



ILUSTRE COLEGIO DE
Abogados
— DE AYACUCHO



REVISTA INSTITUCIONAL
“Rafael Velarde Álvarez Rivera”



Año 1 / Número 1 / Diciembre 2024

ISSN: 3084-729X (En Línea)

Director: Mario N. Escriba Tineo

Comité Editorial: Mayra V. Gutiérrez Chacchi / Cristian A. León Gómez

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 01 - N° 01 - Diciembre 2024

Director : Mario N. Escriba Tineo
Comité Editorial : Mayra V. Gutiérrez Chacchi
Cristian A. León Gómez

Jr. Sucre 367 - Ayacucho
Ayacucho - Huamanga - Ayacucho

Colaboradores de la publicación:

Irene Marisol Ramírez Medina
Richard Rojas Arauco
Marianelly Carmen Quenta Quispeluz
Saúl Edgard Flores Ostos
Cristian Anthony León Gómez
Guido Bautista Caña
Madeleyne Hurtado Vargas
Rafael Rodríguez Campos
Jean Oscar Diburga Inga
Daniel Caballero Palacios
Fredy Méndez Gutiérrez

Corrección de estilo : Francois V. Villanueva Paravicino
Cristian Anthony León Gómez

Diagramación : Alberto Sánchez Huamaní

DEPÓSITO LEGAL N.º 2024-10594

ISSN: 3084-729X (En Línea)

COMITÉ EDITORIAL

Mario N. Escriba Tineo
Director

Mayra V. Gutiérrez Chacchi
Miembro

Cristian A. León Gómez
Miembro

JUNTA DIRECTIVA DEL ICAA 2024/2025

Richard Almonacid Zamudio
Decano

Yuri Martínez Ochoa
Vicedecano

Juan Manuel Huamán Guzmán
Director Secretario

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 Llallahui Huamaní
Director de Reglamentos, Directivas y otras normas

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	06 - 08
EDITORIAL	09 - 12
ÁREA DERECHO PENAL	
Más allá de una definición legal del delito de omisión a la asistencia familiar <i>Irene Marisol Ramírez Medina</i>	13 - 23
Derecho penal y diversidad cultural Tratamiento de la cosmovisión cultural diferente por el derecho penal <i>Richard Rojas Arauco</i>	24 - 34
Criminalización de la protesta social en Perú. Casación N° 1464-2021/Apurímac <i>Marianelly Carmen Quenta Quispeluzza</i>	35 - 47
ÁREA DERECHO PROCESAL PENAL	
La aplicación del control de convencionalidad difuso en la labor del fiscal en materia penal. Posibles escenarios de su aplicación en el Código Procesal Penal peruano del 2004 <i>Saúl Edgard Flores Ostos</i>	48 - 63
El allanamiento: intervención "sorpresiva" en la investigación vs. eficacia de la defensa <i>Cristian Anthony León Gómez</i>	64 - 74
ÁREA DERECHO DE MENORES	
La protección judicial ante vacío normativo en el tratamiento procesal de "infractores" menores de catorce años de edad por los jueces del Juzgado Mixto y Juzgado de Familia <i>Guido Bautista Caña</i>	75 - 89
ÁREA DERECHO PROCESAL FAMILIAR	
El Derecho a la defensa en los procesos de tutela previsto en la Ley 30364: ¿Necesaria o vulneratoria de principios procesales? <i>Madeleyne Hurtado Vargas</i>	90 - 102
ÁREA DERECHOS HUMANOS	
AMLO 2024: la politización de la justicia en México <i>Rafael Rodríguez Campos</i>	103 - 107
ÁREA DERECHO TRIBUTARIO	
Régimen de exoneración del impuesto predial: Claves para la mejora de la recaudación municipal en Huamanga <i>Jean Oscar Diburga Inga</i>	108 - 121
ÁREA DERECHO ADMINISTRATIVO	
La naturaleza jurídica del derecho administrativo disciplinario <i>Daniel Caballero Palacios</i>	122 - 126
ÁREA DERECHO Y LITERATURA	
¿Existe relación entre la literatura como arte y el derecho como una ciencia social? <i>Fredy Méndez Gutiérrez</i>	127 - 136

¡Un nuevo espacio para la reflexión jurídica: Revista Jurídica "Rafael Velarde Álvarez Rivera"!

Para mí es un honor presentar la revista jurídica "Rafael Velarde-Álvarez Rivera", un espacio dedicado a la difusión del conocimiento y la reflexión crítica, en el ámbito del derecho. Esta publicación, que lleva el nombre de un destacado jurista y defensor de la justicia, busca convertirse en un referente para los profesionales del derecho, académicos y estudiantes de nuestra región y del país.

El surgimiento de nuestra revista institucional, tiene como objetivo principal promover el análisis y la discusión sobre temas jurídicos relevantes, contribuyendo, de esta manera, al desarrollo del pensamiento crítico y la formación continua de los abogados. A través de artículos y trabajos de investigación, ofrecemos un foro donde se abordan tanto cuestiones teóricas como prácticas, con un enfoque en la realidad peruana, presentando los constantes desafíos contemporáneos que enfrenta nuestro sistema legal.

Asimismo, esta publicación busca fomentar la investigación y el intercambio de ideas entre los miembros del Ilustre Colegio de Abogados de Ayacucho y la comunidad jurídica en general. Creemos firmemente que el conocimiento es un pilar fundamental para el ejercicio de la abogacía y para la construcción de una sociedad más justa y equitativa.

En esta primera edición, presentamos artículos de colegas destacados, docentes universitarios y profesionales del derecho, quienes abordan temas de actualidad e interés para nuestra comunidad jurídica.

Así, esta revista, que nace de la iniciativa y participación de nuestros agremiados, tiene como cimiento:

- **Compromiso con la realidad**, pues se abordan temas que impactan directamente en el ejercicio de la profesión en Ayacucho.
- **Diversidad de perspectivas**, ya que ofrece un espacio para la expresión de diferentes enfoques y análisis sobre diversos temas jurídicos.
- **Calidad académica**, porque los artículos publicados son resultado de investigaciones serias y análisis rigurosos.
- **Vocación de servicio**, en la medida que busca contribuir en la formación y actualización de los abogados de nuestra región.

En suma, este trabajo académico tiene como objetivos principales: 1) difundir investigaciones jurídicas de alta calidad, 2) fomentar la investigación jurídica, y 3) brindar un espacio para la publicación de artículos académicos, ensayos, análisis jurisprudenciales, entre otros, por parte de nuestros agremiados.

Cinco son los criterios que se adoptan para lograr nuestros propósitos:

1. **Difusión del conocimiento jurídico**

- **Compartir investigaciones:** Permitir que los juristas publiquen sus investigaciones, análisis y reflexiones sobre temas relevantes, contribuyendo al avance del conocimiento jurídico.
- **Promover la innovación:** Fomentar la investigación y el desarrollo de nuevas ideas y perspectivas en el campo del derecho.
- **Actualizar el conocimiento:** Mantener a los profesionales del derecho al tanto de las últimas tendencias, jurisprudencia y legislación.

2. **Formación y capacitación**

- **Fomentar el aprendizaje:** Ofrecer a los lectores un espacio para profundizar en temas específicos y ampliar sus conocimientos.
- **Promover la educación continua:** Incentivar el desarrollo profesional de los abogados y juristas a través de la lectura y el análisis de artículos especializados.
- **Establecer un diálogo académico:** Crear un espacio de intercambio de ideas entre expertos y estudiantes, facilitando la formación de nuevas generaciones de juristas.

3. **Fortalecimiento de la comunidad jurídica**

- **Crear un espacio de encuentro:** Unir a profesionales del derecho de diferentes ámbitos y especialidades.
- **Promover la colaboración:** Fomentar el intercambio de experiencias, ideas y proyectos, entre los miembros de la comunidad jurídica.
- **Reconocer el trabajo de los juristas:** Brindar un espacio para la publicación y el reconocimiento del trabajo de los profesionales del derecho.

4. **Influencia en la sociedad**

- **Informar a la ciudadanía:** Difundir información jurídica relevante y accesible a la población en general, promoviendo el conocimiento del derecho y la participación ciudadana.
- **Contribuir al debate público:** Fomentar el análisis crítico de las leyes y las políticas públicas, y promover la participación responsable en la construcción de una sociedad justa y equitativa.

5. Prestigio institucional

- **Fortalecer la imagen de la institución:** Demostrar el compromiso de la institución con la investigación, el desarrollo doctrinal y la formación de profesionales del derecho.
- **Posicionarse como referente:** Convertirse en un medio de referencia para la comunidad jurídica, fortaleciendo la reputación y la influencia de la institución.

Invitamos a nuestros colegas agremiados a contribuir con sus escritos y a participar, en lo sucesivo, en este esfuerzo colectivo por enriquecer el panorama jurídico de nuestro país. La revista jurídica "Rafael Velarde-Álvarez Rivera", es un espacio abierto para la diversidad de pensamientos y enfoques, y estamos entusiasmados por las perspectivas que cada uno de ustedes puede aportar.

Finalmente, un agradecimiento especial al comité editorial, por hacer realidad esta propuesta académica y jurídica. Sigamos trabajando unidos, por la excelencia en el ejercicio del derecho, y, sobre todo, por la defensa de los valores que rigen nuestra virtuosa profesión.

¡Bienvenidos a la revista jurídica "Rafael Velarde-Álvarez Rivera"!



Richard Almonacid Zamudio

*Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Ayacucho
Gestión 2024-2025*

Isaac Newton (1642-1727), decía con claridad y genialidad: *"me parece haber sido sólo un niño jugando en la orilla del mar, divirtiéndose y buscando una piedra más lisa o una concha más bonita de lo normal, mientras el gran océano de la verdad yacía ante mis ojos con todo por descubrir"*. Ciertamente, el trabajo que hoy presentamos da cuenta del universo que puede descubrirse y de las creaciones académicas que se pueden explorar, siempre, claro está, solo de aquellas mentes inquietas y curiosas.

Con la singular satisfacción de un objetivo cumplido, a nombre de los miembros del Comité Editorial, integrada por la Abg. **Mayra V. Gutiérrez Chacchi**, Abg. **abogado Cristian A. León Gómez** y el suscrito, me complace presentar a la comunidad jurídica nacional y, en especial, al foro ayacuchano, la **Revista Institucional del Ilustre Colegio de Abogados de Ayacucho «Rafael Velarde Álvarez»**, *ópera prima* en sus 109 años de existencia, material académico que no solo cumple con los estándares de exigencia académica internacional, sino que además inicia sus gestiones de indexación, luego de obtener el número de registro de depósito legal N.º 2024-10594, así como el registro de International Standard Serial Number (ISSN), emitido por la Biblioteca Nacional del Perú.

Esta primera edición (Año 1, Número 1, Diciembre 2024), sin lugar a dudas, marcará un punto de inflexión en el desarrollo académico de los abogados y abogadas del gremio ayacuchano, pues contarán con un medio que permitirá que sus producciones intelectuales sean publicadas y difundidas en los portales académicos más prestigiosos del continente.

La presente producción constituye una política de promoción y de investigación que desde el comité editorial se implanta, para hacer de esta revista una institución que trascienda toda gestión administrativa. En ese propósito, valoramos la firme iniciativa de la actual Junta Directiva del Ilustre Colegio de Abogados de Ayacucho 2024/2025, liderada por el decano Richard Almonacid Zamudio.

La edición de apertura se divide en ocho áreas temáticas, con un total de once artículos académicos. De forma sucinta, presentaré los artículos que hemos logrado reunir en esta memorable edición.

En el área de **Derecho Penal**, la Abg. **Irene Marisol Ramírez Medina**, con su artículo jurídico intitulado *«Más allá de una definición legal del delito de omisión a la asistencia familiar»*, nos presenta las diversas complejidades desde la óptica jurídica y social del delito de omisión a la asistencia familiar, el cual, al estar estrechamente vinculado a la ausencia de pago de alimentos a los hijos, requiere un enfoque integral que considere la legislación comparada y las consecuencias de la sanción punitiva; asimismo, nos recuerda que el proceso judicial del delito de omisión a la asistencia familiar plantea múltiples divergencias jurídicas, como la afectación del principio superior del menor, la carga procesal y el hacinamiento penal. Este delito, considera la autora, es un problema estructural que afecta no solo a la familia, sino también a la sociedad, pues la existencia de normas jurídicas no garantiza su cumplimiento efectivo, por lo que propone revisar y modificar dicha normativa para alcanzar la justicia y la paz social.

El Abg. **Richard Rojas Arauco**, presenta su investigación titulada *«Derecho penal y diversidad cultural: Tratamiento de la cosmovisión cultural diferente por el Derecho penal»*, donde explica que los conflictos sociales que aquejan a nuestro país, ponen en tapete, una vez más, la forma de resolución de conflictos interculturales con relevancia penal. Señala que el derecho penal no debe

resolver estas controversias de espaldas a estas realidades, por cuanto se requiere no solo conocer, sino sobre todo comprender cosmovisiones -diferentes-, para luego proceder a analizar el grado de determinación cultural del agente para eximirlo de responsabilidad o atenuar su pena. Igualmente, nos plantea la necesidad de que la resolución de esta clase de controversia intercultural, por la justicia ordinaria, no debe significar que se deba imponer la concepción oficial; en ese sentido, la respuesta del *ius puniendi* tiene que ser acorde a ella y respetuosa de la diversidad cultural.

A su turno, la Abg. **Marianelly Carmen Quenta Quispeluz**, presenta su investigación académica titulada «*Criminalización de la protesta social en Perú: Casación N° 1464-2021 / Apurímac*», en el que examina cómo el sistema judicial peruano aborda las protestas sociales, centrandose su análisis en la sentencia que criminaliza las manifestaciones bajo el delito de entorpecimiento de servicios públicos. La sentencia, objeto de estudio, refleja una tendencia preocupante en el que derecho a la protesta, reconocido constitucionalmente y protegido por tratados internacionales, se ve limitado por interpretaciones judiciales que priorizan la protección del orden público y la infraestructura estatal. El artículo destaca, a través del análisis de la Casación N° 1464-2021 / Apurímac, que las protestas pacíficas, como el bloqueo de carreteras, son catalogadas como delictivas, bajo el influjo del artículo 283 del Código Penal peruano, lo que limita la capacidad de los movimientos sociales para ejercer presión en un contexto democrático.

En el área de **Derecho Procesal Penal**, el Abg. **Cristian Anthony León Gómez**, presenta su artículo jurídico: «*El allanamiento: intervención "sorpresiva" en la investigación vs. eficacia de la defensa*». Desde la crítica académica, nos recuerda que con la modificatoria del artículo 2 de la Ley 27379, mediante Ley 32108, publicado el 09 de agosto de 2024, se precisó la intervención del abogado defensor en los allanamientos; luego, esta norma fue consolidada con la modificatoria introducida al artículo 216 del Código Procesal Penal, mediante Ley 32130, publicada el 10 de octubre de 2024. Con todo ello, se pretende que en dicha diligencia, el imputado cuente desde el inicio con la presencia de su abogado, lo que podría desencadenar en la fuga de la información o en el ocultamiento o destrucción de las evidencias, en tanto se espere a dicho profesional para su ejecución; pues, si bien el derecho de defensa tiene reconocimiento constitucional y convencional, la misma que se debe garantizar en todo proceso penal; empero, ello no debe colisionar con la naturaleza de la diligencia de allanamiento, la misma que debe darse de forma inmediata, sin esperar la llegada de un abogado de libre elección, por lo que, a fin de no desnaturalizar el factor "sorpresa" del allanamiento, propone que la misma sea realizada con la presencia del abogado de oficio, notificado con la debida reserva y con antelación, en tanto el de libre elección se constituya en el desarrollo de la diligencia.

Igualmente, el Abg. **Saúl Edgard Flores Ostos**, presenta su investigación jurídica titulada «*La aplicación del control de convencionalidad difuso en la labor del fiscal en materia penal. Posibles escenarios de su aplicación en el Código Procesal Penal peruano del 2004*». Este trabajo académico puntualiza que el Ministerio Público, por mandato constitucional, es el responsable de conducir desde su inicio la investigación del delito, por lo que en cumplimiento de dicha tarea investigativa y persecutora del delito (función operativa), el fiscal decide diversas situaciones sometidas a su competencia, emitiendo diversas decisiones, con implicancias en el ámbito de la libertad individual o patrimonial de las personas sometidas a una investigación penal. Tarea que ha sido equiparada a una de carácter cuasi jurisdiccional, por nuestro Tribunal Constitucional. Dentro de dicho contexto, el fiscal penal al resolver una determinada situación concreta, puede encontrarse con normas internas que colisionen con determinados derechos fundamentales, establecidos por los estándares

convencionales; frente a ello, de oficio o a pedido de parte, haciendo un examen de compatibilidad, puede inaplicar la norma inconvencional. Sin embargo, se pretende desconocer y hasta negar que dicha función pueda llevarla a cabo el fiscal, bajo el argumento de no realizar labor jurisdiccional. Justamente el autor manifiesta que sí se puede realizar esta labor control, como autoridad garante de los derechos humanos y guardián de la Convención Americana.

En el área de **Derecho de Menores**, el Abg. **Guido Bautista Caña**, presenta su investigación intitulada «*La protección judicial ante vacío normativo en el tratamiento procesal de 'infractores' menores de catorce años de edad por los jueces del Juzgado Mixto y Juzgado de Familia*», en el que señala que la legislación infantil peruana no establece un proceso para los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años que cometen actos con connotación penal, razón por la cual, los jueces de los diferentes niveles difieren en el criterio de adopción al momento de determinar la vía procesal correspondiente. Por ello, a fin de adoptar la protección de los derechos procesales de los NNA, unos optaron por la estructura del proceso infractorio, en tanto que otros el esquema del proceso tutelar.

En el área de **Derecho Procesal Familiar**, la Abg. **Madeleyne Hurtado Vargas**, nos presenta su artículo jurídico «*El Derecho a la defensa en los procesos de tutela previsto en la Ley 30364: ¿Necesaria o vulneratoria de principios procesales?*». La autora analiza la intervención del derecho de defensa en los procesos de tutela, así como el plazo que debe otorgarse a los denunciados para una efectiva tutela jurisdiccional. Precisa que, tratándose de denuncias en los cuales la víctima se encuentre en nivel de riesgo severo, es indiscutible que las medidas de protección se dicten en el plazo de 24 horas, prescindiéndose tanto de la notificación a las partes como de la audiencia, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional; empero, en los casos de riesgo leve, moderado o en caso se desconozca el nivel de riesgo, el plazo debería ser ampliado a 72 horas, debiendo garantizarse, en este periodo, que el denunciado tome conocimiento oportuno de la denuncia, prepare su defensa y pueda participar activamente en la audiencia, a fin que el Juzgado resuelva el caso con objetividad y dicte las medidas de protección más idóneas a favor de la víctima. Los plazos siempre deben computarse desde que el juez toma conocimiento de la denuncia.

En el área de **Derechos Humanos**, el Abg. **Rafael Rodríguez Campos**, nos presenta su artículo jurídico titulado «*AMLO 2024: la politización de la justicia en México*», donde analiza los puntos clave de la reforma introducida por el expresidente de los Estados Unidos Mexicanos, Andrés Manuel López Obrador (AMLO), en la «Propuesta de Reforma Constitucional al Poder Judicial», toda vez que toca a la administración de justicia mexicana, calificándola no solo de inconstitucional e inconvencional, sino también de políticamente peligrosa para la democracia y el Estado de Derecho en México. La investigación revela que la reforma propone la elección popular de más de 1600 cargos judiciales: Ministros de la Suprema Corte, Consejeros del Consejo de la Judicatura Federal, Magistrados del Tribunal Electoral Federal, Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito; reduce de 11 a 9 el número de los ministros que integran la Suprema Corte; los ministros en ejercicio que no resulten electos en 2025, no serán merecedores de la pensión vitalicia, y que los jueces y magistrados tendrán un periodo de 9 años en el cargo (con una reelección consecutiva). Todo ello, en opinión del autor, viola los estándares interamericanos sobre independencia judicial y acceso a la justicia, termina allanando el camino para la politización (partidización) de la justicia, atentado flagrantemente contra la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos de los mexicanos.

En el área de **Derecho Tributario**, el Abg. **Jean Oscar Diburga Inga**, con su investigación titulada «*Régimen de exoneración del impuesto predial: Claves para la mejora de la recaudación municipal en Huamanga*», analiza el impacto del régimen de exoneración del impuesto predial en la recaudación de la Municipal Provincial de Huamanga. A partir de un estudio detallado, se identifican las principales deficiencias del sistema actual y se proponen claves para su mejora, incluyendo la reducción de exoneraciones innecesarias y el fortalecimiento de la fiscalización. Las propuestas buscan optimizar la recaudación sin comprometer los objetivos sociales, contribuyendo así a un sistema tributario local más equitativo y eficiente. En suma, precisa el autor que un sistema de recaudación más eficiente, equitativo y modernizado, no solo contribuiría a mejorar la situación financiera de la municipalidad, sino también reforzaría la legitimidad del sistema tributario ante los ciudadanos; con una gestión tributaria más justa y un régimen de exoneraciones adecuadamente controlado, el SAT Huamanga podría alcanzar una mayor sostenibilidad fiscal, lo que repercutiría directamente en el bienestar de sus habitantes y en el desarrollo económico y social de la región.

En el área de **Derecho Administrativo**, el Abg. **Daniel Caballero Palacios**, con su artículo académico «*La naturaleza jurídica del derecho administrativo disciplinario*», estudia la naturaleza de esta rama del derecho, precisando que el debate sobre dicho aspecto se encuentra vigente. Así, busca afianzar el equilibrio que lo conduce, tanto respecto de la finalidad que se busca con los actos de reproche disciplinario, a favor de la administración pública, como el relacionado al respeto de los derechos fundamentales, a la defensa y el debido procedimiento. Asimismo, menciona que el fin del derecho administrativo disciplinario, va más allá de verificar si el servidor público cumplió o no con una norma jurídica o de verificar la afectación a la Entidad, pues constituye una herramienta para formar y conducir mejores servidores públicos en beneficio de la sociedad.

Finalmente, en el área de **Derecho y Literatura**, el Abg. **Fredy Méndez Gutiérrez**, con el artículo «*¿Existe relación entre la literatura como arte y el derecho como una ciencia social?*», precisa que el arte es la mimesis de la realidad como lo afirma Aristóteles en su *Poética*, en tanto que la ciencia es el estudio de la realidad de manera descriptiva, sencilla, detallada, minuciosa y profunda; con responsabilidad de comprobar, basándose en métodos y técnicas de estudio. Desde estas acepciones, se afirma que arte y ciencia están vinculados por su objeto de estudio, que no es sino la realidad; el arte con la tergiversación, en su afán de alcanzar su estética; y, la ciencia, con cierta exactitud en su objetivo de alcanzar la credibilidad.

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.

Mario N. Escriba Tineo

Director del Comité Editorial

Revista Institucional "Rafael Velarde Álvarez Rivera"

Más allá de una definición legal del delito de omisión a la asistencia familiar

Beyond the legal definition of family abandonment

Irene Marisol Ramírez Medina*

RESUMEN

El objetivo de este artículo va más allá de una simple explicación jurídica; busco generar reflexión, no solo entre los justiciables, sino también entre los abogados, sobre la complejidad de este problema social denominado delito de omisión a la asistencia familiar, vinculado a la ausencia de prestación de alimentos a los hijos, lo cual requiere un enfoque integral que considere la legislación comparada y las consecuencias de la sanción punitiva.

Considero fundamental analizar las razones detrás de esta conducta antisocial, desde la perspectiva biológica, psicológica y social. El proceso de omisión a la asistencia familiar plantea múltiples divergencias jurídicas, como la afectación del principio superior del menor, la carga procesal y el hacinamiento penal.

Este delito constituye un problema estructural que afecta no solo a la familia, sino a la sociedad en general. La existencia de normas jurídicas no garantiza su cumplimiento efectivo; por tanto, es necesario revisar y modificar estas normas para alcanzar la justicia y la paz social.

Palabras clave: *Omisión a la asistencia familiar, el delito de omisión a la asistencia familiar en América, problema e ineficacia jurídica y enfoques del problema.*

ABSTRACT

The objective of this article goes beyond a simple legal explanation; I seek to generate reflection, not only among defendants, but also among lawyers, on the complexity of this social problem called the crime of omission of family assistance, linked to the absence of providing food to children, which requires a comprehensive approach, that considers comparative legislation and the consequences of punitive sanctions.

I consider it essential to analyze the reasons behind this antisocial behavior, from a biological, psychological and social perspective. The process of omission of family assistance raises multiple legal divergences, such as the impact on the superior principle of the minor, the procedural burden and penal overcrowding.

This crime constitutes a structural problem that affects not only the family, but society in general. The existence of legal norms does not guarantee their effective compliance; Therefore, it is necessary to review and modify these norms to achieve justice and social peace.

Keywords: *Omission of Family Support, Crime of Omission of Family Support in America, Legal Inefficacy and Approaches to the Problem.*

* Magister en Derecho Penal, secretaria judicial de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho. E-mail: marita.9105@gmail.com

SUMARIO: I. Introducción, II. Omisión a la asistencia familiar, II.1. El delito de omisión a la asistencia familiar en América, II.1.1. Particularidades de la legislación comparada, II.2. Delito de omisión a la asistencia familiar en Perú, III. Problema e ineficacia jurídica de los delitos de omisión a la asistencia familiar, IV. Más allá del delito de omisión a la asistencia familiar, IV.1. Enfoque biológico, IV.2. Enfoque psicológico, IV.3. Enfoque social, V. Conclusiones.

I. Introducción

La familia como institución fundamental genera deberes y derechos; pero cuando surgen conflictos, estos deberes y derechos pueden ser ignorados por decisiones personales o factores externos, poniendo en riesgo los derechos del menor y los deberes de los padres. Entonces, empieza el proceso judicial que ampara y garantiza los derechos del menor y los deberes de los padres; convirtiéndose así el delito de omisión a la asistencia familiar en la principal fuente de congestión judicial en los tribunales peruanos, lo cual perjudica aún más los derechos del menor que se intenta proteger.

La justicia es un servicio estatal, pues emplea recursos públicos, por ende, debe ser entregado al justiciable de la forma más eficiente posible. Niveles elevados de carga procesal terminan por convertirse en una barrera contra el acceso a la justicia, y tal como reconoció el Banco Mundial (2006), esto degenera en demoras y errores, incluso propicia la corrupción.

Con el objetivo de proteger a un sector vulnerable de la sociedad, el legislador tipificó, dentro de los delitos contra la familia, el delito de omisión a la asistencia familiar en el artículo 149 del Código Penal.

Al examinar con profundidad este tema, se revela que este ilícito penal genera una gran carga procesal que obstaculiza la resolución oportuna de casos en favor de los alimentistas, propiciado por problemas periféricos propios de este delito, como el aspecto social, psicológico y biológico, situaciones que afectan no solo a la familia sino también a la sociedad en su conjunto; entonces, conviene la intervención adecuada del abogado para coadyuvar en la correcta solución de un proceso de alimentos.

Asimismo, es cuestionable la eficacia de la pena de prisión en estos casos, ya que no garantiza el cumplimiento de la pensión de alimentos, lo que agrava el perjuicio al interés superior del menor.

II. Omisión a la asistencia familiar

II.1. El delito de omisión a la asistencia familiar en América

El delito de omisión a la asistencia familiar en América es un problema social y legal que afecta a millones de personas, especialmente a niños y adolescentes, y se trata de manera diversa, de acuerdo a las leyes, políticas y recursos disponibles en cada país.

En varios países de Latinoamérica, la omisión de asistencia familiar es tipificada como delito, aunque con variaciones significativas en cuanto a la acción delictiva, las penas y requisitos procesales específicos, veamos:

PAÍS	LEGISLACIÓN	PENA
Argentina	Art. 159 del Código Penal	(hasta 3 años de prisión)
Bolivia	Art. 271 del Código Penal	(1-3 años de prisión)
Brasil	Art. 244 del Código Penal	(1-4 años de prisión)
Chile	Art. 495 del Código Penal	(541 días a 3 años de prisión)
Colombia	Art. 233 del Código Penal	(1-4 años de prisión)
Costa Rica	Art. 168 del Código Penal	(6 meses a 2 años de prisión)
Ecuador	Art. 286 del Código Integral Penal	(1-3 años de prisión)
El Salvador	Art. 207 del Código Penal	(1-3 años de prisión)
México	Art. 321 del Código Penal Federal	(1-4 años de prisión)
Perú	Art. 149 del Código Penal	(1-4 años de prisión)
Uruguay	Art. 234 del Código Penal	(1-3 años de prisión)

Conviene destacar que cada país tiene sus propias características y desafíos en la lucha contra la omisión a la asistencia familiar; por esta razón, en varios países difiere la sanción respecto a este ilícito penal.

II.1.1. Particularidades de la legislación comparada

A continuación, mostraré algunos rasgos distintivos respecto al delito de omisión a la asistencia familiar, en algunos países de América Latina:

- **Perú:** El Código Penal peruano establece que la omisión de asistencia familiar es un delito que se considera consumado cuando el obligado no paga la pensión alimenticia durante 3 meses consecutivos (Art. 149). Se considera agravante si el obligado tiene capacidad económica para pagar y no lo hace.
- **Argentina:** El Código Penal argentino establece que la omisión de asistencia familiar es un delito que se considera consumado cuando el obligado no paga la pensión alimenticia durante 3 meses consecutivos (Art. 159). Se considera agravante si el obligado tiene capacidad económica para pagar y no lo hace.
- **Brasil:** El Código Penal brasileño establece que la omisión de asistencia familiar es un delito que se considera consumado cuando el obligado no paga la pensión alimenticia durante 3 meses consecutivos (Art. 244). Se considera agravante si el obligado tiene capacidad económica para pagar y no lo hace.
- **Chile:** El Código Penal chileno establece que la omisión de asistencia familiar es un delito que se considera consumado cuando el obligado no paga la pensión alimenticia durante 6 meses consecutivos (Art. 495). Se considera agravante si el obligado tiene capacidad económica para pagar y no lo hace.
- **Colombia:** El Código Penal colombiano establece que la omisión de asistencia familiar es un delito que se considera consumado cuando el obligado no paga la pensión alimenticia durante 2 meses consecutivos (Art. 233). Se considera agravante si el obligado tiene capacidad económica para pagar y no lo hace.
- **México:** El Código Penal mexicano establece que la omisión de asistencia familiar es un delito que se considera consumado cuando el obligado no paga la pensión alimenticia durante 3 meses consecutivos (Art. 321). Se considera agravante si el obligado tiene capacidad económica para pagar y no lo hace.

- **Uruguay:** El Código Penal uruguayo establece que la omisión de asistencia familiar es un delito que se considera consumado cuando el obligado no paga la pensión alimenticia durante 3 meses consecutivos (Art. 234). Se considera agravante si el obligado tiene capacidad económica para pagar y no lo hace.

Es importante considerar estas particularidades para abordar eficazmente el delito de omisión a la asistencia familiar en nuestra legislación.

II.2. Delito de omisión a la asistencia familiar en Perú

En nuestro país, el delito de incumplimiento de obligación alimentaria se encuentra tipificado en el artículo 149 del Código Penal en los siguientes términos:

El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial (...).

En este delito, el bien jurídico tutelado es la obligación de asistencia y apoyo mutuo entre los miembros de una familia, lo cual implica la responsabilidad de garantizar el sustento económico necesario para cubrir las necesidades básicas de supervivencia de ciertos familiares.

El delito sanciona a quien intencionalmente no cumple con su obligación de proporcionar alimentos, establecida en una resolución judicial o acuerdo conciliatorio homologado. Ante ello, con el objetivo de prevenir y castigar estos delitos, el legislador estableció sanciones jurídicas que buscan alcanzar dos fines fundamentales: a) la prevención especial para evitar la reincidencia del agente, y b) la prevención general para disuadir al resto de la sociedad de cometer delitos similares.

Al respecto, el Ministerio Público, como ente encargado de la investigación del delito, dio a conocer, por medio del Anuario Estadístico (2023), que el número de procesos por alimentos, son numerosos, pues se presentaron: 84,998 denuncias penales el 2023, figurando como el grueso de los delitos que lesionan a la familia.

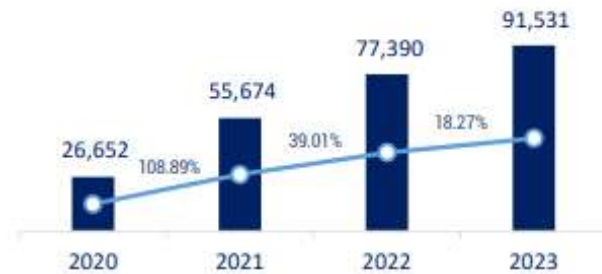
4.5 PERÚ: DELITOS CONTRA LA FAMILIA REGISTRADOS EN LAS FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES, ESPECIALIZADAS Y MIXTAS, AÑO 2023.

Contra la Familia	N° Delitos	%
Omisión de Asistencia Familiar	84,998	92.86
Atentados Contra La Patria Potestad	6,276	6.86
Contra El Estado Civil	70	0.08
Matrimonios Ilegales	57	0.06
Sin especificar delito sub genérico	130	0.14
Total	91,531	100.00

FUENTE: Sistema de Información de Apoyo al Trabajo Fiscal - SIATF; Sistema de Gestión Fiscal - SGF y Bandojo Fiscal
ELABORACIÓN: Oficina de Racionalización y Estadística - ORACE

Actualmente, los procesos de alimentos para el efectivo cumplimiento del demandado de su obligación alimentaria, difícilmente se resuelven en la vía civil, lo cual genera que se sature el sistema penal. Así, es menester señalar que el 50% de la carga en los procesos penales, corresponden a investigaciones que se inician por este delito.

► Evolución de los Delitos Contra la Familia, años 2020-2023.



Por otro lado, en las cárceles del Perú se encuentran 1,764 internos (cumpliendo penas efectivas por incumplimiento de la obligación alimentaria), cifra que representa el 1.7% de la población penitenciaria; asimismo, de los 1,849 internos que ingresaron el mes de junio del 2024, la mayoría (280) fue por el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria, la cual representa el 15.1%. (INPE, 2024)

POBLACIÓN PENITENCIARIA INGRESANTE POR NÚMEROS DE INGRESOS
SEGÚN DELITOS ESPECÍFICOS

Delitos Específicos	TOTAL	Número de Ingresos								
		1	2	3	4	5	6	7	8 a más	
Totales	1,849	1,408	295	79	33	18	5	7	4	
Incumplimiento de la obligación alimentaria	280	238	32	8	2	0	0	0	0	
Robo agravado	233	161	46	17	3	5	1	0	0	
Tráfico ilícito de drogas	166	133	22	5	1	3	1	1	0	
Violación sexual de menor de edad	104	83	16	5	0	0	0	0	0	
Hurto agravado	69	27	20	7	10	0	1	3	1	
Robo agravado grado tentativa	68	52	12	2	2	0	0	0	0	
Agresiones contra la mujer o integrantes del grupo familiar	49	35	10	2	2	0	0	0	0	
Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores	46	39	6	1	0	0	0	0	0	
Fabricación, comercialización, uso o porte de armas	45	34	6	2	1	1	0	1	0	
Tráfico ilícito de drogas - formas agravadas	43	34	6	2	1	0	0	0	0	
Violación sexual	41	39	2	0	0	0	0	0	0	
Promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas	39	31	4	2	1	0	0	1	0	
Tenencia ilegal de armas	38	29	6	1	1	0	0	0	1	
Homicidio calificado - asesinato	37	30	6	1	0	0	0	0	0	
Banda criminal	36	29	6	1	0	0	0	0	0	
Tenencia ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos	35	28	3	4	0	0	0	0	0	
Actos contra el pudor en menores de 14 años	30	24	6	0	0	0	0	0	0	
Hurto agravado - grado tentativa	28	16	9	3	0	0	0	0	0	
Violación sexual de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir	22	20	2	0	0	0	0	0	0	
Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento	21	19	2	0	0	0	0	0	0	
Otros delitos	419	307	73	16	9	9	2	1	2	

Fuente: Unidades de Registro Penitenciario
Elaboración: INPE/Unidad de Estadística

En efecto, la privación de libertad del obligado en un centro penitenciario implicará la pérdida de sus ingresos económicos, lo que generará una deficiencia en su capacidad para cumplir con sus obligaciones o priorizar gastos, que deben cubrir dentro del penal como: comida, ropa y artículos personales.

La realidad muestra que la razón principal para internar al obligado en un establecimiento penitenciario y privarlo de su libertad, consiste en el impago de las pensiones alimenticias, las cuales se deben a la insuficiente obtención de ingresos económicos de parte de este y esto no sucede porque exista una voluntad para incumplir con tales obligaciones, sino que, en muchas ocasiones, los obligados se ven imposibilitados a cumplir con estas, ya sea total o parcialmente, debido a una serie de factores, los cuales no se toman en cuenta durante el análisis para poder dictar tal medida, ya que automáticamente se impone una pena privativa de libertad con carácter efectiva, pero ésta se convierte en una medida ineficaz, ya que el obligado únicamente se va a limitar a cumplir la pena, pero el abandono y desamparo del beneficiado va a darse, toda vez que el obligado se encontrará recluido en el establecimiento penitenciario, de modo que se vulnera con esta medida el interés superior del niño y los deberes asistenciales como es la seguridad del alimentista.

Como contrapartida, debemos indicar que no se ha observado una disminución significativa en la comisión de estos delitos, mediante la aplicación de penas privativas de libertad. Esto plantea un dilema, ya que la omisión a la asistencia familiar puede perpetuarse debido a la falta de recursos económicos. Para abordar este problema, se puede implementar medidas alternativas a la prisión efectiva, como programas públicos o privados que generen trabajo y recursos, acceso a servicios de asesoramiento financiero, posibilidad de pagar los alimentos adeudados en cuotas, colaboración con organizaciones que brindan apoyo económico a las familias afectadas, entre otros.

Es importante buscar soluciones que equilibren la responsabilidad de los padres con la necesidad de proteger los derechos de los menores y familiares dependientes, así como descriminalizar el delito de omisión a la asistencia familiar y, más bien, socializarlo a través de la prevención, concientización e implementación de medidas alternativas que persigan el cumplimiento del pago de las obligaciones alimentarias, para poder satisfacer de forma inmediata al alimentado y, de este modo, asegurar el interés superior del niño.

IV• Más allá del delito de omisión a la asistencia familiar

Según datos estadístico del INPE (2024), de las 1,764 personas ingresadas por el delito de omisión a la asistencia familiar, hasta junio de 2024, 10 son mujeres y 1,154 son varones, motivo por el cual es necesario analizar el porqué de esta diferencia visible, situación que se analizará en tres enfoques que nos ayudará a comprender la complejidad en el comportamiento del ser humano (Universidad de la República, 2011).

IV.1. Enfoque biológico

Así como el padre, también la madre es capaz de abandonar a sus hijos, todo depende de las circunstancias, entre estas, tenemos al aspecto biológico.

Muchos de los padres o madres negligentes, han sido, a su vez, hijas o hijos maltratados. Este hecho se puede abordar desde varios enfoques. Hoy se conoce que los traumas del entorno psicosocial pueden generar cambios epigenéticos en los individuos y producir la expresión de ciertos genes perturbadores del funcionamiento normal o la inhibición de genes protectores. Estas alteraciones se pueden transmitir a generaciones siguientes; es decir, podríamos estar frente a una transmisión generacional de traumas, generando el escenario de alteraciones neurológicas y fisiológicas que sustentan el maltrato a la infancia (Rodrigo & León, 2018).

Otro factor que puede influir son los niveles de testosterona y exitocina, hormonas relacionadas con la paternidad y el vínculo emocional; es decir, los altos niveles de testosterona aumentan la sensibilidad del individuo para alcanzar una mayor satisfacción y baja sensibilidad al castigo. Esto justificaría la existencia de mayor cantidad de criminales varones en comparación con el número de mujeres; asimismo, esta afirmación ayudaría a explicar la razón de una mayor inclinación del varón a desconocer y apartarse de las responsabilidades contempladas a largo plazo, como la formación y manutención de la familia, la educación y el sustento, tanto económico como moral de la prole. Esto se ve reflejado en los perfiles brindados por los especialistas, asegurando que se trata de sujetos violentos, agresivos y que no desarrollan el sentido de responsabilidad frente a las relaciones interpersonales que establecen, lo cual se traduce en el abandono de quienes dependen de él, tanto económica como emocionalmente.

IV.2. Enfoque psicológico

Los factores psicológicos que pueden influir en que los padres no cumplan con los alimentos a sus hijos son complejos y variados. A continuación, veremos algunos de los más comunes:

- **Falta de compromiso paterno:** Falta de interés o responsabilidad hacia los hijos.
- **Narcisismo:** Preocupación excesiva por sí mismo y falta de empatía hacia los demás.
- **Depresión:** Estado emocional que puede afectar la capacidad para cumplir con responsabilidades.
- **Ansiedad:** Estrés y preocupación que pueden llevar a la evitación de responsabilidades.
- **Trauma:** Experiencias pasadas que pueden afectar la capacidad para establecer vínculos emocionales saludables.
- **Adicciones:** Problemas con sustancias o comportamientos adictivos que pueden interferir con responsabilidades.

- **Desregulación emocional:** Incapacidad para manejar emociones de manera saludable.
- **Falta de autoestima:** Baja autoestima que puede llevar a la evitación de responsabilidades.
- **Problemas de relación:** Conflictos con la madre o el otro progenitor que pueden afectar la capacidad para cumplir con responsabilidades.
- **Cogniciones distorsionadas:** Pensamientos irracionales que pueden justificar el incumplimiento de responsabilidades (American Psychological Association, 2013).

Como podemos observar, los agentes, en la mayoría de los casos, padecen de estos factores psicológicos, provienen de familias disfuncionales, son violentos, delincuentes anteriores, posesivos, celópatas y alcohólicos; adictos a sustancias, no trabajaban, irresponsables, padecen de problemas de personalidad, frustraciones, son antisociales, presentan problemas de personalidad, no mantienen relaciones estables, son impulsivos. En conclusión, no han experimentado un desarrollo psicológico adecuado.

Además, es importante entender la conexión entre el amor que hemos recibido por parte de nuestros padres, con las relaciones que entablaremos en la vida adulta; pues si nuestra vida pasada estuvo envuelta en alguno de los factores mencionados, debemos hoy como adultos romper cadenas y cambiar la dirección de nuestras vidas y la de nuestros hijos.

IV.3. Enfoque social

El factor social se refiere a la influencia que tiene la sociedad sobre el individuo, entre estas tenemos a la crisis económica, la desigualdad, crecimiento demográfico descontrolado, migración del campo a la ciudad como consecuencia de la pobreza por falta de empleo, la mala administración de justicia, la ineficiencia en los centros de readaptación social, cuerpos de seguridad corruptos e insuficientes, exceso de lugares de vicio, venta incontrolada de alcohol y otras sustancias de efectos estimulantes.

Algunas características sociales en la mayoría de los agentes delictivos son: a) no presentan un trabajo estable, es decir, realizan actividades laborales esporádicas o eventuales; también, debido a su rango de edad, no llegan a tener una formación educativa elevada, ni aspiran a ella, y realizan trabajos desde muy jóvenes, dándoles menores oportunidades y no muy bien remuneradas.

De esto se desprende que el ámbito social de este delito es predominantemente educativo y laboral, lo que debe promover políticas en estos sectores por parte del Estado. En otras palabras, la comisión de este delito no solo se desglosa de la particularidades y experiencias del agente, pues el otro protagonista, ya sea de forma directa o no, es el Estado.

Entonces, debemos hacer hincapié en que el Estado no tiene presencia activa en los grupos que concentra jóvenes, toda vez que, desde mi experiencia laborando en el Ministerio de Justicia – Defensa Pública en el VRAEM, del 100% de casos en temas de alimentos que he conocido, el 90% fue de personas en el rango de edad entre 18 a 32 años, quienes manifestaron que dependían de sus padres, se dedicaban a actividades agrícolas, no tenían trabajo fijo, no tuvieron acceso a la información sobre educación sexual, lo cual es más alarmante, debido al incremento de una serie de problemas que trae consigo, así como el riesgo de embarazos no planificados, paternidades y maternidades no responsables, enfermedades de transmisión sexual, entre otros.

En consecuencia, una estrategia clave para reducir la carga procesal en estos delitos, constituye la intervención estatal en zonas vulnerables, mediante profesionales de salud, que los orienten en educación sexual y prevención; así como profesionales del derecho, que expliquen sobre las responsabilidades jurídicas de la paternidad; esta aproximación integral promoverá conciencia, permitirá prevenir conflictos y proteger derechos.

Ahora bien, conviene hacernos la siguiente interrogante: ¿Cuál es nuestro papel como abogados en los casos de omisión de asistencia familiar? Durante años nos han enseñado que los procesos de alimentos son simples, pero la realidad ha demostrado todo lo contrario, motivo por el cual requieren una atención especial.

Como profesionales del derecho debemos reflexionar sobre nuestro papel crucial en la solución de este problema familiar, a través de una asesoría adecuada a nuestros clientes, defendiendo el interés superior del menor, motivando a nuestros clientes a pagar la pensión de alimentos, explicando las consecuencias legales de la falta de pago y recordándoles sus deberes y responsabilidades parentales. La empatía, la claridad y la firmeza son la clave para motivar al patrocinado a pagar la pensión de alimentos, pues como señaló el filósofo y matemático Pitágoras de Samos: «Educad a los niños y no será necesario castigar a los hombres».

En suma, nuestro papel es educar y guiar a nuestros clientes para prevenir la omisión de asistencia familiar y proteger el bienestar de los menores.

V. Conclusiones

- El delito de omisión a la asistencia familiar es un problema social y legal complejo que afecta a millones de personas, especialmente a niños y adolescentes, por lo que requiere una atención integral y multidisciplinaria.
- Se está produciendo una violación sistemática del interés superior del niño y una afectación permanente del derecho a la asistencia y seguridad, debido a la simulación de obligaciones por parte de los responsables
- Es necesario explorar alternativas a la prisión, como penas que restrinjan derechos (prestación de servicio a la comunidad y días libres limitados), considerando la actitud y situación ocupacional del responsable.

- La omisión a la asistencia familiar está relacionada con la afectividad recibida en la infancia y la violencia experimentada en la familia. El desapego emocional hacia las víctimas refleja una carencia afectiva similar hacia los propios padres. Factores como la paternidad temprana e inestable, y la falta de conciencia sobre la responsabilidad paternal, aumentan el riesgo de este delito
- El abogado tiene un papel crucial en los casos de omisión a la asistencia familiar (OAF), y su función va más allá de simplemente representar a su cliente. Debe velar por la justicia y el interés superior del menor, asegurando el respeto de sus derechos y necesidades.

Referencias bibliográficas

- American Psychological Association. (2013). *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5)*.
- Banco Mundial. (2006). *Perú: La oportunidad de un país diferente: próspero, equitativo y gobernable*.
https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/documentos/BM_Peru_un_pais_diferente.pdf
- Instituto Nacional Penitenciario. (2024, junio). *Informe Estadístico*.
https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2024/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_junio_2024.pdf
- María José Rodrigo e Inmaculada León. (2018). *Investigación sobre la negligencia maternal - proyecto financiado por MINECO*.
<https://www.ull.es/portal/noticias/2018/analisis-la-insensibilidad-maternal/>
- Ministerio Público. (2023). *Anuario Estadístico*.
https://cfe.mpfm.gob.pe/gis_mp/web/index.php/downloader/anuario_content/6629201daad41
- Universidad de la República. (2011). *Manual de bases biológicas del comportamiento humano*. Montevideo: Departamento de Publicaciones, Unidad de Comunicación de la Universidad de la República (UCUR).
<https://www.cse.udelar.edu.uy/wp-content/uploads/2018/10/Manual-de-basesbiol%C3%B3gicas-del%20comportamiento-humano.pdf>

Derecho penal y diversidad cultural: Tratamiento de la cosmovisión cultural diferente por el derecho penal

Criminal law and cultural diversity
Treatment of different cultural worldview by criminal law

Richard Rojas Arauco*

RESUMEN

Los conflictos sociales que aquejan a nuestro país, ponen en tapete, una vez más, la forma de resolución de conflictos interculturales con relevancia penal. El derecho penal no debe resolver estas controversias de espaldas a estas realidades, ya que se requiere no solo conocer, sino sobre todo comprender cosmovisiones -diferentes-, y de ahí recién analizar el grado de determinación cultural del agente para eximirlo de responsabilidad o atenuar la pena. La resolución de esta controversia intercultural, por la justicia ordinaria, no debe significar que se deba imponer la concepción oficial; en ese sentido, la respuesta del *ius puniendi* tiene que ser acorde a ella y respetuosa de la diversidad cultural.

Palabras clave: *Derecho penal, diversidad cultural, cosmovisión y error por cultura*

ABSTRAC

The social conflicts that afflict our country bring into question, once again, the way in which intercultural conflicts with criminal relevance are resolved. Criminal law should not resolve these controversies with its back to these realities, since it is required not only to know, but above all to understand -different-worldviews, and from there only analyze the degree of cultural determination of the agent to exempt him from responsibility or mitigate the grief. The resolution of this intercultural controversy, by ordinary justice, should not mean that the official conception must be imposed; In that sense, the response of the *ius puniendi* has to be consistent with it and respectful of cultural diversity.

Keywords: *Criminal law, cultural diversity, worldview and error due to culture.*

* Abogado por la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga. Maestro en Derecho. Fiscal Superior de Ayacucho. Docente universitario.
Correo electrónico: richard020816@gmail.com

SUMARIO: I. Introducción, II. Desarrollo del tema, II.1. Derecho penal y diversidad cultural, II.2 Diversidad cultural, II.2.1. Pluralismo jurídico, II.2.3. Cosmovisión en los pueblos originarios, III. Culpabilidad en los delitos culturales, III.1. Contrastación, IV. Conclusiones.

I. Introducción

El pluralismo jurídico, si bien acepta la coexistencia de sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado, no –necesariamente– refleja un adecuado respeto de las minorías, pues el mayoritario (estatal), para mantenerse en esta posición privilegiada, sacrifica manifestaciones culturales diferentes; así, cuando existe conflicto entre el derecho oficial y el minoritario, la justicia ordinaria declara que prima la oficial, y, para lograr dicho cometido, incluso utiliza el derecho penal, esto ocurre cuando criminalizan conductas que son socialmente aceptadas en poblaciones culturalmente diferentes. Este proceder contraviene el derecho a la igualdad de las personas y su diversidad cultural, lo que en el Perú implica la vulneración de los derechos de 9386 comunidades campesinas y nativas, desconociendo así la naturaleza diversa de la humanidad, su identidad y las diferentes cosmovisiones, que son resultado de los distintos procesos de socialización; además de obligarlos a dejar de lado su cultura y aceptar la dominante, con lo que se produce un «genocidio cultural», como señala el profesor Eugenio Zaffaroni.

Según el Censo del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2020) del año 2017, en el Perú existen 9386 comunidades campesinas y nativas, con una población total de 3'438,866. Lamentablemente, estas poblaciones sufren una constante marginación, pues se las considera como poblaciones inferiores o en proceso de desarrollo, a ello se suma la situación de extrema pobreza económica en las que se encuentran, el analfabetismo imperante y el abandono del Estado. Todo esto acontece en un escenario en el que las formas y manifestaciones culturales han cambiado. Así tenemos que la Comunidad Shipibo - Konibo de Cantagallo, se ubica en el distrito de Rímac en el departamento de Lima¹, y ya no en su territorio original.

Esta situación particular, vista desde el derecho penal, exige dar una respuesta multicultural, ya que no es suficiente apoyarnos en el principio de legalidad para dar a entender que existiría una sola regulación para todas las circunstancias y poblaciones del Perú, lo que no es admisible, por cuanto somos una sociedad heterogénea y dinámica, así lo reconoce la Constitución Política del Estado.

En el presente trabajo planteamos que la solución propuesta por el error de comprensión culturalmente condicionado, prevista en el artículo 15 del Código Penal, evidencia una posición etnocentrista y admite una interpretación en el sentido de que las personas culturalmente diferentes son inferiores o en proceso de civilización; en consecuencia, no tendrían la capacidad de comprender la ilicitud de un delito, como si se tratará de personas inimputables.

¹ La comunidad Shipibo - Konibo de Cantagallo, considerada la primera comunidad nativa urbana del Perú, practica sus costumbres originarias dentro de la ciudad, aunque en condiciones de extrema pobreza y falta de servicios básicos. A mayor abundamiento la siguiente nota periodística: <https://larepublica.pe/sociedad/2020/03/24/coronavirus-en-peru-shipibos-de-cantagallo-enfrentan-al-covid-19-sin-ningun-apoyo/> [revisado el 28 de abril del 2020]

II. Desarrollo del tema

II.1. Derecho penal y diversidad cultural

Los valores que sustentan el ordenamiento jurídico son los que marcan las líneas interpretativas de la sociedad, así lo expresó Segato (2004). En ese sentido Nugent (2016, p. 70) señaló que las normas de reconocimiento son las que otorgan legitimidad al ordenamiento jurídico. De ahí que el derecho penal se sustente en el principio de legalidad, la responsabilidad penal individual, cumplimiento de roles, entre otros principios desarrollados por la doctrina (Balestra, 2001, p. 13; Jakobs, 1997, pp. 565-601) que pretenden mostrar que estamos en una sociedad homogénea, por lo que se criminalizan las conductas que se opongan (Maglie, 2012, p. 259); vale decir, mediante esta forma «legítima de la coacción» (Pozo, 2005, p. 7), se permite la imposición de una cultura diferente al agente.

La Constitución Política del Estado (artículos 2 -inciso 19- y 149) y el Convenio 169 de la OIT (aprobado mediante Resolución Legislativa Nro. 26253 de fecha 2 de diciembre de 1993), reconocen el derecho a la diversidad étnica y cultural. Por su parte, el Código Penal prevé en su artículo 15 el error de comprensión culturalmente condicionado, como una forma de error de prohibición -según la doctrina mayoritaria-, que implica ausencia o posibilidad de conocimiento y comprensión (Zaffaroni, 2005)² de la antijuridicidad del hecho, vale decir, constituye una circunstancia que eximirá la culpabilidad penal, como juicio de exigibilidad y reprochabilidad; en tanto que en la concepción normativa de la culpabilidad (Peña, 2016, pp. 743-755), para Roxin (1997) significa ausencia de responsabilidad (culpabilidad y responsabilidad), y para Jakobs (1997), implica infracción del deber competencial asignado en la sociedad y desprecio por la norma objeto de cumplimiento.

En el Perú, el Código Penal de 1991 fue promulgado durante la vigencia de la Constitución Política de 1979, carta magna que tenía una marcada tendencia etnocentrista y de asimilación cultural; en tanto que la Constitución de 1993, reconoció la diversidad cultural y declaró al Perú como una nación pluricultural. Este reconocimiento pluricultural fue desarrollado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 02765-2014-PA/TC AMAZONAS; por lo que la aplicación del Código Penal vigente debe aplicarse y/o materializarse bajo dicho contexto normativo, para lo cual, además, se debe tomar en cuenta la lengua-idioma de los agentes, como señaló Alexy (2007, p. 86) y Santos (2009, pp 231-232), así como la cosmovisión particular de los grupos sociales, el grado de determinación cultural, la trascendencia de los patrones culturales y la concepción diferente de los bienes jurídicos protegidos.

² Un ejemplo bastante conocido del profesor argentino Eugenio Zaffaroni ilustra esa diferencia: según su parecer, un antropólogo puede saber que para un esquimal constituye una injuria grave, un deliro, que un visitante rechace a su mujer, que él ha ofrecido bañada en orines. El visitante puede conocer abstractamente esa disposición, pero por su diversidad cultural, no puede aceptar a la mujer. (Citado por Raquel Irigoyen. «Control penal y diversidad cultural» en conflicto social y derecho penal. Salamanca, Universidad de Salamanca, 1996, p 96).

En suma, la aplicación del derecho penal, sobre el tema en particular, deberá tomar en cuenta los conocimientos propios de las manifestaciones culturales diferentes, la dogmática penal que la sustenta y los informes periciales especializados, tal cual fue remarcado por la Corte Suprema de Justicia de la República en los Acuerdos Plenarios 1-2009-CIJ/116 y 1-2015-CIJ/116. Cabe precisar que, en dichos acuerdos plenarios, también se limitó el ejercicio de las referidas manifestaciones culturales, pues tendrían que respetar el factor de congruencia (límites al ejercicio de este derecho); es decir, que su aplicación está supedita a que no se vulneren otros derechos constitucionales; sin embargo, en este trabajo sostenemos que esta posición no podría ser aplicada ciegamente, pues podría conllevar la imposición de una cultura sobre otra, que como es de entender está proscrita, por lo que deberá realizarse el ejercicio de ponderación y control constitucional, en cada caso concreto, así como utilizar las herramientas jurídicas y sociales necesarias para la adecuada resolución de controversias tan trascendentes como son los conflictos interculturales; pues como señaló Sambuc (2010), todas las creaciones humanas son iguales.

El error de comprensión culturalmente condicionado, previsto en el artículo 15 del Código Penal, es una figura en mérito a la cual se exime de responsabilidad penal a quien por su cultura o costumbres no pueda comprender la antijuridicidad de su comportamiento o determinarse conforme a ella. Esta es la solución que ofrece el sistema jurídico peruano, para supuestos donde el agente actúa en función a la cultura o costumbres de la comunidad campesina o nativa a la que pertenece. Quiere decir, que no será una conducta exigible ni reprochable desde el punto de vista de la culpabilidad (Zaffaroni, 2005, p. 656-659), si es que la persona obra en ejercicio del derecho constitucional a la diversidad étnica y cultural, y, en clave del ejercicio del derecho a la igualdad, las distintas creaciones humanas tienen el mismo valor. A lo anotado se suma que el derecho penal es de última ratio.

El error por cultura, exige –qué duda cabe– la valoración «del conocimiento y comprensión» de la ilicitud del hecho, la exigibilidad y la reprochabilidad; y, según la tendencia a la que se adscriba el intérprete, se debe determinar el ámbito de competencia del agente, la evitabilidad del conocimiento, y la trascendencia de la traición o desprecio de la norma penal (Peña, 2016, p. 819; Sánchez, 1992, p. 413). Cabe precisar que el conocimiento y la comprensión van de la mano, pues el segundo implica al primero, entonces, sólo puede haber comprensión con un conocimiento previo. Se discute en la doctrina si este presupuesto (comprensión) es causa de inimputabilidad, como lo sostienen Iván Meini (2015) y Hurtado Pozo (2005) o es eximente de responsabilidad, como lo refieren Villavicencio Terreros, Peña Cabrera, Bramont Arias, Villa Stein y Eugenio Zaffaroni (2005).

Al respecto, quienes actúan conforme a sus patrones culturales lo hacen respaldados por el derecho constitucional a la igualdad y la diversidad cultural, pues la capacidad para comprender hechos naturales o sociales es una facultad inherente al ser humano (Zaffaroni, 2005, p. 738), y no está restringido por cuestiones culturales; en ese sentido, no es correcto sostener que el campesino o nativo carezca de la capacidad de comprender si un hecho es ilícito o no, cuando, más bien, lo que acontece es que actúa conforme a sus patrones culturales.

Por lo que, en casos concretos, para aplicar el *ius puniendi* y resolver conforme al error de comprensión culturalmente condicionado, previsto en el artículo 15 del Código Penal, debe identificarse necesariamente cuál es la cosmovisión y la concepción de los bienes jurídicos presuntamente vulnerados, dentro de la comunidad donde habrían acontecido los hechos imputados, además de los otros requisitos desarrollados precedentemente. Por ejemplo, debe identificarse la concepción de la salud en los delitos contra este bien jurídico (propagación de enfermedades), la vida en los delitos de homicidio, la libertad sexual en los delitos de violación sexual, entre otros; sólo así se actuará conforme a un Estado pluricultural y se abandonará una tradición eminentemente legal, prevista, principalmente, para sociedades homogéneas.

II.2. Diversidad cultural

II.2.1. Pluralismo jurídico

El pluralismo jurídico se presenta cuando, dentro de un mismo territorio estatal, coexisten dos o más sistemas jurídicos a la vez (Cesano, 2015, p. 7). En este supuesto, no existe prevalencia de un sistema jurídico sobre otro, tal cual afirmó Yrigoyen (2006), ya que, como señaló Zaffaroni (2005), una posición contraria podría generar un genocidio cultural; tanto más, como sostuvieron Santos (2009) y Snyder (citado por Sally Merry, 2007, p. 102), si los conceptos jurídicos son creados para mantener la situación favorable a determinado grupo: el dominante. Siendo así, no se debería aplicar las instituciones jurídicas del derecho penal formal sin analizar el caso concreto, más aún si estamos ante un conflicto intercultural, donde no existe un mismo concepto de lo bueno, malo o un estado de bienestar, como lo desarrolló el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 07009-2013-PHC/TC Madre de Dios, la misma que guarda consonancia con los pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia en los expedientes T-349 y T-496 del año 1996.

II.2.3. Cosmovisión en los pueblos originarios: la salud y otros derechos

La concepción de muchos bienes jurídicos reconocidos en el mundo occidental, no son iguales en los pueblos originarios. Difieren de tal manera que la resolución de un mismo caso podría resultar incluso contradictoria, pues todo sistema jurídico se sostiene en un conjunto de valores o principios y en un código de ética que tiene determinada finalidad u objetivo socioeconómico. Por ello, la resolución de los conflictos interculturales, desde el punto de vista del derecho penal, no debe ser la misma, como si se tratará de hechos idénticos u homogéneos (Sánchez, 1992: 82, citado por Botero E.S., 2015). Esta particularidad, parece que se olvida o se desconoce, y, por el contrario, se pretende imponer una forma de visión o concepción, pues se considera al derecho escrito superior con referencia a otros sistemas valorativos, que son minoritarios y diferentes. Ya lo señaló Zaffaroni (2005), una persona puede estar muy preparada, tener mucho conocimiento sobre una manifestación cultural diferente, por ejemplo, de una comunidad shipiba o quechua, y, en consecuencia, conocer los pormenores del yaykupakuy o sirvinakuy, pero no lo comprende por no haber logrado interiorizar dichos patrones culturales. Así, Sally Merry (2007) señaló que la persona y su identidad son resultado del proceso de socialización primario (familia) y secundario (comunidad), un proceso que

implica la correspondencia entre la realidad subjetiva y objetiva (Peter Berger y Thomas Luckman, 1986, p.203). Entonces, el conocimiento no garantiza la comprensión de una manifestación cultural que sustenta una determinada cosmovisión.

La concepción del hombre en el mundo occidental se sustenta en la individualidad del sujeto (libertad) y la acumulación del capital (económico y simbólico); en cambio, en los pueblos indígenas se tiene un sistema de valoración diferente, que otorga singular valor a lo comunitario, donde la persona no existe separada de la comunidad y sus actuaciones se sustentan en la supervivencia de ésta, en un tiempo heurístico; la identidad de la persona está unida a aspectos que en el mundo occidental son sólo cosas; así, la identidad es resultado de la interrelación de la persona con su colectividad y el mundo que lo rodea, por ejemplo, la tierra, que conocemos como patrimonio, forma parte de su identidad, pues no es un bien individual para satisfacer intereses individuales, sino que, en su visión holística (Kymlicka, 1995), forman parte de un todo; en este sentido también se pronunció la Corte Constitucional de Colombia en los expedientes T-349 y T-496 del año 1996.

En cuanto a la concepción de «bienes jurídicos» en los pueblos indígenas, la salud, por ejemplo, no es entendida como un bienestar corporal individual, sino más bien se concibe de forma colectiva, resultado de su estrecha relación con el entorno, la comunidad y la espiritualidad. De ahí que el sufrimiento o interés con relación a la salud sea diferente, se estará enfermo si es que se afecta a su medio ambiente o cuando espiritualmente tenga padecimientos. Por ello, la solución de temas de salubridad dista al realizado en «sociedad» y en «comunidad»; en el primero, prima lo individual; en el segundo, el grupo o la colectividad; de ahí se concluyó que el humano está sano cuando puede mantener tanto la armonía con el universo, así como la armonía al interior de su propio cuerpo, sustentado en el principio de reciprocidad que regula el mundo indígena, donde todo lo que se hace a favor o en perjuicio de otros elementos del universo repercuten para bien o para mal en la persona y en el grupo. (Salud O. P., 2003, pp.17-30)

Así, las enfermedades serían resultado de algún mal actuar de los pobladores o de quienes interactúan con ellos. Por otro lado, a la mujer se la concibe como una especie de cordón umbilical entre el mundo y la colectividad, como hacedora de vida, de ahí que aún existan sociedades matriarcales.

En el mundo indígena, antes del Imperio Inca, la relación entre el hombre y la mujer era bilateral, en una situación de igualdad, pues cada uno estaba cerca a determinados dioses, esta situación cambió ligeramente en el Imperio Inca, pues, si bien se mantenía esta paralelidad, la posición del hombre se consideró un tanto superior, por tener «mayor cercanía a los dioses»; sin embargo, esta situación, cambió radicalmente con el proceso de colonización, pues se asentó la desigualdad entre el hombre y la mujer.

Finalmente, la sexualidad a temprana edad en el mundo indígena es aceptada, pues la procreación se considera una necesidad para la comunidad (Belaunde, 2018, citando a Rose France Panet); en otros pueblos, se concibe como parte del desarrollo de la personalidad (Betler, 2006, p. 57), y, en algunos, como parte de un todo, pues no sólo se concentra en el acto sexual, sino, sobre todo, en su integridad colectiva y espiritual (Holguín, 2017, p. 162 y 187). Por su parte, Cáceres Velásquez (1989) citado por la Organización Panamericana de la Salud (2003) precisó que en muchos pueblos indígenas la sexualidad no sólo es reproductiva, sino principalmente placentera, hedónica, recreativa, agradable y gratificante.

En cuanto a la pena, debe remarcarse que los fines de la pena -prevención (Roxin, 1997, p. 788-817) y rehabilitación-, se ponen en tela de juicio, ya que los establecimientos penitenciarios no están equipados para lograr estos fines, y, más bien, parecen ser simples centros de aislamiento cruel de personas consideradas detestables; pese a ello, se sigue considerando la herramienta más idónea para castigar la comisión de delitos. En el mundo indígena, la concepción es diferente, la cárcel –como sanción por la comisión de un delito– prácticamente es inexistente, así lo afirmaron Paladines (2014) y Sally Engle Merry (2007, p. 125), pues se considera como una sanción muy cruel y contraria a la naturaleza humana, además de no lograr rehabilitar a la persona (Hernando León Londoño Berrío y Alicia Eugenia Vargas Restrepo, 2000); por el contrario, no se debía separar al individuo «de la cooperación esencial del cuerpo y el alma, del vínculo entre las acciones propias y las decisiones de libre voluntad del sujeto», motivo por el que se considera que este tipo de pena -privativa de libertad- deteriora la sustancia vital del hombre y muere. Esta concepción, obviamente, no se condice con lo que enseña el derecho oficial, en cuanto a que la cárcel lograría prevenir delitos y rehabilitar al delincuente.

Lo señalado debe servir para analizar y resolver los casos no sólo desde un único punto de vista o pretendiendo obligar a los que no piensan como uno a que adecúen su conducta. Lo cierto es que existen diversas justificaciones de las manifestaciones culturales, que deben ser respetadas, y no considerarlos discriminatoriamente -de plano- inimputables por tener patrones culturales sustentados en una cosmovisión diferente a la nuestra.

III. Culpabilidad en los delitos culturales

Lo desarrollado precedentemente, permite sostener que el análisis de la culpabilidad en los delitos culturalmente motivados tiene que adecuarse al caso concreto y a la realidad cultural patente, no será suficiente verificar la existencia de la disposición legal y presumir su conocimiento y comprensión dentro de una comunidad campesina o nativa; pues podría darse el caso que se conozca y comprenda la ilicitud de un hecho, pero se oponga a sus patrones culturales, por lo que se opta actuar conforme a ella, pero no por este motivo o por tratarse de poblaciones cercanas a la urbe, no se deba aplicar el error por cultura, previsto en el artículo 15 del Código Penal. En la actualidad, por diversos factores, las comunidades campesinas tienen contacto directo o indirecto con la ciudad, como la

Comunidad Shipibo - Konibo de Cantagallo; o como evidenció Santos (2009) en las favelas brasileñas, que cuentan con su propio sistema jurídico informal, pero de obligatorio cumplimiento dentro de ella.

En suma, cuando se analice la culpabilidad en este tipo de conflictos se debe tomar en cuenta los patrones culturales de la comunidad, la concepción del «bien jurídico» afectado, el grado de determinación del agente y la cosmovisión de la población. Esto permitirá abordar de manera diferente esta problemática, pues el sistema indígena está sustentado en valores y principios diferentes al derecho formal, por ende, es incorrecto aplicar la ley penal oficial sin conocer y comprender el sistema valorativo de la comunidad campesina o nativa, así como su legitimidad. Para una adecuada resolución del caso penal, se requiere el concurso de las diferentes ramas del derecho, principalmente la sociología y antropología jurídica. Finalmente, no debe dejarse de lado la lengua, pues sólo si la ley penal está redactada en el idioma de la población, se podrá analizar legitimidad de la disposición, y, recién se pasará a discutir la exigibilidad y reprochabilidad.

III.1. Contratación

Los Acuerdos Plenarios 1-2009-CIJ/116 y 1-2015-CIJ/116, se avocan al error de comprensión culturalmente condicionado; el primero, precisa la viabilidad de aplicarlo a las rondas campesinas, así como establece fundamentos para su interpretación; el segundo, se refiere a la importancia de esta figura jurídica y desarrolla el contenido y presupuesto de la pericia antropológica. No obstante el aporte de dichos acuerdos, se nota, aún, una tendencia etnocentrista y de discriminación hacia las costumbres originarias, pues el Acuerdo Plenario 1-2009-CIJ-116 precisa la existencia de una sociedad dominante y otra dominada, siendo que las comunidades campesinas y nativas se encontrarían en la segunda, por lo que tienen que adecuarse a la cultura mayoritaria; además, serían grupos de personas que requieren instrucción (educación formal) para que puedan comprender los patrones culturales oficiales, de tal suerte que salgan del estado de incapacidad (inimputabilidad) en el que se encontrarían. En este sentido también se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la República en las casaciones 515-2017 Piura y 337-2016 Cajamarca, así como en los recursos de nulidad 3039-2015 Puno, 2449-2017 Loreto y 433-2007 Tumbes, donde erróneamente se sostiene que los pobladores de las comunidades no están en capacidad de comprender la antijuridicidad, por ser pobres y analfabetos, así como por dedicarse a actividades agropecuarias o de ganadería; por lo que requieren tener instrucción formal para salir de dicha situación. Con esta aseveración se da entender que el condicionamiento cultural estaría supeditado a la cantidad de recursos económicos y el nivel de instrucción formal, o sea, se es culturalmente diferente, no por la visión o cosmovisión distinta y tener propios patrones culturales, sino por ser pobre, analfabeto y agricultor. Este proceder desconoce la abundante bibliografía que se avoca a la diversidad cultural, que no contempla dichos factores de pobreza o analfabetismo como elementos de la diversidad cultural; asimismo, desconoce que se ha reconocido el derecho constitucional a la igualdad de todas las personas, y el derecho a la diversidad étnica y cultural.

IV. Conclusiones

- El Perú es un Estado pluricultural que reconoce constitucionalmente el derecho a la diversidad étnica y cultural, escenario en el que toda forma de asimilación y de supremacía cultural se encuentran proscritas, ya que las manifestaciones culturales no se pueden oponer una frente a otra. En un escenario multicultural, los valores que sustentan los sistemas jurídicos son distintos, de ahí que la concepción de la salud y otros derechos difieren del oficial. La concepción de los bienes jurídicos en las comunidades campesinas y nativas giran en torno a la solidaridad y su estrecha relación con la colectividad, así como prima el aspecto espiritual; en tanto que la sociedad mayoritaria legítima y edifica sus valores principalmente a partir de la individualidad del ser humano.
- Los conflictos interculturales con relevancia penal, en la actualidad y según el derecho oficial, son resueltos a través del error de comprensión culturalmente condicionado, lo que debería significar el respeto a la diversidad étnica y cultural; sin embargo, esto será admisible sólo si no se castiga penalmente el hecho de tener una concepción cultural distinta a la mayoría. Para la aplicación del error por cultura se debe identificar el grado o nivel de determinación cultural del agente para eximir o atenuar la pena, debiendo apoyarse en los conocimientos que proporciona la sociología y antropología jurídica.
En la concepción formal, la exención o atenuación de la pena será procedente, siempre y cuando, no afecte otro derecho fundamental. Sin embargo, si bien el error de comprensión culturalmente condicionado es una figura penal que sirve para abordar la diversidad cultural, no lo hace de forma suficiente, pues aún persiste la tendencia etnocentrista y el tratamiento discriminatorio hacia las comunidades campesinas y nativas, a quienes se les considera seres inferiores, incivilizados y que requieren de instrucción para comprender el derecho oficial, cuando lo que ocurre - en la realidad material- no es una falta de capacidad, sino que obran según los patrones culturales que han interiorizado y consideran obligatorio, para el individuo y la colectividad.
- La lengua y el idioma, como parte de la identidad cultural de la persona, juegan un papel trascendental para analizar la culpabilidad, ya que el sistema lingüístico permite el conocimiento y comprensión más aproximado de la realidad, así como consolida la legitimidad de la norma, en tanto evalúa si existe o no infracción normativa, por ende, si estamos frente a una conducta culpable o no. Por ello, al administrar justicia sobre un conflicto intercultural y evaluar los informes periciales antropológicos, debe analizarse este aspecto para afirmar o excluir culpabilidad. En este sentido, debe verificarse que el sentido de la norma penal haya sido interpretado conforme al idioma de la población donde se pretende aplicar; caso contrario, no se podría exigir o reprochar la conducta del investigado.

- La controversia penal de naturaleza intercultural, que amerite la aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado, no debe limitarse a realizar un análisis eminentemente legal (principio de legalidad penal) y de dogmática penal (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), sino también requiere analizar el aspecto sociológico y antropológico, pues se necesita identificar la cosmovisión en la comunidad campesina o nativa donde habrían ocurrido los hechos, verificar la lengua que se practica, la naturaleza de las costumbres y su aplicación, el grado de obligatoriedad (elemento subjetivo) o nivel de determinación, el lugar de los hechos, la concepción del bien o bienes jurídicos presuntamente afectados, los valores y principios practicados en la comunidad e identificar los signos de reconocimiento que den legitimidad a la norma penal. No es un presupuesto para la aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado la pobreza, el analfabetismo o la ocupación de agricultor o ganadero, que, si bien deben analizarse en el caso concreto, no son idóneos para afirmar o negar el error por cultura.
- La Corte Suprema de Justicia de la República ha declarado en sus diversos pronunciamientos que la pobreza y el analfabetismo, sumado a las labores de agricultura, ganadería y otras actividades rurales, son presupuestos necesarios para la aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado; por ello, en la argumentación de las sentencias exponen que estos agentes no están en capacidad de comprender la antijuridicidad de su conducta por los factores indicados. En consecuencia, se utiliza el derecho penal para lograr, mediante coacción, se asimilen a la forma convencional de concebir el mundo, pues se trataría de sociedades que aún no lograron el desarrollo esperado.

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). *Desbacer el género*. Barcelona: Paidós.
- Belaunde, L. E. (2018). *Sexualidades amazónicas. Género, Deseo y Alteridades*. Lima: Lasiniestra. Ensayos.
- Botero, E. S. (2015). *Peritaje Antropológico como prueba judicial*. Lima: PUCP.
- Cesano, J. D. (2015). *Los encuentros de la antropología con el saber jurídico penal*. Buenos Aires: Editorial IBde F Montevideo - Buenos Aires.
- Cultura, M. d. (1 de febrero de 2020). *Ministerio de Cultura*.
<https://bdpi.cultura.gob.pe/index.php/pueblos-indigenas>
- Creus, C. (1992). *Derecho Penal General*. Buenos Aires: Astrea.
- Estermann, J. (28 de abril de 2020). Dialnet.
[file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-EcosofiaAndina-4714294%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-EcosofiaAndina-4714294%20(1).pdf)
- Hernando León Londoño Berrío y Alicia Eugenia Vargas Restrepo. (2000). El indígena ante el Derecho Penal. *Nuevo Foro Penal*, 87-135.
- Holguín, M. R. (2017). *Justicia intercultural y bienestar emocional*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Vergara, N. (29 de julio de 2008). scielo.
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22012008000100015
- INEI. (20 de febrero de 2020). *Instituto Nacional de Estadística e Informática Perú*.
<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.
- Mar, J. M. (1969). *Pluralismo en la sociedad y cultura peruanas*. En W. W. José Matos Mar, *Dominación y cambios en el Perú rural* (págs. 23-59). Lima: Instituto de estudios peruanos.
- Nugent, G. (2016). *Errados y errantes*. Lima: Lasiniestra ensayos.
- Paladines, J. (2014). *El Derecho Penal y la conquista de América*. En S. A. Jurídica, *Ciencias penales desde el sur Segundo Congreso Latinoamericano de Derecho 23 Penal y Criminología* (págs. 501-512). Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Peña, L. (2016). *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Editorial IBdeF Montenideo - Buenos Aires.
- Peter Berger y Thomas Luckman. (1986). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Pozo, J. H. (2005). *Manual de derecho penal*. Lima: Grijley.
- Pozo, J. Y. (28 de abril de 2020). Yanantin: *La filosofía dialógica intercultural del manuscrito de Huarochirí*.
- Rescanieri, O. (20 de abril de 2020). *Historia de la antropología indigenistas: México y Perú, por Manuel M. Marzal*.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/debatesensociologia/article/view/6886>
- Rodríguez, C. d. (2014). *Pluralismo jurídico, derechos humano a la identidad cultural y globalización*. Pamplona: Thomson Reuters.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal parte general*. Madrid: Thomson Civitas.
- Sally Engle Merry, Jhon Griffiths y Brian Z. Tamanaha. (2007). *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Salud, O. P. (2003). *Promoción de la salud sexual y prevención del VIH - sida y de las ITS en los pueblos indígenas de las américas*. Washintong: Organización Panamericada de la Salud.
- Salud, O. P. (2008). *Una visión de salud intercultural para los pueblos indígenas de las américas*. Washintong: Organización panamericana de la salud.
- Sambuc, B. (2010). *La justicia frente a la diversidad cultural: Reflexiones sobre la tentación culturalista en derecho penal y sus consecuencias discriminatorias para la mujer*. Anuario de Derecho Penal 2010, 202.
- Sánchez, J. M. (1992). *La expansión del derecho penal contemporáneo*. Madrid: Civitas.
- Santos, B. d. (2009). *Sociología jurídica*. Madrid: Trotta.
- Segato, R. L. (2004). *Antropología y derechos humanos: Alteralidad y ética en el movimiento de los derechos universales*. Serie antropología, 2-24.
- Yrigoyen, R. (2006). *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*. 537-567.
- Zaffaroni, E. R. (2005). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Criminalización de la protesta social en Perú: Casación N° 1464-2021/Apurímac

*Criminalization of social protest in Peru: Cassation N° 1464-
2021/Apurímac*

Marianelly Carmen Quenta Quispeluz*

RESUMEN

El presente artículo examina cómo el sistema judicial peruano aborda las protestas sociales, centrando su análisis en la sentencia que criminaliza las manifestaciones bajo el delito de entorpecimiento de servicios públicos. La sentencia refleja una tendencia preocupante, donde el derecho a la protesta, reconocido constitucionalmente y protegido por tratados internacionales, se ve limitado por interpretaciones judiciales que priorizan la protección del orden público y la infraestructura estatal. El artículo destaca, a través del análisis de la presente casación, que las protestas pacíficas, como el bloqueo de carreteras, son catalogadas como delictivas bajo el artículo 283 del Código Penal, lo que limita la capacidad de los movimientos sociales para ejercer presión en un contexto democrático.

Palabras Clave: *Criminalización, protesta social, derecho de reunión, derecho de opinión.*

ABSTRACT

This article examines how the Peruvian judicial system addresses social protests, focusing its analysis on the sentence that criminalizes demonstrations under the crime of hindering public services. The ruling reflects a worrying trend, where the right to protest, constitutionally recognized and protected by international treaties, is limited by judicial interpretations that prioritize the protection of public order and state infrastructure. The article highlights, through the analysis of the present cassation, that peaceful protests, such as road blockades, are classified as criminal under article 283 of the Penal Code, which limits the ability of social movements to exert pressure on a democratic context.

Keywords: *Criminalization, social protest, right of assembly, right of opinion.*

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

SUMARIO: I. Introducción, II. Marco teórico, II.1. Estado de Derecho, II.2. Derechos humanos, II.3. Conflicto social, III. Marco metodológico, IV. Resultados, V. Discusión, VI. Conclusiones.

I. Introducción

El derecho de protesta se fundamenta en instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), que destacan la importancia de la libertad de expresión y el derecho a la manifestación pacífica en sociedades democráticas (Naciones Unidas, 1948, 1966). Sin embargo, la aplicación de estos derechos, a menudo, enfrenta tensiones globales, donde las medidas de seguridad y el mantenimiento del orden público justifican la limitación de tales derechos, lo que ha suscitado críticas de organismos internacionales y la sociedad civil (Deen, 2022).

En América Latina la protesta social ha sido crucial para exigir derechos y visibilizar injusticias. En países como Chile, Colombia y Bolivia, se ha debatido sobre la proporcionalidad en el uso de la fuerza y la protección de los derechos humanos durante las protestas (Lanza, 2019). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) enfatiza la necesidad de que cualquier restricción a la protesta cumpla con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad (Chocarro, 2017).

En el Perú, la Constitución Política de 1993 reconoce el derecho a la reunión pacífica y a participar en manifestaciones, siempre que se respete el orden público. Sin embargo, las recientes manifestaciones de enero de 2023 revelan tensiones entre este derecho y las respuestas estatales, que incluyeron el uso de fuerza letal y violaciones a los derechos humanos. Los informes nacionales e internacionales critican la respuesta estatal por su desproporcionalidad, cuestionando si el Perú respetó los estándares internacionales durante estas protestas.

En ese sentido, este estudio tiene como objetivo evaluar cómo las decisiones judiciales, en este caso específico, reflejan la tendencia a considerar las manifestaciones sociales como actos delictivos, afectando así la legitimidad y el alcance del derecho de protesta. Se investigará cómo el marco legal y las interpretaciones judiciales influyen en la criminalización de estas protestas, y se discutirá el impacto de tales prácticas en la libertad de expresión y la participación cívica en el contexto peruano.

II. Marco teórico

II.1. Estado de Derecho

La teoría del Estado de Derecho es un principio fundamental que subyace en la estructura de los sistemas jurídicos y políticos modernos. Este concepto se refiere a un sistema de gobernanza en el que todas las personas e instituciones, tanto públicas como privadas, están sujetas a leyes que son promulgadas de manera pública, aplicadas de forma equitativa y conforme con los derechos humanos internacionales (Raz, 2017). El Estado

de derecho asegura que el poder estatal se ejerza dentro de un marco normativo que proteja los derechos individuales y colectivos, previene abusos de poder y garantiza la igualdad ante la ley.

Entre los pilares esenciales del Estado de Derecho se destacan la legalidad, la certeza jurídica, la separación de poderes y la protección de los derechos fundamentales. La legalidad exige que todas las acciones del gobierno se basen en leyes preexistentes y debidamente promulgadas, permitiendo a los ciudadanos prever las consecuencias jurídicas de sus acciones y asegurando que las autoridades actúen dentro de los límites legales establecidos (Dicey, 2019). La certeza jurídica se relaciona con la claridad y estabilidad de las normas, lo que permite a los individuos planificar sus vidas con un grado razonable de previsibilidad. La separación de poderes es crucial para evitar la concentración del poder en una sola entidad, garantizando que las distintas ramas del gobierno (legislativa, ejecutiva y judicial) actúen como contrapesos entre sí

En cuanto a la protección de los derechos fundamentales, el Estado de Derecho exige que las leyes y acciones gubernamentales respeten y promuevan los derechos humanos. Esto implica que las normas jurídicas deben alinearse con los estándares internacionales de derechos humanos y que los tribunales y otros mecanismos de control deben estar capacitados para proteger eficazmente estos derechos frente a posibles abusos estatales (Tamanaha, 2019). En este sentido, el Estado de Derecho no es solo un conjunto de normas, sino un sistema en el que las leyes actúan como mecanismos para garantizar la justicia y la equidad en la sociedad.

En el contexto latinoamericano y específicamente en Perú, el Estado de Derecho ha sido objeto de análisis y debate, especialmente en relación con la eficacia de sus instituciones y la aplicación práctica de sus principios. La Constitución Política del Perú reconoce y promueve el Estado de Derecho como un fundamento esencial del orden político y jurídico. No obstante, la realidad muestra que la implementación efectiva de este principio enfrenta significativos desafíos, particularmente en situaciones de conflicto social. Las manifestaciones y protestas públicas ponen a prueba la capacidad del Estado para equilibrar la protección del orden público con el respeto a los derechos de los ciudadanos, incluido el derecho de protesta, lo que plantea interrogantes sobre la vigencia y efectividad del Estado de Derecho en el país (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2009).

II.2. Derechos humanos

La teoría de los derechos humanos es crucial para el marco normativo y ético que regula las relaciones entre el Estado y los individuos, así como entre los propios individuos en una sociedad. Esta teoría sostiene que todos los seres humanos poseen derechos inherentes e inalienables por el simple hecho de ser humanos y que estos derechos deben ser reconocidos, respetados y protegidos tanto por los Estados como por la comunidad internacional. La universalidad, interdependencia, indivisibilidad e inalienabilidad son características esenciales de estos derechos, implicando que todos los derechos humanos deben ser considerados con igual importancia y aplicabilidad en todas las circunstancias (Donnelly, 1998).

La teoría de los derechos humanos se desarrolló en respuesta a las atrocidades y violaciones de derechos que se produjeron a lo largo de la historia, especialmente durante la Segunda Guerra Mundial, lo que originó la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. Aunque esta declaración no es jurídicamente vinculante, ha servido como base para el desarrollo de tratados internacionales, constituciones nacionales y otras normativas diseñadas para garantizar el respeto a los derechos fundamentales. Este documento establece derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, que deben ser protegidos, subrayando que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (Naciones Unidas, 1948).

A nivel nacional, la teoría de los derechos humanos exige que las constituciones y leyes internas se enmarquen dentro de los estándares internacionales de derechos humanos. Esto incluye la incorporación de disposiciones que garanticen derechos fundamentales y establezcan mecanismos efectivos para su protección, como tribunales independientes, defensorías del pueblo y organismos de derechos humanos. En Perú, la Constitución Política reconoce y protege una amplia gama de derechos fundamentales inspirados en la teoría de los derechos humanos y establece obligaciones específicas para el Estado como garante de estos derechos (Gutiérrez et al., 2022).

No obstante, la teoría de los derechos humanos no solo se enfoca en el reconocimiento formal de los derechos, sino también en su implementación efectiva en la práctica. Este aspecto es especialmente relevante en contextos de conflictos sociales, como las protestas y manifestaciones, donde los derechos de reunión, expresión y protesta pueden entrar en conflicto con otros intereses estatales, como el mantenimiento del orden público. La teoría de los derechos humanos proporciona un marco normativo para evaluar la legitimidad y proporcionalidad de las acciones estatales en estos contextos, subrayando que cualquier limitación a los derechos fundamentales debe ser justificada, necesaria y proporcionada (Nickel, 1987).

II.3. Conflicto social

La teoría del conflicto social es esencial en el estudio de las ciencias sociales y jurídicas, planteando que la sociedad está en constante conflicto debido a la competencia por recursos limitados. Según esta teoría, la distribución desigual del poder y los recursos entre diversos grupos genera tensiones y confrontaciones, siendo el conflicto una característica inherente a las relaciones sociales y un motor del cambio social y estructural. Karl Marx, Max Weber y Ralf Dahrendorf son teóricos destacados que han desarrollado esta perspectiva (Collins, 1992).

Desde una perspectiva jurídica, la teoría del conflicto social tiene implicaciones significativas para la legislación y la resolución de disputas. Los conflictos sociales suelen manifestarse a través de protestas, huelgas y movimientos sociales que buscan desafiar el *statu quo* y reclamar derechos. La ley puede actuar como un mecanismo de control social para contener el conflicto o como una herramienta de cambio utilizada por los grupos subordinados para alterar las relaciones de poder. En este contexto, los tribunales, leyes y

políticas públicas juegan un papel crucial en la mediación de estos conflictos, determinando la legitimidad de las demandas y su gestión dentro del marco legal (Tilly, 2007).

La teoría del conflicto social es fundamental para comprender las manifestaciones y protestas, como las ocurridas en enero de 2023 en Perú, que reflejan conflictos relacionados con desigualdades económicas y demandas de justicia. Analizar estos conflictos ayuda a entender tanto las causas subyacentes de las protestas como las respuestas del Estado y su impacto en la estructura social y política.

III. Marco metodológico

El enfoque cualitativo es clave para explorar fenómenos complejos desde una perspectiva holística. Este enfoque se centra en la recolección de datos no numéricos, como palabras y textos, permitiendo una comprensión detallada del objeto de estudio y la perspectiva de los sujetos involucrados (Hadi et al., 2023). Es particularmente útil para interpretar contextos específicos y captar la subjetividad de los actores en estudios de fenómenos sociales.

La investigación básica busca generar conocimientos teóricos que enriquezcan un campo disciplinario, sin una aplicación inmediata. Según Hernández et al. (2014), se enfoca en ampliar el entendimiento teórico y refinar teorías y conceptos, contribuyendo al avance de la ciencia.

La selección de la Casación N° 1464-2021/Apurímac como unidad de estudio, permite un análisis exhaustivo al integrar tanto el aspecto teórico como el práctico. Esta selección es clave para garantizar la validez y rigor en el análisis de la jurisprudencia sobre el derecho a la protesta de cara al futuro. El análisis documental es una técnica crucial para revisar y examinar documentos relevantes, facilitando la identificación de patrones y conceptos clave (Bowen, 2009). La ficha bibliográfica es utilizada para organizar datos esenciales de documentos y fuentes, facilitando el control y análisis de las fuentes consultadas (Hernández et al., 2014).

IV. Resultados

La Casación N.º 1464-2021/Apurímac, como materia de análisis, es un ejemplo clave de cómo el sistema judicial peruano aborda la intersección entre el derecho a la protesta y la protección de los servicios públicos. Este pronunciamiento supremo muestra una tendencia preocupante en la que el ejercicio del derecho de reunión y de expresión, en el contexto de protestas sociales, es sistemáticamente enmarcado bajo la figura delictiva de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, contemplada en el artículo 283 del Código Penal. Esto refleja un paradigma de criminalización de la protesta, donde las manifestaciones, aun cuando son pacíficas, pueden ser reprimidas bajo el argumento de que obstruyen el normal desenvolvimiento de actividades esenciales, tales como el transporte o los servicios públicos.

El análisis jurídico de esta casación, permite observar una interpretación rígida de las disposiciones penales que prioriza la protección de bienes jurídicos vinculados al orden económico y funcional del Estado, por encima de los derechos fundamentales de los manifestantes. Ratifica la condena de los acusados por haber bloqueado una carretera en protesta contra la empresa minera Las Bambas, determinando que dicha acción configuró el delito de entorpecimiento del transporte público. Aun cuando las manifestaciones son un instrumento legítimo de participación cívica, el fallo delimita severamente el marco dentro del cual este derecho puede ser ejercido, al indicar que cualquier afectación a terceros —especialmente en relación con la infraestructura pública—, excede los límites constitucionalmente protegidos del derecho de reunión y expresión.

La argumentación del tribunal supremo también se apoya en el principio de lesividad, conforme al cual los derechos a la libertad de expresión y reunión deben ejercerse de manera pacífica, sin menoscabar derechos fundamentales de terceros, tales como la vida, la integridad personal, la propiedad o la seguridad pública. En este sentido, cualquier acción que obstruya el normal funcionamiento de servicios públicos es vista como un perjuicio que no solo justifica la intervención punitiva del Estado, sino que también degrada y deslegitima el propósito de la protesta. Esta postura se refleja claramente en la casación, que concluye que la conducta de los manifestantes se ajustó a la tipificación penal de entorpecimiento, independientemente de que los actos no involucraran violencia directa.

Esta visión judicial tiene implicaciones directas sobre la libertad de expresión y la participación cívica, ya que impone restricciones severas al derecho de protesta en escenarios de conflicto social. El hecho de que la Corte Suprema reconozca que las protestas pacíficas también pueden constituir delito si obstaculizan de manera deliberada los servicios públicos, sin necesidad de que se produzca un daño tangible, evidencia una interpretación amplia de los tipos penales de peligro abstracto. Esta tendencia contribuye a un entorno de criminalización donde las acciones de protesta, en lugar de ser vistas como un ejercicio legítimo de la ciudadanía para influir en las decisiones públicas, se consideran potenciales amenazas al orden y a la funcionalidad del Estado.

En resumen, la Casación N.º 1464-2021/Apurímac confirma una inclinación del Poder Judicial hacia la protección del orden público y los servicios esenciales sobre los derechos de protesta, lo que pone en cuestión la capacidad de los movimientos sociales para ejercer su influencia dentro del marco democrático establecido. Este fallo refleja un patrón de criminalización que socava la legitimidad del derecho a la protesta, lo que en última instancia puede tener efectos adversos sobre la participación ciudadana y el ejercicio de las libertades fundamentales en Perú.

V. Discusión

La Casación N.º 1464-2021/Apurímac, se enfrenta a serias objeciones, especialmente en lo que respecta a la fundamentación del derecho a la protesta y su interrelación con los principios constitucionales. En primer lugar, la afirmación de que la protesta carece de fundamento axiológico y no expresa valores constitucionales resulta un

argumento jurídicamente insostenible. El derecho a la protesta está profundamente enraizado en el principio democrático, establecido en el artículo 45 de la Constitución peruana, el cual proclama que «El poder del Estado emana del pueblo». Este principio no es simplemente un valor adicional dentro del sistema constitucional, sino que constituye uno de los pilares que sostiene todo el andamiaje del Estado Constitucional. Este cimiento democrático es lo que otorga al derecho a la protesta una protección especial dentro del ordenamiento jurídico. Tal es el caso que, en un pronunciamiento previo, magistrados del Tribunal Constitucional como Marianella Ledesma y Carlos Ramos en la STC N.º 00009-2018-PI, han sostenido que este derecho deriva directamente del principio democrático y de la supremacía constitucional, lo que refuerza su legitimidad y necesidad de protección reforzada. Este reconocimiento refleja que, contrariamente a lo que señala la Corte Suprema, la protesta se vincula directamente con los valores más fundamentales de un Estado democrático, por ende, cualquier intento de negarle tal reconocimiento desnaturaliza su importancia.

A este razonamiento se suma la interpretación dada por organismos internacionales, como el Comité de Derechos Humanos (2020), que ha subrayado que el derecho de reunión pacífica constituye un pilar fundamental de la democracia. Según las observaciones de dicho comité, este derecho permite a los individuos expresar colectivamente sus ideas y participar en la vida pública, lo que refuerza la naturaleza participativa y pluralista del sistema democrático. Esta visión internacional contradice la postura de la Corte Suprema peruana, que limita la relevancia constitucional del derecho a la protesta y lo presenta como un fenómeno marginal o desprovisto de protección axiológica.

La Corte Suprema, además, comete un error conceptual significativo al señalar que el derecho a la protesta carece de un reconocimiento expreso en la Constitución peruana o en normas internacionales. Si bien la protesta no se configura como un derecho autónomo en el texto constitucional, la misma puede derivarse y está protegida a través de otros derechos fundamentales, tales como la libertad de reunión, la libertad de opinión, el derecho a la participación y el derecho de petición, reconocidos en los artículos 2.12, 2.4, 2.17 y 2.20 de la Constitución, respectivamente. Por tanto, la existencia del derecho a la protesta se encuentra implícita y protegida dentro de este marco constitucional. Incluso, en pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional peruano, como en la STC N.º 00009-2018-PI, varios magistrados reconocieron la existencia del derecho a la protesta, aunque con discrepancias sobre su configuración como derecho autónomo o como parte del contenido de otros derechos fundamentales. Esta diversidad de opiniones no impide el consenso sobre la existencia misma del derecho a la protesta, lo cual invalida la afirmación de la Corte Suprema cuando señala que no cuenta con una base jurídica clara.

Por otra parte, la Corte Suprema parece no reconocer el carácter disruptivo inherente a la protesta social. El núcleo de la manifestación, su esencia misma, radica en la capacidad de interrumpir el orden cotidiano, generando una incomodidad que visibiliza las demandas de un grupo social. Como lo han expresado varios autores, el propósito de la

protesta no es el caos, sino la transmisión efectiva de un mensaje que muchas veces solo puede obtener respuesta cuando irrumpe en la normalidad social. Así, el bloqueo de vías o calles, lejos de ser una manifestación puramente delictiva, constituye un mecanismo de presión legítimo que busca atraer la atención del Estado hacia problemas no resueltos o ignorados. Esta disrupción ha sido reconocida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como una característica inherente a las protestas, subrayando que las alteraciones que estas puedan causar no las convierten en actos ilegítimos por sí mismos. La protesta, por tanto, cumple una función social esencial, ya que fuerza a las autoridades a prestar atención y, en última instancia, a abrir canales de diálogo que de otra manera permanecerían cerrados.

Esta casación, además, desnaturaliza el derecho a la protesta al sugerir que este debería ejercerse exclusivamente a través de mecanismos como la huelga laboral o incluso la huelga de hambre, lo que confunde dos figuras jurídicas claramente diferenciadas. La huelga es un derecho laboral consagrado en el artículo 28.3 de la Constitución peruana, que se refiere exclusivamente a los trabajadores. Limitar el ejercicio del derecho a la protesta a este contexto laboral restringe su alcance y desconoce su función como herramienta de participación ciudadana más amplia. Asimismo, recomendar la huelga de hambre como método para canalizar la protesta constituye una tergiversación del derecho y sugiere un desconocimiento del carácter colectivo y disruptivo que define a la protesta social en contextos democráticos.

Así mismo, el enfoque de la Suprema Corte al establecer que la libertad de reunión y de expresión no deben afectar derechos ajenos, desconoce el principio de proporcionalidad, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional. No toda restricción de derechos fundamentales es inconstitucional; de hecho, las restricciones pueden ser válidas siempre que cumplan con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En este sentido, la ponderación de derechos se convierte en una herramienta esencial para garantizar que las limitaciones sean justificadas y no impliquen un sacrificio innecesario de derechos. Al sostener que la protesta no debe restringir ningún otro derecho, la Corte ignora los desarrollos jurisprudenciales que permiten la coexistencia y regulación de conflictos entre derechos fundamentales, siempre bajo criterios de proporcionalidad.

Además, la casación establece que el incremento de la vehemencia en los reclamos durante una protesta solo sería legítimo en tanto no afecte los derechos fundamentales de terceros, tales como la vida, la seguridad, el tránsito libre o la propiedad. Este argumento es, sin embargo, controvertido si se toma en cuenta que no todas las afectaciones a terceros, como la interrupción del tránsito, deben ser automáticamente consideradas actos de violencia. Según el enfoque adoptado por la Comisión de Venecia, la violencia en una manifestación se refiere a acciones que implican el uso de la fuerza con la intención de causar daño físico a las personas o un perjuicio grave a la propiedad. La restricción del derecho a la libre circulación, ocasionada por un bloqueo temporal de vías, no necesariamente cae bajo esta definición.

Es importante aclarar que la mera interrupción de una vía no convierte automáticamente una protesta en violenta o ilícita. En ese sentido, la simple molestia o alteración del orden cotidiano generada por la obstrucción del tráfico no equivale a un acto de violencia o vandalismo. Carlos Bernal señala que, aunque este tipo de acciones puede generar inconvenientes para el normal desarrollo de la vida social, no despoja a la manifestación de su carácter pacífico. No se trata, por lo tanto, de justificar un derecho absoluto a bloquear vías, pero sí de reconocer que este tipo de actos, cuando se realizan dentro de ciertos límites, forman parte del legítimo ejercicio del derecho de protesta, especialmente en un contexto democrático en el cual la disrupción moderada es inherente al ejercicio de las libertades civiles.

En concordancia con lo precitado, la afectación del tránsito o de otros derechos, como la actividad comercial o la libre circulación, no implica automáticamente que la protesta sea violenta ni ilegítima. Las restricciones impuestas a derechos de terceros durante el ejercicio del derecho de reunión pacífica son, muchas veces, inevitables en una sociedad plural donde conviven intereses divergentes. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que este tipo de incomodidades o disrupciones no sólo deben ser toleradas, sino que son parte del funcionamiento normal de una democracia que respeta la diversidad de opiniones y permite la manifestación de las mismas en el espacio público (Lanza, 2019). En este sentido, la CIDH resalta que el uso del espacio público para protestar es tan legítimo como su utilización para fines comerciales o de tránsito y que las autoridades tienen el deber de facilitar las condiciones para que las protestas puedan llevarse a cabo, incluso cuando impliquen molestias temporales para otros.

Este pronunciamiento de la Corte Suprema, también parece ignorar los pronunciamientos de la CIDH respecto a la toma de carreteras o vías de transporte como forma de protesta. La CIDH ha insistido en que no todas las medidas de fuerza, como el bloqueo de carreteras, deben ser consideradas ilegales o criminalizadas. En su análisis, la CIDH señala que cada caso debe ser evaluado en función de sus circunstancias particulares, evitando generalizaciones que equiparen toda forma de bloqueo con actos ilícitos. En algunos casos, los bloqueos pueden ser una manifestación legítima del derecho de protesta, mientras que, en otros, pueden requerir intervención estatal si se considera que sus efectos sobre derechos fundamentales son desproporcionados. Sin embargo, la Corte Suprema, al sostener que la toma de carreteras es *per se* inconstitucional, omite este enfoque casuístico y propone una generalización que desconoce los matices que caracterizan las diferentes formas de protesta.

El enfoque de la Corte Suprema en este sentido también entra en contradicción con la jurisprudencia previa del propio Poder Judicial. En el caso «Baguazo», la Sala Penal de Apelaciones de la Corte de Amazonas, reconoció la legitimidad de ciertas medidas de fuerza, incluyendo la restricción del tránsito en la carretera Fernando Belaunde Terry, utilizada por los pueblos indígenas durante las protestas contra las políticas del gobierno (*Expediente N° 00194-2009 [0163-2013]*, 2016). En esa ocasión, la Corte Suprema

convalidó esta sentencia, reconociendo que el bloqueo de vías no constituía un acto ilegítimo, ya que se trataba de una medida necesaria para visibilizar las demandas de las comunidades indígenas, quienes no contaban con otros mecanismos efectivos para defender sus derechos.

Por otro lado, la Corte Suprema parece condenar de manera absoluta el activismo judicial, planteando que los jueces no deben alterar las normas penales ni modificar los márgenes punitivos establecidos por el legislador. Sin embargo, esta afirmación ignora la naturaleza dinámica de la jurisprudencia y la función constitucional de los jueces en la defensa de los derechos fundamentales. El concepto de «activismo judicial» se ha desarrollado para describir la labor de los jueces al interpretar las normas de manera expansiva, con el fin de garantizar los derechos constitucionales y promover cambios sociales cuando el legislador ha sido ineficaz o ha permanecido inactivo en la regulación de ciertos derechos. Negar esta función a los jueces, bajo el pretexto de que deben limitarse a aplicar la ley de manera estricta, es un enfoque que resulta regresivo en materia de derechos humanos.

El Tribunal Constitucional del Perú, por ejemplo, ha reconocido en diversas ocasiones la necesidad de que los jueces intervengan para llenar los vacíos legislativos en cuestiones que afectan derechos fundamentales. En la STC N.º 00022-2009-PI, el Tribunal desarrolló el derecho a la consulta previa para los pueblos indígenas, un derecho que había quedado sin regulación legislativa durante más de quince años. Ante la omisión del Congreso, el Tribunal Constitucional afirmó que los jueces no pueden quedarse de brazos cruzados frente a estas omisiones y que deben aplicar la Constitución directamente cuando se trata de proteger derechos fundamentales. Este tipo de decisiones refuerzan el papel del poder judicial como garante de los derechos fundamentales, incluso frente a la inacción del legislador.

Por tanto, prohibir cualquier forma de activismo judicial, como parece sugerir la Corte Suprema, es desconocer la responsabilidad de los jueces de interpretar la Constitución en aras de garantizar su supremacía y de proteger los derechos de los ciudadanos. La independencia judicial, reconocida en el artículo 139 de la Constitución, no solo es fundamental para la imparcialidad de los jueces, sino que también es esencial para que puedan ejercer su función de interpretar y aplicar la ley de manera acorde con los principios constitucionales y los derechos humanos.

VI. Conclusiones

- En el análisis de la Casación N.º 1464-2021/Apurímac, se ha evidenciado una tendencia judicial a interpretar las manifestaciones sociales dentro del marco de la criminalidad, en particular, al tipificar las protestas como delitos de entorpecimiento de servicios públicos. Esta postura refleja una concepción que privilegia la protección del orden público y la seguridad económica del Estado

sobre el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libertad de reunión. Esta casación, consolida una visión restrictiva del derecho a la protesta, al asociar cualquier afectación a terceros, incluso en forma de interrupción del tránsito, con acciones ilícitas que justificarían la intervención penal. Esta interpretación, al criminalizar modalidades pacíficas de protesta, socava el derecho de manifestación en el contexto peruano y contribuye a una creciente judicialización de las expresiones sociales de descontento.

- El estudio también revela cómo el marco legal peruano, en conjunto con una interpretación rígida y expansiva de los tipos penales de peligro abstracto, habilita la criminalización de la protesta social, sin hacer una diferenciación adecuada entre actos de violencia y manifestaciones pacíficas que, si bien disruptivas, son necesarias en una sociedad democrática. Esta tendencia judicial ignora principios fundamentales como el derecho de reunión pacífica y la libertad de expresión, reconocidos tanto en la Constitución como en tratados internacionales de derechos humanos, los cuales subrayan que las incomodidades temporales causadas por las manifestaciones son parte del ejercicio legítimo de derechos en una sociedad plural.
- La sentencia de casación, además, contraviene los estándares internacionales establecidos por organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que han señalado que las medidas de fuerza, como el bloqueo de carreteras, deben ser evaluadas en función de su contexto particular, sin generalizaciones que criminalicen todas las formas de protesta. La negativa de la Corte Suprema en reconocer la legitimidad de ciertas manifestaciones pacíficas, cuando estas implican la toma de espacios públicos, reduce el espacio democrático para la participación cívica y limita gravemente la posibilidad de que las voces disidentes sean escuchadas.
- En consecuencia, la criminalización de las protestas sociales, tal como se refleja en la interpretación judicial de la Casación N.º 1464-2021/Apurímac, configura un retroceso en la protección de los derechos fundamentales en Perú. Esta tendencia pone en riesgo el carácter esencial de las protestas como mecanismos de control y participación democrática, afectando directamente la libertad de expresión y la posibilidad de que sectores marginados de la sociedad incidan en la agenda pública. A través de este proceso de judicialización, se restringe el acceso a mecanismos efectivos de cambio social, lo que conlleva un impacto negativo en la participación cívica y en la consolidación de un Estado verdaderamente democrático.

Referencias bibliográficas

- Barak, A. (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, 1-611.
<https://doi.org/10.1017/CBO9781139035293>
- Bobbio, N. (2023). *Teoría general del derecho*. Ediciones Olejnik.
- Borja, J. (2020). *Democracia, extractivismo y resistencia: La criminalización de la protesta social en el gobierno de Rafael Correa 2007-2017*.
<https://repositorio.puce.edu.ec/handle/123456789/22416>
- Bourdieu, P. (1984). *Distinction: A Social Critique of the Judgement of Taste*. Harvard University Press.
- Bowen, G. (2009). *Document Analysis as a Qualitative Research Method*. *Qualitative Research Journal*, 9, 27-40.
<https://doi.org/10.3316/QRJ0902027>

- Briones, F., & Maturana, C. (2021). *Represión y Criminalización de la Protesta Social en Chile durante la Revuelta Popular: Importancia de la consagración del Derecho a la Protesta en la Nueva Constitución*.
<http://repositoriobibliotecas.uv.cl/handle/uvscl/3947>
- Cançado, A. (2006). *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile.
- Cevallos, C., & Danny, J. (2023). *El amparo de los derechos en el Estado constitucional de Derecho. Notas desde una teoría argumentativa del Derecho*.
<https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.07>
- Chocarro, S. (2017). *Estándares internacionales de libertad de expresión: Guía básica para operadores de justicia en América Latina*. Center for International Media Assistance.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37048.pdf>
- Collins, R. (1992). *Sociological Insight: An Introduction to Non-obvious Sociology*. Oxford University Press.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
<https://www.cepal.org/es/publicaciones/6162-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-promesas-interrogantes>
- Comité de Derechos Humanos. (2020). *Observación general núm. 37 (2020), relativa al derecho de reunión pacífica (artículo 21)*. Organización de las Naciones Unidas.
<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsrdB0H115979OVGGb%2BWPAXj3%2Bho0P51AAHSqSubYW2%2FRWvqeXcmwcJPCLnmaZpSJEbfB4flbHl%2FZJNeiAUlys1WX8gRUG7qPXbYwn%2B1weWE>
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*.
<https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/196158-constitucion-politica-del-peru>
- Deen, T. (2022). *El derecho a la protesta sufre amenazas sin precedentes en el mundo*.
<https://go.gale.com/ps/i.do?p=IFME&sw=w&issn=15644227&v=2.1&it=r&id=GALE%7CA712975036&sid=googleScholar&linkaccess=abs>
- Dicey, A. (2019). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Macmillan and Company.
https://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf
- Donnelly, J. (1998). *Derechos humanos universales: Teoría y práctica*. Eds. Gernika.
- Flick, U. (2009). *An Introduction to Qualitative Research*. SAGE.
- Gutierrez, M., Cordova, M., & Comeca, Lady. (2022). *Derecho a la protesta y represión estatal un estudio de caso en perspectiva comparada del Bagoazo (Perú) y del Típnis (Bolivia)*. *Revista de Pensamiento Crítico Aymara*, 4(1), Article 1.
- Hadi, M., Martel, C., Huayta, F., Rojas, R., & Arias, J. (2023). *Metodología de la investigación: Guía para el proyecto de tesis*. En Instituto Universitario de Innovación Ciencia y Tecnología Inudi Perú. Instituto Universitario de Innovación Ciencia y Tecnología Inudi Perú.
<https://doi.org/10.35622/inudi.b.073>
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2014). *Metodología de la Investigación (6.a ed.)*. McGRAW-HILL.
<https://www.esup.edu.pe/wpcontent/uploads/2020/12/2.%20Hernandez,%20Fernandez%20y%20BaptistaMetodolog%C3%ADa%20Investigacion%20Cientifica%206ta%20ed.pdf>
- Huaripata, T., & Loloy, L. E. (2019). *La criminalización del derecho a la protesta en un estado democrático en relación al proyecto minero conga en la región Cajamarca en los años 2011- 2015*. Repositorio Institucional - UCV.
<https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/85999>

- Lanza, E. (2019). *Protesta y Derechos Humanos: Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*. CIDH.
<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>
- Lopez, J. (2009). *El concepto de legitimidad en perspectiva histórica*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 18, Article 18.
<https://doi.org/10.7203/CEFD.18.116>
- Manzo, G. (2018). *Sobre el derecho a la protesta*.
<https://repository.ucatolica.edu.co/entities/publication/d0e01f90-d287-494f-94c2-0701c2780976>
- Morales, J. (2022). *Criminalización a la protesta social de los líderes indígenas en la provincia de Pastaza, durante el paro nacional de octubre de 2019 y estrategias de defensa implementadas* [masterThesis, Quito, EC: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador].
<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/8885>
- Naciones Unidas. (1948). La Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. OHCHR.
- Nickel, J. (1987). *Making Sense of Human Rights: Philosophical Reflections on the Universal Declaration of Human Rights*. University of California Press.
- Palao, G. (2019). *La protesta social en democracia: Una configuración constitucional de la protesta social desde el análisis de las tensiones democratizadoras y criminalizadoras en la protesta contra el régimen laboral juvenil*.
- Palomeque, Y. (2019). *Afectación al derecho de libertad de expresión en casos de criminalización de la protesta social en Argentina y su implicancia en el sistema democrático*. [bachelorThesis].
- Pérez, A. (2021). *Correlación jurídica entre la criminalización de la protesta y el Derecho Constitucional Personal*. Lima, 2019.
- Pino, G. (2017). *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*. Derecho & Sociedad, 48, 199-211.
- Piza, N., Amaiquema, F., & Beltrán, G. (2019). *Métodos y técnicas en la investigación cualitativa. Algunas precisiones necesarias*. Conrado, 15(70), 455-459.
- Pomalazo, P., & Rodriguez, T. (2022). *La desproporcionalidad del uso de la fuerza como delito, por parte de la Policía Nacional del Perú en las protestas sociales en Lima 2020*. Repositorio Institucional - UCV.
- Quecedo, R., & Castaño, C. (2002). *Introducción a la metodología de investigación cualitativa*.
- Raz, J. (2017). *The Rule of Law and its Virtue** (pp. 77-94).
- Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Amazonas. Sentencia del 22 de setiembre de 2016. Exp. N.º 00194-2009 [0163-2013]
- Sedran, P. (2011). *El orden público desde las prácticas de control policiales en un periodo de definición normativa e institucional: Faltas y delitos de desorden público en la ciudad de Santa Fe. Años 1864-1878*. Anuario de la Escuela de Historia, 23, Article 23.
- Solozábal, J. (1991). *La Libertad De Expresion Desde La Teoria De Los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional, 32, 73-113.
- Tamanaha, B. (2019). *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge University Press.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- Tilly, C. (2007). *Violencia colectiva*. Hacer.
- Waldmann, P. (1995). *Represión estatal y paraestatal en Latinoamérica*.

La aplicación del control de convencionalidad difuso en la labor del fiscal en materia penal. Posibles escenarios de su aplicación en el Código Procesal Penal peruano del 2004

The application of diffuse conventionality control in the work of the prosecutor in criminal matters. Possible scenarios of its application in the Peruvian Criminal Procedure Code of 2004

Saúl Edgard Flores Ostos*

RESUMEN

El Ministerio Público, por mandato constitucional, es el responsable de conducir desde su inicio la investigación del delito. En cumplimiento de dicha tarea investigativa y persecutora del delito (función operativa), el fiscal resuelve diversas situaciones sometidas a su competencia; emitiendo diversas decisiones, con implicancias en el ámbito de la libertad individual o patrimonial de las personas sometidas a una investigación penal. Tarea que ha sido equiparada a una de carácter *cuasi jurisdiccional*, por nuestro Tribunal Constitucional.¹

Dentro de dicho contexto, el fiscal penal al resolver una determinada situación concreta, puede encontrarse con normas internas que pueden colisionar con determinados derechos fundamentales establecidos por los estándares convencionales; frente a ello, de oficio o a pedido de parte, haciendo un examen de compatibilidad, puede inaplicar la norma inconventional. Sin embargo, se pretende desconocer y hasta negar que dicha función pueda llevar a cabo el fiscal, bajo el argumento de que no desarrolla una labor jurisdiccional. En el presente trabajo, sostenemos que el fiscal penal sí puede realizar esta labor controlante, como autoridad garante de los derechos humanos y guardián de la Convención Americana; así, señalamos cuáles son esos espacios de aplicación.

Palabras clave: *Control de convencionalidad, responsabilidad convencional, control concentrado y control difuso, Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*

ABSTRACT

The Public Ministry, by constitutional mandate, is responsible for conducting the investigation of the crime from the beginning. In compliance with said investigative and crime-prosecuting task (operational function), the prosecutor resolves various situations under his jurisdiction; issuing various decisions, with implications in the area of individual or property freedom of people subject to a criminal investigation. Task that has been equated to one of a quasi-jurisdictional nature, by our Constitutional Court.

Within this context, the criminal prosecutor, when resolving a specific situation, may encounter internal regulations that may collide with certain fundamental rights established by conventional standards; Faced with this, ex officio or at the request of a party, carrying out a compatibility test, the unconventional rule may be disappplied. However, it is intended to ignore and even deny that this function can be carried out by the prosecutor, under the argument that he does not carry out jurisdictional work. In the present work, we maintain that the criminal prosecutor can carry out this controlling task, as an authority that guarantees human rights and guardian of the American Convention; Thus, we point out what those areas of application are.

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Civil. Fiscal Superior del Distrito Fiscal de Ayacucho. Actual Jefe de la Autoridad Desconcentrada de Control (ADC) del Ministerio Público de Ayacucho. Correo electrónico: saulfloresostos@gmail.com.

¹ Sobre el particular, ver el fundamento d.8 del voto dirimente expresado por el magistrado Eto Cruz, en la Sentencia recaída en el Expediente n.º 6079-2008, Lima, Humberto Abanto Verástegui.

Keywords: *Conventionality control, conventional responsibility, concentrated control and diffuse control, Inter-American Human Rights System.*

SUMARIO: **I.** Introducción al tema, **I.1.** Cuestiones preliminares, **I.2.** Breve sinopsis sobre el control de convencionalidad, **1.2.1.** Concepto del control de convencionalidad, **1.2.2.** Fundamento jurídico del control de convencionalidad, **1.2.3.** Efectos del control de convencionalidad, **1.2.4.** Control de convencionalidad concentrado y difuso, **II.** La viabilidad de la aplicación del control de convencional difuso en la labor fiscal, **II.1.** La labor fiscal y su conexidad con la aplicación de normas convencionales, **II.2.** La facultad del fiscal de efectuar control de convencionalidad desde la jurisprudencia de la Corte IDH, **III.** Escenarios de aplicación del control de convencional difuso en el proceso penal peruano, **III.1.** Espacios de aplicación en el Código Procesal Penal del 2004, **III.2.** Cómo efectuar el control de convencionalidad difuso, por el fiscal penal en sede nacional, **IV.** Conclusiones.

I. Introducción al tema

I.1. Cuestiones preliminares

En principio, todos los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos [en adelante, CADH], están obligados a realizar el control de convencionalidad [en adelante, CCV]. Al respecto, Ibáñez señala: «Es importante partir de la premisa de que todos los Estados parte de la Convención Americana están obligados a realizar el control de convencionalidad. En la medida en que el deber de aplicar el control de convencionalidad deriva de las obligaciones estatales contenidas en la Convención Americana» (2017, p. 89).

Dentro de dicho marco, todos los órganos del Estado, incluidos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, están sometidos a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en adelante, Corte IDH], la misma que les obliga a velar para que dicha decisión y los efectos de las disposiciones de la Convención «no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia²».

Ahora bien, cuando el CCV irrumpe en el escenario jurídico en el año 2003³, era una labor exclusivamente reservada a los jueces del Poder Judicial de un Estado, quienes debían confrontar la producción normativa interna con las disposiciones de la CADH y la interpretación que la Corte IDH hubiere realizado. Con el correr de los años, esta postura fue modificándose. Así, la Corte IDH, en diversos fallos (Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México y Gelman *vs.* Uruguay)⁴ fue modificando su postura inicial de no sólo comprender a los jueces interamericanos, en la tarea de ejercer *ex officio* el CCV, sino

²Corte IDH, Caso Gelman *vs.* Uruguay, supervisión de cumplimiento de sentencia, considerando 68.

³Dicha data, guarda correspondencia con la decisión del expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente emitido en el «Caso Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala», quien en el seno de la Corte acuñó por primera vez, la expresión «control de convencionalidad».

⁴En ambas sentencias, de manera puntual, se señala que «los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes».

también involucró e incorporó en dicha tarea a los órganos vinculados a la administración de justicia y a las autoridades públicas; dentro de los cuales, obviamente se adscribe el Ministerio Público. Sobre el particular, la Corte IDH, ha sostenido en el caso Gudiel Álvarez y otros («Diario Militar») vs. Guatemala, que:

[...] Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012)

A pesar de ello, el mayor abordaje en la literatura jurídica, sobre el control de convencionalidad, se ha producido desde la labor del Poder Judicial. Ello, debido quizá, a la preconcebida idea que el fiscal al no desarrollar una función jurisdiccional y, al tener sólo una función requirente o postulatoria -es decir, no decisoria ni sancionatoria⁵- en el proceso penal, no podría efectuar un CCV en el desarrollo de su función. Posición o postura del cual disintimos y que será explicada en el presente trabajo.

Ahora bien, por mandato expreso de nuestra Constitución Política de 1993, el Ministerio Público es un órgano constitucionalmente autónomo (art. 158), vinculado a la administración de justicia, y como tal, específicamente en el ámbito penal, el fiscal en su intervención en el proceso como órgano persecutor de delito, al dictar disposiciones y formular requerimientos (art. 122 del Código Procesal Penal), está íntimamente vinculado con la aplicación del CCV; dentro de un contexto de asunción de responsabilidad internacional de nuestro país (denominado «responsabilidad convencional»), al haber el Estado peruano ratificado la CADH, llamado también Pacto de San José (1969), que incluye el reconocimiento de los órganos que lo comprenden (Comisión y Corte), así como el sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte IDH.⁶

El presente trabajo tiene por finalidad clarificar ese escenario poco trabajado, así como establecer cuáles son esos ámbitos o escenarios en el que se puede ejercer la aplicación de la convencionalidad dentro del marco referencial establecido por la propia Corte IDH (la CADH, otros tratados de Derechos Humanos, así como las interpretaciones que la Corte ha realizado sobre los mismos). El tema propuesto, sin duda,

⁵ Así lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 3960-2005-PHC/TC, Junín, en los seguidos por Justo Antonio Colonio Aliaga (Fundamento N° 8).

⁶ La CADH fue aprobada por el Perú, por el Gobierno Militar mediante Decreto Ley N° 22231, publicado en el diario Oficial El Peruano el 11 de julio de 1978. Al considerarse ello insuficiente, fue ratificado por la Asamblea Constituyente de 1979. El instrumento de ratificación por parte del Perú es de 1978, reiterado en 1981. El instrumento de ratificación fue depositado en la sede del organismo en 1981, por lo que está vigente para el Perú desde noviembre de 1981.

es de plena vigencia y se adscribe dentro de la interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, y tiene como propósito despertar el interés en el titular de la acción penal y demás operadores jurídicos, a efectos que la aplicación de la labor "controlante", se realice con una mayor frecuencia. No está demás precisar que, en el presente trabajo, en consonancia con el título abordado y propuesto, sólo nos ocuparemos del CCV difuso, o denominado también interno; dejando de lado, el CCV concentrado que es ejercitado por la propia Corte IDH.

I.2. Breve sinopsis sobre el control de convencionalidad

I.2.1. Concepto del control de convencionalidad

Cubides et al., señala que «es el mecanismo que se ejerce para verificar si una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajusta a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos» (2016, p. 150). Es la denominación que ha otorgado la propia Corte IDH al control o filtro que realizan las autoridades de los países miembros del Pacto de San José de Costa Rica, respecto de las normas internas frente a las normas convencionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos [en adelante, SIDH],⁷ para asegurar a los ciudadanos la protección de los derechos fundamentales contenidos en la CADH. Presupone una interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales, en materia de derechos humanos, cuyo propósito es verificar la congruencia o no del derecho interno (Constitución, ley, reglamento, etc.) frente a las disposiciones del Derecho Internacional de Derechos Humanos.

Ferrer señala que «se trata de un estándar mínimo creado por el Tribunal Internacional para que sea aplicado el *corpus iuris interamericano* y su jurisprudencia en los Estado nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH» (2011, p. 532). Del mismo modo, no se puede soslayar la opinión autorizada de Sergio García Ramírez, exmagistrado de la Corte IDH, quien, de manera crítica, respecto a la construcción del concepto y alcances del CCV y la edificación armonizada de un SIDH, sostiene que:

La Corte IDH ha formulado definiciones y precisiones acerca del control de convencionalidad, que han significado una evolución importante a este respecto. Sin embargo, aún no existe en todos los países de nuestra región un concepto unánimemente aceptado acerca del control de convencionalidad, el procedimiento o método para ejercerlo y sus consecuencias; tampoco lo hay en torno a los sujetos facultados para aplicarlo y a las hipótesis en las que se debe aplicar (...). Es deseable llegar pronto a coincidencias básica en torno a las cuestiones que suscita el control de convencionalidad, a menudo

⁷ El Sistema Interamericano responde a un modelo dual, en la medida que se encuentra conformado por dos órganos: la Comisión Interamericana con sede en Washington, D. C., Estados Unidos de América, y la Corte Interamericana, con sede en San José, Costa Rica. A través de sus dos órganos, el Sistema Interamericano ha respondido a las situaciones de violación de derechos humanos en la región, recordando a los Estados sus obligaciones internacionales en la materia, declarando la responsabilidad internacional de estos, de ser el caso, y ordenando reparar a las víctimas de dichas violaciones, contribuyendo así a los procesos de democratización y a la consolidación del Estado de Derecho.

fomentadas por el «entusiasmo» y las crecientes expectativas. Las coincidencias básicas permitirán que el control de convencionalidad alcance las mejores aplicaciones de que seamos capaces, adquiera razonable uniformidad en nuestra región y contribuya a la formación del *ius commune*, a la armonización y congruencia, a la definición plausible y admisible del orden jurídico y de sus garantías (Ramírez, 2016, p. 175).

Se debe resaltar que «las autoridades estatales deben ejercer *ex officio* el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno de los Estados» (Ferrer, 2020, p. 616).

Para zanjar esta primera parte, es menester hacer referencia a la evolución de la institución del control de convencionalidad, desde sus orígenes en el año 2006 a nuestros días:

En el tiempo ha ido evolucionando su comprensión, ampliando tanto los sujetos que pueden ejercerlo (no solo los jueces, sino también los actores estatales y no estatales), así como los objetos que pueden ser sometidos a su análisis (constituciones políticas, decisiones judiciales, leyes reglamentos, prácticas administrativas, entre otros). (Cuéllar, 2024, p. 677).

A ello, por cierto, debe añadirse que ese "control de adecuación", llamado también "juicio de compatibilidad" o "revisión de congruencia" de las normas internas, que deben realizar los operadores jurídicos, debe hacerse *versus* el bloque de convencionalidad, constituido no sólo por la propia CADH, sino también por las sentencias o fallos de la Corte IDH, las diversas Opiniones Consultivas emitidas por la Corte, así como los diversos tratados de derechos humanos vigentes, que son normas que se aplican *sans frontières*.

I.2.2. Fundamento jurídico del control de convencionalidad

Se debe precisar que ni en la CADH, tampoco en el Estatuto ni en el Reglamento de la Corte, se refieren de manera expresa a dicho control, sino que es una competencia inherente que deriva de lo dispuesto en los artículos 1.1, 2, 63, 67 y 68.1 de la Convención Americana. La Corte IDH lo ha recogido a partir del caso Almonacid Arellano vs. Chile de 2006 y, a partir de ese entonces, ha tenido su gestación y desarrollo. Es decir, dicha institución o herramienta tiene o responde a un origen *pretoriano*.

Los artículos 1 y 2 de la CADH, expresan literalmente:

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

Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Las precitadas disposiciones constituyen el fundamento del CCV, las que debe llevarse a cabo en sede nacional, a la cual están obligados aquellos Estados que han suscrito la Convención Americana y han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. Al respecto, Miranda señala, en cuanto al deber normativo interno de los Estados, regulado en el artículo 2 de la CADH, que:

En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (*principio de effet utile*) (2015, p. 20).

No obstante, lo reseñado, no puede pasar inadvertido el hecho de que algunos autores nieguen la entidad vinculante del CCV, sustentado en el hecho de no existir fundamento convencional o extra-convencional sólido que permita afirmar, sin lugar a dudas, que las interpretaciones de la Corte IDH suponen un efecto *erga omnes* en todos los países de la región que han aceptado su competencia. Sostienen que «las sentencias de la Corte IDH, gozarían únicamente de un efecto irradiador para los demás» (Tello, 2015, p. 203).

Lo cierto es que hoy en día el control de convencionalidad se ha acentuado como práctica del control del poder de los Estados parte, con el propósito de consolidar y acentuar la plena eficacia de los derechos humanos. A decir de Sagüés:

La Corte IDH ha señalado de manera tajante al respecto que las razones dadas por la Corte Interamericana para sentar el control de convencionalidad son tres y ambas de derecho internacional: (i) las obligaciones internacionales, deben ser cumplidas de buena fe; (ii) no es posible alegar el derecho interno para incumplirlas, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados; (iii) a ello se suma el principio del "efecto útil" de los tratados, que obliga a los Estados a instrumentar el derecho interno para cumplir lo pactado. (2011, p. 275)

I.2.3. Efectos del control de convencionalidad

El acto del examen de control produce determinados efectos. Sobre ello, los autores nacionales García & Palomino, sostienen que:

Sobre los efectos del control de convencionalidad, Sagüés apunta que el objetivo del «control de convencionalidad» es determinar si la norma nacional enjuiciada a través de la CADH es o no «convencional», esto es, acorde con tal Convención («Boyce y otros *vs.* Barbados, considerando 78»). Si lo es, el juez la aplica. Caso contrario, no lo hace, por resultar «inconvencional». Se trata como se ha apuntado, de un análisis de confrontación normativa. Dicha «convencionalidad» importaría una causal de invalidez de la norma así descalificada, por carecer «desde un inicio» de «efectos jurídicos». La «convencionalidad» produce un deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado. Y este no tiene, desde su inicio, vigor jurídico, lo que equivaldría a reputarlo inexistente, *ex tunc*, con efectos retroactivos, para la solución del litigio en donde es injuiciado (2013, p. 227).

De lo reseñado, *prima facie*, se extracta con nitidez que el efecto de contrastación que realizan las autoridades (que pueden ser jueces o fiscales), es la inaplicación de la norma inconvencional al caso concreto, por ser contraria al «parámetro» de convencionalidad. Ese es el efecto inmediato, pero no el último. Creemos que este control es mucho más trascendente y propende hacia la armonización del derecho nacional con las normas supranacionales en materia de derechos humanos. Sobre el particular, coincidimos con Ferrer, quien señala:

El control difuso de convencionalidad no consiste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al "parámetro" de convencionalidad, sino que implica, en primer término "armonizar" la norma nacional con la convencional lo cual significa realizar una "interpretación conforme" de la norma nacional con la CADH, sus protocolos y la jurisprudencia convencional (como estándar mínimo), para deshechar aquellas "interpretaciones" contrarias o incompatibles al parámetro convencional; por lo que, en realidad, se realiza un "control" de la interpretación que no cubra dicho parámetro (2011, p. 535).

No está demás señalar que la norma repudiada no tiene como efecto su derogación automática o su «expección» del sistema jurídico; simplemente, se declara su «invalidez». La tarea de abrogación formal corresponderá al Estado. A éste tipo de control, tanto la doctrina como algunos autores, lo denominan control convencional represivo. De manera sucinta, se puede sostener que la Corte IDH ha operado de manera muy creativa cuando ha señalado la inconvencionalidad de una norma que se juzgen incompatibles o inconvencionales, en virtud del CCV, habiendo dispuesto lo siguiente: i) adecuar al ordenamiento jurídico interno; ii) reformar; iii) abstenerse de aplicar; iv) crear un mecanismo; v) derogar una norma; vi) modificar; vii) adoptar medidas legislativas; viii) establecer; ix) implementar; x) completar la adecuación de su derecho interno; xi) adoptar políticas públicas; y, xii) tipificar un delito.

I.2.4. Control de convencionalidad concentrado y difuso

Como sabemos, el CCV viene a ser el último nivel del control del poder, a saber: el control de legalidad, el control de constitucionalidad, y, finalmente, el control de convencionalidad.

El CCV tiene dos ámbitos o manifestaciones: i) el control "concentrado", que proviene de la facultad conferida por la propia Corte IDH, la misma que ejercita al resolver los casos contenciosos concretos que se someten a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana; ii) el control "difuso", realizado por los operadores de justicia autorizados de los Estados que han suscrito o se han adherido a la CADH, quienes están obligados a efectuar dicho control, al haber aceptado la jurisdicción de la Corte IDH.

Desde otra óptica, el constitucionalista argentino Néstor *Sagüés*, denomina a estos controles, control de convencionalidad «**desde arriba**», cuando el mecanismo de fiscalización es efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y control de convencionalidad «**desde abajo**», cuando es efectuada por los jueces nacionales de los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Cuéllar, en cuanto a la dimensión difusa del control de convencionalidad, señala:

En esta dimensión, las autoridades locales deben comparar las leyes y normativas nacionales con las disposiciones de la CADH, tomando en consideración las interpretaciones realizadas por la Corte IDH. Además, según la última posición de la Corte IDH, también se incluirán otros tratados internacionales ratificados por el Estado en este proceso. (2024, p. 680)

Coincidimos con Nogueira en que el "filtro" de control de convencionalidad interno consiste en que los jueces nacionales actúen como jueces interamericanos y contribuyan a aliviar «la carga» de trabajo a la Corte IDH, en los casos que se sometan a su jurisdicción; la misma que se encuentra en consonancia con la línea jurisprudencial establecida por dicha Corte internacional⁸, que los tribunales nacionales necesariamente deben de seguir. En otras palabras, lo que se busca es que la labor controlante ejercitada en sede nacional, tenga como propósito descongestionar la labor de la Corte Internacional. Agrega el precitado autor, citando al exjuez y presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, lo siguiente:

Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría —ni lo pretende— traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira —mucho menos todavía que el órgano nacional— a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes.

Sería imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes. (2012, pp. 1195-1196)

II. La viabilidad de la aplicación del control convencional difuso en la labor fiscal

II.1. La labor fiscal y su conexidad con la aplicación de normas convencionales

En este punto, cabe formularse las siguientes interrogantes: ¿el fiscal penal puede realizar el control de convencionalidad en el desempeño de su función? ¿O esa tarea está reservada únicamente al juez penal? Recuérdese, como ya habíamos señalado, que inicialmente esta labor sólo era inherente al juez, por desarrollar función jurisdiccional.

⁸Se debe denotar las diversas competencias que tiene la Corte IDH: i) resolver casos contenciosos, ii) supervisar sentencias, iii) dictar medidas provisionales, iv) emitir opiniones consultivas, v) analizar informes presentados por la Comisión Interamericana y, vi) la competencia de los asuntos administrativos. Como podemos advertir, la carga de trabajo que tiene dicho órgano jurisdiccional es bastante elevada, lo que refleja que existan casos desatendidos de muchos años atrás, situación que ha sido motivo de queja por parte de los justiciables recurrentes.

Cuando escudriñamos el ordenamiento procesal penal peruano, a fin de hallar respuesta a la interrogante formulada, pareciera que tal tarea le estaría vedada. En efecto, en el artículo 61⁹ se establece que la actuación del Ministerio Público se rige únicamente por la Constitución y la Ley. Es decir, de la simple lectura de dicho precepto normativo, se denotaría que su labor se circunscribiera a tales ámbitos por lo que no tendría facultad de efectuar el denominado CCV difuso. Pero, no hay que olvidar que se encuentra vigente el artículo 55 de nuestra Constitución Política, que señala puntualmente de que los tratados, celebrados por el Estado y en vigor, forman parte del derecho nacional. Concordante con ello, la Cuarta Disposición Final y Transitoria del citado texto fundamental, preceptúa que las normas constitucionales relativas a derechos humanos se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales inherentes a ellos. Es decir, los tratados sobre derechos humanos (como la CADH) ratificados por el Estado peruano, pertenecen al ordenamiento jurídico interno, es derecho válido, eficaz, y, como tal, el parámetro de actuación del magistrado del Ministerio Público se amplía y no se circunscribe únicamente a la mera aplicación del derecho interno, sino que está habilitado y puede recurrir a normas convencionales y a las interpretaciones efectuadas por la Corte IDH en la solución de una determinada controversia, que guarden relación con el caso sometido a su competencia. Lo reseñado, constituye un primer argumento del porqué el fiscal sí estaría facultado en llevar a cabo un control de convencionalidad difuso.

Ahora bien, creemos que existe otro argumento de fondo y de peso, mucho más trascendente. En efecto, habíamos señalado en líneas precedentes que el fiscal, en el ámbito penal, es el órgano persecutor del delito, por imperio de la ley. Dentro de ese contexto, el fiscal realiza una labor proactiva y dinámica en la investigación de un evento criminal, al resolver situaciones jurídicas del investigado, procesado o del propio agraviado, emitiendo disposiciones y requerimientos en forma motivada¹⁰ (por ejemplo, resuelve declarar que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria; decide formalizar investigación preparatoria; decide el sobreseimiento de la acción penal; formula requerimiento de acusación; solicita la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva o de embargo del procesado; etc.). Es decir, desarrolla una función que no se agota en una mera labor requirente o estática; por el contrario, tiene un desempeño proactivo, al decidir respecto de determinadas situaciones jurídicas en el *iter* de una investigación o proceso, para lo cual a normas de orden constitucional, sustantivo, procesal o directivas; contexto propicio en el que válidamente el fiscal puede efectuar una labor de CCV difuso. Siendo así, el fiscal tiene facultades resolutorias que lo lleva a un escenario similar a la tarea de una función jurisdiccional (en el sentido de resolver un conflicto de intereses), con la diferencia de que ésta se desarrolla de manera autónoma y en el ámbito pre-jurisdiccional, pero en el que finalmente se brinda tutela procesal (entiéndase respuesta) al justiciable, en un escenario de conflicto penal, que lo habilita para efectuar una labor de control, de ser el caso. En dicha línea argumentativa, el magistrado nacional Hurtado, nos dice que:

⁹ "Artículo 61°. Atribuciones y obligaciones. - [1]. El Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecúa sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación".

¹⁰ Artículo 64° del CPP: "El Ministerio Público formulará sus Disposiciones, Requerimientos y Conclusiones en forma motivada y la específica, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del Juez, ni a Disposiciones o Requerimientos anteriores".

Conforme a la nueva normatividad del Código Procesal Penal no es un sujeto más en el proceso, sino que en su desempeño de "requerente de justicia" el mismo la imparte, resolviendo conflictos penales, tiene el "señorío" absoluto en las diligencias preliminares, en las diligencias urgentes, en la investigación preliminar, en la aplicación del Principio de Oportunidad, en los acuerdos reparatorios, en la terminación anticipada, en la conclusión anticipada, y qué duda cabe en conceder o no tutela judicial cuando formula o archiva denuncias allí resuelve conflictos, y cuando acusa o no acusa se erige como el titular del ejercicio de la acción penal, sometiéndose a las leyes procesales, aplica el derecho objetivo y ejecuta la jurisdicción del Estado. (2009, p. 5)

En suma, lo reseñado constituye un escenario trascendente y habilitante para desarrollar una labor de control por parte del fiscal. Cómo no serlo, si el fiscal cuando actúa diligencias previas, practica actos urgentes e inaplazables, o cuando formula un requerimiento acusatorio, lo hace concediendo tutela procesal efectiva, con arreglo a sus competencias asignadas constitucionalmente, para lo cual echa mano a diversos dispositivos a efectos de motivar su decisión.

II.2. La facultad del fiscal de efectuar control de convencionalidad desde la jurisprudencia de la Corte IDH

La facultad de efectuar un CCV difuso del fiscal, ha quedado acentuada o definida por la propia Corte IDH, en su desarrollo jurisprudencial, en el cual ha ido ampliando el espacio de los sujetos obligados a examinar la convencionalidad de actos y normas, atribución conferida inicialmente sólo al Poder Judicial. Carbonell (s.f.) citando a Víctor Bazán, señala de manera didáctica que estos cambios han atravesado por varias etapas:

Las líneas jurisprudenciales respectivas han atravesado por lo menos cuatro etapas. En la primera etapa la Corte refiere que el sujeto que debe llevar a cabo el control de convencionalidad es el "Poder Judicial" (caso *Almonacid Arellano*); en el segundo momento la Corte señala a "Órganos del Poder Judicial" (caso *Trabajadores Cesados del Congreso*); en un tercer desarrollo ya se habla de "Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles" (caso *Cabrera García y Montiel Flores*); y finalmente se establece que el control de convencionalidad recae en "cualquier autoridad pública y no solamente el Poder Judicial" (caso *Gelman contra Uruguay*). (2012, p. 75)

Es decir, la Corte IDH, de forma progresiva, ha ido ampliando el número de sujetos llamados a efectuar el CCV, en el que «no sólo se ha comprometido a los jueces locales, sino también a órganos vinculados a la administración de justicia y autoridades públicas en todos los niveles a ejercer *ex officio* dicho control» (Tello, 2015, p. 201). Entonces, el Ministerio Público encuentra base habilitante o legitimación para efectuar el CCV difuso, en los fallos de la propia Corte IDH, al ser parte integrante de los órganos vinculados a la administración de justicia, tarea que debe llevar a cabo aplicando, en forma congruente y cabal, el principio *pro persona*.

III. Escenarios de aplicación del control convencional difuso en el proceso penal peruano

III.1. Espacios de aplicación en el Código Procesal Penal del 2004

Sería incompleto el presente trabajo si no se complementara con un esbozo de cuáles son los escenarios posibles en los cuales el fiscal puede hacer uso de la facultad de inaplicar una norma inconvencional. Sobre el particular, es relevante referirnos al caso *Radilla Pacheco vs. México* (2009), en que la Corte ha sido sumamente enfática en señalar que el CCV no solamente consiste en el deber de no aplicar las normas contrarias a las disposiciones convencionales, «sino también de interpretar las normas nacionales de conformidad con la Convención y los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte.» (González et al., 2016, p. 37)

A efectos de fijar los posibles escenarios de aplicación del CCV difuso, se debe recurrir al CPP, en el que se hallan definidas las atribuciones del fiscal penal en una investigación o proceso. En tal sentido, sólo de manera enumerativa, señalaremos los posibles escenarios (espacios de decisión) en los cuales el fiscal penal puede aplicar el control de convencionalidad. Veamos:

- a) La regla fundante lo encontramos en el artículo 64 del CPP, que establece que el Ministerio Público formula sus disposiciones y requerimientos en forma motivada. Es el punto de partida, pues el fiscal resuelve una situación jurídica o formular requerimientos al órgano jurisdiccional, en una investigación o proceso.
- b) Cuando el fiscal decide formalizar y continuar con la Investigación Preparatoria (arts. 334 y 336 del CPP), o, en su defecto, no formalizar ni continuarla, define la situación del investigado y su pase a la siguiente fase procesal. Aquí se advierte, de forma palmaria, cómo el fiscal define una situación jurídica.
- c) Cuando se rechaza, mediante disposición, la solicitud de actuación de determinadas diligencias, formuladas por las partes (artículo 337, incisos 4 y 5 del CPP); debiéndose precisarse que es el Juez de Investigación Preparatoria quien finalmente decide tal negativa. Decisión que, por cierto, debe ser motivada.
- d) La disposición fiscal que autoriza la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, en el que se debe tener en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia (artículo 340 del CPP).
- e) La Disposición que aprueba la designación de agentes encubiertos, que, si bien es reservada, debe motivarse (artículo 340, inciso 2 del CPP).
- f) La decisión de sobreseer la causa, por las causales que específicamente establece la ley; decisión que debe ser debidamente motivada (artículo 344 del CPP).
- g) El requerimiento de acusación (artículo 349 del CPP).
- h) El requerimiento de medidas limitativas de derechos, previstos en la Ley 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares y, su modificatoria por la Ley 32108.

- i) Los requerimientos de restricción de derechos fundamentales (artículo 253 y siguientes del CPP), que se impondrán con respeto al principio de proporcionalidad, en la medida y exigencia necesaria, siempre que existan suficientes elementos de convicción (medidas de coerción procesal y real, entre otras).

Es importante denotar que los escenarios antes reseñados son solamente eso, posibles espacios establecidos por la ley, en los que el Ministerio Público puede aplicar o ejercitar el CCV difuso. Ello no significa, de manera alguna, que en todos ellos se debe aplicar dicho mecanismo de filtro o control; ello ocurrirá, como se ha explicado y lo volvemos a resaltar, sí y sólo sí, las normas a aplicarse colisionan con las establecidas por el plexo convencional en materia de derechos humanos.

III.2. Cómo efectuar el control de convencionalidad difuso, por el fiscal penal en sede nacional

Definida la competencia del fiscal penal para realizar el CCV difuso, así como los posibles espacios de su aplicación, corresponde ahora abordar, aunque de manera breve - por la naturaleza del trabajo-, la manera de llevarse a cabo esta labor controlante del ejercicio de control de convencionalidad. Tarea que, por cierto, no es nada fácil.

Al respecto, hemos revisado la jurisprudencia nacional a nivel de las Altas Cortes (Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional)¹¹, y resulta que no existen directrices o líneas de trabajo establecidas sobre cómo llevar a cabo esta labor. Consideramos que la misma no puede quedar librado a la discrecionalidad o liberalidad del magistrado (tanto judicial como fiscal).

En la literatura mexicana, Díaz et al., propone pasos a seguir para ejercer un CCV *ex officio*, precisando que el operador debe efectuar:

- a) Interpretación conforme en sentido amplio, es decir, que la interpretación del orden jurídico interno nacional, se debe interpretar a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando existe varias interpretaciones jurídicamente válidas, el operador de justicia debe preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado sea parte; c) Inaplicación de la ley interna cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello, con la finalidad de asegurar la primacía y aplicación de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales, en los que un Estado sea parte. (2017, p 105)

¹¹ Sobre el particular, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, ha establecido en la Consulta Exp. n.º 1618-2016, Lima Norte, pautas vinculantes que orientan a los jueces, a realizar el control judicial de las leyes, las que constituyen jurisprudencia vinculante. Dicho órgano jurisdiccional, ha señalado en el fundamento 2.5., las siguientes reglas para el ejercicio del control difuso judicial: a) presunción de validez, b) juicio de relevancia, c) identificar la norma del caso y efectuar una labor interpretativa exhaustiva, e d) identificar los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, para hacer un test de proporcionalidad.

Siguiendo a Díaz et al. (2017), pero adecuando a nuestra realidad nacional, se puede construir una propuesta de método, de modo tal que los operadores de justicia (en el que se incluye a los fiscales penales) puedan seguir, con el propósito de ejercitar un CCV difuso, el cual puede resumirse en las siguientes fases o etapas: i) identificar con precisión cuáles son los derechos humanos en juego en cada caso concreto; pues si no se verifica o precisa ello, no se podrá aplicar el CCV difuso; ii) identificar, de manera clara, el problema de contraste normativo existente entre la normativa interna y la convencional, que estima aplicable para decidir el caso que se le somete a resolución; iii) pronunciarse sobre cuál de esos marcos normativos, el interno o internacional, resulta el más favorable para extender la protección de las personas y sus derechos humanos, observando el principio *pro persona*.

A lo antes señalado, habría que añadir que la labor de CCV implica que el operador de justicia (el fiscal penal) debe motivar, de manera clara y objetiva, la decisión adoptada, haciendo un balance del pro y contra de lo que significa la aplicación del principio *pro persona*, en aras de reconocer, defender, respetar y promover el respeto de los derechos humanos de la persona.

Finalmente, un tema no menos importante y en el que coincido con Ordaya, es que «el control en sede interna, debe ser reglamentada su aplicación, con la finalidad de que se intensifique su aplicación y se establezca responsabilidades en caso de su omisión en su cumplimiento» (2022, p. 267). A este nivel, conviene precisar lo señalado por Ibáñez:

El control de convencionalidad exige que la autoridad pública conozca los "criterios de interpretación y aplicación" de la Convención Americana y demás tratados del corpus iuris interamericano, de manera que los casos sometidos a su consideración sean resueltos internamente y no tengan que ser llevados ante el Sistema Interamericano comprometiendo, eventualmente, la responsabilidad estatal. (2017, p. 71)

Lo que se quiere es que exista un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, que ayude a contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar las disfunciones, susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con el objeto de que no se resquebrajen los principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho, como la seguridad jurídica o la igualdad.

IV. Conclusiones

- La facultad del fiscal penal de efectuar CCV difuso, encuentra legitimación en los fallos expedidos por la Corte IDH, que en el decurso del tiempo han ido ampliando, de manera progresiva, el número de los sujetos legitimados para realizar tal labor.
- El CCV difuso no es atributo único ni exclusivo del Poder Judicial. El escenario de aplicación de tal facultad controlante ejercitada por el Ministerio Público, se concretiza y cobra vigencia al «resolver» determinadas situaciones jurídicas

formuladas por las partes, en el *iter* de la investigación o del proceso, al emitir disposiciones y formular requerimientos de manera motivada.

- El CPP brinda diversos escenarios posibles para que el fiscal penal pueda realizar el CCV difuso; empero, dicha actividad en nuestro país no se encuentra reglamentada, lo cual conlleva a que el operador jurídico la inobserve. No existe línea jurisprudencial de nuestras Altas Cortes, que establezcan directrices o líneas de trabajo para que el fiscal penal aplique el CCV difuso.

Referencias bibliográficas

- CARBONELL, M. (s.f.). Introducción al control de convencionalidad. Biblioteca Jurídica Virtual. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gudiel Álvarez y Otros ("Diario Militar") vs. Guatemala (20 de Noviembre de 2012)
- Cubides-Cárdenas, J. et al. (2016). La implementación de parámetros convencionales en la justicia constitucional colombiana. Universidad Católica de Colombia, 147-165
<https://hdl.handle.net/10983/18611>
- Cuéllar Núñez, F. (2024). El control de convencionalidad: un puente entre el derecho internacional y nacional en la protección de los derechos humanos. Revista Boliviana de Derecho N° 37, 670-685.
- Díaz Domínguez, L. E., et al. (2017). El paradigma del control difuso de convencionalidad: Alcances y límites a seis años de su implementación en México. Revista Jurídica Universidad Americana, 91-116.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. Estudios Constitucionales (Vol. 9, N° 02), 531 - 622.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2020). Control de convencionalidad y buenas prácticas: Sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6273/20.pdf>
- García Belaunde, D., y Palomino Manchego, J. F. (2013). El control de convencionalidad en el Perú. Pensamiento Constitucional, 223-241.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8955>
- García Ramírez, S. (2016). Sobre el control de convencionalidad. Pensamiento Constitucional N° 21, 173-186.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/18704/18945>

- Gonzales, P., et al. (2016). La doctrina del control de convencionalidad y su aplicación en algunas experiencias nacionales. Santiago de Chile.
https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5497/librocontroldeconvencionalidad_julio2016_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Hurtado Poma, J. (2009). ¿Actos Jurisdiccionales de los fiscales penales? Una tentativa de enfoque. Vista Fiscal.
https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20090603_01.pdf
- Ibañez Rivas, J. M. (2017). Control de Convencionalidad. México.
[file:///C:/Users/SAUL%20FLORES/Downloads/CESIDH-Control Convencionalidad%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/SAUL%20FLORES/Downloads/CESIDH-Control%20Convencionalidad%20(3).pdf)
- Miranda Bonilla, H. (2015). El control de convencionalidad como instrumento de diálogo jurisprudencial en América Latina. Revista Jurídica IUS Doctrina. N° 12, 54.
- Nogueira Alcalá, H. (2012). Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para jurisdicciones nacionales. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 15., 25-40.
- Ordaya López, C. (2022). El control de convencionalidad: Es posible la aplicación y la interpretación por parte de la autoridad política. Revista IIDH(75), 253-289.
- Sagüés, N. P. (2011). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Opus Magna, Tomo IV.
- Tello Mendoza, A. (2015). La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables. Prudentia Iuris N° 80.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35042.pdf>

El allanamiento: intervención "sorpresiva" en la investigación vs. eficacia de la defensa

The raid: "surprise" intervention in the investigation vs. defense effectiveness

Cristian Anthony León Gómez*

RESUMEN: Con la modificatoria del Art. 2 de la Ley 27379, mediante Ley 32108, publicado el 09 de agosto de 2024, se precisa la intervención del abogado defensor en los allanamientos. Esto se consolida con la modificatoria del Art. 216 del Código Procesal Penal, mediante Ley 32130, publicada el 10 de octubre de 2024; esto es, en dicha diligencia, el imputado deberá contar desde el inicio con la presencia de su abogado, lo que podría desencadenar en la fuga de la información o en ocultamiento o destrucción de las evidencias, en tanto se espere a dicho profesional para su ejecución.

Palabras clave: *allanamiento, factor sorpresa, defensa eficaz, antinomia jurídica.*

ABSTRACT: With the modification of Art. 2 of Law 27379, through Law 32108, published on August 9, 2024, the intervention of the defense lawyer in raids is required. This is consolidated with the amendment of Art. 216 of the Criminal Procedure Code, through Law 32130, published on October 10, 2024; That is, in said procedure, the accused must have the presence of his lawyer from the beginning, which could lead to the leak of information or the concealment or destruction of evidence, as long as said professional is waited for its execution.

Key words: *raid, surprise factor, effective defense, legal antinomy.*

*Abogado por la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, con estudios concluidos de maestría con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socio Fundador del Estudio Jurídico León Gómez & Abogados. Miembro de la Asociación de Escritores de Ayacucho y del Taller de Derecho & Literatura Ayacucho. E-mail: leongomez.abogados@gmail.com

SUMARIO: I. Introducción, **II.** Allanamiento, **II.1.** Oportunidad, **II.2.** Naturaleza, **III.** Eficiencia del acto de investigación, **III.1.** Eficiencia en la búsqueda de información, **IV.** Eficacia de la defensa, **IV.1.** Derecho fundamental de defensa desde la óptica del Tribunal Constitucional, **IV.2.** Pronunciamiento de la Corte IDH sobre el derecho de defensa, **IV.3.** Garantía de la defensa en un acto de sorpresa, **V.** Conclusiones.

I. Introducción

Mediante Ley N° 32108, publicada en el diario oficial El Peruano el 9 de agosto de 2024, se modificó, entre otros, el Art. 2 de la Ley 27379, precisándose que el representante del Ministerio Público «en casos de estricta necesidad y urgencia, puede solicitar al juez penal las siguientes medidas limitativas de derecho: (...) 7. Allanamiento de inmuebles o lugares cerrados fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración».

Así, se precisa en esta nueva fórmula legal que el allanamiento por orden judicial se realiza con presencia de un abogado, indicando además que, de no contar con uno de libre elección se le proporcionará uno de la defensa pública.

Esta norma, se consolida con la Ley 32130 publicada en el diario Oficial el 10 de octubre de 2024, mediante el cual se modifica el Art. 216 del Código Procesal Penal, en cuyo inc. 3 se precisa que «(...) para no generar indefensión en el imputado, el registro se inicia con la participación de un abogado defensor de su elección, o de no llegar este en un tiempo razonable, con la presencia del defensor público que se haya consignado.»

En el último párrafo del referido artículo, se precisa que «el Fiscal en la solicitud de allanamiento consigna la asistencia de un defensor público para el desarrollo de la diligencia. El Juez en su resolución autoritativa dispone la presencia de este.»

Esta norma, sin lugar a dudas, expresa la concretización del derecho de defensa del investigado en un acto de investigación importante, como fuente de obtención de pruebas, a fin de acreditar la imputación inicial que la fiscalía inició al tomar conocimiento de la presunta comisión de diversos delitos (contra la administración pública -corrupción de funcionarios-, delitos aduaneros y tributarios, contra la tranquilidad pública -terrorismo-, contra la libertad y cuando se cometa el ilícito como integrante de una organización criminal).

Sobre el delito de organización criminal, cabe precisar que este hecho punible se persigue con mayor rigurosidad, dado a lo complejo de su estructura, así como a la sofisticación de sus actos para perpetrar un ilícito penal. Tampoco se debe dejar de lado la gravedad del delito, tanto por la pena que se establece para su sanción, como por el impacto o significancia del caos en la sociedad que generan estos agentes delictivos que actúan en grupo organizado. Por esta razón, un allanamiento es diligencia segura en estos delitos.

En suma, la modificatoria a esta medida limitativa de derechos, como es natural, abrió la discusión sobre los intereses del legislador al modificar esta norma, y, sobre todo, respecto a la dificultad que tendría el ente persecutor al recabar información relevante para solidificar una teoría inculpatória.

Así, nuestro propósito no únicamente se limita a expresar la situación problemática, sino también a ofrecer una solución viable, sin que se afecte el carácter sorpresivo de la diligencia, ni se acorten los derechos fundamentales de aquellos, cuya medida fue aprobada judicialmente para el allanamiento de sus viviendas, predios u otros similares.

II. Allanamiento

El allanamiento, como medida limitativa de derechos, tiene su regulación normativa en el Capítulo V del Código Procesal Penal, desde el Art. 214 al 217 del referido cuerpo normativo.

Así, el Art. 214 inciso 1 del Código Adjetivo, señala que se pueden dar en los siguientes casos: i) flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración, y ii) allanamiento por orden judicial.

Dicha medida, colisiona con el derecho de inviolabilidad de domicilio, reconocido en la Constitución Política del Estado en el Art. 2 inc. 9, cuyo texto es el siguiente:

Toda persona tiene derecho:

(...)

A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

Para Bidart (1966), el domicilio constitucional se concibe como aquella «morada destinada a la habitación y al desenvolvimiento de la libertad personal en lo concerniente a la vida privada, ya sea cerrada o abierta parcialmente, móvil o inmóvil, de uso permanente o transitorio» (p. 276)

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. n.º 04085-2008-PHC/TC Cañete, del 10 de noviembre de 2008, en su fundamento 4, dejó precisado algunos elementos que coadyuvan en la configuración del domicilio constitucional, a saber: i) **elemento físico**, considerado como aquel espacio donde la persona vive sin condicionamientos a su comportamiento y donde ejerce con plena libertad su vida íntima; ii) **elemento psicológico**, referente a la intención personal de habitar de manera permanente o transitoria un determinado lugar; y iii) **elemento autoprotector**, sobre la exclusión de personas ajenas del lugar que se estableció como morada.

Precisamente este último elemento es lo que impide a terceros o ajenos, a ingresar a un domicilio, dado que el elemento físico y psicológico podría vulnerarse, como expresión de un domicilio constitucional que, con perdón por la redundancia, está dotada de protección constitucional.

Empero esta regla tiene su excepción, conforme lo establece el Art. 202 del Código Procesal Penal, en la que se indica que cuando resulte indispensable la restricción de un derecho fundamental, para el debido esclarecimiento de los hechos, deberá procederse conforme a ley, siendo que su ejecución debe darse con las debidas garantías para el afectado.

II.1. Oportunidad

Así, como quiera que estamos frente a un acto de investigación, esta se da durante el primer estadio del proceso penal, vale decir, durante la investigación, siendo indiferente si esta se desarrolla durante las diligencias preliminares o una vez esta se haya formalizado.

Otro aspecto a tomar en cuenta es el plazo para la ejecución de esta diligencia, la misma que se debe dar dentro de los catorce (14) días de haberse emitido la autorización judicial, después de la cual caduca la misma, siempre que no se haya establecido un plazo determinado.

Vale decir, si la diligencia no se realizó dentro de los catorce (14) días, o dos semanas, como expresa el Art. 215 inc. 2 del Código Adjetivo, el acta que describe la realización de dicha diligencia torna ilícita, habida cuenta que los derechos que se estarían vulnerando con la actuación de dicho acto de investigación tiene respaldo constitucional en el Art. 2 inc. 9 de la Carta Fundamental, así como en el Art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 11.2 y 11.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Art. 8.1 del Convenio de Roma.

II.2. Naturaleza

Vargas y Campos (2010), señalan que en el campo procesal se concibe al allanamiento como una diligencia de investigación, cuya naturaleza puede ser coercitiva o cautelar. Así, esta diligencia busca obtener elementos de prueba que confirmen que en un determinado lugar existen rastros de un delito, se está cometiendo un ilícito penal o se esconden los responsables de un hecho punible. Si bien lesiona derechos fundamentales, es una diligencia irrepetible, tiene por naturaleza la inmediatez en su actuación, la confidencialidad de su realización y su innegable factor sorpresa, lo que evitará la fuga de información o el riesgo de pérdida de los resultados que se pretenden conseguir. (p. 104/105)

El Art. 216 inc. 1 del Código Procesal Penal, establece que, al inicio de la diligencia de allanamiento, se entrega copia de autorización al imputado. Esto se corresponde con el carácter sorpresivo de este acto de investigación, pues es en este momento donde recién el investigado o titular del recinto o vivienda, toma conocimiento del acto que se realizará.

Esto se entrelaza con lo previsto en el Art. 215 inc. 2 del Código Adjetivo, en la que se precisa que la orden tendrá una duración de dos semanas como máximo, luego de la cual caduca la autorización. Entonces, se verifica que el titular de la acción penal, con el auxilio de la policía, puede desarrollar esta diligencia en el momento que considere, dentro el plazo autoritativo, sin que previamente se haya notificado al afectado.

Esta situación, inicialmente contravenía el Art. 2 de la Ley 27379, modificada por la Ley 32108, pues en esta se exige la presencia del interesado y de su abogado. Entonces, desde el 10 de agosto de 2024, se verificaba una antinomia, por lo que, en su momento, nos efectuamos la siguiente incógnita: ¿cómo hacer para que no se pierda el factor "sorpresa" del allanamiento, sin dejar de lado la garantía de la defensa en un acto de investigación de esta envergadura?

Señalamos que en su momento se dio una antinomia que finalmente fue eliminada con la publicación de la Ley 32130, mediante el cual se modifica el Art. 216 del Código Procesal Penal, y se exige la presencia de un abogado defensor desde el inicio del allanamiento.

III. Eficiencia del acto de investigación

En principio, debemos tener en cuenta que un acto de investigación no es sino aquella diligencia que realiza la policía o el fiscal, durante la investigación (preliminar o formalizada), dirigida a descubrir la comisión de un hecho punible, las circunstancias de cómo se perpetró el ilícito penal, el daño que se ocasionó o se pudo ocasionar, así como identificar a las personas implicadas. (San Martín Castro, 2000, p. 411)

III.1. Eficiencia en la búsqueda de información

La Fiscalía asume la batuta de la investigación, ante el conocimiento de un hecho delictivo de persecución pública. Para tal efecto, tiene el señorío para decidir qué actos de investigación se realizarán a fin de acreditar una tesis inculpatoria o inclinarse por una exculpatoria, en sujeción a su deber de objetividad, conforme estipula el Art. IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

Para la acreditación de la tesis inculpatoria puede realizar una serie de diligencias, las que pueden darse de forma unilateral, en virtud de sus facultades reconocidas en la Carta Fundamental, en el Código Adjetivo, así como en la Ley Orgánica del Ministerio Público; vale decir, estos pueden desarrollar, sin injerencia alguna, actos de investigación tendientes a identificar a los responsables, así como a recabar evidencias o indicios de la comisión de un hecho punible.

Empero, en ocasiones, el fiscal puede pedir al Juez, autorización para el desarrollo de una diligencia. Esto, naturalmente, se da únicamente en casos de restricción de derechos fundamentales y tiene como finalidad obtener información relevante para consolidar una teoría (inculpatoria o exculpatoria). Así, cuando se levantan las comunicaciones, se vulnera el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, reconocida por el Art. 2 inc. 10 de la Constitución Política del Estado; asimismo, cuando se desarrolla un allanamiento, verificamos que se lesiona el derecho contemplado en el inc. 9 del Art. 2 del mismo cuerpo normativo supremo.

En suma, únicamente se pueden vulnerar estos derechos, mediante decisión expresa y motivada del juez, siempre que existan motivos suficientes para la realización de la misma. Para este efecto, siempre es necesario un examen de proporcionalidad, vale decir, no se tramita sin más esta autorización, pues debe justificarse la existencia de motivos razonables para considerar que se oculta el imputado u otra persona evadida, o que se encuentran bienes que tengan relación con el delito o cosas relevantes para esclarecer los hechos, conforme estipula el Art. 214 inc. 1 del Código Procesal Penal.

Estos actos de investigación, previa autorización judicial, si bien restringen ciertos derechos, son válidos en una investigación y gozan de reconocimiento constitucional y legal, conforme lo contempla el Art. 159 de la Carta Magna y los Arts. 60 y 61 del Código Adjetivo. Incluso estas formas de obtener elementos probatorios constituyen eficientes actos en la búsqueda de información relevante, razón por la cual, es un mecanismo adecuado en la lucha contra la delincuencia organizada y la persecución de delitos cometidos por estructuras organizativas complejas. En suma, su existencia es importante, el factor sorpresa no debe desligarse de ella, empero con las garantías para dotarle de validez plena.

IV. Eficacia de la defensa

El derecho de defensa, señala Guaicha (2010), constituye un derecho fundamental, erigido sobre la base del debido proceso, que, si bien tiene validez en todo tipo de procedimiento, resulta preponderante en el proceso penal, se da desde el inicio de la investigación y se rodea de diversas garantías como la de ser informado, de tener acceso a los documentos y, entre otros, de ser asistido por un abogado defensor. (p.1)

Si bien este derecho tiene una doble dimensión, la defensa formal es la que importa para la acreditación de una defensa eficaz. Así, Santisteban (2007) dejó precisado que la defensa técnica no es otra cosa que el acto o las acciones que realiza el profesional del derecho, a fin de proteger los intereses del sindicado dentro de un proceso, promoviendo actividades concernientes a favorecer la situación de su defendido. (p. 81)

En la misma línea, López (2013) precisa que el derecho a la asistencia jurídica letrada, define el acceso a la justicia en sentido amplio, pues la activa intervención de un defensor, hace posible que todos los derechos y garantías reconocidas al investigado sean no solo resguardados, sino también efectivamente ejercitados. (p. 7)

IV.1. Derecho fundamental de defensa desde la óptica del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. n.º 02165-2018-PHC/TC Cajamarca, del 14 de enero de 2021, en su fundamento 3, precisó:

3. La Constitución reconoce el derecho de defensa en su artículo 139, inciso 14, en virtud del cual se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etcétera), no queden en estado de indefensión. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos. (...)

En la misma línea, en la sentencia recaída en el Exp. n.º 02028-2004-HC/TC Arequipa, del 05 de julio de 2004, dejó establecido en su fundamento tercero que el ejercicio del derecho de defensa tiene doble dimensión: a) material, referente al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el momento en que conoce una imputación en su contra; y, b) formal, con el asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor, en tanto dure el proceso. Se precisa que este derecho tiene especial relevancia en el proceso penal.

Además, en la sentencia emitida en el Exp. n.º 051-2007-PHC/TC Callao, del 14 de enero de 2007, en el fundamento quinto se precisa que el derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando se impide ejercer los medios legales suficientes para ejercer la defensa a los titulares de derechos e intereses legítimos, siempre que exista una arbitraria e indebida actuación del órgano que juzga o investiga al individuo.

IV.2. Pronunciamiento de la Corte IDH sobre el derecho de defensa

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 11/90, fundamento 25, haciendo alusión a los literales d) y e) del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisó que «en los casos en los cuales no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno.»

Asimismo, en el *Caso comunidad indígena Yakje Axa Vs. Paraguay*, se deja precisado que, cuando se refieren a las garantías judiciales o procesales reconocidas por el artículo 8 de la Convención, la Corte dejó sentado que se deben observar todas las formalidades que coadyuven en la protección, aseguramiento o validez en el ejercicio de un derecho, vale decir, se debe observar las «condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.» (párr. 108)

Así, queda claro que en todo acto de investigación, así como en todo acto procesal o judicial que se desarrolle al interior de un proceso penal, es menester que se garantice el derecho de defensa, pero no únicamente de manera «decorativa» sino de forma eficaz, vale decir, con una participación sino activa, por lo menos conocedora de las implicancias que cada acto genera en el seno de un proceso, y, sobre todo, evitando que cualquier acto contravenga los derechos o intereses del investigado o afectado con la medida de allanamiento.

IV.3. Garantía de la defensa en un acto de «sorpresa»

Antes de la publicación de la Ley 32130, teníamos por un lado la naturaleza inmediata y sorpresiva del allanamiento; y, por otro, el derecho de defensa, en la medida que en dicha diligencia debe participar un abogado defensor.

A este nivel, estábamos frente a una antinomia jurídica entre el Art. 216 del Código Procesal Penal, en la que no precisa la exigencia de un abogado del afectado para la realización de la diligencia, con el Art. 2 de la Ley 27379, en la que sí se exige la participación del abogado.

Así, el Pleno del Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. n.º 047-2004-AI/TC del 24 de abril de 2006, indicó sobre la antinomia lo siguiente:

Lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo; es decir, la acreditación de situaciones incompatibles entre sí, de forma tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas implica la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas resulta imposible. (fundamento 51)

En este mismo fundamento se precisa que la antinomia se acredita cuando concurren tres presupuestos: a) pertenezcan a un mismo ordenamiento o se encuentran adscritas a órdenes distintos, pero ceñidos a relaciones de coordinación o subordinación; b) gocen de un mismo ámbito de validez temporal, espacial, personal o material; y, c) pertenezcan a una misma categoría normativa, vale decir, tengan homóloga equivalencia jerárquica.

Así, en el fundamento 54 del mismo pronunciamiento, se establecen los principios para resolver las antinomias, siendo estas: a) principio de plazo de validez, b) principio de posterioridad, c) principio de especificidad, d) principio de favorabilidad, e) principio de envío, f) principio de subsidiaridad, g) principio de complementariedad, h) principio de suplementariedad, i) principio de ultractividad expresa, y j) principio de competencia excluyente.

En el caso bajo análisis, el conflicto generado debía resolverse mediante el principio de favorabilidad, en la medida que esta busca que se aplique la norma que más favorezca al reo, criterio que, dicho sea de paso, tiene consonancia con lo previsto en el Art. 103 de la Constitución.

Así, antes de esta última modificatoria, éramos de la posición que se prefiera la participación de un abogado defensor en las diligencias de allanamiento, empero con el cuidado de no afectar el factor sorpresa de estos actos de investigación y, para morigerar o evitar la fuga de información o el ocultamiento de evidencias, así como su desaparición o fuga de sospechosos, en el momento de desollarse la misma, se debe acudir con un defensor público, a fin que cautele los derechos e intereses del afectado, en tanto este comunique de dicha diligencia a un abogado de su libre elección, quien puede constituirse en el desarrollo de la diligencia, o consienta la participación del defensor del Estado.

Ahora bien, con la modificatoria última, gestada por la Ley 32130, se precisa, de forma expresa, que «para no generar indefensión en el imputado, el registro se inicia con participación de un abogado defensor de su elección, o de no llegar en un tiempo razonable, con la presencia del defensor público.»

Esta última fórmula legal resulta siendo peligrosa, ya que no se entiende con exactitud cuál es ese tiempo razonable que se debe esperar hasta que se constituya un abogado de libre elección, pues esta norma explica que primero se llama al abogado y, si esta demora, ya se procede con la participación de un abogado de oficio, lo cual puede incidir negativamente en la búsqueda de información relevante y, para pesar del ente persecutor, posibilitar la fuga de datos o destrucción de las mismas.

Si bien resulta importante la participación de un abogado en dicha diligencia, porque cuando solo se encuentra el afectado, cabe la posibilidad que el allanamiento "se contamine", pues se han denunciado de forma habitual casos de sembrado de pruebas por efectivos de la Policía Nacional del Perú. Para evitar dichas circunstancias, que pueden ocasionar perjuicios irreparables en la condición jurídica del investigado, corresponde eliminarse cualquier afectación a su derecho constitucionalmente protegido, y la solución a esta es que no se espere al abogado de libre elección, pues la misma puede iniciar con la presencia de un defensor de oficio, que bien prevenido, debe acudir al mismo tiempo que el representante del Ministerio Público y la policía.

V. Conclusiones

- La publicación y entrada en vigencia de las Leyes 32108 y 32130, han modificado la forma de efectivizar la diligencia de allanamiento, acto de investigación importante en la búsqueda de información relevante que tenga relación con el delito investigado, poniendo en peligro el factor sorpresa que es connatural a dicha diligencia.
- El derecho de defensa tiene reconocimiento constitucional y convencional, la misma que se debe garantizar en todo proceso penal; empero, en un caso donde también se restringen otros derechos fundamentales (Art. 2 inc. 9 Constitución), si bien se debe cautelar este derecho, corresponde que esta no colisione con la naturaleza de la diligencia de allanamiento, la misma que debe darse de forma inmediata, sin esperar la llegada de un abogado de libre elección.
- Consideramos adecuado la modificatoria del último párrafo del Art. 216 del Código Adjetivo, pues precisa que el Fiscal en la solicitud de allanamiento consigna la asistencia de un defensor público para el desarrollo de la diligencia y el Juez dispone su presencia. Esto, debe tomarse como una primera opción viable, y como referimos, si el investigado considera que debe participar uno de libre elección, puede este constituirse en el desarrollo de la diligencia.
- La modificatoria a estas normas tiene relativa validez para custodiar un ejercicio óptimo en la persecución de delitos, empero la espera, como ya se apuntó, únicamente coadyuvará al riesgo de pérdida de información importante para el esclarecimiento de los hechos investigados, y con ella, se difuminará el objeto del proceso penal, que es la averiguación de la verdad.
- El derecho de defensa tiene reconocimiento constitucional y convencional, la misma que se debe garantizar en todo proceso penal; empero, en un caso donde también se restringen otros derechos fundamentales (Art. 2 inc. 9 Constitución), si bien se debe cautelar este derecho, corresponde que esta no colisione con la naturaleza de la diligencia de allanamiento, la misma que debe darse de forma inmediata, sin esperar la llegada de un abogado de libre elección.
- Consideramos adecuado la modificatoria del último párrafo del Art. 216 del Código Adjetivo, pues precisa que el Fiscal en la solicitud de allanamiento consigna la asistencia de un defensor público para el desarrollo de la diligencia y el Juez dispone su presencia. Esto, debe tomarse como una primera opción viable, y como referimos, si el investigado considera que debe participar uno de libre elección, puede este constituirse en el desarrollo de la diligencia.
- La modificatoria a estas normas tiene relativa validez para custodiar un ejercicio óptimo en la persecución de delitos, empero la espera, como ya se apuntó, únicamente coadyuvará al riesgo de pérdida de información importante para el esclarecimiento de los hechos investigados, y con ella, se difuminará el objeto del proceso penal, que es la averiguación de la verdad.

Referencias bibliográficas

- Bidart Campos, G. (1966). Derecho Constitucional. Ediar, Tomo 11.
- Corte IDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia 2005 (17 de junio)
- Corte IDH. Opinión Consultiva 11/90.
- Guaicha, P. (2010). El derecho a la defensa en el proceso penal ecuatoriano. Cuenca.
- López, M. (2013). El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos. Revista Das Defensorias Publicas Do Mercosul. 7-50.
- Vargas, O. y Campos, M. (2010). La prueba en el proceso penal costarricense y su interpretación en la jurisprudencia nacional. IJSA.
- San Martín, C. (2000). Derecho Procesal Penal. Lecciones. 2º ed. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.
- Santisteban Castillo, C. (2007). Defensa técnica en la etapa preparatoria del proceso penal guatemalteco. [Tesis para optar título de Abogado, Universidad de San Carlos de Guatemala]. Biblos-e Archivo.
http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6546.pdf
- Tribunal Constitucional. Sentencia Exp. n.º 04085-2008-PHC/TC Cañete (10 de noviembre de 2008).
- Tribunal Constitucional. Sentencia Exp. n.º 02165-2018-PHC/TC Cajamarca (14 de enero de 2021).
- Tribunal Constitucional. Sentencia Exp. n.º 02028-2004-HC/TC Arequipa (05 de julio de 2004).
- Tribunal Constitucional. Sentencia Exp. n.º 051-2007-PHC/TC Callao (14 de enero de 2007).

La protección judicial ante vacío normativo en el tratamiento procesal de "infractores" menores de catorce años de edad por los jueces del Juzgado Mixto y Juzgado de Familia

Judicial protection in the face of a regulatory vacuum in the procedural treatment of "offenders" under fourteen years of age by judges of the Mixed Court and Family Court

Guido Bautista Caña*

RESUMEN

La legislación infantil peruana no establece un proceso para niños, niñas y adolescentes menores de catorce años que cometen actos con connotación penal, razón por la cual, los jueces de los diferentes niveles difieren en el criterio de adopción al momento de determinar la vía procesal correspondiente. Así, a partir de una reflexión desde la norma, jurisprudencia y praxis judicial, verificamos una forma de protección judicial necesaria para la población estudiada.

Palabras clave: *Proceso, infracción, niños.*

ABSTRACT

Peruvian children's legislation does not establish a process for boys, girls and adolescents under fourteen years of age who commit acts with criminal connotations, which is why judges at different levels differ in the adoption criteria when determining the corresponding procedural route. Thus, based on a reflection from the norm, jurisprudence and judicial praxis, we verify a form of judicial protection necessary for the population studied.

Keywords: *Process, infraction, children.*

*Egresado de la UNSCH, secretario Judicial del Juzgado Civil de Andahuaylas. Correo electrónico: bautistacanaguido@gmail.com

SUMARIO: **I.** Introducción, **II.** Situación actual, normativo-jurisprudencial, de los niños, niñas y adolescentes que cometen actos con connotación penal, **II.1.** Situación normativa, **II.1.1.** En la Ley 27337 (CNA), **II.1.2.** En el Decreto Legislativo 1348, **II.1.3.** En el Decreto Legislativo 1297, **II.2.** Situación jurisprudencial, **II.2.1.** Plenos jurisdiccionales, **II.2.2.** Jurisprudencia Constitucional, **II.2.3.** Jurisprudencia de la Corte Suprema, **III.** El proceso adoptado por los Juzgados Mixtos y de Familia, respecto a los niños, niñas y adolescentes que cometen actos con connotación penal, **III.1.** Exp. N.º 2670-2016-FP (Primer Juzgado de Familia de Huamanga), **III.2.** Exp. N.º 204-2016-FP (Juzgado Mixto de Ayna San Francisco), **IV.** La protección judicial de los niños, niñas y adolescentes que cometen actos con connotación penal, **IV.1.** Teoría de la protección integral de derechos de los niños, **IV.2.** Elementos sustanciales que los jueces toman para adoptar uno u otro proceso para proteger a la población en estudio, **IV.2.1.** La no punibilidad, **IV.2.2.** La inimputabilidad y no responsabilidad, **IV.2.3.** El interés superior del niño, **V.** Conclusiones.

I. Introducción

El artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes (en adelante CNA) no determina, de manera clara y precisa, el proceso ni procedimiento que se debe seguir para los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años que cometen actos con connotación penal. Ante esta situación, corresponde recurrir a los principios, conforme dispone el artículo 139.8 de la Constitución Política del Perú. Así, algunos jueces optan por el proceso tutelar y, simultáneamente, rechazan el proceso infractorio; otros, adoptan el infractorio y niegan el tutelar. En tanto que un tercer grupo solo utilizan la estructura de estos procesos e incluyen reglas y procedimientos.

Por ejemplo, el modelo de trato procesal vigente en los Juzgados Mixtos de la región es la de emitir un auto de promoción de la acción que activa el trámite en un proceso infractorio, procedimiento que le permite al juzgador dictar medidas de protección. Por otro lado, los Juzgados de Familia inician investigación técnica tutelar o proceso especial de protección, con fines de dictar medidas de protección. Se verifica, entonces, un tratamiento diversificado en la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, lo que significa que el proceso judicial no está diseñado para atender a la población en estudio.

En tal sentido, el objetivo que persigue el presente trabajo consiste en determinar si la adopción de un proceso tutelar por el Juzgado de Familia o infractorio por el Juzgado Mixto, constituye una protección judicial necesaria para los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años que cometen actos con connotación penal. Para tal fin, se desarrollará una reflexión desde la norma, jurisprudencia y praxis judicial; así, el método a utilizar será el sintético, esencialmente lógica y argumentativa. A su vez, las fuentes (normativo, jurisprudencial y doctrinario) a revisar serán publicaciones impresas y virtuales, cuya selección, recolección y consolidación en datos se realizarán a través de la técnica bibliográfica, comentario jurisprudencial y análisis de expediente.

II. Situación actual, normativo-jurisprudencial, de los niños, niñas y adolescentes que cometen actos con connotación penal

La legislación infantil peruana no establece un procedimiento para la población en estudio, tampoco existe disposición legal que niegue el sometimiento de esta población a un procedimiento determinado; en suma, no existe regulación alguna.

II.1. Situación normativa

La ausencia de un proceso para la población en estudio es un problema de amplia difusión que, a nivel del país, en diversos trabajos de investigación como tesis, artículos y libros, se ha insistido en la necesidad de su legislación.

Esta problemática tiene su origen en el puesto privilegiado que ha conquistado históricamente el artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes, Ley N.º 27337 (en adelante CNA). De esta norma no se puede extraer regulación alguna sobre reglas o procedimientos aplicables, ni en concordancia con el artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni de conformidad con el literal a) numeral 3 del artículo 40 de la Convención. Es más, ni el Decreto Legislativo 1297 (Protección de Niñas, Niños y Adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlo, que deroga el proceso tutelar) ni la Ley 1348 (Código de Responsabilidad Penal del Adolescente) los regula.

II.1.1. En la Ley 27337 (CNA)

El artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes, establece que "*Al niño que comete infracción a la ley penal le corresponde medidas de protección*". En sentido literal, al niño debe otorgársele medidas de protección, sin que se exprese la incoación de un proceso infractorio o tutelar.

Asimismo, desde una interpretación sistemática de los artículos 184, 242 y IV del CNA, no verificamos con seguridad la existencia de un procedimiento determinado, pues solo regula la línea de edad de no punibilidad y las medidas de protección a dictar.

El mismo resultado se tiene desde la lectura de las citadas normas con el literal a) último párrafo del artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y del literal a) numeral 3 del artículo 40 de la Convención.

En igual sentido, tampoco se puede colegir algún procedimiento desde la ubicación de la norma (artículo 242 CNA, Cap. VIII, Título II, Libro IV), en cuyo seno se regulan las medidas de protección aplicables para la población en estudio..

¿Es posible, entonces, que se entienda que el procedimiento para el menor de catorce años de edad está prescrito de manera tácita? Si esto fuera así, ¿sería el proceso infractor la que regule sus conductas?

Opino que la *ratio legis* de todas las disposiciones que estructuran el proceso infractorio establecido en el CNA, están en función al adolescente infractor mayor de catorce años, a saber:

Es infractor sólo quien ha violado dispositivos jurídicos previamente definidos como crimen o falta o contravención, según las leyes del país, se le haya atribuido o imputado dicha violación, se le haya realizado un debido proceso y con el respeto estricto de las garantías procesales y de fondo, se haya finalmente declarado responsable. (García, E., 2017, 253).

II.1.2. En el Decreto Legislativo 1348

El numeral 1 del artículo I del Título Preliminar del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, prevé que «El adolescente entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad, es sujeto de derechos y obligaciones, responde por la comisión de una infracción en virtud de una responsabilidad penal especial».

El Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes es una norma especializada para los adolescentes mayores de catorce años, un código autónomo con un sistema de responsabilidad penal juvenil peruano, cuyas características son, entre otros: a) responsabilidad e imputabilidad penal especial a los menores de 14 a 18 años de edad; b) la naturaleza de la medida socioeducativa es sancionadora-educativa; c) la excepcionalidad de la privación de libertad mediante el internamiento; d) la justicia restaurativa y mecanismos alternativos (terminación anticipada, remisión, etc.). Es evidente, entonces, que el sistema penal juvenil deja fuera a los menores de catorce años, a quienes se le considera inimputables, no responsables, no punibles.

II.1.3. En el Decreto Legislativo 1297

El Decreto Legislativo N.º 1297 tampoco regula un trato procesal para la población en estudio, pues prevé en su artículo 2 lo siguiente: «Esta ley se aplica a todas las niñas, niños y adolescentes privados de cuidados parentales o en riesgo de perderlos y a sus respectivas familias».

Igualmente, en los artículos 3 y 4 del Decreto Supremo 001-2018-MIMP, Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1297, no se establece una sola causal que habilite un trato procesal para la población en estudio.

El literal e), precisa literalmente lo que sigue: «e) Otras circunstancias que perjudiquen gravemente el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente y cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia». Esta norma es de carácter no taxativo sino ejemplificativo, ya que se refieren a otras circunstancias que requieren restitución de los derechos amenazados o afectados, y no a un delito o falta que, a nuestra representación, se haya cometido por parte de la población en estudio. Por tanto, somos de la apreciación que el Decreto Legislativo N.º 1297 tampoco agrega como destinatario a la población en estudio.

Ahora, si bien el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, desarrollado en Ica, los días 20 y 21 de setiembre de 2018, en sus conclusiones plenarias señala que el Decreto Legislativo N.º 1297 es aplicable a la población en estudio. Empero, en la Exposición de Motivos del Decreto de Urgencia 001-2020, que modifica el Decreto Legislativo N.º 1297, para la protección de Niñas, Niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, señala que «existe una interpretación extensiva y sin sustento que pretende incluir en la actuación estatal prevista en el Decreto Legislativo 1297, a las niñas, niños y adolescentes que han infringido la Ley Penal».

Por tanto, si, por un lado, los jueces establecen que es aplicable el D.L. N.º 1297 a la población en estudio; y, por otro, los legisladores indican que no se ocupa de la población en estudio, verificamos un serio problema de deficiencia legislativa, que nos lleva a confirmar sobre la existencia de un vacío normativo en el trato procesal para los niños, niñas y adolescentes que cometen actos con connotación penal.

II.2. Situación jurisprudencial

A nivel jurisprudencial también existe confusión, lo que impide establecer un proceso para la población estudiada. En tal sentido, sin ánimo de analizar el cúmulo de jurisprudencias sobre la materia, mediante el presente estudio se confirmará la contradicción de juicios que existen respecto a su trato procesal.

II.2.1. Plenos jurisdiccionales

En el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia – Ica, desarrollado los días 11 y 12 de noviembre del 2011, sobre el proceso de infracción penal para menores de 14 años, se ha planteado la siguiente cuestión:

Contra los menores infractores de catorce años, en el entendido que estos no tienen capacidad para infringir las leyes penales, ¿son impuestas las medidas de protección sólo con los actuados policiales y fiscales, o es que se someten previamente a un proceso investigatorio?
(pág. 1)

Debajo de los 14 años de edad, debe presumirse que los niños son inimputables y no tienen responsabilidad por infringir la ley penal, por tanto, no es correcto someterlos a un proceso por infracción a la ley penal; en consecuencia, las medidas de protección que resulten necesarias se aplicarán a través de un proceso de naturaleza tutelar, siendo de aplicación la Ley de Desprotección Parental prevista en el Decreto Legislativo 1297. (p. 1)

II.2.2. Jurisprudencia Constitucional

Conforme se tiene de la sentencia recaída en el Exp. N.º 00162-2011-PHC/TC del 3 de mayo de 2011, se tiene que el 15 de octubre del 2008, E.V.Y (13) habría realizado agresión sexual a ATP. En respuesta a la petición del Fiscal, el Cuarto Juzgado Especializado de Familia de Chiclayo apertura proceso de infracción contra A.E.V.Y (13) como presunto infractor de la ley penal contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor ATP, proceso que concluyó con una condena, dictándose las medidas de protección correspondientes (cuidado en su propio hogar por el término de 15 meses). A su turno, la representante del menor interpone recurso de apelación, la misma que es declarada infundada, en consecuencia, se confirma la decisión de primera instancia. Frente a ello, se interpone demanda de habeas corpus ante el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de Chiclayo, el cual declara infundada la demanda constitucional.

Se alega (en todos los recursos) que el menor precitado no tiene capacidad para infringir leyes penales, vale decir, es inimputable. Siendo inimputable ha sido sometido a procedimiento distinto. Es más, se argumenta que se podría haber tratado extrajudicialmente, teniendo en cuenta únicamente los actuados policiales y fiscales. La pretensión es que se anule todo el proceso seguido contra A.E.V.Y., por haberse vulnerado las garantías mínimas que debe guardarse en toda actuación judicial. Estos hechos fueron sometidos a conocimiento del Tribunal Constitucional.

En esencia, lo que estaba en discusión era si los jueces cuestionados habían dictado medidas de protección inobservando las garantías judiciales mínimas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional estableció que la imposición de alguna de las medidas de protección previstas en el artículo 242º del Código de los Niños y Adolescentes, requiere que se acredite de forma indubitable la participación del menor favorecido en la infracción penal de violación de la libertad sexual en agravio del otro menor; lo que implicaba el inicio de un proceso infractorio. (Exp. N.º 00162-2011-PHC/TC, 2011)

Ahora, si bien algunos jueces siguieron el criterio anotado, sin embargo, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 04179-2014-PHC-TC del 26 de mayo de 2016, el Tribunal Constitucional cambia de juicio, veamos:

El 07 de junio fiscal solicitó apertura de un proceso contra R.A.M.R. (13), como presunto infractor de la ley penal contra la vida el cuerpo y la salud, en la modalidad de lesiones culposas graves, así como de abandono de persona en peligro, en la modalidad de omisión de socorro. El Juzgado de Familia de Tumbes, por resolución uno de fecha 14 de junio de 2013, declara promovida la investigación contra R.A.M.R. (13 años), en el Exp. N.º 00797-2013-0-2601-JR-FP-01, en la cual se fija la fecha de esclarecimiento para el 27 de agosto de 2013. Al respecto, el 22 de agosto de 2013, el abogado del menor presenta una oposición a las diligencias programadas, la misma que fue declarada improcedente por el Juzgado. Seguidamente, el 30 de setiembre de 2013, la razón de la secretaria menciona que existen diversos escritos pendientes de proveer, debido a que estuvo de vacaciones y posterior a ello, de licencia. Además, se hace referencia a las recargadas labores jurisdiccionales y el turno permanente del juzgado. A continuación, mediante resolución número siete del 28 de octubre de 2013, se ordena proseguir el trámite del proceso y se reprograma la audiencia de esclarecimiento de los hechos. Igualmente, mediante Res. 10 del 19 de diciembre de 2013, se reprogramó el esclarecimiento de los hechos para el 11 de marzo de 2014.

Al 5 de agosto de 2014, aún no se había determinado la situación jurídica del presunto infractor menor de catorce años; razón por la cual, el abogado del menor interpuso habeas corpus, afirmando que se excedió el plazo máximo para el proceso infractorio establecido en el artículo 221 del CNA. Dicha demanda constitucional, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria la declara improcedente. Este problema jurídico es sometido al Tribunal Constitucional. La razón legal principal tiene que ver con el artículo 221 del CNA, que establece el plazo máximo del proceso aplicable a la población en estudio, así como el derecho al plazo razonable previsto en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú, cuerpo normativo supremo que reconoce como derecho fundamental de toda persona a ser oída en un juicio con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable. En ella, sobre la base del interés superior del niño (artículo IX del CNA) y trato humano (artículo X del CNA), el Tribunal Constitucional sostuvo que la naturaleza del proceso para la población de estudio debe ser diferente al proceso infractorio (que es de naturaleza penal); asimismo, enfatiza que el plazo razonable es una garantía constitucional que ningún juez debe inobservar.

II.2.3. Jurisprudencia de la Corte Suprema

En la Casación N.º 3091-2017 Lima, del 04 de junio de 2018, se precisa que el adolescente de iniciales C.S.I.O.B. (12) realizó tocamientos indebidos a una menor de iniciales P.S, B.R. (07). El fiscal solicitó apertura de un proceso para dictar medidas de protección. La jueza, a su turno, declaró no ha lugar promover proceso infractorio para el menor, en razón a su inimputabilidad (no alcanza la madurez para asumir la trascendencia de sus actos). En desacuerdo con aquella decisión, el fiscal apeló, indicando que, si bien los menores de catorce años son inimputables, no obstante, debe acreditarse la infracción a la ley penal en un proceso infractorio. La Sala Superior confirmó la decisión del Juzgado de Primera Instancia, por razones idénticas; asimismo, señaló que el trámite debió enmarcarse en una investigación técnico tutelar, competencia del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Mediante recurso de casación, el fiscal opina que otorgar competencia al MIMP sería desconocer la competencia del Juzgado de Familia, en temas de infracción a la ley penal, conforme establece el artículo 133 del CNA y artículo 53 de la LOPJ.

Este problema, lógicamente, no es nuevo, pues ya se ventiló en las casaciones 431-2013-Lima, 553-2014 Lima, 358-2015 Lima, 1312-2016 Lima. En estos pronunciamientos supremos se consolida la postura de someter al menor a un proceso infractorio, siendo competente el Juez Especializado de Familia en lo Penal, pues no hacerlo y trasladar la competencia al MIMP, importa una vulneración al principio de indelegabilidad de la función jurisdiccional, prevista en el artículo 53 de la LOPJ y artículo 139, numeral 2 de la Constitución.

No obstante, la Suprema Corte, en otros pronunciamientos, establece que el proceso tutelar es el adecuado para la población estudiada (véase Casación 506-2014 Lima, Casación 610-2015 Lima, Casación 4974-2015 Lima). Criterio que difiere a lo establecido en la Casación 3584-2018 Huancavelica, del 14 de setiembre de 2018.

En este caso, se le imputa a M.J.M.P., haber realizado tocamientos indebidos en agravio de J.J.O. Al respecto, el juez inicia un proceso de investigación técnico tutelar, absolviendo de los cargos al menor. Interpuesto el recurso de apelación por el fiscal, la Sala Superior revoca la sentencia y declara responsable al menor, disponiendo como medida de protección cuidado en su propio hogar, conforme lo prevé el literal a) del artículo 243 del CNA. Contra dicha decisión, el progenitor de M.J.M.P interpone recurso extraordinario de casación; señalando, entre otras, que la Sala Superior ha dado una connotación procesal distinta a lo que la ley estipula, al haber declarado responsable a M.J.M.P., en el marco de un proceso tutelar, hecho que fue sometido a la Corte Suprema.

El problema jurídico planteado se ceñía a determinar si era posible declarar responsabilidad penal del menor M.J.M.P., en un proceso tutelar. La Corte Suprema dejó sentado que no apreciaba indefensión alguna al haberse seguido el proceso tutelar, pues el propósito era el dictado de medidas de protección, atendiendo a la edad de las partes involucradas.

III. El proceso adoptado por los Juzgados Mixtos y de Familia, respecto a los niños, niñas y adolescentes que cometen actos con connotación penal

Para fines del presente trabajo, solo consideraremos dos juzgados del Distrito Judicial de Ayacucho, por considerar que sus decisiones corresponden a dos modelos contrapuestos.

Como ya apuntamos en el acápite relativo a la situación jurisprudencial, en la praxis judicial coexisten dos criterios que difieren: a) la infracción a la ley penal cometida por la población en estudio debe ser acreditada en un proceso infractorio, para luego dictar la medida de protección; y, b) no es posible tramitar un proceso infractorio, por ser este de carácter penal, sino en un proceso de investigación técnico tutelar o proceso especial de medidas de protección, pues aquellos son inimputables a la fecha de realizar la conducta, por ende, excluidos del proceso penal no son responsables penalmente.

III.1. Exp. N.º 2670-2016-FP (Primer Juzgado de Familia de Huamanga)

La Tercera Fiscalía Provincial Civil y de Familia de Huamanga, mediante denuncia penal 31-2016-MP-3FPCFH-MP, solicita la apertura del proceso infractorio contra los menores de edad S.K.R.L. (06) y E.F.M. (07), por encontrarse comprendidos en la presunta infracción contra la libertad sexual, en la modalidad de actos contra el pudor en menores de 14 años, en agravio de la niña Y.P.M.B. (07). Habiéndose subsanado algunas omisiones, mediante Res. 4, de fecha 30 de setiembre de 2016, se resuelve, aplicando el principio del interés superior del niño, declarar no ha lugar abrir proceso infractorio contra los menores citados, al considerar que los niños de 5, 6 y 7 años, no cuenta con una diferenciación adecuada y consciente de sus actos, por ende, estando a la edad mínima exigida por el ordenamiento jurídico (artículo 242 y 184 del CNA), no se les puede someter a un proceso infractorio, pues no son responsables por la comisión de los ilícitos tipificados en las leyes penales.

Al respecto, la Tercera Fiscalía Provincial Civil y Familia de Huamanga, interpone recurso impugnatorio de apelación contra la resolución cuestionada, solicitando que se revoque la misma, fundamentando su recurso, esencialmente, en que el proceso investigador es el mismo para todo menor infractor, con la única diferencia que se impone en la sentencia las medidas de protección contenidas en el artículo 242 del CNA. Absolviendo el grado, la Sala Civil de Huamanga, mediante Res. 14, de fecha 19 de junio de 2016, confirma la resolución recurrida en el extremo que resuelve declarar no ha lugar abrir proceso infractorio, y revoca, en el extremo que dispone su archivamiento definitivo, y reformándola, ordena que la jueza ejerza sus facultades tuitivas, a fin de llevar adelante la investigación técnico tutelar, en virtud del interés superior del niño.

Esta causa fue seguida bajo las normas del proceso de investigación técnico tutelar, hasta emitirse el auto final donde se dicta la medida de protección a favor del menor precitado de cuidado en su propio hogar.

III.2. Exp. N.º 204-2016- FP (Juzgado Mixto de Ayna San Francisco)

El 13 de julio de 2016, la Fiscalía Provincial Civil y Familia de Huanta, solicita abrir proceso contra el menor L.A.B.S. (07), por la comisión de actos infractorios a la ley penal contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de lesiones graves dolosas (incisos 1 y 2 del artículo 121 del Código Penal), en agravio del menor O.S.P. (04). A su turno, el Juzgado Mixto de Huanta se inhibe y declina competencia al Juzgado Mixto de Ayna San Francisco, mediante Res. 1 de fecha 27 de julio de 2016. Así, este último juzgado, mediante Res. 3 de fecha 17 de noviembre de 2016, resuelve promover acción judicial contra L.A.B.S. (07) por actos infractorios a la ley penal, disponiéndose como condición jurídica procesal la entrega a su padres, y fijando fecha para la audiencia única de esclarecimiento de los hechos, asimismo, se ordena practicar las siguientes diligencias: a) declaración referencial del presunto infractor, en presencia de alguno de sus progenitores y/o responsables y abogado de libre elección; b) declaración preventiva de Domitila Simbrom Trujillano; c) declaración referencial del agraviado; d) evaluación social al menor infractor; e) antecedentes de medidas socioeducativas del menor infractor, así como antecedentes policiales, penales y judiciales.

Los fundamentos en que se basa para iniciar una investigación judicial, en el auto de promoción de acción, fueron los siguientes: i) el presunto autor ha sido plenamente individualizado, así como los hechos atribuidos por el Ministerio Público constituyen actos con contenido penal, previsto y sancionado en los incisos 1 y 2 del artículo 121 del Código Penal; ii) de conformidad al artículo 208, 184 y 242 del Código de los Niños y Adolescentes, se hace necesario la intervención del juzgado, a fin de establecer la real situación del menor.

Dicha resolución no fue apelada, siguiéndose la secuela del proceso, hasta emitirse la sentencia respectiva donde se dicta la medida de protección de cuidado en su propio hogar.

IV. La protección judicial de los niños, niñas y adolescentes que cometen actos con connotación penal

IV.1. Teoría de la protección integral de derechos de los niños

La teoría de la protección integral distingue entre abandonados y delincuentes como piedra angular de este magma jurídico, así como el cambio de concepción del menor como objeto de protección a sujeto de derecho (García, 2004, p. 61) con ejercicio progresivo de sus derechos, pues «los niños adquieren progresivamente competencias, comprensión y mayores niveles de autonomía para asumir responsabilidades y ejercer sus derechos» (Observación General 20, 2016, p.6).

El principio del interés superior del niño constituye un principio rector y transversal, según la concepción de la protección integral. Cillero Bruñol indica que esto es así, ya que este principio i) está reconocido en una legislación; ii) se respeta de manera imperativa por tener carácter de norma fundamental; iii) es garantía de vigencia de los demás derechos del niño; iv) reconoce al niño como sujeto de derecho y titular de derechos, con autonomía progresiva en el ejercicio de esos derechos; v) reconoce que la tutela de sus derechos es de interés difuso, exigible por el titular, por la familia, la sociedad o el Estado, por ser derecho y deber; vi) la decisión de las autoridades está limitado por los derechos interdependientes del niño; y, vii) la única interpretación posible es identificar este interés, la que se desprenda del conjunto de los derechos de los niños, y la que promueva y proteja mejor los derechos de los niños (2019, p. 89).

En la praxis judicial (véase expedientes 02670-2016-0-0501-JR-FP-01, 0204-2016-0-0501-JR-FP-01 y otros), notamos que los jueces realizan distinción entre el proceso tutelar y el proceso infractorio, empero, al no existir opción alguna que la legislación provea, adoptan la estructura de uno u otro. Al respecto, conviene señalar que el juez debe fundar su decisión en una ley preexistente, no hacerlo podría constituir una aberración jurídica, dada la consideración de la plenitud y coherencia del orden jurídico. Podrían sostener, por ejemplo, que el caso no regulado por la ley no es laguna, sino un hecho jurídicamente irrelevante (teoría del vacío), o el caso no regulado en la norma especial cae en el ámbito de la norma general (teoría de la norma jurídica exclusiva). (Bobbio, 2015, p. 115)

Por su parte, Agudelo, que cita a Hart, precisa que el derecho es indeterminado o incompleto, por ende, los jueces crean derecho a partir de un vacío legislativo; lo que contraría la postura de Dworkin, para quien los jueces no crean derecho, porque el derecho no posee ningún vacío, inclusive si faltara aquello los jueces lo colmarían con los principios. (2018, p. 156)

En efecto, para Hart el derecho es indeterminado (no posee un núcleo duro de significado en todos los casos) o incompleto (porque no es posible que el legislador tipifique todos los casos que puedan representarse hacia el futuro) (Agudelo, 2018, p. 161). Puede apelarse a la creación judicial de un proceso para la población en estudio (motivado y justificado).

Asimismo, siguiendo a Dworkin, consideramos que el principio de interés superior del niño, que garantiza la plena satisfacción de sus derechos, permite «llenar algunos vacíos o lagunas legales» (Cillero, 2019, pág. 102).

IV.2. Elementos sustanciales que los jueces toman para adoptar uno u otro proceso para proteger a la población en estudio

Conforme a la jurisprudencia y praxis judicial anotada, podemos señalar que los jueces adoptan como razones para adoptar uno u otro proceso: la no punibilidad, inimputabilidad, no responsabilidad e interés superior del niño.

IV.2.1. La no punibilidad

El numeral 2 del artículo 20 del Código Penal considera inimputables a los niños, niñas y adolescentes (NNA), vale decir, a menores de 18 años de edad.

Por su parte, el artículo IV del Título Preliminar y el artículo 184 del Código de los Niños y Adolescentes, prevé que los adolescentes mayores de catorce años pueden cometer infracciones a la ley penal, por ende, son pasibles de medidas socioeducativas; existiendo una diferenciación en la forma de intervención estatal punitiva contra los menores de catorce años de edad. Entonces, la línea de punibilidad del Estado está determinada en los 14 años de edad, debajo del cual no puede intervenir punitivamente. Norma que todos los jueces, en virtud del principio *iura novit curia*, deben tener en cuenta como punto de partida.

En la misma medida, *ab initio*, se presume que a los NNA que cometen actos con connotación penal, se les garantiza no recibir respuestas provenientes del aparato punitivo estatal, a través de jueces penales que utilicen herramientas claramente coercitivas, conforme se establece en la Convención sobre los Derechos de los Niños (artículo 40, numeral 3, literal a). Así, el Estado solo puede desplegar sus facultades de intervención, en lo concerniente a la comprobación del delito y la implicación del menor en él, respetando principios constitucionales (De Rosa, 2018, p. 284), empero, no pueden formalmente acusar ni considerarlos responsables en un procedimiento. (Observación General N.º 10, 2007, p. 31).

Entonces, demostrada la existencia del delito y vinculación del menor (NNA) no punible, por cualquier proceso adoptado, e identificado ciertas carencias a nivel de lo social, biológico y psicológico, para los jueces opera la garantía sustancial de no punibilidad, y la remisión al sistema de protección, con el dictado de medidas de protección.

Este tratamiento, dentro del sistema de protección, no implica un mensaje de impunidad, sino una intervención que busca hacer reflexionar al niño sobre las consecuencias de su conducta y el significado que su accionar tiene para la comunidad en la que vive. (De Rosa, 2018, p. 285)

IV.2.2. La inimputabilidad y no responsabilidad

Los adolescentes mayores de catorce años de edad, pueden ser imputables si cometieren algún delito o falta (Seda, 2019, p. 153), salvo concurra eximentes de responsabilidad (artículo 20 del Código Penal); sin embargo, un niño y adolescente menor de catorce años, tanto en la praxis judicial como en la teoría, exhibe la propiedad particular de no tener capacidad determinada por ley para la imputabilidad (Convención sobre los Derechos de los Niños, artículo 40, numeral 3, literal a).

No se precisa que no tenga capacidad para entender y querer, dado que la verificación de la imputabilidad es personal, pues esta inimputabilidad viene determinada por ley (Opinión Consultiva OC-17, 2002, p. 76).

La población en estudio no puede ser equiparable al alienado mental sin plenitud de facultades para entender y querer, sino son: i) inimputables, ya que, por ley, no existe la posibilidad de referir una acción al niño como su causante; y, ii) no responsable, en la medida que se presume al niño que no tiene posibilidad de prever los efectos de su propiocomportamiento y corregir su comportamiento mismo con base en tal previsión (Abbagnano, 2004, p. 992).

Esto no impide al juez dictar una medida de protección, de acuerdo a su condición específica y al resguardo de sus derechos; entonces, el juzgador debe establecer la variable capacidad de comprensión de esa ilicitud por parte de los niños, desde la relación integral de lo biológico (la edad), psicológico (capacidad de discernimiento) y sociológico (factores familiares, sociales, geográficos, costumbres, entre otros).

IV.2.3. El interés superior del niño

Para los operadores del derecho, cuando el juzgador, mediante un proceso idóneo y eficaz, dicta medidas de protección adecuadas para la población estudiada, esta decisión no se satisface por la existencia de lagunas normativas o vacíos en la legislación infantil. Sin embargo, negar la posibilidad de dictar medidas de protección sin un procedimiento previo, infringiría el interés superior del niño (artículo 4 de la Constitución, artículo IX del CNA y artículo 2 de la Ley 30466). El deber de observar tal principio, significa garantizar el disfrute pleno y efectivo de ese derecho positivizado (Plácido, 2016, p. 68).

Ese disfrute pleno y efectivo implica, para los jueces, adoptar medidas especiales y prioritarias para la promoción, bienestar y desarrollo integral del NNA. Medidas especiales, ya que un niño, niña o adolescente, no pueden ser tratados como objetos de protección procesal, sino como sujetos procesales, con la única particularidad que están en desarrollo físico, psicológico y social. Prioritaria, por cuanto el interés superior del niño obliga a los jueces a adoptar (desde su óptica) medidas urgentes y necesarias.

En tal sentido, los jueces, en sus decisiones, dada la especial y prioritaria urgencia por razones de laguna normativa o vacío legislativo, pueden y deben optar por un proceso, ya sea en palabras de Hart o Dworkin, pues es una obligación dar efectividad a todos y cada uno de sus derechos, tanto procesales como sustanciales, tanto más, si el literal b) del artículo 7 de Reglamento de la Ley 30466, Decreto Supremo 002-2018-MIMP, expresa que, en razón del interés superior del niño, necesariamente se debe «seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.»

Decantarse por un determinado proceso, donde se ventilen los actos de connotación penal cometidos por la población en estudio, es complejo según el concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño. Sin embargo, la solución se encuentra estrechamente vinculado a un caso (conflicto de intereses) y a un protagonista en particular (el niño). (Plácido, 2016, p. 99)

V. Conclusiones

- Lo expuesto en el presente trabajo, permite deducir que la ley no ha regulado una vía procesal para la población en estudio. Los jueces, por tanto, al no existir proceso determinado por ley, apreciando la inimputabilidad, no punibilidad y no responsabilidad, adoptan, en razón al interés superior del niño, un proceso con reglas y procedimientos diferentes que según su entender es lo más adecuado y beneficioso.
- Estos procesos, de manera indistinta, no hacen sino otorgar protección judicial necesaria para la población estudiada, pues un grupo adoptan la estructura del proceso infractorio; y, otro, el esquema del proceso tutelar.

Referencias bibliográficas

- Abbagnano, N. (2004). *Diccionario de Filosofía (Cuarta ed.)*. Fondo de la Cultura Económica
- Agudelo Agudelo, C. A. (2018). *El amor por el derecho*. Ibáñez.
- Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Trotta.
- Cillero Bruñol, M. (2019). *Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos de los niños*. En M. B. Ramiro Ávila Santa María (Eds.), *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral* (pp. 85-107). UNICEF.
- Comité de los Derechos del Niño. Observación General 20 (2016), CR /C/GC/20 (6 de diciembre de 2016)
<https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/general-comments>
- Comité de los Derechos del Niño. Observación General N.º 10. (2007), CRC/C/GC/10, (25 de abril de 2007)
<https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/general-comments>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17 (28 de agosto de 2002)
https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Transitoria. Casación 3091-2017 / Lima (04 de junio de 2018)
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil. Casación 3584-2018 / Huancavelica (14 de setiembre de 2018)
- De la Cruz Chirinos, C. (2020). *Los derechos de la infancia y adolescencia en los procesos de familia*. Instituto Pacífico.
- De Rosa, P. A. (2018). *Medidas de seguridad y garantía sustancial de no punibilidad de los niños en conflicto con la ley penal*. En A. Quintero, *Aportes para una justicia especializada para jóvenes en conflicto con la ley penal* (pp. 277-287). Jusbaire.
- García Méndez, E. (2004). *Infancia. De los derechos a la justicia*. Editores del Puerto.
- Plácido Vilcachagua, A. F. (2016). *El principio del interés superior del niño*. Material Auto instructivo. Academia de la Magistratura.
- Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia-Ica (11 y 12 de noviembre de 2011).
- Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia-Ica (20 y 21 de setiembre de 2018).
- Seda, E. (2019). *El nuevo paradigma de la niña y el niño en América latina*. R. A. Ledesma (Ed.) *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*. UNICEF.
- Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00162-2011-PHC/TC (Sentencia del 03 de mayo de 2011)
- Tribunal Constitucional. Expediente N.º 04179-2014-PHC-TC (Sentencia del 26 de mayo de 2016)

El derecho a la defensa en los procesos de tutela previsto en la Ley 30364: ¿necesaria o vulneratoria de principios procesales?

Madeleyne Hurtado Vargas*

RESUMEN

La autora analiza la intervención del derecho de defensa en los procesos de tutela y el plazo que debe otorgarse a los denunciados para una efectiva tutela jurisdiccional.

Palabras clave: *Derecho de defensa, proceso de tutela, necesidad, plazo razonable.*

ABSTRACT

The author analyzes the intervention of the right of defense in guardianship processes and the period that must be granted to those accused for effective jurisdictional protection.

Keyword: *Right of defense, guardianship process, necessity, reasonable period.*

*Magíster, con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga. Estudios concluidos de Maestría con mención en Ciencias Penales y Doctorado en la Universidad San Martín de Porres. Fiscal Adjunta Superior encargada de la Fiscalía Superior de Familia de Ayacucho. Celular: 966876076, correo electrónico: mahurtadodj@mpfn.gob.pe

SUMARIO: I. Introducción, **II.** Plazos para el dictado de las medidas de protección y/o cautelares señalados por la Ley 30364. Su evolución normativa hasta la actualidad, **III.** Conclusiones.

I. Introducción

Sin duda, el derecho de defensa es una garantía fundamental en todo tipo de proceso, sin embargo, su postergación o intervención en los procesos de tutela regulado en la Ley 30364, Ley de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, nos invita a reflexionar sobre su utilidad y justificación, así como los riesgos que puede conllevar al momento de dictar una medida de protección por parte del Juzgado de Familia (o quien corresponda), sin la presencia y/o notificación del denunciado.

Si bien la ley ha establecido un plazo perentorio para conocer y resolver las denuncias sobre violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar y dictar medidas de protección, esta regulación podría ser valiosa para garantizar la vida e integridad personal de las víctimas, empero, para algunos críticos y gran sector de los denunciados ("varones" o "mujeres"), la no convocatoria del denunciado/a para tomar conocimiento de la denuncia y participar en la audiencia, constituye una grave vulneración a su derecho de defensa, lo que, además, interfiere con algunas reglas normativas como el ofrecimiento de pruebas y/o exponer sus argumentos sobre la violencia denunciada, lo que permitiría al Juez dictar medidas de protección mucho más objetivas e idóneas, ya que la simple declaración de la agraviada podría estar contaminada de venganza, revanchismo, falsedad, en consecuencia, este dictado de medidas de protección, basados únicamente en la declaración de la víctima, podría incidir en la esfera de la integridad personal del denunciado (mandatos de prohibición), pues ante su incumplimiento, podría ser denunciado penalmente por la comisión de delito de desobediencia a la autoridad, en la medida que tales órdenes, muchas veces, son imposibles de cumplir en los términos que dicta el Juez.

II. Plazos para el dictado de las medidas de protección y/o cautelares señalados por la Ley 30364. Su evolución normativa hasta la actualidad.

El 25 de noviembre de 2015, dentro del marco de conmemoración por el Día Internacional de la No Violencia contra la Mujer, el Gobierno promulgó la Ley 30364, brindando una respuesta integral a las denuncias sobre violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Sin duda, esta normatividad se emitió dando cumplimiento a los compromisos y múltiples instrumentos internacionales en materia de derechos humanos en favor de las mujeres, entre las más destacadas tenemos la Convención Belem Do Para y la Convención para la Eliminación de todas formas de discriminación hacia la Mujer (CEDAW), que reconoce la persistencia de patrones socioculturales basados en estereotipos de género como regladores de las relaciones sociales en nuestro país. Dichas normas convencionales obligan a todos los Estados Partes a una lucha frontal e integral

contra la violencia, especialmente contra las mujeres, ya que es conocido históricamente, y según cifras alarmantes, que las mujeres, en su gran mayoría, son víctimas de violencia por parte de sus parejas; además, otro porcentaje demostraba que las mujeres eran víctimas de terceras personas y en contextos diversos.

Así, en virtud a estos compromisos internacionales, el Estado Peruano, en el año 2015, aprobó la Ley 30364, Ley de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, estableciendo un nuevo marco jurídico, un nuevo estatuto normativo para la sanción de los casos de violencia, brindando protección integral a la mujer en todo su ciclo de vida, estableciéndose, con claridad, que la violencia contra las mujeres podía ser en cualquier lugar, sea público o privado, y en cualquier relación interpersonal. De igual forma, protege también a los integrantes del grupo familiar, cuando la violencia se produce en un contexto de poder, responsabilidad y confianza.

La ley en mención, estableció dos mecanismos de tutela: i) especial, y ii) el proceso de sanción, ambos a cargo de funcionarios competentes y procedimientos diferentes. Así, la competencia del proceso de tutela está a cargo de los Juzgados de Familia o su equivalente, en los lugares donde no existan, recayendo ésta en los Juzgados de Paz Letrado o Juzgados de Paz, según corresponda¹. Igualmente, la ley hace referencia a que las denuncias por violencia en las comunidades campesinas y nativas, serán tramitados de acuerdo a sus normas consuetudinarias; y, el proceso de sanción, a cargo de los Juzgados de Paz Letrado y Fiscalías y Juzgados Penales, cuando se trate de delitos y/o faltas, cometido por personas mayores de edad; mientras que las Fiscalías de Familia y Juzgado de Familia intervienen cuando el denunciado sea adolescente mayor de 14 y menor de 18 años, respectivamente.

El artículo 6 del Reglamento de la Ley 30364, aprobado por D.S. N° 009-2019-MIMP, señala:

Artículo 6.- Finalidad del proceso

6.1. El proceso especial tiene por finalidad proteger los derechos de las víctimas y prevenir nuevos actos de violencia, a través del otorgamiento de medidas de protección o medidas cautelares; y la sanción de las personas que resulten responsables. Asimismo, tiene la finalidad de contribuir en la recuperación de la víctima.

Del mismo modo, el artículo 6-A del mismo cuerpo normativo, señala:

El proceso especial tiene dos ámbitos de actuación:

1. De tutela especial, en el cual se otorgan las medidas de protección o las medidas cautelares, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 30364.

¹ Ley 30364. Artículo 14. Competencia

Los juzgados de familia son competentes para conocer las denuncias por actos de violencia contra las mujeres o contra los integrantes del grupo familiar. En las zonas donde no existan juzgados de familia, son competentes los juzgados de paz letrado o juzgados de paz, según corresponda. La fiscalía de familia interviene desde la etapa policial, en todos los casos de violencia en los cuales las víctimas son niños, niñas y adolescentes, en el marco de lo previsto en el Código de los Niños y Adolescentes.

2. De sanción, en el cual se investiga y sanciona los hechos de violencia que constituyen faltas o delitos.

En ese entendido, la Ley 30364 y su Reglamento, han establecido dos ámbitos de protección: la fase de tutela especial, donde, ante todo, se valora el riesgo y no el daño para otorgar las medidas de protección o las medidas cautelares; y, la fase de sanción, en el cual se investiga y sanciona los hechos de violencia que constituyen faltas o delitos; lo que significa, en primer lugar, que en la fase de tutela no se determina culpabilidad sobre los hechos denunciados, pues ésta se verificará en la fase penal; en segundo lugar, para dictar las medidas de protección no se requiere de los resultados de la pericia psicológica o del certificado médico legal, sino se valoran los elementos probatorios que acrediten existencia de riesgo, la urgencia, necesidad de protección de la víctima y el peligro en la demora, conforme a los criterios dispuestos en el artículo 33 del TUO de la Ley 30364², esto desde un enfoque de género y de derechos humanos; en tercer lugar, el Juez está facultado a dictar medidas de protección prescindiendo de la audiencia y notificación a las partes, cuando la víctima se encuentre en nivel de "riesgo severo", conforme lo prevé el artículo 16 literal b) de la Ley 30364, modificado por la Ley 31715; y, en cuarto lugar, el proceso se lleva a cabo bajo los principios de debida diligencia³, principio de intervención inmediata y oportuna⁴, sencillez y oralidad⁵, y precautoriedad⁶, a través de los cuales se busca que, ante una denuncia de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, el Estado, a través de los operadores judiciales, adopte, sin dilaciones y con los mínimos formalismos, las medidas de protección idóneas a favor de la víctima, en salvaguarda de su vida, integridad física y emocional.

La Ley 30364, en su redacción inicial estableció un procedimiento sencillo, precisando que para dictar medidas de protección se someterían a plazos perentorios, de acuerdo a su nivel de riesgo. En su artículo 16, estableció:

En el plazo máximo de setenta y dos horas, siguientes a la interposición de la denuncia, el juzgado de familia o su equivalente procede a evaluar el caso y resuelve en audiencia oral la emisión de las medidas de protección requeridas que sean necesarias. Asimismo, de oficio o a solicitud de la víctima, en la audiencia oral se pronuncia sobre medidas

²Artículo 33. Criterios para dictar medidas de protección

El juzgado de familia dicta las medidas de protección teniendo en cuenta lo siguiente:

a. Los resultados de la ficha de valoración de riesgo y los informes sociales emitidos por entidades públicas competentes.
b. La existencia de antecedentes policiales o sentencias en contra de la persona denunciada por actos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, por delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; la libertad sexual, el patrimonio y otros que denoten su peligrosidad.
c. La relación entre la víctima con la persona denunciada.
d. La diferencia de edades y la relación de dependencia entre la víctima y la persona denunciada.
e. La condición de discapacidad de la víctima.
f. La situación económica y social de la víctima.
g. La gravedad del hecho y la posibilidad de una nueva agresión.
h. Otros aspectos que denoten el estado de vulnerabilidad de la víctima o peligrosidad de la persona denunciada.
El juzgado de familia puede hacer extensivas las medidas de protección a las personas dependientes o en situación de vulnerabilidad a cargo de la víctima. Asimismo, en casos de feminicidio o tentativa de feminicidio, toma en cuenta a las víctimas indirectas del delito.
Los criterios señalados en los párrafos anteriores también son aplicables para la emisión de las medidas cautelares.

³Principio de la debida diligencia. El Estado adopta sin dilaciones, todas las políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Deben imponerse las sanciones correspondientes a las autoridades que incumplan este principio.

⁴Principio de intervención inmediata y oportuna. Los operadores de justicia y la policía nacional del Perú, ante un hecho o amenaza de violencia, deben actuar en forma oportuna, sin dilación por razones procedimentales, formales o de otra naturaleza, disponiendo el ejercicio de las medidas de protección previstas en la ley y otras normas, con la finalidad de atender efectivamente a la víctima.

⁵Principio de sencillez y oralidad. Todos los procesos por violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se desarrollan considerando el mínimo de formalismo, en espacios amigables para las presuntas víctimas, favoreciendo que estas confíen en el sistema y colaboren con él para una adecuada sanción al agresor y la restitución de sus derechos vulnerados.

⁶El principio precautorio o de cautela surge de la naturaleza jurídica de la medida de protección prevista en la Ley 30364; exige «que ante la sola sospecha de la existencia de un maltrato o violencia psíquicas, físicas, sexual o económica-patrimonial que presente la presunta víctima en una relación familiar y personal, el órgano jurisdiccional está obligado adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables, bajo un mandato judicial, llámese medidas de protección o cautelares.

cautelares que resguardan pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión o extinción de la patria potestad, liquidación de régimen patrimonial y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas.

Analizados los actuados, el juzgado de familia o su equivalente procede a remitir el caso a la fiscalía penal para el inicio del proceso penal conforme a las reglas del Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957.

De conformidad con la redacción de la norma primigenia, el juzgado tenía 72 horas para citar a las partes a la audiencia y resolver, previo debate oral, la emisión de medidas de protección.

Posteriormente, este artículo fue modificado por Decreto Legislativo 1386⁷, estableciendo nuevos plazos, teniendo como sustento el nivel de riesgo en que se encuentra la víctima. Dicha norma estableció que, en casos en que la víctima se encuentre en riesgo severo, el plazo sería de 24 horas de conocida la denuncia; en caso de riesgo moderado, en un plazo de 48 horas; y, tratándose de desconocimiento del nivel de riesgo, en el plazo de 72 horas.

Luego, al haberse declarado el estado de emergencia sanitaria, en razón a la propagación del Covid 2019, se expidió el Decreto Legislativo 1470⁸, estableciendo nuevas reglas de procedimiento. Esta norma, en el numeral 4.3., precisa lo siguiente:

El Juzgado de familia u otro con competencia material en la emergencia sanitaria dicta en el acto las medidas de protección y/o cautelares idóneas, prescindiendo de la audiencia y con la información que tenga disponible, no siendo necesario contar con la ficha de valoración de riesgo, informe psicológico u otro documento que por la inmediatez no sea posible obtener.

Esta norma no explicó qué significa "*en el acto*", empero, en el numeral 4.5., señalaba que «la atención de casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, desde que se produce la denuncia hasta que se dicta las medidas de protección no puede exceder el plazo de 24 horas», entendiéndose que los jueces de familia debían dictar medidas de protección dentro de las 24 horas de conocida la denuncia. Es así que, durante el estado de emergencia, se dictaron medidas de protección a la brevedad y dentro del plazo de 24 horas, sin que sea necesario convocar a las partes a una audiencia y prescindiendo de cualquier documento que por la inmediatez no era posible obtenerlo.

⁷Publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 04 de setiembre de 2018

⁸Publicada en el Diario oficial El Peruano, el 27 de abril de 2020.

Asimismo, durante la vigencia del Decreto Legislativo 1470, se prescindió de la notificación a las partes a una audiencia, sea cual fuere el nivel de riesgo de la agraviada. Se fundamentó esta decisión en que durante la pandemia se incrementó el número de denuncias por violencia contra la mujer y las integrantes del grupo familiar, pues debido a las restricciones personales dictadas por el Gobierno peruano, las víctimas tenían que convivir con su agresor. De ahí que esta ley ha logrado brindar una respuesta inmediata a este flagelo que se sumaba a la pandemia del Covid 19.

En cuanto a la restricción del derecho de defensa, en la exposición de motivos del Decreto legislativo 1470, se señaló lo que sigue:

El intervenir del derecho de defensa en el proceso de tutela no vulneraría en si el derecho de la persona denunciada, máxime si esta intervención se encuentra justificada por razones de urgencia y están enmarcadas en una emergencia sanitaria que, como se sabe, pone a las mujeres en una situación de mayor riesgo. Mas aun cuando esta tiene una segunda instancia en la que podrá ejercer su derecho de defensa.

Culminada la pandemia, se publicó la Ley 31715⁹, estableciéndose nuevas pautas del proceso tutelar. A partir de esta última modificatoria (vigente), el juzgado tiene 24 horas para dictar medidas de protección, previa audiencia, a favor de las víctimas, siempre que se haya elaborado una Ficha de Valoración de Riesgos¹⁰, previa evaluación a la víctima, donde se verifique encontrarse en nivel de riesgo leve, moderado o severo, pudiendo el juez prescindir de la audiencia, en caso se presente este último riesgo.

Lo señalado en el párrafo precedente, solo será aplicable en caso la denuncia haya sido interpuesta por una mujer, niños, niñas, adolescentes o personas adultas, puesto que se ha regulado la aplicación de la referida Ficha de Valoración de Riesgo para mujeres víctimas de violencia de pareja; para niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia familiar (0 a 17 años); y para personas adultas mayores víctimas de violencia familiar (mayores de 60 años).

En caso no pueda determinarse el riesgo, ya sea porque la mujer no ha sido sometida a la ficha de valoración de riesgo (por omisión de los operadores de justicia), o porque los agraviados son varones o integrantes del grupo familiar; el Juzgado de Familia, en el plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas, contadas desde que toma conocimiento de la denuncia, evalúa el caso y resuelve en audiencia.

Finalmente, la indicada norma señala que «el plazo desde que se presenta la denuncia hasta que se dictan las medidas de protección no puede exceder de cuarenta y ocho (48) horas.»

⁹ Publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 22 de marzo de 2023

¹⁰ El Reglamento de la Ley 30364, aprobado por D.S. N° 004-2016, modificado por D.S. N° 004-2019-MIMP, señala:

Artículo 4.- Definiciones

Para efectos de la aplicación de las disposiciones contenidas en el presente Reglamento se entiende por:

[...]

8. Ficha de Valoración del Riesgo (FVR)

Es un instrumento que aplican la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público y el Poder Judicial, que tiene como finalidad detectar y medir los riesgos a los que está expuesta una víctima respecto de la persona denunciada. Su aplicación y valoración está orientada a otorgar medidas de protección con la finalidad de prevenir nuevos actos de violencia, entre ellos, el feminicidio.

Esta precisión, en cuanto a la evolución del plazo para el dictado de medidas de protección, es importante conocer y tener en cuenta, pues muchos abogados cuestionan la vulneración del derecho de defensa al formular su recurso de apelación, arguyendo que no han sido notificados para la audiencia a fin de ejercer el derecho de defensa de sus patrocinados, cuando el caso se trata de riesgo severo, sin tener en cuenta que, en este último caso, el juez puede prescindir de la audiencia y notificación a las partes.

Igualmente, el artículo 17-A de la ley, establece que cuando se detenga al agresor en flagrancia y la víctima presente riesgo severo, las medidas de protección podrán ser dictadas por el Juez Penal, el cual se pronunciará en audiencia única de incoación del proceso inmediato. Para tal efecto, la fiscalía solicitará las medidas que considere pertinentes en la formalización de la investigación preparatoria. Posteriormente, en un plazo no mayor de 24 horas, el Juzgado Penal remite copias certificadas al Juzgado de Familia o su equivalente, a fin de que ratifique, amplíe o varíe, según corresponda, las medidas de protección.

La Ley 30364 prescribe que, cuando el juzgado competente cite a una audiencia para la evaluación y dictado de las medidas de protección y/o cautelares, debe emplear el medio más célere, como el facsímil, teléfono, correo electrónico personal o cualquier otro, de manera directa o a través de su representante legal, dejando constancia de dicho acto. También podrá notificar a las partes con cédulas de notificación, siempre que no exceda el plazo previsto en la ley para la realización de la audiencia. En los casos de violencia contra los niños, niñas y adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad, la Fiscalía de Familia también está llamada a participar en la audiencia.

La *ratio legis* de esta ley, se basa en obtener una medida de protección célere, inmediata y oportuna, lo que no podría posibilitarse si se permite a la víctima soportar o vivir con el agresor, sin que el Estado pueda protegerla de inmediato.

Hasta este punto considero que el problema parecía estar resuelto, pero en la práctica se observa que los cuestionamientos que realizan los denunciados, con relación al derecho de defensa, tiene asidero en muchos casos, pues si bien la ley establece plazos cortos para la emisión de las medidas de protección, en un porcentaje de denuncias de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, se dictan medidas de protección sin otorgar el derecho de defensa a los denunciados, pues la ley y el reglamento han previsto que no es necesario notificar al denunciado, cuando el caso se trate de riesgo severo, y cuando no se logre ubicar a las partes para la citación o notificación a la audiencia, dejándose constancia de ello.

La regla general, garantiza el derecho de defensa en todo tipo de proceso, empero, el legislador ha exceptuado de esta regla a los procesos tutelares, en los cuales se valoran el nivel de riesgo de la víctima, señalando de manera expresa que sólo en los casos de riesgo severo, el juez "puede" prescindir de la audiencia, vale decir, el juez puede dictar medidas de protección a favor de una mujer víctima de la violencia, *inaudita altera pars*.

El derecho de defensa se encuentra reconocido por la Convención Americana sobre Derechos humanos (en adelante CADH), ratificada por nuestro país el 27 de julio de 1977, a saber:

Art. 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

De lo señalado, se denota indudablemente que el derecho de defensa es una garantía fundamental, un nexo entre el debido proceso y el respeto al derecho de defensa, en cualquier tipo de procedimiento, pues no podría concebirse un debido proceso sin garantizar el derecho a la defensa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*, precisa que las garantías judiciales o procesales estipuladas en el artículo 8 de la Convención, implica la observancia de las formalidades para proteger y asegurar el ejercicio de un derecho, y precisa que estas «condiciones [...] deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.» (párr. 112)

En la misma línea, la Convención también precisa en su Art. 8.2.c., la «concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.»¹¹

Esta disposición se encuentra estrechamente relacionada con el derecho a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección, o, en su defecto, por uno proporcionado por el Estado.

Por otro lado, nuestro país ha reconocido el derecho a la defensa en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, estableciendo el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado de proceso, a ser informado inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. n.º 02165-2018-PHC/TC del 14 de enero de 2021, ha sostenido que el derecho de defensa garantiza que toda persona que participa en un proceso judicial no quede en estado de indefensión. Asimismo, se ha mencionado que ese derecho a ser oído, no se encuentra garantizado exclusivamente en el seno de un proceso penal o sobre cualquier proceso judicial, sino que

¹¹En el Caso Castillo Petrucci y otros vs Perú, la Comisión alegó que los defensores de las víctimas tuvieron muy escaso tiempo para conocer los autos del proceso, lo cual ponía en duda la seriedad de la defensa y la volvía ilusoria.

tiene la virtualidad de irradiarse en cualquier clase de procedimiento (administrativo o corporativo privado), donde un tercero tenga la competencia para decidir sobre los derechos y las obligaciones de una persona.

Por tanto, los procesos especiales, regulados por la Ley 30364, no son ajenos a este ámbito de protección del derecho de defensa.

Ahora bien, en la práctica existen muchísimos ejemplos de cómo una persona puede ver afectado este derecho en el proceso tutelar, veamos:

- Si una persona que denuncia, proporciona una dirección diferente o celular que no corresponde al denunciado, la notificación que se realice en cualquiera de los casos no llegará a conocimiento del denunciado.
- Si una persona es notificada a su celular, pero por motivos de trabajo se encuentra fuera de la ciudad y sin cobertura de internet, igualmente, no podrá tomar conocimiento de la notificación y ejercer su derecho de defensa, menos participar en la audiencia.
- Una persona que ha sido notificada con dos o tres horas antes de la realización de la audiencia oral de medidas de protección.
- El Juzgado de Familia, según los elementos de prueba del expediente y bajo su criterio concluye que el caso corresponde a un "riesgo severo", por tanto, no notifica al denunciado a la audiencia. En este caso, el denunciado recién toma conocimiento de la existencia de la medida de protección cuando es notificada con ésta.

El cuestionamiento a todas estas situaciones tiene que ver con la vulneración al debido proceso, específicamente al derecho de defensa. Se observa, en el ejercicio de la función, que un buen porcentaje de denuncias interpuestas ante la Policía Nacional el Perú y el Centro de Emergencia Mujer, son derivados únicamente con la declaración de la denunciante, el denunciado no presta su declaración porque no asiste a su citación policial, no responde el celular o mensajería por WhatsApp o habiendo concurrido a la Comisaria, no se le toma su declaración por que no se encuentra acompañado de su abogado defensor.

En relación al derecho de defensa y su intervención en los procesos de tutela, el Tribunal Constitucional ha señalado que tratándose de denuncias con nivel de "riesgo severo", su limitación o negación a ejercer el derecho de defensa se encuentra justificado, puesto que se pondera dos bienes jurídicos de relevancia constitucional: el derecho a la vida e integridad personal (el derecho a una vida libre de violencia) frente al derecho de defensa (debido proceso), concluyendo que la decisión de dictar medidas de protección en casos de "riesgo severo", prescindiendo de una audiencia, es una medida idónea para alcanzar el fin constitucionalmente perseguido, estos es, salvaguardar la integridad física, emocional y sexual de las víctimas. Veamos:

:

Ahora bien, para el dictado de las medidas de protección el Juzgado de Familia tomará en cuenta el riesgo al cual se encuentra sometida la vida de la víctima de violencia, la necesidad de protección, así como la urgencia y el peligro en la demora. Por ello, es que tratándose de hechos de violencia calificados como "riesgo severo", como el caso de autos, y no otros, la Ley 30364 contempla la posibilidad de que el juez de familia prescinda de la audiencia y dicte a la brevedad las medidas de protección que considere adecuadas para garantizar la integridad de la víctima. Su explicación es la necesidad, la urgencia y el peligro en la demora. Esta justificación es plenamente constitucional, sobre todo, si se toma en cuenta que el agresor no ha quedado en un estado de indefensión al no ser oído como ya se afirmó *supra*, sino que su oportunidad para hacerse escuchar ha sido desplazada a otra etapa procesal (Exp. n.º 03378-2019-PA/TC, fundamento 42)

Cuando el Tribunal Constitucional señala que el derecho de defensa ha sido desplazado a otra etapa procesal, se refiere a que el denunciado podrá hacer valer su derecho de defensa al interponer su recurso de apelación en el proceso tutelar, o al prestar su declaración en la etapa de sanción, a cargo de la Fiscalía Penal o Juzgado de Paz, según corresponda.

Entonces, queda claro que, en casos de riesgo severo, se dicta medidas de protección, sin necesidad de notificar a las partes a una audiencia; en cambio, cuando el riesgo sea leve o moderado, el Juzgado de Familia debe citar a las partes a una audiencia, a fin que los denunciados tengan la oportunidad de ejercer su derecho a ser oído y de proporcionar elementos de prueba.

Sin lugar a dudas, la participación del denunciado no solo garantiza el debido proceso, sino también posibilita que el Juez aprecie directamente a las partes, tenga conocimiento directo de los hechos y resuelva el caso objetivamente, dictando las medidas de protección más idóneas en favor de la víctima.

Ramos Ríos, sobre el derecho de defensa, ha precisado lo siguiente:

¿Cómo se concreta el derecho a ser oído? Para que el denunciado sea oído debe estar enterado de que fue denunciado, eso implica que debe ser notificado con la denuncia y los cargos contenidos a ella, que se le brinde el tiempo y los medios para preparar su defensa y en tal circunstancia decida ejercer su derecho a ser oído para que pueda presentar sus alegatos y aportar pruebas de descargo, pero ¿será posible al Estado garantizarle al denunciado todo esto en tan solo 72 horas? Esta visto que el legislador no ha tenido en cuenta las dificultades del

sistema de justicia y las garantías que está obligado a cumplir, si los hubiera tenido en cuenta sabría qué setenta y dos horas no son suficientes para llegar a la audiencia oral con las debidas garantías para las partes, a pesar de ello, el juez está obligado a garantizar al justiciable su derecho a ser oído, aun cuando este decida no ejercerlo, por consiguiente el plazo en la ley tiene que ser morigerado acorde a las particularidades de cada caso y en cada zona del Perú, ello requiere de una particular argumentación para redefinir la regla de setenta y dos horas (2018, p.156-157).

Comparto este criterio, pues considero que el plazo de 24 horas resulta muy breve para dictar una medida de protección idónea, acorde a los fines de la Ley 30364, ya que dicho plazo, en la mayoría de los casos, no se cumple por la ingente carga procesal de los Juzgados de Familia, además, por las serias limitaciones en materia de notificación; es más, a través de las medidas de protección se restringen ciertos derechos fundamentales de los denunciados, lo que amerita una respuesta objetiva, válida, razonable y proporcional por parte del juzgado; asimismo, los denunciados, en la mayoría de casos, no son notificados oportunamente para hacer valer su derecho de defensa, siendo éste el principal argumento para interponer el recurso de apelación.

Villareal (2003), sin precisar si los plazos establecidos en la ley están adecuados o no a los fines del proceso y las garantías de derechos fundamentales, señala:

La audiencia tiene como finalidad determinar las medidas de protección y cautelares más idóneas para la víctima, salvaguardando su integridad física, psicológica y sexual, o la de su familia, y resguardar sus bienes patrimoniales. Eso significa que tanto la víctima como la persona denunciada tendrán que asistir y compartir un espacio físico por un periodo de tiempo determinado, situación que podría revictimizar a la persona agraviada, persuadirla de no asistir o incidir en el transcurso del proceso de tutela o sanción. (p.328-329)

En efecto, establecer un plazo extenso podría ser motivo para que el denunciado persuada a la agraviada a desistirse de la denuncia, no asistir a la audiencia, intimidarla o chantajearla, empero, para hacer frente a esta dificultad, los operadores de justicia deben garantizar que la víctima esté libre de toda forma de intimidación, subordinación o influencia por parte de la persona denunciada.

Además, la concurrencia a la audiencia no es para que la víctima vuelva a declarar o para que el denunciado cuestione pruebas o hechos, ya que el proceso especial no es ordinario sino preventivo, en consecuencia, su finalidad es dictar medidas urgentes, a efectos de proteger a la víctima de violencia.

En la audiencia, lo recomendable es que el Juez escuche a cada uno por separado, forme convicción sobre los hechos denunciados e identifique los niveles de riesgo. Además, conforme señala el artículo 36.3 del Reglamento de la Ley 30364, en los casos que la víctima ya prestó su declaración en la comisaría o fiscalía, el juzgado sólo puede entrevistarla para aclarar, complementar o precisar algún punto sobre su declaración.

En Argentina, conforme señalan García y Acquaviva (2010), se exige un plazo de 48 horas, que debe ser computado desde que el juez cuenta con los informes que diagnostican la situación familiar. (p.237/238)

Por su parte, en Colombia, ante una denuncia por violencia familiar, el comisario o el juez, según el caso, recibirá y se avocará en forma inmediata a la petición, y, si estuviere fundada en al menos indicios leves, podrá dictar dentro de las cuatro (4) horas hábiles siguientes, medidas de protección, en forma provisional, tendientes a evitar la continuación de todo acto de violencia, agresión, maltrato, amenaza u ofensa contra la víctima, so pena de hacerse el agresor acreedor a las sanciones previstas en esta ley para el incumplimiento de las medidas de protección. Luego, el juez o comisario cita al denunciado para que comparezca a una audiencia que tendrá lugar entre los 5 y 10 días siguientes a la petición. A esta audiencia deberá concurrir también la víctima. (Ley 294 de 1996¹²)

Finalmente, resulta indiscutible que las medidas de protección se dicten en el plazo de 24 horas, en casos de riesgos severos; empero, en los casos de riesgo leve, moderado o de desconocimiento del nivel de riesgo, el plazo debería ser ampliado a 72 horas, debiendo garantizarse, en este periodo, el derecho fundamental de defensa.

III. Conclusiones

- El ejercicio del derecho de defensa se debe garantizar en todo proceso, inclusive en el proceso de tutela especial, previsto en la Ley 30364, salvo excepciones establecidas por Ley.
- Tratándose de denuncias por violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, en el que se identifique, a través de la Ficha de Valoración de Riesgo, nivel de "riesgo severo", la restricción del derecho de defensa, conforme lo ha señalado por el máximo intérprete de la Constitución, es constitucional, por cuanto se pondera y prioriza la protección de la vida e integridad física frente al derecho de defensa.
- El plazo de 24 horas para resolver estas denuncias, en las que se identifique nivel de riesgo leve y moderado, y 48 horas, en casos de desconocimiento del nivel de riesgo, resultan muy breves e insuficientes para garantizar el derecho de defensa de los denunciados, debiendo ser ampliado a 72 horas, plazo que debe computarse desde que el Juzgado de Familia o su equivalente, tome conocimiento de la denuncia.

¹² Mediante esta ley se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia

Referencias bibliográficas

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. (Sentencia del 23 de junio de 2005)
- García de Gluglino, S. y Acquaviva, M.A. (2010). *Protección contra la violencia familiar*. Edit. Hammurabi.
- Ramos Ríos, M.A. y Ramos, M. (2018) *Violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*. Edit. Lex&Iuris.
- Tribunal Constitucional. Exp. n.º 02165-2018-PHC/TC (Sentencia del 14 de enero de 2021)
- Villareal Bernardo, J.L. (2023) *La Violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar*. Edit. Ubilex.

AMLO 2024: La politización de la justicia en México

AMLO 2024: The politization of justice in Mexico

Rafael Rodríguez Campos*

SUMARIO: I. Introducción, II. ¿Cuáles son los puntos clave de la reforma?, III. ¿Por qué la reforma es inconstitucional, inconvencional y políticamente peligrosa para la democracia y el Estado de Derecho en México?, IV. El gran mito de la "elección popular", V. La erosión democrática.

*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. Observador Electoral Internacional en diversos procesos electorales de la región. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

I. Introducción

El expresidente de México, Andrés Manuel López Obrador (*AMLO*), a menos de tres semanas de que concluya su mandato, logró el pasado 11 de setiembre que su polémica "Propuesta de Reforma Constitucional al Poder Judicial" (en adelante, reforma), sea aprobada por el Senado, luego de que en la Cámara Baja (diputados) los parlamentarios de MORENA y sus aliados la ratificaran sin ninguna observación.

Como era de esperarse, la batalla política decisiva para MORENA estaba en la Cámara Alta, ya que solo necesitaban el voto de un senador para lograr aprobar la reforma por mayoría. Sobre ello, durante la sesión, diferentes personalidades de la oposición denunciaron que sus colegas en la Cámara Alta habían sido objeto de amenazas y hasta detenciones, desde el oficialismo, como parte de una campaña de amedrentamiento para obtener el voto faltante para aprobar la reforma.

Así, minutos después de la medianoche, ese voto decisivo llegó de la mano de Miguel Ángel Yunes, el cuestionado senador del PAN, acusado por delitos de corrupción, quien, a pesar de haberse enfrentado durante años con AMLO, terminó sometándose ante el poder presidencial, avivando, aún más, la polémica desatada en torno a esta votación.

Luego, el 13 de setiembre -como último paso para dar luz verde a esta reforma- la misma debía ser ratificada (al menos por 17 Congresos Estatales), tal como ocurrió, ya que este último paso fue un mero trámite para AMLO y MORENA, teniendo en consideración que controlan 24 de los 32 Congresos Estatales, gracias a su arrollador triunfo en las elecciones del pasado 02 de junio.

III. ¿Cuáles son los puntos clave de la reforma?

No obstante, lo señalado, consideramos necesario dar a conocer los puntos clave que trae consigo esta reforma por la importancia que la misma tiene para la administración de justicia mexicana, y porque, a nuestro juicio, esta reforma no solo es inconstitucional e inconveniente, sino también políticamente peligrosa para la democracia y el Estado de Derecho en México.

Primero, la reforma propone la elección popular de más de 1600 cargos judiciales: Ministros de la Suprema Corte, Consejeros del Consejo de la Judicatura Federal, Magistrados del Tribunal Electoral Federal, Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito¹. Segundo, la reforma prevé reducir de 11 a 9 el número de los ministros que integran la Suprema Corte. Así, la presidencia sería renovada cada dos años de forma rotativa en función del número de votos obtenidos por cada candidatura. Siendo que el periodo de permanencia en el cargo de los ministros será de 8, 11 y 14 años, según el número de votos obtenidos por cada uno: a más votos más tiempo en el cargo.

Tercero, la reforma señala que los ministros en ejercicio que no resulten electos en 2025 no serán merecedores de la pensión vitalicia, vale decir, del haber por retiro (seguro de vida, aguinaldo, pago vacacional y bono por riesgo, entre otros beneficios). Además, la reforma fija que ningún ministro, magistrado o juez podrá ganar un salario superior al que tiene el presidente de la república.

Cuarto, la reforma dispone que los jueces y magistrados tendrán un periodo de 9 años en el cargo (con una reelección consecutiva), y establece los siguientes requisitos: 1) ostentar título de abogado; 2) tener un promedio de 8 a 9 años en las materias afines; 3) contar con experiencia mínima de 5 años en la actividad jurídica; y 4) entregar ensayos o cinco cartas de referencia entre vecinos y colegas, que respaldan su idoneidad para el cargo.

III. ¿Por qué la reforma es inconstitucional, inconveniente y políticamente peligrosa para la democracia y el Estado de Derecho en México?

Dicho ello, corresponde ahora exponer algunos argumentos sobre la inconstitucionalidad, inconveniente y peligrosidad política que representa esta reforma para la democracia y el Estado de Derecho en México:

1. La reforma ha sido aprobada en un procedimiento que desconoce los estándares mínimos de deliberación pública que una reforma constitucional de este tipo exige. En otras palabras, la reforma no fue el resultado de una amplia e informada discusión en la que hayan participado todos los actores vinculados con la administración de justicia, sino la consigna impulsada por una mayoría parlamentaria hiperideologizada, que terminó silenciando y justificando la persecución a sus opositores, negándole a la ciudadanía el derecho a contar con una transformación judicial progresiva, razonable y respetuosa del Estado de Derecho.
2. La reforma trae consigo medidas como los denominados "jueces sin rostro", cuyo uso ha sido declarado contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos por la propia Corte de San José. Además, la reforma incorpora la figura de un Tribunal de Disciplina Judicial que compromete la independencia de quienes administran justicia y desconoce las garantías del debido procedimiento

¹ Las elecciones se darán en 2 fases: a) En 2025 se elegirán tanto a los ministros de la Suprema Corte, como a los magistrados del nuevo Tribunal de Disciplina Judicial, del nuevo Órgano de Administración y a la mitad de los jueces de distrito y magistrados de circuito; y b) En 2027 se culminará con la mitad restante. Cabe precisar que las elecciones serán organizadas por el Instituto Nacional Electoral (INE).

en el régimen disciplinario. Más aún, la reforma abre el camino para el cese de la totalidad de los cargos judiciales del país desconociendo las dignas trayectorias que muchos profesionales presentan.

3. La reforma, al dejar en manos de los partidos/organizaciones políticas la conformación de las listas de los candidatos que aspiran a los cargos judiciales, no cuenta con sistemas de selección y nombramiento que garanticen el principio de igualdad y no discriminación, así como tampoco privilegia criterios de selección basados en el mérito y capacidades profesionales, pues antepone "la suma de los votos", a las calificaciones jurídicas idóneas que deben tener quienes administrando justicia garantizan los derechos humanos de los ciudadanos, haciéndole frente al poder político de turno.
4. La reforma adolece de mecanismos o criterios que garanticen, entre otros, la igualdad de género en el acceso a la carrera judicial, o que determinen mandatos con una duración de tiempo definido en los cuales la permanencia en dichos cargos esté definida por la solvencia en la administración de justicia y no en la capacidad para "comprar votos".
5. La reforma no parte de un diagnóstico real sobre los verdaderos déficits en el acceso a la justicia en México, ni ha logrado despejar las dudas existentes en torno a cómo influirá en los procesos de elección popular de jueces la fuerte presencia del narcotráfico y crimen organizado en un país que se ha convertido en "una extensa fosa común".
6. La reforma, en otras palabras, por las razones constitucionales, convencionales y políticas que hemos resumido, termina facilitando que los partidos/organizaciones políticas (sobre todo el oficialista que tiene el control del aparato estatal y del erario público) capturen al Poder Judicial, violando el principio de independencia judicial, separación, equilibrio y control de poderes, y defensa de los derechos humanos.

IV. El gran mito de la "elección popular"

En esa línea, lo que llama poderosamente la atención es la pobre idea de democracia que han expuesto AMLO y MORENA en este debate. Para ellos es como si la democracia fuese un hecho episódico, que depende de elecciones que se celebran cada cierto tiempo; por ende, para democratizar la justicia se debe aprobar una reforma para que los jueces también se sometan a elecciones. El problema con esta precaria idea de democracia es que no logra responder una pregunta básica sobre la propia democracia: ¿Qué hacemos a partir del día siguiente de la elección de los jueces (por quien sea)? Así como otras que sobre la materia han formulado notables académicos de la región como Roberto Gargarella: ¿Cómo hace el ciudadano para dialogar con sus jueces? ¿Cómo se les hace saber el peso de ciertos reclamos? ¿Cómo se les reprocha su conducta y sugiere caminos de decisión alternativas? ¿Cómo se establecen "puentes" de comunicación con ellos?

Así, la elección de los jueces por voto popular, afirma Gargarella (2013), no sólo agrava ciertos problemas (la protección de las minorías impopulares), sino que no resuelve los más importantes (suturar la distancia que suele existir, entre jueces y ciudadanía, desde el momento en que los jueces son designados), a la vez que genera riesgos inaceptable (el sometimiento del Poder Judicial a los dictámenes del poder político, y lo que es más peligroso, al poder de turno)

V. La erosión democrática

Por lo antes expuesto, consideramos que esta reforma aprobada por AMLO y MORENA, no es otra cosa que un claro ejemplo de un fenómeno -cada vez más presente en nuestra región- denominado "erosión democrática" (Gargarella, 2024), que viene a denunciar la presencia de líderes políticos con impulsos autoritarios (AMLO, lo es) que, con fines de expandir su poder o preservarse en el mismo (directa o indirectamente), comienzan a petardear desde adentro todo el sistema constitucional de "pesos y contrapesos" (acabando con la independencia judicial, sometiendo a las instituciones de control o minando la credibilidad de los organismos electorales, entre otras prácticas autocráticas).

En suma, podemos afirmar que estamos ante una reforma cuyo procedimiento de aprobación no garantizó instancias de diálogo real, que contaran con la participación de todos los sectores interesados, más tomando en cuenta las protestas que se han presentado contra la misma, y que, además de violar los estándares interamericanos sobre independencia judicial y acceso a la justicia, termina allanando el camino para la politización (partidización) de la justicia, atentado flagrantemente contra la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos de los mexicanos.

Referencias bibliográficas

- Gargarella, Roberto. (2013, enero). *¿Qué significa democratizar la justicia?*
<https://seminariogargarella.blogspot.com/2013/01/democratizar-la-justicia-5-que.htm>
- Gargarella, Roberto. (2024, septiembre). *La erosión democrática y el dinosaurio*.
<https://seminariogargarella.blogspot.com/2024/09/la-erosion-democratica-y-el-dinosaurio.html>

Régimen de exoneración del impuesto predial: claves para la mejora de la recaudación municipal en Huamanga

Jean Oscar Diburga Inga*

RESUMEN

El presente artículo analiza el impacto del régimen de exoneración del impuesto predial en la recaudación municipal de Huamanga. A partir de un estudio detallado, se identifican las principales deficiencias del sistema actual y se proponen claves para su mejora, incluyendo la reducción de exoneraciones innecesarias y el fortalecimiento de la fiscalización. Las propuestas buscan optimizar la recaudación sin comprometer los objetivos sociales, contribuyendo así a un sistema tributario local más equitativo y eficiente.

Palabras clave: *Exoneración tributaria, recaudación municipal, Huamanga, equidad fiscal.*

ABSTRACT

This article analyzes the impact of the property tax exemption regime on municipal revenue collection in Huamanga. Through a detailed study, the main deficiencies of the current system are identified, and key proposals for improvement are presented, including reducing unnecessary exemptions and strengthening oversight. The proposals aim to optimize tax collection without undermining social objectives, contributing to a more equitable and efficient tax system.

Keywords: *Tax exemption, municipal revenue, Huamanga, tax equity.*

*Abogado, Gerente General del SAT-Huamanga. Correo electrónico: dibujean@gmail.com

SUMARIO: **I.** Introducción, **II.** Marco teórico, **II.1.** Definición de recaudación tributaria y su propósito, **II.2.** El impuesto predial y su estructura en Perú, **II.3.** Régimen de exoneración, **II.4.** Antecedentes en la recaudación del impuesto predial en Huamanga, **III.** Análisis del régimen de exoneración en Huamanga, **III.1.** Impacto de las exoneraciones en la recaudación, **III.2.** Evaluación de las causas de las exoneraciones, **III.3.** Comparación con otros municipios, **IV.** Claves para la mejora de la recaudación, **IV.1.** Reducción de la base de exoneración, **IV.2.** Estrategias para fortalecer la fiscalización, **IV.3.** Propuestas de optimización tributaria, **V.** Conclusiones.

I. Introducción

El impuesto predial constituye una de las principales fuentes de ingresos de las municipalidades en Perú, fundamental para financiar servicios públicos (no precisamente se refiere a los arbitrios municipales) esenciales como la infraestructura urbana, la seguridad y otros. Sin embargo, en la Municipalidad Provincial de Huamanga se ha observado que el régimen de exoneraciones del impuesto predial ha reducido significativamente la capacidad de recaudación. Este régimen, destinado originalmente a promover el desarrollo social y proteger a los sectores más vulnerables, ha generado una serie de distorsiones fiscales que comprometen la eficiencia del sistema tributario local.

El problema radica en que las exoneraciones, muchas veces mal aplicadas o extendidas sin control, han deteriorado la base imponible, afectando los ingresos municipales. Esta situación no solo limita la capacidad de la municipalidad para atender las demandas de la ciudadanía, sino también crea inequidades en la distribución de la carga tributaria, ya que ciertos sectores de la población se benefician de exoneraciones injustificadas. Como consecuencia, la Municipalidad Provincial de de Huamanga enfrenta dificultades para financiar proyectos y servicios públicos, impactando en la calidad de vida de sus ciudadanos.

Dado este contexto, es crucial reformar el régimen de exoneraciones para asegurar un sistema más equitativo y sostenible. La mejora de la recaudación municipal no solo es un imperativo fiscal, sino también una necesidad social, ya que una recaudación eficiente permite redistribuir de manera más justa los recursos en beneficio de la comunidad. Esta reforma debe tener en cuenta tanto los principios de equidad tributaria como los objetivos sociales que motivan las exoneraciones, buscando un equilibrio entre la capacidad recaudatoria y la protección de los sectores vulnerables.

El objetivo principal de este artículo es proponer claves para optimizar la recaudación del impuesto predial en la Municipalidad Provincial Huamanga, a través de la revisión y mejora del régimen de exoneraciones. Se presentarán estrategias que buscan reducir las exoneraciones innecesarias, fortalecer los mecanismos de fiscalización y control, así como promover un sistema tributario más equitativo, sin comprometer los

finés sociales que persiguen las exenciones fiscales. Este análisis contribuirá a una mayor sostenibilidad financiera de la Municipalidad Provincial de Huamanga y a un sistema tributario más justo.

II. Marco teórico

II.1. Definición de recaudación tributaria y su propósito

La recaudación tributaria es un proceso fundamental mediante el cual el Estado obtiene los recursos financieros necesarios para su funcionamiento y la provisión de servicios públicos esenciales. Según Huamaní (2013), este proceso no solo involucra la percepción de ingresos fiscales, sino también el cumplimiento de un principio básico de justicia tributaria: quienes tienen mayor capacidad económica deben contribuir en mayor medida a los ingresos públicos (p. 95). La correcta aplicación de la política tributaria asegura que el Estado disponga de los fondos necesarios para cumplir con sus obligaciones, como la construcción de infraestructura, la prestación de servicios sociales y la promoción del bienestar general.

Dentro de este marco, el impuesto predial cobra especial relevancia para los gobiernos locales. Este tributo, que grava el valor de la propiedad inmobiliaria, es una de las principales fuentes de ingresos de las municipalidades. Como señala Robles (2018), el impuesto predial permite a los gobiernos locales financiar proyectos de desarrollo urbano, mejorar los servicios públicos y garantizar un crecimiento sostenido (p. 74). La recaudación de este impuesto, al estar basada en el valor de los predios, refleja la capacidad contributiva de los propietarios, lo que convierte a este en un tributo justo y progresivo.

El propósito central de la recaudación del impuesto predial es dotar a los municipios de recursos para llevar a cabo sus funciones básicas y, en especial, para financiar los servicios que benefician directamente a los contribuyentes, tales como el mantenimiento de calles, parques, alumbrado público, entre otros (Prado, 2015, p. 50). Además, este tributo contribuye a reducir las desigualdades al permitir que aquellos con propiedades de mayor valor contribuyan en mayor proporción a la financiación del gasto público.

Por tanto, la recaudación eficiente del impuesto predial es esencial para la sostenibilidad financiera de los gobiernos locales. Una administración tributaria eficaz no solo debe enfocarse en maximizar los ingresos, sino también en aplicar las exoneraciones de manera equilibrada para no erosionar la base imponible y garantizar que se cumplan los objetivos sociales y económicos para los que estas exoneraciones fueron diseñadas (De Cesare, 2016, p. 7).

La recaudación tributaria, entonces, en particular la del impuesto predial, es vital para el desarrollo sostenible de las municipalidades. Sin embargo, la existencia de un régimen de exoneración descontrolado puede debilitar la capacidad de recaudación, afectando la capacidad del Estado para financiar servicios básicos (Díaz et ál., 2012, pp. 9-10). Por lo tanto, se hace necesario evaluar críticamente el impacto de estas exoneraciones en la sostenibilidad fiscal local.

II.2. El impuesto predial y su estructura en Perú

La recaudación tributaria es uno de los pilares fundamentales para garantizar el correcto funcionamiento del Estado y la provisión de servicios públicos. En el caso peruano, la importancia de esta recaudación se ha destacado tanto en el ámbito nacional como local. Según Gálvez (2015), la recaudación eficiente es clave para promover la equidad y justicia en la distribución de la carga tributaria, asegurando que quienes poseen mayor capacidad económica contribuyan proporcionalmente más al sostenimiento del aparato estatal. (p. 40)

En el contexto local, el impuesto predial se presenta como una fuente esencial de ingresos para las municipalidades. Este tributo, que grava el valor de los bienes inmuebles, es fundamental para financiar proyectos de infraestructura urbana y servicios públicos de primera necesidad. Como señala Ruiz de Castilla (2017), la recaudación del impuesto predial y de los arbitrios municipales, permiten que los gobiernos locales cubran necesidades básicas como el mantenimiento de calles, parques, jardines y seguridad, además de otros proyectos que mejoran la calidad de vida de los ciudadanos. (p. 84)

El propósito principal del impuesto predial es dotar a las municipalidades de recursos suficientes para cumplir con sus funciones esenciales. En palabras de Torres (2017), una recaudación eficiente no solo permite mejorar la infraestructura y los servicios locales, sino también contribuye a consolidar la legitimidad del sistema tributario, al asegurar que la carga fiscal sea proporcional al valor de las propiedades y, por ende, a la capacidad contributiva de los ciudadanos. (p. 112)

Asimismo, uno de los principales desafíos en la recaudación del impuesto predial es asegurar que el régimen de exoneraciones no erosione la base tributaria. Tal como explica Ruiz de Castilla (2013), las exoneraciones mal aplicadas pueden reducir significativamente los ingresos fiscales, afectando la capacidad de las municipalidades para cumplir con sus responsabilidades (p. 79). Por ello, es fundamental que las exoneraciones se otorguen de manera justificada y solo a aquellos sectores que realmente lo necesitan, para no comprometer la sostenibilidad fiscal del municipio.

La recaudación tributaria, en particular la del impuesto predial, cumple una función redistributiva importante. Vargas (2019) destaca que un sistema tributario eficaz es aquel que permite que los contribuyentes con mayor capacidad económica, reflejada en el valor de sus propiedades, contribuyan en mayor proporción a los ingresos municipales (p. 58). Esto asegura que los gobiernos locales puedan ofrecer servicios adecuados a toda la población, independientemente de su nivel socioeconómico.

II.3. Régimen de exoneración

El régimen de exoneración del impuesto predial en Huamanga se ha implementado con el fin de aliviar la carga tributaria sobre ciertos grupos sociales y sectores específicos, regulados en la Ley de Tributación Municipal y normas conexas, como adultos mayores, personas con discapacidad, entidades sin fines de lucro, y predios destinados a fines educativos o religiosos. Si bien estas exoneraciones buscan proteger a los sectores más vulnerables y promover actividades que benefician a la comunidad, han generado importantes implicaciones fiscales, afectando directamente la capacidad recaudatoria del municipio.

En el contexto actual, el régimen de exoneraciones en Huamanga se aplica a través de diversas normativas nacionales que buscan equilibrar las necesidades de los contribuyentes con la obligación de financiar los servicios públicos (obras públicas, educación, salud, etc.). Según Prado (2015), las exoneraciones se otorgan principalmente en función del uso del predio y las características del propietario, como la edad o su situación económica, generando un sistema que, aunque socialmente justificado, ha resultado en la disminución significativa de la base tributaria. (p. 101)

Una de las principales implicaciones fiscales de este régimen es la reducción de los ingresos municipales. Al conceder exoneraciones a un gran número de predios, la municipalidad de Huamanga ha visto limitada su capacidad para generar recursos propios, lo que afecta su autonomía financiera y su capacidad para invertir en infraestructura y servicios esenciales (Castillo, 2019). Esta situación genera un círculo vicioso en el que, al no contar con los recursos suficientes, la municipalidad no puede mejorar los servicios que necesita para elevar la calidad de vida de sus habitantes, lo que a su vez reduce la disposición de los contribuyentes a cumplir con sus obligaciones fiscales. (p. 86)

Otro aspecto crítico es la falta de un control eficiente sobre la aplicación de las exoneraciones. Ruiz de Castilla (2013) menciona que, en muchos casos, las exoneraciones se aplican de manera indiscriminada o sin una evaluación rigurosa de las necesidades reales de los beneficiarios (p. 74). Esto ha permitido que ciertos contribuyentes, que no deberían estar exonerados, se beneficien de esta medida, lo que distorsiona el principio de justicia tributaria y amplía la brecha fiscal.

Por otro lado, una implicación importante es la regresividad que puede derivarse del régimen de exoneraciones mal estructurado. Vargas (2019) sostiene que, al reducir la base imponible, las municipalidades se ven obligadas a aumentar la carga fiscal sobre aquellos contribuyentes que no están exonerados, lo que termina afectando principalmente a las clases medias y pequeñas empresas, quienes deben asumir una mayor proporción de la carga tributaria. (p. 90)

II.4. Antecedentes en la recaudación del impuesto predial en Huamanga

La recaudación del impuesto predial en Huamanga ha sido un desafío constante para la administración municipal. A lo largo de los últimos años, a través del SAT-Huamanga, como organismo público descentralizado de la Municipalidad Provincial de Huamanga, se ha realizado diversos estudios que han identificado problemas estructurales y operativos que han afectado negativamente la capacidad recaudatoria de la municipalidad. Uno de los factores importantes es el régimen de exoneraciones, que ha reducido significativamente la base tributaria, lo cual impacta directamente en los ingresos municipales.

Un estudio realizado por Torres (2017), evidenció que la aplicación del impuesto predial en Huamanga se ha visto afectada por una falta de actualización de los registros catastrales (p. 80). En muchos casos, los valores de los predios no han sido ajustados conforme a las variaciones del mercado inmobiliario, lo que ha generado una subvaloración de la base imponible. Este problema, sumado al alto porcentaje de predios exonerados, ha provocado que la recaudación efectiva sea mucho menor de lo esperado, afectando los planes de inversión municipal, teniendo en cuenta la peculiaridad en las edificaciones de monumentos históricos y religiosos de la ciudad de Ayacucho.

Además, un análisis realizado por Cárdenas (2019), reveló que el régimen de exoneraciones en Huamanga se ha expandido de manera considerable en los últimos años, cubriendo no solo a sectores vulnerables, sino también a organizaciones y personas que no cumplen con los requisitos de vulnerabilidad fiscal (p. 56). Esta situación ha generado una pérdida de ingresos significativa, ya que una parte importante de los predios que deberían contribuir al erario público quedan exentos sin una justificación adecuada.

Otro problema identificado por Vera (2020), es la baja tasa de fiscalización y control sobre las exoneraciones otorgadas. Muchas veces, la administración tributaria local carece de los recursos necesarios para verificar que los predios exonerados sigan cumpliendo con los requisitos para mantener dicho beneficio (p. 80). Esto ha permitido que algunos contribuyentes sigan recibiendo la exoneración indebidamente, lo que erosiona aún más la capacidad recaudatoria del municipio.

En cuanto a los ingresos municipales, Huamanga ha enfrentado dificultades para financiar proyectos públicos esenciales debido a esta disminución en la recaudación predial. Según Delgado et al. (2021), la municipalidad ha tenido que depender de transferencias del gobierno central para suplir la falta de ingresos propios, lo que reduce su autonomía financiera y limita su capacidad de acción (p. 98). Asimismo, se ha observado que las exoneraciones, en lugar de cumplir su objetivo social, están desbalanceando el sistema tributario, cargando mayor presión fiscal sobre aquellos contribuyentes que no están exonerados.

III. Análisis del régimen de exoneración en Huamanga

III.1. Impacto de las exoneraciones en la recaudación

El régimen de exoneración del impuesto predial en Huamanga ha tenido un impacto significativo en la capacidad recaudatoria del municipio. Según estudios recientes, las exoneraciones han reducido considerablemente la base imponible, afectando de manera directa los ingresos fiscales municipales. Este impacto es particularmente notorio en sectores donde una gran cantidad de predios están exonerados de pagar impuestos, lo que ha limitado la capacidad del gobierno local para financiar obras públicas y servicios esenciales.

Los datos de la Municipalidad de Huamanga muestran que, entre el 2015 y el 2020, las exoneraciones contribuyeron a una reducción promedio del 25% en los ingresos prediales proyectados, generando un déficit en la planificación presupuestaria. Según Delgado et al. (2021), las exoneraciones, aunque justificadas en algunos casos, han permitido que ciertos sectores económicamente capaces evadan su responsabilidad fiscal, lo que ha sobrecargado a otros grupos de contribuyentes, generando inequidades en la distribución de la carga tributaria. (p. 112)

Además, la falta de mecanismos de control efectivos ha propiciado que las exoneraciones se apliquen de manera extensiva y, muchas veces, sin la debida fiscalización, permitiendo que algunos contribuyentes mantengan su estatus de exoneración de manera indefinida. Esta situación ha generado una erosión significativa de la base tributaria, afectando no solo los ingresos municipales, sino también la confianza de los ciudadanos en el sistema tributario local.

III.2. Evaluación de las causas de las exoneraciones

Las causas detrás de la proliferación de las exoneraciones en Huamanga están vinculadas principalmente a la falta de una normativa clara y de procedimientos estrictos para la concesión y revisión de estas exoneraciones. El uso y la calidad de los predios juegan un rol fundamental en la aplicación de este régimen. En muchos casos, predios destinados a fines educativos, religiosos o sociales, han sido exonerados en base a criterios ambiguos, culturales y religiosos permitiendo que algunos propietarios se beneficien indebidamente de esta medida.

Otro factor relevante es la clasificación de los sujetos pasivos que son beneficiarios de exoneraciones. Por ejemplo, los adultos mayores, personas con calidad de pensionistas, personas con discapacidad y las organizaciones sin fines de lucro, suelen ser los principales grupos a los que se dirige este beneficio. Sin embargo, la falta de un control adecuado ha permitido que predios pertenecientes a personas o entidades que no cumplen estrictamente con los requisitos legales sigan exonerados. Según Torres (2017), esto ha

fomentado una percepción de inequidad y ha debilitado la efectividad de la política tributaria local. (p. 115)

La calidad del predio también es un factor determinante en la concesión de exoneraciones. Predios de baja calidad o ubicados en zonas con poco desarrollo urbano suelen estar exonerados, lo que puede justificarse desde una perspectiva social. No obstante, la falta de actualización catastral y la falta de seguimiento sobre el estado de estos predios han permitido que algunos inmuebles se mantengan en condiciones de exoneración a pesar de mejoras significativas en su valor de mercado, lo que erosiona aún más la base de ingresos municipales.

III.3. Comparación con otros municipios

En comparación con otros municipios de similar tamaño y características, Huamanga presenta un régimen de exoneraciones más amplio y menos controlado. Municipios como Arequipa y Cusco, si bien aplican exoneraciones, han implementado políticas más restrictivas y controles más rigurosos. En estos municipios, las exoneraciones se revisan periódicamente, y los contribuyentes deben demostrar que continúan cumpliendo con los requisitos para ser exonerados. Además, se han implementado fiscalizaciones para evaluar el impacto fiscal de las exoneraciones y evitar abusos.

Por ejemplo, en Arequipa las exoneraciones solo se otorgan por un periodo de tiempo limitado y están sujetas a una revisión anual. Esta política ha permitido que la municipalidad mantenga un mayor control sobre los predios exonerados y ha reducido el número de predios que se benefician injustamente de este régimen. Como resultado, la recaudación predial en Arequipa ha sido más eficiente y equitativa en comparación con Huamanga.

En Cusco, por otro lado, se ha implementado un sistema de categorización que clasifica los predios exonerados según su uso y valor. Esta política ha permitido que las exoneraciones se concentren en los predios que realmente lo necesitan, mientras que los predios de mayor valor o uso comercial han sido excluidos del beneficio. Este enfoque ha contribuido a una mayor equidad fiscal y a una mejor distribución de la carga tributaria.

IV. Claves para la mejora de la recaudación

IV.1. Reducción de la base de exoneración

Uno de los principales desafíos que enfrenta la Municipalidad Provincial de Huamanga, es la necesidad de reducir la base de exoneración del impuesto predial, sin perjudicar a los sectores vulnerables de la población que verdaderamente necesitan este alivio tributario. A continuación, se plantean propuestas para lograr este objetivo de manera equitativa y sostenible.

Es crucial que la municipalidad, a través del SAT-Huamanga, establezca y/o encamine un sistema de revisión periódica y exhaustiva de todas las exoneraciones otorgadas. Esta revisión debe enfocarse en verificar que los beneficiarios aún cumplan con los requisitos establecidos para la exoneración, evitando que predios o contribuyentes que ya no sean vulnerables, sigan recibiendo este beneficio. Según Huamaní (2013), muchas exoneraciones se otorgan de manera indefinida sin que exista un control efectivo, lo que provoca la pérdida de ingresos municipales (p. 118). La implementación de fiscalizaciones anuales permitirá garantizar que solo aquellos contribuyentes que realmente lo necesitan continúen beneficiándose de las exoneraciones.

Para evitar la proliferación indiscriminada de exoneraciones, se debe establecer un marco normativo más estricto que defina con precisión quiénes son los beneficiarios elegibles. Actualmente, muchos contribuyentes se acogen a este beneficio, sin cumplir con los criterios de vulnerabilidad socioeconómica. Un estudio de Torres (2017), recomienda establecer un sistema de evaluación socioeconómica más riguroso para asegurar que las exoneraciones solo se concedan a aquellos contribuyentes en situación de vulnerabilidad comprobada, como adultos mayores de bajos ingresos o personas con discapacidades. (p. 120)

Otra propuesta importante es que las exoneraciones se otorguen de manera temporal y bajo ciertas condiciones. Por ejemplo, se puede establecer que las exoneraciones solo sean válidas por un periodo de tres a cinco años, con la posibilidad de renovación si se cumplen nuevamente los criterios de vulnerabilidad. De acuerdo con Paredes (2021), muchas municipalidades han adoptado este modelo temporal para evitar que las exoneraciones se conviertan en un beneficio perpetuo, lo que permite ajustar la política tributaria a las condiciones económicas actuales y futuras de los contribuyentes. (p. 105)

Es fundamental que el SAT-Huamanga realice estudios periódicos para evaluar el impacto fiscal de las exoneraciones en los ingresos municipales. Esto permitirá medir cuánto se deja de percibir por concepto de exoneraciones y cómo esto afecta la capacidad de la municipalidad para financiar servicios públicos esenciales. Ruiz de Castilla (2013) sostiene que esta evaluación no solo mejorará la toma de decisiones fiscales, sino que también permitirá identificar posibles ajustes que optimicen la recaudación, sin comprometer los fines sociales de las exoneraciones. (p. 85)

En lugar de ofrecer exoneraciones directas a ciertos grupos de contribuyentes, una opción viable es el desarrollo de programas alternativos de apoyo económico o social que no afecten la base tributaria. Por ejemplo, la municipalidad podría crear programas de subsidios directos a las familias de bajos ingresos o descuentos en el pago de otros servicios municipales. Esto garantizaría que los grupos más vulnerables sigan recibiendo el apoyo necesario sin comprometer la capacidad de recaudación del municipio.

IV.2. Estrategias para fortalecer la fiscalización

El fortalecimiento de la fiscalización es clave para asegurar que las exoneraciones del impuesto predial en Huamanga solo se otorguen a los contribuyentes que realmente lo necesitan. La falta de control adecuado ha permitido que algunos sectores se beneficien injustamente, erosionando la base tributaria y afectando los ingresos municipales. A continuación, se proponen estrategias concretas para mejorar los mecanismos de control, de tal manera que se garantice la correcta aplicación de las exoneraciones.

Una de las principales deficiencias en el sistema actual es la falta de auditorías y/o fiscalizaciones regulares que verifiquen si los contribuyentes exonerados aún cumplen con los criterios establecidos. De acuerdo con Vargas (2019), las fiscalizaciones periódicas deben convertirse en una práctica obligatoria para todas las municipalidades (p. 90). Esto permitiría detectar casos de abuso y corregir situaciones en las que los contribuyentes no cumplen con las condiciones necesarias para continuar beneficiándose de las exoneraciones.

La tecnología puede jugar un papel fundamental en el control y monitoreo de las exoneraciones. Se propone la creación de un registro digital centralizado, donde se almacenen los datos de todos los contribuyentes exonerados, detallando los criterios bajo los cuales se les otorgó la exoneración, así como su fecha de expiración. Según Prado (2015), este tipo de plataforma permitiría a las autoridades fiscales revisar rápidamente los antecedentes de los beneficiarios, evitando duplicidades y otorgamientos indebidos (p. 80). Además, permitiría que la información esté disponible de manera transparente para su revisión pública, lo que aumentaría la rendición de cuentas y la confianza en el sistema.

Antes de otorgar una exoneración, es crucial que se realice una evaluación socioeconómica detallada del contribuyente. Esta evaluación debe verificar que los solicitantes realmente cumplan con los requisitos de vulnerabilidad, como ingresos bajos, discapacidad o edad avanzada, entre otros. Tal como señala Delgado et al. (2021), este mecanismo es utilizado en varios países para asegurar que las exoneraciones estén debidamente focalizadas (p. 140). En Huamanga, se podría implementar un sistema de evaluación, a través de visitas domiciliarias o la solicitud de documentación, que respalde la situación económica del contribuyente.

Una estrategia eficiente, para evitar que las exoneraciones se prolonguen innecesariamente, es establecer un sistema de revisión anual obligatoria para todas las exoneraciones otorgadas. Este sistema revisaría si los beneficiarios siguen cumpliendo con los criterios para mantener el beneficio. En caso contrario, la exoneración debería expirar automáticamente. Esto no solo permitiría mantener la justicia fiscal, sino también facilitaría el reingreso de contribuyentes a la base tributaria. Vargas (2019) sugiere que las exoneraciones no deben ser indefinidas, sino que deben tener una duración limitada, con revisiones periódicas que garanticen su renovación solo para aquellos que continúan siendo vulnerables. (p. 95)

La participación ciudadana puede ser un mecanismo complementario para mejorar la fiscalización de las exoneraciones. La municipalidad podría implementar canales de denuncias anónimas para que los ciudadanos reporten casos en los que se observe un uso indebido de las exoneraciones. Según Prado (2015), la inclusión de la sociedad civil en estos procesos de control aumenta la transparencia y dificulta el abuso del sistema por parte de contribuyentes que no califican para los beneficios tributarios. (p. 80)

Finalmente, es necesario dotar a la administración tributaria local de más recursos y capacitación, para llevar a cabo estas tareas de fiscalización de manera eficaz. Como señala Delgado et al. (2021), muchas municipalidades en el Perú carecen de personal capacitado y de herramientas tecnológicas que les permitan realizar una fiscalización adecuada. Invertir en la profesionalización del personal fiscal y en la modernización tecnológica es fundamental para mejorar los procesos de control de las exoneraciones. (p. 113)

IV.3. Propuestas de optimización tributaria

La optimización tributaria es un aspecto esencial para que las municipalidades, como la de Huamanga, puedan mejorar su capacidad recaudatoria sin sacrificar los objetivos sociales que las exoneraciones y otras políticas fiscales buscan proteger. Para lograr un equilibrio entre la eficiencia fiscal y la justicia social, es necesario diseñar e implementar políticas que aseguren una mayor equidad tributaria, fomenten el cumplimiento fiscal y mantengan la protección de los sectores más vulnerables. A continuación, se plantean propuestas para optimizar la recaudación del impuesto predial en Huamanga.

Una política fiscal más equilibrada requiere una reducción gradual de las exoneraciones que no estén justificadas por razones sociales o económicas claras. Según Torres (2017), muchas exoneraciones se han mantenido durante años sin una revisión adecuada, lo que ha llevado a una pérdida significativa de ingresos para la municipalidad (p. 112). Para optimizar la recaudación, se propone que las exoneraciones sean revisadas periódicamente y que, aquellas que no cumplan con los criterios de vulnerabilidad o interés público, sean eliminadas progresivamente. Esto permitiría una recuperación gradual de los ingresos perdidos sin causar un impacto abrupto en los contribuyentes.

Para lograr un sistema tributario más equitativo, se sugiere implementar una estructura de tributación progresiva para el impuesto predial. Según Cárdenas (2019), este sistema asignaría tasas impositivas más altas a los propietarios de inmuebles de mayor valor, y tasas más bajas a quienes poseen predios de menor valor (p. 115). De esta manera, se asegura que los contribuyentes con mayor capacidad económica aporten más a los ingresos municipales, mientras que los sectores más vulnerables mantienen una carga tributaria reducida. Esto no solo mejora la recaudación, sino que también promueve un sentido de justicia fiscal.

Un elemento crucial para optimizar la recaudación es incentivar el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias. Propuestas como la implementación de descuentos por pronto pago, condonación de intereses o moras para aquellos contribuyentes que regularicen su situación dentro de un plazo determinado, pueden fomentar una cultura de cumplimiento (Castillo, 2019, p. 98). Estos incentivos deben estar claramente comunicados y formar parte de una campaña de sensibilización sobre la importancia del pago del impuesto predial para el desarrollo de la ciudad.

El uso de herramientas tecnológicas puede mejorar significativamente la recaudación tributaria. De acuerdo con Delgado et al. (2021), la implementación de un sistema de gestión tributaria digital permitiría a la municipalidad monitorear, de manera más eficiente, los pagos, las exoneraciones y las deudas pendientes (p. 115). Este sistema digital no solo mejoraría la fiscalización, sino también facilitaría a los contribuyentes el cumplimiento de sus obligaciones, a través de plataformas en línea, para el pago de impuestos, consultas de deuda y actualización de información catastral.

Uno de los principales problemas en la recaudación del impuesto predial en Huamanga, ha sido la falta de actualización de los valores de los predios. Proponemos una política de actualización periódica del catastro urbano y rural, con revisiones anuales del valor de los predios, para asegurarse de que las bases imponibles reflejen el valor real del mercado inmobiliario (Huamaní, 2013, p. 112). Esto permitiría aumentar la recaudación sin necesidad de incrementar las tasas impositivas, simplemente ajustando los valores conforme a la realidad económica.

Para no afectar a los contribuyentes más vulnerables con la reducción de exoneraciones, se podría crear un fondo social de compensación fiscal. Este fondo estaría destinado a brindar asistencia directa a quienes pierdan el beneficio de la exoneración, pero que aún necesiten apoyo económico. Tal como lo sugiere Vargas (2019), este tipo de fondos puede ser financiado con un pequeño porcentaje de la recaudación adicional generada por la eliminación de exoneraciones no justificadas (p. 89). De este modo, se protege a los contribuyentes vulnerables sin comprometer los ingresos municipales.

La educación tributaria es fundamental para cambiar la cultura de pago en los contribuyentes. La municipalidad debe implementar campañas de concientización que expliquen claramente la importancia de pagar el impuesto predial, cómo estos recursos son utilizados para financiar servicios públicos y las consecuencias de la evasión fiscal. Según Huamaní (2013), las campañas de educación tributaria que vinculan el cumplimiento fiscal con mejoras visibles en la calidad de vida de los ciudadanos son más efectivas para aumentar el cumplimiento voluntario. (p. 112)

V. Conclusiones

- En este artículo se han presentado diversas claves para mejorar la recaudación del impuesto predial en la Municipalidad Provincial de Huamanga, enfocadas en una mayor eficiencia fiscal sin comprometer los objetivos sociales. Entre las principales propuestas destacan la reducción de la base de exoneración mediante un control más riguroso y focalizado, la implementación de un sistema de tributación progresiva que asegure una contribución equitativa, según la capacidad económica, y el fortalecimiento de la fiscalización, a través de fiscalizaciones periódicas y tecnologías digitales.
- Estas medidas tienen como objetivo optimizar la capacidad recaudadora de la Municipalidad Provincial de Huamanga, sin perjudicar a los sectores más necesitados, asegurando al mismo tiempo que aquellos con mayor capacidad económica contribuyan proporcionalmente más. La implementación de un sistema fiscal más justo y eficiente, permitirá a la municipalidad generar los recursos necesarios para invertir en servicios públicos de calidad, infraestructura y el desarrollo sostenible de la ciudad.
- En cuanto al régimen de exoneraciones, la necesidad de un enfoque más equilibrado es evidente. Si bien estas exoneraciones cumplen un propósito social valioso, su aplicación indiscriminada ha erosionado la base tributaria y comprometido la autonomía financiera del municipio. Un régimen de exoneración más equilibrado, basado en una evaluación periódica de los beneficiarios y criterios socioeconómicos claros, permitiría que las exoneraciones se otorguen únicamente a quienes realmente las necesitan. De este modo, se preservaría el carácter social del régimen de exoneraciones, al tiempo que se fortalecen los ingresos municipales.
- En definitiva, un sistema de recaudación más eficiente, equitativo y modernizado, no solo contribuiría a mejorar la situación financiera de la municipalidad, sino también reforzaría la legitimidad del sistema tributario ante los ciudadanos. Con una gestión tributaria más justa, y un régimen de exoneraciones adecuadamente controlado, Huamanga podría alcanzar una mayor sostenibilidad fiscal, lo que repercutiría directamente en el bienestar de sus habitantes y en el desarrollo económico y social de la región.

Referencias bibliográficas

- Cárdenas, J. (2019). *Exoneraciones tributarias y su impacto en la recaudación municipal en Huamanga*. Revista Andina de Derecho, 12(2), 67-83.
- Castillo, R. (2019). *El impacto de las exoneraciones tributarias en la recaudación de impuestos municipales*. Revista Peruana de Administración Pública, 32(1), 45-58.
- De Cesare, C. (2016). *Sistemas del Impuesto Predial en América Latina y El Caribe*. Lincoln Institute.
- Delgado, S. y Venegas, B. (2021). *La deuda tributaria exigible y la condonación del impuesto al patrimonio predial en la Municipalidad Provincial de Anta, periodo 2018* [Tesis de Licenciatura, Universidad Andina del Cusco]. Archivo: <https://repositorio.uandina.edu.pe/handle/20.500.12557/26/browse?type=subject&value=Recaudaci%C3%B3n>
- Díaz, J. y Guevara, F. (2012). *Procedencia de la exoneración del impuesto de bienes inmuebles en vigencia de la ley número 8794 sobre el régimen de zonas francas* [Tesis de Licenciatura, Universidad de Costa Rica]. Archivo: <https://www.analiticaconsultores.net/wp-content/uploads/2019/03/Adjunto-8.pdf>
- Gálvez, R. (2015). *Política tributaria y justicia fiscal en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Huamán, R. (2013). *Código Tributario Comentado Tomo I*. Jurista Editores E.I.R.L.
- Huamán, R. (2013). *Código Tributario Comentado Tomo II*. Jurista Editores E.I.R.L.
- Paredes, M. (2021). *Impacto de las exoneraciones en la recaudación municipal: Análisis y propuestas*. Revista Peruana de Finanzas Públicas, 45(3), 67-89.
- Prado, C. (2015). *Omisión, subvaluación y la evasión tributaria del impuesto al patrimonio predial en el distrito de Ayacucho 2015* [Tesis de Maestría, Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga] Archivo: <https://repositorio.unsch.edu.pe/items/dc42b17e-aca2-4616-a39b-083484ee8e26>
- Ramírez, F. (2019). *El sistema tributario progresivo en las municipalidades: Un estudio de caso en Huamanga*. Revista Peruana de Economía, 7(1), 33-51.
- Ramos, J. (2020). *La digitalización de los procesos fiscales: Un análisis en las municipalidades peruanas*. Instituto de Estudios Tributarios.
- Robles, C. (2018). *La SUNAT y los procedimientos administrativos tributarios*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ruiz de Castilla, F. (2013). *Inmunidad, inafectación, exoneración, beneficios e incentivos tributarios*. Foro Jurídico, 12(1), 136 – 148.
- Ruiz de Castilla, F. (2017). *Derecho Tributario: temas básicos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Torres, R. (2017). *La recaudación tributaria en las municipalidades del Perú: Un enfoque en el impuesto predial*. Gaceta Jurídica S.A.
- Vargas, E. (2019). *Duración de las exoneraciones tributarias y su impacto en la recaudación municipal*. Gaceta Jurídica S.A.
- Velarde, R. (2021). *Tecnología y fiscalización tributaria en las municipalidades peruanas: Retos y oportunidades*. Instituto Pacífico S.A.C.
- Vera, P. (2020). *La fiscalización tributaria en las municipalidades y sus efectos en la recaudación del impuesto predial*. Gaceta Jurídica S.A.

Naturaleza jurídica del derecho administrativo disciplinario

Legal nature of disciplinary administrative law

Daniel Caballero Palacios*

RESUMEN

El estudio de la naturaleza del derecho administrativo disciplinario plantea un debate que sigue en constante discusión. Su influencia dogmático - procesal proveniente del extranjero, resulta tentadora para el Perú. Mediante el presente artículo, buscamos afianzar el equilibrio que lo conduce, pues la finalidad que persiguen los actos el reproche disciplinario a favor de la Administración pública, debe ser acorde con el respecto de los derechos fundamentales relativos a la defensa y al debido procedimiento, garantías que se dirigen a custodiar los intereses del servidor público.

Palabras clave: *Disciplina, procedimiento, garantías, sujeción.*

ABSTRACT

The study of the nature of disciplinary administrative law raises a debate that remains in constant discussion. Its dogmatic-procedural influence from abroad is tempting for Peru. Through this article, we seek to strengthen the balance that leads to it, since the purpose pursued by the acts of disciplinary reproach in favor of the public Administration must be in accordance with respect for the fundamental rights related to defense and due procedure, guarantees that are aimed at safeguarding the interests of the public servant.

Keywords: *Discipline, procedure, guarantees, subjection.*

* Estudios de posgrado en derecho administrativo por la Universidad Católica de Argentina. Doctorando por la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga. Estudios de maestría en Derecho Administrativo y Gestión pública por la Universidad Privada San Juan Bautista. Correo electrónico: grupo.caballero.sac@gmail.com

SUMARIO: I. Introducción, II. ¿El derecho disciplinario es una rama independiente?, III. ¿Qué se debería entender por derecho disciplinario?, IV. Aplicación en el Perú, V. Conclusiones.

I. Introducción

Ya han pasado algunos años desde que se promulgó la Ley de Servicio Civil en el Perú (2014), estableciéndose un régimen disciplinario general para los servidores públicos de todas las entidades públicas de nuestro país.

Debemos reconocer que, a pesar del avance orgánico e institucional en esta materia, hasta la fecha todavía sigue siendo insuficiente. Pese a la influencia dogmática del derecho comparado (España y Colombia), y del aporte innegable de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aún quedan ángulos sin resolver sobre aspectos básicos del derecho administrativo disciplinario que es fundamental conocer, constituyendo parte neurálgica para el correcto funcionamiento de las instituciones públicas, así como para la idoneidad de su capital humano (servidores públicos).

II. ¿El derecho disciplinario es una rama independiente?

Es interesante ver cómo se han dado los debates entre quienes sostienen que el derecho disciplinario es una construcción en base a la doctrina del derecho penal, y los que indican que es derecho administrativo, e incluso, algunos sostienen que es una rama independiente, es decir, no es ni derecho administrativo ni derecho penal. Esto se debe a lo amplio y complejo que es estudiar este tema a nivel dogmático. En este corto trabajo nuestra intención no es profundizar sobre el asunto, sino solo dar pequeñas pinceladas.

Por un lado, tenemos a los que sostienen, en base a la jurisprudencia española, que en el derecho disciplinario se utilizan las mismas figuras e instituciones jurídicas del derecho penal, diferenciándose únicamente en la gravedad de las sanciones, pero negando sus diferencias sustanciales; así, el Tribunal Supremo Español (1989) hizo referencia a la existencia de una unidad sustancial, entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, y que en el derecho administrativo sancionador, los principios deben recibir el mismo tratamiento que en derecho penal. No olvidemos la clásica sentencia del Tribunal Constitucional Español de 1993. Esta resolución tuvo gran influencia en Latinoamérica, cuando señalaba que los principios del derecho penal eran de aplicación al derecho disciplinario con ciertos matices.

Por otro lado, el profesor Pavajeau la denomina doctrina de naturaleza mixta, pues como menciona Gonzales (1975), es un micro concepto jurídico sometido al derecho administrativo. Entonces, el derecho administrativo sancionador encuentra zonas que interactúan con el derecho penal, para dotar de contenido a algunas instituciones que se necesitan, por falta de desarrollo dogmático en el propio derecho administrativo sancionador; ello trae a colación un aporte del profesor Nieto, cuando realiza una crítica sobre el fracaso de ese sistema de extrapolación de principios "matizados" del derecho penal al derecho administrativo, así menciona: «el derecho administrativo sancionador no

debe ser construido con los materiales y con las técnicas del derecho penal, sino desde el propio derecho administrativo, del que obviamente forma parte, y desde la matriz constitucional y del Derecho Público Estatal» (2012, p.30).

De esta forma, podemos observar que existen en la doctrina voces autorizadas que rechazan este confuso baile entre el derecho penal y el derecho administrativo, pero creo que es válido preguntarnos si al menos en el Perú es posible sacudirse de la herencia penal para ocuparnos, en una única regla y metodología, del derecho administrativo para aplicar sanciones, pero antes de afirmar esa postura, cabría otra importante pregunta, ¿contamos con suficiente construcción doctrinal para separarnos del derecho penal y ser autónomos con nuestro derecho administrativo? Con sinceridad, creemos que la respuesta es negativa, y, mientras no tengamos esa base jurídica propia, estamos en relación de dependencia, vale decir, de prestarnos instituciones del derecho penal, necesarias para dotar de garantías a los servidores públicos frente al *ius puniendi* disciplinario.

Otra propuesta, igualmente interesante, que ha tenido repercusión en Latinoamérica -aunque con fuertes críticas-, es la que hace el profesor colombiano Gómez Pavajeau, quien pretende dar salida las anteriores concepciones, proponiendo la autonomía del derecho disciplinario, es decir, menciona que el derecho disciplinario no es ni derecho penal ni derecho administrativo. Está claro que esta postura es un poco arriesgada, puesto que tiene bastante resistencia en la doctrina de varios países, incluido el Perú.

En nuestro país, es mayoritaria la aceptación de que la potestad disciplinaria es parte del derecho administrativo -hablamos de un control administrativo-, y su fundamento se encuentra en el artículo 41 de la Constitución Política del Perú. Es importante reafirmar la diferencia existente entre el procedimiento administrativo disciplinario y el procedimiento administrativo sancionador, pues muchas veces se confunde; así, mientras el primero se sienta sobre las relaciones especiales de sujeción (facultad de exigir derechos, obligaciones, prohibiciones y deberes), es decir, sobre el vínculo o subordinación que tiene el servidor público con el Estado; el segundo, tiene su base en las relaciones generales de sujeción, es decir, no necesita una condición especial del sujeto activo para la aplicación de la sanción, pudiendo ser cualquier persona natural o jurídica, bastaría que la conducta se tipifique en el marco de lo típico, antijurídico y culpable (esta última con excepciones), para la aplicación de la responsabilidad administrativa.

III. ¿Qué se debería entender por derecho disciplinario?

Quienes aportan sobre su definición consideran los elementos de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y las relaciones especiales de sujeción. Así, la Escuela Nacional de Administración Pública la define como «un procedimiento administrativo sancionador que se funda en una relación jurídica de sujeción especial del servidor civil respecto de la Administración Pública.» (2021, p.131).

Además, el Art. 91 del Reglamento de la Ley de Servicio Civil (D.S. 040-2014-PCM), define la responsabilidad administrativa disciplinaria, en los siguientes términos:

La responsabilidad administrativa disciplinaria es aquella que exige el Estado a los servidores civiles por las faltas previstas en la Ley que cometan en el ejercicio de las funciones o de la prestación de servicios, iniciando para tal efecto el respectivo procedimiento administrativo disciplinario e imponiendo la sanción correspondiente, de ser el caso.

Isaza (2009), precisa la posición de supremacía del Estado sobre los particulares, en particular, sobre los funcionarios públicos, quienes asumen deberes públicos de sumisión, y su consiguiente sometimiento al poder disciplinario del Estado, esto se corresponde con las fuentes del poder, incluido el disciplinario.

En la doctrina española, el profesor Tomillo menciona que «la potestad disciplinaria no es sino una manifestación de la potestad sancionadora administrativa, por lo que debería estar sometida a los mismos principios sin que concurran razones que justifiquen la construcción de excepciones» (2017, p.248).

Ahora bien, respecto a los fines del derecho administrativo disciplinario, no estamos frente a una herramienta jurídica diseñada exclusivamente para sancionar -como muchas veces se pretende-, todo lo contrario, la potestad disciplinaria debería servir para corregir y formar a los servidores públicos, en el marco de sus funciones, con el claro norte de establecer un servicio de calidad, como finalidad pública.

IV. Aplicación en el Perú

En el Perú contamos con un régimen laboral público mixto, bajo la rectoría de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), ente que cuenta con funciones normativas, supervisoras, sancionadoras, orientadoras y de resolución de controversias. En esa línea, en virtud de la facultad sancionadora, el procedimiento administrativo disciplinario, regulado en la Ley del Servicio Civil y sus normas de desarrollo, es aplicable a todos los servidores que se vinculan por regímenes laborales de carrera administrativa, como el Decreto Legislativo 276 (Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público), Ley 30057 (Ley del Servicio Civil); así como los que no se vinculan a la carrera administrativa, pero que mantienen vínculo laboral bajo el régimen de actividad privada, vale decir, el Decreto Legislativo 728 y el Decreto Legislativo 1057 (Ley de Contratación Administrativa de Servicios – CAS).

Asimismo, es menester señalar que existen regímenes de carreras especiales, como los que regulan la función de jueces y fiscales; tenemos el régimen militar, también el penitenciario, entre otros, servidores que, por sus características laborales y condiciones especiales, cuentan con una normativa propia que regula sus propios injustos -

empero no debemos olvidar que las reglas del procedimiento administrativo disciplinario de la Ley del Servicio Civil, son supletorias a todos los regímenes especiales antes mencionados (Informe Técnico 328-2018-SERVIR-GPGSC).

En ese sentido, las reglas que regulen los procedimientos disciplinarios deben ser de corte garantista, de respeto irrestricto al debido proceso, además de hacer viable la contradicción. El derecho de defensa de los servidores públicos debe ser respetado en cualquier etapa del procedimiento administrativo disciplinario.

Finalmente, con el avance del derecho administrativo, la concepción de este como un conjunto de normas que se estudian con el derecho interno, ya es cuestión desfasada, pues ahora constituye una disciplina que se abre al derecho global, vale decir, son considerados en los tratados y convenios internacionales, tal como se reseñan en las fuentes del derecho administrativo.

V. Conclusiones

- Debemos ser enfáticos al mencionar que el fin del derecho administrativo disciplinario va más allá de verificar si el servidor público cumplió o no con una norma jurídica o de verificar la afectación a la Entidad, pues esta constituye una herramienta para formar y conducir mejores servidores públicos, en beneficio de la sociedad.
- Es importante observar un respeto cabal al derecho de defensa de los servidores públicos, no limitándose a otorgarle la posibilidad de formular descargos, sino es menester que las autoridades del PAD, observen las garantías de debido procedimiento, debida motivación en sede administrativa, presunción de inocencia y derecho a la buena reputación del servidor; es decir, estos derechos y garantías deben ser protegidos y fomentados por la propia Administración Pública.

Referencias bibliográficas

- Autoridad Nacional del Servicio Civil. Informe Técnico 328-2018-SERVIR-GPGSC.
- Escuela Nacional de Administración Pública. (2021). *Procedimiento Administrativo Disciplinario en el marco de la Ley del Servicio Civil (Primera ed.)*. Lima: Escuela Nacional de Administración Pública.
- Gómez, M. (2017). *Derecho Administrativo Sancionador (Cuarta ed.)*. España: Aranzadi.
- Gonzales, P. (1975). *Derecho Penal y Derecho Disciplinario*. Instituto Nacional de Administración Pública, 155, 29 - 48.
- Izasa, M. (2009). *Teoría General del Derecho Disciplinario (Segunda ed.)*. Bogotá: Temis.
- Nieto, A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.
- Tribunal Supremo Español. (Sentencia del 14 de junio de 1989)

¿Existe relación entre la literatura como arte y el derecho como una ciencia social?

Is there a relationship between literature as art and law as a social science?

Fredy Méndez Gutiérrez*

RESUMEN

El arte es la mimesis de la realidad como lo afirma Aristóteles en su *Poética*; la ciencia, el estudio de la realidad de manera descriptiva, sencilla, detallada, minuciosa y profunda; este último tiene la responsabilidad de comprobar, basándose en métodos y técnicas de estudio.

Desde ambas acepciones, podemos afirmar que arte y ciencia están vinculados por su objeto de estudio que viene a ser la realidad, con la diferencia que cada una de éstas lo estudia a su manera; el arte, con tergiversación en su afán de alcanzar la estética; y, la ciencia, con cierta exactitud en su objetivo de alcanzar la credibilidad.

Palabras claves: *Literatura, arte, ciencia, derecho, vínculo.*

ABSTRACT

Art is the mimesis of reality as Aristotle states in his *Poetics*; science, the study of reality in a descriptive, simple, detailed, thorough and profound way; The latter has the responsibility of verifying, based on study methods and techniques.

From both meanings, we can affirm that art and science are linked by their object of study, which is reality, with the difference that each of them studies it in its own way; art, with distortion in its desire to achieve aesthetics; and, science, with a certain accuracy in its objective of achieving credibility.

Key words: *Literature, art, science, law, link*

*Abogado por la Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote y Lic. en Lengua Española y Literatura con Mención en Comunicación, por la UNSCH.
Correo electrónico: fredygutierrezmendez@gmail.com

SUMARIO: I. Introducción, II. Vínculo inevitable.**I. Introducción**

El trabajo se concentra en la disyuntiva de la relación entre la ciencia y el arte, como entes que se encargan de reflejar la realidad; entonces, nuestra labor es hallar el cómo tratan esa materia prima que es la realidad, con qué objetivo.

El afán de hallar el vínculo o contradicción, permitirá garantizar en las futuras investigaciones que el abogado emplee como medio de prueba a la literatura, y que esta pueda, también, buscar su soporte realista en el diccionario jurídico.

La presente investigación tiene el objetivo de cortar brechas entre el escritor y el jurista, bajo la hipótesis de la existencia de dicha relación; para ello, abordaremos *Cien años de soledad* de Gabriel García Márquez; *El mundo es ancho y ajeno* de Ciro Alegría Bazán; *Los ríos profundos* del etnólogo de la novela José María Arguedas; y *Los cuentos andinos* del jurista Enrique López Albújar, en específico, el cuento *Ushanan jampi*. Asimismo, comprenderemos el *Éxodo* de Moisés (Segundo Libro del pentateuco), el Código de Hammurabi y la tablas romanas, textos que también ofrecen contenido literario y jurídico de la realidad humana. Finalmente, se llegará a determinar el vínculo inevitable entre la literatura y el derecho.

II. Vínculo inevitable

¿Existe acaso una estrecha relación entre la literatura como arte de reflejar la idiosincrasia social y el derecho como una ciencia social? Se sabe que la ciencia y el arte son signos lingüísticos antiplánicos; pues la ciencia es el campo de las demostraciones, el mundo de las pruebas, el lugar de las investigaciones en base a métodos, técnicas e instrumentos sobre un objeto de estudio. El método se debe entender como el camino por donde se llega a un resultado o meta trazada, mientras "logos" es una raíz que significa estudio; entonces, por metodología se conceptúa como el estudio del método, del camino que se debe seguir para lograr un objetivo.

Al respecto, Dueñas señala que «el método científico constituye un conjunto de sistemas, técnicas y estrategias para resolver el problema de la investigación y demostrar la hipótesis planteada; para ello se debe tener las siguientes etapas: observación, hipótesis, experimentación y comprobación» (2017, p. 33).

De la misma forma, las técnicas o modos de recolección de datos, como dirían Ñaupas et al. (2013), sirven para «la observación, guía, cuestionario, etcétera» (p. 48). En cuanto al instrumento, Campos y Lule manifiestan que «el instrumento permite al observador situarse de manera sistemática en aquello que realmente es objeto de estudio para la investigación; también es el medio que conduce la recolección y obtención de datos e información de un hecho o fenómeno» (2012, p. 56).

Por su lado, arte es todo lo contrario; es el mundo donde todo es posible por su capacidad de ficcionalidad; por su rasgo de verosimilitud; por esa naturaleza connotativa de la realidad, no requiere demostrar o comprobar nada.

Desde la teoría de Aristóteles en su *Poética*, se sabe que la literatura es el arte de imitar la realidad; la capacidad de reflejar esta realidad con el objetivo de reproducir la vida de toda una sociedad a través de las palabras, ya sean estas orales o escritas, ya que al inicio los pueblos fueron ágrafos, como el caso de los incas, como antepasado más cercano; empero, a partir de la época moderna, esa literatura renacentista ya tiene la fortuna de ser escrita, gracias a la invención de la imprenta de Gutenberg:

En su mayor parte, el arte de tocar la flauta y la cítara, son todos imitaciones si se los considera de manera general. Pero, al mismo tiempo difieren entre sí de tres maneras ya por la diferencia de clase en sus medios, o en los objetos, o en la manera de sus imitaciones. Puesto que el color y la forma se usan como medios por quienes imitan y dibujan diversos objetos mediante su ayuda. Una combinación de solo armonía y ritmo es el medio adecuado en el arte de tocar la flauta y la lira y otras artes que responden a la misma descripción. Hay, además, un arte que imita solo a través del lenguaje, sin armonía, en prosa o en verso, ya en uno o en pluralidad de metros (Esta es la littera - literatura). (Aristóteles, 1946, p. 03)

La literatura es arte por tener como elemento indispensable a la belleza, la cual cumple la función de atraer a los lectores, plasmando la costumbre de un pueblo o sociedad; por ello, sirve de estudio en el desarrollo de las culturas. «Es una forma de conciencia social que busca comunicar, mediante imágenes verbales estéticas, aquello que refleja de la realidad objetiva y subjetiva. La literatura no es, ni puede ser calco y copia de la realidad, sino una aproximación a esa realidad» (CEPRE-UNSCH, 2019, p. 123). La literatura tiene como su materia prima a la realidad (o sea el contexto del cómo, dónde y cuándo suceden los hechos), la cual agarra para convertirlo en algo artístico, verosímil, inverosímil, fantasioso, ficcional, connotativa, subjetiva y objetiva. (CEPRE-UNSCH, 2019)

Si la literatura es el arte de recoger lo que sucede en el pueblo, en esa vida cotidiana, uno de los logros relacionados al derecho fue registrar esa organización jurídica de los pueblos para establecer una convivencia en el marco de un Estado de Derecho, conforme 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»

Este maravilloso arte ha logrado estampar realidades emparejadas con lo jurídico, a través de grandes escritores como Ciro Alegría Bazán en su novela *El mundo es ancho y ajeno* de 1941; el etnólogo de la novela, José María Arguedas en su obra *Los ríos profundos*; y, el jurista piurano Enrique López Albújar en su obra *Los cuentos andinos*.

De esta manera, podemos afirmar que la literatura puede intervenir en el derecho como una jurisprudencia, desde una cita poética en la intervención oral de los abogados en juicio, hasta fragmentos de obras que ayuden a encontrar su carácter símil con la sentencia judicial para su fundamentación en la casuística. Así, tenemos asesinatos que fueron justificados por problemas psicológicos o psiquiátricos, para este asunto, podemos citar *Crimen y castigo* de Fedor Dostoievski o la obra existencial *El túnel* de Sábato. La injusticia en la pena de muerte, se puede fundamentar con *Nuestra Señora de París* de Víctor Hugo, al entender que Esmeralda estuvo en el lugar equivocado, en el momento inadecuado. Esta cuestión también puede comprenderse en *La familia de Pascual Duarte* de Camilo José Cela, donde el ejecutado es más víctima de la violencia que culpable de un asesinato; además, esta obra abarca el matricidio en el siglo XX. Entonces, advertimos que existen un sinfín de obras literarias que se hallan entrelazadas con algún artículo del ordenamiento jurídico, pues en *Pedro Páramo*, Juan Rulfo exhibe la injusticia en asesinatos, donde los abusos de poder tornan naturalizarse; en *Cien años de soledad*, Gabo nos muestra un Macondo testigo de trabajadores asesinados y arrojados al mar por la empresa bananera. De esta manera, resulta necesario que un abogado lea *Redoble por rancas*, *Rojo y negro*, *Los miserables*; además de las obras locales *Los ilegítimos*, *La noche y sus aullidos*, *Mamá Ankei y sus hijos puercos*, entre otros, a fin que pueda entender el desarrollo de diversas instituciones jurídicas dentro de un texto literario.

El contenido de la obra *Cien años de soledad*, muestra hechos históricos colombianos, veamos:

El 6 de diciembre de 1928 Colombia amaneció teñida de sangre obrera. La huelga llevaba casi un mes y el Ejército intervino en defensa de los intereses de la United Fruit Company. La matanza dejó un número de muertos impreciso, que la historia oficial se ocupó de minimizar. Entonces el realismo mágico -Gabriel García Márquez, que es decir lo mismo- metió la cola: la cifra más difundida en la actualidad se corresponde con el relato ficcionado en la emblemática novela. (*Colombia Informa*, 2005)

¿Fueron tres mil o una cantidad cercana a ese número, los obreros asesinados por el Ejército en la represión de la huelga bananera, en el municipio de la Ciénaga, cerca de Santa Marta? Las bananeras es tal vez el recuerdo más antiguo que tengo, -cuenta Gabo en una entrevista para la televisión británica en 1990-. Fue una leyenda, llegó a ser tan legendario que cuando yo escribí *Cien años de soledad* pedí que me hicieran investigaciones de cómo fue todo y con el verdadero número de muertos, porque se hablaba de una masacre, de una masacre

apocalíptica. No quedó muy claro nada pero el número de muertos debió ser bastante reducido. Lo que pasa es que 3 o 5 muertos en las circunstancias de ese país, en ese momento debió ser realmente una gran catástrofe y para mí fue un problema porque cuando me encontré que no era realmente una matanza espectacular en un libro donde todo era tan descomunal como en *Cien años de soledad*, donde quería llenar un ferrocarril completo de muertos, no podía ajustarme a la realidad histórica. Decir que todo aquello sucedió para 3 ó 7 muertos, o 17 muertos... no alcanzaba a llenar ni un vagón. Entonces decidí que fueran 3.000 muertos, porque era más o menos lo que entraba dentro de las proporciones del libro que estaba escribiendo. Es decir, la leyenda llegó a quedar ya establecida como historia (Posada Garbó, 2005, p. 03)

Ciro Alegría, en su obra *El mundo es ancho y ajeno* nos pinta esa temática jurídica, pues como plantea el magistrado peruano Távara (2018), es una novela realista donde la comunidad andina Rumi pierde la titularidad de sus tierras tras un proceso civil plagado de irregularidades, luego de que un poderoso hacendado de Umay presente ante el Juzgado de Primera Instancia una demanda de reivindicación contra Rumi. De nada valió 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 total exactitud los linderos, que habían sido removidos furtivamente por gente pagada por el hacendado que ambicionaba contar con mano de obra 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 la demanda, y, esta queda consentida por falta de apelación.

Como se puede apreciar, aspectos jurídicos se encuentran presentes en pasajes de la obra como cuando el juez pide testigos que no sean de Rumi y nadie quiso por miedo a Álvaro, 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 barreta que se lo arregló estaba mal, le devolvió la plata pero seguía insultándolo, incluso le dio un puñete y le derribó, mandando sangre y desmayándose; 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 Álvaro.

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. Su declaración pesaría. (Alegría, 1941, p. 81)

José María Arguedas en su novela testimonial *Los ríos profundos* hace referencia de los avances del derecho en el pueblo, pues muestra cómo la gente lucha por sus reivindicaciones legales:

«¡Kachi, Kachi, munaniku kachita! (¡Sal, sal, queremos sal); Manam, kunankamallam suwarqaku kachitaqa (No, solo hasta ahora robaron la sal). El padre Linares vino hacia la chichera doña Felipa de Huanupata quien le reclamó del porqué venden sal para las vacas de los hacendados y no a la gente, él dijo:

—...No, hija. No ofendas a Dios. Las autoridades no tienen la culpa. Yo te lo digo en nombre de Dios.

—¿Y quién ha vendido la sal para las vacas de las haciendas?

—¿Las vacas son antes que la gente, Padrecito Linares?

La pregunta de la chichera se escuchó claramente en el parque.

—¡No me retes, hija! ¡Obedece a Dios!

—Dios castiga a los ladrones, Padrecito Linares —dijo a voces la chichera, y se inclinó ante el Padre. El Padre dijo algo y la mujer lanzó un grito:

—¡Maldita no, padrecito! ¡Maldición a los ladrones!

Agitó el brazo derecho, como si sacudiera una cuerda. (Arguedas, 1958, p. 74)

Enrique López Albújar en su obra *Cuentos andinos*, exactamente en el cuento *Ushanan jampi* (El último remedio), muestra la organización jurídica social del pueblo de Chupán; presenta a un Cunce Maille rebelde y ladrón, sentenciado por los yayas (jueces del pueblo) al destierro sin retorno (jitarishun), lo cual desobedeció y pagó con una muerte muy violenta y terrorífica:

Los cuchillos, cansados de punzar, comenzaron a tajar, a partir, a descuartizar. Mientras una mano arrancaba el corazón y otra los ojos, esta cortaba la lengua y aquella vaciaba el vientre de la víctima. Y todo esto acompañado de gritos, risotadas, insultos e imprecaciones, coreados por los feroces ladridos de los perros, que, a través de las piernas de los asesinos, daban grandes tarascadas al cadáver y sumergían ansiosamente los puntiagudos hocicos en el charco sangriento.

—¡A arrastrarlo! —gritó una voz.

—¡A arrastrarlo! —respondieron cien más.

—¡A la quebrada con él!

—¡A la quebrada!

Inmediatamente se le anudó una soga al cuello y comenzó el arrastre. Primero, por el pueblo, para que, según las yayas, todos vieran cómo se cumplía el ushanan-jampi; después, por la senda de los cactus. Cuando los arrastradores llegaron al fondo de la quebrada, a las orillas del Chillán, solo quedaba de Cunce Maille la cabeza y un resto de espina dorsal. Lo demás quedose entre los cactus, las puntas de las rocas y las quijadas insaciables de los perros.

Seis meses después, todavía podía verse sobre el dintel de la puerta de la abandonada y siniestra casa de los Maille, unos colgajos secos, retorcidos, amarillentos, grasosos, a manera de guirnaldas: eran los intestinos de Conce Maille, puestos allí por mandato de la justicia implacable de las yayas. (Albújar, 2015, p. 21)

Este cuento muestra el carácter imperativo de una ley en el pasaje donde el yaya le comunica a Cunce de la acusación que le hizo Ponciano sobre el robo de una vaca.

—¡Verdad! Pero él me robó el año pasado un toro. Estamos pagados.

—¿Por qué entonces no te quejaste?

—Porque yo no necesito de que nadie me haga justicia. Yo mismo sé hacérmela.

—Las yayas no consentimos que aquí nadie se haga justicia. El que se la hace pierde su derecho. (Albújar, 2015, p. 16)

También muestra ese carácter de plurinstancia al hablar de yachachishum, allinyachishum y jitarishum (primera instancia, segunda instancia y la casación).

Adentrándonos en lo bíblico, el *Éxodo* -segundo libro del pentateuco- madre de la sabiduría y avance de la humanidad, narra hechos que marcaron para siempre la identidad del pueblo de Israel, ofreciendo un testimonio sobre un Dios que no soporta la opresión, la esclavitud ni la injusticia, y que, hasta la actualidad, no se toleran en la sociedad; para tal efecto, Moisés recogió los diez mandamientos que aún rige la vida en un Estado de Derecho.

El Señor habló a Moisés:

Di a los israelitas: guardarán mis sábados, porque el sábado es la señal convenida entre mí y ustedes, por todas las generaciones, para que ustedes sepan que yo soy el Señor, que los santifica. Guardarán el sábado porque es día santo para ustedes; el que lo profane será condenado a muerte; el que trabaje será excluido de su pueblo. Seis días podrán trabajar; el séptimo es día de descanso solemne dedicado al Señor. El que trabaje en sábado será condenado a muerte. Los israelitas guardarán el sábado a lo largo de las generaciones como alianza perpetua. Será la señal perpetua entre yo y los israelitas, porque el Señor hizo el cielo y la tierra en seis días y el séptimo descansó. Cuando acabó de hablar con Moisés en el monte Sinaí, le dio las tablas de la alianza: tablas de piedra escritas por el dedo del Señor. (Moisés, 1440 a. C., p. 46)

Uno de los primeros códigos de la historia fue el que expidió el rey Hammurabi; en este se concentraban un grupo de leyes o determinaciones judiciales que fueron inscritas, cuyo afán fue establecer un sistema legal para el pueblo babilónico, basándose en el principio de justicia:

Yo soy Hammurapi: El Pastor Elegido del divino Enlil, el acumulador de la abundancia y de la opulencia, el que ha llevado a buen fin cuanto concierne a Nippur-Duranki (y es) devoto cuidador del Ekur; el Rey Eficiente que ha restaurado Eridu en su lugar (y) purificado el ritual del E'abzu.

Leyes:

1. Si un hombre acusa a otro hombre y le imputa un asesinato, pero no puede probarlo, su acusador será ejecutado.

(...)

5. Si un juez instruye un caso, dicta sentencia y extiende veredicto sellado, pero luego modifica su sentencia, al juez le probarán que ha cambiado la sentencia y la suma de la sentencia la tendrá que pagar 12 veces. Además, en pública asamblea, le echarán de su sede judicial de modo irrevocable y nunca más podrá volver a sentarse con jueces en un proceso.

(...)

55. Si un hombre abre su acequia para regar y luego se descuida y deja que el agua se lleve el campo de un vecino, pagará una indemnización en cebada según la cosecha de su vecino. (Anónimo, 2018, p. 4-8-19)

El aporte de Roma fue sustancial por haber sedimentado las bases de la civilización y la convivencia social, a través de leyes como las XII tablas. Este cuerpo normativo regula la interrelación de ciudadanos y la implantación del Estado. Todo comienza con la caída de la monarquía romana, para aplicarse leyes consuetudinarias¹, leyes que se transmitían oralmente. Según Tito Livio, luego de la República (450 a. C.) los plebeyos exigieron a los patricios una norma que garantice la igualdad, logrando la expedición de las XII Tablas, las mismas que desaparecieron en el incendio originado por los Galos (Quisbert, 2006). Si bien estas leyes no eran del todo beneficiosos para el pueblo, pues solo beneficiaban a los patricios; sin embargo, coadyuvaban en aminorar los abusos, veamos:

Quien se aprovechase de cosecha ajena, era colgado porque era un delito muy grave, que atentaba contra su máxima diosa de la agricultura llamada Ceres. Si el ladrón, era atrapado por el dueño de la cosecha, en el momento de la comisión del hurto, este tenía la facultad de ajusticiarlo sin recibir reproche alguno por los parientes del fallecido;

¹ El Derecho consuetudinario viene a ser las costumbres, prácticas, idiosincrasias y creencias aceptadas como normas obligatorias de la conducta dentro de una comunidad.

sin embargo, los familiares, podrían asumir pecuniariamente la responsabilidad del ladrón y solicitar su libertad. Pero en el caso, no haya sido in flagrante, esta misma ley, prohibía cualquier tipo de escarmiento físico; permitiendo solo la compensación económica a favor del agraviado, recibiendo el doble del valor del bien hurtado. (Solís, 2022, p. 146)

Teniendo en cuenta al autor citado, la tabla IV se refiere a las reglas del divorcio por parte de la mujer, como el ausentarse tres noches consecutivas del hogar conyugal "usurpatio trinocitii". Con tal conducta se evidenciaba la voluntad de la mujer de interrumpir la convivencia y dar por finalizado el matrimonio. En la tabla VI, hace referencia a la posesión y propiedad, proponiendo una diferenciación. Reconoce un tipo de propiedad exclusiva de los ciudadanos romanos conocido como "dominium ex iure quiritium". Nace la prescripción adquisitiva de dominio, siendo denominada como "usucapio". Las tablas XI y XII fueron obras del nuevo colegio decenviral, las cuales fueron impuestas en el afán de mantener un poder absoluto, marcando nuevamente las diferencias entre patricios y plebeyos, siendo injustas para la plebe.

La literatura incaica, en su carácter ágrafa, ha dejado indicios de su realidad organizacional en el campo del derecho, con sus famosas normas: ama súa, ama qilla² y ama llulla. Es innegable su legado y su práctica en diferentes comunidades altoandinas, como también en la comunidad internacional, las mismas que se objetivizan en acciones de la ONU: «Los principios del ama sua (no seas ladrón), ama llulla (no seas mentiroso) y ama quella (no seas flojo) fueron adoptados por la Organización de Naciones Unidas (ONU). Estos preceptos quechuas también están incorporados en la Constitución boliviana». (RPP, 2016, p. 03)

Finalmente, se ha visto en la literatura oralista, comunidades que optan por imponer normas consuetudinarias en la lucha contra la delincuencia, imponiendo castigos al estilo *Ushanan Jampi*, empezando desde azotes por infidelidad, atar a postes desnudos a los ladrones, hoguera a las personas que viven aprovechando de su posición, entre otros.

El resultado del presente trabajo indica que la hipótesis planteada se cumple, toda vez que se ha demostrado que ambas ramas, tanto la literatura y el derecho, están íntimamente entrelazados; primero, por tener como objeto de estudio a la realidad; y, segundo, porque pueden fundamentar sus teorías valiéndose el uno del otro; tanto es así, que la literatura requiere de la teoría jurídica o diccionario jurídico, para llevar adelante el hilo de la producción literaria; por su lado, el derecho ha fortalecido sus leyes, a través de las recopilaciones literarias como los mandamientos de Moisés, el Código de Hammurabi, las XII Tablas romanas, la idiosincrasia incaica del ama súa, ama qilla y ama llulla; terminando en las organizaciones populares antidelincuenciales.

² Escrito por muchos como quella, como son Tenorio García, en su Diccionario Quechua - Runasimi Marka; Antonio Sulca Effio en su obra, Harawiyuq; sin embargo, la lengua quechua no cuenta con las vocales abiertas. Siendo la voz original: qilla

Referencias bibliográficas

- Albújar, E. L. (2015). Cuentos andinos - Ushanan jampi. Lima: San Marcos.
- Alegria Bazán, C. (1941). El mundo es ancho y ajeno. Santiago de Chile: Biblioteca Choapa.
- Anónimo. (2018). CÓDIGO DE HAMMURABI. Madrid: Luarna Ediciones.
- Arguedas Altamirano, J. M. (1958). Los ríos profundos. Ayacucho: Biblioteca Ayacucho.
- Aristóteles. (1946). Poética. Londres: s/e.
- Campos G., C. G. (2012). La observación, un método para el estudio de la realidad. Pachuca: Xihmai.
- CEPRE-UNSCH. (2019). Textos de preparación preuniversitario. Ayacucho: UNSCH.
- Democrático, C. C. (1993). Constitución Política del Perú. Lima: s/e.
- Dueñas Vallejo, A. (2017). Metodología de la investigación científica. Ayacucho: s/e.
- García Márquez, G. (1967). Cien años de soledad. Bogotá: La Oveja Negra.
- Moisés. (1440 a. C.). Libro de éxodo. Península del Sinaí: Bibleclaret.org.
- Ñaupas, H. M. (2013). Metodología de la investigación científica y elaboración de tesis. (3ra. Edic.). Lima: Centro de Producción Editorial e Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Posada Garbó, E. (06 de Diciembre de 2005). Ensayo, la novela como historia. Cien años de soledad y las bananeras. La Masacre de las Bananeras en Cien años de soledad: cuando el realismo mágico le ganó a la historia oficial, pág. 03.
- Quisbert, E. (2006). Derecho romano - Las XII tablas. La Paz: Copyright.RPP, N. (01 de Febrero de 2016). Ama sua, ama llulla y ama quella son ahora principios de la ONU.
<https://rpp.pe/lima/actualidad/ama-sua-ama-llulla-y-ama-quella-son-ahoraprincipios-de-la-onu-noticia-835474?ref=rpp>
- Solís Gózar, J. S. (2022). Felipe Pinglo y el derecho romano: el plebeyo en las XII tablas y la lex canuleia. Lima: VOX JURIS: UNMSM.
- Távora Córdova, F. (2018). Ciro Alegría: Asedios jurídicos. Lima: Poder Judicial del Perú: Fondo Editorial.
- Tenorio García, V. (2021). Diccionario quechua - Runasimi marka. Lima: Altazor.



ILUSTRE COLEGIO DE
Abogados
— DE AYACUCHO

