalidad. Es más conveniente para ellos que los fiscales se mantengan en el mismo estado o mejor aún que no persigan este tipo de criminalidad a plenitud.

En la labor fiscal se advierte distintos despachos fiscales con recargada labor en especial, en el sistema anticorrupción. La falta de peritos, experticia en los fiscales y ausencia de logística, generan que los casos se acumulen y esta recargada labor, impide que los fiscales persigan a las personas jurídicas por la comisión de los delitos como colusión, peculado u otros donde se advierte la presencia de empresas criminales que han participado en el evento delictivo. En el reporte del Ministerio Público no se advierte que se hayan logrado consecuencias accesorias o sanciones administrativas contra personas jurídicas e incluso en las acusaciones fiscales no se incorpora a las personas jurídicas.

En el sistema contra la criminalidad organizada se advierte la ausencia de herramientas tecnológicas que permitan, a los fiscales, enfrentar a la criminalidad política empresarial. Esta criminalidad se ha sofisticado con herramientas tecnológicas de alto nivel, herramientas con las que no cuenta el Ministerio Público. Las que tiene o aplica son rudimentarias en comparación con este tipo de criminalidad. A esto se suma, que no se diseña una imputación contra las personas jurídicas que participan en estos eventos criminales en las disposiciones o requerimientos fiscales, por ausencia de una regulación clara en la norma adjetiva y sustantiva.

Lo mismo viene ocurriendo en otros despachos encargados de perseguir delitos ambientales, donde la criminalidad empresarial se viene desarrollando de forma acelerada. La naturaleza viene siendo amenazada por sus recursos, pero pocos fiscales enfrentan esta amenaza como corresponde o simplemente no ejercitan la acción penal porque no cuentan con la logística. Así, en este preciso momento existen dragas instaladas en la Amazonía sin una respuesta contundente del Estado. Esas dragas son suministradas por empresas formalmente constituidas. Son algunos ejemplos de lo que el Ministerio Público tiene que enfrentar.

La Fiscal de la Nación todavía no ha diseñado un Plan Estratégico para enfrentar este problema de la criminalidad política – empresarial, pese a que viene afectando la autonomía del Ministerio Público desde hace varios años. Ya ha existido intentos por intervenir el Ministerio Público porque es una de las amenazas más importantes dentro del sistema de justicia para la criminalidad política – empresarial. Este plan debe abordar el fortalecimiento logístico y de las competencias de los fiscales del Ministerio Público.

En suma, el Ministerio Público -específicamente los fiscales- tienen una labor pendiente para fortalecer la persecución de la criminalidad política – empresarial, bajo el liderazgo de la Fiscal de la Nación. Un Ministerio Público fortalecido constituirá una verdadera amenaza para este tipo de criminalidad.

#### **IV.2 La actividad judicial en la construcción dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**

Los jueces cumplen un rol importante en un “sistema democrático”, debido a que se les encomienda mantener la paz social y en el caso penal tienen la labor de librar a la sociedad de corruptos, criminales y de todo aquel que afecte o intente vulnerar los bienes jurídicos que sostienen la convivencia pacífica. En la labor judicial descansa la justicia de un país y son los jueces quienes finalmente disponen las consecuencias jurídicas de la comisión de un hecho delictivo.

La labor judicial en la lucha contra la criminalidad política – empresarial es la que posee la potestad para desintegrar o terminar con las actividades delictivas de este tipo de criminalidad. Por ello, el sistema de justicia es la mayor amenaza para la subsistencia y desarrollo de la criminalidad política – empresarial. En la actualidad personajes políticos de mayor poder económico; así como, empresarios de su entorno, fueron llevados a responder por la comisión de delitos, demostrándose que, a pesar de los múltiples problemas en el sistema de justicia, este todavía puede hacerle frente a la criminalidad política – empresarial, aunque reciba como respuesta el ataque a la máxima representante del Poder Judicial.

En esa línea de pensamiento, la labor judicial debe enfrentar este tipo de criminalidad con las herramientas que le concede el Derecho, pero en los últimos años no se ha podido consolidar. Así, existen decisiones judiciales que no son uniformes respecto a la naturaleza de las sanciones que se le puede imponer a las personas jurídicas. Por un lado, se sostiene que son sanciones especiales o sanciones administrativas y otros indican que son verdaderas sanciones penales, pero no justifican su contenido dogmático ni existe desarrollo jurisprudencial. Esto fortalece a la criminalidad política – empresarial.

En resumen, se debe hacer notar que, frente a la amenaza de la criminalidad política – empresarial, no existe una respuesta clara y contundente en la actividad judicial; en consecuencia, los jueces en materia penal tienen una labor pendiente en la lucha contra esta criminalidad.

#### **V.- Conclusiones**

1. La criminalidad política – empresarial, representa la asociación entre la gran corrupción de importantes autoridades y funcionarios públicos con empresas que buscan ganancias ilícitas.

Esta criminalidad amenaza con capturar el sistema de justicia.

2. La realidad criminológica muestra que el impacto de la criminalidad política – empresarial afecta el sistema de justicia de diversas formas, pero pese a ello no se le enfrenta este problema de forma contundente en la labor fiscal y judicial.
3. La criminalidad política – empresarial se debe enfrentar estableciendo que las personas jurídicas constituyen sujetos activos de determinados delitos, abandonando el principio de *societas "Delinquere non potest"*.
4. Uno de los sistemas que enfrenta de manera más idónea a la responsabilidad penal de personas jurídicas es la responsabilidad penal autónoma de personas jurídicas. Este modelo para ser aplicable exige el desarrollo de una teoría del delito para personas jurídicas.
5. Existe la necesidad de que el Ministerio Público fortalezca la persecución penal contra una sofisticada criminalidad política – empresarial, dotándose de herramientas tecnológicas que sean adecuadas. De igual manera, el Poder Judicial debe establecer jurisprudencia uniforme para determinar la adecuada aplicación de las consecuencias penales contra las personas jurídicas.

#### VI.- Referencias bibliográficas.

- Caro, D. (2001). La responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e Iberoamericano. *Derecho PUCP. Revista de La Facultad de Derecho*.
- Feijoo, B. (2014). *La legitimidad de la Penal Estatal: Un breve recorrido por las teorías de la pena*. Granada: Lustel.
- Nieto, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Granada: lustel.
- Pedersen, Karin Hilmer y Lars Johannsen (2006). *Corruption: commonality, causes and consequences in fifteen post-communist countries*. En *Democratic governance in cee countries: challenges and responses for the XXI Century*, compilado por Alan Rosenbaum y Juraj Nemec. Bratislava: nispacee.
- Silva, J. (2018). La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración. Una observación desde la cultura del compliance. En R. Ragués Valles, & R. Robles Planas, *Delito y Empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*. Madrid: Atelier.
- Villavicencio, F. (2017). *Derecho Penal básico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Zúñiga, L. (2018). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos. Una valoración desde la reforma de 2015 de la legislación española*. Valencia: Tirant lo Blanch.

# La culpabilidad en el derecho penal peruano: estudio de la culpabilidad desde una perspectiva pluricultural

*Guilty in peruvian criminal law: Study of guilt from a  
multicultural perspective*

Richard Rojas Arauco\*

## Resumen

El derecho penal se ha caracterizado por dar primacía al principio de legalidad; sin embargo su aplicación poco reflexiva dejó de lado su contrastación con la realidad nacional y la condición humana de sus actores, en este escenario nos ocupamos de la culpabilidad como elemento consustancial para la resolución de los casos penales, en un contexto como el peruano, donde la manifestación cultural es notoriamente diversa, por ello estudiaremos esta institución y sus elementos en relación con el carácter pluricultural de nuestra nación.

**Palabras clave:** *Derecho penal, principio de legalidad, culpabilidad, elementos de la culpabilidad, error y pluriculturalidad.*

## Abstrac

Criminal law has been characterized by giving primacy to the principle of legality; However, its unreflective application left aside its contrast with the national reality and the human condition of its actors. In this scenario we deal with guilt as an essential element for the resolution of criminal cases, in a context like the Peruvian one, where the cultural manifestation is notoriously diverse, which is why we will study this institution and its elements in relation to the pluricultural character of our nation.

**Keywords:** *Criminal law, principle of legality, guilt, elements of guilt, error and multiculturalism.*

---

\* Abogado por la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, maestro en Derecho y doctorado concluido. Fiscal Superior de Ayacucho. Docente universitario. richard020816@gmail.com

## I. Introducción

El estudio del derecho penal da cuenta de la importancia de la culpabilidad en la construcción normativa y fenomenológica del delito, es más se la considera como principio penal constitucional, en tanto y cuanto, «*no hay pena sin culpabilidad*», siendo el límite y forma de graduación de aquella. Llega a tener un nivel tal de importancia, que la doctrina ha desarrollado el concepto de Derecho penal de la culpabilidad.

La importancia de la culpabilidad debería implicar la aplicación correcta de esta categoría al momento de resolver los casos penales. Sin embargo, la realidad nos muestra que esto no sucede ni por asomo, así vemos que es una institución que está ausente en la argumentación en las sentencias penales, cumpliéndose un acto meramente formal de repetir conceptos, sin verificar su pertinencia y/o reflexión en el caso concreto; lo mismo sucede en el Ministerio Público y en el ejercicio de la defensa técnica. Esta deficiencia sucede tanto en la resolución de los denominados delitos comunes y complejos.

En este artículo, pretendemos ingresar a un problema todavía más específico, donde la complejidad se torna aún más palmaria. La culpabilidad en realidades sociales como la nuestra, donde la población peruana se caracteriza por ser pluricultural y con diversidad étnica, que exige aplicar la culpabilidad teniendo en cuenta estas cuestiones sociales particulares. Vale decir, la exigibilidad, reprochabilidad y posibilidad de actuación conforme a derecho; que como es de entender parte por conocer y comprender la norma, donde la persona debe actuar con libertad o estar en posibilidad de ejercitar la consagrada libertad de decisión.

Esta realidad, conduce a compartir la siguiente reflexión ¿Es posible encontrar alguna compatibilidad entre la culpabilidad y la diversidad cultural, o más bien los que practican una cultura diferente, están culturalmente determinados, y en consecuencia sin posibilidad de libertad de decisión? Como es de entender, la imposibilidad de motivarse en la norma penal calzará en uno de los supuestos para excluir la culpabilidad. Los factores para la aludida determinación de la libertad, tal cual lo sostiene la neurociencia, puede deberse a factores biológicos, sociales, entre otros.

Grandísimo proyecto el emprendido, espero presentar algunas ideas para su debate, y exponer con claridad el punto de vista del suscrito, esto con la finalidad de aportar en el conocimiento y la adecuada aplicación de la culpabilidad en escenarios como el peruano.

## II. Derecho penal

### II.1. Derecho penal

La concepción mayoritaria nos enseña que, el Derecho penal como parte del sistema punitivo estatal, se sustenta –principalmente- en el principio de legalidad, como herramienta para limitar la actuación del Estado y garantizar su eficacia frente a los ciudadanos. No es casualidad que distinguidos doctrinarios del Derecho penal hayan trazado líneas encaminadas a resaltar sus características como Hurtado P. (2005, p. 7) y Mir Puig (2003, p.29), quienes resaltan la inescindible relación con el principio de legalidad, así como, la facultad del Estado para castigar. Por su parte Balestra (2001, p. 13) señala que se trataría de actos de amenaza con pena contenidas en la ley. Lo descrito permite señalar que, el Derecho penal sólo puede ser creado por el Estado mediante leyes ordinarias, que describen conductas punitivas y establecen sanciones, así como contempla la facultad del Estado para sancionar la comisión de delitos. Se entiende además que el Derecho penal, por el principio de legalidad, será único y obligatorio en toda la jurisdicción que corresponda al Estado peruano, en esta línea también se han pronunciado Von Liszt, citado por Bustos Ramírez (2004, p. 245) y Welzel (1970, p. 11).

De lo anotado se infiere que los delitos y penas, únicamente serán establecidos por el Estado y que esta regulación, bajo argumentos de garantía y certeza, deben 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, obvia aspectos relacionados a los sistemas jurídicos que coexisten dentro de un mismo Estado. Ello es así, por cuanto la nación peruana no es nada parecido a una población homogénea, más bien muestra con claridad una diversidad –cultural–, que la ley, establecida por el Estado, no lo contempla o reconoce de forma adecuada.

### III. La culpabilidad

#### III.1. Generalidades

Para imputar culpabilidad es necesario que el agente sea un sujeto libre, como señaló Jescheck, para lo cual se requiere que el autor mantenga intacta su capacidad de gobernarse y determinarse, así se podrá evaluar que otra persona situada en su lugar y en las mismas circunstancias pudo actuar de otro modo (Schünemann, 2000, p. 94). Entonces, debe establecerse que la persona –individuo social– sea sujeto de derechos y obligaciones, y que tenga reconocida formal y materialmente su libertad, su capacidad de autodeterminación y así poderle imputar (positiva o negativamente) las consecuencias de sus acciones.

Al respecto, tal cual lo refirió Schünemann (2000, p. 99), la sustitución de la «realidad» por la «comunicación sobre la realidad» como substrato ontológico del sistema jurídico-penal, se presenta como la idea central del intento de definir la culpabilidad material como un déficit de lealtad comunicativa. Para lo cual se requiere una sociedad con rasgos generales y homogéneos, a fin de exigir lealtad a la comunicación social respecto a la norma penal. En tanto que, si existe deficiencia en dicha comunicación, estará ausente la culpabilidad.

El error de comprensión por cultura, se debe construir en un escenario en el que dicha comunicación –sobre la realidad–, tenga una consonancia entre la motivación, el lenguaje y su significado dentro de las relaciones humanas, pues el derecho no puede ignorar una realidad por la que él mismo está constituido; resulta vital, la intervención del lenguaje en vista que debería describir todos los sucesos sociales jurídicamente relevantes y luchar con la especulación de la interpretación de la realidad y que las estructuras lingüísticas se refieren a las competencias aludidas por Jakobs citado por Schünemann (2000, p. 110).

En ese sentido, al abordar la culpabilidad y la exclusión del mismo a través del error de comprensión por cultura, se exige que el sujeto actúe con la libertad de un ser humano normal para comportarse en una situación regular de una manera u otra; y, por tanto, para comportarse 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, advierte Schünemann, que 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 el mismo. En el caso peruano deberá comunicar la heterogeneidad de la sociedad expresada en la diversidad cultural y étnica, y sólo así podrá exigir lealtad normativa a sus destinatarios.

#### III.2. Concepto

Para establecer culpabilidad es necesario poder imputar o atribuir al agente que es un sujeto libre, donde el autor de un evento delictivo debe mantener intacta su capacidad de gobernarse, siendo la forma de determinarse, el que se pudo actuar de otro modo estando en las mismas circunstancias (Jescheck Aveigen, citado por Schünemann, 2000, p. 94).

Entonces, para ingresar a analizar la culpabilidad es necesario establecer que la persona sea sujeto de derechos y obligaciones, y que tenga reconocida formal y materialmente su libertad, su capacidad de autodeterminación y así poderle imputar (positiva o negativamente) las consecuencias de sus acciones. En este sentido, Hurtado Pozo advirtió que la teoría normativa postula que la culpabilidad es un juicio de reproche formulado contra el autor por su comportamiento antijurídico (Hurtado, 2016, p. 278). Dentro de esta característica la reprochabilidad implica 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 grave 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 le acompaña siempre, por tanto, un cierto grado de reprochabilidad.

El hecho antijurídico ha de ser imputado a su autor, tal cual lo señala Mir Puig (2019), junto a la exigibilidad y posibilidad de reproche, siendo más precisos implica que sólo es atribuir o imputar el desvalor del hecho penalmente antijurídico. Así la concepción normativa, entendida como un juicio de valor, como el «juicio de reproche» por la realización de un hecho contrario a la norma en concreto, comportamiento que se desarrolla pese a que el agente se encontraba en condiciones de actuar conforme a derecho, es decir, le era exigible actuar de otra forma. En ese sentido, Hirsch (2011) sostiene que el concepto de la culpabilidad debe ser más claro y no caer en confusiones referidas a la prevención o exigencias político-criminales, para lo cual además el concepto debe alejarse de la concepción de «disvalor de ánimo».

En tanto que el error de prohibición es entendido por Mir Puig (2019) como la ausencia o posibilidad de conocimiento de la antilegalidad de la acción realizada por el agente, pero no debe entenderse como un acto intencionalmente malo, sino como requisito autónomo de la culpabilidad, pues de concurrir este supuesto, la conducta no sería exigible; para lo cual debe verificarse un grado de motivación en la norma, pues sólo se puede prohibir aquellas conductas que se puedan evitar mediante la motivación. Motivación que no sólo se sustenta en el conocimiento de la norma, sino sobre todo en la comprensión y adecuación del comportamiento a la norma penal, dicho en otras palabras, la internalización de la prohibición; en ese sentido Ore (2022, p.99), remarca que el condicionamiento social o moral repercute en la afirmación o negación del error de prohibición, por cuanto existe un disturbio respecto al seguimiento de la norma. Ejemplifica esta situación, la «Antígona de Sófocles», pues en esta obra se describe cómo Antígona quebranta la ley del Rey (Rey de Tebas), para más bien cumplir una ley divina, intemporal, en perjuicio de una ley escrita, todo con la finalidad de dar honras fúnebres a su hermano (Fernández, 2016, p 26).

### **III.3. Elementos de la culpabilidad vinculados al error de comprensión culturalmente condicionado**

#### **III.3.1. Imputabilidad**

La culpabilidad y en específico el error de comprensión culturalmente condicionado, se sustentan en la libertad de autodeterminación y la capacidad del agente para motivarse en la norma, por lo que es menester referirnos a la imputabilidad como aquella normalidad psíquica, ausencia de perturbaciones mentales y madurez o suficiente desarrollo mental, emocional y educativo, así fue desarrollado por Peña (2016, p. 769) y Hurtado (2005, p. 621). La capacidad mental y física para el conocimiento y comprensión de la norma penal, no sólo se refieren a la posibilidad natural del ser humano de motivarse en la norma, sino además implica considerar el aspecto social que rodea el conflicto con relevancia penal; que en nuestro caso está expresado en el suficiente desarrollo emocional y educativo. Este último aspecto –educativo– entendido como la suficiente instrucción en los valores y principios que sostienen el derecho formal y vigente. Aspecto cognitivo y valorativo, que como lo señala Zaffaroni (2005, p. 689) es , entendido como la capacidad del más alto nivel del ser, entonces será la capacidad del autor para responder a la exigencia de comprensión de la antijuridicidad y de que adecúe su conducta a esa comprensión, la misma que tiene que guardar consonancia con las exigencias sociales.

Debe entenderse que esta capacidad psíquica y normativa es inherente al ser humano, por su condición de tal, en ese sentido todo ser humano tiene la posibilidad de decidir sobre su conducta y obrar conforme a los valores que inspira el ordenamiento jurídico. Esta capacidad psíquica para el Derecho penal se logra por el desarrollo psíquico de las personas y por el *aprendizaje social de los usos, costumbres y valores de la sociedad imperante* donde se pretende aplicar la norma penal. Serán situaciones excepcionales donde el ser humano pierda esta capacidad para decidir sobre su comportamiento, dentro de la cual, obviamente, no se encuentran las personas que integran grupos sociales con patrones culturales diferentes al oficial, quienes obran según sus normas culturales, pues ello no implica una falta de capacidad, sino que tienen una cosmovisión particular y muchas veces diferente del mundo.

### III.3.2. Libertad de decisión

La libertad de autodeterminación es piedra angular del análisis de la culpabilidad y en consecuencia del error por cultura, cuya validez y legitimidad se presupone normativamente, así lo tiene dicho Peña (2016, p. 769). Libertad de poder elegir entre hacer o no hacer lo que manda o prohíbe la norma, en un Estado constitucional de derecho donde se tienen asentados principios y valores necesarios para la convivencia social.

Importante es remarcar, que la libertad de decisión no debe ser vista únicamente como una aserción normativa, pues se estaría dejando de lado la realidad material jurídica y social destacada por Schüneman (2009, p. 450). Efectivamente, no debe ser entendida solamente como una presunción normativa alejada de la realidad, todo lo contrario, debe verificarse su correlación con los hechos (realidad multicultural), al momento de que el agente decide realizar determinada acción. En ese sentido, una persona no podrá decidir si obra de acuerdo a derecho o no, si es que en el caso concreto no tuvo la posibilidad o no tiene de conocimiento de la norma, en consecuencia tampoco comprende o ha interiorizado el carácter antijurídico de su conducta (Zaffaroni, 2005, p. 672).

### III.3.3 Comprensión de la criminalidad o antijuridicidad

Al momento de analizar la culpabilidad y consiguientemente el error de prohibición se debe imputar la accesibilidad a la norma, como posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y prohibición de la conducta (Peña, 2016, p. 770). En este sentido, la ausencia de conocimiento de la antijuridicidad (error de prohibición), excluirá o atenuará la culpabilidad.

La verificación de la comprensión, como momento posterior al conocimiento, es necesario para analizar el error de comprensión culturalmente condicionado. Como se dijo la comprensión es el más alto nivel de captación del ser humano, que implica internalización o introyección, así como un conocimiento previo. Así, en el Derecho penal argentino, se excluye la culpabilidad cuando al momento de los hechos el agente no pudo comprender la criminalidad del acto, siendo determinante la posibilidad de la comprensión de la criminalidad y la antijuridicidad, mas no su real comprensión. Así se depende del artículo 34, inciso 1 del Código penal argentino, que prescribe: «*El Código excluye del ámbito de lo punible al que en el momento del hecho no haya podido comprender la criminalidad del acto*». Por este motivo, la valoración no consiste únicamente en conocer una realidad social, sino sobre todo requiere su comprensión, por lo que el agente debe estar en capacidad de diferenciar «*el yo del tú, no se podrá tener un yo, pues la persona no sabrá que existe un mundo en el que puede ser un ser individual*» (Zaffaroni, 2005). Capacidad que significa conocerse a sí mismo y a la sociedad, para que pueda llegar a comprender los valores que la inspiran y actuar conforme a ella.

Lo señalado implica que la comprensión de la criminalidad y la antijuridicidad significa que se debe tener en cuenta la particular visión del mundo y su cultura, así como la autenticidad del agente, pues ello jugará un papel preponderante en el conocimiento y la eventual comprensión del carácter prohibitivo de su conducta, y que, en casos extremos, podrá, incluso, excluir la culpabilidad; por lo que si se redujo la posibilidad de autodeterminación no podrá exigírsele la comprensión de la

antijuridicidad de su conducta, tal cual lo señalan Zaffaroni (2005, p. 681) y Creus (1992, p.241), ya que debe tratarse de un condicionamiento social o moral, que debilite la posibilidad de adecuar la conducta a la norma. En ese sentido no será aplicable la vencibilidad del error para los sujetos provenientes de comunidades campesinas o nativas, pues si se opta por exigirlo se estaría pretendiendo asimilarlos—obligatoriamente- y en consecuencia que acepten valores culturales ajenos (Terrerros, 2007, pp. 622-624).

La culpabilidad como proceso de reflexión de la persona respecto a la realización de una conducta presumiblemente ilícita, requiere del agente que conozca la antijuridicidad de su conducta y además que comprenda su ilicitud. Esta comprensión requerirá de parte del agente la interiorización de la norma, que significará conocer el significado antijurídico del hecho. Parte importante de la doctrina considera que esta comprensión de conducta ilícita no tiene que ser material, sólo tiene que ser potencial, así lo tienen dicho Quiroga (2018), Velásquez (2009) y Zaffaroni E. R. (2005). Por ello, se sostiene que el agente no tiene que conocer todos los contornos del delito, ya que será suficiente un conocimiento general del mismo, que por cierto viene a ser la traslación de valores predominantes y que se adquieren mediante la educación, el aprendizaje y la sociabilización. Aunque esta labor, en la actualidad, no es nada sencilla, en vista que el excesivo incremento de delitos junto a la realidad diversa que describimos, presentan un escenario complejo para imputar conocimiento y comprensión de la norma penal; y, que si bien, podría agotarse esta discusión con la determinación de las competencias del agente de Jakobs (1997), como exigencia de un esfuerzo por conocer la norma, contrasta con realidades particulares diferentes, donde los ámbitos de competencia formales, difieren de lo establecido en las comunidades campesinas y nativas.

En consecuencia, no es de recibo, que quienes no comprenden la ilicitud de su comportamiento por factores culturales, sería por ausencia o falta de capacidad de comprensión de la antijuridicidad o como una falta de educación como lo dijo Freyre (1998, p. 91-101) o, porque según Márquez (2017) se siente determinado a realizarlo. Ello es así, por cuanto para exigir conocimiento y la comprensión de la antijuridicidad de la ley, no es suficiente que la norma jurídica esté vigente y sea válida, se necesita, además, que tenga legitimidad y eficacia, y una plena divulgación de su discurso e incluso su propaganda tal cual lo tiene anotado Segato (2004); pues en caso contrario se continuará imponiendo una moral dominante, sin respetar la esencia de los Estados multiculturales. Motivo por el que, el análisis de la comprensión no debe reducirse a la capacidad o falta de educación del agente, sobre todo cuando el error invocado se sustenta en cuestiones culturales, pues lo que existe, en realidad, es una representación valorativa y cultural diferente.

#### III.3.4. La lengua (lenguaje)

Separamos el tema de la lengua o idioma, para remarcar su importancia y el poco o nulo desarrollo de este elemento cuando se analiza la culpabilidad, y sobre todo en casos que corresponde invocar el error de comprensión culturalmente condicionado. Es vital su tratamiento, pues cómo vamos a pretender que una persona esté motivada por la norma, o reprochar la conducta del imputado y exigirle que se comporte conforme a derecho, si no conoció y menos entendió el contenido de la norma, pues no tuvo la posibilidad de conocer los códigos de la lengua en que se encuentra redactada la ley penal, peor aún si tiene un absoluto desconocimiento del lenguaje técnico que le propone la ley penal, así Sally Engle Merry, John Griffiths y Brian Z. Tamanaha, (2007, p. 121), destacan que dichos significados deben ser transmitidos a través de la lengua, como sistema de códigos, símbolos y significados, para interpretar el mundo, que como se dijo no es único, sino diverso.

Entonces, para exigir una determinada actuación de la persona y reprochar su comportamiento, la trasmisión e interpretación del mundo debe ser la más próxima a la realidad, en caso contrario no podría reprocharse una conducta, no podría exigirse motivación en la norma. Es más, no debería existir dicotomía entre los hechos y el derecho, pues los hechos también son valoraciones realizadas con cargas que sostienen el ordenamiento jurídico; y por lo tanto, no podría exigirse su cumplimiento a poblaciones que tienen una cultura, idioma y normatividad diferente. En algunas situaciones, la misma

palabra podría tener diferente significado, así lo hizo saber Santos (2009, p. 231-232) cuando realizó un estudio en las favelas brasileñas, pues ahí la palabra «investigación» era asociada a la investigación policial y no a una investigación científica. De ahí señaló que uno corre o toma decisiones equivocadas cuando no conoce el idioma ni el contexto social en el que está trabajando. En el Perú, por ejemplo, el idioma quechua se utiliza en sentido integral-comunal- y de pertenencia, a diferencia del idioma español, que se redacta y expresa mayormente con una visión individual.

Teniendo en cuenta la importancia del lenguaje, se asevera que juega un papel trascendente en la socialización, entendida como la progresiva integración del individuo en la totalidad de los valores sociales a través del lenguaje, y la realidad social, que a su vez repercute en el Derecho penal, pues ésta, como sostiene Schüneman (2009, p. 35-39) se construye a través del sentido subjetivo, que se pone de manifiesto en toda acción referida a la sociedad y, de una manera especial, en la comunicación lingüística, donde el reproche y la disculpa mantienen una relación recíproca con la libertad de voluntad en las acciones cotidianas; pero que en todo caso, las particularidades lingüísticas de una sociedad y, en especial, la gramática de su lenguaje revela una determinada visión del mundo, en ese sentido, insiste Schüneman que, Whorf y otros investigadores determinaron, que en los dialectos indios no existe, por ejemplo, la distinción entre sujeto y predicado.

Tamaña revelación corrobora lo expresado precedentemente y permite ratificar que el mundo no es único ni homogéneo, siendo inadmisibles que se utilice el *ius puniendi* para imponer un tipo de visión del mundo, ya que «*las formas gramaticales del yo, al tu compañero del yo y a los terceros son la expresión de una forma particular de ver el mundo*», escenario en el que se desenvuelve el derecho como producto cultural. Y en específico con relación a la culpabilidad, refiere que «*la libertad de voluntad puede ser considerada como un logro de la evolución cultural del hombre, que consiste en la adquisición de la facultad de dirección del comportamiento según valores analizados de forma crítica y comprobados correctamente a través de la conciencia*», presentándose, muchas veces, como un sistema ilusorio pues es resultado de una interpretación interesada de la realidad. Siendo ello así, es admisible que haya poblaciones que no tengan una concepción de la libertad de la voluntad, en los términos que conocemos. Todo lo dicho sirve para señalar que el derecho depende de construcciones sociales, y que esta dependencia podría ser calificada como una ficción de la realidad configurada por el derecho, a través de sus diferentes operadores.

La lengua española, oficial en nuestro país, cumple un papel determinante en la comprensión de la antijuridicidad de la conducta, con un código y simbología particular, diferente al quechua, aymara u otro idioma o dialecto propio de las comunidades indígenas. Ello es así, por cuanto el Diccionario quechua – Español – de la Academia Mayor de la lengua Quechua del Cusco y el diccionario jurídico castellano – quechua (paqtay Rimayquelqana), (Nuñez, 2015, p. 99) señalan, por ejemplo, que el término jurídico «Código» tendría como equivalente en el quechua “kurku”, que significa tronco o cuerpo de algo; «pena» como equivalente «llakiy», que significa tristeza; «derecho» como equivalente «paña»; así también, la lengua «yine», originaria y practicada por 2680 personas en los departamentos de Ucayali, Madre de Dios, Loreto y Cusco, no sólo practican una lengua diferente a la oficial, sino, además, una especial y diferente visión del mundo (RPP, 2019). Esto pone en evidencia que muchas veces no existe equivalente jurídico de las palabras en el idioma español con el quechua.

Si ello es así, y además que el Código Penal está redactado en idioma diferente al de los pueblos originarios, no se debe imputar automáticamente la comprensión y/o interiorización de los conceptos e instituciones jurídicas tal cual se propone en el Derecho penal occidental, cuando la persona pertenece a otro grupo social y tiene patrones culturales e idioma diferentes. No es un asunto que tenga que ver con la capacidad del agente, sino que el sistema de comunicación es diferente, a más que el Derecho penal no debe tolerar imprecisiones como las descritas, pues funda su esencia en el principio de legalidad.

En este contexto, propio de la realidad peruana y seguramente de muchas otras naciones, resalta un problema grave en la aplicación de la ley penal, pues no podrá resolverse eventuales imprecisiones mediante la analogía (aplicación e interpretación analógica desfavorable). Se suma a lo señalado, que los pobladores quechuhablantes no tienen acceso o no son informados de esta terminología jurídica en su idioma. Entonces, no se debería exigir –sin mayor análisis– la comprensión de la prohibición de una conducta, si la lengua que se utiliza es diferente, y no se adopta acción concreta por parte del Estado y de las instituciones responsables, de acercar en su propio lenguaje y conforme a sus patrones, las conductas humanas sancionadas como delito en el Derecho penal oficial o formal.

Por lo que, el no considerar el lenguaje e idioma en los contornos descritos precedentemente, conllevaría a un actuar arbitrario y discriminatorio. El uso del idioma tiene respaldo en los artículos 12 y 14 del Convenio 169 de la OIT, en cuanto el Estado debe garantizar a los pueblos originarios, que debe adoptarse las medidas necesarias para garantizar que sus miembros comprendan y se hagan comprender en los procedimientos legales, facilitándoles, incluso si fuere necesario, intérpretes u otros medios necesarios. Por su parte el Tribunal Constitucional del Perú en el expediente Nro. 00889-2017-PA/TC ANCASH, señaló que toda persona tiene derecho a comunicarse en su propio idioma, directamente o mediante intérprete, teniendo exigencia total cuando ella es predominante en una determinada zona geográfica; y, en el expediente Nro. 03343-2007-AA, se reconoció como idiomas oficiales el quechua, el aymara y las demás lenguas aborígenes donde predominen.

#### IV. Conclusiones

1. Una de las causas del error de comprensión culturalmente condicionado, según nuestro ordenamiento jurídico viene hacer la ausencia de comprensión de la prohibición y la formación cultural diferente del agente; quiere decir que puede resultar exento de responsabilidad o disminuida la penalidad, según se trate de un error invencible o vencible.
2. La falta de comprensión de la antijuridicidad no es un supuesto de incapacidad, como se da en el caso de la inimputabilidad, o resultado de una anomalía psíquica, de una alteración grave de la conciencia o alteraciones de la percepción que afecten gravemente el concepto de realidad por parte del autor. En lugar de estos factores, 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 de quien se halla debidamente integrado a la cultura mayoritaria. Es decir, 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, conforme se prevé en el artículo 15 párrafo segundo del Código Penal peruano, sino porque no se comporta de acuerdo a cánones culturales que le son extraños.
3. Se debe tratar el error por factores culturales no sólo desde la óptica del Derecho penal, sino de forma sistemática con los conocimientos sociales vinculados a ella, para poder colegir si la opción contemplada por el artículo 15 del Código Penal peruano, es la más adecuada 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 la cultura de sus comunidades nativas o campesinas, lo permitían y aceptaban. Procedimiento que se debe realizar en cada caso en concreto, pues la persona como individualidad es única y la población a la que pertenece también, como resultado de procesos dialógicos, logrando al final una identidad étnica y cultural única, para lo cual no debe realizarse un análisis y valoración únicamente legal y dogmático, sino, también, debe tomarse en cuenta los aspectos sociológicos y antropológicos pertinentes al caso, y sobre todo teniendo en cuenta la lengua y la posibilidad de motivación en los agentes culturalmente diferentes.

## V. Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Balestra, C. F. (2001). *Introducción y parte general*. Buenos Aires: Lexis.
- Betler, J. (2006). *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós.
- Creus, C. (1992). *Derecho Penal General*. Buenos Aires: Astrea.
- Hirsch, H. J. (2011). *Derecho Penal Obras Completas Tomo V*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- INEI. (20 de febrero de 2020). *Instituto Nacional de Estadística e Informática Perú*. Obtenido de <http://censos2017.inei.gob.pe/redatam/>
- Iván Meini y Felipe Villavicencio. (2015). *¿Es posible hablar de error? El error culturalmente condicionado en el Perú*. *Themis*, 53-59.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal parte general*. Madrid: Marcial Pons.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- Maglie, C. d. (2012). *Los delitos culturalmente motivados*. Madrid: Marcial pons.
- Mir Puig, Santiago (2019). *Derecho Penal parte general*. Editorial IBdeF, Buenos Aires.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Edit. Bosch, Buenos Aires 2003, p. 29. Buenos Aires: Bosch.
- Peña, L. (2016). *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Editorial IBdeF Montideo - Buenos Aires.
- Pozo, J. H. (2005). *Manual de derecho penal*. Lima: Grijley.
- Pozo, J. H. (2016). *El sistema de control penal (primera ed.)*. Lima: Instituto Pacífico.
- Pozo, J. H. (19 de febrero de 2020). *El indígena ante el derecho penal: caso peruano*. Obtenido de <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/?menu=error>.
- Puig, S. M. (2003). *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Edit. Bosch, Buenos Aires 2003, p. 29. Buenos Aires: Bosch.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal parte general*. Madrid: Thomson Civitas.
- Salud, O. P. (2008). *Una visión de salud intercultural para los pueblos indígenas de las américas*. Washintong: Organización panamericana de la salud.
- Sánchez, J. M. (1992). *La expansión del derecho penal contemporáneo*. Madrid: Civitas.
- Santos, B. d. (2009). *Sociología jurídica*. Madrid: Trotta.
- Schüneman, B. (2009). *Obras, colección autores de derecho penal*. Buenos Aires: Rubinzal - Gulzoni Editores.
- Schünemann, B. (2000). *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- Zaffaroni, E. R. (2005). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Welzel, H. (1970). *Derecho Penal Aleman*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

## La prueba de oficio en el proceso penal peruano: posición a favor y supuestos de aplicación

*The ex-official evidence in the Peruvian criminal proceedings:  
position in favor and cases of application*

Saúl Edgard Flores Ostos\*

### Resumen

El presente trabajo aborda la problemática de la situación que se manifiesta en la práctica judicial, de la renuencia del Juez penal, en no hacer uso de la facultad probatoria de oficio excepcional, que regula el Código Procesal Penal del 2004. Nos queda claro, que dicha potestad del juzgador es excepcional, y no una obligación impuesta; pero, ello no puede ser excusa, para no invocarla o no hacer uso de ella, cuando en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. No hacerlo, podría generar espacios de impunidad. Es objetivo del presente trabajo, sustentar y justificar la posición habilitante de dicha facultad excepcional, así como formular/proponer cuáles serían los supuestos en que el juzgador puede (debería) ejercitar ese poder probatorio de oficio, dentro de un escenario de garantismo y de excepcionalidad. Sobre el tema, existen posiciones a favor y en contra. Nos adherimos, a aquella en que debe primar la búsqueda de averiguación de la verdad material u objetiva y, que por tanto se debe optar por hacer uso de tal facultad probatoria, con el fin de que el juzgador se forme plena convicción; posición que, por cierto, tiene un sustento epistémico.

**Palabras – clave:** *poder probatorio de oficio, prueba complementaria, espacios de impunidad, prueba incompleta o insuficiente, imparcialidad.*

### Abstract

This work addresses the problem of the situation that manifests itself in judicial practice, of the reluctance of the criminal judge, in not making use of the exceptional ex officio evidentiary power, which regulates the Criminal Procedure Code of 2004. It is clear to us that said power of the judge is exceptional, and not an imposed obligation; however, this cannot be an excuse for not invoking it or not making use of it, when in the course of the debate they prove to be indispensable or manifestly useful to clarify the truth. Failure to do so could create spaces of impunity. The objective of this work is to support and justify the enabling position of said exceptional power, as well as to formulate/propose what would be the cases in which the judge can (should) exercise this evidentiary power ex officio, within a scenario of guarantees and exceptionality. On the subject, there are positions for and against. We adhere to the one in which the search for investigation of the material or objective truth must prevail and, therefore, one must choose to make use of such evidentiary power, in order for the judge to form full conviction; position that, by the way, has an epistemic basis.

**Key words:** *ex officio evidentiary power, complementary evidence, spaces of impunity, incomplete or insufficient evidence, impartiality.*

---

\* Fiscal Superior del Ministerio Público del Distrito Fiscal de Ayacucho. Actual jefe de la Autoridad Desconcentrada de Control de Ayacucho. Magíster en Derecho Civil. Egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Correo electrónico: [saulfloresostos@gmail.com](mailto:saulfloresostos@gmail.com).

## I. Introducción

### I.1. Encuadramiento del tema. Algunas precisiones

El Código Procesal Penal Peruano del 2004 [en adelante CPP], en los artículos 155.3 concordante con el 385.2 respectivamente, ha previsto que el penal de manera excepcional podrá disponer de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios, si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles **para esclarecer la verdad**. Es decir, el legislador mediante *lege ferenda*, ha regulado tal facultad habilitante al juzgador para que actúe pruebas de oficio, pero que en la práctica judicial se advierte que algunos jueces son renuentes a ejercitarlo, bajo el argumento de que ello significaría atentar contra los principios de igualdad e imparcialidad, así como propiamente denotaría el «hacer la tarea de las partes». Afirmación o justificación que por cierto no la compartimos.

El presente trabajo no tiene por propósito hacer un abordaje acerca del poder probatorio del juez en estrictu sensu, tema que por cierto ha sido desarrollado ampliamente a nivel de la doctrina; sino, enfocar una visión justificadora de su uso en el proceso penal, con los límites establecidos en la ley y en la jurisprudencia. Del mismo modo y, en la línea expresada, a su vez, este trabajo tiene por finalidad proponer cuáles serían los supuestos en los cuales el juzgador puede (debería) ejercitar ese poder probatorio de oficio, sin temores ni reticencias; claro está, dentro de un escenario de garantismo y de excepcionalidad prevista por la ley, con la finalidad de no generar espacios de impunidad. Propósito que no es nimio ni intrascendente, pues tiene incidencia directa con la credibilidad y confianza del colectivo social en las instituciones tutelares comprometidos con la administración de justicia (Ministerio Público y Poder Judicial); que, por cierto, en nuestro país está venida muy a menos, por lo que debe existir el compromiso de hacer esfuerzos por mejorarla desde nuestra posición que ocupamos como operadores del derecho.

Cabe precisar, que para los efectos de sustentar nuestra posición a favor de la prueba *ex officio*, se trabajará a partir de rebatir las posiciones discrepantes más relevantes existentes a nivel de la doctrina y, en el escenario académico, que se levantan y esbozan en contra de dicha institución, las cuales (básicamente) se sustentan en que su aplicación vulneraría: i) la imparcialidad objetiva; y, ii) el principio acusatorio. En base al análisis de dichos presupuestos justificaremos nuestra posición.

No está demás advertir, que ciertamente el abordaje de la prueba de oficio es un tema complejo y puede enfocarse desde muchas vertientes (por ejemplo: histórica, ideológica, epistemológica, constitucional, escenarios procesales diferentes, etc.). El presente trabajo se orienta a ser uno de carácter metodológico o pautativo. Empecemos.

### I.2. Cuestiones liminares

Normalmente, son las partes intervinientes en un proceso penal (**el fiscal, el imputado, el tercero civil**), quienes aportan los medios probatorios que sustentan su posición, para que el juez pueda decidir una situación controvertida sometida a su competencia. Pero, no siempre ello es así. En efecto, puede ocurrir -de hecho, sucede con frecuencia en los procesos penales- que, al finalizar el debate probatorio, las pruebas actuadas no sean suficientes para que el órgano jurisdiccional resuelva con plena convicción. Claro que, encontrándose el proceso en dicha situación deficitaria, el juez podría resolver en un determinado sentido (por ejemplo, absolver al procesado de los cargos imputados); pero que, si se tuviera un mejor acopio probatorio, indudablemente el sentido de su decisión podría ser diferente.

Frente a dicho escenario de insuficiencia, la ley ha previsto que el juez pueda hacer uso de su poder probatorio de oficio y, decida sobre la base de una adecuada justificación, proponer la actuación de determinado medio de prueba, que guarde pertinencia y relevancia con el caso. Debe quedar claro,

que dichos poderes o facultades conferidos al juez, no pueden ser entendidos como ilimitados, como cierta parte de la doctrina lo entiende o pretende entender de manera equivocada. Si no, por el contrario, la misma debe guardar absoluta correspondencia con el hecho que el proceso penal acusatorio, alcance su finalidad de esclarecimiento a través del conocimiento de la verdad de los hechos y, no se genere espacios de impunidad, cuando se niega de plano -muchas veces, sin ninguna justificación-, el ejercicio habilitante de dicha facultad.

En el ámbito del Derecho civil, el X Pleno Casatorio Civil, originado en la Casación N° 1242-2017 Lima Este, ha sido abordado también esta figura (La potestad probatoria ex officio del juez civil, se encuentra normado en el artículo 194° del C.P.C., que a diferencia de la regulación que se ofrece en el proceso penal (artículo 385.2 del C.P.P.), es una potestad que le está reservada únicamente al juez. En cambio, en el proceso penal, puede ser dispuesto por el juez o a pedido de parte), bajo ciertas limitaciones o demarcaciones para su adecuado ejercicio en el proceso judicial, habiéndose señalado como regla, entre otras, que: «El juez de primera o segunda instancia, en el ejercicio y trámite de la prueba de oficio deberá cumplir de manera obligatoria con los siguientes límites: a) excepcionalidad; b) pertinencia; c) fuentes de prueba; d) motivación; e) contradicción; f) no suplir a las partes; y, g) en una sola oportunidad». Es decir, el poder probatorio del juez en dicho ámbito es también limitado y controlado.

En esencia, el poder probatorio del juez consiste en un tipo específico o un caso particular de poder dentro de una multiplicidad de poderes de tipo probatorio que los ordenamientos jurídicos reconocen de manera extraordinaria, a los jueces o tribunales. Al respecto, Ferrer (2017) señala seis principales poderes probatorios del juez (sintetizo): i) la potestad de admitir o inadmitir las pruebas propuestas por las partes; ii) la capacidad de intervenir en la práctica de la prueba, especialmente por lo que hace a las pruebas personales; iii) la capacidad de indicar a las partes lagunas probatorias que estas deberían integrar; iv) la capacidad de disponer la incorporación de pruebas no solicitadas por las partes; v) la capacidad de alterar durante el desarrollo del proceso la carga de la prueba; y, vi) el deber de decidir que hipótesis fácticas se consideran probadas (págs. 150-158).

No se trata pues, de que el juez deba gozar de los más amplios poderes para conseguir la verdad a cualquier «precio» o «costo», sino dentro de un marco constitucional o convencional. Que el juez llegue a una plena convicción es un ideal al cual propugna el proceso penal, por su incuestionable carácter cognitivo. Sobre el particular, el profesor nacional Talavera (2009), sostiene con acierto, que:

La actividad probatoria de oficio se considera una excepción justificada al principio de aportación de parte. Si se atiende a una de las finalidades primordiales del proceso penal, como es el descubrimiento de la verdad (art. 385.2), se comprende que, en ocasiones, la persecución de dicha finalidad puede exigir que la actividad probatoria de parte sea complementada por la práctica de ciertos medios de prueba ordenados de oficio. Tanto más si de por medio se encuentra el interés público en la persecución penal, por lo que tomando en cuenta el principio de legalidad se justifica que el juez -en caso de que no se haya podido aclarar suficientemente los hechos- ordene la práctica de otras pruebas (p. 51).

Del mismo modo, el profesor alemán Roxin (2000), señala al respecto, con suma precisión, que:

La averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado de las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado [...] “no es un principio de la StPO que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio”. Deja en claro que la averiguación de los hechos está limitada, en forma especial, por los derechos fundamentales y derechos humanos (p. 190).

Qué duda cabe, la verdad es un objetivo claro que persigue el proceso penal, pero ello, no nos puede hacer perder de vista, la exigencia de respetar y garantizar los derechos humanos, «aún de

aquellas personas inmersas en procesos judiciales por conductas y delitos contrarios a la norma, pues existen procedimientos específicos que podrían afectar su interpretación y por ende aplicación literal de las leyes» (Dueñas & López, 2021, p. 57).

En esta parte, hacemos un primer deslinde con el autor Sendon (2023), quien atribuyendo protagonismo a la corriente norteamericana del «activismo judicial», sostiene una postura diferente y contraria a la institución *in comento*, señalando que:

En suma, lo que se busca es dotar al juez de poderes por encima de las partes procesales, con el objeto de que este consiga la verdad y resuelva con justicia. El problema que surge aquí, como es lógico, es una afectación de derechos de uno de los sujetos procesales, quien espera no menos que una actividad imparcial y aplicación de sanciones ante la conducta desidiosa de las partes procesales que no cumplen con probar aquello que afirman en el juicio (p. 249).

Estimamos, que el Juez penal en nuestros tiempos no puede tener una posición neutra o pasiva en el decurso del proceso; sino, que debe estar atento y ejercitar su auténtico rol de director del proceso (**art. V del T.P. del C.P.P**); de modo tal que, por encima de todo, se garantice a las partes, el pleno respeto de las reglas del Estado Constitucional de derecho. Es que acaso, ¿se tiene temor de que se llegue al convencimiento o, a la averiguación de la verdad de los hechos?

### I.3. ¿Qué hay detrás del poder probatorio del juez?

El tema del poder probatorio del juez, no es un asunto sencillo de abordar, es complejo, y se hace necesario escudriñar, qué hay detrás de tal escenario, a efectos de que se pueda tener una mejor comprensión sobre el particular. Al respecto, el profesor Ferrer (2018), señala que:

Evidentemente, detrás de la discusión sobre la conveniencia de otorgar poderes probatorios al juez hay un modelo de juez y de proceso judicial, que pocas veces se manifiesta expresamente y más raramente se justifica: un modelo de proceso como competición entre las partes en el que el juez debe ser árbitro que determine al ganador, sin que deba importarle quién sea, en nombre del principio dispositivo, en el proceso civil, y de la imparcialidad judicial, en el penal (p.39).

Lo denotado, quiere decir que los modelos de juez y de proceso van de la mano con los alcances y contenidos de la facultad probatoria *ex officio*. Según Mirjan R. Damaška, citado por Ferrer (2018), existen dos grandes modelos de procesos: «aquél dirigido a la resolución de conflictos y aquél dirigido a la implementación de políticas públicas mediante la aplicación del derecho previamente establecido por el legislador» (p. 39). En el primero de ellos, se propende hacia un ideal de justicia procedimental, el juez es sólo un árbitro o espectador pasivo y, son las partes quienes gobiernan el proceso. Aquí para la resolución del conflicto, no se requiere como finalidad la búsqueda de la verdad, sobre los hechos suscitados. En el segundo, se pone énfasis por la correcta aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en la legislación sustantiva, sea esta civil, penal, laboral, etc., para cuyo efecto, sí se exige que la institución probatoria se dirija a la averiguación de la verdad. Para este modelo en el que se basa en la aplicación del derecho vigente, el juez ya no es (ni puede ser) un mero espectador pasivo de una competición entre las partes. Al respecto, Ferrer (2018), señala con acierto, que:

Al juez le tiene que importar que gane el proceso quien deba ganarlo de acuerdo con la regulación vigente y con los hechos acaecidos en el mundo. En otros términos, la imparcialidad exige indiferencia entre las partes, pero no neutralidad entre la verdad y la falsedad: exige que se busque la verdad con independencia de a qué parte beneficie (págs. 40-41).

Es precisamente, en este segundo modelo, que se adscribe o calza, el otorgamiento de las facultades probatorias, en el que el juez tiene participación en el decurso del proceso, en la fijación de su objeto, la delimitación de las pruebas, así como la decisión que expresa a través de la averiguación de la verdad de los hechos; ya que ésta última, como señala Cupe (2019), «es condición necesaria

para la justicia de la decisión» (p. 25). Es decir, se fortalece y se da importancia a la labor del juez en el control de la jurisdicción.

#### I.4. La finalidad de la búsqueda de la verdad

Una de las funciones del proceso es su función epistémica, es decir, la búsqueda de la verdad. Con meridiana claridad, Taruffo (2012), sostiene que «en el proceso lo que estamos haciendo es buscar la verdad acerca de algunos hechos, y por esta razón es posible hablar de algunos aspectos del proceso como una actividad de tipo epistémica» (p. 25).

Sería inviable aplicar las consecuencias jurídicas previstas en las normas, si no se comprueba que efectivamente se han producido los hechos condicionantes de esas consecuencias -en razón a que la aplicación del derecho no se realiza al azar; mucho menos es mecánica-. Como bien señala Ferrer (2018), «la prueba como actividad tiene la función de comprobar la producción de esos hechos condicionantes o, lo que es lo mismo, de determinar el valor de la verdad de los enunciados que describen su ocurrencia» (p. 45). De modo tal, que la prueba se convierte en un medio e hilo conductor de la verdad, cuando los hechos que se declaran probados son verdaderos.

La función de determinar la verdad en el proceso es sumamente importante, teniendo a la prueba como su gran aliado, en cuanto a ésta le está reservada la función de comprobar los hechos condicionantes, que viabilizan que se desencadene las consecuencias jurídicas. Esto es, en la medida de que se adquiera certeza de que el presupuesto fáctico, es verdadero o, se encuentre confirmado, se podrá tener confianza en que una decisión sea justa y, sólo así, el derecho se afianzará como un verdadero mecanismo de control social para prevenir, gestionar y resolver conflictos sociales.

## II. El ejercicio de la prueba de oficio y la supuesta afectación a los principios de imparcialidad judicial y acusatorio

### II.1. Regulación de la prueba de oficio en el C.P.P. del 2004

Se debe denotar previamente que, en el antiguo Código de Procedimientos Penales de 1940, en ninguno de sus articulados, contenía de manera expresa, que el Juez penal podía actuar pruebas de oficio; sin embargo, en la práctica el Tribunal lo hacía. Obviamente, el escenario era un sistema inquisitivo, en el que el juez no estaba limitado en el requerimiento de prueba y tenía licencia para recurrir a otros medios de prueba que no había sido solicitado dentro de los límites normales del proceso.

En cambio, en el modelo acusatorio actual, esta facultad sí se encuentra reglada y puede ser ejercitada de manera excepcional, como señala puntualmente el artículo 155.3 del CPP. Desde nuestro punto de vista, esta facultad presenta las siguientes características, que vale la pena identificar: **i) Requisito para ejercitarse:** Se trata de un poder que puede desempeñarse cuando el juez no tiene suficiente datos o información para formarse convicción de un determinado hecho esencial debatido o controvertido relevante, a partir del cual la actuación oficiosa se hace indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad. **ii) En cuanto a su oportunidad:** Conforme lo regula el Código, el momento en que el juez puede recurrir al poder probatorio es después de culminada la recepción de las pruebas; esto es, cuando el juez ya se encuentra *ad portas* de sentenciar, dado que es en esa etapa en la que podrá advertir que la hipótesis fáctica formulada no se encuentra aun suficientemente corroborada. En la práctica, ocurre que el juzgador unipersonal o colegiado, conforme se desarrolla el decurso del juicio oral se va formando convicción sobre los hechos materia de debate; y, le queda claro sí a ese momento tiene o no ya plena convicción para emitir su decisión. **iii) En cuanto a su contenido:** Mediante este poder probatorio el juez ordena la incorporación o práctica de un medio de prueba no ofrecido por las partes. Se debe subrayar que el ordenamiento procesal puntualmente no precisa los límites para señalar qué medio probatorio podría ser incorporado al amparo de esta facultad. Sobre el particular, creemos que esta facultad no es irrestricta; sino limitada. En nuestro

concepto, ello tiene que ser así, por cuanto actuar en una dirección contraria, el juzgador podría cometer arbitrariedades y sí estaría reemplazando la actuación propia de las partes, que proscriben puntualmente el referido artículo 385.2 del citado código y, si se atentaría y resquebrajaría seriamente el principio de imparcialidad. **iv) La razón de su actuación:** No cabe duda, que éste poder probatorio conferido, permite tener un mejor perfilamiento probatorio al juez, de manera que éste podrá contar con mayores elementos de juicio al momento de resolver una determinada controversia de relevancia penal. El fundamento como bien señala el CPP, reside en una dimensión epistémica (búsqueda de la verdad), a través de la prueba. Como bien lo señala el Juez Supremo San Martín (2015), «la prueba sirve para convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho, cuya exacta indagación es presupuesto de justicia» (p. 502).

## II.2. Con relación al principio de imparcialidad judicial

Se señala a nivel de la doctrina, que la facultad probatoria ex officio, afecta al principio de imparcialidad judicial, toda vez que el juzgador tendría un interés en la controversia, a su vez, se afectaría este principio cuando el juez tiene una posición tomada de antemano. Ni lo uno ni lo otro. El ejercicio de la facultad probatoria del juez, lo que en esencia busca, es llenar los espacios vacíos debido a una falta de convicción de éste, respecto de un hecho concreto, luego del desarrollo del debate probatorio.

Sobre el particular y en dicha línea, el profesor Talavera (2009), señala lo siguiente:

Respecto a la imparcialidad, debemos señalar que esta no se ve afectada por la incorporación de prueba de oficio; la imparcialidad no debe ser confundida con la pasividad o absoluta neutralidad del juzgador; lo que se debe preservar es que no exista una sustitución de las partes. No se trata de una carga sino de una facultad de carácter complementario y que apunta a la realización de uno de los fines primordiales del proceso penal (p. 52).

El punto de vista antes referido, es correcto. En efecto, la facultad probatoria del juez, debe ser entendida únicamente como una labor complementaria y no, como una gestión sustitutoria de las partes. No hay justificación alguna, para bloquear la iniciativa probatoria que pueda tener el juez, para decidir una controversia de orden criminal de manera justa. En suma, estimamos que el asunto de «la imparcialidad» no es un argumento sólido para no hacer uso del poder probatorio del cual dispone el juzgador, por cuanto en la práctica advertimos que el juez en todo momento del decurso dinámico del proceso, está emitiendo decisiones en favor y en contra de una de las partes. Se podría decir, sin temor a exagerar, que en puridad el juez no es imparcial. Sobre el tema, de manera magistral, Taruffo (2017) señala que:

Si se piensa en un «buen» juez, capaz de ejercer correctamente y racionalmente sus poderes, no hay razón de temer que él se vuelva parcial, e incapaz de valorar las pruebas, por el sólo hecho de haber dispuesto o sugerido su adquisición. Sólo si se piensa en un juez incapaz y psíquicamente débil se puede temer que él pierda su propia imparcialidad en el momento en que decide sobre la oportunidad que una prueba ulterior sea adquirida, o que no sea capaz de sólo valorar una prueba de modo equilibrado porque ha sido por él dispuesta.

Sobre el Nuestra Corte Suprema ha marcado la línea jurisprudencial, en el sentido que, en definitiva, la prueba de oficio no lesiona en modo alguno el principio de imparcialidad, pero sí contribuye a la averiguación de la verdad; precisamente, en el fundamento 4.2. de la Casación N° 445-2020, Arequipa, citado por Espinoza (2024), se sostiene que:

El uso de la prueba de oficio es excepcional, no afecta la imparcialidad judicial -no debe confundirse con absoluta pasividad de la judicatura- y tiene como propósito exclusivo, disponer de la mejor información posible y coadyuvar a la averiguación de la verdad, como fin institucional del proceso penal, lo cual se relaciona intrínsecamente con el principio de esclarecimiento, cuyo

destinatario, sin duda, es el órgano judicial que pueda indagar el hecho de oficio, sin afectar el derecho de prueba de las partes procesales intervinientes (p. 326).

### II.3. Con relación al principio acusatorio

Respecto a este punto, Vílchez (2021) sostiene que esta facultad probatoria excepcional, afectaría el principio acusatorio, en el sentido de que el juez al proponer y admitir oficiosamente un medio probatorio, lo que está haciendo es «indagar» o «investigar» sobre la información que contiene un elemento de prueba, lesionándose así el mandato constitucional y legal del Ministerio Público, quien es la parte procesal que ostenta la función de indagación (págs. 160-161).

Lo cierto es, que efectivamente en un esquema del principio acusatorio, existe la división de tareas, funciones o roles de cada sujeto procesal. El fiscal investiga y tiene el deber de la carga de la prueba; el juez, es quien decide. Ese es el derrotero establecido en el esquema del modelo procesal vigente. El asunto es, cómo podría resolver el juez, si llegado ese momento de decidir, no tiene la convicción para ello. No debe inquietarnos el tema, por cuanto es una facultad limitada y excepcional que, en nuestro concepto, no atenta en lo mínimo la esencia del principio acusatorio. Al respecto, el autor nacional Pisfil (2018), sostiene que:

[...] la denominada prueba de oficio regulada en el Código Procesal Penal (2004) es uno muy limitado que no suple la labor de las partes, sino que solo requiere “veracidad” o “integridad” de algún medio probatorio actuado, o la idoneidad de él. Siendo incluso ello una facultad del juzgador (y no una obligación), y de carácter muy excepcional (p. 29).

Ahora bien, a efecto de zanjar este punto, se puede afirmar que el poder probatorio del Juez penal es excepcional y limitado, así lo ha hecho saber reiterada jurisprudencia nacional en diversos fallos.

### II.4. Requisitos que el juez debe cumplir para introducir prueba de oficio, según la jurisprudencia nacional:

En este punto, debemos señalar y remarcar, que los poderes del juez en materia probatoria, no puede ser ejercitado de manera arbitraria o antojadiza. En nuestro país, la Corte Suprema con muy buen criterio, a través de la Sala Penal Permanente, en la **Casación N° 717-2020/HUANCAVELICA**, ha establecido ciertos límites a esta potestad, señalado de manera expresa en el fundamento tercero de los fundamentos de derecho, lo siguiente:

Que está circunscripta al cumplimiento o respeto de tres requisitos: el principio acusatorio (**que se refiera a los hechos debatidos**), la imparcialidad judicial (**que le conste al órgano jurisdiccional las fuentes de prueba sobre las cuales se hará ulterior actividad probatoria**), y el derecho de defensa (**que las partes intervengan ampliamente la actuación de ese medio de prueba y puedan contradecir, incluso proponiendo prueba alternativa**). Además, el presupuesto para su actuación es que resulte indispensable o manifiestamente útil. La concurrencia del presupuesto y de los requisitos debe justificarse en la resolución que disponga la prueba de oficio, evitándose por consiguiente un sobredimensionamiento del poder probatorio ex officio del juez –ello exige una utilización moderada de esta potestad– (el resaltado es nuestro).

Estimamos, que el papel de la jurisprudencia de las altas cortes, precisamente tienen una función ordenadora/pauteadora en la correcta aplicación del derecho, sea esta sustantiva o adjetiva, con la finalidad de alcanzar seguridad jurídica en las controversias que se tramitan en el órgano jurisdiccional. Para nuestra Corte Suprema, el poder *ex officio* del juez en materia probatoria, es constitucional; pero, su utilización debe hacerse de manera moderada o morigerada.

Dicha línea jurisprudencial adoptada, está en consonancia con lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH, caso Barberá, Messegue y Gabardo contra España, del 6

de diciembre de 1994. Asimismo, la STCE 1123/2005, del 12 de mayo, que desde esta misma perspectiva, señaló que el juez no tiene vedada constitucionalmente toda actividad procesal de impulso probatorio, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación (acusación y oposición a la acusación) o como complemento para contrarrestar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes; al punto, que la disposición legal respectiva regulada en el artículo 385, numeral 2 del CPP, no puede considerarse *per se* lesiva de los derechos constitucionales, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permita al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar sentencia, en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia. Esta es pues, la línea establecida que se encuentra vigente en el Perú y, que los jueces nacionales deben tener en cuenta al momento de ejercitar el poder probatorio *ex officio*.

Del mismo modo, nuestro Tribunal Constitucional, yendo un poco más allá, pero siempre dentro de la misma perspectiva, en el Expediente N° 02241-2020-PA/TC Piura, en el ámbito laboral, ha señalado con claridad que la incorporación de oficio de medios probatorios constituye una facultad discrecional de la judicatura y, por eso mismo, excepcional. En consecuencia, considera que la incorporación de oficio de medios probatorios se encuentra subordinada a que tal decisión cuente con una adecuada motivación, que justifique dicha decisión, con el propósito de despejar cualquier atisbo de arbitrariedad o parcialidad. Señala expresamente en el fundamento 14, lo siguiente:

[E]rgo, la incorporación de oficio de medios probatorios se encuentra subordinada a que tal decisión cuente con motivación cualificada, a fin de despejar cualquier atisbo de arbitrariedad o parcialidad, pues, en buena cuenta, eso es lo que diferencia lo discrecional de lo arbitrario. Por el contrario, cuando la judicatura laboral no haga uso de aquella facultad discrecional, basta con una motivación mínima, dado que la preclusión es la regla, más aún si la decisión finalmente adoptada se basa, a su vez, en una presunción legal.

### III. Supuestos de aplicación práctica de la prueba de oficio en el proceso penal

Dentro de la línea argumentativa anteriormente expuesta, se propone los siguientes casos, en los que podría operar la actuación oficiosa probatoria del juzgador, en aras de esclarecer la verdad:

- Los medios probatorios ofrecidos en el requerimiento acusatorio, que no se dispone materialmente en dicho acto, pero sobre el cual se formula reserva de su actuación, una vez obtenida o recabada.
- Pedidos de ampliación de declaración testimonial ofrecida por las partes, con la finalidad de aclarar o precisar algún hecho sustancial.
- Los no ofrecidos por conducta dolosa de su ocultamiento (vgr. La conducta del fiscal que, contando con el informe del levantamiento del secreto de las comunicaciones, no los presentó oportunamente); este hecho advertido *ex post* por otro fiscal a cargo del caso, podría invocarlo ante el juez, para su actuación como prueba de oficio; dado su relevancia.
- Pedidos de actuaciones documentales, a fin de corroborar determinados hechos o premisas fácticas de carácter sustancial, que ha sido tema de debate o discusión en el plenario.
- En segunda instancia, cuando no se contaba con el medio probatorio al momento del requerimiento acusatorio ni en el desarrollo del juicio; siempre que cumpla con los requisitos de pertinencia, utilidad y conducencia y, se haya formulado la oportuna reserva.

Se debe relieves que la actuación oficiosa de nuevos medios probatorios tiene que realizarse en un contexto de plena garantía, poniendo a conocimiento de las partes la decisión expuesta y, garantizándose que se produzca un debate contradictorio de la prueba nueva, siempre y cuando éstas resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes. Sobre el particular coincidimos, con el maestro Roxin, citado por Villanueva (2008), quien señala que «el esclarecimiento de los hechos

punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal» (p. 244).

#### IV. Conclusiones

1. La prueba de oficio es una institución probatoria legalmente permitida, en el Código Procesal Penal del 2004.
2. La regulación de la actividad probatoria del Juez penal es excepcional.
3. En nuestro país, existe renuencia de los jueces en ejercitar dicha facultad, sin la debida justificación.
4. El uso de dicha facultad probatoria debe garantizar el debate contradictorio de la nueva prueba.
5. La facultad de ejercitar el poder probatorio por parte del juez es limitada que no suple la labor de las partes; en consecuencia, no lesiona los principios de imparcialidad ni el acusatorio.

#### V. Referencias Bibliográficas

- Cupe Calcina, E. (2019). La prueba de oficio en la democracia constitucional. *Ius Vocatio, Vol. 2, (2)*, 15-31.
- Dueñas Vaca, A., & López Cruz, D. (2021). La Prueba de Oficio en el Sistema Procesal Penal Colombiano. *Universidad de Santo Tomás Facultad de Derecho*. Tunja.
- Espinoza Ramos, B. (2024). El Juicio Oral en Diagramas. En *Otros medios de prueba y prueba de oficio*. Lima: Instituto Pacífico.
- Ferrer Beltrán, J. (Agosto-diciembre de 2017). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Revista de La Maestría En Derecho Procesal de la PUCP, 7(2)*, 137-164. Obtenido de Los poderes probatorios del Juez y el modelo de proceso: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/19697>
- Ferrer Beltrán, J. (2018). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia*.
- Pisfil Flores, D. A. (2018). Imparcialidad judicial y prueba de oficio: ¿Entre la discrecionalidad y obligatoriedad de los procesos judiciales en el proceso penal peruano? *SAPERE(16)*, 20-33.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. (I. P. Penales, Ed.) Lima.
- San Martín, C. (s.f.). *Pleno Jurisdiccional Nacional Penal*. Recuperado el 18 de Febrero de 2025, de La Prueba en el Proceso Penal: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0de9870046e1469ea7c7a744013c2be7/Tema+II.+Prueba+de+Oficio.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0de9870046e1469ea7c7a744013c2be7>.
- Sendon Alba, J. J. (Mayo de 2023). El abuso de la prueba de oficio en el proceso penal. *Actualidad Penal(107)*, 247-261.

- Talavera Elguera, P. (2009). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*. (A. d. AMAG, Ed.) Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ.
- Taruffo, M. (2012). *Proceso y decisión*. Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2017). *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Recuperado el 18 de febrero de 2025, de Los poderes probatorios de las partes y del juez en Europa:  
<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/10632/pdf>.
- Vilchez Limay, R. (2021). Esquemas probatorios en el proceso penal: prueba de oficio, prueba complementaria, prueba sobre prueba y prueba adicional. *Gaceta Penal & Procesal Penal*(149), 155-168.
- Villanueva, G. (2008). *Juez imparcial y pruebas de oficio*. Obtenido de Pleno Jurisdiccional Nacional Penal:  
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0de9870046e1469ea7c7a744013c2be7/Tema+III.+Prueba+de+Oficio.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0de9870046e1469ea7c7a744013c2be7>.

# El imputado no es un número de expediente

*The accused is not a file number*

**Cristian Anthony León Gómez\***

## **Resumen**

El presente texto tiene como objetivo presentar una visión crítica al trámite que se le otorga a un acto postulatorio fiscal (acusación), cuando esta es convalidada por el órgano jurisdiccional, pese a sus defectos, anulando de esta manera el derecho de defensa del investigado. De esta manera, el tratamiento que se le otorga al imputado no se condice con lo previsto por el artículo 1 de la Constitución Política del Estado, en la que se pregona que «la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo del Estado y de la sociedad».

**Palabras clave:** *Imputado, acusación sorpresiva, vicio en la motivación, congruencia procesal.*

## **Abstract**

The objective of this text is to present a critical vision of the procedure that is granted to a fiscal postulatory act (accusation), when it is validated by the jurisdictional body, despite its defects, thus nullifying the right of defense of the investigated. In this way, the treatment given to the accused is not consistent with the provisions of Article 1 of the Political Constitution of the State, which states that "the defense of the human person and respect for their dignity are the supreme goal of the State and society."

**Keywords:** *Accused, surprise accusation, defect in motivation, procedural consistency.*

---

\* Abogado litigante, especialista en procesos penales y constitucionales. Fundador y director del Estudio Jurídico León Gómez & Abogados. Estudios de pregrado en la UNSCH y de posgrado en la UNMSM (maestría con mención en Ciencias Penales). Premio Nacional de Litigación Oral y Argumentación Jurídica, UP 2015. Hacedor literario. [leongomez.abogados@gmail.com](mailto:leongomez.abogados@gmail.com)

## I. Introducción

A menudo, hemos visto que las plataformas institucionales manejadas por el área de comunicaciones, tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público, difunden, con siniestro orgullo, la imposición de una cadena perpetua o de prolongados años de prisión, contra una persona, sin que se haga lo propio cuando se emite un auto de sobreseimiento o una sentencia de absolución.

Si bien la delincuencia merece una respuesta rigurosa para el cumplimiento de los fines de la pena y el restablecimiento del orden social, en muchos casos, nuestros magistrados han olvidado que están frente a personas que no cometieron el ilícito, existe insuficiencia probatoria o se da alguna causa de justificación, pero eso no importa, sino que las condenas sean mayores y se otorgue el mensaje de impartición de justicia a la sociedad, mediante la imposición de numerosas penas.

Este aspecto, sumado a la carga procesal que soportan los órganos jurisdiccionales, han posibilitado, según mi entender, la emisión de sentencias, tanto de primera instancia como de vista, con endeble motivación. A veces, el poco tiempo y el arduo trabajo no coadyuvan en el correcto razonamiento judicial.

Empero, no se debe dejar de lado que, quien coadyuva en abarrotar de casos al aparato judicial es el Ministerio Público, entidad que teniendo la facultad constitucional de hacer efectivo la acción penal, acusa sin más, en algunas ocasiones, en casos que no deben ni llegar a conocimiento del Juez.

En el presente artículo abordaremos la afectación del derecho de defensa que se origina cuando se presentan acusaciones sorpresivas, contraviniendo la congruencia procesal que exige que en la acusación solo se consideren hechos que se tomaron en cuenta en la investigación. No controlar dicho deber impuesto al fiscal o, peor aún, convalidarlo o hacerse de la vista gorda, implica no tratar con dignidad al imputado, pues a decir de Landa Arroyo, «la dignidad está fuertemente vinculada a los derechos fundamentales, en tanto razón de ser, fin y límite de los mismos.» (2000, p. 20)

Entonces, la dignidad sirve de límite a los derechos fundamentales, en la medida que impone el deber general de respetar tanto los derechos propios como los ajenos. (Alegre Martínez, págs. 81 y ss.).

Si no se respeta el derecho de defensa, porque se acusa por un hecho que no se investigó, hay ataque frontal a la dignidad del imputado.

## II. Atribuciones del Ministerio Público

### II.1. Actuación objetiva

El Ministerio Público, como titular de la acción penal, está obligado a actuar con objetividad, conforme lo prescribe el artículo IV numeral 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Esto implica que debe indicar los hechos constitutivos del delito, los que pueden llevar a acreditar la inocencia o responsabilidad del imputado.

Conforme se advierte de esta norma, no existe la posibilidad de inobservar este deber, porque estamos frente a una norma de carácter imperativa, una obligación que recae en el fiscal, a fin de que ejerza de forma imparcial la conducción jurídica de la investigación penal.

Este deber se encuentra orientado a proceder a favor o en contra del imputado, pues deberá recabar no únicamente elementos de convicción de cargo sino también de descargo, de acuerdo a lo que exige el artículo 321 del Código Adjetivo, lo que incluso permitirá al persecutor del delito a decidir si formula o no acusación. Este es el sentido prístino que se le otorgó a este principio.

Pero la directriz objetiva de la investigación no únicamente se limita a ese accionar fiscal, pues

también se manifiesta con la presentación de requerimientos fiscales debidamente motivados, como ya se precisó en el fundamento 5.4. de la Tutela de Derechos N.º A.V. 15-2018 del 10 de diciembre de 2018.

En esta línea, el máximo intérprete de la Constitución, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 01394-2022-PA/TC Arequipa del 13 de marzo de 2024, sobre el derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales, en el fundamento 3, dejó establecido lo siguiente:

3. En cuanto al derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales, este Tribunal tiene también establecido que la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas –sean o no de carácter jurisdiccional– comporta que el órgano decisor y, en su caso, los fiscales, al resolver las causas, describan o expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Ello implica también que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, que por sí misma, la decisión exprese una suficiente justificación de su adopción. Esas razones, por lo demás, deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino y, sobre todo, de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite de la investigación o del proceso del que se deriva la decisión cuestionada (cfr. sentencia recaída en el Expediente 04437-2012-PA/TC, fundamento 5).

Como podemos observar, el deber de motivación no es exclusivo del órgano jurisdiccional, pues este también lo asume el aparato fiscal, teniendo en cuenta que no cualquier error incurrido en una decisión fiscal constituye, de forma automática, en una transgresión a la debida motivación, pues solo esta aparece cuando dicha facultad es ejercida arbitrariamente, vale decir, en los casos donde se verifica que las decisiones fiscales son frutos del decisionismo y no de la aplicación razonable del derecho, conforme dejó apunto el Tribunal Constitucional en la sentencia señalada *ut supra*, en el fundamento 5.

Así, también se actúa con objetividad cuando el fiscal se conduce con independencia de criterio, por ello, el profesor Víctor Arbulú (2015) precisa que «la actividad fiscal debe estar fuera de toda motivación extra legal, de allí que si tuviese alguna causal similar para la recusación de jueces deberá apartarse» (p. 298)

En suma, este principio incide en tres aspectos: a) recabar elementos de cargo y descargo, lo que determinará al fiscal si formula o no acusación contra el imputado, b) exigencia de una motivación debida (expresión de razones o justificaciones objetivas), y c) actuación con independencia de criterio.

Si el fiscal no acciona de forma objetiva ni tiene independencia de criterio, debe apartarse de forma voluntaria de la investigación, e incluso se puede solicitar su exclusión, conforme estipula el artículo 62 inc. 1 del Código Procesal Penal, en cuyo texto literal, parte *in fine*, se señala que esta se puede dar cuando concurren las causales de recusación que se establecen para los jueces.

## II.2. Imputación concreta

Algunos consideran a este instituto jurídico como un tema trillado o agotado en su discusión, pero es necesario hacer alusión a este, aunque de forma breve pero no por ello menos importante.

Hans Kelsen (1989), concibe a la imputación como la vinculación de una persona (sujeto de la norma) con un hecho (objeto de la norma) (p. 308). Este enlace, como es obvio, no únicamente se erige en base a proposiciones fácticas que postula el fiscal, sino que debe entenderse de acuerdo a la existencia de elementos de convicción que se van recabando desde que el fiscal decide iniciar una investigación.

Así, esta vinculación, para que sea completa, tiene que direccionar la mirada siempre a la norma,

pues en el tipo penal se establecen diversas circunstancias que deben estar plenamente descritas para una efectiva imputación.

Al respecto Mendoza Ayma (2010-2011), aborda el tema con la precisión de un camaleón cazador, cuando señala que «la imputación concreta exige para su configuración tres elementos: proposiciones fácticas, calificación jurídica y evidencia o medios de convicción.» (p. 86) Indica, además, que el enlace entre los medios de convicción y las proposiciones fácticas posibilitan la aproximación razonable a la verdad.

¿Qué ocurre, entonces, cuándo el fiscal no imputó de forma adecuada? ¿Debe el juez corregir sus omisiones? ¿Se puede subsanar una imputación deficiente a nivel de control de acusación? ¿Qué pasa si el juez no atiende una observación formal sobre una acusación sorpresiva basada en hechos que no fueron considerados en la investigación?

Con la modificatoria del artículo 353 del Código adjetivo, efectuada en virtud de la Ley 32130, publicada el 10 de octubre de 2024, ya se puede impugnar el auto de enjuiciamiento, siempre que la imputación necesaria no se encuentre debidamente formulada.

Si bien ahora el *Ad quem* puede corregir los errores cometidos por los jueces de investigación preparatoria, al omitir un análisis riguroso de la imputación necesaria o concreta, cuando el fiscal presenta acusaciones sorpresivas, adicionando, por ejemplo, hechos no considerados en las disposiciones de formalización y continuación de investigación preparatoria, de ampliación de imputación, de aclaración, de integración u otras, con una u otra denominación, se entrapa la discusión central en un análisis adicional sobre una imputación que debe cerrarse, sin más, a nivel de las audiencias preliminares de acusación. Su defecto, indudablemente, genera más caos y retraso en la administración de justicia.

Entonces, si el juez de «garantías» no garantiza -con perdón por la redundancia- el respeto de las normas relativas de la imputación concreta, pretendiendo saltarse con garrocha el derecho del imputado de conocer a cabalidad los cargos, pretendiendo trasladar la responsabilidad al juez de juzgamiento, a fin que, con errores, decida sobre una responsabilidad penal, ¿cómo se debería dar solución a esta práctica incorrecta?

### II.3. Criterio constitucional y anulación de juicio en pleno trámite: Caso «Cócteles»

En principio, conviene señalar que el Pleno del Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 02803-2023-HC/TC Lima del 21 de noviembre de 2024, resolvió declarar fundada en parte la demanda interpuesta por José Chlimper Ackerman, y nula la acusación fiscal, ordenando la emisión de una nueva acusación fiscal.

Este proceso constitucional se inicia con la interposición de una demanda constitucional por parte del beneficiario José Chlimper Ackerman, contra el Primer Despacho de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios Equipo Especial, contra el Juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, así como contra los procuradores públicos, tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público.

Se denuncian tres situaciones: a) vulneración del principio de legalidad procesal penal y derecho de defensa, b) motivación de las resoluciones judiciales y c) derecho a ser informado de la imputación detallada y oportuna. Además, peticona que se retrotraiga al estadio anterior a la acusación. Veamos lo que se precisa en el rubro antecedentes:

Alega que la acusación fiscal y la Resolución 28 vulneran gravemente el principio de legalidad procesal, ya que contravienen de forma manifiesta lo dispuesto en el artículo 349, inciso 2, del

nuevo Código Procesal Penal, norma que consagra el criterio de inmutabilidad absoluta entre los hechos la investigación preparatoria y aquellos posteriormente contenidos en el requerimiento acusatorio. Asevera que durante la investigación preparatoria nunca se le informó de los cargos que se le atribuyen en la acusación fiscal, lo cual vulnera sus derechos de defensa y a ser informado de la imputación (...) [pág. 2]

Así, en el fundamento 42, de la referida sentencia constitucional, se indica que «la acusación debe contener un desarrollo básico de la imputación; solo así cobra sentido la afirmación de que el imputado tiene derecho al conocimiento previo de los cargos de la imputación fiscal, con la debida anticipación del caso». Más adelante, en el fundamento 44, hace alusión a la acusación sorpresiva, en los siguientes términos:

La acusación sorpresiva se configura cuando un ciudadano es notificado de estar siendo investigado por determinados hechos, sobre los cuales –atendiendo al estadio procesal en el que se encuentra– tiene posibilidades de defensa muy limitadas, o no las tiene en absoluto; lo que acarrea la vulneración de su derecho al debido proceso.

Esta sentencia constitucional es puesta en conocimiento de los jueces del Tercer Juzgado Penal Colegiado Nacional, quienes venían tramitando juicio oral contra Keiko Sofía Fujimori Higuchi y otros, en el Exp. N.º 00299-2017-304-5001-JR-PE-01, por parte de los enjuiciados.

Así, tras el debate respectivo, por mayoría, los magistrados resuelven declarando fundando el pedido, y nulo el auto que cita a juicio oral, además, disponen de oficio la aplicación de los efectos de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 02803-2023-HC/TC, vale decir, la sentencia que ordena se presente nueva acusación fiscal. El fundamento central para decantarse por esta decisión fue la siguiente:

Es evidente y no lo ha contradicho el Ministerio Público que de las 19 subsanaciones de la acusación fiscal existen imputaciones que el Tribunal las denomina «acusaciones sorpresivas» que afecta el debido proceso, derecho de defensa, la postulación probatoria e incluso el plazo razonable para los acusados en este proceso, dado que resulta evidente las irregularidades en esa fundamental audiencia de control de la acusación que sanea la misma, para que un juicio oral, público y contradictorio se efectúe con respeto a las garantías mínimas que señala la Constitución Política y que habrían sido afectadas en perjuicio de los acusados, lo cual no ha ocurrido en el presente (...) ¿Cómo continuar el juicio si precisamente existen acusaciones sorpresivas que van a incidir en la posible sentencia que pueda emitir este órgano jurisdiccional? (...) la defensa de los acusados sostiene que las imputaciones sorpresivas han afectado el derecho de defensa. así la defensa de la acusada Tarazona Martínez de Cortes ha precisado que la acusación primigenia del 11 de marzo del 2021 adicionó nuevos hechos incorporados por lo que solicito se devuelva la acusación al Ministerio Público al haberse trasgredido el principio de congruencia procesal, pero el Ministerio Público lejos de subsanar en forma ilegal seguía adicionando hechos sin posibilidad de que la defensa pueda cuestionarlos lesionando el derecho de defensa (...).” [fundamento 15]

Comparto las decisiones adoptadas tanto por el máximo intérprete de la Constitución como por los magistrados que venían conociendo el juicio en el caso «cócteles», pues la imputación constituye el objeto del proceso penal, la médula, el núcleo o, si se quiere, el “meollo del asunto”.

Si el fiscal, por defecto de conocimiento, negligencia u otra circunstancia, no efectuó una correcta imputación a nivel de la investigación, esta «anomalía» no debe repercutir de forma alguna en los derechos del imputado, en lo concerniente a la legalidad procesal y al derecho fundamental de defensa, no hacerlo reflejaría un ánimo sediento del aparato estatal (fiscal y judicial) de enjuiciar a mansalva, sin más, con el solo apasionamiento del castigo.

Reitero, si no se imputó bien no se puede enjuiciar bien, en consecuencia, o nos remitimos a lo

atribuido en la investigación o nos encaminamos por otras salidas, como la presentación de un requerimiento de sobreseimiento, decisión que también es objetiva siempre que se observen las causales que la ley establece para adoptar dicha decisión.

#### **II.4. Casuística**

Asumí la defensa de un ciudadano ayacuchano en el proceso penal que se le sigue por la comisión presunta del delito de lavado de activos, en sus modalidades de conversión, transferencia y transporte. Dicho proceso se viene ventilando en el Exp. N.º 00499-2019-36-0302-JR-PE-01 (cuaderno de acusación), ante el Juzgado de Investigación Preparatoria de Andahuaylas.

Notificado con el requerimiento acusatorio, dentro del plazo de diez días, conforme estipula la norma adjetiva, formulamos observaciones formales, por considerar a la acusación un requerimiento sorpresivo, al verificar que en la plataforma fáctica se consideraban hechos «sustancialmente» distintos a los considerados en la disposición de formalización de investigación preparatoria.

Para tal efecto, en primer lugar, precisamos los hechos que se consideraron en la disposición de formalización, en la que únicamente se indicó: **a)** mi defendido, junto a su hermano, fueron intervenidos el 29 de marzo de 2019 en el Km 662-+800 (vía Andahuaylas - Ayacucho), transportando \$ 7,500.00, **b)** se presume que mi defendido y su hermano, producto de actividades del tráfico ilícito de drogas se habrían beneficiado económicamente, a través de actos de conversión y transferencia de dinero y bienes, además de transportar y trasladar dinero dentro del territorio nacional.

Seguidamente, presentamos con la amplitud necesaria los hechos que se consideraron en el requerimiento acusatorio, en la que se precisaron los siguientes hechos:

##### ***Circunstancias precedentes***

1. Mi defendido, junto a otro hermano no comprendido en el proceso penal, fueron investigados y condenados por el delito de tráfico ilícito de drogas, por hechos acaecidos el 08 de agosto de 2020.
2. Presenta desbalance patrimonial por S/. 4,122,094.77.
3. Se detectaron depósitos no sustentados por S/. 3,975.175.38.

##### ***Circunstancias concomitantes***

4. Realizó múltiples adquisiciones y ventas de vehículos durante el periodo de la investigación, la mayoría transferidos a terceros.
5. Las declaraciones juradas sobre el precio de venta no concuerdan con los precios consignados en las escrituras públicas.
6. El patrón de compraventas por precios subvalorados indica una tentativa de encubrir el origen ilícito de las ganancias.
7. Estas transacciones permiten ocultar o disimular el verdadero origen ilícito del dinero.
8. Realizó el abono de considerables sumas de dinero, en moneda nacional y extranjera, no sustentados.
9. Mantiene diferentes cuentas en moneda nacional y extranjera.

##### ***Circunstancias posteriores***

10. Incremento patrimonial desproporcionado.
11. Condena por tráfico de drogas.

Se indicó, finalmente, que el único hecho que se mantuvo inmutable fue el relativo a la transportación de dinero en efectivo. Por lo que, en virtud de lo que establece el art. 349 inc. 2 del Código Procesal Penal, en la que se señala que la acusación solo puede referirse a hechos y personas

incluidas en la disposición de formalización de investigación preparatoria, peticionamos que se le devuelva la acusación al fiscal a efectos que corrija ese defecto y solo considere los hechos plasmados en la ya precitada disposición de formalización. Para que no se distraiga en el análisis y decida conforme a ley, también se le informó al juez que no se emitió disposición alguna que haya ampliado o integrado los hechos considerados en la formalización.

Pese a la explicación razonada de nuestra postura, con la sustentación jurídica respectiva, haciendo mención a la jurisprudencia, doctrina e incluso a la misma norma legal, la misma que no merece concienzuda interpretación, el juez desestimó nuestra observación, al señalar que la investigación es progresiva y que, conforme al avance de la misma, se han ido acopiando mayores datos, por lo que no habría afectación al derecho de defensa, indicando que todas las diligencias fueron notificados al imputado, manifestando finalmente sobre la acusación sorpresiva que únicamente esta se da cuando se limita el derecho de defensa y no se comunica los hechos por el cual se investiga. En suma, también se comete un vicio en la motivación (motivación aparente), y convalida un acto fiscal plagado de errores.

Si bien esta resolución no es impugnabile, conforme ya apuntamos *ut supra* si es impugnabile el auto de enjuiciamiento, siempre que se afecte la imputación. Evidentemente esta incorrecta decisión judicial, con los vicios ya indicados, debería ser anulado por la Sala en el momento procesal oportuno.

¿Qué podría generar esta decisión judicial? La respuesta es sencilla, una mayor recarga procesal, que no únicamente congestiona la administración de justicia, sino también retrasa esta para casos donde los justiciables esperan una respuesta más oportuna del órgano jurisdiccional.

¿Por qué, entonces, asumimos que, en veces, los imputados son concebidos como un mero número de expediente? La razón que emerge de forma natural en mi percepción la asimila a una máquina fabricadora de utensilios, pues no importa quién es o si siente, solo se deben generar más procesos penales y más condenas, para hacer ver a la población que la justicia es eficaz, cuando más personas son internadas en las cárceles.

### III. Conclusiones

1. La médula de la imputación debe estar debidamente delineada antes que se concluya la investigación, ya que el Fiscal tiene la facultad de integrar o aclarar la plataforma fáctica, en virtud de la naturaleza progresiva de la investigación, por ende, es responsabilidad del ente persecutor ser diligente en esta tarea.
2. Si el Juez omite realizar, a pedido de parte o de oficio, un control sobre la imputación, y continúa con el trámite del requerimiento acusatorio, esta puede ser impugnada al momento de emitirse el auto de enjuiciamiento, lo que entrapa el proceso y la torna más intrincada y lenta, contrario al principio de celeridad procesal.
3. Ya un Juzgado Penal Nacional anuló un juicio mediático en trámite, lo que sienta un precedente, a fin que los jueces de investigación preparatoria sean más acuciosos en la tramitación de un cuaderno de acusación. Este deber no escapa de la debida diligencia en la actuación fiscal.
4. Cuando se procesa a alguien, limitando o violando sus derechos fundamentales, se trata a la persona como a un número de expediente y no como a un ciudadano con derechos reconocidos.

#### IV. Referencias bibliográficas

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel (1996). *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. Universidad de León, España.

ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy (2015). *Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial. Tomo I*. Gaceta Jurídica, 1ra edición, Lima.

HANS, Kelsen (1989). *El otro Kelsen*. 1ra edición, UNAM, México.

LANDA ARROYO, César (2000). *Dignidad de la Persona Humana*. Revista Ius Et Veritas, PUCP, Lima.

MENDOZA AYMA, Francisco Celis (2010-2011). *Imputación concreta. Aproximación razonable a la verdad*. Revista Oficial del Poder Judicial. Año 4-5, N.º 6 y N.º 7.

#### **Resoluciones judiciales**

Tercer Juzgado Penal Colegiado Nacional. Auto expedido en el Exp. N.º 00299-2017-304-5001-JR-PE-01 (13 de enero de 2025)

Corte Suprema. Sala Penal Especial. Tutela de Derechos N.º A.V. 15-2018 (10 de diciembre de 2018)

#### **Resoluciones del Tribunal Constitucional**

Pleno del Tribunal Constitucional. Sentencia expedida en el Exp. N.º 02803-2023-HC/TC Lima (21 de noviembre de 2024)

Tribunal Constitucional. Sentencia expedida en el Exp. N.º 01394-2022-PA/TC Arequipa (13 de marzo de 2024)

# La argumentación jurídica como estrategia para el uso racional de la prisión preventiva

## *Legal argumentation as a strategy for the rational use of preventive detention*

John Glicerio Barboza Navarro\*

### Resumen

La prisión preventiva como medida cautelar más debatida en el proceso penal contemporáneo, representa el instrumento legal más violento del Estado en el ejercicio de su potestad y es una institución jurídica en serio conflicto con el derecho a la presunción de inocencia. En Latinoamérica, no obstante, de los esfuerzos de la reforma procesal, su aplicación sigue siendo muy extendida. Dicha problemática exige a los operadores jurídicos un reto tendiente a la reducción de su uso excesivo. A tan encomiable propósito, se pretende contribuir con este artículo, al plantear el empleo de la argumentación como estrategia para su reducción significativa.

**Palabras clave:** *Prisión preventiva, argumentación jurídica, presunción de inocencia.*

### Abstrac

Preventive detention, the most debated precautionary measure in contemporary criminal proceedings, represents the most violent legal instrument of the State in the exercise of its power and is a legal institution in serious conflict with the right to the presumption of innocence. In Latin America, despite the efforts of procedural reform, its application continues to be very widespread. This problem requires legal operators to challenge themselves to reduce its excessive use. To this commendable purpose, this article aims to contribute by proposing the use of argumentation as a strategy for its significant reduction.

**Key words:** *Preventive detention, legal argument, presumption of innocence*

---

\* Abogado, con estudios de maestría con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, y actualmente viene cursando estudios de Doctorado por la misma casa superior de estudios, correo jbarbozanavarro26@gmail.com

## I. Introducción

En el quehacer cotidiano, el juez de garantías a menudo colisiona con requerimientos fiscales de prisión preventiva, como mecanismo para garantizar la eficacia procesal que, acorde a un estudio empírico realizado en el módulo penal de Huamanga, en casi la totalidad de los casos es declarado fundada, ordenando el internamiento preventivo del imputado. Esta situación trae como consecuencia la afectación a la presunción de inocencia de los procesados, al derecho fundamental a ser juzgado en un plazo razonable; aunado a ello congestiona aún más los presidios que por sí ya son sobrepobladas en demasía.

El uso no racional de la prisión preventiva para garantizar los fines del proceso penal, no es un fenómeno aislado, sino parte integrante del llamado expansión o inflación del derecho penal represivo. En Latinoamérica:

Se ha llegado a una respuesta fácil que ha sido asumida por los partidos políticos: poca política social, reducción de garantías y punitivismo. La política se concentra, en el tema de la seguridad, convirtiendo al sistema político en un Estado de la seguridad personal. En ello sólo interesa la violencia proveniente de las clases subalternas o marginadas. Se llega a violencia estatal sin límites en función de una represión eficaz. En nombre de la sacralización de la seguridad se autorizan los excesos que se acercan a la vigencia de un estado policial. (Cruz, 2015, p. 688)

Con la reforma procesal penal con motivo de la vigencia del nuevo código procesal penal, se esperaba una reducción significativa en el uso de la prisión preventiva, sin embargo, su utilización sigue siendo muy elevado. Analizando las consecuencias que acarrea no solo para el imputado sino para el Estado y la aprobación del mismo sistema de justicia penal, hemos indagado las posibles alternativas que van desde la modificación legislativa que eleve a diez años la pena requerida en uno de los presupuestos, pasando por la estrategia fiscal de asegurar al imputado en la fase de ejecución de sentencia y no en la etapa de investigación, hasta llegar a la estrategia judicial del empleo de la argumentación jurídica. En ese sentido, creemos que la argumentación jurídica de los autos de prisión preventiva se constituye en una estrategia promisorio para regular su aplicación racional.

## II.- Problemática de la aplicación generalizada de la prisión provisional

En la disciplina de la teoría cautelar personal, el análisis de la prisión preventiva es el más importante, porque no sólo constituye el instrumento legal más violento que posee un Estado en el ejercicio de su potestad, sino que también se presenta como una institución en serio conflicto con el derecho a la presunción de inocencia. En términos Del Río «el *problema de la prisión preventiva es el problema fundamental del proceso penal*» (2016, p.16). Para Llobet es «*el talón de Aquiles del proceso penal latinoamericano*, en la medida que una característica de la práctica judicial ha sido la gran extensión que ha tenido la aplicación de la prisión preventiva» (Del Río, 2016, p. 16)

Con la expansión del derecho penal simbólico (en términos de Hassemer), o derecho penal mágico (sustantivo usado por Delmas-Marty) o Derecho Penal del Enemigo (en palabras de Jakobs), a nivel global, durante las últimas décadas, se está priorizando el primero de los aspectos precedentemente aludidos, la prisión provisional es una herramienta insoslayable en el proceso penal contemporáneo; es decir:

Más que una antesala de la condena, estamos ante el anuncio de que la pena aplicable será privativa de libertad, en una época en la que (...), la pena, y dentro de ella la de prisión, ha sido y es el instrumento más demandado dentro del sistema penal, y uno de los más visible del ordenamiento jurídico en general, y, a la vez, el más utilizado por una sociedad donde parece crecer la sensación de peligro (...) hasta convertirse en una hipotética sociedad de riesgo en la que se dan impulsivas reacciones a convicciones allanadas pro influencias mediática y por determinadas ideologías que conducen al incremento de la alarma social y la permanente

exigencia de un endurecimiento de los medios de reacción penal. (Gotte & Medina, 2016, pp. 206-207)

En coherencia con lo que ocurre en la doctrina y la dogmática del derecho penal y derecho procesal penal a nivel internacional, el Perú no ha sido ajeno al fenómeno de la sobrecriminalización. En palabras Del Río:

En el Perú durante mucho tiempo, nos hemos mantenido sólo en la primera premisa. Hemos comprendido que la prisión preventiva, pese a su violencia, es un elemento imprescindible para asegurar el proceso; sin embargo, lejos de construir un marco de aplicación excepcional, subsidiario, **ha existido un abuso de la prisión preventiva**. Este problema radica en dos motivos fundamentales: 1) no ha existido una dogmática y doctrina jurisprudencial sólida que permita a los actores del proceso penal trabajar con fundamentos serios en el ámbito de la justificación de la utilización de la prisión preventiva y sus alternativas; y, 2) han existido instrumentos alternativos escasos para el aseguramiento del desarrollo y resultado del proceso penal, que han contribuido a una utilización indiscriminada de la prisión preventiva. (2016, p.17)

En el nuevo sistema procesal penal, la prisión preventiva se resuelve en una audiencia pública, regida por los principios de publicidad, contradicción, intermediación y oralidad. El hecho de que los jueces de garantías resuelvan adecuadamente los requerimientos de la prisión preventiva, depende no solo de que comprendan la naturaleza excepcional de la misma, sino también de la comprensión que tengan del Modelo Procesal adoptado por nuestro sistema jurídico y, aunado a ello, la capacidad argumentativa del magistrado. Ésta última puede constituir una estrategia adecuada para reducir el porcentaje el uso de la medida cautelar personal en cuestión.

## II.1. Prisión preventiva y presunción de inocencia

La problemática de la prisión preventiva a nivel global, de Latinoamérica y del Perú, está vinculado, entre otros, con el populismo punitivo, *la sobrepoblación carcelaria*, vulneración del derecho de la presunción de inocencia de las personas involucradas en la comisión de actos ilícitos.

Aún cuando teóricamente se puede sostener que el proceso penal respetar el principio de inocencia, una vez que el imputado es internado preventivamente en los establecimientos penales, se crea en la sociedad el estigma de una persona culpable, cuya posterior absolución y/o excarcelación difícilmente podrá limpiar dicha estampa.

## II.2. Prisión preventiva y sobrepoblación penitenciaria

Las cárceles o los presidios, en la mayor parte de los países están sobrepobladas. Esta es otra problemática seria del Derecho Penal y Procesal Penal:

Hemos dicho que hay una pena de muerte aleatoria también por *ningún delito*, porque alrededor del 70% de los presos de la región no están condenados, sino sometidos a medidas cautelares (prisión preventiva). De esa cifra, entre el 20% y el 25% será absuelto o sobreseído, o sea, que se halla en prisión por nada y para nada. (Zaffaroni, 2012, p.313)

Para nadie es un misterio: las cárceles son centros de violencia y escuela de la delincuencia. Pero allí, no están los criminales dorados o de cuello blanco, sino, en su gran mayoría el sector marginado. En palabras de Zaffaroni: «En los países ricos, las cárceles tienden a convertirse en instituciones de *tortura blanca* (sin predominio de violencia física) y en los pobres en campos de concentración, con muertes frecuentes (masacre por goteo) y brotes de muertes masivas (*motines*)» (2012, p.310)

Las cárceles pueden ser públicas o administradas por empresas particulares, éstas últimas son las más costosas y solo ha funcionado en Estados Unidos. Una política criminal del encierro, sea

cual fuere el régimen de administración, requiere de recursos:

Estados Unidos ha seguido la Política citada, pues de 1980 a 1995 la población reclusa aumentó un trescientos por ciento. Un millón y medio de personas sufren prisión, con una proporción de 500 por cada cien mil personas, mientras que en Europa dicho índice es de 70-100 por cada cien mil personas. (Cruz, 2015, p. 698)

Los porcentajes de presos por determinada cantidad de habitantes varían abismalmente entre los diversos países del mundo. Así mismo, dicha fluctuación se observa en relación a los presos con condena y sin condena. Según Zaffaroni:

Las tasas de uso de la prisión en el mundo varían al infinito: en la cúspide se halla Estados Unidos con los casi 800 por 100.000 habitantes, seguida por la Federación Rusa con cerca de 600 por 100.000 habitantes (...). Inversamente, entre los países que hacen un uso muy inferior de la prisión se hallan Finlandia con 71 por 100.000 (menos de una décima parte de la tasa norteamericana) y una tasa de homicidio de 2,90; Australia con 117 por 100.000 habitantes y una tasa de homicidio de 1,87; Canadá –como vimos– con 116 por 100.000 y una tasa de homicidio de 1,77; Nueva Zelanda con 118 presos por 100.000 habitantes y una tasa de homicidio de 2,50. (2012, p.311)

En la región de América Latina, antes de la reforma penal y procesal penal, del sistema inquisitivo al acusatorio, las cifras de los presos sin condena han sido sumamente preocupante. Como nos ilustran Riego y Duce (2009, p.18), entre el período 1978 a 1992, se tenían los siguientes porcentajes: Paraguay, 94%, Bolivia, 90%, El Salvador, 83%, Colombia, 74%, Chile, 52%, Ecuador, 64%, México, 74%, Perú, 71%, República Dominicana, 80%, Uruguay, 77%, Venezuela, 74%, Panamá, 67% y Honduras, 58%.

Para el 2011, según cifras reveladas por Gotte & Medina, (2016), en América Latina, "Los países con mayores cifras de presos sin condena eran: Paraguay, 71%, Panamá, 70%, Uruguay, 66%, República Dominicana, 64%, Guatemala, 53%, Honduras, 51%, Ecuador, 45%, Brasil, 44%, México, 43%" (p. 204)

A nivel de la estadística en Latinoamérica, desde la reforma en los Códigos Procesales Penales iniciada en los años noventa, hasta la actualidad, se objetiva relativa mejoría, pero aún no es suficiente. Como detalla Del Río:

Si bien es cierto que en Latinoamérica el panorama de los presos sin condena ha mejorado, según los datos existentes entre los años 2011 y 2013, el porcentaje de presos sin condena sigue siendo un problema central de la región: Bolivia (73%), Paraguay (72%), Venezuela (67%), Panamá (66%), Uruguay (66%), República Dominicana (64%), México (59%), Argentina (52%), Guatemala (51%), Honduras (50%), Brasil (44%) y Ecuador (40%). Estos son porcentaje muy altos, probablemente los únicos países que se acercan a números razonables en la materia son Colombia (31%), El Salvador (26%), Costa Rica (23%) y Chile (20%).

En el Perú, la estadística de enero del 2015 ofrece un porcentaje de 49.79% de internos procesados y 50.21% de internos sentenciados. Un número que (...) sigue siendo muy alto y (...) se debe persistir en el esfuerzo de establecer el instituto de la prisión preventiva, como una auténtica excepción a la regla de la libertad. (2016, p.16)

En consecuencia, la prisión provisional en América Latina y en el Perú, necesariamente está vinculado con el escenario existente en las cárceles donde deben permanecer las personas a las que se debe aplicar dicha medida cautelar, junto a los sentenciados (pues no existe un sistema de clasificación adecuado que haga la distinción entre presos preventivos y presos con condena definitiva):

Como caracterización general, con diferencias entre países, los sistemas penitenciarios de la región tienen desde hace muchos años graves deficiencias, hay alta violencia, numerosas muertes y delitos que ocurren al interior de los presidios, muchos de ellos cometidos en su interior, pero con efectos fuera de ellos, y gravísimas violaciones a derechos humanos tanto de las personas

privadas de libertad como de las personas funcionarias. (Gotte & Medina, 2016, p.203)

La sobrepoblación carcelaria vulnera los derechos fundamentales y es un riesgo de vida más alto que de la vida en sociedad. «Las frecuentes masacres por goteo hacen que la pena de prisión se convierta en una pena de muerte aleatoria, por cualquier delito e incluso por ningún delito. El riesgo de victimización homicida suele superar veinte veces el de la vida libre» (Zaffaroni, 2012, p.312-313)

La prisión preventiva y la consiguiente sobrepoblación carcelaria, no ocurre en el vacío dogmático y criminológico. Se erige sobre la base de causas o factores diversos. Al respecto, Zaffaroni, hablando a cara descubierta, nombrando las cosas por su nombre, expresa:

La expresión *medida cautelar* –tomada del proceso civil– es un claro *eufemismo*, que siempre es una forma de lenguaje encubridor, propio de todo poder punitivo de modelo inquisitorial; Spee lo hacía notar cuando los inquisidores llamaban *confesión voluntaria* a la que prestaba la mujer después de haber sido colgada y descoyuntada, y *no voluntaria* sólo cuando se aplicaban otras torturas. Los nazis usaban términos como *tratamiento especial, alejamiento, internación especial, limpieza, solución*. Nosotros escondemos la pena sin condena como *medida cautelar*. Poco importa que al fin la persona resulte sobreseída o absuelta, porque socialmente cargará con un estigma, dado que la criminología mediática publica su detención, pero no su liberación, cuando no la crítica: *por algo habrá sido, zafó de casualidad, tuvo un buen abogado, tuvo suerte, arreglaron con los jueces, etc.* (2012, p.313)

### II.3. Prisión preventiva y presión mediática

La presión mediática, los intereses privados de los empresarios, la voz de la sociedad civil... son factores que influyen en el uso desmedido de la prisión preventiva y con ello el ascenso en espiral de la sobrepoblación y hacinamiento penitenciario:

La *prisionización sin causa* en forma de prisión preventiva no es ninguna excepción, sino una práctica corriente, con la que los jueces se protegen de la criminología mediática, de los políticos y de sus propias cúpulas, pues se decide conforme al grado de *peligrosidad política* que experimenta el juez, o sea, de *peligrosidad judicial, entendida como el grado de peligro que una liberación, absolución o excarcelación puede depararle al juez.* (Zaffaroni, 2012, p.313)

La prisionización provisional es uno de los elementos visibles de la expansión del Derecho Penal represivo en una sociedad sensacionalista de riesgo, en cual la presión mediática no es la única causa. Como parafrasea Cruz:

Entre los factores que han contribuido a ello está la sensación social de inseguridad y el papel de los medios de comunicación en su construcción, la pasividad del ciudadano y el derecho penal como protector, lo mismo que la identificación social con la víctima del delito y no con el autor. Se ha llegado a una respuesta fácil que ha sido asumida por los partidos políticos: poca política social, reducción de garantías y punitivismo. (2015, p. 688)

Uno de los principios del Derecho Penal liberal constituye el principio de mínima intervención, última ratio, intervención residual, fragmentaria y frente a la lesión de bienes jurídicos importantes; sin embargo:

La racionalidad del simplismo punitivo se ha disfrazado de fórmulas aparentemente efectivas, asumiendo que con la expansión del derecho penal se asegura una mejor convivencia social, aumentando las expresiones de la violencia estatal. En términos simples, el espíritu de esta expansión es un derecho penal del enemigo, convirtiendo al delincuente en un enemigo, situación que puede propiciar los extravíos del derecho penal de autor. Parece poco razonable la orientación expansiva del derecho penal, introduciendo, con generosidad, nuevos tipos penales, agravando

los existentes y aplicando la represión a los actos previos a la ejecución. (Cruz, 2015, pp. 701-702)

En resumen, según los datos estadísticos expuestos, en los diferentes países de Latinoamérica incluida el Perú, el uso de la medida cautela personal de la prisión preventiva incide en la sobrepoblación penitenciaria.

### III. La argumentación como estrategia para reducir la prisión preventiva

La argumentación jurídica de los autos que resuelven los requerimientos de prisión preventiva, se constituye en una estrategia promisorio para regular su aplicación racional, en una época, en la cual, la utilización excesiva de la medida cautelar sacada a colación, se ha extendido en nuestro país al igual que otros países del continente latinoamericano, trayendo como consecuencia, el hacinamiento carcelario, la afectación al derecho fundamental a la presunción de inocencia, al plazo razonable y a la dignidad humana de los reclusos.

Desde la perspectiva de la Teoría de la Argumentación Jurídica (en adelante TAJ), la motivación o argumentación jurídica, es un asunto central en el quehacer jurídico de los magistrados, por tanto, el desarrollo de la competencia argumentativa en la formación académica profesional tanto de pregrado como de posgrado o de formación continua de los futuros magistrados se hace evidente y salta a la mente.

La labor del juez se resume prácticamente a formular argumentos para adoptar decisiones y; en el caso del juez de garantías, para motivar en forma especial la prisión preventiva, pues se trata de limitar el derecho fundamental a la libertad del imputado. Es tan alto su importancia, hasta tal punto que la diferencia entre buenos y malos magistrados puede distinguirse a partir de la capacidad de argumentación. En esa línea de pensamiento, Gascón y García, se preguntan: ¿por qué hay buenos y malos abogados, jueces o fiscales? ¿qué marca la diferencia entre un buen jurista y otro que no lo es? (2015) y se responde, la diferencia reside en su capacidad para argumentar.

En contraposición a la corriente positivista, tal y como concibe Dworkin, el operador jurídico no es un mero intérprete y aplicador de las normas jurídicas, sino un auténtico creador del Derecho, a la luz de la justicia y la equidad. El juez, no es un mero aplicador del derecho positivo o escrito, sino creador, activo y dinámico. De modo que, en la argumentación jurídica de las decisiones judiciales, por citar, en los autos de prisión preventiva, con el planteamiento de Dworkin, transitamos de un Juez legalista, aplicador de normas, a un Juez constitucionalista, regido por principios. En términos del autor Tuesta (2016), en el presente siglo ya vivimos un nuevo paradigma: del Juez en el Estado Constitucional de Derecho, frente al paradigma del Juez en el Estado de Derecho Legislativo. En otros términos:

El razonamiento formalista —meramente legalista— es producto de un paradigma en la concepción y aplicación del Derecho: el Estado de Derecho Legislativo. Ahora estamos viviendo la vigencia de un paradigma distinto: El Estado Constitucional de Derecho.

El cambio del paradigma del Estado de Derecho Legislativo (EDL) al del Estado Constitucional de Derecho (ECD) implica necesariamente un cambio en el tipo de argumentación que corresponde desarrollar para sustentar una decisión jurídica. La justificación jurídica en el EDL, vista desde la perspectiva del EDC, presenta serias limitaciones al agotarse en el mero razonamiento subsuntivo. En el ECD las razones formales (la sola invocación de la ley) no son suficientes para considerar válida una decisión. (Tuesta, 2016, p.22)

En las resoluciones judiciales que deciden sobre los requerimientos fiscales de prisión provisional en nuestro país, los jueces de garantías de los diversos juzgados de investigación preparatoria, no solo aplican las normas procesales sobre el particular, en el sentido limitado como el positivismo, sino argumentan en base a principios constitucionales. Estos principios, como normas rectoras o generales, en términos de Dworkin (1989), no decretan los resultados judiciales, sino que más bien inclinan el juicio hacia uno u otro lado.

La aplicación del Derecho y de la argumentación jurídica, analizada desde dicha perspectiva, es guiada por unas avenidas que representan los principios generales del derecho, de cuyo carril no puede desviarse una decisión judicial, como la que decide sobre la restricción o no de la libertad personal. De hecho, aún existen jueces positivistas en nuestro país, sin embargo, mediante la Casación N° 626-2013-Moquegua, referente a la prisión preventiva, la Corte Suprema de la República ha establecido con carácter vinculante, el debate y la motivación del principio de proporcionalidad de la medida en las resoluciones de prisión preventiva. De modo que, si aún existieran atisbos de jueces positivistas de formación académica, a raíz de esta jurisprudencia, transitarán obligatoriamente a un Juez Constitucionalista, intérprete y aplicador de normas sí, pero a la luz de los principios constitucionales.

Los principios jurídicos son más trascendentes que las normas jurídicas en la TAJ. La aplicación del derecho no es solo la subsunción normativa al caso concreto, sino lo más importante es: estar guiado por los principios. Las decisiones judiciales no son acciones automáticas, sino auténticas reflexiones normativas orientadas a través de principios. (Dworkin, 1989). Éstos aluden y hacen referencia a la justicia y a la equidad y, no únicamente a la aplicación de la norma, pues si una norma no concuerda con los principios generales, no será aplicado por el juez de garantías.

Tanto en la doctrina de Dworkin como de Alexy, el conflicto entre los principios se resuelve mediante la ley de ponderación. En la motivación o argumentación del principio de proporcionalidad de la medida como de la prisión provisional, siguiendo la jurisprudencia alemana sobre la base de las ideas de Alexy, se sigue tres pasos: motivación de la idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

El principio sacado a colación, conocido en la doctrina como proporcionalidad de injerencia o principio de razonabilidad, es un principio de rango constitucional, aplicable en casos de injerencia ante un derecho fundamental como la libertad, la vida, defensa, entre otros.

Merced a este principio, se evalúa el conflicto entre dos derechos fundamentales, a fin de inclinar la balanza respecto a uno, para poder restringir el otro. Según Aguado (2010), cuando se evalúa la intervención estatal sobre un derecho fundamental, lo primero que se debe evaluar es la proporcionalidad de la medida. Además, la proporcionalidad se evalúa durante la creación, aplicación y ejecución de las sanciones.

De hecho, nuestra Constitución Política vigente, ha recogido en el artículo 200, último párrafo. El máximo intérprete de la constitución peruana, siguiendo la técnica alemana, sugiere que la evaluación de sus subprincipios debe realizarse en forma sucesiva: idoneidad, necesidad y ponderación.

Acorde al Tribunal Constitucional, el subprincipio de idoneidad, implica evaluar «si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar» (STC, EXP. N° 579-2008-PA/TC-Lambayeque, FJ. 25):

Lo que exige este primer juicio es que la medida elegida como medio para alcanzar el fin no resulte desde todo punto de vista absolutamente incapaz para conseguir la finalidad que se persigue. De manera que, por ínfima que sea la afectación de un derecho fundamental, si tal restricción es manifiestamente inútil, será una medida desproporcionada por no idónea e irrazonable. En cualquier caso, y dado que se presume la constitucionalidad o legalidad de las actuaciones estatales, en caso de duda se ha de estar por la idoneidad de la medida.

El subprincipio de necesidad permite verificar si existen otros medios alternativos igualmente eficaces para lograr el mismo fin. Referente a este subprincipio de necesidad, el Tribunal Constitucional, menciona que evaluar:

Si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. (STC, EXP. N° 579-2008-PA/TC-Lambayeque, Fund. 25)

El propósito de comparar dos medios igualmente eficaces se realiza para elegir aquella que resulta menos intensa en relación a la intervención del derecho fundamental. Para mayor abundamiento:

Este principio reclama que de dos medios que benefician a P1 por igual, es decir que con vista a P1 son similarmente idóneos, se deberá elegir aquella herramienta que constituya la injerencia menos intensa en P2. Si existe un medio menos incisivo e igualmente idóneo, una posición podrá ser mejorada sin perjudicar a la otra. Bajo esta condición P1 y P2 en conjunto exigen que se emplee la herramienta que implique la injerencia menor.

Sobre el subprincipio de ponderación, según el Tribunal Constitucional, implica evaluar «la ponderación entre principios constitucionales en conflicto». (STC, EXP. N° 579-2008-PA/TC-Lambayeque, Fund. 25) Para Alexy, esta ley, dice:

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. Entre otras cosas, la ley de ponderación excluye una intensiva injerencia en el principio P1, justificada apenas por una importancia escasa del cumplimiento del principio colisionante P2. Una solución tal no constituiría una optimización de P1 junto con P2. (2019, p. 240)

Respecto a la argumentación, los principios jurídicos necesariamente necesitan ser argumentadas y no solo invocadas. Argumentar implica una técnica jurídica consistente en exponer las razones por las cuales se adopta una decisión judicial en uno u otro sentido. El cual es importante e imprescindible en nuestro sistema jurídico, más aún, tratándose de decisiones que tienen que ver sobre la libertad personal, la motivación o justificación debe ser cualificada. Según reflexiona Tuesta (2016), la argumentación de la decisión jurídica es el centro de la actividad del magistrado. Todo cuanto se produce dentro de un proceso judicial tiene que estar orientado a obtener insumos para la justificación de la decisión jurídica.

Para que una resolución judicial sobre requerimiento de prisión preventiva esté justificada jurídicamente, por tanto, pueda convencer a los destinatarios, debe superar los parámetros de la justificación interna, externa y pragmatológica, pero sobre la base de una motivación en el marco del Estado Constitucional del Derecho al que nos referimos anteriormente.

#### IV. Conclusiones

1. La prisión preventiva no sólo es una medida que limita un derecho fundamental en favor de la eficacia procesal; sino, hoy por hoy, constituye el problema fundamental del derecho penal y procesal penal.
2. En Latinoamérica, no obstante, de los esfuerzos de la reforma procesal penal, su aplicación sigue siendo muy extendida, exigiendo a los operadores jurídicos un reto tendiente a su reducción significativa.
3. La argumentación jurídica se presenta como una estrategia promisorio para regular la aplicación racional de la prisión preventiva, en una época en la cual, su utilización se ha generalizado.

4. La labor de motivación de los magistrados es su actividad central, todo cuanto se produce dentro de un proceso judicial tiene que estar orientado a obtener insumos para la justificación de la decisión jurídica. Es tan elevada su importancia, hasta tal punto que la diferencia entre buenos y malos magistrados, se determina en relación a su capacidad para argumentar.

#### V. Referencia Bibliográficas

- Aguado, T. (2010). El principio de proporcionalidad en el derecho penal peruano. In. En Aguado, T. (Eds). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo* (pp. 257–296). Palestra.
- Alexy, R. (2019). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Palestra.
- Castillo, L. (2005). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano*. Universidad de Piura.
- Cruz, F. (2015). La violencia del derecho penal. Represión punitiva, discriminación y la postergación del estado social. En Tiffer, C. (Eds.). *Justicia penal, política criminal y Estados social de Derecho en el siglo XXI* (pp. 688-719). Ediar.
- Del Río, G. (2016). *Prisión preventiva y medidas alternativas*. Instituto Pacífico.
- Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en Serio*. Ariel.
- Gascón, M. y García, A. F. (2015). *La argumentación en el Derecho*. Palestra.
- Gotte, M. & Medina, A. (2016). La prisión preventiva en América Latina, en la era de la globalización y del expansionismo penal. En Arocena, G & Cuarezma, S. J. (Directores). *Luces y sombras de los procedimientos penales en América Latina* (pp. 191-230). Servicios Gráficos Managua.
- Tuesta, W. (2016). *Argumentación Jurídica*. Academia de la Magistratura.
- Zaffaroni, E. R. (2012). *Cuestión criminal*. Planeta.

## La necesidad de una reforma legislativa que garantice la tutela jurisdiccional efectiva en los procesos de alimentos entre concubinos

*The need for legislative reform that guarantees effective judicial protection in alimony proceedings between cohabitants*

Jhox Tineo Pérez\*

### Resumen

La presente sustenta la necesidad de una reforma legislativa que regule y garantice el derecho de asistencia alimentaria recíproca entre convivientes con el objeto de evitar vacíos jurídicos y sentencias desfavorables en procesos de Alimentos. El estudio concluye que la falta de una regulación legal completa para brindar tutela jurisdiccional efectiva en los casos de alimentos para convivientes decanta en una imposibilidad para los operadores jurídicos en incoar estas demandas; asimismo, desalienta a los propios justiciables (convivientes) a demandar alimentos para sí; en tal sentido, se recomienda al Estado adoptar medidas que aseguren una protección efectiva para los convivientes.

**Palabras clave:** *Convivientes, alimentos, asistencia recíproca, familia.*

### Abstract

The present document supports the need for legislative reform to regulate and guarantee the right to reciprocal food assistance among cohabitants in order to avoid legal gaps and unfavorable rulings in food support cases. The study concludes that the lack of comprehensive legal regulation to provide effective judicial protection in cases of food support for cohabitants results in an impossibility for legal operators to file these claims; and likewise, it discourages the cohabitants themselves from claiming food support for themselves; in this regard, it is recommended that the State adopt measures to ensure effective protection for cohabitants

**Key words:** *Cohabitants, food, mutual assistance, family.*

---

\* Abogado por la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, con estudios de maestría en Derecho Civil por la Universidad Los Ángeles de Chimbote y estudios de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga; actualmente desempeñándose como Defensor Público de Asistencia Legal de la Dirección Distrital de Defensa Pública y Acceso a la Justicia de Ayacucho del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, correo electrónico: [jtineo@minjus.gob.pe](mailto:jtineo@minjus.gob.pe)

## I. Introducción

De acuerdo a nuestra Constitución Política del Estado y nuestro Código Civil vigente, el derecho a los alimentos tiene una naturaleza jurídica basada en el deber de asistencia recíproca, el cual no solo emana de lazos consanguíneos, sino, también de relaciones de afinidad. De acuerdo con Rodríguez, dicho deber es una «mezcla de derecho patrimonial obligacional y de un derecho natural y personal que intrínsecamente interesa al sujeto y a la sociedad, orientado a la dignidad, el cuidado y la supervivencia del ser humano» (2018, p. 94).

De conformidad al Artículo 474 del Código Procesal Civil, existe una obligación recíproca de brindarse alimentos entre los cónyuges, los ascendiente y descendientes, y los hermanos. Específicamente, refiriéndonos sobre los cónyuges, su deber de brindarse alimentos no deviene de lazos sanguíneos, sino, se fundamenta en el vínculo matrimonial que los transforma en familia y por consiguiente, es objeto de protección para el Estado, empero, que también puede fenecer por divorcio; por tal motivo, a diferencia de los alimentos devenientes de lazos consanguíneos, estos tienen ciertas particularidades, como por ejemplo los señalados por Carmen Julia Cabello, en su ponencia desarrollado en el evento Realidad Jurídica de la Mujer en el Perú, organizado por la Academia de la Magistratura en el año 1996, estos son: ¿Se puede fijar alimentos cuando lo cónyuges hacen vida común?, ¿Se puede fijar alimentos en el caso de que vivan separados de hecho?, ¿Se puede fijar alimentos durante el período en el cual se gestiona la separación judicial o el divorcio?, ¿Se puede fijar alimentos una vez pronunciada la sentencia de divorcio?, y a partir del ello el autor también se hace las siguientes incógnitas, ¿Es posible fijar alimentos para una pareja de convivientes con las mismas consideraciones y particularidades que los cónyuges? y ¿Cuál es la regulación legal que obliga a los convivientes a brindarse asistencia alimentaria?, incógnitas que pese al tiempo transcurrido no fueron muy bien desarrolladas legislativamente por el Estado peruano; sin embargo, podrán ser objeto de análisis en el presente artículo.

## II. Análisis de la regulación normativa del derecho a alimentos entre convivientes

De la lectura al artículo 4 de la Constitución Política del Perú, advertimos que el Estado peruano protege a la familia y también al matrimonio, reconociendo a estas dos instituciones jurídicas como pilares fundamentales de la sociedad. Por otro lado, conforme advertimos del artículo 5 del mismo cuerpo constitucional el Estado peruano reconoce al concubinato como «aquella unión de un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial que forman un hogar de hecho; y, como consecuencia, crean una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales» (Constitución Política del Perú, Art. 5, 1993)

Traigo a colación, como introito, estos primeros textos constitucionales; toda vez que, desde una vista preliminar se vislumbra que nuestra constitución reconoce al concubinato como una forma de constitución de la familia, claro, situándola por debajo del matrimonio, empero, la protege brindándole las garantías similares a las de un matrimonio.

De esa misma forma el artículo 326 del Código Civil, precisa que la convivencia «es una unión voluntaria realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio» (Código Civil, art. 326, 1984). Por lo tanto, podemos deducir que la coexistencia habiendo superado el periodo de convivencia exigida la norma nada impide que puedan reclamar el deber de asistencia alimentaria.

Por otro lado, el artículo 326 del Código Civil ha postulado que:

Si la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo, no habrá mayor inconveniente, empero, si culmina por decisión unilateral de uno de los concubinos, el juez podrá conceder, a elección del concubino abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de

conformidad con el régimen de sociedad de gananciales (Código Civil, art. 326, 1984)

Esta fórmula legislativa resulta de gran importancia porque sienta las bases del derecho alimentario entre convivientes, empero, también evidenciamos que existe una cierta discriminación legal a comparación con la regulación que se le brinda al derecho alimentario en el matrimonio; ya que, a diferencia de lo establecido en los articulados que normalizan el matrimonio, la regulación que le asiste a los convivientes es evidentemente mínima y no muy clara (a diferencia de los cónyuges); máxime, el texto del Artículo 474 del Código Civil de 1984 (que regula quienes se deben recíprocamente de alimentos) no figuran los concubinos, pese a que la constitución los reconoce como tal.

Quizá a partir de estas conjeturas nace una interrogante ¿Cuál fue la intención del legislador al no comprender al conviviente en la regulación del artículo 474 del Código Civil?, ¿Acaso fue reducir el derecho alimentario de los convivientes a una forma de caso excepcional? o, siendo positivos, ¿Acaso fue sembrar las bases para una regulación futura que desarrolle a mayor amplitud su derecho? Sin embargo, es evidente considerar la existencia de una brecha discriminatoria, y una incongruencia normativa en lo establecido en nuestra norma suprema y el Código Civil.

### **III. La necesidad de una reforma legislativa que reglamente y difunda el derecho alimentario a favor de los concubinos como regla y no como una excepción**

Es muy bien sabido que un gran número de familias en el Perú se constituyen bajo la figura de la unión de hecho (convivencia); por lo tanto, amparados en el principio constitucional de protección a la familia y reconocimiento del concubinato establecidos en el artículo 4 y 5 de nuestra Constitución Política del Perú, consideramos que es imperativo una reforma legislativa en nuestro Código Civil que integre una mejor regulación del derecho alimentario entre convivientes de forma clara y precisa.

Los maestros, De Trazegnies, Rodríguez, Cárdenas y Garlbaldi señalan que «El Derecho tiene que atender fundamentalmente a dos aspectos en el interior de la familia: las relaciones extrapatrimoniales y las relaciones patrimoniales de sus miembros» (1990, p. 37). Sobre lo primero (relaciones extrapatrimoniales), los maestros precisan que tiene que ver con los derechos y deberes propios de la familia, entre ellos, el deber de asistencia recíproca; esto es, la obligación de cada miembro de alimentarse entre sí como una obligación general recíproca de ayuda y colaboración que se deben en todo momento (De Trazegnies et al., 1990, p. 37).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 04493-2008-PA/TC, en su fundamento 15, ha precisado lo siguiente:

15. En la sentencia cuestionada se estima, sin mayor argumentación, que entre los convivientes existe un deber familiar al respecto, resulta pertinente preguntarse si a que efectivamente existe tal deber entre los convivientes. Del artículo 326 del Código Civil, que regula la figura de la convivencia, no se desprende ello, al menos no expresamente. Sin embargo, este Tribunal Constitucional ha establecido que la unión de hecho es una comunidad que persigue "fines, objetivos, modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, precisamente por lo cual, comparten su vida en "aparente matrimonio." De lo que se infiere que existe también ciertas obligaciones no patrimoniales. Por ejemplo, como ya se observó, la configuración constitucional de esta unión libre genera un deber de fidelidad entre quienes la conforman [...] [STC 06572-2006-PA, fundamento 21 y 23]. En suma, debe enfatizarse que la unión de hecho genera una dinámica a partir de la cual se origina la interdependencia entre los convivientes. (Tribunal Constitucional, 2008, F.J. 15)

Aunado a ello, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente Nro. 06572-2006-PA/TC, ha precisado lo siguiente:

Que la unión de hecho genera una dinámica a partir de la cual se originan dependencias entre los convivientes. Por ejemplo, es muy común que se dé el caso en el que uno de ellos se ocupe de las labores que exige el hogar, dejando de lado el ámbito laboral, mientras que la pareja, se desarrollará en el espacio profesional, cumpliendo la tarea de brindar los medios económicos que sustenten la vida en comunidad; esta sinergia incluye pues un deber de asistencia mutua. Por lo que, se colige que sería una interpretación bastante constreñida de la Constitución Política del Perú, el concebir que en una unión de hecho no exista, por ejemplo, obligaciones de cooperación o de tipo alimentaria (Tribunal Constitucional, 2006, F.J. 22 y 23).

En consecuencia, podemos colegir que si bien el Art. 326 del Código Civil de 1984, contempla a favor del concubino abandonado una pensión de alimentos, empero, esta regulación no fija para el concubino un derecho que lo/la asista como norma general y siempre pueda ser reclamado ante un tribunal, sino, de su lectura se puede evidenciar que es un derecho de tipo residual y subordinado a la renuncia de posible indemnización ante el abandono; y, esta es la razón por la que el legislador no ha consignado como sujeto de alimentos en el marco del Art. 474 del Código Civil.

Por lo tanto, a partir de estas ideas concluimos lo siguiente: primero, que la concubina no puede demandar alimentos mientras subsista la convivencia *ergo* debe acreditar (por el principio de literalidad) haber sido abandonada para solicitar la tutela jurisdiccional efectiva, segundo, que no existe marco regulatorio que determine los puntos controvertidos a ser analizados en un proceso de pensión de alimentos entre convivientes; por cuanto, no nos hallamos ante una pensión por alimentos propiamente dicha, sino, ante una pensión de alimentos de tipo indemnizatorio; toda vez que, la pensión de alimentos que regula el Art. 326, no concuerda con lo la naturaleza jurídica que desarrolla el Art. 472 del Código Civil. Por último, no existe marco regulatorio que precise la duración de la pensión de alimentos entre concubinos y las circunstancias de su extinción; para lo cual, podríamos ceñirnos a los mismos términos que del matrimonio; sin embargo, será el juez que a partir de su potestad discrecional y al amparo del Art. VII del título preliminar del Código Procesal Civil quien regule esta situación.

Como punto aparte, pero muy relacionado con el tema en discusión, resulta interesante el análisis que brindó la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación Nro 1637- 2002-Junin, sobre este tema, pues determinó que el concubino que fuera abandonado por decisión unilateral tiene el derecho a solicitar pensión de alimentos; sin embargo, si uno de ellos contrajese matrimonio, cesaría dicha obligación alimentaria. De esta forma, la Corte Suprema, integra de cierta forma un vacío legal; sin embargo, todavía queda en la incógnita, que sucede ante una pareja de ex concubinos que no contraen matrimonio, ¿acaso podría perdurar indefinidamente esta obligación? Por otro lado, también traigo a colación el fundamento jurídico sexto emitida en la Casación 1685-2004-Junín, donde en un caso de exoneración de alimentos, se ha esclarecido que para que se reconozca el derecho del concubino abandonado (a que el otro lo indemnice o le brinde alimentos), debe previamente declararse judicialmente fundada la demanda de reconocimiento de unión de hecho, por ser este, cosa juzgada.

Conforme a la técnica de integración jurídica la Corte Suprema de Justicia de la República ha intentado regular aspectos desconocidos de la pensión de alimentos entre convivientes, empero, no podemos indicar de forma concluyente, que el Poder Judicial ha resuelto la problemática planteada en este artículo; en consecuencia, es necesaria y urgente una reforma legal que ilumine los lados oscuros sobre la pensión de alimentos entre convivientes y la difunda para que pueda ser integrada como regla general y no como una excepción.

Por consiguiente, evidentemente existe una necesidad de reforma legal que brinde una correcta regulación del derecho de alimentos recíprocos entre convivientes, reconociendo a las uniones de hecho, como una manifestación de la familia, ya que nacen de la unión de dos personas, varón y mujer, sin impedimento matrimonial, que conforman una familia mediante lazos de amor, confianza y asistencia mutua; y, no deviene en un matrimonio por múltiples situaciones, desde los trámites

burocráticos estatales hasta los límites económicos que posponen indefinidamente la celebración de dicho acontecimiento; por lo mismo, es correcto que nuestros legisladores salvaguarden los intereses extrapatrimoniales como los patrimoniales de las sociedades convivenciales, conllevando así a salvaguardar también a las familias conformadas por aquellas, la misma que debe ser protegida como lo ordena nuestra constitución.

#### IV. Conclusiones

1. La actual regulación del derecho alimentario en el Perú presenta múltiples vacíos legales, de cuyos principales afectados son las parejas convivientes a quienes se les otorga un reconocimiento limitado de dicho derecho en comparación con los cónyuges. Este problema legislativo impacta negativamente en el derecho fundamental a la protección de la familia y contraviene los principios de igualdad, tutela jurisdiccional efectiva y justicia.
2. El Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República han intentado integrar estas deficiencias legislativas; sin embargo, la falta de una normativa clara y específica sigue generando incertidumbre jurídica sobre el derecho alimentario entre convivientes.
3. La doctrina y la jurisprudencia demuestran que en todas las formas de familia se debe garantizar la igualdad de derechos, lo que refuerza la necesidad de una reforma legislativa en el ordenamiento de nuestro país.
4. Es imperativo que el Estado Peruano adopte medidas legislativas que establezcan con claridad la obligación alimentaria entre convivientes, asegurando criterios justos y equitativos para su regulación. Esto no solo fortalecería la protección de los derechos de las parejas en unión de hecho, sino que también contribuiría a una mayor seguridad jurídica y al cumplimiento efectivo de los principios constitucionales de igualdad y protección a la familia.

#### V. Referencias bibliográficas

- Cabello Mantamala C.J. (1996). Derecho alimentario entre cónyuges, Academia de la Magistratura. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085300.pdf>
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política del Perú de 1993. Diario oficial El Peruano del 29 de diciembre de 1993. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682678>
- De Trazegnies Granda, F., Rodríguez Iturri, R., Cárdenas Quiros, C., Garlbaldi, J. A., (1990). La familia en el derecho peruano. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica Del Perú.
- Presidencia de la República del Perú. (1984). Decreto Legislativo 295 de 1984. Código Civil. Diario Oficial El Peruano del 25 de julio de 1984. [http://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones\\_oficiales/img/Codigo-Civil.pdf](http://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Codigo-Civil.pdf)
- Presidencia de la República del Perú. (1992). Decreto Legislativo 768 de 1992. Código Procesal Civil. Diario Oficial El Peruano del 22 de abril de 1993. [http://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones\\_oficiales/img/Codigo-Procesal-Civil.pdf](http://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Codigo-Procesal-Civil.pdf)

Rodríguez Iturri R. (2018). Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica Del Perú.

Tribunal Constitucional. (2006). Sentencia 06572-2006-PA/TC. Piura, Sesión de Pleno Jurisdiccional. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.pdf

Tribunal Constitucional. (2008). Sentencia 04493-2008-PA/TC, Sesión de Pleno Jurisdiccional. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04493-2008-AA.pdf

## Instrumentalización del daño: La violencia vicaria y su inclusión en la agenda del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

### *Vicariate Violence and Its Inclusion in the Agenda of the Inter-American Human Rights System*

Claudia Andrea García Marín\*

#### Resumen

La violencia vicaria, como una de las manifestaciones más extremas de la violencia de género, ha comenzado a ser reconocida dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Sin embargo, la falta de estándares específicos y la ausencia de pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), evidencian la necesidad de consolidar su marco de protección. Este artículo analiza los desafíos que enfrenta el SIDH para abordar la violencia vicaria y propone recomendaciones orientadas a fortalecer la respuesta estatal, garantizando una protección efectiva para las víctimas.

**Palabras clave:** *Violencia vicaria, derechos humanos, SIDH, Corte IDH.*

#### Abstract

Vicarious violence, as one of the most extreme manifestations of gender-based violence, has begun to be recognized within the Inter-American Human Rights System (IAHRS). However, the lack of specific standards and the absence of pronouncements from the Inter-American Court of Human Rights (IACHR Court) show the need to consolidate its protection framework. This article analyzes the challenges faced by the IAHRS in addressing vicarious violence and proposes recommendations aimed at strengthening the State's response, guaranteeing effective protection for victims.

**Key words:** *Vicarious violence, human rights, IAHRS, Inter-American Court.*

---

\* Abogada de nacionalidad colombiana, Máster en Derechos Humanos Sistemas de Protección, consultora académica y ponente internacional en materia de derechos humanos. [claudiagmarin@gmail.com](mailto:claudiagmarin@gmail.com)

## I. Introducción

«*Si no puedes sufrir conmigo, haré que sufras sin mí*». Esta es la lógica perversa detrás de la violencia vicaria, una forma extrema de violencia de género en la que el agresor utiliza a los hijos como instrumentos de daño para castigar a la madre, prolongando el control incluso después de la separación. Esta violencia no solo afecta a las mujeres, sino que desgarrar la vida de los menores, quienes dejan de ser sujetos de protección para convertirse en armas dentro de un mecanismo de venganza. En estos escenarios, los niños no solo son víctimas colaterales, sino que se convierten en el medio a través del cual el agresor perpetúa el sufrimiento de la madre, utilizando la manipulación emocional, la separación forzada o, en los casos más extremos, la violencia directa contra ellos.

El impacto de la violencia vicaria no se limita al ámbito privado, sino que tiene graves implicaciones en la protección de los derechos humanos, particularmente en lo relacionado con los derechos de las mujeres y de la infancia. La utilización de los menores como herramientas de daño altera su desarrollo emocional y psicológico, quebranta su derecho a crecer en un entorno seguro y perpetúa ciclos intergeneracionales de violencia. A pesar de la magnitud de este problema, la violencia vicaria ha sido históricamente invisibilizada en los sistemas jurídicos y de protección de derechos, lo que ha dificultado el acceso a mecanismos de justicia efectivos para las víctimas.

A pesar de los avances normativos en la protección de las mujeres y la infancia, su tratamiento dentro del derecho internacional de los derechos humanos sigue siendo un área de debate y desarrollo. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el abordaje de la violencia de género ha evolucionado progresivamente, con estándares que han fortalecido la protección de las mujeres y los niños. Sin embargo, aún no está claro si estos marcos normativos han incorporado de manera efectiva la especificidad de la violencia vicaria o si persisten vacíos en su tratamiento. Aunque la Convención de Belém do Pará obliga a los Estados a prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia basada en género (Vargas, 2018), el nivel de desarrollo de la jurisprudencia interamericana en relación con la violencia vicaria requiere un análisis detallado (Ramírez et al., 2020).

Este artículo examina el grado de reconocimiento de la violencia vicaria dentro del SIDH, explorando su conceptualización, el marco normativo aplicable y los desafíos para su efectiva incorporación en la agenda interamericana de derechos humanos. A través de un análisis doctrinal y normativo, se evaluará si los marcos normativos actuales ofrecen una respuesta suficiente o si es necesario un desarrollo más específico en la materia.

## II. Concepto y caracterización de la violencia vicaria

La violencia vicaria es una manifestación extrema y despiadada de la violencia de género, cuyo propósito último no es otro que infligir un daño irreparable a la mujer a través de sus seres más queridos, particularmente sus hijas e hijos. Este tipo de violencia, conceptualizado por la psicóloga forense Sonia Vaccaro (2012), se inscribe dentro de una lógica de poder y dominación patriarcal, donde el agresor instrumentaliza a los menores con el fin de castigar y someter a la madre, prolongando así el ciclo de violencia incluso después de la ruptura de la relación de pareja (Vaccaro, 2023). En tal sentido, no puede interpretarse como un fenómeno bidireccional, ya que su estructura responde exclusivamente a la violencia de género ejercida por el hombre contra la mujer en contextos de relaciones desiguales de poder. No se trata de un conflicto parental ni de una disputa familiar, sino de una estrategia de control y castigo propia de un sistema patriarcal que concibe a la mujer y a los hijos como objetos de su dominio. Esta diferenciación es clave para evitar interpretaciones erróneas que diluyan la especificidad del concepto y legitimen discursos que buscan desvirtuar su reconocimiento en los marcos jurídicos de protección (Vaccaro, 2023).

A diferencia de otras formas de violencia de género que se centran directamente en la agresión física, psicológica o económica contra la mujer, la violencia vicaria despliega un mecanismo de crueldad mediada: el agresor no solo busca suprimir la autonomía y bienestar de la mujer, sino que se

vale de los hijos para consolidar su control, recurriendo a prácticas que van desde la manipulación emocional hasta el asesinato de los menores. En este sentido, se trata de una agresión indirecta con consecuencias devastadoras, pues el daño no solo recae sobre la mujer, sino que afecta de manera irreversible a las víctimas colaterales: los propios niños y niñas, quienes son utilizados como objetos dentro de una estrategia de tortura psicológica (López Villagra & Portillo, 2021).

En su manifestación más extrema, la violencia vicaria culmina en el infanticidio, lo que convierte a este fenómeno en una de las expresiones más atroces del continuum de violencia de género. Tal como ha señalado la doctrina especializada, la lógica subyacente a esta violencia se enmarca en una visión posesiva y patrimonialista de la mujer y de los hijos, donde el agresor asume que, al perder el control sobre la madre, debe "castigarla" de la manera más cruel posible: arrebatándole aquello que más ama. Esta lógica perversa es la que distingue a la violencia vicaria de otros tipos de violencia familiar o infantil, pues su objetivo no es solo el daño a los menores, sino la destrucción emocional de la madre (Vaccaro, 2023).

El reconocimiento de la violencia vicaria en el ámbito jurídico ha sido paulatino. En España, por ejemplo, la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género de 2004 no la mencionó explícitamente, aunque su espíritu comprendía este tipo de afectaciones. Fue recién en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017 cuando se empezó a incorporar el término de manera oficial, y en 2021, con la reforma del artículo 94 del Código Civil, se prohibió el régimen de visitas para progenitores inmersos en procesos de violencia de género, reconociendo a los menores como víctimas directas de esta violencia (López Villagra & Portillo, 2021).

Desde un enfoque sociológico y jurídico, la violencia vicaria se inserta en un entramado de relaciones de poder donde la justicia, en muchas ocasiones, se convierte en una aliada involuntaria del agresor. La falta de formación con perspectiva de género dentro del sistema judicial ha propiciado que muchas mujeres, al denunciar la violencia que sufren sus hijos, sean revictimizadas e incluso pierdan la custodia de los menores. Casos paradigmáticos, como el de Ángela González Carreño, cuyo asesinato de su hija a manos de su expareja derivó en una condena contra el Estado español por parte del Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), evidencian la urgencia de abordar este fenómeno desde una óptica de protección integral a las víctimas (Vaccaro, 2023).

En definitiva, la violencia vicaria no solo es una estrategia de castigo dentro de la violencia de género, sino que representa un crimen de poder, un acto de terror psicológico que despoja a la mujer de su condición de madre y la sumerge en una espiral de sufrimiento irreversible. Su reconocimiento en la agenda de derechos humanos es imperativo para garantizar la protección de las víctimas y erradicar esta forma extrema de violencia machista, que encuentra en el sistema patriarcal su caldo de cultivo y perpetuación (López Villagra & Portillo, 2021; Vaccaro, 2023).

## II.1. Manifestaciones y características de la violencia vicaria

La violencia vicaria se distingue de otras formas de violencia de género porque no se dirige únicamente contra la mujer, sino que utiliza a sus hijos como medios de agresión, con el propósito de infligirle un daño irreparable. En este sentido, los menores no son solo víctimas colaterales, sino que son instrumentalizados dentro de una estrategia de control y castigo que busca prolongar el sufrimiento de la mujer incluso después de la ruptura de la relación con el agresor (Porter & López-Angulo, 2022). Este fenómeno se caracteriza por cuatro elementos esenciales, que permiten diferenciarlo de otras formas de violencia de género y que han sido documentados en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH):

- 1. Instrumentalización de los hijos:** La violencia vicaria no es un ataque directo contra la mujer, sino una forma de agresión indirecta donde los hijos son utilizados para continuar el maltrato. De acuerdo con Porter & López-Angulo (2022), los agresores son plenamente conscientes de

que romper el vínculo materno-filial es una de las estrategias más dañinas, ya que genera una afectación psicológica profunda y prolongada en la madre y los menores.

2. **Premeditación y planificación:** No se trata de una conducta impulsiva, sino de una estrategia deliberada. Según Naranjo-Ortiz (2023), la violencia vicaria es una forma estructurada de agresión, en la que el agresor planifica meticulosamente el sufrimiento de la mujer a través de sus hijos, asegurándose de que el daño emocional y psicológico sea duradero. Esto se refleja en la selección de tácticas que maximizan el sufrimiento, como la separación forzada de los hijos o la manipulación de los menores contra su madre.
3. **Intención de daño irreparable:** A diferencia de otras formas de violencia de género, el objetivo de la violencia vicaria no es solo generar un daño momentáneo, sino provocar una afectación permanente en la vida de la víctima. Porter & López-Angulo (2022) explican que, en sus expresiones más extremas, esta violencia se ejerce con la intención de que la mujer «jamás pueda recuperarse», asegurando que el impacto emocional, familiar y social sea devastador.
4. **Uso de estructuras de poder:** La violencia vicaria no solo se ejerce en el ámbito privado, sino que se extiende a las instituciones estatales, donde los agresores utilizan el sistema judicial y otras instancias de poder para revictimizar a la mujer. Naranjo-Ortiz (2023), destaca que la instrumentalización del derecho de familia ha sido una herramienta recurrente en estos casos, permitiendo que el agresor prolongue la violencia a través de procesos legales. Un ejemplo de esto es la utilización del falso «Síndrome de Alienación Parental» (SAP), que ha sido rechazado por organismos internacionales, pero sigue siendo usado en algunos tribunales para justificar decisiones que despojan a las madres de la custodia de sus hijos (Porter & López-Angulo, 2022; Naranjo-Ortiz, 2023). Esta estrategia permite a los agresores mantener el control sobre las víctimas a través del sistema judicial, desacreditando las denuncias de violencia de género y forzando la continuidad de regímenes de visitas bajo el argumento que la madre está manipulando a los menores (Porter & López-Angulo, 2022).

Por otro lado, la violencia vicaria no se reduce al filicidio como su manifestación más extrema, sino que adopta múltiples formas de agresión. Sus principales manifestaciones incluyen:

1. **Filicidio por venganza:** Es la expresión más brutal de la violencia vicaria, donde el agresor, asesina a sus hijos para castigar a la madre. No se trata de un acto impulsivo, sino de una estrategia premeditada de control y destrucción emocional. Un caso emblemático es el de José Bretón en España, condenado a 40 años de prisión por asesinar a sus hijos para generar el mayor sufrimiento posible a su expareja (López Villagra & Portillo, 2021).
2. **Manipulación psicológica de los menores:** Consiste en adoctrinar a los hijos contra la madre, inculcándoles rechazo o induciéndolos a agredirla. En algunos casos, esta manipulación ocurre en situaciones de custodia compartida impuesta, donde el agresor mantiene el control sobre los menores para seguir hostigando a la mujer (Vaccaro, 2023).
3. **Sustracción parental y desaparición de los hijos:** El agresor sustrae a los menores con el fin de mantenerlos alejados de la madre, impidiendo todo contacto y sometiénola a una angustia prolongada. En muchos casos, esto se traduce en la desaparición de los menores sin posibilidad de localización inmediata (Vaccaro, 2023).
4. **Instrumentalización del sistema judicial:** Se utiliza el aparato judicial para despojar a la madre de la custodia de sus hijos, alegando falsamente que es una progenitora inadecuada o que ha manipulado a los menores. Una de las estrategias más comunes es la invocación del Síndrome de Alienación Parental (SAP), una teoría pseudocientífica desmentida, pero que aún es utilizada en los tribunales para revictimizar a las mujeres (Vaccaro, 2023).

Toda esta forma de violencia tiene consecuencias estructurales que afectan la protección jurídica de las mujeres y los menores, perpetuando la impunidad y la revictimización, por ello resulta fundamental analizar cómo la violencia vicaria vulnera derechos fundamentales y cómo la ausencia de respuestas institucionales eficaces contribuye a su consolidación como un fenómeno invisibilizado.

### II.1.1. Impacto en los derechos humanos

La violencia vicaria no solo es una estrategia de castigo dentro de la violencia de género, sino que representa una grave violación a los derechos humanos de las mujeres y sus hijos e hijas, quienes son utilizados como medios de agresión. Como se ha analizado, este fenómeno no es una simple disputa parental, sino una manifestación extrema del control patriarcal que afecta de manera directa la dignidad, la integridad personal y la vida libre de violencia de las víctimas (Patiño Izquierdo, 2024).

El impacto en los derechos de las mujeres es profundo y multidimensional. Desde la perspectiva del derecho a la integridad personal, la violencia vicaria impone un sufrimiento psíquico extremo que ha sido equiparado a formas de tortura emocional, pues busca destruir a la madre a través de la instrumentalización de sus hijos (Naranjo-Ortiz, 2023). La manipulación de los menores, la sustracción parental o, en su expresión más extrema, el filicidio, son tácticas que no solo perpetúan el dolor de la víctima, sino que anulan su derecho a la protección frente a la violencia de género (Porter & López-Angulo, 2022).

Además, el derecho de acceso a la justicia se ve severamente afectado cuando los sistemas judiciales, en lugar de actuar como garantes de protección, se convierten en herramientas de revictimización. La falta de reconocimiento de la violencia vicaria, en algunos marcos normativos, permite que los agresores manipulen el sistema legal, obteniendo la custodia de los menores o utilizando el falso SAP, para desacreditar a la madre y justificar su exclusión de la vida de sus hijos (Porter & López-Angulo, 2022; Patiño Izquierdo, 2024). Esta instrumentalización de la justicia no solo afecta el derecho de las mujeres a recibir una tutela efectiva, sino que también refuerza la impunidad de los agresores y prolonga la violencia institucionalmente (Naranjo-Ortiz, 2023).

El impacto en los derechos de la infancia es igualmente devastador. La violencia vicaria vulnera el principio del interés superior del niño, reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, al someter a los menores a escenarios de violencia, manipulación y separación forzada de sus madres (Patiño Izquierdo, 2024). Estudios han documentado que los niños y niñas víctimas de violencia vicaria presentan mayores niveles de ansiedad, depresión y estrés postraumático, además de dificultades severas en su desarrollo emocional y afectivo (Porter & López-Angulo, 2022). En muchos casos, la normalización del maltrato dentro del entorno familiar refuerza patrones de violencia que pueden replicarse en la vida adulta, perpetuando ciclos de abuso y dominación (Naranjo-Ortiz, 2023).

Por último, la ausencia de políticas públicas y de medidas de protección adecuadas en varios Estados de la región, ha convertido la violencia vicaria en una problemática invisibilizada y de difícil reparación. Si bien organismos internacionales han comenzado a exigir, que los sistemas jurídicos adopten una perspectiva de género y derechos humanos, la falta de sensibilización en los operadores judiciales sigue permitiendo que esta forma de violencia quede impune (Patiño Izquierdo, 2024).

En definitiva, la violencia vicaria no solo destruye el tejido emocional de las víctimas, sino que también evidencia las deficiencias estructurales de los Estados, en la garantía de los derechos humanos de las mujeres y la niñez. Su erradicación requiere, no solo reconocimiento normativo, sino también, un cambio cultural en la manera en que las instituciones abordan la violencia de género, evitando que el propio aparato estatal se convierta en un mecanismo de opresión para las víctimas (Porter & López-Angulo, 2022).

### III. La violencia vicaria en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La violencia vicaria, como una de las formas más extremas de violencia de género, ha comenzado a ser reconocida dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), como una grave violación de los derechos de las mujeres y de la infancia. Aunque el SIDH ha desarrollado un marco normativo sólido en materia de violencia contra la mujer, no había abordado expresamente la violencia vicaria hasta 2024, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) admitió los primeros casos en la región.

El caso de Blanca Estela Paredes Hernández vs. México, admitido en julio de 2024 (*petición P-2498-23*), y el caso de Gabriela Pablos Saucedo vs. México, admitido en agosto de 2024 (*petición P-275-24*), representan los primeros antecedentes en los que se analiza la violencia vicaria en el SIDH. En ambos casos, las peticionarias denunciaron haber sido víctimas de violencia de género ejercida a través de sus hijos, con el uso indebido del sistema judicial como mecanismo de agresión. La CIDH determinó que estos asuntos reunían los requisitos de admisibilidad, lo que marca un punto de inflexión en el tratamiento interamericano de esta forma de violencia (CIDH, 2024).

Estos casos evidencian la necesidad de que los Estados adopten medidas específicas para la prevención, sanción y reparación de la violencia vicaria, en cumplimiento de los estándares establecidos en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994) y la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989). En particular, la Convención de Belém do Pará obliga a los Estados a erradicar todas las formas de violencia contra la mujer, incluyendo aquellas que se ejercen de manera indirecta a través de terceros, mientras que la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de proteger a los menores de toda forma de maltrato, lo que abarca la instrumentalización de los hijos en contextos de violencia de género (OEA, 1994; ONU, 1989).

A pesar de estos avances normativos, la CIDH, aún no ha emitido una sentencia que establezca estándares específicos sobre violencia vicaria. No obstante, su jurisprudencia en materia de violencia de género y derechos de la niñez proporciona un marco sólido para futuras resoluciones sobre esta materia. En casos como *Velásquez Paiz y otras vs. Guatemala* (2015), la CIDH, ha subrayado que la falta de diligencia en la protección de mujeres en riesgo de violencia constituye una violación de derechos humanos. Asimismo, en *Fornerón e hija vs. Argentina* (2012), la Corte ha protegido el derecho a la vida familiar y el interés superior del niño, señalando que las decisiones judiciales sobre custodia deben garantizar la no discriminación y evitar la instrumentalización de los menores en disputas de poder entre progenitores (CIDH, 2012; 2015).

A la luz de estos precedentes, los casos admitidos por la CIDH en 2024, podrían sentar un estándar interamericano en materia de violencia vicaria, estableciendo directrices claras sobre la responsabilidad estatal en la protección de las víctimas y la reparación integral del daño causado. En este contexto, la evolución del litigio estratégico en el SIDH, será clave para la consolidación de mecanismos de protección efectivos, asegurando que los Estados cumplan con su deber de prevenir y sancionar esta forma de violencia.

En este contexto, el reconocimiento de la violencia vicaria en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aún está en proceso de construcción, pero la admisión de casos por parte de la CIDH, marca un avance significativo en la agenda de protección de derechos. Si bien la CIDH, no ha emitido aún fallos específicos sobre esta materia, su jurisprudencia en violencia de género y protección de la niñez establece principios fundamentales que podrían guiar futuras decisiones. La consolidación de estos estándares será determinante para garantizar que los Estados adopten medidas concretas para erradicar la instrumentalización de los hijos en contextos de violencia de género y brinden una protección efectiva a las víctimas.

### III.1. Desafíos en la protección de las víctimas de violencia vicaria en el SIDH

A pesar de los avances en el reconocimiento de la violencia de género como una grave vulneración de derechos humanos, la violencia vicaria continúa enfrentando barreras significativas en su abordaje dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). La inexistencia de pronunciamientos específicos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sobre esta forma de violencia refleja un desafío estructural en la consolidación de estándares jurídicos vinculantes que ofrezcan protección efectiva a las víctimas. Sin embargo, la admisión de los casos de Blanca Estela Paredes Hernández y Gabriela Pablos Saucedo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 2024, marca un punto de inflexión que podría impulsar el

reconocimiento de la violencia vicaria como una violación autónoma de derechos humanos en el ámbito interamericano (CIDH, 2024).

El primer obstáculo en la protección de las víctimas radica en la persistente invisibilización de la violencia vicaria como una manifestación diferenciada de la violencia de género. Si bien la Convención de Belém do Pará establece la obligación de los Estados de prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer, su interpretación tradicional ha dejado fuera un enfoque específico sobre la instrumentalización de los hijos como mecanismo de coerción y castigo. Esto ha permitido que la violencia vicaria sea minimizada o erróneamente subsumida en otras categorías de violencia intrafamiliar, lo que obstaculiza el desarrollo de medidas especializadas de prevención y protección (Vargas Araya, 2018).

Otro desafío crucial es la falta de armonización legislativa en los Estados parte del SIDH, para el reconocimiento expreso de la violencia vicaria en sus marcos normativos. La ausencia de tipificación impide que las víctimas accedan a mecanismos de denuncia efectivos y, en muchos casos, la respuesta estatal se limita a medidas de protección insuficientes que no abordan el daño estructural que esta forma de violencia implica (Ramírez Velásquez et al., 2020). Asimismo, la falta de perspectiva de género en los operadores de justicia ha derivado en fallos judiciales que perpetúan la impunidad, permitiendo que los agresores utilicen estrategias como la instrumentalización del Síndrome de Alienación Parental (SAP), para despojar a las mujeres de la custodia de sus hijos, pese a su desacreditación por organismos internacionales (CIDH, 2019).

La falta de pronunciamientos específicos de la CIDH. en esta materia, representa un vacío en el desarrollo de estándares jurídicos interamericanos. A pesar de los avances en el reconocimiento de la violencia de género y la protección de la niñez, aún no se han establecido criterios claros sobre la responsabilidad estatal en casos de violencia vicaria. La ausencia de precedentes vinculantes deja a las víctimas en una situación de vulnerabilidad, sin mecanismos de reparación efectivos ni garantías de no repetición (CIDH, 2023).

En definitiva, los desafíos en la protección de las víctimas de violencia vicaria dentro del SIDH, exigen una evolución en la interpretación de los derechos humanos, orientada a visibilizar esta forma de violencia y generar estándares vinculantes que permitan su erradicación. La admisión de casos recientes representa una oportunidad sin precedentes para que la CIDH, avance en el desarrollo de criterios que reconozcan el impacto devastador de la violencia vicaria en las mujeres y en los niños que son utilizados como herramientas de agresión.

### **III.1.1. Recomendaciones para la consolidación de estándares interamericanos sobre violencia vicaria**

El reconocimiento progresivo de la violencia vicaria dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), plantea el reto de establecer estándares claros que orienten a los Estados en su prevención, sanción y reparación. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha comenzado a abordar este fenómeno con la admisión de casos recientes, pero aún se está a la expectativa de cómo definirá los estándares interamericanos en esta materia. La resolución de estos casos marcará un precedente fundamental, para la consolidación de un marco de protección efectivo en la región.

Más allá del reconocimiento del problema, es urgente que el SIDH, avance en la formulación de criterios específicos, para la erradicación de esta forma de violencia. Sonia Vaccaro, quien acuñó el término «violencia vicaria», ha sido clara en señalar que su abordaje requiere un enfoque basado en prevención temprana, protección efectiva y sanción contundente a los agresores (Vaccaro, 2023). Sin embargo, la región aún carece de medidas uniformes para su tratamiento, lo que genera respuestas dispares según el país en el que se denuncie; en este sentido, la admisión de los casos Blanca Estela Paredes Hernández vs. México y Gabriela Pablos Saucedo vs. México en la CIDH, representa una

oportunidad histórica para definirla dentro del sistema. La forma en que se resuelvan estos casos determinará en gran medida cómo se consolidará su protección dentro del Derecho Interamericano de los Derechos Humanos (CIDH, 2024).

Se espera que la CIDH, establezca criterios claros en sus informes temáticos y recomendaciones a los Estados y que pueda fijar estándares vinculantes, en caso de que lleguen a su jurisdicción. Lo que está en juego, no solo es la atención a estas víctimas en particular, sino la posibilidad de que miles de mujeres en América Latina, encuentren en el SIDH, un recurso de protección real frente a la violencia vicaria.

Uno de los mayores desafíos en la región es la respuesta tardía e ineficaz de los sistemas judiciales. La violencia vicaria no ocurre de manera aislada; es una estrategia de sometimiento que persiste en el tiempo y se mantiene activa incluso a través de procesos legales (Vaccaro, 2023). El uso del sistema judicial como arma de agresión es una realidad que requiere acciones concretas por parte de los Estados.

Para evitar que la justicia se convierta en un espacio de revictimización, es imprescindible que los países adopten medidas inmediatas, como:

1. Suspensión automática de visitas y custodia de progenitores investigados por violencia vicaria, evitando que se perpetúe el daño sobre los menores y las madres.
2. Unidades especializadas en violencia vicaria dentro de los sistemas judiciales, con protocolos diferenciados de atención y evaluación de riesgo.
3. Capacitación obligatoria para jueces y fiscales, de modo que comprendan la dinámica de esta violencia y no perpetúen la impunidad con interpretaciones sesgadas.

La CIDH ha advertido que la falta de formación en perspectiva de género, es una de las principales causas de la revictimización de las mujeres en procesos judiciales (CIDH, 2021). Para que el SIDH avance en la erradicación de la violencia vicaria, debe garantizar que sus recomendaciones sean incorporadas de manera efectiva en los marcos legales nacionales.

4. Eliminación del «Síndrome de Alienación Parental» en litigios de custodia. El cual, a pesar de que ha sido desacreditado científicamente y rechazado por organismos internacionales. En muchos litigios de custodia, el SAP sigue utilizándose como argumento para despojar a las madres de sus hijos y deslegitimar sus denuncias de violencia de género (CIDH, 2019; López Villagra & Portillo, 2021).

En este sentido, el reconocimiento de la violencia vicaria dentro del SIDH, no es solo una cuestión jurídica, sino una obligación de los Estados en materia de derechos humanos. La falta de acción en estos casos, no solo perpetúa la impunidad, sino que revictimiza a las mujeres que buscan protección dentro de los sistemas de justicia.

#### **IV. Conclusiones**

1. La violencia vicaria es una forma de violencia de género, que instrumentaliza a los menores para dañar a las mujeres.
2. La falta de reconocimiento explícito en el SIDH limita la protección de derechos fundamentales.
3. Se necesitan litigios estratégicos y protocolos específicos para incluir esta forma de violencia en la agenda interamericana.

## V. Referencias Bibliográficas

- Alcívar López, N., Montecé Giler, S. A., & Montecé Giler, L. A. (2021). Ser mujer en el tercer mundo y la influencia de la lucha feminista en la situación de la mujer en Latinoamérica. Dilemas contemporáneos: educación, política y valores, 8(SPE3). Recuperado de 2007-7890-dilemas-8-spe3-00037.pdf
- Izquierdo, C. S. P. (2024). Violencia vicaria un análisis del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Debate Jurídico Ecuador, 7(1), 3-16. Recuperado de VIOLENCIA VICARIA UN ANÁLISIS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.pdf
- López Villagra, E. D., & Portillo, N. C. (2021). La violencia vicaria: la expresión más cruel de la violencia de género. Recuperado de RIUNNE\_FDCSP\_AC\_Lopez\_Villagra-Portillo.pdf
- Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de <https://www.unicef.org/child-rights-convention>
- Naranjo-Ortiz, N. M. (2023). Violencia vicaria. Instrumento de altos niveles de daño a las víctimas y a la sociedad. Revista Científica Arbitrada de Investigación en Comunicación, Marketing y Empresa REICOMUNICAR. ISSN 2737-6354., 6(12), 351-366. Recuperado de Violencia vicaria. Instrumento de altos niveles de daño a las víctimas y a la sociedad.pdf
- Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)
- Organización de los Estados Americanos. (1985). Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>
- Organización de los Estados Americanos. (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará"). Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/belem-do-para-convencion-prevenir-sancionar-erradicar-violencia-mujer.pdf>
- Porter, B., & López-Angulo, Y. (2022). Violencia vicaria en el contexto de la violencia de género: un estudio descriptivo en Iberoamérica. CienciaAmérica, 11(1), 11-11. Recuperado de VIOLENCIA VICARIA EN EL CONTEXTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO UN ESTUDIO DESCRIPTIVO EN IBEROAMÉRICA.pdf
- Ramírez, J., Alarcón, R., y Ortega, S. (2020). Violencia de género en Latinoamérica: Estrategias para su prevención y erradicación. Revista de Ciencias Sociales (Ve), XXVI(4), 260-275. Disponible en: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/rcs/index>
- Vaccaro, S. (2023). Violencia vicaria. Golpear donde más duele. Editorial: Desclée De Brouwer. 9788433032331.pdf
- Vargas, M. (2018). El derecho internacional frente a la violencia de género. Revista IIDH, 68, 92-105. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr>
- Zepeda, E. P. M. (2022). Violencia vicaria: Análisis desde los derechos de la niñez y la adolescencia. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, 1(2), 29-44. Recuperado de <file:///C:/Users/claud/OneDrive/Documentos/ARTICULO%20AYACUCHO/violencia%20vicaria%20 analisis%20 desde%20 los%20 derechos%20 de%20 la%20 ni%C3%B1ez%20 y%20 adolescencia.pdf>

# Criminalización migratoria y derechos humanos: un análisis de la vulneración del principio de no criminalización

*Immigration criminalization and human rights: an analysis of  
the violation of the principle of non-criminalization*

Marjorie Isabel Aquino Salazar\*

## Resumen

Este artículo aborda la criminalización de la migración, un fenómeno global que afecta gravemente los derechos humanos. Se analizan los fundamentos conceptuales de la criminalización, la distinción entre migración irregular y criminalización, así como el principio de no criminalización y los derechos que se ven vulnerados. La investigación se basa en una revisión exhaustiva de la literatura académica, instrumentos internacionales y normativas nacionales. Los hallazgos evidencian que las políticas criminalizantes fomentan la discriminación y restringen el acceso a derechos fundamentales.

**Palabras clave:** *Criminalización, Migración, Derechos Humanos, Políticas Migratorias.*

## Abstract

This article addresses the criminalization of migration, a global phenomenon that severely impacts human rights. It analyzes the conceptual foundations of criminalization, the distinction between irregular migration and criminalization, as well as the principle of non-criminalization and the rights that are violated. The research is based on a comprehensive review of academic literature, international instruments, and national regulations. The findings demonstrate that criminalizing policies foster discrimination, restrict access to fundamental rights, and violate principles of equality.

**Key words:** *Criminalization, Migration, Human Rights, Migration Policies.*

---

\* Maestra en Derecho con Mención en Ciencias Penales, Fiscal Adjunta Provincial del Quinto Despacho de la Sexta Fiscalía Corporativa Penal de Cercado de Lima, Breña, Rímac y Jesús María del Distrito Fiscal de Lima Centro, [maquino.salazar@gmail.com](mailto:maquino.salazar@gmail.com).

## I. Introducción

La criminalización migratoria se ha convertido en un tema de creciente relevancia en el contexto actual, donde las políticas migratorias de muchos países han comenzado a integrar medidas punitivas que afectan a millones de personas en situación de movilidad. Según Aliverti (2015), la criminalización de la migración debe ser entendida como una respuesta desproporcionada para lograr un control migratorio eficiente, donde el derecho penal no debería tener cabida.

Este proceso implica un vínculo entre políticas criminales, migratorias y fronteras que se inscribe dentro de una estrategia más amplia de control social, que busca aumentar la vigilancia y privatizar servicios públicos, al tiempo que precariza las condiciones laborales y empobrece a sectores significativos de la población.

La criminalización de la inmigración asocia erróneamente a los inmigrantes con amenazas a la seguridad, alimentando estereotipos negativos que no se sustentan en la realidad (Feline & Pérez, 2020). Zaffaroni (2002) define este fenómeno como una selección penalizante, donde ciertos grupos son designados como delincuentes basándose en prejuicios y no en conductas delictivas concretas. La Organización Internacional para las Migraciones (2019) señala que los Estados han recurrido a la criminalización para disuadir o castigar a solicitantes de asilo y migrantes irregulares, lo que ha resultado en detenciones arbitrarias y violaciones sistemáticas de derechos humanos.

En este contexto, es crucial estudiar la criminalización de la migración para entender cómo las políticas actuales afectan los derechos fundamentales de los migrantes y cómo estas prácticas pueden llevar a la exclusión social y a la vulneración de derechos humanos. Este análisis tiene como objetivo evaluar el funcionamiento de las políticas migratorias actuales y su impacto en la criminalización, así como examinar cómo los discursos sobre criminalidad influyen en estas políticas. La importancia del estudio radica en su capacidad para contribuir a un debate crítico sobre la intersección entre migración, derechos humanos y políticas penales, ofreciendo recomendaciones para abordar la vulneración del principio de no criminalización en el marco del derecho internacional.

## II. Fundamentos conceptuales de la criminalización migratoria

La criminalización migratoria se instituye como un proceso complejo y multifacético, en el cual se vincula a los inmigrantes con la noción de amenaza para la seguridad, fomentando estereotipos negativos y construcciones sociales que distorsionan la realidad (Feline & Pérez, 2020). Para desentrañar sus fundamentos conceptuales, es imperativo analizar diversas teorías y perspectivas que convergen en este fenómeno.

### II.1. Teorías de la criminalización migratoria

#### II.1.1. Criminalización: Selección penalizante y control migratorio

La criminalización, en su esencia, implica un proceso de selección penalizante. Zaffaroni (2002) la define como el resultado de procesos de definición y selección que eligen a determinadas personas, asignándoles la condición de delincuentes. En el contexto migratorio, esta selección se manifiesta en la aplicación de leyes penales a conductas relacionadas con la movilidad humana, tales como el ingreso irregular al territorio de un Estado.

Sin embargo, Aliverti (2015) argumenta que la criminalización de la migración debe ser entendida como una medida desproporcionada para lograr un sistema eficiente de control migratorio, donde el derecho penal no debería tener cabida. En esta línea, la criminalización migratoria se convierte en una herramienta para gestionar flujos migratorios, en lugar de abordar las causas subyacentes de la migración irregular.

## II.1.2. Criminalización de la movilidad irregular: La Tesis de la Crimigración

La «crimigración», un término acuñado por la jurista Juliet Stumpf en 2006, se ha consolidado como un marco teórico fundamental para estudiar los procesos de criminalización de la movilidad irregular. Brandariz (2024) señala que la crimigración analiza la creciente interrelación entre el derecho penal y el derecho migratorio. Esta tesis examina cómo las infracciones administrativas en materia de migración, como la entrada o estancia irregulares, son sancionadas con arreglo al derecho penal, reflejando un enfoque de «estricta criminalización» donde se castiga a los migrantes debido a su situación administrativa. La crimigración también pone de manifiesto cómo el estatus migratorio puede influir en las consecuencias de cargos penales menores, afectando desproporcionadamente a los migrantes en comparación con los ciudadanos de la UE.

## II.2. Implicaciones y consecuencias de la criminalización migratoria

La criminalización migratoria tiene diversas implicaciones y consecuencias negativas para los migrantes y para la sociedad en general. En primer lugar, fomenta la discriminación y la xenofobia, al asociar la migración con la criminalidad. Esto puede llevar a la estigmatización de los migrantes y a su exclusión social. En segundo lugar, la criminalización migratoria puede generar un sentimiento de exclusión y desconfianza hacia las autoridades, lo que dificulta la integración de los migrantes en la sociedad. En tercer lugar, la criminalización migratoria puede tener un impacto negativo en los derechos humanos de los migrantes, al someterlos a detenciones arbitrarias, procesos penales injustos y deportaciones (Brandariz, 2024).

En conclusión, la criminalización migratoria es un fenómeno complejo y multifacético que se basa en una serie de fundamentos conceptuales interrelacionados. La tesis de la crimigración ofrece un marco teórico valioso para comprender cómo el derecho penal y el derecho migratorio se entrelazan para criminalizar la movilidad irregular. Sin embargo, es fundamental analizar críticamente este fenómeno para evitar que se convierta en una herramienta para justificar políticas de deportación masiva y violaciones de los derechos humanos de los migrantes.

## II.3. Criminalización Migratoria

### II.3.1. Concepto y alcances

La criminalización de la inmigración, como construcción social, vincula al inmigrante con la inseguridad, basándose en estereotipos negativos y el rechazo a grupos «indeseables». Este proceso, impulsado por medios y discursos políticos, categoriza a inmigrantes, pobres y minorías como intrínsecamente peligrosos. Nunziata (2020) subraya que esta construcción social excluye y discrimina, afectando derechos y fomentando la xenofobia. La "crimigración" resultante legitima políticas restrictivas y deportaciones, creando un círculo vicioso donde la estigmatización aumenta el control policial y la detención. Por ende, la criminalización no solo es un acto legal, sino un fenómeno social que transforma la percepción del inmigrante en una amenaza, justificando su exclusión y penalización (p.36).

### II.3.2. Diferencia entre migración irregular y criminalización de la migración

La migración irregular se refiere a los movimientos de personas que no cumplen con las normativas migratorias de los países, mientras que la criminalización de la migración implica la implementación de políticas que penalizan estas situaciones, como la restricción del acceso a la regularización y el aumento del control fronterizo (Quinteros et al., 2023). Estas estrategias no solo fomentan la inclusión subordinada de los migrantes en el mercado laboral y la vida social, sino que también utilizan herramientas del derecho penal, como la detención administrativa, para controlar a esta población (Gianco, 2020). La criminalización distorsiona la percepción pública de los migrantes, presentándolos

como delincuentes y alimentando la xenofobia. Además, estas políticas pueden resultar en violaciones de derechos humanos, ya que muchas veces carecen de las protecciones adecuadas para los migrantes (Aliverti, 2015). Por lo tanto, es fundamental distinguir entre migración irregular y criminalización para abordar adecuadamente las necesidades y derechos de los migrantes sin recurrir a medidas punitivas que agraven su situación.

## **II.4. Principio de No Criminalización del Migrante**

### **II.4.1. Definición y fundamentos normativos**

El principio de no criminalización de la migración irregular establece que los Estados deben formular y ejecutar sus políticas migratorias sin considerar la irregularidad migratoria como un delito penal. Este principio se basa en el reconocimiento de que los migrantes a menudo se ven obligados a infringir las leyes de inmigración debido a diversas circunstancias. La importancia de este principio radica en su capacidad para aumentar la probabilidad de que las víctimas de trata cooperen con las autoridades y salgan de su situación de explotación (Schloenhardt & Markey, 2016). Asimismo, el principio de no criminalización busca evitar que las víctimas de trata sean tratadas como delincuentes.

En el contexto peruano, el Estado debe garantizar el respeto por los derechos fundamentales de los extranjeros, abolir la discriminación y rechazar la xenofobia y el racismo (Decreto Legislativo No 1236, s. f.). Este principio está consagrado en el Artículo VII del Decreto Legislativo de Migraciones. Sin embargo, es importante señalar que el principio de no criminalización no impide el procesamiento de migrantes por otros delitos penales, como el fraude de documentos. A pesar de esto, la criminalización del ingreso irregular dificulta el acceso al asilo y puede generar mayores costos institucionales e ineficacia en la persecución penal (EL PAÍS Chile, 2024).

### **II.4.2. Principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicables**

De acuerdo a la Organización de los Estados Americanos (2019).

Los derechos fundamentales de los migrantes, inherentes a su condición humana, deben ser garantizados por los Estados sin importar su estatus migratorio. Estos derechos incluyen el derecho a la vida y el respeto a la dignidad humana, abarcando la integridad física y moral. El principio pro persona obliga a aplicar las disposiciones más favorables para proteger los derechos de los migrantes, incluyendo el reconocimiento de su personalidad jurídica y el registro inmediato de los niños al nacer. Además, el principio de non-refoulement prohíbe la expulsión a países donde la vida o libertad estén en peligro. La presunción de inocencia protege a los migrantes acusados de delitos hasta que se demuestre su culpabilidad. También es fundamental considerar la perspectiva de género para abordar las necesidades específicas de mujeres, hombres, niños y personas LGTBI. Finalmente, la cooperación internacional es clave para gestionar la migración de manera segura y ordenada, ampliando los canales de migración regular y apoyando a los migrantes vulnerables.

### **II.4.3.- Relación con el principio de igualdad y no discriminación**

El principio de no criminalización de la migración irregular está estrechamente relacionado con los principios de igualdad y no discriminación, estableciendo que la irregularidad en la migración no debe ser penalizada (Gianco, 2020). El uso del término “ilegal” para describir a los migrantes refuerza su deshumanización y estigmatización, creando un ambiente hostil que vulnera sus derechos humanos.

Los Estados deben evitar políticas que perpetúen la discriminación y garantizar la dignidad de todos los migrantes, independientemente de su estatus. La criminalización obstaculiza el acceso a derechos básicos como el asilo y dificulta la cooperación internacional en materia migratoria. Por lo tanto, es esencial que las políticas migratorias se alineen con estos principios para promover un

enfoque más humano y justo hacia la migración. Esto incluye asegurar el respeto por los derechos fundamentales y evitar medidas que incrementen la vulnerabilidad de los migrantes (Organización de los Estados Americanos, 2019).

### III. Derechos Humanos y Migración

#### III.1. Instrumentos internacionales de protección a los migrantes

De acuerdo a Morales (2021), entre los instrumentos internacionales de derechos humanos que proporcionan un marco normativo esencial para la protección de los migrantes, reconociendo que estos poseen derechos inherentes en virtud de su humanidad, se destacan los siguientes:

- a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) establece derechos fundamentales aplicables a todas las personas, incluidos los migrantes.
- b) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) garantiza derechos al trabajo, la seguridad social, la educación y un nivel de vida adecuado.
- c) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) protege la libertad de movimiento, la igualdad ante la ley, el debido proceso y la libertad de expresión.
- d) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965) prohíbe la discriminación racial.
- e) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) asegura la igualdad de derechos entre hombres y mujeres.
- f) La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) establece la protección y el bienestar de la infancia, priorizando los derechos de los menores en decisiones que les afecten.
- g) La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) protege a los trabajadores migratorios y sus familias, incluyendo la no discriminación, la reunificación familiar y el acceso a servicios.
- h) La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) prohíbe la tortura.
- i) El Protocolo de Palermo (2000) es clave contra la trata de personas, protegiendo a las menores víctimas.
- j) El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular es el primer acuerdo intergubernamental que abarca todos los aspectos de la migración internacional, guiado por el respeto a los derechos humanos.

Estos instrumentos subrayan la obligación de los Estados de proteger los derechos de los migrantes, combatiendo la discriminación y garantizando el acceso a la justicia y a servicios esenciales.

#### III.2. Derechos vulnerados por la criminalización migratoria

La criminalización de la migración conlleva la vulneración de derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la libertad, debido a la detención administrativa de migrantes, que refleja la fusión entre el derecho penal y administrativo. Esta práctica, junto con la falta de garantías mínimas en los procesos de expulsión, atenta contra el debido proceso. La criminalización genera incertidumbre y desprotección legal para los migrantes, afectando su derecho a la seguridad jurídica. Además, fomenta la discriminación, la xenofobia y la exclusión social, limitando el acceso al asilo y otros mecanismos de protección. La Defensoría del Pueblo ha rechazado leyes que criminalizan la migración, promueven estereotipos y afectan la dignidad de las personas extranjeras. La criminalización valida discursos discriminatorios y xenófobos, afectando el acceso a la vivienda y otros derechos, especialmente para grupos vulnerables.

El Tribunal Constitucional peruano ha avanzado en la protección de migrantes al exigir la

consideración de situaciones de vulnerabilidad y el derecho al debido proceso. Sin embargo, es crucial recordar que los derechos humanos se fundamentan en la dignidad inherente a toda persona, no solo en situaciones de vulnerabilidad. La criminalización de la migración contradice los principios de igualdad y no discriminación, generando un ambiente hostil que dificulta la integración y el acceso a derechos básicos (Señales Migratorias, 2023).

### **III.3. Marco Jurídico Internacional y Nacional**

#### **III.3.1. Normativa Internacional**

##### **III.3.1.1. Convenciones y tratados sobre protección de migrantes.**

Entre las convenciones y tratados internacionales sobre la protección de migrantes son fundamentales para garantizar los derechos humanos de estas poblaciones vulnerables, se encuentran:

- a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) establece los derechos humanos fundamentales que deben ser protegidos en todo el mundo, aplicándose a todos los individuos sin distinción, incluidos los migrantes (Naciones Unidas, 1948).
- b) El Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (2018) representa un avance significativo al ser el primer acuerdo intergubernamental que aborda la migración de manera holística, reafirmando el compromiso de los Estados de respetar y proteger los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su estatus (Naciones Unidas, 2018).
- c) Por otro lado, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) busca establecer un marco jurídico mínimo que garantice las condiciones laborales justas y dignas para los trabajadores migratorios y sus familias, enfatizando la necesidad de erradicar prácticas abusivas y proteger los derechos laborales (Naciones Unidas, 1990).
- d) Además, los Convenios de la OIT, como el Convenio No. 97 y el Convenio No. 143, abordan la promoción de la igualdad de oportunidades y el trato justo para los trabajadores migrantes, así como la lucha contra las condiciones abusivas en la migración (OIT, 1949; OIT, 1975).

Estos instrumentos son cruciales para contrarrestar la criminalización y discriminación que enfrentan los migrantes, promoviendo su integración y acceso a derechos básicos en las sociedades receptoras. La implementación efectiva de estos tratados es esencial para garantizar que las políticas migratorias respeten la dignidad y derechos humanos de todos los migrantes.

#### **III.3.2.- Legislación sobre migración en diferentes países**

De acuerdo a Onda Cero (2021), países como Australia, Japón, Hungría y Nueva Zelanda han implementado políticas migratorias restrictivas, aunque con diferentes enfoques y motivaciones. Australia, con su "Operación Fronteras Soberanas" ha adoptado una postura de cero tolerancias hacia la inmigración irregular por mar, interceptando y devolviendo embarcaciones o deteniendo a los migrantes en centros, muchos de ellos externalizados.

Esta política, aunque exitosa en detener la llegada de embarcaciones, ha sido criticada por su dureza y falta de respeto a los derechos humanos. Japón, tradicionalmente restrictivo, ha relajado su política migratoria debido a la escasez de mano de obra, permitiendo la residencia a trabajadores poco cualificados. Hungría, bajo el liderazgo de Viktor Orbán, ha criminalizado la ayuda a inmigrantes irregulares y ha intensificado los controles fronterizos. Nueva Zelanda, tras la pandemia, ha limitado la inmigración poco cualificada para reducir la dependencia de trabajadores extranjeros y priorizar el empleo de sus ciudadanos. Estas políticas reflejan una tendencia global hacia el control y la restricción

de la inmigración, aunque las razones y los métodos varían según el contexto de cada país.

### **III.3.3. Legislación Nacional**

La normativa nacional en materia migratoria del Perú se fundamenta en una serie de leyes y decretos que buscan regular y gestionar la migración de manera integral. La Política Nacional Migratoria 2017-2025 se articula en torno a cuatro ejes temáticos, que incluyen tanto a peruanos en el exterior como a extranjeros en el país, lo que refleja un enfoque inclusivo y multidimensional (Gobierno del Perú, 2024). Esta política se apoya en la Constitución Política del Perú, que garantiza derechos fundamentales y promueve la no discriminación (Decreto Supremo N° 015-2017-RE). Además, la creación de la Mesa de Trabajo Intersectorial para la Gestión Migratoria (MTIGM) permite coordinar acciones entre diversas entidades del Estado, asegurando una respuesta efectiva a los desafíos migratorios actuales (ACNUR, 2017). Sin embargo, la implementación de estas normativas enfrenta retos significativos, especialmente en el contexto de flujos migratorios masivos, como el de venezolanos hacia Perú. Por lo tanto, es esencial que las políticas se actualicen y adapten continuamente para abordar las realidades cambiantes y garantizar la protección de los derechos humanos de todos los migrantes.

### **III.4. Impacto de la Criminalización Migratoria**

#### **III.4.1. Consecuencias sociales, económicas y políticas**

La criminalización de la migración desencadena profundas consecuencias sociales, económicas y políticas que impactan tanto a los migrantes como a las comunidades que los acogen. Socialmente, fomenta la xenofobia y la discriminación, creando un entorno hostil y estigmatizante donde se asocia a los migrantes con la delincuencia, independientemente de la realidad. Esta criminalización, como señala Aliverti (2015), es una medida desproporcionada que incrementa la vigilancia y precariza las condiciones laborales.

Las políticas restrictivas separan familias y generan vulnerabilidad extrema, especialmente en mujeres y niños. Económicamente, limita el acceso al mercado laboral formal, empujando a los migrantes a empleos precarios y explotadores, afectando su integración y el crecimiento económico de las comunidades. Las desigualdades económicas y las políticas migratorias restrictivas fomentan la migración irregular y la trata de personas, con graves riesgos para los migrantes. Políticamente, incrementa el control estatal sobre las fronteras y los movimientos poblacionales, debilitando los derechos humanos al carecer las leyes de protecciones adecuadas, generando tensiones entre países emisores y receptores.

Por lo tanto, es crucial abordar la migración no como un problema de seguridad, sino como un tema de desarrollo humano, requiriendo políticas coordinadas entre los Estados emisores y receptores que ofrezcan oportunidades legales y dignas de empleo<sup>2</sup>. La criminalización de la migración, además de vulnerar derechos, no aborda las causas subyacentes y fomenta la exclusión y la explotación.

#### **III.5. Vulnerabilidad de los migrantes en situaciones de explotación y trata de personas.**

De acuerdo a Oliveira (2019), la precariedad legal y económica de los migrantes los hace vulnerables a la explotación laboral y la trata de personas. El temor a la deportación los lleva a aceptar condiciones laborales abusivas: bajos salarios y entornos inseguros. Esta situación facilita la trata, donde la falta de apoyo legal los hace caer en redes que los explotan. Las víctimas sufren coerción, violencia sexual, privación de libertad y confiscación de documentos. La explotación incluye trabajo forzoso, servidumbre por deudas, matrimonios forzados, trabajo infantil y tráfico de órganos. En niños, cualquier captación con fines de explotación es trata, independientemente de la coerción. Es crucial

abordar las causas de la migración y evitar políticas que aumenten la vulnerabilidad, proporcionando asistencia y protección sin condicionamientos (p.43).

### III.6. Críticas y alternativas a la criminalización migratoria

La criminalización de la migración socava los derechos humanos, limitando el acceso a servicios básicos como salud, educación y vivienda, y generando tratos crueles e inhumanos (Castillo, 2023). La estigmatización de migrantes irregulares, alimentada por políticas criminalizantes, ignora que muchos huyen de condiciones extremas provocadas por intervenciones externas. Este enfoque distorsiona la realidad migratoria, presentando a los migrantes como <<delincuentes>> y dificultando su relación con las autoridades. Además, la criminalización obstaculiza el acceso al asilo y a la protección contra la trata de personas. Por lo tanto, es esencial abordar la migración como un tema de desarrollo humano y no como un problema de seguridad, promoviendo políticas que respeten los derechos fundamentales de todos los migrantes (Organización de los Estados Americanos, 2019).

## IV. Conclusiones

La criminalización migratoria construye una asociación entre los migrantes y la inseguridad, lo que alimenta la discriminación y la xenofobia. Al equiparar la migración irregular con la delincuencia, se estigmatiza a los migrantes, generando prejuicios y actitudes negativas hacia ellos.

El principio de no criminalización establece que la migración irregular no debe ser tratada como un delito. Sin embargo, muchos Estados penalizan la entrada o permanencia irregular, contraviniendo este principio. Al hacerlo, vulneran derechos fundamentales de los migrantes, como el debido proceso, la libertad y la seguridad jurídica, así como el acceso a servicios básicos y fomenta la exclusión social.

Para una gestión migratoria justa, es crucial priorizar los derechos humanos en las políticas, combatiendo la discriminación y garantizando el debido proceso para todos los migrantes. Esto implica asegurar el acceso a servicios básicos, la protección contra la explotación y el respeto a la dignidad humana. Fomentar canales de migración regular, como visas de trabajo y programas de reunificación familiar, reduce la migración irregular y sus riesgos asociados. La cooperación internacional es esencial para abordar las causas de la migración y gestionar los flujos de manera coordinada y humana, compartiendo responsabilidades entre los países de origen, tránsito y destino.

## V. Referencias Bibliográficas

- Brandariz, J. (2024). Crimigración: Los riesgos del uso creciente del Derecho migratorio en el marco del sistema penal. *Derecho Penal y Criminología*, 45(119), Article 119. <https://doi.org/10.18601/01210483.v45n119.07>
- Castillo, G. (2023). Crítica de la criminalización migratoria y la producción de fronteras</strong>. *Desinformémonos*. <https://desinformemonos.org/critica-de-la-criminalizacion-migratoria-y-la-produccion-de-fronteras/>
- Chacón, J., & Pontell, H. (Eds.). (2021). *Criminalization of Immigration*. <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190264079.013.333>
- Comisión Interamericana de derechos Humanos. (2016). *Movilidad Humana estándares Interamericanos*. [https://scholar.google.es/scholar?q=Comisi%C3%B3n+Interamericana+de+derechos+Humanos&hl=es&as\\_sdt=0,5](https://scholar.google.es/scholar?q=Comisi%C3%B3n+Interamericana+de+derechos+Humanos&hl=es&as_sdt=0,5)
- Decreto Legislativo No 1236. (s. f.). Decreto Legislativo de Migraciones.

- Gianco, M. (2020). Panorama de la criminalización de la migración en la UE: entre el derecho administrativo y el derecho penal—Buscar con Google.  
<https://www.google.com/search?q=Panorama+de+la+criminalizaci%C3%B3n+de+la+migraci%C3%B3n+en+la+UE%3A+entre+el+derecho+administrativo+y+el+derecho+penal>
- Girao, F. (2024). Derecho penal de emergencia y control migratorio en Chile (retroceso y violación de derechos fundamentales en las recientes propuestas de reforma a la ley de migración y extranjería). *Revista de ciencias sociales (Valparaíso)*, 84, 11-42.  
<https://doi.org/10.22370/rcs.2024.84.4098>
- Instrumentos de derechos Humanos. (1990). Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. OHCHR.  
<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers>
- Lawson, D., & Vargas, F. (2016, diciembre 8). Criminalización de la migración. *El Mostrador*.  
<https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/12/08/criminalizacion-de-la-migracion/>
- Misión con inmigrantes y refugiados. (2021). La importancia del acceso a la educación para las personas migrantes y refugiadas. SMR. <https://www.smr.org.mx/la-importancia-del-acceso-a-la-educacion-para-las-personas-migrantes-y-refugiadas/>
- Morales, J. (2021). Migración y Criminalización: Paradojas del Derecho Penal.  
<https://scholar.google.es/scholar?>
- Normas Internacionales. (2024). Normas Internacionales. OHCHR. <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-migrants/international-standards>
- Nunziata. (2020). Inmigración y seguridad ciudadana—Google Académico.  
[https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as\\_sdt=0%2C5&q=Inmigraci%C3%B3n+y+seguridad+ciudadana&btnG=](https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=Inmigraci%C3%B3n+y+seguridad+ciudadana&btnG=)
- Oliveira, M. (2019). [PDF] Gt trata de personas y tráfico ilícito de migrantes.  
<https://scholar.google.es/scholar?>
- Organización de los Estados Americanos. (2019). Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas. <https://www.google.com/search?>
- Quinteros, D., Dufraix, R., & Ramos, R. (2023). Criminalización de las migraciones.  
<https://www.teseopress.com/migracionescontemporaneas/chapter/criminalizacion-de-las-migraciones/>
- Ramaciotti, J. (2023). Migración irregular y delito | Centro de Políticas Migratorias. Centro de Políticas.  
<https://www.politicasmigratorias.org/columna-migracion-y-delito>
- Schloenhardt, A., & Markey, R. (2016). La no criminalización de las víctimas de la trata de personas: Principios, promesas y perspectivas por Andreas Schloenhardt, Rebekkah Markey-Towler: SSRN. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2810148](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2810148)
- Seminario, M. (2025, febrero 7). «Crimigración»: Desde que se implementó esta estrategia en USA se empezó a criminalizar a los inmigrantes | RPP Noticias.  
<https://rpp.pe/usa/actualidad/crimigracion-en-eeuu-que-significa-esta-estrategia-y-por-que-influyo-en-estigmatizar-a-los-inmigrantes-como-criminales-estados-unidos-rppusa-noticia-1614900>
- Señales Migratorias, C. N. de. (2023). Señales Migratorias (Boletines). gob.mx.  
<http://www.gob.mx/conapo/documentos/senales-migratorias-boletines>
- Stoessle, P., & Gonzalez, F. (2020). Desde un Estado de Leyes a un Estado de Derecho: Obstáculos en el acceso a la salud de los migrantes irregulares en Nuevo León. TLA-MELAU, 0, Article 0.  
<http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/tlamelau/article/view/710>

# Los procesos electorales en América Latina en 2025

## *Electoral processes in Latin America in 2025*

Rafael Rodríguez Campos\*

### Resumen

En el presente artículo el autor hace un repaso a todos los procesos electorales (presidenciales y no presidenciales) que se llevarán a cabo en América Latina durante el año 2025.

**Palabras clave:** *América Latina, Procesos Electorales, Elecciones Presidenciales y Elecciones No Presidenciales.*

### Abstract

In this article, the author reviews all the electoral processes (presidential and non-presidential) that will take place in Latin America during the year 2025.

**Keywords:** *Latin America, Electoral Processes, Presidential Elections and Non-Presidential Elections.*

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla-La Mancha (UCLM - España). Posgrado y estudios de maestría en Ciencia Política y Gobierno por la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP. Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución por la UCLM - España. Especialista en Elecciones, Representación Política y Gobernanza Electoral por la Universidad Autónoma de México (UNAM). Especialista en Derechos Humanos por la Corte Suprema de los Estados Unidos de México. Especialista en Gobernabilidad e Innovación Pública por la CAF/Banco de Desarrollo de América Latina y la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Observador Electoral Internacional en diversos procesos electorales de la región desde 2016. Correo Electrónico: [rafaelrodriguezcampos1982@gmail.com](mailto:rafaelrodriguezcampos1982@gmail.com)

## I Introducción

Para quienes nos dedicamos al estudio de los procesos electorales en América Latina, el 2025 aparece como un año en el que 7 países celebrarán elecciones (8 si la dictadura que gobierna Venezuela decide convocar a elecciones para elegir diputados de la Asamblea Nacional, gobernadores, alcaldes y concejales). Así, entre febrero y noviembre los países democráticos en los que se llevarán a cabo elecciones son: Ecuador, Bolivia, Chile, Honduras, Uruguay, México y Argentina.

## II. Los procesos electorales en América Latina 2025

Previamente, es importante señalar que este 2025 trae consigo dos tipos de elecciones en la región: 1) Elecciones Generales (Presidenciales); y 2) Elecciones No Presidenciales.

### 1. Elecciones Generales (Presidenciales)

#### a. Ecuador

El 09 de febrero del 2025, los ecuatorianos deberán concurrir a las urnas para elegir a la fórmula presidencial que los gobernará durante el periodo constitucional 2025 – 2029. Asimismo, se realizarán las Elecciones Legislativas en las que se elegirán a los representantes al Parlamento Andino y a los Asambleístas para dicho periodo constitucional.

Como se sabe, el actual presidente, Daniel Noboa, buscará la reelección y extender por 4 años el breve mandato que logró en 2023, para completar el período que correspondía a Guillermo Lasso, quien convocó a elecciones anticipadas cuando enfrentaba un juicio político por la presunta comisión de delitos de corrupción.

Sin embargo, en estos comicios también participarán otros 15 candidatos, incluyendo a Luisa González, quien fue la rival de Noboa en el ballotage de 2023, representando al correísmo. Por ende, el resultado de esta elección definirá el rumbo que adoptará el nuevo gobierno a la hora de afrontar los problemas de corrupción, seguridad ciudadana, energéticos y económicos que son los que mayor preocupación generan entre los ecuatorianos.

Cabe precisar que, en Ecuador, para ser elegido presidente de la República, se requiere obtener la mayoría absoluta de los votos (50% +1); esto abre la posibilidad de tener que ir a una segunda vuelta sino se alcanza dicho umbral, entre los dos candidatos más votados. Ahora bien, en caso eso sea necesario la misma se llevará a cabo el 13 de abril de 2025.

#### b. Bolivia

El 17 de agosto del 2025, los bolivianos deberán concurrir a las urnas para elegir a la fórmula presidencial que los gobernará durante el periodo constitucional 2025 – 2030. Asimismo, se realizarán las Elecciones Legislativas en las que se elegirán a los 130 miembros de la Cámara de Diputados y 36 integrantes de la Cámara de Senadores.

Todo apunta a que el actual presidente, Luis Arce, buscará la reelección, aunque él oficialmente no ha definido formalmente su postulación. Como se recuerda Arce fue elegido en 2020, para resolver la crisis política desatada en 2019. Cuando el ex presidente Evo Morales intentaba una nueva reelección, para luego renunciar al cargo denunciando un supuesto intento de golpe de Estado.

Hoy, el partido oficialista MAS (Movimiento al Socialismo), tendrá que enfrentar un proceso electoral marcado por la pugna interna que vienen librando Arce y Morales por el liderazgo de su

partido y por ser los abanderados de la izquierda boliviana. Por su parte, la oposición viene haciendo enormes esfuerzos para ir unida a las urnas por lo que se busca un consenso entre los ex presidentes Jorge Quiroga y Carlos Mesa, con el aval de otros políticos de centro y representantes del empresariado.

Cabe precisar que, en Bolivia, para ser elegido presidente de la República, se requiere obtener la mayoría absoluta de los votos (50% +1); esto abre la posibilidad de tener que ir a un ballottage sino se alcanza dicho umbral, entre los dos candidatos más votados. Ahora bien, en caso eso sea necesario el mismo se llevará a cabo el 19 de abril de 2025.

#### **c. Chile**

El 16 de noviembre del 2025, los chilenos deberán concurrir a las urnas para elegir a la fórmula presidencial que los gobernará durante el periodo constitucional 2026 – 2030. Asimismo, se realizarán las Elecciones Legislativas (Cámara de Diputados y Cámara de Senadores) correspondiente a dicho periodo constitucional.

Al respecto, es importante recordar que el actual presidente, Gabriel Boric, elegido en 2021 luego de las protestas sociales que dieron lugar a un proceso constituyente inédito en la historia chilena, por mandato constitucional, está impedido de ir a la reelección; sin embargo, su coalición oficialista de izquierda Frente Amplio se encuentra definiendo a quien los representará en los próximos comicios.

Ahora bien, dado que aún no existen candidatos definidos, los nombres que empiezan a aparecer en las encuestas de opinión son los de José Antonio Cast, ex candidato de la derecha radical, Evelyn Matthei, ex alcaldesa centro derecha y Michelle Bachelet, ex presidenta de Chile, pero ninguno logra obtener un claro favoritismo entre la opinión pública.

Lo que sí parece claro es que esta elección llega en un momento en el que se vuelven a debatir los dos grandes temas que han ocupado la deliberación pública chilena en los últimos años: el proceso constituyente (la posible aprobación de una nueva Constitución) y las reformas sociales destinadas a cerrar las brechas de desigualdad en el campo de la salud, educación y previsional.

Cabe precisar que, en Chile, para ser elegido presidente de la República, se requiere obtener la mayoría absoluta de los votos (50% +1); esto abre la posibilidad de tener que ir a una segunda vuelta sino se alcanza dicho umbral, entre los dos candidatos más votados. Ahora bien, en caso eso sea necesario la misma se llevará a cabo el 14 de diciembre de 2025.

#### **d. Honduras**

El 30 de noviembre del 2025, los hondureños deberán concurrir a las urnas para elegir a la fórmula presidencial que los gobernará durante el periodo constitucional 2026 – 2030. Asimismo, se realizarán las Elecciones Legislativas en las que se elegirán a los 128 diputados del Congreso (más sus 128 suplentes), 20 diputados del Parlamento Centro Americano (más sus 20 suplentes) así como también a 298 alcaldes, 298 vicealcaldes, y 2092 regidores.

En estas elecciones tres fuerzas políticas disputarán la presidencia de la República. Hablamos de la coalición de gobierno LIBRE de centro izquierda, el partido Nacional de tradición conservadora y el partido Liberal. Como se sabe la economía de Honduras depende fuertemente de las remesas de sus emigrantes a Estados Unidos por lo que la relación con la Casa Blanca en la administración Trump será un tema central durante la campaña electoral.

No obstante, previamente, el 09 de marzo de 2024 deberán llevarse a cabo las Elecciones Primarias que servirán para definir a los candidatos presidenciales de estas tres fuerzas políticas que competirán en noviembre por la jefatura del Estado.

Además, cabe precisar que en Honduras, para ser elegido presidente de la República, se requiere obtener mayoría simple, sin necesidad de una segunda vuelta o ballottage; y no está permitida la reelección presidencial.

## **2. Elecciones No Presidenciales**

### **a. Uruguay**

El 11 de mayo del 2025, los uruguayos deberán concurrir a las urnas para elegir a sus autoridades departamentales y municipales. Así, por ejemplo, en cada departamento se elegirá al intendente y 31 ediles. Luego, en cada municipio se elegirá un alcalde y 4 concejales. Es decir, en total se elegirán 19 intendentes, 589 ediles, 127 alcaldes y 508 concejales. Cabe precisar que dichas autoridades ejercerán sus cargos por un periodo constitucional de 5 años.

### **b. México**

El 01 de junio del 2025, los mexicanos deberán concurrir a las urnas para elegir por primera vez en una elección extraordinaria a 850 cargos judiciales, entre los cuales aparecen ministros, magistrados y juzgadores, todos ellos por voto popular, según lo dispuesto por la Reforma Constitucional del Poder Judicial promulgada en setiembre de 2024.

### **c. Argentina**

El 26 de octubre del 2025, los argentinos deberán concurrir a las urnas para renovar a la mitad de los integrantes de la Cámara de Diputados y a un tercio de la Cámara de Senadores.

Como bien lo señalan diversos analistas, estos comicios son una especie de plebiscito sobre la gestión que viene desarrollando el presidente Javier Milei y los resultados de sus medidas frente a la grave crisis económica, social y política que heredó una vez que asumió el gobierno a fines de 2023.

Sin embargo, es importante resaltar que el voto tendrá un poder más simbólico (en lo político) que numérico (en el reparto de las bancas). Afirmamos ello, porque las curules o escaños a renovarse no bastan para que el partido oficialista pueda consolidar una mayoría propia. Entonces, lo cierto es que a nivel del Poder Legislativo el éxito o fracaso de las propuestas que provengan de la Casa Rosada, dependerá de la capacidad del oficialismo para seguir construyendo consensos y/o alianzas temáticas específicas.

### **d. La dictadura de Venezuela**

Por último, como ya lo hemos indicado previamente, también deberían realizarse las elecciones parlamentarias y regionales en Venezuela. No obstante, lo cierto es que hasta el momento no se tiene una fecha cierta para las mismas y tampoco la oposición ha decidido si participará o no luego de que en julio del 2024, la dictadura de Nicolas Maduro perpetrará uno de los fraudes electorales más groseros de la historia política de nuestra región.

Hoy, luego de que la oposición publicara las actas representativas del 85% del escrutinio, se sabe que el ganador de la elección presidencial fue Edmundo González con aproximadamente el 65% de los votos. Es decir, la oposición barrió con la dictadura sacándole una ventaja de 30% cuando menos.

### III. Conclusiones

Luego de hacer el repaso de los procesos electorales en América Latina en 2025, considero oportuno compartir dos apuntes que venimos reiterando al inicio de cada año electoral en nuestra región:

En primer lugar, subrayar la responsabilidad que asumen los organismos electorales de la región - que en el marco de un clima de alta polarización y radicalización electoral- deben asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa, como lo señala el artículo 176 de la Constitución Política del Perú y las demás constituciones de la región.

En segundo lugar, resaltar la responsabilidad que asumen los partidos políticos y los candidatos quienes deberán respetar la voluntad popular expresada en las urnas evitando incurrir en cualquier tipo de acción que busque deslegitimar la labor de los organismos electorales poniendo en entredicho su autonomía, independencia o imparcialidad.

En otras palabras, los políticos que serán candidatos deben ser los primeros en observar la regla más importante de toda democracia: respetar el resultado electoral que dictan las urnas. Lo peor que puede hacer un candidato es culpar al árbitro (organismos electorales) de sus derrotas y/o fracasos electivos.

## Análisis de la vacancia presidencial de Pedro Castillo Terrones por permanente incapacidad moral

### *Analysis of the presidential vacancy of Pedro Castillo Terrones due to permanent moral incapacity*

Marianelly Carmen Quenta Quispeluz\*

#### Resumen

El presente artículo versará sobre la necesaria implementación del juicio político o también denominado "Impeachment" para la aplicación de la vacancia presidencial por la causal de permanente incapacidad moral, prevista en el artículo 113, inciso 2 de la Constitución política del Perú, a fin de evitar el uso arbitrario e indiscriminado de dicha causal por parte del parlamento; causal que fue utilizada por el congreso para declarar la vacancia presidencial de Martin Vizcarra Cornejo y a posteriori de José Pedro Castillo Terrones, no existiendo una correcta interpretación de la figura de "permanente incapacidad moral" ni regulación que garantice un debido proceso para declarar la incapacidad moral del Jefe de Estado en el Perú.

**Palabras Clave:** *Juicio político, vacancia presidencial, incapacidad moral, congreso.*

#### Abstract

This article will deal with the necessary implementation of impeachment or also called "Impeachment" for the application of the presidential vacancy due to the cause of permanent moral incapacity, provided for in article 113, paragraph 2 of the Political Constitution of Peru, in order to avoid the arbitrary and indiscriminate use of said cause by parliament; cause that was used by Congress to declare the presidential vacancy of Martin Vizcarra Cornejo and subsequently of José Pedro Castillo Terrones, there being no correct interpretation of the figure of "permanent moral incapacity" nor regulation that guarantees due process to declare the moral incapacity of the Head of State in Peru.

**Keywords:** *Impeachment, presidential vacancy, moral incapacity, congress.*

---

\* Abogada por la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann, con estudios concluidos de Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Privada de Tacna y abogada en la Autoridad Desconcentrada de Control del Distrito Fiscal de Ayacucho. Correo electrónico: marianelly1821@gmail.com.

## I. Introducción

Al poco tiempo de conmemorar los 200 años de independencia del Perú, nuestro país ha vuelto a revivir la crisis política de antaño, marcada en la historia por sucesivas disoluciones del congreso, autogolpes de Estado y vacancias presidenciales, volviendo endeble la democracia peruana, teniendo en estos últimos cinco años, cinco presidentes en el gobierno, lo cual equivale a un presidente por año, cuando el mandato presidencial en el Perú dura cinco años, lo cual definitivamente refleja la inestabilidad gubernamental vivida en el país; crisis institucional que se ha visto acrecentada por las constantes tensiones entre el poder ejecutivo y el legislativo.

La crisis se origina en el año 2016 con la asunción de Pedro Pablo Kuczynski en el poder al haber ganado en segunda vuelta a la candidata presidencial Keiko Sofia Fujimori Higuchi, quien con mayoría en el congreso busco desestabilizar el gobierno de turno y debido a las vinculaciones de Pedro Pablo Kuczynski con la cuestionada empresa Odebrecht, lo que dio inicio a una investigación penal, el congreso buscó aplicar la causal de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, prevista en el artículo 113, numeral 2 de la Constitución política del Perú, causal que había sido aplicada por última vez en el año 2000 ante la renuncia – no aceptada – del ex mandatario Alberto Fujimori, causal de vacancia que a posterior, fue utilizada en reiteradas oportunidades por el Congreso de la República a fin de buscar la vacancia presidencial de los jefes de Estado.

En el presente artículo jurídico se sustentará las razones por las cuales es necesario la implementación del juicio político en los pedidos de vacancia presidencial formulados por el poder legislativo por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113 de la constitución, la misma que al ser una causal subjetiva, esto es, prestada a diferentes interpretaciones, no coadyuva a la estabilidad política del país, siendo una ventana abierta para deponer al gobierno de turno por causas variables que a criterio del congreso puedan constituir una vacancia presidencial.

## II. La vacancia presidencial en la historia política del Perú

Desde los inicios de la vida republicana en el Perú, se dio la primera vacancia presidencial con el precursor José de la Riva Agüero y Sánchez-Boquete, el 23 de junio de 1823, siendo que el parlamento considero que Riva Agüero no era apto para continuar en el cargo, debido a las derrotas acaecidas con las tropas españolas, (ya que las tropas españolas aún estaban en territorio peruano), luego de desavenencias con el Congreso y los conflictos con las tropas españolas, así como con el propio Simón Bolívar, es declarado traidor y deportado al extranjero; sin embargo, es necesario aclarar que la vacancia presidencial por incapacidad moral se encuentra regulada en el Perú desde 1839, por tanto, no podemos hablar propiamente que se trata de una vacancia al amparo de la constitución. (Valdez, 2021; Loza, 2021).

La segunda vacancia presidencial en el Perú, se suscitó el 04 de febrero de 1914 el presidente Guillermo Billinghurst, había planeado la disolución del Congreso debido a la fuerte oposición en su gobierno para llevar a cabo sus reformas constitucionales. No obstante, el congreso al tener conocimiento de ello, formuló la vacancia presidencial por incapacidad moral al amparo del inciso 1) del artículo 88 de la constitución de 1960, que señalaba: "La presidencia de la República vaca además del caso de muerte: Por perpetua incapacidad, física o moral del Presidente". (Valdez, 2021; Loza, 2021).

Como tercer caso de vacancia en la historia peruana, aconteció el 21 de noviembre de 2000, el congreso declaró la vacancia presidencial del ex mandatario Alberto Fujimori, ante su renuncia vía fax desde Japón, ello luego de participar en la Cumbre de la APEC en Brunéi, pues al haberse hecho públicas las grabaciones de su asesor Vladimiro Montesinos sobornando a funcionarios y otras personas para que apoyen al gobierno el ex mandatario anunció la convocatoria de las próximas elecciones presidenciales y congresales, sin embargo, su renuncia no fue aceptada por el parlamento aplicando la causal de vacancia por permanente incapacidad moral. (Valdez, 2021; Loza, 2021).

El cuarto caso de vacancia presidencial en el Perú, se dio el 22 de marzo de 2018, durante el mandato del ex presidente Pedro Pablo Kuczynski y ante un primer intento de vacancia el Congreso formula un segundo pedido, por hechos relacionados con la obtención de votos congresales que habría negociado el citado mandatario para evitar el primer pedido de vacancia, asimismo, se le cuestionaba estar vinculado a la empresa Odebrecht, cuando fue Ministro de Economía en el gobierno de Alejandro Toledo, por lo que, un día antes que se vote en el pleno del congreso sobre la moción de vacancia presidencial el jefe de Estado, Pedro Pablo Kuczynski, presentó su carta de renuncia ante la presidencia del Congreso de la República, declarándose su vacancia por la causal prevista en el inciso 3 del artículo 113 de la constitución vigente, al haberse aceptado su renuncia por el Congreso. (Valdez, 2021; Loza, 2021).

Luego, como quinto caso de vacancia, se suscitó el 09 de noviembre de 2020, en el gobierno de Martín Vizcarra Cornejo, el Congreso declara la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, fundamentado en los presuntos actos de corrupción cometidos cuando el referido mandatario, en ese entonces, era gobernador regional de Moquegua. (Valdez, 2021; Loza, 2021).

Finalmente, con fecha 07 de diciembre de 2022, durante el mandato de José Pedro Castillo Terrones, luego de dos intentos de vacancia, el gobierno logra la cantidad de votos suficientes para declarar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, por presuntos actos de corrupción y debido a las investigaciones penales que se seguían en su contra por organización criminal, tráfico de influencias y colusión, concretándose la misma cuando decidió disolver el Congreso, instalando un gobierno de facto; convirtiéndose en el cuarto presidente en ser vacado por esta causa.

### III. La vacancia presidencial por permanente incapacidad moral

El artículo 113 de la Constitución política del Perú, prescribe las causales de vacancia de la presidencia de la República, estableciendo que la presidencia vaca por:

1. Muerte del presidente de la República.
2. Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso.
3. Aceptación de su renuncia por el Congreso.
4. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado.
5. Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117 de la Constitución."

Como es de observarse la única causal subjetiva, la cual se presta a distintas interpretaciones es sobre la "permanente incapacidad moral", enlazado al criterio de moral que pueda concebir cada persona; siendo las demás causales objetivas, es decir, se tratan de hechos concretos como la muerte del presidente, incapacidad física, renuncia, salir del territorio nacional sin permiso del Congreso, y la destitución.

En un intento del Tribunal Constitucional de querer interpretar la causal de "permanente incapacidad moral", se suscitó en la sentencia 96/2024 (2024), emitida en el expediente N° 01803-2023-PHC/TC, resolución que declaró improcedente la demanda de habeas corpus presentada por el ex presidente Pedro Castillo, en la cual señala:

31. Con relación a la interpretación de las conductas reprochables como "permanente incapacidad moral", este Colegiado asume que tal noción constituye un concepto jurídico indeterminado, una causal abierta cuya aplicación debe ser de naturaleza excepcional o de última ratio. (...)"

En adición a lo expuesto, también indica que la causal de vacancia por permanente incapacidad moral se refiere a conductas manifiestamente impropias o incompatibles con la dignidad y

autoridad de la presidencia o a abusos de poder que vulneren valores, principios o bienes jurídicos constitucionales; para después establecer que dicha causal corresponde ser interpretada y valorada por el Congreso de la República, debiendo ser determinada dentro de los parámetros de razonabilidad y con las garantías del debido proceso.

De los fundamentos señalados precedentemente, se colige que la causal de permanente incapacidad moral, continúa siendo una causal subjetiva, abierta, dado que no se ha delimitado cuáles serían las conductas manifiestamente impropias o incompatibles con la dignidad de la presidencia o cuáles serían los abusos de poder en que podría incurrir el mandatario durante sus funciones, más aún señala que dicha interpretación corresponde ser efectuada por el Congreso de la República, cuando es el Tribunal Constitucional el supremo interprete de la Constitución, no obstante, al menos da mayores luces que la sentencia 778/2020 emitida en el expediente N° 002-2020-CC/TC de fecha 19 de noviembre de 2020, respecto al caso de vacancia del presidente de la República Martín Vizcarra por incapacidad moral, demanda que fue declarada improcedente.

#### **IV. La aplicación del juicio político para declarar la vacancia presidencial**

##### **IV.1. Según la legislación comparada**

La aplicación del juicio político para declarar la vacancia presidencial ha sido objeto de intensos debates en el ámbito del derecho comparado, en tanto que su configuración y funcionamiento revelan profundas diferencias en función de la tradición constitucional y la estructura de los sistemas políticos. En este sentido, la experiencia de países con regímenes presidencialistas y sistemas federales, como Estados Unidos, muestra que el mecanismo de impeachment se erige no solamente como una herramienta de control político, sino también como un procedimiento jurídico con límites bien definidos que buscan evitar la politización excesiva del proceso de remoción del jefe de Estado (Bobbitt, 2018).

La Constitución de los Estados Unidos, por ejemplo, estipula un proceso que requiere la acumulación de evidencias de delitos de traición, soborno u otros altos crímenes, y que se desarrolla en dos instancias – la Cámara de Representantes y el Senado – lo cual garantiza que la decisión final se someta a un escrutinio riguroso y colegiado (Clark & Mercer, 1978).

En contraste, en otras jurisdicciones se observa que el juicio político adquiere una configuración distinta, en tanto que la separación de poderes y el control jurisdiccional asumen roles protagónicos en la determinación de la procedencia del procedimiento. En el sistema alemán, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal ha intervenido en diversas ocasiones para delimitar el alcance del poder legislativo en la remoción de autoridades, estableciendo que cualquier proceso de destitución debe respetar los principios fundamentales de razonabilidad y proporcionalidad, evitando que el mecanismo se convierta en un instrumento de desestabilización política (Rezneck, 1974; Wasby, 1994).

La jurisprudencia desarrollada en este contexto ha evidenciado que la interpretación de lo que constituye una conducta incompatible con el ejercicio del poder ejecutivo debe realizarse a la luz de parámetros jurídicos preestablecidos y en estrecha relación con la doctrina constitucional, lo cual contrasta con la mayor flexibilidad que en ocasiones caracteriza al procedimiento estadounidense.

Asimismo, en el contexto de América Latina se han gestado diversas propuestas de reforma que pretenden equilibrar el ejercicio del juicio político, procurando dotarlo de una base normativa que lo inscriba dentro de un marco procesal riguroso y garantista (Serrafero, 1996). La experiencia brasileña resulta particularmente ilustrativa, puesto que la Constitución de 1988 establece procedimientos específicos para la destitución del presidente, incorporando mecanismos de participación del Poder Legislativo y de órganos jurisdiccionales especializados, con el fin de evitar la utilización arbitraria del mecanismo como herramienta de persecución política (Almagro, 2019; Böcker, 2021).

En este sentido, la comparación con otros sistemas demuestra que la adopción de salvaguardias procesales y la definición precisa de los supuestos de causales – bien sean éstos de índole moral, política o jurídica – constituyen elementos esenciales para asegurar que el juicio político no se transforme en un instrumento de mera disputa partidaria, sino en un mecanismo legítimo de control y rendición de cuentas.

La diversidad de enfoques en la aplicación del juicio político evidencia que, a nivel comparado, resulta imperativo un análisis que considere tanto la naturaleza subjetiva de ciertos criterios como la necesidad de establecer límites claros que impidan la politización desmedida del proceso. La doctrina académica ha insistido en que, para que la remoción presidencial por medio del juicio político sea efectiva y respetuosa de los principios democráticos, se debe promover una articulación coherente entre la norma jurídica, la interpretación judicial y el ejercicio del poder legislativo (Eguiguren, 2017). De esta manera, se consolida la idea de que la integración de un debido proceso, sustentado en garantías constitucionales y en la observancia de estándares internacionales de protección de los derechos fundamentales, se erige como condición sine qua non para la legitimidad de cualquier procedimiento de vacancia presidencial basado en causales de índole moral.

En suma, la perspectiva comparada permite constatar que, mientras en algunos sistemas el juicio político se configura como un proceso eminentemente político sometido a la discrecionalidad del legislador, en otros se encamina hacia un modelo híbrido en el que la intervención del poder judicial y la exigencia de un procedimiento formalizado actúan como contrapesos necesarios para preservar la estabilidad institucional. Este análisis comparativo no solo enriquece la comprensión del mecanismo, sino que también subraya la necesidad de adaptar y perfeccionar la normativa interna, de modo que se garantice la debida protección del poder ejecutivo frente a decisiones arbitrarias y se consolide el equilibrio de poderes en contextos de alta volatilidad política (Forno, 2013; Marsteintredet, 2008).

#### **IV.2. Aplicación en el Perú**

En el contexto peruano, la aplicación del juicio político para declarar la vacancia presidencial por la causal de permanente incapacidad moral se erige como uno de los mecanismos constitucionales más controvertidos y complejos, pues implica la intersección de criterios jurídicos, políticos y sociales que han marcado la historia reciente del país.

Este mecanismo, consagrado en el artículo 113, inciso 2, de la Constitución política del Perú (Congreso Constituyente Democrático, 1993), permite al Congreso declarar vacante la presidencia cuando se estime que el mandatario incurre en conductas que, desde la perspectiva del control político, resultan incompatibles con la dignidad del cargo. Sin embargo, la redacción de esta causal ha generado amplios debates, precisamente por su carácter indeterminado y por la posibilidad de que su aplicación se vea influenciada por intereses partidarios, lo cual puede comprometer el equilibrio de poderes y la estabilidad institucional.

La práctica de utilizar la causal de incapacidad moral ha estado acompañada de desarrollos normativos y jurisprudenciales que buscan dotar de mayor objetividad y seguridad jurídica a este mecanismo.

La Resolución Legislativa N° 030-2003-CR de "Procedimiento para declarar la vacancia del Presidente de la República por permanente incapacidad física o moral" (2003), por ejemplo, introdujo disposiciones específicas en el reglamento del Congreso, para regular el procedimiento de admisión y votación de las mociones de vacancia. Dicho reglamento exige que la declaratoria de incapacidad moral se sostenga mediante una votación calificada, que requiere el respaldo de al menos dos tercios del número legal de congresistas, con el objetivo de evitar que la destitución del presidente se convierta en una herramienta de control político arbitraria.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú ha contribuido de manera significativa a delimitar el alcance de esta causal. En la sentencia N° 0006-2003-AI/TC de Acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 Congresistas de la República contra el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República (2003), se estableció que el proceso para declarar la vacancia por incapacidad moral debe cumplir con los principios del debido proceso, garantizando al mandatario el derecho a una defensa efectiva y a la presentación de pruebas que sustenten la calificación de los hechos imputados. Esta sentencia subrayó la importancia de que el trámite no se base en mayorías simples, sino en un consenso amplio que asegure la objetividad en la valoración de conductas cuya tipificación moral resulta, por naturaleza, ambigua.

Diversos estudios doctrinales han analizado críticamente la aplicación de esta figura en el Perú. Oropeza y Mendoza (2023) han señalado que, al carecer de una definición precisa de "incapacidad moral", el mecanismo se presta a interpretaciones subjetivas que pueden ser instrumentalizadas por el Poder Legislativo para fines partidarios, desvirtuando su función de control y rendición de cuentas. Asimismo, análisis presentados por Tapia (2020), Centty y Rosado (2023) han evidenciado la necesidad de reformar y precisar los criterios que permitan diferenciar, de manera objetiva, entre una conducta que verdaderamente impida el ejercicio legítimo de la presidencia y aquella que, si bien es reprochable, no justifica la destitución del mandatario.

La experiencia reciente de procesos de vacancia, como los iniciados contra Pedro Pablo Kuczynski y Martín Vizcarra, pone de manifiesto las tensiones inherentes a la aplicación de esta causal en un contexto de alta polarización política.

En dichos casos, el debate no solo se centró en la existencia de conductas reprochables, sino también en la forma en que se garantizó –o no– el debido proceso, generando un clima de incertidumbre sobre la estabilidad democrática y la adecuada separación de poderes. La utilización de la vacancia como forma de juicio político en estos escenarios ha sido interpretada, por algunos sectores, como un instrumento legítimo de control político, mientras que otros lo ven como una maniobra para desestabilizar gobiernos electos sin que se haya alcanzado un consenso suficiente sobre la gravedad de los hechos imputados (Bardales, 2022; Hakansson, 2020).

En síntesis, la aplicación del juicio político en el Perú, en lo que se refiere a la causal de permanente incapacidad moral, refleja una problemática de doble vertiente: por un lado, se reconoce la necesidad de disponer de un mecanismo que permita sancionar al mandatario en casos de conductas que menoscaben la dignidad y el adecuado ejercicio del poder ejecutivo; y por otro, se evidencia que la falta de criterios objetivos y la ambigüedad de la causal pueden conducir a procesos politizados, en los que el debate se torna más ideológico que técnico (Apaza, 2023; García, 2013).

Por ello, es imperativo que tanto la doctrina como los operadores jurídicos y políticos profundicen en el perfeccionamiento normativo y en el establecimiento de estándares interpretativos claros, de modo que la aplicación del juicio político se erija en un instrumento de control genuino y equilibrado, salvaguardando al mismo tiempo los principios fundamentales del Estado de derecho y la estabilidad democrática (Arrunátegui, 2020; Barturén, 2022).

## V. Conclusiones

Las conclusiones que se derivan del presente análisis evidencian que la aplicación del juicio político en el Perú, particularmente en lo que concierne a la causal de permanente incapacidad moral, constituye un mecanismo constitucional de control y de salvaguarda del equilibrio de poderes, cuya finalidad última es asegurar que el ejercicio del poder ejecutivo se mantenga dentro de los límites de la legalidad y el respeto a la dignidad del cargo.

No obstante, la ambigüedad inherente en la formulación de esta causal y la discrecionalidad que se confiere al Congreso para interpretar y aplicar sus criterios han permitido que, en la práctica, el mecanismo se preste a interpretaciones subjetivas y a posibles instrumentalizaciones de carácter político, lo que ha contribuido a la polarización y a episodios de inestabilidad institucional.

El estudio pone de relieve que, si bien la normativa vigente –como lo establece la Constitución política del Perú (1993) y se complementa con disposiciones del Reglamento del Congreso plasmadas en la R. Leg. N° 030-2003-CR– reconoce la legitimidad del juicio político, resulta imperativo que se adopten criterios interpretativos más objetivos y rigurosos.

La Sentencia N° 0006-2003-AI/TC del Tribunal Constitucional ha sido determinante al enfatizar la necesidad de garantizar el debido proceso, permitiendo al mandatario ejercer su derecho a la defensa y exigir una valoración probatoria que asegure que la causal de incapacidad moral se configure de forma clara y precisa. Esta exigencia resulta esencial para evitar que el mecanismo se transforme en un instrumento de persecución política o en una herramienta para debilitar el mandato legítimo del presidente.

Además, la experiencia reciente de procesos de vacancia, en los que se han evidenciado tensiones políticas y cuestionamientos acerca del respeto al debido proceso, demuestra que la aplicación de la causal de incapacidad moral requiere una revisión y un perfeccionamiento normativo que promueva la participación de órganos técnicos independientes y garantice umbrales probatorios claros. De este modo, se contribuiría a que el juicio político se utilice exclusivamente en situaciones excepcionales y objetivamente justificadas, fortaleciendo así la estabilidad democrática y el Estado de derecho.

En síntesis, el mecanismo del juicio político, al ser un instrumento fundamental para el control del poder ejecutivo, debe ser aplicado de forma equilibrada y garantista. La adecuación de sus criterios y procedimientos, basada en una interpretación sistemática y rigurosa de la norma, se erige como una condición sine qua non para evitar la politización excesiva y preservar la confianza en las instituciones democráticas peruanas.

## VI. Referencias

- Acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 Congresistas de la República contra el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República, No. EXP. N.O 0006-2003-AIITC (2003). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00006-2003-AI.pdf>
- Almagro, D. (2019). ¿Juicio legítimo o golpe de Estado encubierto? El impeachment a la Presidenta de la República Federal de Brasil, Dilma Rousseff. *Revista Derecho del Estado*, 42, 25-50. <https://doi.org/10.18601/01229893.n42.02>
- Apaza, D. (2023). Análisis de la causal de permanente incapacidad moral declarada por el congreso para la vacancia presidencial Perú 2020. <https://repositorio.ucsm.edu.pe/handle/20.500.12920/12824>
- Arrunátegui, J. (2020). Vacío legal en la vacancia presidencial en el Perú. *Repositorio Institucional - UCV*. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/45580>
- Bardales, L. (2022). Análisis interpretativo sobre la vacancia presidencial por incapacidad moral en el Perú. *Revista Científica Ratio Iure*, 2(1), Article 1. <https://doi.org/10.51252/rcr.v2i1.276>
- Barturén, A. (2022). Conflicto de poderes en el Perú entre el 2018 al 2022. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(28), 253-263.
- Bobbitt, P. (2018). *Impeachment: A Handbook*. 128, 515-598.
- Böcker, R. (2021). Impeachment, lawfare y fake news en Brasil: Un espejo latinoamericano. *RIO: Revista Internacional de Organizaciones*, 25-26, 7-26.

- Centy, D., & Rosado, I. (2023). El juicio político como objetivación de la causal de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral en la Constitución Política del Perú. *Cuestiones constitucionales*, 48, 71-105. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2023.48.18036>
- Clark, M., & Mercer, D. (1978). Presidents, Impeachment, and Political Accountability. *Presidential Studies Quarterly*, 8(1), 5-18.
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política del Perú. <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/196158-constitucion-politica-del-peru>
- Eguiguren, F. (2017). La tendencia hacia el uso frecuente y distorsionado del juicio político y la declaración de vacancia en contra del presidente: ¿otro paso hacia la «parlamentarización» de los regímenes presidenciales en Latinoamérica o algo más? *Pensamiento Constitucional*, 22(22), 61-82.
- Forno, G. (2013). Juicio político y debido proceso en Latinoamérica. *Revista «Cuadernos Manuel Giménez Abad»*, 5, 132-150.
- García, A. (2013). La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional peruano. *Pensamiento Constitucional*, 18(18), 383-402.
- Hakansson, C. (2020). VACANCIA PRESIDENCIAL, TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA Y OMISIONES CONSTITUCIONALES. *Revista de Derecho*, 21(Especial), Article Especial.
- Marsteintredet, L. (2008). Las consecuencias sobre el régimen de las interrupciones presidenciales en América latina. *América Latina Hoy*, 49. <https://doi.org/10.14201/alh.1349>
- Oropeza, H., & Mendoza, E. (2023). El debido procedimiento administrativo y vacancia presidencial en el Perú. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 7(2), Article 2. [https://doi.org/10.37811/cl\\_rcm.v7i2.6180](https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i2.6180)
- Procedimiento para declarar la vacancia del Presidente de la República por permanente incapacidad física o moral, Pub. L. No. R. Leg. No 030-2003-CR (2003). <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/jun04/boletin04-06.htm>
- Reznek, D. (1974). Is Judicial Review of Impeachment Coming? *American Bar Association Journal*, 60(6), 681-685.
- Sentencia 96/2024, No. EXP. N.° 01803-2023-PHC/TC (2024). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/01803-2023-HC.pdf>
- Serrafero, M. (1996). El «Impeachment» en América Latina: Argentina, Brasil y Venezuela. *Revista de estudios políticos*, 92, 137-163.
- Tapia, M. B. (2020). EL DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO PARLAMENTARIO DE VACANCIA PRESIDENCIAL PERUANO. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, 26(2), Article 2.
- Valdez, S., & Loza, R. (2021). La vacancia por permanente incapacidad moral, casos en Perú y Latinoamérica, eliminación o regulación. *Revista de Postgrado SCIENTIARVM*. 7(2), 15-19. <https://doi.org/10.26696/sci.epg.0133>.
- Wasby, S. (1994). Impeachment as a «Political Question». *The Justice System Journal*, 16(3), 113-116.

## Reforma del referéndum buscando fortalecer la voluntad popular

### *Referendum reform seeking to strengthen the will of the people*

Eduardo Jesús Chocano Ravina\*

**Resumen:** El presente artículo propone reformar al artículo 46° de la Ley N° 26300, con el fin de fortalecer los resultados de un referéndum, buscando garantizar la voluntad del pueblo. Para ello, primero se analiza al Estado Constitucional de Derecho, destacando la supremacía constitucional y el rol del Tribunal Constitucional. Además, se desarrolla el derecho a la participación política y el referéndum como su expresión directa. A su vez, se identifica el problema de la corta duración de sus resultados, lo que limita su efectividad en reformas constitucionales. Finalmente, se realiza una propuesta de reforma con el fin de combatir la problemática.

**Palabras claves:** *Estado Constitucional de Derecho, participación política, referéndum, reforma, vigencia.*

**Abstract:** The article proposes to reform Article 46 of Law No. 26300 in order to strengthen the results of the referendum by seeking to guarantee the will of the people. To this end, it first analyses the constitutional rule of law, highlighting constitutional supremacy and the role of the Constitutional Court. In addition, the right to political participation and the referendum as its direct expression are developed. At the same time, it identifies the problem of the short duration of its results, which limits its effectiveness in constitutional reforms. Finally, a reform proposal is made in order to combat this problem.

**Keywords:** *Constitutional Rule of Law, political participation, referendum, reform, validity.*

---

\* Egresado de Derecho en la Universidad de Lima, Perú, perteneciente al décimo superior y estudiante de filosofía en la Universidad TECH, España. Asistente en el Estudio Manuel Oscar Vidaurre Arteta. Miembro honorario del Grupo de Estudios Constitucionales de la Universidad Nacional Federico Villareal y ex Director Académico. Ganador en la categoría de ponencia estudiantil en el I Congreso Nacional e Internacional de Derecho Ambiental organizado por la Universidad Científica del Sur, CMS Grau y Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA. Posee artículos publicados en autoría y coautoría en Derecho Constitucional, el Derecho con las nuevas tecnologías y filosofía aplicada. Autor de los libros "El Café de Cada Mañana" y "Para mi dama de las Camelias". Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2254-6197>. Correo de contacto: [eichocano@gmail.com](mailto:eichocano@gmail.com)

## I. Introducción

El miércoles 20 de marzo del 2024, se promulgó la Ley N° 31988, Ley de Reforma Constitucional que restablece la bicameralidad en el Congreso de la República del Perú. Mediante dicha Ley se modificaron cincuenta y tres artículos de la Constitución política del Perú de 1993, con el objetivo que ahora el sistema parlamentario peruano sea el bicameral. Esta situación generó críticas, principalmente sobre la forma en la cual se realizó la reforma constitucional.

Por otro lado, en el año 2018 se realizó el Referéndum Nacional 2018, convocado mediante Decreto Supremo N° 101-2018-PCM, por el cual se plantearon cuatro grandes cuestiones para que la ciudadanía pueda emitir su opinión. Entre ellas, se encontraba la reforma constitucional que planteaba el retorno a la bicameralidad. En aquella oportunidad, el resultado obtenido fue de 13 949 831 votos a favor del no y 1 462 516 votos a favor del sí.

No obstante, la Ley N° 31988 resultó aprobada por el Congreso de la República sin recurrir al referéndum, pese a que en el 2018 los resultados demostraban que no existía un interés en el retorno de la bicameralidad. Por lo tanto, de aquella situación en la cual no se presenció un respeto a los resultados del referéndum, nace la presente ponencia que buscará plantear una propuesta de reforma al artículo 43° de la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, con el objetivo de fortalecer al referéndum.

Para ello, se comenzará explicando brevemente en que consiste el Estado Constitucional de Derecho y la supremacía constitucional. Luego, se presentará en base a la Constitución y la Ley N° 26300, cómo se legisla el referéndum en la actualidad. Posterior a ello, se desarrollará el derecho a la participación política. Asimismo, se comentará la actual problemática del referéndum con el fin de poder plantear una propuesta de reforma. Finalmente, se presentarán las conclusiones sobre lo tratado.

## II. Estado Constitucional de Derecho, la Supremacía Constitucional y la Importancia de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Partimos señalando que actualmente el Perú se encuentra bajo un Estado Constitucional de Derecho. Esto quiere decir que la Constitución es la norma suprema del Estado peruano, lo cual se refleja en el artículo 51° de la Constitución, y que existe un tribunal encargado del control e interpretación de dicha norma suprema presente en el artículo 201° de la Constitución y el 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Respecto al principio de supremacía constitucional, el Tribunal en la sentencia recaída en el expediente N° 014-2003-AI/TC, señaló que el poder constituyente, el pueblo, brinda a la Constitución la característica de norma suprema del Estado (Tribunal Constitucional, 2005, párr. 2). Por lo que, el Tribunal Constitucional comprende que la Constitución al ser el resultado de la voluntad del pueblo resulta ser la norma suprema que dirige el rumbo del Estado.

Por lo tanto, ahondando en el estudio de la importancia de la Constitución, es adecuado ver lo dicho por Edwin Figueroa Gutarra (2023), señaló que se encarga de organizar y distribuir las competencias y funciones del poder estatal. Es así que de forma clara podemos comprender que los contenidos de la Constitución apuntan, entre otras funciones, a señalar las bases para el funcionamiento del Estado.

Asimismo, es conveniente desarrollar la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debido a que en la presente ponencia nos apoyaremos en su jurisprudencia para desarrollar diversos contenidos. Al respecto, Abel Augusto Zamorano indicó que las sentencias constitucionales son las decisiones más importantes de los Tribunales Constitucionales debido a que se encargan de interpretar a la norma suprema de un Estado (2013, citado en Ruiz Cabrera, 2014, p. 15).

A su vez, Domingo García Belaunde señaló que las sentencias del Tribunal Constitucional, a diferencia de las otorgadas por otros órganos jurisdiccionales, resultan particulares debido a que satisfacen intereses privados como también aspectos importantes de la sociedad (García Belaunde, 2004, como se citó en Zamorano, 2013).

Por lo tanto, las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional tienen como finalidad controlar, interpretar y desarrollar los contenidos de la norma suprema, la cual actúa como soporte de todo el orden jurídico. Es así que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional apuntan a la protección de los derechos fundamentales y la jerarquía normativa. La importancia de estas sentencias y el por qué, serán clave para el desarrollo de la presente ponencia.

### III. Derecho a la Participación Política

Entre los diversos derechos que presenta la Constitución, en esta oportunidad el interés principal, resulta el derecho a la participación política. Sobre dicho derecho, partimos mostrando el artículo 2° inciso 17°:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

...

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum. (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 2 inciso 17)

Asimismo, este artículo debe leerse en conjunto con el artículo 31° que dice lo siguiente en su primer párrafo:

Artículo 31.- Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 31)

Ambos artículos citados apuntan al derecho que poseen las personas de poder participar en la toma de decisiones por parte del Estado. En el Perú el modelo democrático que seguimos es la democracia representativa. Esto implica que los ciudadanos eligen a unos pocos para que estos los representen y tomen las decisiones en beneficio de las mayorías. Sin embargo, esto no implica que la población quede alejada del ejercicio del poder público.

Asimismo, el Tribunal Constitucional desarrolló sobre este derecho en la Sentencia recaída en el Expediente N° 5741-2006-PA/TC con estas palabras:

El derecho a la participación en la vida política, económica, social y cultural de la nación, reconocido en el artículo 2°, inciso 17, de la Constitución, constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección es la libre intervención en los procesos y la toma de decisiones en el ámbito político, económico, social y cultural.

La participación política constituye un derecho de contenido amplio e implica la intervención de la persona, en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización e la sociedad. (Tribunal Constitucional, 2006, párr.3)

Es así que el Tribunal reconoció que el derecho a la participación política se comprende como aquel derecho que habilita a los ciudadanos a participar tanto en los procesos como en la toma de decisiones en los diversos ámbitos de la vida en los cuales se vea involucrado. A su vez, el Tribunal señaló que esta participación se realiza en cualquier nivel de organización de la sociedad.

Además, desarrollando el derecho a la participación política, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresó en el caso *Yatama Vs. Nicaragua* lo siguiente: «Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político» (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, párr. 192).

Con estas palabras, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó la importancia que poseen los derechos políticos, entre ellos el derecho a la participación política, debido a que propician el desarrollo de la democracia y el pluralismo político en cada Estado. Por lo tanto, resulta necesaria su protección.

Es así que en base a lo señalado tanto en la Constitución Política, el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, queda clara la importancia del derecho a la participación política. Este derecho a su vez cuenta con múltiples formas de actuarse. Entre ellas, el referéndum.

#### **IV. El Referéndum en la Actualidad**

Tanta es la importancia del derecho a la participación política que en el Estado peruano este recibe su desarrollo en la Ley N° 26300. Al respecto, el artículo 2° de dicha Ley presenta diversos derechos de participación ciudadana, siendo uno de ellos el referéndum (Congreso de la República del Perú, 1994, artículo 2). Como se pudo observar, tanto en el artículo 2° inciso 17° y el artículo 31° de la Constitución, como también en el artículo 2° antes mencionado, una de las formas de manifestación del derecho a la participación política es el referéndum.

Al respecto, esta forma de participación fue definida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente Ley N° 26300 003-96-I/TC de este modo:

Que, el referéndum es uno de los instrumentos de la democracia directa que fue incorporado en la Constitución; el criterio asumido por la Carta Política, es que sólo garantizando la participación política de todos los ciudadanos, se puede hablar de una democracia real; que los derechos políticos, y, entre ellos, el derecho a la participación política, permiten al ciudadano participar directamente, sin intermediarios, en la formación de la voluntad del Estado, como miembros de la comunidad política. (Tribunal Constitucional, 1996).

Como lo señaló en su momento el Tribunal, el referéndum es un instrumento que fue incorporado a la Constitución de 1993, cuya finalidad es garantizar la participación política de la ciudadanía. De este modo es como la Constitución busca asegurar una de las expresiones del derecho político, mediante la participación directa del ciudadano, manifestando su voluntad en la toma de decisiones del Estado.

Sobre el referéndum, la Constitución regula en el artículo 32° las materias que pueden someterse a referéndum: «1. La reforma total o parcial de la Constitución; 2. La aprobación de normas con rango de ley; 3. Las ordenanzas municipales; y 4. Las materias relativas al proceso de descentralización» (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 32).

El artículo citado deja en claro que solamente son cuatro las materias a las cuales la ciudadanía puede intervenir mediante el referéndum. A su vez, el artículo 190° señala, que este instrumento puede aplicarse respecto a la integración de dos o más circunscripciones departamentales contiguas cuando se busque constituir una región.

Respecto a la importancia del referéndum, esta puede comprenderse en lo dicho por Hubert Wieland Conroy, quien comentó que el derecho a referéndum permite canalizar la opinión de los ciudadanos respecto a los asuntos públicos (2008). Es así que lo dicho por el jurista permite comprender que el referéndum es un instrumento que busca canalizar la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Sin embargo, pese a la importancia que posee el referéndum, la

cual queda clara hasta el momento en base a lo desarrollado en el presente artículo, en el caso de la reforma constitucional no posee el respaldo debido.

Retornando lo descrito al comienzo del artículo, se desprende que el principal problema es el tiempo de vigencia que mantiene el resultado del referéndum. Actualmente, el tiempo de vigencia del resultado se desarrolla en el artículo 43° de la Ley N° 26300:

Una norma aprobada mediante referéndum no puede ser materia de modificación dentro de los dos años de su vigencia, salvo nuevo referéndum o acuerdo del Congreso en dos legislaturas con el voto de dos tercios del número legal de congresistas. Si el resultado del referéndum deviene negativo, no podrá reiterarse la iniciativa hasta después de dos años. (Congreso de la República del Perú, 1994, artículo 43)

Del artículo citado se desprende que la duración de los resultados del referéndum sea positivo o negativo será de dos años. Lo señalado es de suma importancia como se pudo observar en los artículos antes citados, el referéndum puede intervenir en las reformas constitucionales. Reforzando la comprensión de la importancia de la Constitución, el destacado jurista Víctor García Toma, comprendió que la Constitución contiene los aspectos centrales de la vida de los ciudadanos, siendo estos sus derechos, su forma de participar en los asuntos políticos, entre otros (2021). Por lo que, la modificación de sus contenidos es un asunto de suma importancia.

De tal modo que, sobre ello, resulta pertinente el análisis del artículo 206° de la Constitución que presenta las siguientes dos formas para lograr la reforma constitucional:

1. Propuesta de reforma constitucional aprobada por la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y que sea ratificada mediante referéndum.
2. Propuesta de reforma constitucional aprobada en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros.

Es así que de forma directa la Constitución establece que el referéndum habilita una reforma constitucional. Sobre lo dicho, Guillermo Martín Mardon Zarate presentó en su tesis para optar por el grado de maestro en Derecho Constitucional lo siguiente:

(...) debemos indicar que del análisis del propio artículo 206 se tienen los siguientes escenarios: el primero es que el Congreso, previa deliberación, proponga a votación el proyecto de reforma y este cuente con menos de 66 votos, lo cual trae consigo su rechazo y que no pueda continuarse con el procedimiento de reforma en tanto se ha fijado con dicha votación una valla para que la reforma prospere; el segundo escenario es que el proyecto obtenga entre 66 y 86 votos, para lo cual deberá ser ratificado mediante referéndum; y, finalmente, que, de obtenerse 87 a más votos, exista la posibilidad de prescindir del mecanismo de democracia directa, siempre y cuando el mismo proyecto sea sometido a una siguiente votación en la próxima legislatura ordinaria en la cual se necesitará también, al menos, 87 votos. Queda claro que el Congreso puede optar por acudir al referéndum si es que a pesar que tenga asegurados 87 votos en la primera legislatura, decida que se torna innecesaria una votación en una segunda legislatura ordinaria y que deba ser el pueblo, el que termine por zanjar la disparidad de posiciones expresándose en las urnas. No obstante, también podría darse en caso que al pasarse a dicha segunda legislatura ordinaria no se obtenga por segunda vez al menos 87 votos, caso en el cual, el proyecto deberá ser sometido a referéndum. (Subrayado nuestro) (Mardon Zarate, 2021, p. 49)

Lo citado abarca de forma extensa y detallada los contenidos del artículo 206° de la norma suprema. El jurista comprende que el referéndum puede intervenir en dos supuestos:

1. El primero es cuando la votación resulta igual o mayor a 66 votos; pero, menor a 87 por parte

del Congreso de la República. En este supuesto, el referéndum intervendrá para ratificar la votación a favor de la reforma constitucional realizada en el Congreso de la República.

2. El segundo acontece cuando se obtiene en una primera legislatura ordinaria una votación igual o superior a 87 votos por parte del Congreso de la República. Sin embargo, en la segunda legislatura no se obtiene una votación igual. Por lo que, el referéndum intervendrá con el fin de ratificar la votación por parte del Congreso de la República a favor de la reforma constitucional.

Por lo que, comprendemos la importancia de este instrumento de participación ciudadano debido a que permite a la población manifestarse sobre su deseo de reformar o no la Constitución. Sin embargo, su voluntad no posee una validez amplia debido a que su duración solo se respeta por un plazo de dos años y también puede deslegitimarse por los otros dos medios que señala el artículo 43° de la Ley N° 26300.

Ahondando en el plazo de los dos años, esta cantidad de tiempo establecida resulta cuestionable si la comparamos, por ejemplo, la cantidad de años que transcurren entre cada elección de los cargos de representación regional y local, cuatro años, como de los cargos de representación nacional, cinco años. Asimismo, se establece que los resultados pueden ser modificados mediante un nuevo referéndum o un acuerdo de los congresistas en dos legislaturas con el voto de dos tercios del número legal de congresistas. Por lo tanto, no se brinda la importancia debida al referéndum en lo que concierne a la materia de reforma constitucional.

## V. Propuesta de Reforma

Es así como buscando proteger la voluntad de la población manifestada en los casos de reforma constitucional se propone la siguiente reforma del artículo 43° de la Ley N° 26300:

Una norma aprobada mediante referéndum no puede ser materia de modificación dentro de los dos años de su vigencia, salvo nuevo referéndum o acuerdo del Congreso en dos legislaturas con el voto de dos tercios del número legal de congresistas. Si el resultado del referéndum deviene negativo, no podrá reiterarse la iniciativa hasta después de dos años. Asimismo, si el resultado del referéndum fuese sobre una reforma constitucional, no podrá ser materia de modificación dentro de los cinco años de su vigencia. (Subrayado nuestro)

Lo subrayado es la reforma que se propone en el artículo 43° de la Ley N° 26300. Respecto al plazo propuesto, se toma como plazo que se establece para las elecciones presidenciales y congresales. Esto se debe a que una reforma constitucional implica la modificación de las bases del Estado peruano. Por lo tanto, se buscó el plazo aplicable a un acto de similar importancia, como lo es la elección del máximo representante del poder ejecutivo como los máximos representantes del poder legislativo.

Esta propuesta de reforma tiene como finalidad hacer prevalecer la voluntad de la población manifestada mediante el referéndum en el supuesto de que este fuese referente a una reforma constitucional. Esto debido a la importancia que posee la Constitución para el Estado peruano al ser este un Estado Constitucional de Derecho.

## VII. Conclusiones

Partimos las conclusiones resaltando que el Estado peruano es un Estado Constitucional de Derecho. Esto implica que la Constitución es la norma suprema del Estado y que existe un Tribunal Constitucional encargado del control e interpretación de la Constitución. Además, las sentencias emitidas por dicho Tribunal permiten controlar, interpretar y desarrollar los contenidos de la Constitución.

Dentro de los contenidos de la norma suprema encontramos al derecho a la participación política. Este derecho posee reconocimiento tanto en nuestra normativa nacional como en instrumentos internacionales. Asimismo, el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), desarrollaron la importancia de este derecho para la ciudadanía.

Igualmente, una de las formas de manifestación de este derecho es el referéndum. Este mecanismo de participación ciudadana permite a los ciudadanos canalizar su sentir en la realización de los asuntos públicos. A su vez, el referéndum puede aplicarse en diversas materias, siendo la de principal interés para el presente artículo la de reforma constitucional.

Este tipo de reformas son de suma importancia para un Estado como el peruano debido a que la Constitución refleja las máximas del Estado. Por lo que, una reforma constitucional implica la modificación las bases del Estado, he allí el cuidado e importancia que posee la comprensión de una reforma de tal calibre.

Al respecto, el artículo 206° de la Constitución regula los mecanismos para que se alcance este tipo de reformas. En el primer supuesto desarrollado, el referéndum resulta un medio primario para lograr la reforma. En el segundo supuesto, actúa como un medio subsidiario. Sin embargo, el artículo 46° de la Ley N° 26300, no establece una correcta vigencia de la voluntad de la ciudadanía mediante el referéndum en la materia de reforma constitucional.

Es así, que se realiza la propuesta antes desarrollada con el objetivo de enfrentar dicha situación tomando como base el tiempo establecido para la elección de los máximos representantes del poder ejecutivo y el poder legislativo. Esto con la finalidad de brindar una vigencia adecuada a los resultados del referéndum cuando estos sean en materia de reforma constitucional.

#### **VIII. Referencias Bibliográficas**

Constitución Política del Perú de 1993 (29 de diciembre de 1993).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama Vs. Nicaragua (2005, 23 de junio). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_127\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf)

Figuroa Gutarra, E. (2023). Constitución, Interpretación y Déficit Democráticos. En J. Tupayachi Sotomayor (Ed.), Anuario Peruano de Derecho Constitucional, Constitución y Proceso 2023 (pp. 277-290). Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

García Toma, V. (2021). La Constitución, el Poder Constituyente y el sentimiento constitucional en el Perú. En Blume Fortini, E. (Coord.). Reflexiones Constitucionales Sobre el Bicentenario, (613-629).

Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (1994, 3 de mayo).

Mardon Zarate, G. M. (2021). Reforma constitucional y legitimidad democrática en el Perú [Tesis de Maestría, Universidad San Martín de Porres]. Repositorio Académico USMP. [https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/8453/mardon\\_zgm.pdf?sequence=1](https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/8453/mardon_zgm.pdf?sequence=1)

Ruiz Cabrera, M. A. (2014). Cumplimiento de Sentencias de Acción de Protección de Derechos en la Realidad Ecuatoriana [Tesis para obtener el grado de Master en Derecho con Mención en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3981/1/T1422-MDE-Ruiz-Cumplimiento.pdf>

Tribunal Constitucional. Sentencia 003-96-I/TC (1996, 20 de diciembre).  
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1996/00003-1996-AI.html>

Tribunal Constitucional. Sentencia 047-2004-AI/TC (2006, 24 de abril).  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

Tribunal Constitucional. STC Exp. N° 5741-2006-PA/TC (2006, 11 de diciembre).  
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05741-2006-AA.pdf>

Wieland Conroy, H. (2008). El referéndum. Concepto general y regulación legal en el Perú. Derecho PUCP, (61), 273-304. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200801.012>

## Vínculo del derecho y la literatura en las obras «Juez, tinterillo, gamonal» y «El mundo es ancho y ajeno»

*The connection between law and literature in the works  
«Judge, tinterillo, gamonal» and «The world is wide and  
foreign»*

Dr. Félix Atilio RIVERA ALARCÓN\*

### Resumen:

El propósito de este trabajo es demostrar cómo el Derecho y la Literatura mantienen una relación estrecha y compleja, para ello hemos tomado dos obras: "Juez, tinterillo, gamonal" de Juan Cravero Tirado y "El mundo es ancho y ajeno" de Ciro Alegría. En las novelas mencionadas se analizan, por un lado, el tema de la justicia e injusticia que se presenta en las clases sociales indígenas; por otro lado, se reflexiona en los derechos y la presencia de la literatura en favor de los grupos marginados. En otras palabras, se da respuesta a la problemática social, económica y política del país.

**Palabras claves:** *Derecho, literatura, poder, injusticia.*

### Abstract:

The purpose of this work is to demonstrate how law and literature maintain a close and complex relationship. To this end, we have selected two works: "Judge, Tinker, Gamonal" by Juan Cravero Tirado and "The World is Wide and Foreign" by Ciro Alegría. These novels analyze, on the one hand, the theme of justice (or injustice) as it affects indigenous social classes. On the other, they reflect on the rights and the role of literature in supporting marginalized groups. In other words, they address the country's social, economic, and political problems.

**Keywords:** *Law, literature, power, injustice.*

---

\* Maestro en Ciencias Penales, UNSCH. Docente Asociado de la UNSCH, CAA, [felixatilio@hotmail.com](mailto:felixatilio@hotmail.com)

## I. Introducción

El trabajo tiene como finalidad demostrar la relación estrecha y compleja entre el Derecho y la Literatura. El tema desarrollado y los resultados alcanzarán una serie de reflexiones a los estudiantes, interesados, profesionales del derecho (abogados y juristas), para que puedan pensar en la ética profesional, el juramento deontológico y la aplicación de las leyes de manera imparcial, en favor de los justiciables, dejando de lado la corrupción y el delito de la administración pública.

Si la Literatura es la disciplina que recoge, difunde, publica lo que sucede en el pueblo, en su quehacer permanente, uno de los logros relacionados al Derecho es registrar esa organización jurídica de los pueblos para restablecer una convivencia armoniosa en el marco de un Estado de Derecho, tal como estipula el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política: "Toda persona tiene derecho: a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece". En la obra literaria de Juan Cravero y Ciro Alegría, hemos logrado emparejar muchas realidades en el aspecto jurídico.

Para el comentario de las obras mencionadas se tomó el criterio metodológico científico y la interpretación y análisis de la obra literaria de Wolfgang Kayser, además, en mérito a la libertad de valoración se adoptó algunos criterios personales.

## II. Vínculos estrechos complejos

En el presente estudio de la obra literaria: Juez, tinterillo, gamonal de Juan Cravero, hemos aplicado una serie de métodos, técnicas y estrategias, para demostrar el vínculo del Derecho con la Literatura.

Juan Cravero, por su formación jurídica, su experiencia como catedrático de la UNSCH, congresista, magistrado y defensor, alterna en su narración una serie de comentarios acerca de las leyes, referidas al agro, abigeato, robo, la reforma carcelaria, la administración de justicia y otros (Cravero, 1982).

El contenido de la obra literaria de Juan Cravero Tirado, muestra muchos hechos relacionados con el Derecho (la injusticia), veamos lo más trascendente:

### II. 1. El Juez: El abuso y la injusticia institucionalizada

El juez, era un hombre todopoderoso, absoluto, soberano, abusivo, injusto, quien a sabiendas que el indio no es un mero personaje, sino es un ente al que se busca reconocer como sujeto de derecho, empero el juez desata su poderío contra los indígenas, esto se nota en el discurso ofrecido por el tinterillo Claudio.

"Vuestra excelencia. Oh gran señor, -fueron sus primeras frases. Tú eres juez de esta modesta provincia. Hoy cumples tu santo, Dios bendiga a Ud. tu existencia y de vuestros amigos. Eres noble y nadie es mejor que Ud. Nosotros tus amigos dueños de este pueblo te admiramos a ti, porque gracias a Ud. estamos libres por la gracia de Dios, amén", y dirigiéndose a la concurrencia volvió a repetir en forma tartamudeante una y varias veces lo que había dicho: "Don Braulio es el mejor juez del mundo. Él no es cualquier cosa, él ha hecho los códigos y por eso nuestro supremo gobierno nos ha mandado para que reine sobre nosotros y nos haga justicia". "Es muy bueno, honrado, esta santidad no tiene igual". "Es un hombre de valor, es un machazo, por eso nos enseña su sabiduría" y diciendo éstas y otras palabras más finalizó brindando por la salud del juez y por el día de su santo" (Cravero, 1982, p. 139).

Las tramitaciones judiciales eran por consiguiente muy amañadas según el capricho de sus gestores y organizadores como peligrosísimas para el encausado, que tenía siempre las de perder a no ser que podía disponer de algún bien: una chacra, un toro o entregar a sus hijos como domésticos (Cravero, 2017, p.63).

El juez titular del Juzgado Mixto, don Braulio, era un personaje inescrupuloso, corrupto, sin ética, al margen de la deontología jurídica, mal humorado, cuando trataba con los pobres, gentes sencillas y humildes; en cambio, muy jovial y afectuoso con los acaudalados, sus compinches. Las instructivas los hacía en forma pública, a oídos de las personas presentes, no obstante, su carácter privado. El patrocinio de los inculpados por falta de abogado estaba a cargo de los tinterillos, entre ellos Claudio, Donato y Severino, quienes gozaban de las prerrogativas de los verdaderos abogados y junto al magistrado eran detractores, violadores de la ley, prevaricadores por excelencia, sin escrúpulos, sin importarles la condición humana de las víctimas; por el contrario, se muestran como seres poderosos, coludidos con las autoridades del pueblo y las gentes de poder económico.

La obra refleja las injusticias jurídicas que padecían los indios, ignorantes, analfabetos, sin derechos ni consideraciones, doblegados incondicionalmente a los caprichos y decisiones de los "derechos feudales" y de la justicia. Para el conocimiento de sus litigios penales, por los delitos de abigeato y robo, debían ingresar forzosamente a la cárcel y permanecer todo el tiempo a juicios y caprichos del juez. La investigación de los casos antes mencionados, merecían especial interés por encima de otros delitos, porque venían a constituir singulares fuentes de ingresos económicos para los tinterillos y para el mismo juez, porque a más de recibir pagos y sobornos de los inculpados, los animales y especies robados e incautados por el juzgado como cuerpos de delito, podían ser aprovechados a discreción según el saber y el entender de la autoridad judicial y sus auxiliares, a tono con las circunstancias que ofrecían los procesos en giro.

En el fragmento "El Indio y la Justicia" el autor dice: "Era media docena de indios, hombres y una mujer, ataviados con ponchos, polleras, llicllitas, mantas y ojotas, que a las arremetidas y gritos de los custodios caminaban casi a carrera de la cárcel pública al Palacio de Justicia, administrado por los hombres de la ley, intratables y aparentemente incorruptibles" (Cravero, 1982, p. 60). Aquí vemos la presencia del indio, sin respeto su dignidad humana y que formaba parte de los explotados, sin derechos ni consideraciones. El indio era maltratado por su ignorancia, por las odiosas diferencias entre los grupos y castas sociales y las influencias políticas que sólo favorecen a los grupos de poder en perjuicio de los humildes y desposeídos.

En la parte referente a "La Ley del abigeato" que lleva el número 10202, una ley con nombre propio, destinada a favorecer exclusivamente los intereses de ciertos grupos privilegiados. Pues vino a ser producto de los intereses de los terratenientes, poderosos amos y señores del agro-nacional, quiénes enriquecidos por la bondad de las tierras, el trabajo gratuito de los indios y la incondicionalidad de los gobiernos títeres y convenidos, tuvieron necesidad de este instrumento legal que los proteja de toda pretensión y reclamaciones de las clases mayoritarias y explotadas. El indio o campesino sometido a tales diferencias dentro de la gran estructura social del país; considerado como el elemento pasivo de la economía, paupérrimo por antonomasia, estaba condenado a vivir segregado y excluido de participar dentro de la convivencia nacional. Lamentablemente antes, las leyes dadas en el país, han tenido este carácter proteccionista para las minorías y en este aspecto la ley de represión del abigeato, fue una de las tantas, nociva y peligrosa para el campesinado.

Aquí hay un caso relacionado con el abigeato, se refiere a un campesino "Huasquillero" (dependiente del agro peruano) de la hacienda San Lucas, de propiedad de su patrón don Sebastiano, sin bienes de fortuna, casado con varios hijos y sujeto sólo a propinas.

Respondiendo los cargos materia de la investigación, negó categóricamente ser autor del delito de abigeato. Sostuvo que eran falsos, producto de las invenciones de su patrón para causarle daño por el odio que gratuitamente le tenía. La razón de la denuncia se debía a su negativa de obedecer sus órdenes de trasladarse de una hacienda a otra, para prestar sus servicios de labriego y por tiempo indefinido a una de sus queridas, en quien tenía un hijo. Que personalmente la conocía y esta era la causa porque le había denunciado.

El juez, interrumpiéndole bruscamente y con visible parcialidad le increpó: indio mentiroso,

conozco a tu patrón, él es un caballero. Tú eres un canalla, un impostor ¡silencio carajo! El indio continuando con su instructiva, muy aturdido, todo atemorizado y con las manos juntas en ademán de implorar conmiseración, juraba decir la verdad, que por Dios no mentía. No he robado señor juez, le decía: soy honrado, tengo mujer, muchos hijos y todos trabajamos para el patrón, a cambio de una insignificante parcela que nos ha dado y al decir estas palabras casi entrecortadas, el pobre indio a pesar de su aparente insensibilidad, frío y conformista, se le vio con los ojos cubiertos de lágrimas, las que se secó con una de las esquinas de su poncho de nogal, grueso, áspero y sucio en medio de profundos y consternadores suspiros. El juez cada vez más altanero e insatisfecho con la declaración, dirigiéndose a los presentes, inclusive al tinterillo Donato que actuaba de defensor, les aseguró que el inculpado era mentiroso, impostor y calumnioso, por lo que recibiría una merecida paliza en la cárcel, no obstante que éste ya se encontraba recluido (Cravero, 1982, p.68).

La actuación del juez en favor del denunciado refleja claramente la parcialización de los operadores de la justicia en el proceso judicial. En este caso debemos subrayar la prepotencia y el abuso del juez.

La reforma carcelaria: "Los reclusos, a más de los puntos que formaban el pliego de reclamos también exigían un trato más cordial, humano, asistencia médica con toda oportunidad, entrevistas con más frecuencia con sus familiares, contando con las comodidades consiguientes para lo que debía proporcionárseles un lugar aparente y adecuado; el establecimiento de una escuela de educación aunque fuera a nivel primario; la dotación de centros de trabajo y otros más, que tanto la ley penal, sus reglamentos y otras disposiciones legales consagran" (Cravero, 1982, p.111). La reforma era pésima, los internos consideraban la huelga como un medio de fuerza para la pronta consecución de sus reclamos y conseguido en parte el propósito, la situación quedaba normalizada y cada uno de los internos retornaban a sus sitios de costumbre.

El aparato explotador, representado por don Braulio, un juez sin escrúpulos para transigir su deber en la administración de justicia. El comandante del puesto de la Guardia Civil (un sargento); el subprefecto, el cura y los tinterillos Claudio, Donato, Severino y otros, audaces y astutos para esquilmar a los litigantes en complicidad con las autoridades.

Es decir, juez y tinterillo venían a ser detractores de la ley, prevaricaban sin escrúpulo no obstante la severidad de la ley y las obligaciones que tienen los defensores de ofrecer garantía y control a las actuaciones judiciales de sus patrocinados.

Estos hechos aciagos para el indio, son ambientados en el proceso histórico social de Ayacucho, en años anteriores a 1970. Por consiguiente, la narrativa de Cravero refleja fehacientemente la realidad jurídica del indio, que no tiene quien lo proteja y que víctima de injusticias, es encarcelado previa audiencia simulada o formal.

La obra de Juan Cravero Tirado, logra un giro significativo, porque le da un tratamiento jurídico a la problemática indígena. Como dice Augusto Tamayo Vargas, en su libro *Literatura Peruana*, "la comunidad, es un ser vivo, un personaje –masa dentro de una tierra determinada que se desangra y muere. El hombre andino de las comunidades indígenas vive dentro de ese pequeño microcosmos-desconociendo el resto y las leyes del país" (Tamayo, A. 1957, p. 1105).

## **II. 2. El terrateniente: verdugo y opresor de la clase campesina**

El terrateniente era implacable explotador de la clase campesina; tenía atributos negativos. En la hacienda no sólo abusaba y cometía excesos, sino existía toda una escala de poder y dominio contra los indígenas (patrón, mayordomo, caporal, etc.).

Por debajo de esta jerarquía abusiva y explotadora, se hallaba la comunidad campesina que estaba sujeta a obligaciones, sin interesar su condición humana, porque eran considerados como

animales, sin derecho siquiera de hablar delante del patrón, menos opinar, eran sacrificados ante la mínima desobediencia o intento de reacción.

El terrateniente armado con el poder económico y político negaba los derechos a los desposeídos, cometía actos llenos de sadismo e impiedad. El gamonal se trasladaba de un lugar a otro, acompañado de su esposa, mujer o querida, realizaba este viaje con toda comodidad, no siendo extraño ni nada raro que dentro de este carruaje iban practicando actos sexuales con toda desvergüenza, siendo por su parte los indios cargueros, las víctimas de esta aberración (Cravero, 1982, p. 51). Sabemos que el Derecho tiene límites, el juez está habilitado actuar de acuerdo a ley; sin embargo, en esta obra se extralimitaba en sus funciones y se jugaba con la justicia.

La obra refleja el valor jurídico y moral, el primero radica en las constantes denuncias a las violaciones de la ley y la lucha contra las injusticias que recibían los indios y el valor moral se refería a la presencia del sistema feudal, el individualismo, basada en la propiedad privada de la tenencia de tierra como parte de la concepción ideológica. Este individualismo se manifestaba en el egoísmo y la discriminación contra las clases menos pudientes.

A manera de comentario podemos decir: Que desde tiempos inmemoriales, existe relación entre el derecho y literatura, esto lo comprobamos desde la aparición del derecho consuetudinario, donde se aplicaban una serie de castigos, en la lucha contra el robo, la delincuencia, la infidelidad, el ocio, por la no existencia de normas escritas vigentes; asimismo la literatura oral, contenía relatos que se transmitían de padres a hijos, de generación en generación, en ellas aparecía la problemática del derecho. Todos sabemos que la literatura inca, ha dejado enseñanzas en el campo del derecho, aplicando el código o principio de *Ama sua* (no seas ladrón), *Ama qilla* (no seas perezoso), *Ama llulla* (no seas mentiroso), preceptos que han sido incorporados en la Constitución de algunos países y que, de por sí tienen contenidos jurídicos.

En cambio, *Ciro Alegría Bazán*, en "El mundo es ancho y ajeno" (1964), retrata muchos temas del derecho. Don Álvaro Amenábar y Roldán, señor de Umay, dueño de vidas y haciendas en veinte leguas a la redonda, gana el juicio a la comunidad de Rumi, en un proceso civil plagado de irregularidades y desaloja a los comuneros, después de haber presentado al Juzgado de Primera Instancia una demanda de reivindicación contra Rumi. De nada sirvió que los comuneros presentaran el título de propiedad de sus tierras, como medio probatorio instrumental clave para el proceso, pues se desestimó dicha prueba so pretexto de que la escritura no señalaba con exactitud los linderos, que habían sido removidos furtivamente por gente pagada por el hacendado que ambicionaba contar con mano de obra barata para su proyecto de explotación de una mina de plata; a la postre, la pericia determinó que habían sido colocados con fecha reciente, por lo que no podía ser considerada válida su ubicación. La sentencia declara fundada y ésta queda consentida por falta de apelación.

### III. La justicia en "El mundo es ancho y ajeno"

Como se puede apreciar, aquí se han cometido muchas injusticias contra los comuneros, en complicidad de un Estado al que no le interesa el indio y al que no brinda justicia. Los comuneros tienen su propia concepción de justicia que podemos ver representada en la figura del alcalde Rosendo Maqui. En oposición está la justicia del poder dominante, la justicia que beneficia a Álvaro Amenábar, la que está corrupta.

Amenábar busca llevar a la comunidad de Rumi a ser sus pongos para poder explotarlos. Para ello, con malicia junto a su abogado maquina cómo mediante lo jurídico puede apropiarse de las tierras de Rumi. "Hecha la ley, hecha la trampa", es el dicho que refleja las acciones de Amenábar y los personajes que se mueven a su alrededor.

De este modo, como se ve en el siguiente fragmento, lo primero que llama la atención a la empatía del lector no es sólo la crueldad y maldad sino la corrupción de la justicia, en beneficiar únicamente, al

terrateniente, quien es dueño hasta de ordenar que se encarcele sólo porque cantan versos contra él.

Lo primero que pidió el hacendado fue la prisión del loco Pierolista al enterarse de las coplas que éste había lanzado en su contra, no dejó de reír un poco, pero demandó al subprefecto.

- Eso merece un carcelazo.
- ¿Cuántos días, señor?
- Los que usted tenga a bien.

El loco Pierolista fue a dar con sus huesos en una celda próxima a la de Rosendo, pero chilló tanto para que lo sacaran de allí, que tuvieron que pasarlo a una cuadra.

Los presos lo recibieron en triunfo y no pasó mucho rato sin que comenzara a cantar, con música de huaino, los delictuosos versos.

Dicen que hay un hacendado, hombre de gran condición, al que sin embargo falta un poco de corazón.

Hay muchos hechos jurídicos injustos en la obra, como cuando el juez de la causa pide testigos que no sean de Rumi y nadie quiso por miedo a Álvaro Amenábar, solo el herrero Jacinto Prieto se atrevió diciendo que el reclamo era justo, luego de unos días el Zurdo fue a su taller a tildarlo de ladrón, porque según él la barrera que le arregló estaba mal, le devolvió el dinero pero seguía insultándolo, incluso le dio un puñete y lo derribó, sacándole sangre, hasta desmayarse; luego llegaron los gendarmes para llevarlo a la cárcel, el Zurdo lo denunció por lesiones e intento de homicidio, todo para evitar que declare, pagado por el hacendado.

Bismarck Ruiz interrogó al herrero, Jacinto Prieto, sobre lo que pensaba declarar y por último dijo que estaba bien, que iba a presentar un recurso y el juez lo llamaría uno de los días siguientes. Rosendo Maqui confiaba en Jacinto Prieto, un artesano honrado y cumplidor, muy estimado en toda la provincia, tanto por los hacendados a quienes herraba los caballos finos como por los labriegos que necesitaban acerar a bajo precio sus lampas y barretas. Su dicho pesaría. Más tarde a Prieto le enjuiciaron por lesiones y homicidio frustrado. El juez se demoró en citarlo, para descalificarlo como testigo. Prieto se desengañaba de la patria ¿Por qué la patria permitía tanta mala autoridad, tanto abuso de gamonales y mandones, tanto robo? Así no hubo quien declarara en favor de la comunidad (Alegría, 1964, p.189-192).

Sin embargo, si existe una resistencia a esta injusticia, esta se encuentra con más fuerza en los personajes de Rosendo Maqui, Benito Castro y sus ayudantes. El Fiero Vásquez y el abogado Arturo Correa Zavala, miembro de la Asociación Pro-Indígena. Así vemos como la comunidad sigue buscando justicia y escuchando el consejo del Fiero. Buscan al abogado Correa Zavala quien será un ayudante en el ámbito jurídico para la comunidad de Rumi.

Aunque con algunas diferencias, la justicia pacífica se representa en Rosendo Maqui, pero no necesariamente sumisa, cuyo objetivo es lograr que la comunidad tenga un futuro representado en los niños. Es una búsqueda de justicia social. Rosendo quiere que los niños tengan escuela, aprendan a leer y escribir, quiere que la comunidad progrese sin perder su identidad. Sin embargo, esta visión de justicia es vencida ya que Rosendo es encarcelado y asesinado. La justicia por medios jurídicos termina beneficiando al terrateniente y no a los comuneros quienes son despojados dos veces de sus tierras y finalmente masacrados. A pesar de los esfuerzos de Correa Zavala, la corrupción de Álvaro Amenábar termina ganando al hacer desaparecer los papeles de la comunidad. No hay ningún medio jurídico que defienda a la comunidad.

Pero esto se relaciona también con dos elementos más: el poder y la verdad. La "Justicia" ha sido adueñada por los que ostentan el poder ya que son quienes establecen la verdad. La verdad de

Amenábar se impone a partir de su poder y esto a su vez impone una verdad, la jurídica, mediante la cual él puede justificar el abuso, el despojo y la masacre de la comunidad.

Benito Castro, por otro lado, es quien regresa a la comunidad para ir cumpliendo la justicia social del alcalde Rosendo: hace progresar a la comunidad. La diferencia reside en que al final decide responder ante la injusticia que es cómplice del codicioso Amenábar, con las armas. La comunidad termina siendo masacrada ante la sentencia fatal de que la justicia no está a su lado y que el mundo es ancho sí, pero ajeno. El lugar del indio es la comunidad y si la justicia externa no los defiende ellos no dudan de hacerlo. El mundo arrasa con la comunidad, pero no se le puede quitar su libertad.

La sombra de Álvaro Amenábar parecía que nunca dejaría en paz a los comuneros de Rumi. Ahora un nuevo juicio volvía a favorecerlo, convirtiéndolo en propietario de Yanañahui. Pero los comuneros de Rumi no cederían a los caprichos del viejo enemigo. Encabezados por Benito Castro, defenderían lo que es suyo. "La ley nos ha sido contraria y con un fallo se nos quiere aventar a la esclavitud, a la misma muerte".

Cuando la ley da tierras, se olvida de lo que va a ser la suerte de los hombres que están en esas tierras. La ley no los protege como hombres. Los que mandan se justificarán diciendo: "Váyense a otra parte, el mundo es ancho". Cierto, es ancho. Pero yo, comuneros, conozco el mundo ancho donde nosotros los pobres, solemos vivir. Y yo les digo con toda verdad que pa nosotros los pobres, el mundo es ancho pero ajeno...dijo Benito arengando a su pueblo. La suerte de los pobres es una y pediremos a todos que nos acompañen. Así ganaremos, que nadie se acobarde pensando en la derrota porque es peor ser esclavos sin pelear. Quien sabe los gobernantes comiencen a comprender que a la nación no le conviene la injusticia. Para permitir la muerte de la comunidad indígena se justifican diciendo que hay que despertar en el indio el espíritu de propiedad y así empiezan quitándole la única tierra que tiene. Defendamos nuestra vida, comuneros ¡Defendamos nuestra tierra! El mundo es ajeno y nada nos da, ni siquiera un buen salario, y el hombre muere con la frente pegada a una tierra amarga de lágrimas. Defendamos lo nuestro, así defenderemos nuestra libertad y nuestra vida.

El teniente Cépeda comunicó a Carpio, jefe de los caporales qué a más tardar, a las seis de la mañana, Yanañahui debía ser arrasada, tal como don Álvaro lo quería. La lucha entre ambos bandos es dura. Porfirio Medrano y Fidel Vásquez, el hijo del Fiero y Casiana, son los primeros en sucumbir. La represión es implacable, la metralla barre los roquedales, los máuseres aguzan su silbo después de un seco estampido y toda la puna parece temblar con un gran estremecimiento. Benito Castro morirá con la cara, las ropas, y las manos ensangrentadas, condenando a la comunidad con su ausencia, a la diáspora o a la esclavitud.

Alegría postula que una comunidad indígena, es el único lugar en el mundo andino, donde el campesino puede vivir feliz; el exclusivo en este vasto universo novelado donde el hombre puede realizarse con dignidad y alegría: el resto del mundo "es ancho y ajeno".

En El mundo es ancho y ajeno, se ha pulverizado la dignidad, el alma, el espíritu y la moral de Rumi. La novela refleja como la familia de Álvaro Amenábar, desde tiempos inmemoriales estaba acostumbrado a la injusticia. Su padre don Gonzalo, hombre resuelto, ganó Umay en un extraño juicio con un convento. Se casó con Paquita Roldán, heredera única y los bienes de ambos iban aumentando. Gonzalo litigó por linderos con los Córdova que eran hombres fuertes. Cuando Gonzalo fue acompañado de su gente, juez, subprefecto y algunos gendarmes a tomar posesión, lo recibieron a tiros. La muerte se lo llevó, pero su ambición, los planes de dominio y su rivalidad con los Córdova, lo heredó don Álvaro Amenábar, su hijo.

La obra de Ciro Alegría ilustra magistralmente acerca del problema que es aún en estos días el nudo de estrangulación de la condición humana y económica en el Perú: la realidad social de los grupos indígenas, disminuidos y depauperizados desde todo punto de vista y la usurpación de tierras de las comunidades indígenas por acción aberrante de los hacendados vecinos, en particular (CASTRO, 1980, p. 230).

Las obras analizadas y otras, nos ofrecen reflexiones que nos llevarán a una función más justa del derecho frente al cambio social, porque ninguna agrupación humana estable, ha sido posible sin la existencia de normas jurídicas, que canalicen el comportamiento del hombre en sus relaciones con los demás.

Finalmente, en la novela de Cravero y Alegría, la injusticia está estructurado: es la ley la que permite el abuso y el atropello. El campesino no tiene derecho a la tierra, la educación y otros beneficios. Es necesario, hacer conocer las leyes inherentes a las comunidades rurales, para que se defiendan en los procesos judiciales. Asimismo, los litigios deben llevarse a cabo en su propio idioma. Muchas veces las incongruencias de la ley, bajo su falso propósito tutelado, consagra la opresión tributaria del campesinado, el despojo de sus tierras, la explotación, la violación, el abandono y la muerte.

#### IV. Conclusiones

1. En las obras analizadas, el Derecho y la Literatura, guardan una estrecha relación, como señala Leonardo Da Vinci, un personaje enigmático de la historia: El arte y la ciencia son indisolubles, porque sus estudios y descubrimientos no pueden evaluarse al margen de la faceta artística. En todas ellas se percibe un sentido profundo de la interrelación de las cosas, que ofrece una visión unificadora de la complejidad del mundo.
2. Existe una relación estrecha entre Derecho y Literatura, "las obras, tienen el valor fundamental de hacer conocer el cumplimiento de las leyes, la actuación y el exceso de los jueces y la imposibilidad de la justicia (Lozano,2009, p. 102). En otras palabras, trata de dar respuesta a las preguntas: ¿Cómo el Derecho tiene límites y no debe exceder a la ley? ¿Cómo la Literatura retrata la realidad y es fuente del derecho?
3. En las obras estudiadas se plantea una serie de reflexiones jurídicas en torno a la justicia. Sus protagonistas se enfrentan infructuosamente a las injusticias cometidas por los jueces y el poder dominante que lo explota, lo hostiga y lo violenta. Las obras son fuentes históricas, que reconstruyen diversos aspectos de la vida jurídica, por ejemplo, la falta del juramento deontológico de los jueces.
4. El presente trabajo nos demuestra que el Derecho y la Literatura están entrelazadas, porque las obras analizadas revelan comentarios sobre las leyes referidas al agro, abigeato, minería, sistema carcelario, la reforma de la administración de justicia, la corrupción desenfadada y otros aspectos.

#### V. - Referencias Bibliográficas

- ALEGRÍA, C. (1964). El mundo es ancho y ajeno. Ed. Diana S.A. Lima.
- CASTRO, M. (1962). La novela peruana y la evolución social. Lima- Perú.
- CRAVERO, J. (1982). Juez, tinterillo, gamonal. Ayacucho.
- DELGADO, G. (1991). Resúmenes de obras famosas. Gabrielle editores.
- ESCRIBA, M. (2024). Revista institucional "Rafael Velarde Álvarez Rivera". Año 1/Número 1. Ilustre Colegio de Abogados de Ayacucho.
- GAMARRA, J. (1991). Juez, tinterillo, gamonal ¿Realidad o representación de la sociedad ayacuchana? Testimonios y comentarios del Primer Conversatorio de Literatura Ayacuchana.

DALL-UNSCH. Ayacucho.

LOZANO, S. E. (2009). *Literatura Regional de La Libertad*. Ed. Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo.

MENDEZ, F. (2024). ¿Existe relación entre la literatura como arte y el derecho como una ciencia social? ICAA-Revista Institucional "Rafael Velarde Álvarez Rivera"

MOLINA, M. y otros. (1991). *Testimonios y comentarios del Primer Conversatorio de Literatura Ayacuquina*. DALL-UNSCH. Ayacucho.

RIVERA, A. (2017). *Derecho 12*. Revista Institucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Ayacucho, UNSCH.

ROJAS, P. (2023). *La justicia en El mundo es ancho y ajeno, y en Martín Fierro*. Revista pluridisciplinaria de creación y crítica literaria. Tacna-Perú.

RODRÍGUEZ, P. (2017). *Justicia, Derecho y Concepción del mundo en la narrativa de Juan Cravero Tirado*. *Derecho 12*. Revista Institucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. UNSSCH. Ayacucho-Perú.

TANGUARE, P. (2023). *Yarpay 7*. Revista pluridisciplinaria de creación y crítica literaria. Tacna-Perú.

TÁVARA, F. (2018). *Ciro Alegría: Asedios jurídicos*. Lima: Poder Judicial del Perú: Fondo Editorial.

VARONA, D. (1972). *Ciro Alegría. Trayectoria y mensaje*. Colección plenitud. Lima, Perú.

WOLFGANG, K. (1954). *Interpretación y análisis de la obra literaria*. Ed. Gredos, Madrid.

