



PODER JUDICIAL DEL PERÚ
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

ISSN: 2810-8043 (En línea)

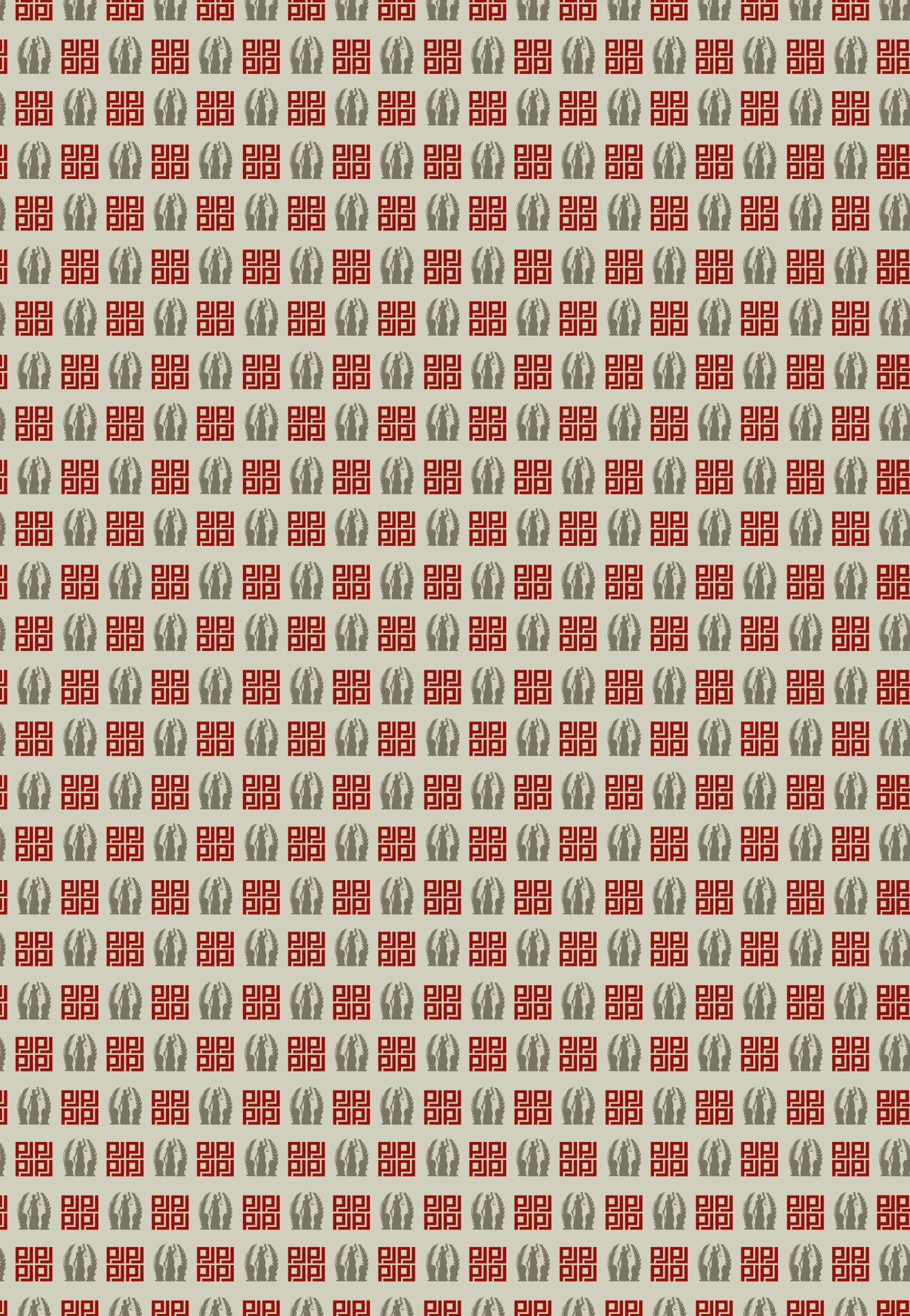
Vol. 6, n.º 7, enero-junio, 2023

DOI: 10.35292/iusVocatio.v6i7

Publicación semestral. Huánuco, Perú

7







PODER JUDICIAL DEL PERÚ
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 6, n.º 7, enero-junio, 2023
Publicación anual. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v6i7

PRESIDENTE

JAIME GERÓNIMO DE LA CRUZ
Corte Superior de Justicia de Huánuco, Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9899-7552>
E-mail: jgeronimo@pj.gob.pe

DIRECTOR

ELOY CUPE CALCINA
Corte Superior de Justicia de Huánuco, Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4532-0326>
E-mail: ecupec@pj.gob.pe

COEDITORAS

GIOVANA IRIS HURTADO MAGÁN
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3556-1847>
E-mail: ghurtadom@pj.gob.pe

GLADYS FLORES HEREDIA*
Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>
E-mail: gfloreshe@pj.gob.pe

* Hasta el 23 de mayo de 2023.

COMITÉ EDITORIAL

LUIS IVÁN AGUIRRE ANTONIO

Corte Superior de Justicia de Huánuco, Huánuco, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0000-9323-9958>

E-mail: laguirre@pj.gob.pe

FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, Lima, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6577-9372>

E-mail: cmendozaa@pj.gob.pe

MIRIAM LILI TORRES BOZA

Corte Superior de Justicia de Huánuco, Huánuco, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0009-6751-769X>

E-mail: ctorresb@pj.gob.pe

CONSEJO CONSULTIVO

JOSÉ LUIS MANDUJANO RUBÍN

Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Huánuco, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5905-3965>

E-mail: josemandujano@unheval.edu.pe

MIGUEL RAFAEL PÉREZ ARROYO

Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Lima, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6686-1001>

E-mail: mparroyo@inpeccp.org

FERNANDO EDUARDO CORCINO BARRUETA

Universidad de Huánuco, Huánuco, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0296-4033>

E-mail: fernando.corcino@udh.edu.pe

FERNANDO SOTO PALOMINO

Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Huánuco, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2098-417X>

E-mail: fsotop@unheval.edu.pe

ROBERTO CASTILLO VELARDE

Ministerio Público, Fiscalía de la Nación, Huánuco, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8884-689X>

E-mail: rocastillodj@mpfn.gob.pe

ANA MARÍA CHÁVEZ MATOS
Ministerio Público, Fiscalía de la Nación, Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6213-9268>
E-mail: achavezdj@mpfn.gob.pe

MARIANO RODOLFO VALDIVIA VALDARRAGO
Ministerio Público, Fiscalía de la Nación, Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2408-0346>
E-mail: mvaldiviadj@mpfn.gob.pe

MIGUEL ÁNGEL MALPARTIDA MENDOZA
Ministerio Público, Fiscalía de la Nación, Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1555-1599>
E-mail: mimalpartidadj@mpfn.gob.pe

RODOLFO VEGA BILLÁN
Ministerio Público, Fiscalía de la Nación, Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7296-6803>
E-mail: rvegadj@mpfn.gob.pe

EQUIPO TÉCNICO

Marcos Morán Valdez (asistente editorial)
Ketty Montaldo Zevallos (asistente editorial)
Yuliana Padilla Elías (corrección ortotipográfica)
Miguel Condori Mamani (diagramación)
Joel Alhuay Quispe y Erik Almonte Ruiz (gestión electrónica)

ISSN: 2810-8353 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v6i7
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2021-10582

© Poder Judicial del Perú
Corte Superior de Justicia de Huánuco
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial
Palacio Nacional de Justicia
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima, Perú
Teléfono: (511) 410-1010
E-mail: fondoeditorial@pj.gob.pe

DIRECCIÓN POSTAL

Jr. Dos de Mayo n.º1191, Plaza de Armas; Huánuco, Perú
E-mail: cortesuperiordejusticiadehuanuco@pj.gob.pe

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas por los autores en sus trabajos.

INDIZACIONES

Latindex 2.0
BASE
LatinREV
Crossref
Google Scholar

LICENCIA



Ius Vocatio.

Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco
se encuentra bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0
International License (CC BY 4.0)



Ius Vocatio. Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco es una publicación de periodicidad semestral, cuyo objetivo principal es la divulgación de artículos inéditos que son el resultado de estudios e investigaciones sobre temas jurídicos y de administración de justicia, con especial énfasis en la casuística resuelta en el Distrito Judicial de Huánuco. Los artículos son arbitrados de manera anónima por especialistas externos a la institución, quienes toman en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, aporte del trabajo, actualidad y contribución al conocimiento jurídico. La revista se reserva el derecho de publicación y, en caso de que acepte los artículos presentados, podrá realizar las correcciones de estilo y demás adecuaciones necesarias para cumplir con las exigencias de la publicación.

Ius Vocatio recibe colaboraciones de los jueces y los servidores de la Corte Superior de Justicia de Huánuco y de los investigadores del derecho y la justicia en este distrito judicial, pero también de los jueces y los investigadores nacionales y extranjeros. La presente publicación está dirigida a los magistrados y los servidores del Poder Judicial, los investigadores, los docentes universitarios, los estudiantes y el público interesado en las cuestiones propias de la reflexión académica, el trabajo crítico y la investigación jurídica.



Ius Vocatio. Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco [Research Gazette of the Superior Court of Justice of Huánuco], published every six months, has the principal objective to disseminate unreleased articles about legal topics and justice administration problems, all this with emphasis on the casuistry that occurs in the Judicial District of Huánuco. The articles are then made anonymous and they are reviewed by external referees, who take into account the following evaluation criteria: originality, topicality and relevant contribution to legal knowledge. The journal reserves the right to publish or not an article. After this selection, it can make style corrections and other necessary adjustments required.

Ius Vocatio receives the collaboration of all the judges of the Superior Court of Justice of Huánuco, as well as the works of national and foreign judges, lawyers and other legal professional researchers. This publication is aimed at judges, researchers, university teachers, professors, students and a public interested in academic thinking, critical work and issues related to legal matters.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 6, n.º 7, enero-junio, 2023
Publicación semestral. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v6i7

CONTENIDOS

Presentación

11 ELOY MARCELO CUPE CALCINA

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

La imprescriptibilidad de la acción penal como política criminal eficaz contra los actos de corrupción

17 JAIME GERÓNIMO DE LA CRUZ

La violencia y la discriminación de la persona trans en la sentencia Azul Rojas Marín vs. Perú

35 VÍCTOR RAÚL JESÚS RAMÍREZ BERNAL

Aproximación crítica a la teoría del derecho penal vergonzante de Eugenio Raúl Zaffaroni

47 JORGE EDUARDO GARCÍA APAZA Y OLGA SOLEDAD COAGUILA TURPO

El indicio de falsa justificación

65 IAN CRUZ DEL CARPIO

La caducidad administrativa del procedimiento sancionador

79 VICENTE BRAYAN VILLALOBOS VILLALOBOS

Problemática en torno a los títulos valores incompletos y
su alternativa de solución con el uso de las TIC y las nuevas
tecnologías

101 JESSICA KATHERINE CORTIJO GONZALES



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 6, n.º 7, enero-junio, 2023, 11-13
Publicación semestral. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v6i7.799

PRESENTACIÓN

La Corte Superior de Justicia de Huánuco tiene el grato honor de presentar a la comunidad jurídica y al público en general el séptimo número de la revista *Ius Vocatio. Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco*, que tiene como cometido publicar y difundir artículos inéditos relacionados con temas jurídicos y de administración de justicia.

Cabe señalar que la continuidad semestral de la revista obedece al compromiso asumido de quienes de alguna manera se encuentran involucrados en su edición, a través de estrategias que garanticen, más allá de la divulgación y la socialización del saber, la incorporación de los nuevos tópicos científicos por medio de los cuales se mejoren los estándares en la elaboración de los artículos jurídicos.

Siguiendo la línea de las anteriores ediciones, en esta nueva entrega los lectores podrán encontrar entre sus páginas artículos científicos que coadyuvarán al desarrollo jurídico de nuestro país, con criterios de excelencia y calidad académica, que constituyen una contribución a diversos campos jurídicos y sociales, en los cuales se concretizan problemas, se vitaliza el debate y se proyectan soluciones que contribuyan a la mejoría del acontecer del derecho.

En ese sentido, destaca el estudio titulado «La imprescriptibilidad de la acción penal como política criminal eficaz contra los actos de corrupción», en el que se desarrollan los fundamentos que sustentan la figura de

la prescripción de la acción penal en los delitos contra la Administración pública, que son objetados por el autor, quien a través del análisis llega a la conclusión de que una medida eficaz sería aplicar la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos contra la Administración pública.

A su vez, se cuenta con el estudio denominado «La violencia y la discriminación de la persona trans en la sentencia Azul Rojas Marín vs. Perú», en el que se analizan los aspectos importantes de dicha sentencia y se establece aquellos aspectos referentes a la reparación en los cuales se sienta una posición contraria a lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde otra perspectiva se ofrece la «Aproximación crítica a la teoría del derecho penal vergonzante de Eugenio Raúl Zaffaroni», artículo que desarrolla el concepto de derecho penal del reconocido jurista argentino desde un aspecto crítico; para ello analiza las bases teóricas de la pena, así como el derecho penal verdadero o auténtico y el derecho penal vergonzante.

En esta misma línea, se tiene también el estudio sobre «El indicio de falsa justificación». En este artículo se aborda el problema del indicio de falsa justificación, se establecen las posturas en contra y a favor de este, así como la posición que asumen las salas jurisdiccionales de la Corte Suprema de Justicia de la República.

La revista también contiene el estudio «La caducidad administrativa del procedimiento sancionador», que desarrolla conceptos como la potestad sancionadora estatal, la caducidad administrativa desde una perspectiva constitucional y comenta la Resolución n.º 153-2022-OEFA/TFA-SE, expedida por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Así también se cuenta con el artículo «Problemática en torno a los títulos valores incompletos y su alternativa de solución con el uso de las TIC y las nuevas tecnologías», en él se analiza el problema de los títulos valores incompletos, que son llenados o completados de forma contraria a los acuerdos estipulados. Para ello se examina el artículo 10, inciso 1, de la Ley de Títulos Valores y, posteriormente, se plantea una posible solución a dicha problemática.

Finalmente, es preciso señalar que el Comité editorial, para la edición de este número de la revista *Ius Vocatio*, ha contado con el respaldo del Fondo Editorial, que confía en la misión de esta revista jurídica, que se constituye en un espacio donde magistrados, auxiliares jurisdiccionales, académicos y profesionales pueden publicar artículos de investigación, reflexión o revisión, relacionados con el desarrollo de la ciencia jurídica, a fin de contribuir a la consolidación de una producción intelectual permanente que difunda el conocimiento jurídico en los ámbitos regional, nacional e internacional.

ELOY MARCELO CUPE CALCINA
Presidente de la Comisión de Capacitación
del Distrito Judicial de Huánuco
Corte Superior de Justicia de Huánuco

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN





IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 6, n.º 7, enero-junio, 2023, 17-33
Publicación semestral. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v6i7.800

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL COMO POLÍTICA CRIMINAL EFICAZ CONTRA LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN

THE IMPENETRABILITY OF CRIMINAL ACTION AS AN
EFFECTIVE CRIMINAL POLICY AGAINST CORRUPTION

JAIME GERÓNIMO DE LA CRUZ
Corte Superior de Justicia de Huánuco
(Huánuco, Perú)
Contacto: jgeronimo@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-9899-7552>

RESUMEN

Los actos de corrupción que ocurren dentro de las instituciones estatales, ejecutados por un grupo minoritario de personas para obtener beneficios personales, son hechos intolerables, tanto social como jurídicamente, toda vez que se distorsionan los fines colectivos que persigue la Administración pública, llegando a afectar a la sociedad en general, ya que a causa de la corrupción no se concretarán actividades altruistas (hospitales, escuelas, puentes, carreteras) a favor de la ciudadanía. Sin embargo, hasta la fecha no existe política criminal alguna que combata de forma eficaz los actos de corrupción, sino todo lo contrario, el índice de corrupción en nuestro país es cada vez mayor; empero, lo más indignante es

que estas personas que se dedican a desviar los bienes o servicios del Estado se libran del peso de la justicia, pues logran fugarse del país hasta que la acción penal en su contra prescriba, y se liberan de toda sanción penal. En esa línea de ideas, el estudio se centra en determinar si la imprescriptibilidad de la acción penal es una política criminal eficaz para combatir la impunidad en actos de corrupción y, consecuentemente, para reducir su índice delictivo en la medida que se constituya como un medio de prevención general y especial, ya que de nada servirá que traten de huir de la administración de justicia peruana porque la acción penal en su contra no prescribirá.

Palabras clave: imprescriptibilidad; acción penal; política criminal; corrupción e impunidad delictiva.

Términos de indización: derecho penal; prevención del crimen; corrupción; corrupción política (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

Corrupt acts committed within state institutions by a minority of individuals for personal gain are socially and legally unacceptable, as they distort the collective objectives of public administration and affect society in general, as corruption prevents altruistic activities (hospitals, schools, bridges, roads) from being carried out for the benefit of citizens. On the contrary, the rate of corruption in our country is on the increase, but the most scandalous thing is that these people, who are dedicated to diverting public goods or services, are free from the weight of justice, as they manage to flee the country until the criminal case against them expires and are exempt from any criminal sanction. In this line of thought, the study focuses on determining whether the imprescriptibility of criminal acts is an effective criminal policy to combat impunity in acts of corruption and, consequently, to reduce its criminal index to the extent that it is constituted as a means of general and special

prevention, since it will be useless for them to try to flee from the Peruvian administration of justice, since the criminal action against them will not be subject to the statute of limitations.

Key words: imprescriptibility; criminal prosecution; criminal policy; corruption and criminal impunity.

Indexing terms: criminal law; crime prevention; corruption; political corruption (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 07/02/2023

Revisado: 07/05/2023

Aceptado: 19/05/2023

Publicado en línea: 30/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

La justicia tarda, pero llega

1. INTRODUCCIÓN

Los actos de corrupción en la Administración pública representan un problema social que data de muchos años atrás y que se exterioriza en todo el ámbito mundial; asimismo, dicho problema crece a pasos agigantados en nuestro país. De esta forma, la corrupción es una de las principales amenazas a la democracia, ya que confabula contra la legitimidad de un Estado de derecho, afectando el uso adecuado de los recursos públicos direccionados al cumplimiento irrestricto de fines de interés general para fines netamente particulares (Montoya, 2012, p. 11).

En esa línea de ideas, la lucha contra la corrupción en la Administración pública no tiene los efectos esperados, sino todo lo contrario, durante los años 1990 a 2000, los índices de actos de corrupción se elevaron de manera notoria y preocupante, lo que poco a poco se institucionalizó dentro del Estado. Esto facilita su crecimiento potencialmente peligroso y

que sirve, por el gran poder que maneja, para que las personas involucradas en estos temas se libren de la administración de justicia.

Existen diversos casos de presidentes, congresistas, gobernadores, entre otros funcionarios o servidores públicos, que luego de haber despojado los bienes o servicios del Estado durante todo su mandato tienen un solo objetivo: huir del peso de la ley, para ello utilizan el poder adquirido (dinero o relaciones interpersonales), lo que facilitará, sin duda alguna, su escape hasta que la acción penal llevada en su contra prescriba. De esta forma, una vez que la acción penal haya prescrito, tienen la desconsideración de postular nuevamente para algún cargo público.

Lo mencionado anteriormente se convierte en el detonante o causante de que la población civil pierda la confianza y la credibilidad en sus instituciones públicas y en el Estado, toda vez que, pese a ser un delito de alta gravedad, no sanciona al responsable de sus actos de corrupción. De todos los delitos tipificados en el Código Penal, merece especial atención del Estado emitir políticas criminales a fin de frenar los delitos contra la Administración pública. El alcance consecuencial de esto es de gran magnitud, no afecta simplemente al Estado como institución, sino además a la población, pues los fines que persigue la Administración pública son de carácter colectivo.

Sin embargo, la propia regulación normativa del Código Penal favorece, de cierta forma, la impunidad delictiva en actos de corrupción, puesto que en su artículo 80 regula la prescripción de la acción penal en delitos contra la Administración pública, información que es de conocimiento general para los funcionarios o los servidores públicos. Por ello tratan de huir del país hasta que la acción penal llevada en su contra prescriba por transcurrir el tiempo que establece la ley.

El Estado, a través de la Ley n.º 30650, Ley de Reforma del Artículo 41.º de la Constitución Política del Perú, trató de brindar una supuesta y aparente solución al problema de la impunidad en delitos contra la Administración pública, regulando en su último párrafo lo siguiente:

El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad.

Sin embargo, esta ley es insuficiente para frenar la impunidad en delitos de corrupción, ya que no señala de forma precisa qué delitos son considerados graves. Esto puede afectar la seguridad jurídica, ya que el juez puede considerar que ciertos delitos contra la Administración pública son graves y, por ende, declarar su imprescriptibilidad, pero también se corre el riesgo de que los mismos delitos sean considerados por otros jueces como delitos leves y, en consecuencia, inadmitir su imprescriptibilidad. Por tanto, se vulneraría la seguridad jurídica, pues no se cumpliría el aforismo «Mismo hecho, mismo derecho».

2. CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Formalmente, la corrupción es entendida como la conducta que se desvía del deber formal debido a privilegios personales (Mishra, 2006, p. 349). La gravedad de este fenómeno radica fundamentalmente en que aminora el bienestar y el crecimiento general, imposibilita la inversión económica, desacredita las instituciones estatales (Lupu, 2017). En tal sentido, los altos índices de corrupción tienen una consecuencia negativa para la sociedad, ya que afectan la manera en que las instituciones públicas funcionan, promoviendo actividades ilícitas, direccionadas a intereses particulares en lugar del beneficio colectivo, y se llega al extremo de que los actos de corrupción en la Administración pública no son sancionados penalmente.

Específicamente, la corrupción obliga a que exista una transacción ilícita en la que los funcionarios o los servidores públicos y los ciudadanos o las instituciones privadas distorsionan los fines colectivos de bienes y/o servicios para provecho propio. Por otra parte, este fenómeno significa la utilización ilícita de la voluntad para ejecutar un pago, como criterio de

toma de decisiones; por ende, significa un traslape de la riqueza personal con el poder estatal (Rose-Ackerman, 2008, p. 330).

La importancia de luchar contra la corrupción es tan necesaria que la agenda 2030 de la ONU la tiene en cuenta como uno de sus objetivos a combatir, tanto es así que la Asamblea General de la ONU ha exhortado a los Estados miembros a aminorar paulatinamente los actos de corrupción. De esta forma, el combate contra la corrupción tiene prioridad en el ámbito internacional, pues en algunos casos priva de ciertas garantías constitucionales, toda vez que el fenómeno de la corrupción es determinado como un obstáculo para la correcta disposición y colocación de recursos tendientes a promover la calidad de vida de los ciudadanos (Peters, 2013, p. 1252).

No cabe duda de que la corrupción en la Administración pública produce devastadores consecuencias en perjuicio del Estado y de la sociedad; por tal motivo, es necesario estudiar minuciosamente las consecuencias que generan los actos de corrupción en la Administración pública, para así entender la necesidad y la urgencia de implementar políticas criminales eficaces, tales como la imprescriptibilidad de la acción penal en este tipo de delitos, a fin de evitar que los responsables huyan de la administración de justicia y, adicionalmente, reducir su índice delictivo.

3. CONSECUENCIAS DE LA CORRUPCIÓN

Citando a Berdugo (2015), la corrupción «es un fenómeno poliédrico en sus manifestaciones y plural en sus consecuencias» (p. 234). Por tanto, la corrupción afecta diversos aspectos de una sociedad; particularmente, podemos hallar consecuencias políticas, económicas y sobre los derechos humanos. Ahora bien, las consecuencias políticas de los actos de corrupción son prescritas en el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la cual establece que la corrupción tiene la fuerza para deslegitimar al Estado a consecuencia de la pérdida de confianza de las personas en las instituciones estatales.

En tal sentido, en la corrupción se priorizan ciertos intereses privados en contra de la satisfacción del interés general, lo cual deslegitima el sistema de un Estado de derecho. En consecuencia, los actos de corrupción en la Administración pública transgreden el principio de representación, toda vez que los funcionarios o servidores públicos brindarán énfasis a los intereses de aquellos que han servido como financieros en sus campañas políticas y no al ente que representan: el pueblo. Por tanto, la corrupción tiene una afectación directa en el desarrollo del país, ya que este fenómeno altera las relaciones y las transacciones comerciantes y, en consecuencia, distorsiona el diseño y la ejecución de las políticas económicas.

Por tanto, los actos de corrupción en la Administración pública ralentizan el crecimiento económico, pues generan distorsiones o desvíos al gasto público y la inversión nacional o extranjera. Respecto al gasto público, provocan que se direccionen fondos públicos para la ejecución de actividades innecesarias; y, en el supuesto de la inversión, incentivan el alejamiento de capitales tanto nacionales como extranjeros, que se ven perjudicados por la ausencia de competencia en los mercados en la medida que dichos actos favorecen únicamente a los inversionistas que pueden pagar el soborno para ser correspondidos con el contrato público (Torres, 2022, párr. 3). Entonces, ello genera que se produzcan monopolios en las adjudicaciones públicas a causa de la ausencia de supervisión y control por parte de los funcionarios o servidores públicos involucrados en dichos actos de corrupción.

Un hecho que merece especial énfasis es que la corrupción en la Administración pública tiene un efecto negativo en los derechos de la ciudadanía, ya que significa un obstáculo para el pleno ejercicio de los derechos humanos. En esa línea de ideas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su Resolución n.º 1/17, respecto a los derechos humanos y la lucha contra la impunidad y la corrupción estableció que

la lucha contra la corrupción guarda una relación inequívoca con el ejercicio y disfrute de los derechos humanos. La impunidad impulsa y perpetúa actos de corrupción. Por ello, el establecimiento de

mecanismos efectivos para erradicarla es una obligación imperiosa con el fin de alcanzar el acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos.

De igual forma, la CIDH, en su Resolución n.º 1/18, sobre corrupción y derechos humanos, volvió a señalar que

la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad —civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales—, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad.

Por tanto, el fenómeno de la corrupción significará una transgresión a los derechos fundamentales de las personas ante los desvíos de los fines colectivos para provecho propio del funcionario o servidor público. En tal sentido, se sostiene que los actos de corrupción disminuyen o afectan la calidad de vida del pueblo cuando, por ejemplo, se imposibilita la construcción de determinados servicios públicos que son indispensables para el normal desarrollo de las personas (hospitales, escuelas, pistas).

4. IMPUNIDAD EN LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN

La impunidad en la Administración pública viene a configurarse como un fenómeno que desestabiliza el sistema social de un Estado, ya que ante la presencia de un delito cometido por funcionarios o servidores públicos no se observa el castigo correspondiente, lo que lleva a una percepción de inseguridad. Asimismo, la impunidad en delitos contra la Administración pública es equivalente a mayores actos de corrupción, pues el derecho penal no genera persuasión alguna en los funcionarios y los servidores públicos (Sánchez, 2021, p. 95).

Un tipo de delito en el que existe mayor percepción de impunidad es, sin duda alguna, en aquel ligado a la Administración pública, toda vez que los funcionarios o servidores públicos, a diferencia de otras personas,

tienen a su disponibilidad los recursos suficientes como para evadir a la administración de justicia por el simple hecho de tener la calidad de funcionario o servidor público.

En esa línea de ideas, toda la Administración pública se colude a fin de que determinado funcionario o servidor público pueda fugarse del peso de la ley; en otras palabras, «otorongo no come otorongo». Son diversos los casos en que funcionarios como, por ejemplo, congresistas, facilitan o prestan todos los medios posibles para el escape del sujeto que incurrió en actos de corrupción. Ello se debe a que «si cae uno, caen todos», razón por la cual hacen todo lo posible para encubrirse.

Además, el funcionario o servidor público cuenta con el apoyo de sus otros «colegas», tiene a su disponibilidad los bienes que ha sustraído cuando ejercía tal cargo público. Por tal motivo, el accionar sistemático y automático de todos aquellos funcionarios o servidores públicos que han cometido actos de corrupción es fugarse del país a fin de no ser condenados por tales hechos ilícitos, objetivo que no es imposible de alcanzar, ya que disponen de los medios necesarios.

De esta forma, la ausencia de justicia en delitos contra la Administración pública genera que la población peruana no guarde confianza en sus autoridades políticas y jurisdiccionales, puesto que en la gran mayoría de los casos no se logra sancionar penalmente al responsable y no por la carencia de medios probatorios de descargo en su contra, sino porque este consigue evadir a la administración de justicia.

En tal sentido, a fin de combatir la impunidad en delitos contra la Administración pública, el Estado debería brindar mecanismos idóneos para tal fin a la administración de justicia; sin embargo, es todo lo contrario, pues año tras año se regulan legislativamente leyes que favorecen, de manera indirecta, a los sujetos involucrados en actos de corrupción. Aquello se debe a una razón sencilla, toda vez que las personas que se encargan de legislar son las que incurren en estos actos de corrupción y, por ende, se ven en la necesidad de favorecerse a sí mismas a través de la creación de leyes como medida de prevención para futuras situaciones que puedan surgir en su contra, un claro ejemplo es la figura de la prescripción de la acción penal.

5. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Esta figura puede ser comprendida como aquella renuncia, limitación, olvido o cesación que realiza el Estado de su propia potestad punitiva (*ius puniendi*), es decir, la prescripción impide o limita la consecuencia penal de una conducta contraria al ordenamiento jurídico (Beingolea, 2020, p. 198). Cerrada (2017), por su parte, señalaba que cuando un hecho ilícito prescribe, el responsable ya no puede ser sancionado, por tanto, esta figura afecta a la punibilidad (p. 125).

Ahora bien, los argumentos que pretenden viabilizar la existencia de la prescripción de la acción penal se basan específicamente en el olvido del hecho, la falta de necesidad de la pena, la seguridad jurídica, la dificultad probatoria y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

En esa línea de ideas, la teoría respecto al olvido del hecho argumenta que la esencia de la prescripción de la acción penal radica en que el tiempo concurrido hace que se elimine la memoria social del delito, de forma que sancionarlo ya no significaría un acto de justicia, sino una forma de venganza, pues «deja de interesar a la consciencia social» (Quirós, 1935, p. 252).

En concordancia con ello, Carrara (1976) señala en cuanto a la necesidad de la prescripción de la acción penal lo siguiente:

la pena debe conminarse como sanción del precepto [...] y el fin de su aplicación es... restablecer el equilibrio que fue trastornado y devolver la tranquilidad a los ánimos de los ciudadanos, restituyéndoles la opinión de seguridad que quedó vacilante al efectuarse la lesión del derecho [...] la pena debe cesar cuando cesa el fin para cuya consecución había sido legalmente constituida. (p. 64)

Entonces, para aquellos que defienden el olvido del hecho como fundamento para la existencia de la prescripción de la acción penal, no es necesario llegar a los fines de la pena, sino es suficiente quedarse en la razonabilidad de la aplicación del derecho penal como *ultima ratio*,

o argumentar a su mínima intervención, para comprender que no es necesario aplicarlo cuando la ciudadanía ha olvidado el hecho ilícito.

Por otra parte, otro argumento para viabilizar esta figura de la prescripción es la falta de necesidad de la pena. De modo que si transcurre un tiempo considerado entre el hecho ilícito y el proceso, la aplicación tardía de la sanción dejaría de ser rehabilitadora para el criminal y, adicionalmente, no tendría un efecto intimidatorio para las personas, que viene a ser uno de los fines sociales que cumple la pena.

Como tercer fundamento de la prescripción de la acción penal tenemos a la seguridad jurídica, según la cual se brinda una garantía a toda la población sobre los límites persecutorios y punitivos del Estado y la paz que da tener conocimiento acerca de cuáles son estos y sobre aquello para poder prevenir consecuencias. En otras palabras, la sociedad debe tener la certeza de que el *ius puniendi* del Estado solo será aplicado en determinados casos que sean necesarios y que ante supuestos tales como la falta de necesidad de la sanción por el tiempo transcurrido, no sería posible aplicarla, solo así las personas gozarían de una seguridad jurídica, la cual guarda relación con la dignidad humana, ya que tener a una persona en zozobra sobre una posible persecución genera una interminable angustia (Pedreira, 2004, p. 148).

Otros de los fundamentos sobre la prescripción de la acción penal es la dificultad probatoria respecto a la responsabilidad penal del autor. De esta forma, las pruebas tales como los testimonios, se fundamentan en la capacidad de memoria de las personas, que se debilita con el transcurso del tiempo, dificultando el recuerdo preciso de hechos observados mucho tiempo atrás; asimismo, las pruebas materiales suelen extraviarse o deteriorarse por el paso del tiempo. Por tanto, la actividad probatoria, a causa de la modificación o extinción de los medios probatorios personales o reales, pierde fuerza probatoria.

Finalmente, está el derecho a ser juzgado en un plazo razonable; en consecuencia, se convierte en un instrumento jurídico que garantice a las personas que el Estado tiene un determinado tiempo para investigar y sancionar los hechos ilícitos. Por tanto, a fin de no generar una persecución

al infinito es que nace la figura de la prescripción de la acción penal, y se establece un tiempo para que el órgano persecutor investigue y acuse al implicado, y para que el órgano jurisdiccional juzgue por los hechos acusados.

6. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por nuestra parte, para viabilizar la figura de la imprescriptibilidad de la acción penal en delitos contra la Administración pública, trataremos de desacreditar aquellos fundamentos de la prescripción que anteriormente se describió.

El primer fundamento que se desacreditará es respecto al olvido del hecho. Ahora bien, cabe preguntarnos, ¿realmente los actos de corrupción que afectan e indignan a toda una sociedad pueden ser susceptibles de olvido social? Hoy en día no cabe duda de que la población peruana sigue recordando, con gran amargura, hechos de corrupción provenientes de décadas pasadas y cometidos por expresidentes tales como Alberto Fujimori, Alan García y Alejandro Toledo.

Entonces, el fundamento del olvido del hecho puede ser viable para otros delitos, pero no para delitos de corrupción en la Administración pública, pues son hechos que generan gran connotación social y perduran en el tiempo. En consecuencia, es totalmente ilógico forzar que la población peruana con el transcurso del tiempo se olvide de aquellos hechos de corrupción que ocurren en nuestras instituciones públicas cuando la memoria de los peruanos permanece fresca de todos los actos de corrupción que suceden en nuestra sociedad.

El segundo fundamento que se desacreditará es sobre la falta de necesidad de la pena; sin embargo, ¿ello es concordante en delitos contra la Administración pública? Por supuesto que no, toda vez que la falta de necesidad de la pena puede simplemente estar justificada para aquellas personas que no son un peligro para la sociedad y, por ende, en tales casos se viabiliza la prescripción de la acción penal.

En esa línea de ideas, no debería prescribirse la acción penal y, por tanto, la pena sigue siendo necesaria cuando se trata de delitos graves y por la peligrosidad del agente del delito. Entonces, se sabe que en el caso de funcionarios o servidores públicos es poca o nula su redirección o rehabilitación, toda vez que fugados de la justicia y luego de que haya prescrito la acción penal en su contra, vuelven al país para postular nuevamente a algún cargo público para seguir cometiendo actos de corrupción, claro ejemplo de ello es el caso de Alan García.

Por tanto, en los casos de actos de corrupción en la Administración pública no es viable el fundamento de la falta de necesidad de la pena, ya que se trata de sujetos que vuelven a cometer los mismos hechos ilícitos y, por ende, la pena se hace necesaria para prevenir una futura reincidencia por parte del funcionario o servidor público.

El tercer fundamento que se desacreditará es la supuesta seguridad jurídica que se brinda con la prescripción de la acción penal. Entonces, ¿la idea es decirle al corrupto que permanezca tranquilo, sin angustia alguna?, ya que si logra huir de la administración de justicia hasta que prescriba la acción penal en su contra por los actos de corrupción, quedará libre de toda culpa.

Sin embargo, ¿qué seguridad jurídica le brindamos a la sociedad de que todo hecho ilícito es sancionado por sus autoridades? ¿Qué pesa más: brindar seguridad jurídica al delincuente o brindar seguridad jurídica a la sociedad? Entonces, si el Estado permite que los delitos contra la Administración pública queden en total impunidad, tendrá como efecto la desconfianza y la desacreditación por parte de la sociedad, a quien se supone que representa. Por ende, justificar la prescripción de la acción penal en delitos contra la Administración pública sobre la base de la seguridad jurídica a favor del delincuente es absurdo, cuando debería ponderarse la seguridad jurídica a favor de los ciudadanos, referente a que los actos de corrupción son investigados y sancionados.

El cuarto fundamento que se desacreditará es sobre la dificultad probatoria por el transcurso del tiempo. Ahora bien, este fundamento bien puede darse cuando se trata de delitos que ocurren en cuatro paredes,

donde se cuenta con la declaración de la víctima como único medio probatorio para demostrar la culpabilidad del imputado, tales como el delito de violación sexual.

Sin embargo, en delitos de corrupción en la Administración pública no se cuenta simplemente con testimonios, sino además con grabaciones en audio y video, depósitos a las cuentas bancarias, entre otros. Tanto es así que tales hechos son de conocimiento público y, por ende, ello implica que si hasta el mismo pueblo conoce sobre tales actos de corrupción, significa que existen suficientes elementos de convicción que acreditan la responsabilidad penal del implicado en estos actos de corrupción.

Ahora bien, los medios probatorios tales como las grabaciones en audio y video, los depósitos bancarios, entre otras pruebas documentarias, tienen la capacidad de perdurar en el tiempo. Entonces, la dificultad probatoria no es suficiente para justificar la prescripción de la acción penal en delitos contra la Administración pública.

Finalmente, el fundamento que se desacreditará es respecto a la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Cabe decir que el tiempo de juzgamiento del imputado dependerá exclusivamente de él, esto es, en colaborar con la administración de justicia para la averiguación de la verdad; sin embargo, si decide huir de la administración de justicia, el aparato jurisdiccional se paralizará y, por ende, su juzgamiento se alargará en el tiempo.

De esta forma, el último párrafo del artículo 80 del Código Penal, que regula la prescripción de la acción penal en delitos contra la Administración pública no es concordante con un Estado de derecho, el cual señala que «En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica».

El Estado pretendió brindar una solución a la impunidad en casos de corrupción en la Administración pública por medio de la Ley n.º 30650, Ley de Reforma del Artículo 41.º de la Constitución Política del Perú, que regula la imprescriptibilidad de la acción penal en delitos contra la Administración pública, pero esta guarda una incoherencia:

El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad.

Como se puede observar, la imprescriptibilidad de la acción penal en delitos contra la Administración pública solamente se dará cuando se trate de supuestos graves; sin embargo, ¿qué delitos contra la Administración pública?, ¿cómo determinar qué delito es grave y cuáles no? Dejando toda la tarea al juez, quien se convierte en legislador, pues determinará en qué delitos contra la Administración pública se declarará su imprescriptibilidad y en cuáles seguirá rigiendo su prescripción. Por ende, esta ley es incompleta, ya que debería señalar de forma taxativa qué delitos no serán susceptibles de prescripción y así brindar una seguridad jurídica.

Entonces, no existe hasta la fecha alguna política criminal eficiente y eficaz para combatir la impunidad en delitos contra la Administración pública, ya que las normas penales y constitucionales favorecen a su impunidad.

7. CONCLUSIONES

La corrupción se constituye como un delito que genera diversos impactos negativos para el Estado y para la sociedad, pues los fines colectivos o de interés general se desvían a causa del funcionario o servidor público para satisfacer sus necesidades particulares, lo que involucra que el crecimiento económico del país se ralentiza, toda vez que aleja la inversión extranjera a causa de la inestabilidad política. Asimismo, involucra una vulneración a los derechos humanos en la medida que afectan la calidad de vida de las personas, imposibilitándose la ejecución de servicios y bienes indispensables para la sociedad; sin embargo, muchos de estos sujetos logran fugarse de la justicia, quedando en total impunidad tales actos de corrupción.

En consecuencia, por los efectos devastadores que implica la corrupción y a fin de frenar su impunidad, es viable la propuesta referente a la

imprescriptibilidad de la acción penal en delitos contra la Administración pública, ya que los fundamentos que pretenden brindar los defensores de la prescripción de la acción penal en delitos de corrupción tales como el olvido del hecho, la falta de necesidad de la pena, la seguridad jurídica, la dificultad probatoria y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, no son coherentes —como ya se describió— cuando se trata de actos de corrupción.

REFERENCIAS

- Beingolea, A. (2020). *La prescripción de la acción penal. En búsqueda de una solución a los problemas dogmáticos y políticocriminales que plantea la muy difundida estrategia procesal de alcanzar la prescripción extraordinaria para lograr la impunidad en los delitos castigados con pena privativa de libertad de poca cuantía, así como los que merecen penas diferentes a la privativa de libertad* [Tesis de maestría]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Berdugo, I. (2015). La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española. *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, 63(1), 229-265.
- Carrara, F. (1976). *Opúsculos de derecho criminal*. Temis.
- Cerrada, M. (2017). La naturaleza jurídica de la posibilidad de prescripción de los delitos. *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, (10), 103-130.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2017). *Resolución 1/17. Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción*. 12 de septiembre de 2017. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-17-es.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2018). *Resolución 1/18. Corrupción y derechos humanos*. 2 de marzo de 2018. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>

- Lupu, N. (2017). Corrupción en las Américas. En M. J. Cohen, N. Lupu y E. J. Zechmeister (eds.), *Cultura política de la democracia en las Américas, 2016/17* (pp. 53-72). USAID; LAPOP.
- Mishra, A. (2006). Persistence of corruption: some theoretical perspectives. *World Development*, 34(2), 349-358.
- Montoya, Y. (2012). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Gráfica Delvi.
- Pedreira, F. (2004). *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Centro de Estudios Ramón Arecés.
- Peters, A. (2013). Corruption as a violation of international human rights. *The European Journal of International Law*, 29(4), 1251-1287.
- Quirós, F. (1935). Causas que extinguen la acción penal y la pena. *Revista de la Universidad Católica*, (14), 245-258.
- Rose-Ackerman, S. (2008). Corruption and government. *International Peacekeeping*, 15(3), 328-343.
- Sánchez, G. (2021). La corrupción e impunidad como problemas de seguridad nacional en México y la respuesta fallida de la sociedad civil. En S. Alda y G. Rodríguez (coords.), *Seguridad, corrupción e impunidad en América Latina* (pp. 95-112). Real Instituto Elcano; Fundación Friedrich Naumann; Universidad de las Américas Puebla.
- Torres, D. (2022, 1 de febrero). *Los efectos de la corrupción*. IDEHPUCP. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/los-efectos-del-fenomeno-de-la-corrupcion/>

IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 6, n.º 7, enero-junio, 2023, 35-45
Publicación semestral. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v6i7.801

LA VIOLENCIA Y LA DISCRIMINACIÓN DE LA PERSONA TRANS EN LA SENTENCIA AZUL ROJAS MARÍN VS. PERÚ

VIOLENCE AND DISCRIMINATION AGAINST TRANSGENDER PEOPLE IN LEGAL CASE AZUL ROJAS MARÍN V. PERU

VÍCTOR RAÚL JESÚS RAMÍREZ BERNAL
Corte Superior de Justicia de Huánuco
(Huánuco, Perú)

Contacto: victor.jesus.ramirez712@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-5131-119X>

RESUMEN

El objetivo de la presente investigación es demostrar que la sentencia de la Corte IDH en el caso Azul Rojas Marín vs. Perú desarrolla aspectos relevantes referentes a la violencia y la discriminación de la persona trans sobre la base del Protocolo de Estambul y aspectos no relevantes respecto a las reparaciones impuestas. El problema de la sentencia materia de análisis concierne a los aspectos no relevantes de las reparaciones impuestas, al haberse dispuesto sin mayor análisis de la realidad. Se desarrollará la no violencia y discriminación de la persona trans, así como los aspectos relevantes y no relevantes de la sentencia materia de análisis

sobre la base del Protocolo de Estambul. La metodología empleada se basó en el análisis documental, legal y jurisprudencial nacional e internacional. El resultado de la investigación fue identificar puntos positivos y negativos de la sentencia materia de análisis. La conclusión es que la sentencia de la Corte IDH suma un precedente importante a la lucha contra la violencia y la discriminación de la personas trans en el Perú y el mundo.

Palabras clave: violencia; discriminación; reparación; tratamiento médico; erradicación de homosexuales y travestis.

Términos de indización: discriminación; homofobia; sentencia judicial (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

The objective of this research is to show that the IACHR judgement in the case of Azul Rojas Marín vs. Peru develops relevant aspects regarding violence and discrimination against trans people on the basis of the Istanbul Protocol, and non-relevant aspects regarding the reparations imposed. The problem with the judgment under analysis concerns the irrelevant aspects of the reparations imposed, as they were ordered without further analysis of the reality. Non-violence and discrimination against trans people will be developed, as well as the relevant and non-relevant aspects of the judgment under analysis on the basis of the Istanbul Protocol. The methodology used was based on documentary, legal and national and international case law analysis. The result of the research was to identify the positive and negative points of the judgment under analysis. The conclusion is that the IACHR ruling is an important precedent in the fight against violence and discrimination against transgender people in Peru and the world.

Key words: violence; discrimination; reparation; medical treatment; eradication of homosexuals and transvestites.

Indexing terms: discrimination; homophobia; legal decisions
(Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 10/02/2023

Revisado: 15/05/2023

Aceptado: 21/05/2023

Publicado en línea: 30/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

Las Naciones Unidas (UN Human Rights, 2020) han señalado que la identidad en cuanto al género representa la forma individual interna de la persona, conforme se experimenta día a día. Las personas transexuales suelen identificarse como un género diferente, por tener una apariencia distinta con la que nacieron, ya que se identifican como mujeres; sin embargo, las clasifican como hombres. Las personas trans se someten a la asignación sexual y recurren a tratamientos hormonales para alcanzar un cuerpo femenino, el que se encontraría acorde a como se autoperciben.

Asimismo, la Opinión Consultiva OC-24/17 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017) precisa que la vida personal de las personas trans no debe ser limitada solo al concepto del derecho a su privacidad, ya que su derecho también se encuentra relacionado con su dignidad como personas, que tengan la plena capacidad de desarrollarse conforme se autoperciben. De igual manera, su vida personal se encuentra proyectada a como se ven ante los demás, lo que es indispensable para su desarrollo ante la sociedad. La Corte analiza la orientación de las personas trans, que se expresa de conformidad con su libertad de optar por una identidad que les sirve para su desarrollo personal y social. El Comité de las Naciones Unidas hace hincapié en la vida y en la decisión que toma una persona para poder expresar con libertad la identidad que ha decidido llevar adelante.

De lo expuesto por las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se advierte que la identidad de género de las

personas trans se identifica como un género atípico, diferenciado de la orientación sexual y de los caracteres sexuales. Los Estados parte, incluido el Perú, tienen la obligación de velar por el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas trans, en su desarrollo personal y social, deben generar políticas de gestión relacionadas con la protección de sus derechos, que el Perú a la fecha no viene cumpliendo, por desidia o falta de interés, lo que genera disconformidad en la comunidad trans.

2. LA VIOLENCIA Y LA DISCRIMINACIÓN DE LA PERSONA TRANS

Navi Pillay señaló que existen pruebas que acreditan de manera sistemática la violencia y la discriminación proferidas en contra de las personas trans, en referencia a la falta de acceso a la salud, vivienda, trabajo, educación, hasta los ataques físicos selectivos, incluso provocando la muerte. Las Naciones Unidas exhortó a los Estados parte a que ponga mayor dedicación a la erradicación de la violencia y la discriminación en contra de las personas trans.

Asimismo, la ficha de datos Refugio y Asilo (Naciones Unidas, 2014) ha precisado que en numerosos países no reconocen a las personas trans como un grupo social determinado. De igual modo, existe el temor a la violencia, la detención, la marginación y la discriminación sistemática, que los lleva a ocultarse e impide que se acepten como son o que revelen su identidad sexual ante los demás. Las personas con una identidad u orientación sexual o expresión de género, al expresarse de manera diferente a lo estructuralmente establecido por la sociedad imperante, pueden ser víctimas de discriminación, rechazo y violencia en su comunidad o en su familia. En numerosos países, las autoridades del gobierno acosan activamente, discriminan y detienen de forma arbitraria a las personas trans. De otro lado, es importante señalar que los prejuicios pueden llevar a algunos a creer que el maltrato a las personas trans no se considera persecución.

Las Naciones Unidas (2015) han señalado que los Estados parte tienen la obligación de respetar las leyes internacionales, que consisten en erradicar la discriminación en contra de la comunidad trans; deben garantizar y reconocer legalmente su identidad como mujeres transexuales respecto a su género, no deben exigirles requisitos exagerados para que proceda la solicitud de cambio de género en su documento de identidad.

De igual manera, el Informe Defensorial n.º 175 (2016) analizó que

las personas trans tienen el derecho a ser reconocidas y respetadas con todas sus características, y a ser percibidas por la sociedad y el Estado como son, como ellas mismas se reconocen y se sienten. Ello implica que se activen todos los mecanismos institucionales, normativos, jurisdiccionales, entre otros, para garantizar el ejercicio efectivo y pleno de sus derechos sin ningún tipo de discriminación, pues la identidad no puede ser impuesta ni forzada, ya que un elemento esencial de ella es la autoconstrucción.

[...]

En este sentido, las personas trans tienen derecho a vivir de acuerdo a cómo se sienten y, por ende, a ser identificadas como tales. A esto se agrega su derecho a vivir sin ningún tipo de humillación o violencia.

[...]

Por ello el cambio de nombre y/o sexo de las personas trans debe ser considerado como una manifestación del derecho humano a la identidad que genera obligaciones que todo Estado debe cumplir. (pp. 96-99)

De lo expuesto en el precitado informe, se tiene que la Defensoría del Pueblo ha analizado que el Perú tiene la necesidad de generar políticas de gestión respecto a la igualdad ante la ley de las personas trans, se revela incluso que existen alertas de vulnerabilidad, sobre todo al momento de negarles en el DNI el cambio de género, además que debemos tener en cuenta el ordenamiento jurídico internacional.

Cabe señalar que la R. A. n.º 000198-2020-CE-PJ (2020) actualizó lo dispuesto por las Reglas de Brasilia sobre el derecho de acceder a la justicia en busca de tutela procesal efectiva de las personas que se encuentran en condición de vulnerables. Debe tenerse en cuenta lo más resaltante de la actualización en cuanto a las 100 Reglas de Brasilia, que consiste en el reconocimiento a la orientación sexual de la persona y a su identidad en cuanto a su género, ello como condiciones de vulnerabilidad.

3. ASPECTOS IMPORTANTES DE LA SENTENCIA MATERIA DE ANÁLISIS

El primer aspecto importante sobre la sentencia corresponde a que la Corte IDH aclara que las formas de violencia y discriminación que conllevan a violaciones de los derechos humanos de las personas trans, por parte de las instituciones del Estado o particulares, es que la víctima es elegida por su perpetrador, a razón de la forma en que elige identificarse según su orientación sexual o identidad de género, a quienes las ven como personas socialmente inferiores y las agreden para dar un mensaje de superioridad y que su víctima no vale nada por ser transexual u homosexual.

El segundo aspecto importante sobre la sentencia corresponde a que la Corte IDH determinó que la detención de Azul Rojas Marín fue arbitraria, ello en mérito a que no se cumplieron los requisitos establecidos en el artículo 205 del Código Procesal Penal, que prevé el control de identidad policial al cual fue sometida la agraviada de manera irregular, lo que hace acreditar elementos suficientes para indicar que la víctima tuvo un trato discriminatorio por razón de su elección sexual.

Y el tercer aspecto importante sobre la sentencia corresponde a que la Corte IDH determinó que los actos de violencia así como los de discriminación realizados por los agentes policiales en contra de Azul Rojas Marín constituyen actos de tortura, ya que la Corte analizó la intención, el deseo de ver sufrir a su víctima y la finalidad del acto; asimismo, tomaron como base la agresión sexual para establecer como

estándar la Guía de la Organización Mundial de la Salud y el Protocolo de Estambul, que más adelante se va desarrollar en este artículo.

4. ASPECTOS EN LOS QUE EL INVESTIGADOR NO CONCUERDA CON LA CORTE IDH SOBRE LA REPARACIÓN

4.1. Respecto a brindar tratamiento médico

Sobre este extremo de la reparación dispuesta por la Corte IDH, el investigador la encuentra irrelevante; ello debido a su contenido, donde la Corte ha indicado literalmente lo siguiente:

Se ha constatado graves afectaciones a la integridad personal sufridas por la señora Rojas Marín como consecuencia de los hechos de violencia y tortura sexual del presente caso (supra párrs. 145 a 165). Por tanto, la Corte considera que es preciso disponer una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos físicos, psicológicos o psiquiátricos sufridos por la víctima que atienda a sus especificidades y antecedentes. Esta Corte ordena al Estado brindar gratuitamente, de forma prioritaria, tratamiento médico para Azul Rojas Marín, el cual deberá incluir la provisión de medicamentos y, en su caso, transporte y otros gastos directamente relacionados y necesarios.

Al respecto, se debe precisar que la Corte no ha tenido en cuenta que los hechos materia de investigación fueron del 25 de febrero de 2008, y que ha transcurrido a la fecha de emitida la sentencia, 12 de marzo de 2020, un aproximado de doce años. Por ello resulta irrelevante el cumplimiento de dicha reparación, puesto que pasó mucho tiempo y los daños físicos generados por los golpes y la violación a su intimidad sexual ya fueron curados, además que la misma agraviada ha señalado que cuenta con Sistema Integrado de Salud, que es otorgado en beneficio de todos los peruanos, por lo que la justicia tardía no es justicia, y es lo que prácticamente se ve en el extremo de la reparación puesta en análisis.

4.2. Respeto a eliminar de los gobiernos regionales y locales los planes de seguridad ciudadana sobre la erradicación de homosexuales y travestis

Sobre este extremo de la reparación dispuesta por la Corte IDH, el investigador también lo encuentra irrelevante; ello debido a su contenido, donde la Corte ha indicado literalmente lo siguiente:

Considera que la inclusión de un indicador que implique la erradicación de homosexuales y travestis en los Planes de Seguridad Ciudadana es una medida altamente discriminatoria que exacerba los prejuicios en contra de la población LGBTI y, por tanto, fomenta la posibilidad de ocurrencia de la violencia por prejuicio, como la ocurrida en el presente caso. En consecuencia, la Corte ordena al Estado, en coordinación con los gobiernos locales y regionales, eliminar de los Planes de Seguridad Ciudadana de las Regiones y Distritos del Perú el indicador de erradicación de homosexuales y travestis, en un plazo de un año.

Al respecto, la Corte no ha verificado si efectivamente las regiones y los distritos del Perú incluyen entre sus planes de seguridad ciudadana la erradicación de homosexuales y travestis, puesto que no ha citado ninguna ordenanza municipal ni regional.

En ese contexto, por el contrario, se debe afirmar que Promsex (Hidalgo y Mañuico, 2016) señaló que las municipalidades distritales y provinciales, así como los gobiernos regionales, aprobaron más de cien ordenanzas que disponen la lucha contra la discriminación, y según un mapeo realizado por la precitada institución, existen diecisiete regiones del Perú que cuentan con normas que buscan erradicar la discriminación en todos sus aspectos. En varias regiones sus normas son interpretadas para defender la diversidad sexual y la identidad de género, y prohíben la discriminación de la personas trans, en ámbitos como la educación, la salud, la vivienda y el trabajo, busca tener alcance al reconocimiento de igualdad y sensibilización ante los demás integrantes de la comunidad. Por

ello, el extremo analizado sobre la reparación consistente en eliminar los planes de seguridad ciudadana referente a la erradicación de homosexuales y travestis, no resulta relevante, toda vez que en el Perú no existen normas u ordenanzas que dispongan erradicar a los homosexuales y los travestis, porque claramente violaría los derechos fundamentales de dichas personas y por el contrario existen normas emitidas por los gobiernos regionales y locales que luchan contra la discriminación. Además, el mismo Estado peruano ha señalado que no utilizan ese indicador en sus planes de seguridad ciudadana.

5. ESTÁNDARES UTILIZADOS POR LA CORTE IDH EN LA SENTENCIA SOBRE LA BASE DEL PROTOCOLO DE ESTAMBUL

Al respecto, el Protocolo de Estambul (2004) señala en su capítulo III, en su primer considerando, la investigación legal de la tortura, lo siguiente:

El derecho internacional obliga a los Estados a investigar con prontitud e imparcialidad todo caso de tortura que se notifique. Cuando la información disponible lo justifique, el Estado en cuyo territorio se encuentra una persona que presuntamente haya cometido actos de tortura o participado en ellos, deberá bien extraditar al sujeto a otro Estado que tenga la debida jurisdicción o bien someter el caso a sus propias autoridades competentes con fines de procesar al autor de conformidad con el derecho penal nacional o local. Los principios fundamentales de toda investigación viable sobre casos de tortura son competencia, imparcialidad, independencia, prontitud y minuciosidad. Estos elementos pueden adaptarse a cualquier sistema jurídico y deberán orientar todas las investigaciones de presuntos casos de tortura. (p. 31)

Al respecto, el estándar utilizado por la Corte fue analizar inicialmente los hechos del caso en concreto, donde advirtió de los agravios que existía una clara violación a los derechos humanos por presuntamente haberse cometido actos de tortura, para luego pasar a analizar el fondo del asunto.

Asimismo, el Protocolo de Estambul (Naciones Unidas, 2004) señala en su capítulo IV, inciso g, sobre el examen de métodos de tortura, lo siguiente: «Entre los métodos de tortura que deben tenerse en cuenta figuran los siguientes: [...] i) Violencia sexual sobre los genitales, vejaciones, introducción de instrumentos, violación».

Conforme a los hechos, en un análisis de fondo, se tiene como medio probatorio la declaración de la víctima Azul Rojas Marín, donde precisa la forma y las circunstancias en las que fue maltratada física, psicológica y sexualmente. En el delito de violación sexual, al ser un delito de clandestinidad, donde la declaración de la víctima es de vital importancia para la debida diligencia de los operadores de justicia, a fin de llevar a cabo una exhaustiva investigación, y tratándose de una clara violación a los derechos humanos, el Estado peruano debió investigar conforme se debía, por lo que la Corte también tomó en cuenta el estándar antes indicado.

6. CONCLUSIÓN

La sentencia de la Corte IDH suma un precedente importante a la lucha contra la violencia y la discriminación de las personas trans en el Perú y el mundo.

REFERENCIAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020, 12 de marzo). *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*. <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/04/Resumen-Rojas-Mar%C3%ADn.pdf>

- Defensoría del Pueblo (2016). *Informe Defensorial n.º 175. Derechos humanos de las personas LGBTI: necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*. <https://defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/Informe-175--Derechos-humanos-de-personas-LGBTI.pdf>
- Naciones Unidas (2004). *Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/training8rev1sp.pdf>
- Naciones Unidas (2014, junio). *Ficha de datos sobre la campaña Libres e Iguales del ACNUDH. Refugio y Asilo*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/FactSheets/UNFEFactSheet_RefugeAsylum_ES.pdf
- Naciones Unidas (2015, septiembre). *Poner fin a la violencia y a la discriminación contra las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersex*. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/Joint_LGBTI_Statement_ES.PDF
- UN Human Rights (2020). *Mandate of the UN Independent Expert on sexual orientation and gender identity – Spanish* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=qNTgScArq-s>
- Hidalgo, A. y Mañuico, Y. (2016, 26 de septiembre). *La prohibición de la discriminación por orientación sexual e identidad de género en las ordenanzas regionales*. Promsex. <https://promsex.org/la-prohibicion-de-la-discriminacion-por-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-en-las-ordenanzas-regionales/>



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 6, n.º 7, enero-junio, 2023, 47-64
Publicación semestral. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v6i7.802

APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL VERGONZANTE DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

A CRITICAL APPROACH TO EUGENIO RAÚL ZAFFARONI'S THEORY OF SHAMEFUL CRIMINAL LAW

JORGE EDUARDO GARCÍA APAZA
Corte Superior de Justicia de Moquegua
(Moquegua, Perú)
Contacto: jedugarcia.27@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0007-2763-8521>

OLGA SOLEDAD COAGUILA TURPO
Corte Superior de Justicia de Arequipa
(Arequipa, Perú)
Contacto: Sol16coaguila.sc@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0009-0800-7622>

RESUMEN

La presente investigación aborda el desarrollo del concepto de derecho penal esgrimido por el profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni desde una perspectiva crítica. Tiene como finalidad establecer las características de esta novísima propuesta. Como marco teórico hemos usado los conceptos que han elaborado el autor y la comunidad científica en publicaciones recientes. La metodología utilizada es la observación documental, mediante la elaboración de fichas bibliográficas. Como resultados hemos identificado

que se presentan diversas aporías en posición del autor sobre el abolicionismo, la aproximación marxista del derecho y el Estado, su propuesta del «Estado fraterno», entre otras. Como conclusión afirmamos que el *lawfare* es, en sentido estricto, un concepto no jurídico. Sostenemos que no es posible afirmar, como propone el autor, que sea la etapa de implementación del denominado derecho penal vergonzante.

Palabras clave: pena; garantismo; Estado.

Términos de indización: teoría legal; derecho penal; Estado (Fuente: Tesaurus Unesco).

ABSTRACT

The present research deals with the development of the concept of criminal law proposed by the Argentinean professor Eugenio Raúl Zaffaroni from a critical perspective. It aims to identify the characteristics of this new proposal. As a theoretical framework, we have used the concepts developed by the author and the scientific community in recent publications. The methodology used is documentary observation, through the elaboration of bibliographic files. As a result, we have identified various aporias in the author's position on abolitionism, the Marxist approach to law and the state, and his proposal of the "fraternal state", among others. We conclude by asserting that lawfare is, strictly speaking, a non-legal concept. We argue that it is not possible to affirm, as the author proposes, that it is the stage of implementation of the so-called shameful criminal law.

Key words: punishment; guarantorism; state.

Indexing terms: legal theory; criminal law; State (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 18/01/2023

Revisado: 03/05/2023

Aceptado: 15/05/2023

Publicado en línea: 30/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: Los autores declaran no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

A propósito de la discusión sobre el *lawfare*, el profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni postula que existiría un abuso del derecho penal que tiene el efecto de una onda expansiva en América Latina. Las víctimas de este acontecimiento serían los dirigentes de lo que denomina como «el campo popular», quienes terminarían presos o detenidos.

La política se traslada a los tribunales. Los medios de comunicación transmiten información parcial o sesgada, sin que se logre esclarecer lo que auténticamente pasa en los procesos judiciales. El derecho penal se transforma en un lenguaje inaccesible para el público sin conocimiento técnico, incluso, en muchos casos, para los propios abogados.

En este artículo pretendemos abordar la posición del profesor Zaffaroni desde una posición crítica. La teoría de la pena como una construcción negativa y agnóstica terminaría en el derecho penal vergonzante.

Para Zaffaroni, las transformaciones que tendría el derecho penal estarían condicionadas por un devenir histórico donde el elemento protagónico es el Estado en tanto monopolio de la producción normativa y entidad que ejerce el *ius puniendi*. El derecho penal se iría construyendo como una respuesta jurídica a un Estado que muta descontroladamente. En ese sentido, se puede coincidir con Zaffaroni con respecto a la historicidad del derecho (concretamente del derecho penal), pero la discusión tal como la plantea prescinde de un elemento que tiene un valor axiológico o metafísico: la justicia. La politización de la justicia o la judicialización de la política muestra su rostro cínico si olvidamos que existen derechos prepolíticos, anteriores al Estado como construcción histórica, y de origen en la naturaleza humana.

Ello no es algo que deba soslayarse: en las bases de nuestro sistema jurídico todavía abundan las referencias a una justicia a la cual se debe arribar. El desarrollo del objeto de nuestra investigación nos permitirá abordar la propuesta del profesor argentino para establecer sus aspectos positivos y los que deben ser materia de revisión y análisis.

2. HACIA UNA TEORÍA NEGATIVA Y AGNÓSTICA DE LA PENA

Rodrigues (2020) sostiene que Zaffaroni, en contraposición a las teorías legitimadoras de la pena que fundamentan el derecho penal moderno, propone una teoría deslegitimadora de la pena, la cual denomina «teoría agnóstica». El distanciamiento del profesor argentino con las teorías legitimadoras parte de una crítica a la legitimidad del sistema penal, que se fundamentaría en un «deber ser» en lugar de «el ser». Ese «deber ser» se encubriría bajo el discurso de la legalidad formal, como una justificación para el ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. Es decir, el derecho penal se inclinaría por la legalidad (la conformidad a la norma) y no necesariamente por la legitimidad como criterio axiológico y ético-legal.

Existe en esta aproximación una influencia claramente foucaultiana con respecto al poder disciplinar de las agencias del sistema punitivo del Estado, que afecta a sectores con mayores carencias de la población y sobre algunas disidencias. Así, la perspectiva disciplinaria expuesta por Foucault lleva consigo el dispositivo disciplinario, «una red de relaciones entre elementos heterogéneos (instituciones, [...], reglamentos, discursos, [...], disposiciones administrativas) que surgen con vistas a una determinada finalidad estratégica» (Ocampo-Salazar y Cardona, 2021, p. 122).

La teoría agnóstica surge del fracaso de las teorías positivas de la pena. Es una propuesta alejada del idealismo o la utopía que suele terminar en un estado de policía.

Según el autor argentino, la pena es una coerción que impone una privación de derechos o un dolor, pero que no repara ni restituye ni detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes (Zaffaroni, 2017). Su postura reconoce que la pena presenta una carga de negatividad al no

tener, como sostenían algunas teorías, un carácter positivo (por ejemplo, la resocialización). Y agnóstica en cuanto no se puede determinar *a priori* su función.

Consideramos, por tanto, que lo que sostiene el profesor Zaffaroni es un compromiso de carácter político que debe ponderar la utilidad de la pena y el poder punitivo dependiendo del caso concreto. En ese extremo, podríamos considerar que se presenta una aporía: la teoría de la pena negativa y agnóstica es en realidad una no teoría, en tanto deslegitima los discursos positivos y negativos de la pena; pero al mismo tiempo se puede deducir (lo menciona el autor) que el control de la punitividad estatal no debe ser abolido. Es decir, no se presenta el momento exacto en que el derecho penal debe ser abolido, lo que Zaffaroni plantea es su recuperación («el derecho penal verdadero») que se fundamente en un control al poder basado en principios o garantías plasmadas en las normas fundamentales.

3. BASES TEÓRICAS DE LA PENA EN E. R. ZAFFARONI

Para Zaffaroni (2020b), la ciencia penal se presenta como una anomalía jurídica. Ello como consecuencia de una falta de acuerdo entre los penalistas sobre el fin de la pena (y sus diversas teorías). También por el distanciamiento entre las supuestas teorías justificadoras de la pena y lo que ocurre realmente en las dinámicas del ejercicio del poder punitivo. Existirían, por tanto, tantas teorías de la pena como penalistas puedan elaborarlas: el autor propone dividirlos en tres, los que legitiman explícitamente el poder punitivo ilimitado (penalistas horripilantes), los que buscan su acotamiento o limitación (penalistas garantistas) y los que se ubican en algún punto intermedio (penalistas indecisos) (Zaffaroni, 2020b).

El derecho penal se desenvuelve, por tanto, en una realidad falsa. En ese sentido, Zaffaroni parte de un realismo epistemológico (ver la realidad tal como se presenta) que se aleja de los idealismos que se rigen por un imperativo categórico «deber ser» (Kant) o una finalidad teleológica como absoluta expresión de la autoconciencia que se realiza (Hegel). Este razonamiento se sostiene, desde la criminología, en una realidad mediatizada

que presenta al delincuente (sin contemplar la presunción de inocencia ni el nivel de aberración del supuesto delito) siempre como un homicida y violador (Zaffaroni, 2020b). Por ello, sin importar si existe una psicopatología presente, siempre lo asocian a una suerte de mal absoluto cósmico.

La evolución de las ideas en el campo del derecho penal permite identificar un paso fundamental entre los que sostienen un fundamento metafísico (la retribución para la expiación del pecado o la reparación frente a la violación de un hipotético contrato social) hacia aquellos que trabajan sobre bases más empíricas y que llegan, incluso, a una suerte de pragmatismo jurídico-penal (Bentham).

Detrás de todas estas ideas sobre la pena, se encuentra presente un modelo de Estado, ya que es el que detenta el poder punitivo y su uso. El trasfondo de esta discusión tiene, claramente, un componente político, el cual, sostiene el penalista argentino, imposibilita un consenso general. Por ello Zaffaroni considera que, en sentido estricto, la doctrina penal es un saber práctico y auxiliar (2020b) orientado a limitar el exceso del poder de policía. Existe, pues, para el autor estudiado, un vínculo entre el derecho penal y los modelos de Estado.

La posición del profesor Zaffaroni encontraría sustento en una escuela latinoamericana, la escuela de Recife, encabezada por Tobías Barreto (2020). Barreto sostiene que la pena no es un concepto jurídico, sino político. En consecuencia, tendría una única función.

Este escenario como diagnóstico de la situación del derecho penal y sus mecanismos condujeron al profesor argentino a una posición que no idolatre el punitivismo, pero tampoco ignore su peligrosidad limitándolo con formalismos. Como alternativa, Zaffaroni (2020b) propone una teoría agnóstica que actúe como contención, es decir, contener el poder punitivo dentro de límites racionales y humanos para evitar posibles desbordes letales. Ello también implica considerar que el derecho penal se encuentra inmerso en la dinámica del poder. Es decir, se debe permanentemente reconocer y verificar la coyuntura política y los potenciales peligros de un exceso en el ejercicio del poder.

Es importante observar que cuando Zaffaroni hace referencia al poder, esté considerando al mismo en uno de sus aspectos, tal vez el más espectacular: la fuerza del *ius imperium*, el monopolio de la violencia legal e institucional. No obstante, y desde una perspectiva político-constitucional, el poder es una manifestación de la política y su naturaleza puede presentar cierta ambivalencia. En ese sentido, sostiene D. Negro (1995) que se debe diferenciar, como planteaba Tomás de Aquino, la *auctoritas* de la *potestas*. La *auctoritas* es algo positivo y necesario para la sociedad. Se encuentra basada en un vínculo de carácter moral (la obediencia a la autoridad no es por el temor al castigo, sino por su carácter benéfico para la sociedad) y la *potestas* es propiamente la fuerza que conlleva el ejercicio de la autoridad.

La teoría de la pena en Zaffaroni es una no teoría, una teoría en los márgenes, una teoría disidente. Es una teoría que sostiene, desde una epistemología realista, que la pena es un hecho de poder deslegitimado. Sin llegar a posiciones abolicionistas (no sabemos, en ese sentido, por qué la secuencia lógica de su argumentación no arribó a una propuesta de abolición de la pena), se desenvuelve dentro de un cierto garantismo que, aunque el autor reniegue, bebe de la fuente del derecho penal liberal (García, 2021).

La teoría de Zaffaroni se sustenta en la existencia de un dato óntico. El dato óntico consiste en que «todo ser humano es persona». Consideramos necesario precisar que la referencia al dato óntico no permite determinar si estamos ante un dato ontológico y, si es así, a qué ontología está haciendo referencia el profesor argentino. La relación sobre el dato óntico guarda relación con un supuesto derecho penal inhumano que considera al otro (el enemigo) como una no persona.

Al no quedar clara la referencia a la naturaleza del dato óntico, es posible que se presenten confusiones, ya que la ontología no es una teoría única, exclusiva y excluyente. La ontología es una rama de la filosofía que estudia la realidad desde una aproximación metafísica. Sin embargo, se encuentra la aproximación ontológica en la filosofía hindú, el mundo clásico (sobre todo Aristóteles), el medioevo, la filosofía moderna y en

filósofos más contemporáneos como Husserl y Heidegger, entre otros. El nominalismo y el existencialismo fueron, *a contrario sensu*, corrientes que rechazaron la existencia de lo universal en sentido metafísico.

4. DE LA JUSTICIA PENAL AL GARANTISMO

El profesor Zaffaroni (2020a) arriba, como consecuencia del desarrollo teórico previo, a la posición de que el derecho penal es un «apéndice indispensable del derecho constitucional». El derecho penal cumple una función jurídica y política al contener el poder del Estado o, también, su degradación.

Zaffaroni (2017) denomina a este paradigma como «derecho penal humano». Más allá del carácter tautológico de la denominación, consideramos que esta pretende dar un mayor énfasis a la centralidad de la persona humana dentro del sistema punitivo.

Lo que el penalista argentino plantea es un dilema político, relacionado con la naturaleza del poder en la Edad Moderna. Con la creación del Estado-nación moderno, el poder se ha ido concentrando progresivamente en este, destruyendo todo discurso legitimador que vaya más allá de sus parámetros fundamentalmente ilustrados: secularización del poder, monopolización de la producción de la norma jurídica, anulación de todo derecho de origen no positivo, supresión del derecho romano como fuente del derecho subsidiaria, etc. Este fenómeno se acentúa con el advenimiento de los regímenes totalitarios que desembocaron en la Segunda Guerra Mundial. Podemos afirmar que sin el crecimiento del Estado y su progresiva tecnificación, no hubieran sido posibles, por mencionar un ejemplo trágicamente relevante, los campos de concentración.

El control del poder es un tema que se planteó como desafío el constitucionalismo clásico, sosteniendo que mediante el Estado de derecho, la separación de poderes, la democracia, las constituciones, era posible evitar la concentración del poder en una sola persona o entidad (oligarquías, partido político, troika, etc.). Lo que no fue previsto por los teóricos del constitucionalismo clásico fue que el Estado se transforma en un ente artificial que tiende a la monopolización de todas las esferas de la realidad

(Negro, 1995). En la naturaleza del Estado se encuentra el germen de su carácter hegemónico y totalitario, devorando incluso la política al convertirla en una cuestión de gestión técnico-administrativa.

La presencia del Estado se deja sentir en todos los ámbitos de la realidad. En la década de los ochenta del siglo pasado, hubo un esfuerzo por reducir el tamaño del Estado sobre la base de la implementación de políticas liberales o neoliberales. Este liberalismo era de cuño economicista, no el que inspiró el constitucionalismo moderno. Por ello la principal área donde el Estado desistió de ejercer su injerencia fue la economía, dando paso a la existencia de un espacio liberado con forma de mercado global de intercambio de bienes y servicios. La desregulación estatal de la economía tuvo efectos ambivalentes, ya que en muchos países trajo un crecimiento económico importante, pero, paralelamente, una concentración progresiva del gran capital y el consecuente surgimiento de oligopolios en distintas áreas de la economía. También se liberalizó el mercado financiero, provocando que las especulaciones financieras, los fondos buitres, entre otros fenómenos, pongan a los diferentes Estados en situación de vulnerabilidad económica externa.

Otros teóricos argumentan que el poder se ha deslocalizado o ya no es propiamente estatal. En ese sentido, se puede considerar la aproximación del poder estatal en Occidente en el pensador francés Michel Foucault:

En este sentido, Foucault quiere subrayar que la particularidad de la forma de ejercicio de poder hegemónica en occidente a partir de la racionalidad de gobierno liberal tiene su condición de posibilidad en el despliegue reticular una multiplicidad de prácticas o artes de gobierno —de sí y de los otros— que producen finalmente, en su articulación institucional global, efectos de Estado. Esta perspectiva, que excluye la idea de que el Estado surge a partir de la integración centralizada de elementos de lo social, evita consecuentemente la interpretación clásica de que la institución eclesiástica cristiana medieval constituye una matriz significativa en la constitución de los sistemas jurídicos y de la administración territorial de los Estados modernos en occidente. (Catalina, 2023, p. 13)

Con el advenimiento del neoliberalismo, el poder estatal se reduce y aparecen determinados poderes fácticos que trascienden los límites de la estatalidad. Es el fenómeno que actualmente se denomina como «crisis de la soberanía del Estado» (Romero et al., 2021).

Así, el derecho penal como poder jurídico emerge para enfrentar a un poder real y discursivo deslegitimado. García (2021) sostiene que Zaffaroni, para desarrollar su argumentación, comparó el sistema penal con la guerra y el derecho humanitario con el derecho penal.

Otro enemigo del uso descontrolado del poder del Estado es la democracia. En ese sentido, Zaffaroni relaciona a la democracia con el garantismo:

Ferrajoli vincula inextricablemente democracia y garantismo, porque la democracia es «garantías». Cuando se ataca o se estigmatiza (en los medios que apoyaron dictaduras) al «garantismo», lo que se ataca es, detrás de esta crítica al exceso de «garantías» civiles (de los «delincuentes») la democracia constitucional: la legalidad jurídica, límite de todo Estado de Derecho. Sin garantías no hay democracia y no hay Estado de Derecho. En el marco del avance (normalización, dirá Gunter Frankenberg) del estado de «excepción» no sorprenden las continuas críticas mediáticas al «garantismo», es decir, a la sola idea de que el ciudadano («delincuente») debe contar con «garantías» y derechos básicos (como el debido proceso, igualdad ante la ley, etc.). La crítica al garantismo —en este marco internacional, de auge de la doctrina de seguridad nacional— no es casual, tampoco inocente. Tiene un objetivo deliberado (en el marco del crecimiento de los «riesgos», los «peligros», las «amenazas»: erosionar la legalidad en el derecho. Erosionar la confianza en la legalidad, desdibujando el sentido y el fin de sus basamentos: las garantías civiles). Imponer gradualmente la excepción como regla. (Zaffaroni y Croxatto, 2015, p. 383)

Así, el garantismo en la versión del profesor argentino sería, llanamente, la defensa de garantías y derechos básicos. La consecuencia de la

falta de protección de estos es la presencia de un estado de excepción. Lo vivido durante la pandemia global provocada por la COVID-19 refuerza la idea de la existencia de un estado de excepción permanente que formuló el filósofo Agamben:

La crisis política contemporánea, aquella que ha conducido a crear este gigantesco campo de concentración, exacerbado por el COVID 19, se basaría en que la teología política ha perdido casi todo terreno frente a la teología económica, un ámbito del poder que adquiere independencia y que no necesita justificarse en la voluntad de Dios, es decir, en un poder auténtico y trascendente, para gobernar. En esa fractura entre Dios y su praxis es que Agamben identifica el surgimiento de la «máquina gubernativa de Occidente», una máquina bipolar que separa la omnipotencia de Dios, del gobierno racional del mundo, es decir, el poder absoluto, de su ejercicio mundano. (Del Prado y Duque, 2021, pp. 116-117)

Sin alejarnos del objeto de nuestra investigación, consideramos necesario incluir un análisis sobre el jurista que más ha analizado el estado de excepción y su relación con la normatividad. Nos referimos al alemán Carl Schmitt:

En la teoría política de Carl Schmitt uno de los conceptos más importantes es la excepción y su relación con la norma. Para el autor alemán, una excepción es más interesante que la norma, porque se debe proteger la Constitución contra los ataques internos o externos que sufre el Estado, por parte de sus enemigos internos o externos (SCHMITT, 2013). Así, el objetivo que el Estado debe cumplir cuando regula los estados de excepción en el ordenamiento jurídico, es preservar la sociedad democrática y las libertades ciudadanas simultáneamente con la seguridad interna y externa; salvaguardando al mismo tiempo la *ratio juris* y la *ratio status*. (Tobón et al., 2021, p. 5)

5. EL VERDADERO DERECHO PENAL Y EL DERECHO PENAL VERGONZANTE

Los hechos políticos que vienen ocurriendo en los últimos años en América Latina exigen una deconstrucción del lenguaje judicial. La denominada guerra judicial penetra en la porosa pátina de la doctrina y el proceso penal.

Existiría un «verdadero» derecho penal que, según Zaffaroni (2020b), es aquel que los juristas han ido construyendo para contener y limitar el ejercicio del *ius puniendi* de los Estados. Al respecto, podemos extraer varias reflexiones. Desde el plano epistemológico, parece que el autor desliza la idea de forma subrepticia, de que el campo de conocimiento lo construyen quienes producen las ideas. Es decir, la ciencia se definiría por la actividad de quienes la estudian o desarrollan, no por la existencia de un objeto formal y material en esta, que vaya más allá de lo que «puedan decir» los juristas. Nos encontramos, por tanto, con una posible falacia en la construcción lógica del autor estudiado: ¿la ciencia se legitima por el consenso de la comunidad científica? Esta aproximación tiene un origen foucaultiano, sobre todo cuando nos remitimos al Foucault que estudia la episteme de los estudios sobre las patologías psiquiátricas:

De esta manera, cuando se habla acerca de la hegemonía del funcionalismo en las ciencias sociales [...] significa que hay un proceso de dominación ideológica por parte de esta visión positivista, que es aceptada de manera pasiva por los grupos subalternos que se relacionan con los estudios de fenómeno social y organizacional, que admiten como una especie de «sentido común» aceptado por la mayoría; por tanto, terminan justificando el ejercicio del poder. Este tipo de dominación asumirá una manifestación también en el discurso que, por medio de sus prácticas discursivas, tendrá incidencia en el contexto social. (Abad, 2021, p. 26)

El derecho penal moderno tiene sus bases en la Ilustración, concretamente en el marqués de Beccaria. Ese derecho penal clásico luego

fue derecho penal positivista, derecho penal crítico, derecho penal mínimo, derecho penal restaurativo, etc. La postura del autor contiene un elemento axiológico y un condicionamiento histórico que este, parece, no esclarece o niega tácitamente. En todo caso, haciendo una interpretación amplia, podríamos considerar que la teoría que defiende Zaffaroni es de aplicación de las condiciones actuales de América Latina, sin pretensiones *urbi et orbi*.

La teoría del derecho penal vergonzante tendría como origen un error en la concepción de los abogados, pero, sobre todo, de los jueces: el *ius puniendi* no lo ejercen los jueces. Ignorando la realidad, los juristas crean discursos que pretenden legitimar el sistema actual. El verdadero *ius puniendi* lo ejercen las agencias de represión estatal. Esas agencias «colaboran» con el juez, pero ejercen, ellas mismas, su represión y su control. El derecho penal se convierte en un derecho administrativo policial, un poder punitivo ilícito ejercido por agencias administrativas (Zaffaroni, 2020a).

La represión irracional recae, funcionalmente, en las corporaciones policiales, las cuales se alejan de las estructuras de las agencias formales de represión gubernamental para consolidar una «autonomización» (Zaffaroni, 2014).

No podemos ignorar que el Estado facilita, con su crecimiento y tecnificación, un manejo más eficiente y sutil del poder represivo. En ese aspecto, acierta Zaffaroni con respecto a la identificación de quien ejerce realmente la violencia legítima.

Este derecho penal vergonzante aparece bajo determinadas condiciones: se debe prever, para el inicio del movimiento de la maquinaria represora estatal, un enemigo que encarne el mal absoluto. La lucha, en tal caso, se convierte en una cruzada. Desde una aproximación social y política, este escenario de confrontación aparece en momentos de extrema polarización. La política como medio de superación de antagonismos y consolidación de pactos y consensos que garanticen la gobernabilidad desaparece. La lucha política se convierte en una lucha religiosa.

Zaffaroni no es ajeno a la lucha política y toma posición en esta. Su adhesión a los movimientos populistas en América Latina es bastante explícita:

Los movimientos *populistas* latinoamericanos suelen presentar muchos defectos, pero nunca estos —ni incluso su eventual violencia— alcanzaron ni lejanamente los límites de crueldad de los impulsos regresivos. Si bien esto no debe hacer pasar por alto los defectos, no es posible dejar de reconocer —en todo momento— que el balance general del siglo pasado y de lo que va del presente, muestra que sin ellos no se hubiese ampliado la base de ciudadanía real y seríamos muchos los que hubiésemos podido sucumbir a los riesgos de ser latinoamericanos: haber sido abortados, carecer de proteínas en los primeros años y no desarrollar nuestras neuronas, desaparecer por enfermedades infantiles o endémicas, padecer disminuciones físicas y mentales irreversibles, ser analfabetos, carecer de toda posibilidad de acceder a estudios terciarios, etc. Sin los *populismos*, nuestras sociedades serían hoy continuadoras del *quasifeudalismo* del *porfiriato* mexicano, del *coronelismo* brasileño, del *patriciado* peruano, de la *oligarquía vacuna* argentina o *del estaño* boliviana. (Zaffaroni, 2018, p. 338)

Los populismos (a los cuales se le debería, sostiene el profesor argentino, quitar su connotación peyorativa) pueden contener la imposición del denominado Estado gendarme o policial. Consideramos que la apuesta política de Zaffaroni es válida, aunque, desde un plano académico, carece de los suficientes argumentos lógicos que permitan entender el salto cualitativo que logre superar la abusiva imposición del Estado gendarme mediante la apuesta por los populismos latinoamericanos.

La forma política que propone es el Estado fraterno (Zaffaroni, 2018). De inspiración peronista, pero en un sentido «más universal», esa forma estatal pretende aunar la libertad y la igualdad con la fraternidad. Es un Estado que debe ofrecer «defensa y resistencia» al colonialismo.

Retomando el análisis sobre los orígenes del derecho penal vergonzante, Zaffaroni (2020b) sostiene que parte de la deslegitimación del discurso de derecho penal vigente se relaciona con su poca eficacia para solucionar los problemas que se le presentan: «el poder punitivo le promete [a la humanidad] resolver lo que no se resuelve».

El distanciamiento de cierto idealismo doctrinario alejó, según Zaffaroni, la tarea de contención del poder punitivo, sustituyéndola por modelos racionales (no reales) normativistas. A este divorcio entre el derecho penal y la realidad social, Zaffaroni (2020b) lo denomina como «derecho penal decapitado».

El enemigo al cual se enfrentan los Estados y que coadyuva a la transformación del derecho penal en un derecho penal vergonzante es, según el profesor argentino, el capital transnacional financiero. Se pretende desmontar la política redistributiva que impusieron los denominados gobiernos populistas mediante el ajuste fiscal, la disciplina estereotipada a los delincuentes de subsistencia, el asesinato de estos o mediante el endeudamiento público.

El derecho penal vergonzante se activa, en esta coyuntura, mediante una venganza mediática contra los políticos populares (en su libro *¡Bienvenidos al lawfare!*, Zaffaroni utiliza el término populares, sin embargo, por la implementación de sus políticas económicas y sociales, la ciencia social la denominaría como populistas) y las masas estereotipadas de pobres. En el caso de los políticos, sostiene que se les inventa delitos y se fusionan intereses corporativos de los medios de comunicación, los servicios secretos y parte de la judicatura (jueces dóciles). Para los pobres, el encarcelamiento masivo en prisiones superpobladas, ejecuciones sin procesos y torturas policiales.

A nivel institucional, este entramado se consolida mediante la denominada guerra judicial (*lawfare*) como una etapa más del desarrollo del derecho penal en Latinoamérica. Sostiene Zaffaroni que a esta deformación institucionalmente patológica de la función jurisdiccional se le llama *lawfare* (guerra judicial), es decir, un confuso revolcadero de «corruptos» de alto vuelo, minorías del mundo judicial, agentes de servicios secretos, comunicadores, (de)formadores de opinión y monopolios mediáticos (Zaffaroni, 2020a).

6. CONCLUSIONES

- El autor destaca, como diagnóstico antes de empezar su teorización, que existiría actualmente un derecho penal funcional a los fines del neoliberalismo. Se presentaría una tendencia hacia la constitucionalización del derecho penal, así como a la administrativización del ejercicio directo del poder punitivo.
- No se puede establecer con claridad si la teoría de Zaffaroni es generalizable. Parece que es una teoría para Latinoamérica. También persiste la aporía que se encuentra en la afirmación de Zaffaroni con respecto a una ilegitimidad del sistema penal, pero que se mantiene precariamente sin abolir nada (García, 2021).
- Si la teoría de la pena termina siendo una cuestión política, Zaffaroni se acerca a los postulados del marxismo clásico que sostiene que el Estado es una expresión de los intereses de clase (estructura) y el derecho uno de sus instrumentos de dominación (superestructura). Pero, y es importante precisarlo, Zaffaroni se pronuncia (2017) con respecto a la teoría marxista del Estado y del derecho. Afirma que Marx acierta al interpretar la utilización del derecho como instrumento de los intereses de clase en ese momento histórico. Lo que hoy vivimos, señala el penalista argentino, es distinto a esa realidad.
- La apuesta política del profesor Zaffaroni nos lleva a una conclusión grave. No es posible dejar de reconocer la valía intelectual del profesor en su área de especialización, ya que esta es parte de la episteme que se desarrolla en el tiempo y alimenta la producción académica. Sin embargo, cuando se trata de cuestiones políticas, entramos al ámbito de la doxa. Por ello, es una falacia (falacia de autoridad o argumento *ad verecundiam*) sostener que el populismo como opción política es mejor o superior que los otros regímenes solo porque el penalista Zaffaroni lo afirma.
- Es por lo menos discutible la existencia del *lawfare* tal como lo entiende Zaffaroni, así como la de muchos investigadores que parten de premisas jurídicas para explicar un tema que pertenece al área de las relaciones

internacionales y a los estudios militares. El *lawfare*, en ese sentido, no es la última etapa del derecho penal vergonzante. Es una táctica de guerra no convencional.

REFERENCIAS

- Abad, A. (2021). (Re)visitando los conceptos de episteme y discurso en Foucault. *Revista de Historia, Patrimonio, Arqueología y Antropología Americana*, (4), 22-35. <https://doi.org/10.5281/zenodo.4322008>
- Catalina, C. (2023). Reflexiones sobre las herramientas de Michel Foucault para el análisis del pastorado eclesiástico en la época medieval. *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 22(2), 1-29. <https://recyt.fecyt.es/index.php/encrucijadas/article/view/94130>
- Del Prado, C. y Duque, G. (2021). Agamben tiene razón: COVID 19 y estado de excepción permanente. *Bajo Palabra*, (27), 105-124. https://revistas.uam.es/bajopalabra/article/view/bp2021_27_005
- García, N. (2021). *Raúl Zaffaroni criminólogo. Un estudio del autor a la criminología de América Latina* [Tesis de maestría]. Universidad Nacional del Litoral.
- Negro, D. (1995). *La tradición liberal y el estado*. Unión Editorial.
- Ocampo-Salazar, C. A. y Cardona, J. D. (2021). La quinta dimensión del poder: analítica de la gubernamentalidad en los estudios organizacionales. Estudio de caso del municipio de Medellín, Colombia. *Innovar*, 31(79), 117-132. <https://doi.org/10.15446/innovar.v31n79.91897>
- Rodrigues, E. (2020). *Estudo crítico da função da pena no ordenamento jurídico brasileiro à luz da teoria agnóstica de Eugenio Raul Zaffaroni*. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília. <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14210>
- Romero, C., González, A. y Betancourt, E. (2021). La crisis de la soberanía del estado. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 4(1), 70-79. <https://remca.umet.edu.ec/index.php/REMCA/article/view/350>

- Tobón, M. L., Mendieta, D. y Gasparetto, A. (2021). Los modelos constitucionales de los estados de excepción en época de crisis global. *Revista Jurídica*, 3(65), 1-35.
- Zaffaroni, E. R. (2014). Friedrich Spee. El origen del derecho penal crítico. *Revista Culturas Jurídicas*, 1(1), 117-142. <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45078/25906>
- Zaffaroni, E. R. (2017). *Derecho penal humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI*. Hammurabi.
- Zaffaroni, E. R. (2018). ¿Estado gendarme o Estado fraterno? *Revista Derechos en Acción*, (7), 335-347. <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/5680/4695>
- Zaffaroni, E. R. (2020a). *Penas ilícitas. Un desafío a la dogmática penal*. Editores del Sur.
- Zaffaroni, E. R. (2020b). Derecho penal y criminología sociológica: integración y desintegración. *Derechos en Acción*, (16), 25-58. <https://doi.org/10.24215/25251678e415>
- Zaffaroni, E. R. y Croxatto, G. L. (2015). El espionaje masivo como un (nuevo) crimen de agresión. *Pensar en Derecho*, (7), 325-399. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/7/el-espionaje-masivo-como-un-nuevo-crimen-de-agresion.pdf>



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 6, n.º 7, enero-junio, 2023, 65-78
Publicación semestral. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v6i7.803

EL INDICIO DE FALSA JUSTIFICACIÓN

THE FALSE JUSTIFICATION TEST

IAN CRUZ DEL CARPIO
Universidad Nacional de San Agustín
(Arequipa, Perú)
Contacto: iancruz12624@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0000-9838-9058>

RESUMEN

Los actos ilícitos tienen como principal característica que el autor procura su clandestinidad; en ese sentido, se resalta la obtención de pocos medios de prueba para la develación del hecho en forma directa. Teniendo ello presente, el razonamiento indiciario se posiciona como un aspecto clave para poder develar el hecho ilícito y su autor. Se han formulado varios indicios bajo un razonamiento inductivo, uno de ellos resalta por atentar presuntamente contra el derecho de defensa del imputado, nos referimos al indicio de falsa justificación, que se configura cuando se prueba que la coartada del imputado es falsa, y se utiliza este aspecto en contra del imputado.

Palabras clave: razonamiento indiciario; indicio de falsa justificación; problema del indicio de falsa justificación; conformación del indicio de falsa justificación; defensa activa; derecho de defensa.

Términos de indización: defensa; derecho a la justicia; derecho penal (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The main characteristic of unlawful acts is that the perpetrator seeks their secrecy; in this sense, it is important to obtain few means of evidence to reveal the act directly. In this context, circumstantial evidence is a key element in uncovering the illegal act and its perpetrator. Within the framework of inductive reasoning, several indicia have been formulated, one of which stands out because it allegedly undermines the right of defence of the accused. We refer to the indicia of false justification, which is established when the defendant's alibi is shown to be false and this aspect is used against the defendant.

Key words: circumstantial evidence; evidence of false justification; problem of evidence of false justification; formation of evidence of false justification; active defence; right of defence.

Indexing terms: defence; right to justice; criminal law (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 02/02/2023

Revisado: 10/05/2023

Aceptado: 25/05/2023

Publicado en línea: 30/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

El razonamiento indiciario cada día va calando y posicionándose como un arma valiosa para poder armar los casos, ya sea para seguir una línea de investigación y sostener una acusación (Ministerio Público), un acto

de defensa (parte imputada), así como emitir un juicio de fundabilidad (Poder Judicial). No por simple retórica se le denomina como el rey del razonamiento probatorio.

La tipología de indicios es un vasto campo que solo los casos en concreto pueden hacer realidad (hilvanando el razonamiento con cada uno de sus engranajes), por lo que no se puede establecer un *numerus clausus* de indicios.

Así, dentro de la variedad de tipologías que existen con respecto a los indicios, uno de ellos resalta por su peculiar conformación. Nos referimos al indicio de falsa o mala justificación, este implica que se toma como argumento en contra del imputado el hecho de que no ha podido corroborar su coartada como acto de defensa o en todo caso su postura ha sido probada como falsa.

Este indicio, así como ha sido enunciado, a primera impresión pareciera atender contra el derecho de defensa el imputado. Entendemos que el sujeto pasivo de la relación procesal penal puede armar su estrategia de defensa en forma pasiva o, en todo caso, puede desplegar una contraofensiva, esta es entendida como enunciar hechos distintos a los plasmados por el órgano persecutor del delito (no estuvo en el lugar de los hechos, no tiene vínculo funcional, consentimiento, legítima defensa, etc.); sin embargo, si esta postura no ha sido probada, se podría formular un indicio de mala justificación por parte del órgano persecutor del ilícito o en todo caso tomarlo en cuenta por el juez al momento de emitir sentencia. Sobre este tema álgido va a tratar el presente artículo.

2. APROXIMACIONES AL RAZONAMIENTO INDICIARIO

Al inicio de una investigación, conforme se toma conocimiento de un presunto ilícito penal, el caso poco a poco se va armando y para que esto suceda se tiene que recurrir al acopio de determinados elementos de convicción (prueba), para así cumplir con todos los requisitos que prevé cada tipo penal (objetivos y subjetivos); esto es, corroborar cada una de las proposiciones fácticas del delito en específico.

En ese sentido, en muchos casos se ha remarcado la poca existencia de medios de prueba que incidan directamente sobre el hecho y la responsabilidad del imputado como el autor del delito, a todo ello se le debe añadir que existen ciertos ilícitos que tienen por naturaleza su clandestinidad (violación de la libertad sexual, lavado de activos, crimen organizado, pacto colusorio, etc.), que a su vez repercute en que los medios de prueba sean aún más escasos. Esta situación no tan particular ha llevado a que se acuda al razonamiento por indicios, donde impera una concatenación de inferencias que nos lleva a dilucidar el caso; actualmente, este es calificado como el rey del razonamiento probatorio.

Así podemos indicar en forma general que los indicios corresponden a una información, dato o conocimiento de un hecho que es moldeado de acuerdo con la teoría del caso manejada por el sujeto procesal, del cual se vale para ir armando la estrategia que se hará operativa en el juicio oral, a los que adicionamos una inferencia de la cual podamos sacar una conclusión, conforme lo prevé el artículo 158.3 del Código Procesal Penal (CPP). A todo este tipo de pasos inferenciales se les denomina razonamiento indiciario, este implica la conformación de una cadena de inferencias que parte de un medio de prueba en específico, pasa por una información o dato obtenido, para luego moldearlo y conseguir un indicio en particular, y por último incidir en los hechos postulados (develación del ilícito penal) mediante una valoración holística de cada medio de prueba e indicio obtenido.

Dentro de nuestro ámbito nacional se ha descrito a este tipo de raciocinio como uno que no incide directamente sobre el hecho, sino que merodea el fáctico principal como un aspecto circunstancial y que por medio de la inferencia recién incide sobre el hecho central de imputación. Al respecto debemos añadir que también el indicio puede incidir sobre los aspectos concomitantes del hecho ilícito, pero que solo muestra una información reducida o parcial en la aclaración del hecho.

Entonces, se ha indicado que cuando estamos ante un medio de prueba que brinda una información que cerca el hecho principal (denominado indicio), luego le ponemos un reactivo (máximas de la experiencia,

leyes de la lógica o ciencia) con el cual recién podemos inferir una determinada conclusión; esto es, se tiene que trazar un puente entre el dato conocido y el dato que se va a descubrir, y con ello recién podemos obtener una información útil que decanta en el hecho principal (hecho concluido o inferido), a todo este entramado de encadenamiento de actos se le denomina razonamiento indiciario.

Brevemente podemos establecer nuestro entendimiento de lo que comprende el razonamiento indiciario. En ese sentido, siempre partimos de un medio de prueba en específico (testigo, perito o documento), de dicho medio de prueba obtenemos una información en bruto. Para dar por válida o tener cierta credibilidad de la información, se tiene que realizar una valoración individual (primer salto inferencial). El siguiente salto inferencial incide en darle forma a esa información en bruto obtenida mediante máximas de la experiencia, leyes de la ciencia o lógica, y ahí conseguimos un indicio en particular (segundo salto inferencial). Para, finalmente, una vez obtenidos e identificados todos los indicios armados, se tiene que entrar en una valoración en conjunto u holística, donde se analiza la pluralidad, la concordancia, la convergencia y la ausencia de contraindicios (tercer salto inferencial). Con ello se puede afirmar o negar los hechos postulados por el sujeto procesal, y el juez puede emitir un juicio de fundabilidad. Con esta breve explicación podemos indicar con soltura la complejidad de dicho raciocinio.

Se compara este tipo de razonamiento con un rompecabezas¹ que se arma poco a poco con cada pieza (medio de prueba). Si bien pueden existir espacios en blanco que no se puedan llenar, pero teniendo piezas circundantes se puede imaginar (inducir) la pieza faltante. Es la misma lógica que se presenta en los indicios, estos si bien no llenan en forma

1 Al respecto, Alfredo Bullard Gonzales (2005) ha indicado: «Cada pieza del rompecabezas será un indicio que nos muestra, con sus colores y formas, un pedazo de la lámina. El uso de la prueba indiciaria consiste justamente en proyectar, mediante distintos razonamientos organizados en una metodología consistente, cómo sería dicha lámina si tuviésemos todas las piezas» (p. 235).

clara los hechos, pero conforme con su pluralidad, su concordancia y su convergencia se puede dilucidar el ilícito penal y ser capaz de vencer la presunción de inocencia de la cual está premunido el imputado.

3. EL PROBLEMA DEL INDICIO DE FALSA JUSTIFICACIÓN

Como se ha enunciado, el indicio de mala o falsa justificación tiene un problema en su conformación, que incide en un posible atentado con el derecho del imputado de ejercer una defensa, esto es, poder afirmar hechos distintos a los formulados por el Ministerio Público. Podría ser que en el fondo se estaría tratando de cerrar un acto legítimo del imputado para resistir la pretensión punitiva. Para ello recorreremos algunas posturas sobre el tema.

3.1. Posición en contra del indicio

Esta corriente sienta sus bases en los derechos que asisten al imputado, uno de ellos es el de defensa, este se manifiesta en una variedad de actos que puede hacer valer en la investigación y proceso. Uno de estos actos es ejercer una defensa activa, es decir, proponer hechos distintos a los atribuidos por el órgano persecutor del delito. Al ser esto así, en caso no fuera probado, no puede ser utilizado en su contra, ya que se encuentra dentro de sus atribuciones como imputado.

En esa línea, se indica que el imputado tiene derecho a mentir, así lo hace ver Asencio Mellado (2008):

ha de significar la posibilidad, o mejor dicho, el «derecho» del imputado a mentir en el proceso tanto negando pura y simplemente su participación a pesar de haber cometido el hecho, como, especialmente, ofreciendo una coartada falsa para combatir las pruebas de cargo producidas por las partes acusadoras.

Seguidamente el autor indica: «En consecuencia, nos manifestamos abiertamente a favor de admitir un efectivo “derecho” del acusado a mentir» (pp. 195-196)².

En nuestro ámbito nacional se alinea en esta postura Reyna Alfaro (2015), quien al respecto señala lo siguiente:

la doctrina especializada ha reconocido la absoluta irrelevancia del indicio de falsa justificación. Se acepta que aunque la justificación o coartada del imputado puede constituir un contraindicio que desvirtúe la responsabilidad penal del imputado, la falsa justificación carece de significación procesal. (p. 477)³

3.2. Posición a favor del indicio

En el otro extremo tenemos una posición considerable que asume como válido formular un indicio de mala o falsa justificación. Pero esta a su vez se disgrega en dos corrientes, una se presenta cuando el imputado no pudo probar su coartada y con ello ya se constituiría el indicio de falsa justificación. La otra postura se da cuando la fiscalía ha desplegado prueba

2 Más adelante, el autor fundamenta su posición de la siguiente forma: «Nosotros estimamos que el descubrimiento de la falsedad de la coartada —y aunque en realidad, y al no tener el imputado obligación de declarar, si lo hace y en falso puede someter a un juicio contrario a su persona—, no puede ser en buena lógica un indicio de culpabilidad y de ello por faltar los elementos que tipifican el indicio y, en especial, por no responder el elemento racional al que es común a toda prueba indirecta» (Asencio Mellado, 2008, p. 197).

3 En esta posición se alinea Miranda Estrampes (2012), quien indica que «La inferencia de culpabilidad sobre la base de la falsedad y/o inverosimilitud de la coartada sería contraria al derecho fundamental a la presunción de inocencia en cuanto comportaría una inversión de la carga de la prueba que corresponde a la acusación, incompatible con las exigencias que derivan de dicho derecho en su aceptación como regla probatoria. El fracaso de la coartada lo único que permite afirmar es que el acusado no estuvo donde dice estar o con quien dice estar, o no hizo lo que afirma que llevó a cabo» (pp. 48-49).

de la cual se denota que la versión del imputado ha sido corroborada como falsa, que es muy distinta a su no probanza.

Existe una tenue línea que hace la diferencia, una situación es que el imputado no ha probado su coartada y la otra es que existe prueba en sostener que es falsa la coartada del imputado.

En ese sentido, consideramos que la posición amplia del indicio de mala justificación si es atentatoria con el derecho de defensa del imputado, es necesario un plus de actividad probatoria que haga falsa la posición defensiva del imputado, solo así entraríamos a la conformación de un indicio válido y útil para conformar una pretensión acusatoria.

En una posición amplia de este indicio se ha pronunciado a favor la Corte Suprema (2015b) (Sala Penal Permanente), así tenemos el R. N. n.º 1720-2014 Lima: «En ese sentido, existe un indicio de mala justificación, pues su versión del hurto no es comprobable» (fundamento décimo segundo).

3.3. Toma de postura

Como lo hemos dejado ver, somos partidarios de sostener que es válido formular un indicio de mala justificación, pero no nos alineamos en un sentido amplio sino restrictivo, ya que de por medio está el derecho de defensa del imputado (en su ámbito de poder formular actos a su favor —defensa activa—).

La falsa o mala justificación es una errónea explicación del imputado de ciertos hechos o circunstancias; en otros términos, es la exposición de una coartada que en últimas le favorece para sustraerse de la acción penal. Siendo un poco más explícito, con el presente indicio lo que se quiere sacar a relieve es que el investigado ha justificado o dado a conocer otros hechos, datos o circunstancias; sin embargo, estos fueron descubiertos como falsos (probados como falsos) a lo largo del juicio oral. Con ello queremos hacer hincapié en que no basta para tener un indicio de mala justificación que la coartada no se haya probado, sino que se compruebe que es falsa. Esto es, si el imputado enuncia hechos diferentes para evadir

su responsabilidad y no han sido corroborados, no se puede inducir algún tipo de responsabilidad por medio de un indicio; por lo que para poder dar por válido el presente indicio, es de gran importancia que este hecho aludido por el encausado sea corroborado como falso.

Lo contrario nos llevaría a un absurdo en acorralar al imputado por su sola versión de hechos exculpatorios. El imputado o investigado tiene ciertas prerrogativas para poder ejercer su defensa, dentro del marco constitucional y legal, entre ellas está el poder ejercer una defensa activa donde enuncia hechos diferentes a los sostenidos por el fiscal. Si estos fácticos no han sido corroborados, la consecuencia es simplemente que no se da por válida su posición. Por ello es sumamente importante que la ausencia de corroboración de los hechos enunciados por el imputado no debe traer ningún perjuicio en su contra; situación distinta es que estos fácticos han sido probados como falsos, es en este último punto donde encaja el indicio de mala justificación.

En esta postura se encuentra García Cavero (2010):

El indicio de mala justificación se presenta propiamente cuando el procesado recurre a declaraciones mendaces o formula una coartada falsa ante circunstancias que lo incriminan. Para la legitimación del indicio es necesario que la falsedad de lo declarado esté debidamente probada. (p. 59)

4. EL INDICIO DE FALSA JUSTIFICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

La gran mayoría de pronunciamientos de la Corte Suprema (2018) se alinean en esta posición restrictiva del indicio de falsa justificación, así tenemos a la Sala Penal Permanente:

Es cierto que lo aseverado por el encausado [...] para explicar la imputación en su contra, no está probado; pero esto no se convierte en una mala justificación. Es consabido que un escenario de

respuestas contradictorias, inverosímiles o no acreditadas de los imputados, no constituye, en sí mismo, un indicio de responsabilidad. Esta conclusión tiene respaldo constitucional, desde el derecho fundamental a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo. El papel indicio de coartada falsa o inverosímil del acusado es restringido, pues solo debe limitarse a robustecer indirectamente el valor epistemológico de los indicios incriminatorios previamente acreditados, y no es posible conferirle mérito probatorio autónomo. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2018b, fundamento décimo sexto)⁴

En un caso la Sala Penal Transitoria aclara que el indicio de falsa justificación tiene que ser aunado a otros indicios graves. En sus términos: «es de destacar que la falsa justificación solo tiene relevancia indiciaria de cargo cuando previamente existen otros indicios graves que revelen la autoría del imputado en la perpetración de los dos delitos juzgados: asesinato y hurto» (Corte Suprema de Justicia de la República, 2015a, fundamento décimo tercero).

Un caso de mala justificación es cuando el sujeto investigado negó tener un celular y luego de hacer el registro personal, se encontró en su poder un móvil:

4 En una lectura similar se pronuncia la Primera Sala Penal Transitoria: «Que, como se sabe, el que un encausado mienta para excluir toda sospecha en su contra no es un indicio necesario o, mejor dicho, grave y suficiente de que, en efecto, cometió el delito imputado —el indicio de mala justificación siempre es de carácter contingente—. La mentira sería, en todo caso, un suceso verosímil, pero no cierto como para erigirse en indicio base de una inferencia probatoria categórica, la cual requiere de datos adicionales, sobre una concreta intervención delictiva. La regla fundamental es que corresponde a la Fiscalía probar los elementos constitutivos del delito. La mentira de una coartada en modo alguno permite inferir que ineludiblemente cometió el delito —para una condena no es del caso probar necesariamente lo negativo, sino puntualmente lo positivo: que el reo delinquirió, no que mintió» (Corte Suprema de Justicia de la República, 2017, fundamento décimo).

Lo referido precedentemente se corrobora con los indicios de mala justificación brindados por el encausado [...], quien en el afán de evadir su responsabilidad incurrió en serias contradicciones, así, en su manifestación policial [...] inicialmente refirió no tener teléfono celular, no obstante al preguntársele sobre el celular hallado en su poder al momento de su intervención y en el cual estaban registradas [sic] números y llamadas entrantes y salientes a los celulares de los demás encausados, refirió que efectivamente dicho teléfono le pertenecía y fue un regalo de su esposa, quien se encontró dicho teléfono cuando viajaba en un trimovil [sic]. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2014, fundamento 2.2.3)

En un determinado caso a cargo de la Primera Sala Penal Transitoria, se tomaron en cuenta los siguientes aspectos para justificar que hubo un indicio de mala justificación (caso de homicidio): (1) que el imputado señaló que no mantenía ninguna relación sentimental con la víctima, que solo eran encuentros sexuales; sin embargo, esta situación fue desvirtuada por la declaración de los progenitores y los amigos de la víctima, quienes señalaron que sí tenían una relación extramatrimonial; y que (2) el imputado intentó responsabilizar de la muerte de la víctima a su ex pareja sentimental; no obstante, este último probó que el día de los hechos se encontraba laborando (Corte Suprema de Justicia de la República, 2018a, fundamentos 2.13, 2.14).

Otro caso particular presentado en la Sala Penal Permanente se dio cuando el encausado adujo ser taxista, pero no tenía licencia de conducir; además, el vehículo no era de su propiedad, lo alquilaba, pero además no conocía el nombre de quien le alquilaba el vehículo (delito contra la fe pública, uso de documento público falsificado):

De lo anterior se infiere la mala justificación, pues el dicho del imputado no se ajusta a la realidad; en primer lugar, no tenía la licencia respectiva para brindar el servicio de taxi; asimismo, el imputado declaró que no conocía el nombre de la persona que le alquilaba el vehículo que usaba en el servicio de taxi, lo que escapa a los márgenes

de la lógica, la experiencia y la sana crítica; finalmente, declaró no saber el nombre de la persona que lo contrató para conducir el vehículo en el que fue intervenido. Se trata de argumentos no contrastables y poco concordantes con las máximas de la experiencia. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019a, fundamento octavo).

Otro caso de falsa justificación se determinó cuando el imputado adujo que realizaba una determinada actividad, pero tiene por profesión otra distinta. Tal situación fue tomada por la Sala Penal Permanente como indicio de mala justificación e indicó lo siguiente: «el cambio de versión del recurrente expuesto en juicio oral es inconsistente. Primero, porque refiere que en su tiempo libre tramitó por su cuenta pensiones de invalidez ante la ONP; no obstante, es ingeniero electricista» (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019b, fundamento noveno).

Así, en varias oportunidades se hace uso de este indicio por la Corte Suprema: R. N. n.º 2257-2015 Apurímac, fundamento séptimo, literal E, Segunda Sala Penal Transitoria; R. N. n.º 1864-2017 Sullana, fundamento quinto, Sala Penal Permanente; R. N. n.º 904-2019 Lima, fundamento 6.6, Sala Penal Permanente; R. N. n.º 3099-2011 Ayacucho, fundamento quinto, Sala Penal Permanente; R. N. n.º 294-2019 Loreto, fundamento 1.5, octavo párrafo, Sala Penal Permanente; R. N. n.º 721-2020 Lima Norte, fundamento 12.2, Sala Penal Permanente; R. N. n.º 310-2019 Ayacucho, fundamento décimo, Sala Penal Permanente; R. N. n.º 2789-2015 Lima, fundamento 5.2, Sala Penal Permanente; Casación n.º 1093-2019 Cajamarca, fundamento 2.21, Sala Penal Permanente; Casación n.º 665-2020 Arequipa, fundamento 8.8, Sala Penal Permanente; R. N. n.º 323-2021 Lima, fundamentos 3.4 y 3.5, Sala Penal Permanente; R. N. n.º 684-2021 Áncash, fundamento 10.1, Sala Penal Permanente; R. N. n.º 1253-2018 La Libertad, fundamento décimo tercero, Sala Penal Permanente; entre otros pronunciamientos.

5. CONFORMACIÓN DEL INDICIO DE FALSA JUSTIFICACIÓN

Para la conformación del indicio de mala o falsa justificación se tiene que recurrir a los requisitos expuestos en el artículo 158.3 del Código Procesal Penal, además de los diversos pronunciamientos de la Corte Suprema (R. N. n.º 1912-2005 Piura) y Tribunal Constitucional (Exp. n.º 00728-2008-PHC/TC), pero dada su particularidad es necesario añadir algunos aspectos.

Primero, el indicio se posiciona cuando el imputado enuncia hechos distintos a los formulados por la fiscalía, formula una coartada; esto es, solo se puede expresar este indicio cuando el sujeto pasivo de la relación procesal formula una defensa activa que consiste en fácticos totalmente distintos; o, en todo caso, se desvincula de un aspecto de los hechos imputados, para la no configuración del ilícito. Solo en estos aspectos se puede postular un indicio de falsa justificación.

Segundo, se tiene que corroborar que estos hechos distintos o coartada son falsos; esto es, que existan medios de prueba que inciden en forma negativa en la coartada (desacreditar) formulada por el imputado: debe existir un plus probatorio que incida en negar los hechos o los datos defensivos del acusado.

No debemos dejar pasar que cuando formulamos un indicio de falsa justificación es un indicio de que es débil, que por sí mismo no podría formular un acto acusatorio, mucho menos una sentencia. Necesariamente tendrían que formularse toda una serie de indicios (pluralidad). Se manifiesta este indicio en el entendido de que por regla de las máximas de la experiencia tenemos que si el imputado utiliza hechos falsos, es porque podría estar incurso en el acto ilícito que le es imputado, todo bajo un aspecto inductivo del razonamiento (en este caso una probabilidad baja, indicio débil).

En suma, el indicio estaría conformado de la siguiente forma: un hecho base (coartada del imputado), aunado a ello debemos obtener medios de prueba que desdigan esa coartada, acto seguido se asigna una máxima de la experiencia que señala que es altamente probable que los sujetos formulen coartadas falsas para evadir su responsabilidad penal,

por lo que podemos llegar a una conclusión (en forma inductiva): el imputado podría ser el responsable del hecho que se le atribuye.

REFERENCIAS

- Asencio Mellado, J. M. (2008). *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*. INPECCP.
- Bullard, A. (2005). Armando rompecabezas incompletos. El uso de la prueba indiciaria. *Derecho & Sociedad*, (25), 227-238.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2014). R. N. n.º 3739-2013 Lambayeque. Sala Penal Permanente. Lima: 24 de junio de 2014.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2015a). R. N. n.º 1659-2014 Arequipa. Sala Penal Transitoria. Lima: 11 de mayo de 2015.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2015b). R. N. n.º 1720-2014 Lima. Sala Penal Permanente. Lima: 13 de octubre de 2015.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2017). R. N. n.º 152-2015 Junín. Primera Sala Penal Transitoria. Lima: 21 de febrero de 2017.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2018a). R. N. n.º 1824-2017 Áncash. Primera Sala Penal Transitoria. Lima: 16 de julio de 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2018b). R. N. n.º 697-2018 Lima Sur. Sala Penal Permanente. Lima: 24 de agosto de 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2019a). R. N. n.º 1699-2018 Lima. Lima: 4 de marzo de 2019.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2019b). R. N. n.º 1602-2018 Nacional. Lima: 4 de marzo de 2019.
- Cavero, P. (2010). *La prueba por indicios*. Reforma.
- Miranda Estrampes, M. (2012). *La prueba en el proceso penal acusatorio*. Jurista Editores.
- Reyna Alfaro, L. M. (2015). *Manual de derecho procesal penal*. Instituto Pacífico.



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 6, n.º 7, enero-junio, 2023, 79-100

Publicación semestral. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v6i7.804

LA CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

THE ADMINISTRATIVE FAILURE OF THE SANCTIONING PROCESS

VICENTE BRAYAN VILLALOBOS VILLALOBOS

Universidad de San Martín de Porres

(Lima, Perú)

Contacto: vicentevillalobos2196@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-2384-9771>

RESUMEN

En el presente trabajo, el autor desarrolla algunos tópicos elementales sobre la caducidad administrativa del procedimiento sancionador, tales como la noción de potestad sancionatoria, su fundamento constitucional, y su finalidad y funcionalidad a partir de la regulación contenida en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Finalmente, con el propósito de ilustrar la operatividad de esta institución, presenta un caso resuelto por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, en el que se declaró la nulidad de una resolución emitida por el órgano instructor mediante el cual se dispuso la ampliación del plazo de caducidad sin una justificación razonable.

Palabras clave: potestad sancionatoria; procedimiento sancionador; caducidad administrativa; derecho al plazo razonable.

Términos de indización: derecho administrativo; procedimiento legal; Administración pública (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

In this paper, the author develops some elementary topics on the administrative lapse of the sanctioning procedure, such as the notion of sanctioning power, its constitutional basis, and its purpose and functioning, based on the regulation contained in the General Administrative Procedure Act. Finally, in order to illustrate the functioning of this institution, it presents a case decided by the Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, in which it declared null and void a decision of the investigating body ordering the extension of the limitation period without adequate justification.

Key words: sanctioning power; sanctioning procedure; administrative forfeiture; right to reasonable time.

Indexing terms: administrative law; legal procedure; public administration (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 23/01/2023

Revisado: 22/05/2023

Aceptado: 29/05/2023

Publicado en línea: 30/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

El ser humano está condicionado por elementos de la naturaleza, uno de los cuales es, qué duda cabe, el tiempo. La persona no es un mero concepto, una idealización o abstracción, una entidad descarnada e irreal, sino más bien un sujeto situado, ubicado en un determinado momento histórico y

espacio. El derecho, en tanto expresión cultural creada para organizar una sociedad temporal, requiere de tal elemento para establecer sus criterios de ordenación igualmente temporales. Así, entre el derecho y el tiempo hay una relación de influencia mutua: el derecho se vale del tiempo para normar calendarios, plazos, días, horarios; y la fuerza inexorable del tiempo exige del derecho una constante actualización de su conjunto normativo. De este modo, el tiempo influye en la diversidad de relaciones humanas y, en especial, en las jurídicas (Varsi, 2021, p. 27).

Para Spota, citado por Varsi Rospigliosi (2021), el tiempo es un hecho jurídico porque el derecho asigna como consecuencias de su decurso, el nacimiento, la extinción o la modificación de relaciones jurídicas (p. 27). Precisamente, una de las instituciones sustentadas en el decurso del tiempo y que genera efecto extintivo es la caducidad, ya que por medio de su aplicación se busca poner fin a las incertidumbres jurídicas extinguiendo los derechos subjetivos o las potestades si no son ejercidas por sus titulares dentro de un plazo legalmente prefijado.

Ahora, esta institución no es privativa de alguna rama jurídica, pues la encontramos tanto en el derecho público como en el derecho privado, aunque con variantes propias de la naturaleza jurídica de la disciplina que se trate. No obstante, las diversas regulaciones deben respetar sus dos elementos esenciales bajo pena de desnaturalizarla: el decurso del tiempo y la inacción del titular del derecho o potestad (situación jurídica activa o de ventaja). El derecho administrativo no es la excepción, tal como lo acreditaremos en el presente trabajo.

En efecto, la caducidad administrativa —género de la especie caducidad— está regulada en el artículo 259 del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), como una forma de conclusión del procedimiento sancionador, que opera cuando el órgano resolutor no lo resuelve dentro del plazo de nueve meses contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos al administrado.

El interés que nos motiva a estudiar la caducidad en el derecho administrativo sancionador es que, a pesar de ser una institución muy

trascendente al ser aplicable en todos los sectores de la Administración pública, pareciera que los distintos órganos con potestad sancionatoria no dan cuenta de ello, pues suelen usar indiscriminadamente su facultad de ampliación del plazo de caducidad sin una debida motivación. Por tanto, vemos necesario revalorizar la caducidad administrativa y resaltar su carácter garantista en favor de los administrados.

Desde esta óptica, es ineludible desarrollar el fundamento constitucional de esta institución, aunque consideramos indispensable para su entendimiento empezar por la noción de potestad sancionatoria. Seguidamente, explicaremos la subsistencia de esta potestad no obstante haber operado la caducidad del procedimiento iniciado. Por último, presentaremos una resolución administrativa que demuestra el mal uso de la facultad de ampliación del plazo de caducidad.

2. NOCIÓN DE POTESTAD SANCIONATORIA ESTATAL

Antes de entrar a tallar en la potestad sancionatoria del Estado, es necesario definirla a partir de la distinción conceptual entre *funciones* y *potestades*. En doctrina constitucional y administrativa contemporánea se tiene que, por *ejecutivo*, *legislativo* y *judicial* ya no se hace alusión a la clásica división del poder político (dogma de la separación de poderes) que Locke y Montesquieu elucubraron en el período de la Ilustración y que sirvió de estandarte ideológico para la construcción del Estado liberal, en oposición a la monarquía absolutista, sino más bien a la distribución de tales funciones esenciales para la consecución de los fines y objetivos institucionales que constituyen la razón de ser del Estado. A decir de García Toma (2011), esta nueva concepción del esquema o arquitectura estatal define que el poder político atribuido al Estado por medio de un acto constituyente —fundamentado en el dogma de la soberanía nacional—, «es unívoco [indivisible], actuante por el cauce de múltiples funciones, ejercido por diversos órganos y titularizado por determinados sujetos denominados autoridades» (p. 35).

Las funciones esenciales (ejecutivo, legislativo, judicial) son, por tanto, manifestaciones genéricas de la actividad estatal, que comparten elementos configuradores comunes, los cuales están, por esta razón, sometidos a regímenes jurídicos que regulan con especificidad la producción, la validez y la eficacia de los actos resultantes de su ejercicio. Esta distribución funcional no se agota en la escala genérica, pues como bien lo explica Juan Carlos Cassagne (2017), es posible dividir dentro de cada función las actividades concretas o tareas particulares que tenga asignadas cada órgano estatal, las cuales reciben el nombre de *cometidos* (p. 90). Ahora bien, el notable jurista argentino señala además que para realizar tales funciones y cometidos «resulta necesario que la Administración Pública disponga de “poderes” o prerrogativas para cumplir integralmente con los fines de bien común que persigue el Estado. Tales poderes se denominan en el lenguaje técnico “potestades”» (Cassagne, 2017, p. 90).

Las potestades constituyen instrumentos o medios jurídicos atribuidos legalmente a cada órgano estatal, a fin de realizar —como ya se ha dicho— los objetivos institucionales que redundan en el interés público. Sobre la base de esta noción, se advierte que las potestades se diferencian de los derechos subjetivos en que, mientras estos derivan de relaciones jurídicas intersubjetivas, aquellas nacen del ordenamiento jurídico; lo que permite colegir que el Estado, en cualquier nivel estructural, solo podrá hacer aquello que le ha sido atribuido expresamente por la Constitución y la ley (principio de legalidad y competencia), en contraposición a los particulares, quienes no están obligados a hacer lo que la ley no manda ni impedidos de hacer lo que ella no prohíbe (principio de libertad jurídica). Una de tales potestades es, precisamente, la sancionatoria, definida como el poder disciplinario (interno), o el correctivo (externo), dirigido a modelar la conducta de las personas sometidas al *imperium* del Estado, en defensa de los bienes jurídicos que el ordenamiento protege por estimarlas esenciales para la organización y la subsistencia de la sociedad.

Con lo expuesto hasta aquí, ya se tiene claro que la potestad sancionatoria de la Administración pública significa que, dentro de la función

administrativa desempeñada por una organización con poder público¹, hay una repartición o competencia conferida legalmente (principio de legalidad) para sancionar a los administrados que afecten bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento mediante normas que tipifican con precisión la conducta infractora y su correlativa sanción (principio de tipicidad y taxatividad). De este modo, el ejercicio de esta potestad incide directamente en los ciudadanos, por lo que bien puede afirmarse que tiene carácter aflictivo, pues el acto de gravamen que implica debilita la esfera jurídica de los particulares (Ivanega, 2008, pp. 107-120), quienes se ven disminuidos hasta quedar en estado de sujeción o sometimiento; es decir, en una situación jurídica subjetiva de desventaja frente a la Administración.

Por consiguiente, debido a la naturaleza aflictiva de la potestad sancionatoria, resulta por demás lógico que, dentro del modelo de Estado constitucional de derecho, aquella esté limitada en su ejercicio por el ordenamiento mediante diversas instituciones jurídicas que funcionan como garantías a favor de los administrados frente al poder público, a fin de proscribir la arbitrariedad en su ejercicio, sea por abuso o desviación. Uno de estos límites lo constituye la caducidad administrativa del procedimiento sancionador, regulado en el artículo 259 del TUO de la LPAG. A continuación, desarrollaremos el concepto de esta institución y las implicancias de su funcionamiento, aplicando para ello el enfoque constitucional en razón de la estrecha vinculación entre el derecho administrativo y el

1 Nos adscribimos a la definición del vocablo *Administración pública* planteada por Abruña Puyol, para quien se trata de una organización que detenta poder público y actúa con función administrativa. Esta noción lo lleva a concluir en la innecesariedad de la calificación de una organización como persona jurídica para ser Administración pública, ya que esta «puede ser tanto una organización integrada con autonomía en una persona jurídica superior, como una organización que ella misma esté personalizada». Por ello, consideramos equívoco el término *entidad* que el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley n.º 27444, emplea en su artículo 2 para delimitar subjetivamente su ámbito de aplicación. Véase Abruña Puyol (2010, pp. 67-100).

derecho constitucional, aunado al fenómeno moderno de la constitucionalización del derecho.

3. LA CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DESDE EL ENFOQUE CONSTITUCIONAL

El fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico nos exige definir el contenido de las diversas categorías reguladas por el derecho positivo a partir de los principios y valores reconocidos no solo en la ley fundamental de cada Estado, sino también en el derecho internacional de los derechos humanos. Si en este paradigma la tutela de la dignidad humana es la que otorga legitimidad al poder político detentado y ejercido por el Estado, resulta racional que en el derecho público y, en concreto, en el derecho administrativo, se produzca un condicionamiento intenso de la Constitución sobre la ley ordinaria y la actividad administrativa (Cassagne, 2019). Es en este contexto jurídico, por tanto, que la caducidad administrativa del procedimiento sancionador debe conceptualizarse.

3.1. Aspecto conceptual y funcional

Para Morón Urbina, la caducidad en el derecho administrativo está referida a plazos estipulados en el ordenamiento jurídico que, de no ser cumplidos, conlleva a consecuencias extintivas. Estos plazos «fatales» —apunta el autor— tienen la finalidad de establecer un lapso para ejercer un derecho o una facultad en el marco de un procedimiento. Una vez transcurrido el plazo fijado en la ley sin que la Administración pública haya realizado determinada actuación a la que está obligada, operará la caducidad y se perderá definitivamente la posibilidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica concreta (Morón, 2019, p. 535). A partir de esta definición conceptual, el citado autor identifica dos condiciones que deben concurrir para que la caducidad administrativa opere:

- i) La falta de la actuación administrativa determinada por la ley (elemento subjetivo).

- ii) El transcurso del tiempo establecido por la ley para el ejercicio de un derecho o competencia (elemento objetivo) (Morón, 2019, p. 536).

La delimitación conceptual realizada a partir de estas dos condiciones queda corroborada normativamente por el TUO de la LPAG. Efectivamente, la caducidad administrativa del procedimiento sancionador está regulada en el artículo 259 de la mencionada ley, según el cual el plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es, en principio, de nueve (9) meses contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Transcurrido este plazo sin que la Administración pública haya notificado al administrado la resolución que resuelve el fondo del asunto, operará la caducidad de pleno derecho, lo que significa que su eficacia no requiere de una resolución que así lo declare, sin perjuicio de que esta sea emitida de oficio o a instancia de parte, caso en el cual tendrá carácter meramente declarativo (incisos 2 y 3 del citado artículo 259).

Ahora bien, la propia disposición normativa, en el segundo párrafo del inciso 1, habilita expresamente al legislador a establecer un plazo de caducidad mayor, en cuyo caso operará al vencimiento de este. La duda que surge de esta disposición radica en si, como resultado de una interpretación *a contrario sensu*, sería válido establecer por ley un plazo menor a nueve meses. A nuestro entendimiento, esta interpretación es admisible en tanto es compatible con el principio *pro homine* y su subespecie *pro libertatis*; ambos principios generales del derecho público que se desprenden del derecho internacional de los derechos humanos al cual se adscribe la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Estado peruano el 9 de septiembre de 1980². Según Mónica Pinto, citada por Constanza Núñez (2017), el principio *pro persona*:

2 Como datos históricos, durante el segundo gobierno de Fernando Belaúnde Terry, el Estado peruano reconoció la competencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 20 de octubre de 1980. Posteriormente, durante el ocaso del gobierno dictatorial del expresidente Alberto Fujimori Fujimori, el 9 de julio de 1999 la República del Perú retiró unilateralmente la declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte.

es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual *se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos* [énfasis añadido] e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. (p. 4)

En suma, por el principio *pro homine* los órganos estatales quedan vinculados a elegir, de entre todas las posibles interpretaciones, la que más favorezca la libertad del administrado. Así, desde este enfoque de derechos humanos, será el legislador quien, en función de criterios de conveniencia y oportunidad, evaluará el establecimiento de un plazo de caducidad menor a los nueve meses prescritos por el régimen general del procedimiento sancionador.

Otro asunto sobre el aspecto funcional de la caducidad administrativa es el referido a la facultad excepcional de la Administración pública para ampliar el plazo hasta por tres meses mediante una resolución debidamente sustentada y emitida antes de su vencimiento, tal como lo regula el inciso 1 del artículo 259 del TUO de la LPAG. Sin duda, este precepto es una garantía constitucional de configuración legal, derivada del debido procedimiento administrativo, la cual es otorgada a todo administrado inmerso en un estado de sujeción como consecuencia del ejercicio de la potestad sancionadora estatal. El deber de motivación es la consecuencia lógico-jurídica del derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones; lo que a nivel práctico implica que, en virtud de este derecho,

Sin embargo, el 29 de enero de 2001, durante el gobierno provisional de Valentín Paniagua Corazao, se retiró dicha declaración y se reconoció la vigencia ininterrumpida del sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte desde su depósito ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), esto es, el 21 de enero de 1981. Véase OEA (1969).

toda persona cuya situación jurídica se esté sustanciando en un proceso judicial o procedimiento administrativo, tiene la capacidad de exigir al órgano jurisdiccional o administrativo una resolución sustentada en premisas fácticas y jurídicas válidas, y en inferencias deducidas de estas a través de un razonamiento con corrección lógica (silogismo jurídico). Sobre el contenido constitucional de la debida motivación de las resoluciones, el Tribunal Constitucional tiene un amplio desarrollo doctrinario. En una sentencia paradigmática ha señalado que

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. (Tribunal Constitucional, 2008, f. j. 7)

En tal sentido, a fin de delimitar el contenido constitucionalmente protegido de este derecho fundamental, y de establecer parámetros para el reexamen de resoluciones recurridas en amparo o *habeas corpus* alegando su vulneración, el máximo intérprete de la Constitución estableció en esta misma sentencia una tipología de supuestos de indebida motivación, a saber: (a) inexistencia o motivación aparente; (b) falta de motivación interna del razonamiento; (c) deficiencias en la motivación externa (justificación de las premisas); (d) motivación insuficiente; (e) motivación sustancialmente incongruente; y, (f) motivaciones calificadas (Tribunal Constitucional, 2008, f. j. 7).

Los efectos casi omnicomprendidos de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el ordenamiento jurídico hacen que esta doctrina jurisprudencial sea aplicable en el ámbito de la función administrativa. En efecto, sobre la incidencia del derecho de motivación en los procedimientos administrativos, el máximo intérprete de la Constitución tiene resuelto que

El derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es un derecho implícito. Genera la obligación de que dichas resoluciones deban contar con suficiente motivación tanto de los hechos como de la interpretación y/o razonamiento de las normas invocadas por la Administración. (Tribunal Constitucional, 2004, f. j. 8)

La motivación de una decisión de la Administración no solo implica expresar la norma legal en la que se ampara, sino fundamentalmente en la exposición suficiente de las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada. (Tribunal Constitucional, 2005a, f. j. 10)

Por otro lado, de la lectura del artículo 259 que venimos comentando, se advierte un vacío legal referido a la hipótesis problemática consistente en que la Administración pública, en el marco de un procedimiento sancionador, decida ampliar el plazo de caducidad, para lo cual emite la resolución respectiva de manera previa a su vencimiento; sin embargo, por negligencia, la notificación de esta acontece con posterioridad. Salta la duda de si dicha resolución de ampliación es eficaz o no. El inciso 1 del artículo 259 solo exige que la ampliación se disponga mediante resolución debidamente sustentada y emitida antes del vencimiento del plazo; mientras que el inciso 2 del mismo artículo prescribe que la caducidad opera automáticamente con el transcurso del plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva; de lo que se infiere que se trata de la resolución que determina la existencia (o no) de responsabilidad administrativa, mas no de la que amplía el plazo de caducidad.

Consideramos que la solución a este problema hermenéutico se obtiene de una interpretación sistemática entre estas disposiciones normativas y las contenidas en el artículo 16 —también del TUO de la LPAG— según el cual el acto administrativo produce sus efectos a partir de la notificación legalmente realizada (inciso 16.1.), a no ser que otorgue beneficio al administrado, caso en el cual se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto (inciso 16.2.). Es evidente que la resolución que dispone la ampliación del plazo de caducidad

del procedimiento sancionador no es un acto administrativo que favorezca al administrado, sino todo lo contrario, es uno que agrava su situación jurídica. En este sentido, para que la ampliación evite la configuración de la caducidad, es necesario que la resolución respectiva sea debidamente notificada en el domicilio procesal del administrado, por lo que no bastará con la sola emisión. Esta línea argumentativa es compatible además con los principios *pro homine* y *pro libertatis* ya definidos en párrafos anteriores, en tanto optimiza el derecho-principio-valor de libertad.

Por lo demás, de todo lo expuesto hasta este punto se deduce que la caducidad contemplada en el TUO de la LPAG produce efecto perentorio del procedimiento sancionador, mas no de la potestad sancionatoria de la Administración pública. Este tema lo veremos con más detenimiento en el tercer tópico.

3.2. Aspecto teleológico

En el apartado anterior hemos explicado el deber de motivación —situación jurídica correlativa del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones— a cargo de la Administración pública en caso decida ampliar el plazo de caducidad hasta por tres meses, previo a su vencimiento. Asimismo, nos hemos valido del principio *pro homine* y de su subespecie *pro libertatis* para señalar que la ampliación de plazo requiere de la notificación respectiva, así como para proponer una interpretación que habilite al legislador a establecer legalmente un plazo de caducidad menor al de nueve meses, a fin de favorecer la libertad de la persona humana. Lo que corresponde ahora es exponer puntualmente el fundamento constitucional de la institución de la caducidad del procedimiento administrativo sancionador, tomando en cuenta su aspecto teleológico.

Desde esta perspectiva, es posible identificar el derecho, principio o valor constitucional respecto del cual la caducidad cumple una función instrumental en aras de proteger a la persona sumida en estado de sujeción o subordinación como consecuencia del ejercicio de la potestad sancionatoria estatal. En tal sentido, de lo expuesto precedentemente, colegimos que el fundamento constitucional de esta institución es el derecho a ser

juzgado dentro de un plazo razonable, que es una subgarantía del derecho fundamental al debido proceso legal, el cual tiene su vertiente en el derecho administrativo bajo el rótulo de *debido procedimiento* y con las mutaciones sustanciales necesarias para adecuarse a la función administrativa estatal. Sobre el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia:

El derecho a un «plazo razonable» tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan durante largo tiempo bajo acusación y asegurar que su tramitación se realice prontamente. En consecuencia, el derecho a que el proceso tenga un límite temporal entre su inicio y fin forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, y, por tanto, no puede ser desconocido. (Tribunal Constitucional, 2005b, f. j. 10)

Si bien se trata de una garantía reivindicada a favor de los justiciables cuyos derechos están involucrados en un proceso penal —sobre todo el de la libertad personal—, puede y debe ser extrapolada al ámbito del procedimiento administrativo sancionador con la finalidad de limitar el poder punitivo del Estado, manifestado en la potestad sancionatoria de la Administración pública, en defensa de los derechos fundamentales de los administrados. Desde este punto de vista, la caducidad administrativa puede ser concebida como un instrumento sustentado en el debido procedimiento administrativo, reconocido en el TUO de la LPAG como un principio del procedimiento en general (artículo IV, inciso 1.2.) y del procedimiento sancionador en particular (artículo 248, inciso 2). Así, la función de este instrumento es servir de límite temporal a la potestad sancionatoria atribuida por ley, y su objetivo, garantizar al administrado obtener una decisión fundada en derecho dentro de un plazo razonable. He aquí su importancia en el Estado constitucional de derecho, en donde la función administrativa estatal se encuentra condicionada y sometida al ordenamiento jurídico.

Una idea adicional que se extrae de la relación instrumental entre la caducidad administrativa y el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, es que —como ya se ha mencionado en líneas anteriores— esta institución solo opera si luego del vencimiento del plazo (nueve meses en principio, salvo por disposición diferente de una ley especial) no se ha emitido y notificado la resolución que decide sobre la situación jurídica del administrado, ya sea declarando su responsabilidad administrativa o absolviéndolo de la imputación de cargos efectuada por el órgano instructor sobre la base de la actividad fiscalizadora estatal; es decir, solo cuando se configura el supuesto de inactividad administrativa (causa imputable a la Administración pública). Este apunte se condice con la naturaleza del procedimiento sancionador, el cual siempre debe ser iniciado e impulsado de oficio, a diferencia de los procedimientos iniciados a instancia de parte como consecuencia del ejercicio del derecho de petición.

4. SUBSISTENCIA DE LA POTESTAD SANCIONATORIA

El inciso 3 del artículo 259, que venimos analizando, pone de manifiesto la diferencia sustancial entre la prescripción y la caducidad que operan en el derecho administrativo para limitar la potestad punitiva del Estado, cuando esta se encuentra comprendida, por mandato legal, dentro de la actividad realizada por alguna Administración pública. Conforme a esta disposición normativa, «en el supuesto que la infracción no hubiera prescrito, el órgano competente evaluará el inicio de un nuevo procedimiento sancionador». Lo que colegimos de esta regulación es que la caducidad extingue la capacidad de la Administración pública para resolver la incertidumbre dentro del procedimiento sancionador iniciado; mas este efecto perentorio no se extiende a la potestad sancionatoria *per se*. Esto explica que en la parte *in fine* del mismo artículo se disponga que «el procedimiento caducado administrativamente no interrumpe la prescripción», pues de lo contrario se tendría que el decurso prescriptorio transcurrido con anterioridad a la caducidad quede inutilizado y, en consecuencia, se empiece a computar un nuevo plazo de prescripción, lo que a todas luces sería contrario al aspecto teleológico que ambas instituciones jurídicas comparten.

Ahora bien, para entender este razonamiento es necesario trazar una frontera conceptual entre la prescripción y la caducidad a partir de lo que el TUO de la LPAG regula. El inciso 252.1 del artículo 252 dispone que «la facultad para *determinar la existencia de infracciones administrativas* prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales», y «en caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años», cuyo cómputo varía según la naturaleza de la infracción: instantáneas, instantáneas de efectos permanentes, continuadas o permanentes. Por su parte, como ya lo hemos apuntado, el inciso 1 del artículo 259 está referido al plazo que tiene la autoridad administrativa para *resolver los procedimientos sancionadores*. Nótese los distintos verbos empleados en ambas disposiciones para precisar la actividad específica que la Administración pública lleva a cabo en ejercicio de su potestad sancionatoria, presuponiendo a su vez dos competencias diferentes: de un lado se tiene la competencia de determinación de infracciones administrativas, y, de otro, se tiene la competencia de resolución de procedimientos sancionadores. Podría decirse que mientras la prescripción limita la dimensión sustantiva o material de la potestad sancionatoria, la caducidad hace lo propio con la dimensión adjetiva o formal de esta.

En palabras de Morón Urbina (2019), si bien la prescripción y la caducidad están asociadas a la inactividad de la Administración pública, además que se fundamentan en el valor de seguridad jurídica, no obstante, es posible identificar hasta tres diferencias a partir del desarrollo normativo contenido en el TUO de la LPAG:

- i) El plazo de prescripción inicia por una situación material, mientras que la caducidad, por una formal. El plazo prescriptorio empieza a contarse desde la comisión de la infracción, siendo diferenciada por el tipo de infracción cometida (situación material); en cambio, el inicio del plazo de la caducidad coincidirá con el inicio de una actuación formal de la Administración: el inicio del procedimiento sancionador (situación formal).

- ii) La prescripción admite la suspensión de su plazo, la cual se da por única vez con la imputación de cargos. La caducidad, por el contrario, no admite bajo ningún supuesto la interrupción o suspensión del plazo.
- iii) La prescripción conlleva la extinción definitiva de la potestad sancionadora. Transcurrido el plazo prescriptorio, la Administración queda impedida de ejercer su potestad sobre la infracción que es objeto de investigación. En la caducidad, en cambio, la extinción se producirá sobre el procedimiento, el cual se archivará y se tendrá como no iniciado, pudiendo iniciarse siempre que no se ha producido al no haber prescrito la infracción. (pp. 537-538)

Estas notas características justifican lo regulado en el inciso 5 del examinado artículo 259, en virtud del cual la declaración de caducidad administrativa no deja sin efecto las actuaciones de fiscalización, así como los medios probatorios que no puedan o que no resulte necesario que sean actuados nuevamente; a lo que se suma la vigencia de las medidas preventivas, correctivas y cautelares dictadas en el procedimiento caducado, hasta por el plazo de tres meses adicionales. A nuestro juicio, esta disposición constituye una prerrogativa (también llamada *facultad exorbitante*) que el ordenamiento concede a la Administración pública con el propósito de salvaguardar el interés público, a pesar de que el procedimiento sancionador no se haya resuelto dentro del plazo legalmente fijado; ello sin perjuicio, claro está, de que se determine la responsabilidad disciplinaria de sus dependientes (servidores y funcionarios públicos) por omisión de funciones. Es lógico que tal prerrogativa no se aplique en el supuesto de la prescripción, pues el efecto extintivo de este instrumento respecto a la determinación de infracciones lo impide.

Por lo demás, si la caducidad administrativa deja subsistente la competencia de la Administración para determinar la existencia de infracciones administrativas (dimensión material de la potestad sancionatoria), que habilita al órgano instructor a evaluar la conveniencia de iniciar un nuevo procedimiento sancionador, lo racional es que, en aplicación de los principios de celeridad, eficacia y simplicidad, los elementos de prueba

que se obtuvieron de la actividad fiscalizadora y los actos que se dictaron para cautelar la eficacia de la eventual resolución de sanción, así como prevenir y reparar los daños ocasionados al interés público como consecuencia de la conducta infractora, mantengan su eficacia en aras de arribar a una decisión materialmente justa. Lo contrario no solo sería contraproducente para la gestión pública, sino que además agravaría la situación jurídica del administrado al tener que repetirse lo ya actuado en el procedimiento caducado.

5. CASO DE APLICACIÓN

En este punto consideramos conveniente descender del plano de las ideas al plano pragmático. Para ello hemos seleccionado una resolución administrativa que demuestra con meridiana claridad la significativa repercusión de la caducidad administrativa en la tutela de los derechos fundamentales de los administrados afectados por la potestad sancionatoria de la Administración pública. Se trata de la Resolución n.º 153-2022-OEFA/TFA-SE, del 12 de abril de 2022, mediante la cual el Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) examinó para declarar la caducidad de un procedimiento administrativo sancionador en materia ambiental. Veamos lo actuado de manera sintetizada.

5.1. Trámite en primera instancia administrativa

El 20 de agosto de 2020 la Subdirección de Fiscalización de Energía y Minas (en adelante, la SFEM) de la Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos (en adelante, la DFAI), mediante Resolución Subdirectoral, dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra Olympic Perú Inc. Sucursal del Perú (en adelante, el administrado), empresa dedicada a actividades de explotación de hidrocarburos en el lote XIII-A (sectores A y B), ubicado en la Av. Chirichingo 351 —El Chipe— Piura, distrito de Colán, en las provincias de Paita y Sechura, en el departamento de Piura.

Dada la fecha de inicio del procedimiento sancionador, el primigenio plazo de caducidad administrativa vencía, en principio, el 20 de mayo de 2021, esto es, a los nueve meses de realizada la notificación de la imputación de cargos al administrado, de conformidad con el inciso 1 del artículo 259 del TUO de la LPAG.

Sin embargo, tras los descargos del administrado y el informe final de instrucción que concluyó en la plena corroboración de las infracciones imputadas, mediante Resolución Subdirectoral del 30 de abril de 2021, notificada el mismo día, la SFEM amplió en tres meses el plazo de caducidad del procedimiento sancionador, en aplicación del inciso 1 del artículo 259 del TUO de la LPAG.

La justificación de esta ampliatoria consistió en que la SFEM, en su calidad de órgano instructor, había solicitado determinada información a la Dirección General de Asuntos Ambientales de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas (MINEM), mediante el Oficio n.º 0065-2021-OEFA/DFAI-SFEM, y no se contaba aún con una respuesta, razón por la cual se requería de un mayor plazo.

Así, la DFAI, mediante Resolución Directoral, declaró la existencia de responsabilidad administrativa del administrado por la comisión de las infracciones imputadas por el órgano instructor; en consecuencia, se ordenó el pago de una multa y el cumplimiento de medidas correctivas. El administrado interpuso recurso de reconsideración contra esta resolución; sin embargo, el órgano resolutor la declaró infundada y, en consecuencia, confirmó la resolución de sanción.

5.2. Examen del caso por el Tribunal de Fiscalización Ambiental

El caso llega al Tribunal mediante recurso de apelación interpuesto por el administrado contra la segunda resolución de la DFAI, que desestimó su recurso de reconsideración contra la resolución de sanción.

En la resolución que finaliza la vía administrativa, el Tribunal observa correctamente que el Oficio n.º 0065-2021-OEFA/DFAI-SFEM fue remitido y notificado a la referida Dirección del MINEM el 4 de mayo de 2021, es decir, después de la fecha en que fue emitida y notificada la

Resolución Subdirectoral de ampliación del plazo de caducidad administrativa. De este modo, la ampliación se sustentaba en una premisa fáctica discordante con la realidad existente al momento de expedirse la resolución, por lo que la SFEM infringió el debido procedimiento administrativo por causal de indebida motivación del acto administrativo en el supuesto de falta de justificación externa del razonamiento (invalidez de las premisas).

En efecto, pese a la naturaleza excepcional de la ampliación del plazo de caducidad administrativa, el órgano instructor incurrió en un vicio de motivación inexistente o aparente al emitir la Resolución Subdirectoral de ampliación, ya que la justificó sobre la base de un pedido de información que realizó con posterioridad a la notificación de esta; por consiguiente, la premisa fáctica de la motivación era inválida.

En función de lo expuesto, el Tribunal señala que la Resolución Subdirectoral de ampliación incumplió los requisitos establecidos en el inciso 1 del artículo 259 del TUO de la LPAG, al no encontrarse debidamente motivada en atención a las circunstancias que se verificaron al momento de su emisión, motivo por el cual deviene en nula a efectos de ampliar el plazo de caducidad del procedimiento sancionador incoado contra el administrado.

6. CONCLUSIONES

- Los vocablos *poder*, *función* y *potestad*, usados indistintamente en muchas ocasiones para significar la actividad administrativa del Estado, tienen un contenido sustancialmente distinto. Así, la *potestad* sancionatoria de la Administración pública implica que, dentro de la *función* administrativa desempeñada por una organización con *poder* público, hay una repartición o competencia conferida legalmente (principio de legalidad) para sancionar a los administrados que afecten bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento mediante normas que tipifican con precisión la conducta infractora y su correlativa sanción (principio de tipicidad o taxatividad).

- La constitucionalización del ordenamiento jurídico es un fenómeno fundamental de los Estados modernos. En ese sentido, la caducidad administrativa, en tanto institución de derecho público, está intensamente condicionada por el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. Desde este enfoque filosófico-constitucional, se tiene que el concepto de caducidad administrativa está referido a plazos que tiene la Administración pública para resolver los procedimientos sancionadores iniciados formalmente, por lo que es válido afirmar que se trata de un instrumento de realización de la garantía constitucional a ser juzgado dentro de un plazo razonable, derivado del derecho fundamental al debido proceso legal, cuya manifestación en el campo del derecho administrativo se encuentra en el denominado *principio del debido procedimiento*.
- El TUO de la LPAG, en su artículo 259, ha positivizado la caducidad con efecto perentorio del procedimiento, mas no de la facultad de la Administración pública para determinar la existencia de infracciones administrativas (vertiente sustantiva de la potestad sancionatoria); de esta funcionalidad se justifica la disimilitud de regulación normativa entre esta institución y la prescripción, a pesar de que ambas están fundadas en la inactividad administrativa y el valor de seguridad jurídica.
- La Resolución n.º 153-2022-OEFA/TFA-SE, emitida por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, es sintomática de la ligereza con la que es tratada la facultad excepcional de ampliar el plazo de caducidad por las diversas administraciones públicas premunidas legalmente de potestad sancionatoria. Y es que el proceder de la Subdirección de Fiscalización de Energía y Minas (órgano instructor del procedimiento sancionador por daños al medio ambiente derivados de la actividad minera y energética), consistente en justificar la ampliación del plazo de caducidad en un pedido de información que a la fecha de la resolución no se había realizado, evidencia el propósito de muchas autoridades de evitar responsabilidad disciplinaria usando las competencias que el ordenamiento les confiere para fines de interés público.

REFERENCIAS

- Abruña Puyol, A. (2010). *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*. Palestra Editores.
- Cassagne, J. C. (2017). *Derecho administrativo* (2.^a ed., t. I). Palestra Editores.
- Cassagne, J. C. (2019). *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)*. Ediciones Olejnik.
- García Toma, V. (2011). *Legislativo y Ejecutivo en el Perú* (3.^a ed.). Adrus.
- Ivanega, M. M. (2008). Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora. *Revista de Derecho Administrativo*, (4), 107-120. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14528>
- Morón, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444 (Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS)* (14.^a ed., t. II). Gaceta Jurídica.
- Núñez, C. (2017). Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica. *Materiales de Filosofía del Derecho*, 2.
- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) (2022). *Resolución n.º 153-2022-OEFA/TFA-SE*. Lima: 22 de abril de 2022. <https://www.gob.pe/institucion/oeffa/normas-legales/2983827-00153-2022-oeffa-tfa-se>
- Organización de los Estados Americanos (OEA) (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32)*. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm
- Tribunal Constitucional (2004). *Expediente n.º 2192-2004-AA/TC*. Lima: 11 de octubre de 2004. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2005a). *Expediente n.º 4289-2004-AA/TC*. Lima: 17 de febrero de 2005. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04289-2004-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2005b). *Expediente n.º 618-2005-HC/TC*. Lima: 8 de marzo de 2005. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00618-2005-HC.html>

Tribunal Constitucional (2008). *Expediente n.º 00728-2008-PHC/TC*. Lima: 13 de octubre de 2008. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>

Varsi, E. (2021). *Tratado del derecho de la prescripción y la caducidad*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 6, n.º 7, enero-junio, 2023, 101-114

Publicación semestral. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v6i7.805

PROBLEMÁTICA EN TORNO A LOS TÍTULOS VALORES INCOMPLETOS Y SU ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN CON EL USO DE LAS TIC Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

PROBLEMS RELATED TO INCOMPLETE SECURITIES AND ALTERNATIVE SOLUTIONS THROUGH THE USE OF ICT AND NEW TECHNOLOGIES

JESSICA KATHERINE CORTIJO GONZALES

Universidad César Vallejo

(Trujillo, Perú)

Contacto: jcortijog@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-7319-7359>

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo determinar de qué modo brindar seguridad jurídica al obligado principal ante la ejecución de un título valor incompleto que se haya completado en forma contraria a los acuerdos adoptados. La metodología es básica, bajo un enfoque cualitativo de tipo analítico para dar solución a un fenómeno de la realidad. Asimismo, se desarrolló por medio del estudio de revisión sistemática. Se tiene como principales fundamentos teóricos a la descripción de la problemática jurídica social que gira en torno a los títulos valores incompletos, así como proponer supuestos de aplicación para poder finalizar los conflictos existentes haciendo uso de las denominadas TIC (tecnologías

de la información y la comunicación) y las nuevas tecnologías. Se concluye que es necesaria una regulación jurídica apropiada y viable al acto de aceptar y emitir títulos valores incompletos orientada a asegurar su eficacia jurídica plena y una defensa idónea para el obligado principal, para lo cual el Estado cumple un rol fundamental.

Palabras clave: ley de firmas digitales; título valor incompleto; formalidad; firma.

Términos de indización: legislación; propiedad privada; documento; tecnología de la información (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The objective of this article is to determine how to provide legal certainty to the principal in the execution of an incomplete security that has been completed in a manner contrary to the agreements made. The methodology is basic, using a qualitative approach of an analytical nature to provide a solution to a real phenomenon. It has also been developed through a systematic review study. The main theoretical bases are the description of the socio-legal problems related to incomplete securities, as well as the proposal of application assumptions in order to be able to resolve existing conflicts by making use of the so-called ICT (Information and Communication Technologies) and new technologies. It is concluded that an adequate and viable legal regulation of the act of accepting and issuing incomplete securities is necessary in order to ensure their full legal effectiveness and an adequate defence of the principal, in which the State plays a fundamental role.

Key words: digital signature law; incomplete security; formality; signature.

Indexing terms: legislation; private ownership; documents; information technology (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 16/01/2023

Revisado: 24/05/2023

Aceptado: 29/05/2023

Publicado en línea: 30/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, los títulos valores desempeñan un rol muy destacado en lo que respecta al ámbito financiero, al ser un instrumento que va a permitir el traslado de dinero al contener un derecho de pago, obligación o de cobro. Este, al ser perfectamente transmisible, hace seguras las relaciones comerciales entre los involucrados, tanto para la persona con derecho a pedir que se cumpla con una obligación o la persona del acreedor, así como frente a terceras personas las cuales pretendan restar el dinero que le corresponde a las partes. Además, permite que se realice la transmisión y el tránsito de derechos de crédito, de modo más simple, lo cual genera una disminución considerable de costos de transacción y eficiencia de tiempo.

Para la transmisión de títulos valores no se constriñe al cumplimiento de requisitos complejos, solo basta con el endoso como forma más común y sencilla de hacer válido dicho documento. En caso esté girado al portador, será suficiente con su entrega, y puede ser objeto de transferencia un derecho patrimonial, según el acuerdo de las partes. Dicho de otro modo, se resaltan las características de circulación simple y pura de los títulos valores que hacen posible el que sea transferible de forma rápida y sencilla; asimismo, puede ser objeto de transferencia un derecho patrimonial, según el acuerdo de las partes (Calle, 2019).

Cuando se trata de abordar el tema de títulos valores incompletos, la normativa vigente señala que estos válidamente pueden ser emitidos con la firma, dejando de forma intencional aspectos incompletos parcial o totalmente para que sean completados de forma posterior por el tenedor legítimo según las precisas instrucciones del que suscribe el documento; ello atendiendo a las condiciones y los acuerdos establecidos por las partes

al momento de ser emitido, de lo contrario podrá ser sometido a contradicción. De este modo, se entiende que para que cualquier título valor incompleto tenga eficacia jurídica debe estar acompañado del acuerdo de llenado al momento de su circulación. Sin embargo, la mencionada ley ha excluido de su regulación una formalidad o exigencia expresa al momento de la suscripción.

Esta situación descrita en las líneas precedentes pone en evidencia la problemática jurídica que gira en torno a los títulos valores incompletos, cuando estos son llenados en forma contraria a los acuerdos adoptados; y cuando al momento de la presentación (del título valor) para el cobro no se tenga o no exista el documento que sustente la transgresión de dichos acuerdos, por lo cual el obligado principal queda en total desprotección jurídica. Esto contradice la finalidad protectora del deudor, considerado como la parte que es más débil en toda relación comercial; por ello se tiene como problema de investigación el siguiente: ¿se puede brindar seguridad jurídica al obligado principal ante una posible ejecución de un título valor incompleto que se haya completado en forma contraria a los acuerdos adoptados?

En atención a lo señalado, el propósito del presente estudio es brindar una alternativa de solución al problema planteado, proponiendo una reforma legal para considerar una mayor formalidad a la realización del acto o al momento de suscribir o aceptar un título valor incompleto asegurando su eficacia jurídica, pues de ello depende la trascendencia de una relación financiera entre las partes involucradas.

2. CUESTIÓN PROBLEMÁTICA Y POSIBLE ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN

En principio, se debe puntualizar que la vigente Ley de Títulos Valores en el artículo 10, inciso 1, ha previsto que para ejercer cualquier derecho o actuación que se derive o provenga de un título valor emitido o aceptado de forma incompleta, debe cumplirse de conformidad con los acuerdos iniciales pactados.

En este sentido, en la práctica jurídica la mayoría de las controversias respecto de estos títulos valores incompletos se generan cuando las obligaciones cambiarias pretenden ser cobradas con montos excesivos e impagables o por encima del valor original que fue pactado contraviendo los acuerdos de llenado. Por ende, de la manifestación de voluntad del girado, como consecuencia, se genera el abuso del derecho al llevarse a proceso de ejecución, al llevar adelante el cobro de estos montos aceptados como válidos, dado que figuran en el título valor, toda vez que el ejecutado falte con presentar el documento que contiene el acuerdo de llenado por no tenerlo en su poder o porque simplemente no existe dicho documento. En este escenario se produce la restricción del derecho de defensa del ejecutado. Sucede en la práctica que los motivos por los cuales el girado no cuenta con el acuerdo de llenado muchas veces son atribuibles al acreedor, por cuanto decide no elaborarlo o no entregarlo y hace firmar al girado. Este último, por desconocer que debía recibir o solicitar copia de este, y necesitado del dinero o crédito, acepta el título valor incompleto, y queda en completa desprotección e inseguridad jurídica ante una segura acción ejecutiva cuando una vez llenado dicho título valor es puesto a cobro, lo cual contradice el fin protector de la relación comercial. En adición a lo señalado, se genera la vulneración de los principios de literalidad y buena fe.

Como se ha observado *supra*, y si nos detenemos a analizar la práctica jurídica en torno a títulos valores que se emiten incompletos, se advierte un abuso del derecho. Este se da por la posición de dominio económico que ejerce el acreedor sobre el obligado principal, quien no cumple con crear o entregar copia del acuerdo de llenado. Estos, dentro de la cadena de endosos inescrupulosos, se atreven a completar o llenar montos que no son reales amparándose en una insuficiente Ley de Títulos Valores en cuanto a la regulación de títulos incompletos se refiere, puesto que no se tiene una formalidad de estricto cumplimiento obligatorio que pueda beneficiar a ambas partes por igual. Adicionalmente, frente a esta situación no solo se ve perjudicado el girado, librado u obligado principal, sino también los terceros intervinientes de buena fe, quienes dentro de la

cadena de endosos aceptan dicho título valor desconociendo que se trata de uno incompleto, puesto que a veces ya se encuentran completados.

Cabe resaltar que este ejercicio antijurídico en el llenado de títulos valores incompletos es factible de contradicción vía acción judicial amparándose en la causal dispuesta en el artículo 19, literal e, de la ley mencionada en párrafos anteriores. No obstante, se advierte como requisito primordial para exigir eficacia jurídica por el demandante la presentación del acuerdo de llenado indicando los términos de cómo será completado; sin embargo, ya se ha señalado que si el demandado (en calidad de girado, aceptante u obligado principal) no posee dicho documento, los resultados serán extensos procesos judiciales y de largo tiempo y finalmente fallos a favor del demandante (en calidad de tenedor legitimado), puesto que será dificultoso probar cuáles fueron las cláusulas primigenias y si dicha obligación proviene de un título valor incompleto, sobre todo cuando el juzgador sustenta su decisión en que las partes deben probar sus alegaciones en concordancia con lo estipulado en el artículo 196 del Código Procesal Civil (CPC).

Al respecto, se advierte un vacío en el contenido del artículo 10, inciso 2, de la misma ley que se viene desarrollando, Ley de Títulos Valores, referente a la regulación en la emisión de estos títulos valores incompletos al no instituir de una formalidad *ad solemnitatem* al momento de suscribir o aceptar un título valor incompleto, dejando la entrega de la copia del acuerdo de llenado como una facultad y no como una exigencia de observancia obligatoria, ni siquiera si dicha copia debe ser simple o legalizada.

De acuerdo con lo antes expuesto, desde mi perspectiva, la alternativa de solución es efectuar una *reestructuración normativa* del contenido del apartado antes mencionado incluyendo la *formalidad de la firma digital certificada* como requisito de validez cuando se trata de emitir o aceptar títulos valores incompletos. Esta tiene un valor equivalente a una firma manuscrita y permite a las partes la acreditación, la autenticación y la integridad del título valor y del documento anexo y que sean vinculados al contenido, cuyo sistema basado en una contraseña privada y una pública para su visualización permitirá detectar alguna modificación o alteración

posterior a la firma. A su vez, permitirá visibilizar a los intervinientes en la cadena de endosos y que sea de conocimiento del obligado principal que es el llamado a realizar el pago al tenedor legitimado. De este modo, el girado u obligado principal podrá realizar su firma digital con total confianza por cuanto le estaría proporcionando una mayor seguridad en caso de requerimientos inadecuados cuando este título valor es completado para ser puesto a cobro. En consecuencia, podrá establecer su contradicción sin quedar desprotegido y propenso a que lleven adelante ejecuciones judiciales y cobros indebidos, puesto que se brindaría certeza y seguridad jurídica plena cuando se trata de la suscripción de títulos valores incompletos.

Entonces, se trataría de un título valor incompleto con firma digital, con derechos que subsisten en una modalidad electrónica, pero cuyos efectos jurídicos son los mismos que si estuvieran en un papel en físico y original, lo que haría eficaz y competente al tránsito comercial, siempre que su seguridad, su autenticidad y su integridad no sean afectados.

Hay que hacer notar que necesariamente se hace alusión a los títulos valores desmaterializados, por consiguiente, títulos valores electrónicos, los que ya vienen siendo regulados en nuestro actual ordenamiento jurídico y que debido al contexto de la pandemia acaecida en los últimos años, su puesta en uso ha sido una necesidad en la circulación de títulos valores con soporte electrónico, los cuales se analizarán en el apartado siguiente.

En esta misma línea de pensamiento, es pertinente mencionar la propuesta dada por diversos autores, que coinciden en que se debe realizar una modificación al artículo objeto de análisis para otorgarle una formalidad. Estos señalan que la inobservancia en la entrega de la copia del acuerdo de llenado debe tener como sanción la ineficacia y trasladar la carga de la prueba a la parte demandante que exige el pago de la obligación; además, indican que la celebración de los acuerdos cuando se trabaje con un título valor incompleto debe realizarse ante un notario público que dé fe del acto entre las partes para que las copias sean legalizadas, y adicionan que su costo sea asumido por el emisor (Morales, 2003), conforme ya lo han previsto la SBS y la AFP a través de la emisión del Circular G0090-2001.

Resumiendo lo planteado, es claro que existen opciones para dar solución a la problemática jurídica que atraviesa la materia de los títulos valores incompletos, dependerá del legislador tomarlas en cuenta y detenerse a analizar lo propuesto para evitar injusticias en el cobro que perjudiquen al obligado principal.

3. ACERCA DE LOS TÍTULOS VALORES DESMATERIALIZADOS

Se entiende por desmaterialización de títulos valores a todos aquellos que están desprovistos de un documento en físico que les brinde soporte material; en otras palabras, es la «despapelización» o, dicho propiamente, la desincorporación de los títulos valores permaneciendo el derecho por mecanismos de soporte electrónico. Esto conlleva a tratarlos de títulos valores electrónicos, puesto que solo cambia la modalidad en el soporte, que ya no será físico sino electrónico, y se hará uso de tecnologías informáticas o digitales, de modo tal que se estaría asegurando la perpetuidad del contenido del documento (Rendón y Rendón, 2022).

En concordancia con la Ley de Títulos Valores respecto de los títulos valores electrónicos, estos encuentran su regulación en el artículo 6, inciso 2, el cual señala que la firma autógrafa en la emisión de los títulos valores puede sustituirse, previo acuerdo entre las partes, por medios electrónicos y tendrá los mismos efectos.

Así también se tiene a la Ley n.º 27269, denominada Ley de Firmas y Certificados Digitales, que en el artículo primero establece que la firma electrónica tiene igual eficacia y validez jurídica que la firma manuscrita.

Adicionalmente, en el artículo 1 del reglamento de la misma ley (Decreto Supremo n.º 052-2008-PCM) se establece que tanto para el sector privado como para el público las firmas electrónicas son generadas bajo supervisión de IOFE, que garantiza la autenticidad y la integridad del documento emitido electrónicamente.

Respecto a la circulación de los títulos valores electrónicos, debe señalarse que no se trata de su entrega física o material; por el contrario, la transferencia se realiza a partir del envío de documentos electrónicos con el uso de un computador o medio similar.

Por otro lado, resulta pertinente mencionar que en la doctrina se señalan tres clases de títulos valor desmaterializados: total obligatoria, total facultativa y de circulación del título valor.

En síntesis, un título valor electrónico, según nuestra normativa vigente, puede ser suscrito con firma electrónica o digital, en aplicación de las disposiciones propias de esta institución y los subsecuentes cambios tecnológicos propios de la realidad social, sin necesidad de que los documentos tengan un sustento físico, cambiando el uso del papel por un soporte electrónico para dar creación, circulación, garantía y que cuenten con valor probatorio.

4. FIRMA DIGITAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En el contexto nacional, se empieza a hablar de esta figura como consecuencia de la normativa del comercio electrónico y el uso de documentos electrónicos y, como es lógico, con la práctica de la firma electrónica en el entorno comercial y financiero, que se encuentra regulada en la Ley n.º 27287, en el artículo 6, la cual ha previsto el empleo de la firma electrónica cuando se trate de emitir o aceptar, otorgar en garantía o efectuar la transmisión de títulos valores, equiparando su validez con la de una firma manuscrita.

Se tiene además que la Ley de Firmas y Certificados Digitales, es decir, la Ley n.º 27269 y su respectivo reglamento, artículo tercero y sexto respectivamente, definen a la firma digital como una firma electrónica cuya validez y eficacia jurídica es equiparable a la firma manuscrita, basada en un sistema criptográfico asimétrico que permite identificar plenamente al firmante protegido con una contraseña privada (bajo su control absoluto) que se encripta al contenido del documento, y una contraseña pública con la que tienen acceso otras personas o demás intervinientes para su visualización. De este modo se garantiza la confidencialidad, la integridad y el no repudio del documento; todo ello en cuanto dicha firma digital haya sido creada por cualquiera de las empresas certificadoras debidamente acreditadas por Indecopi a través de la Infraestructura Oficial de

Firma Electrónica (IOFE), la cual cumple la función de emitir los certificados digitales de utilización tanto para el sector privado como para el público, y proveer el *software* que se utilizará para su emisión en los documentos, las transacciones comerciales y los contratos; a fin de dar cumplimiento a lo contemplado en la normativa de firmas digitales (Aybar, 2021, p. 16).

En complemento a lo anterior, se tiene al Decreto Supremo n.º 105-2012-PCM que modifica el Decreto Supremo n.º 052-2008-PCM, el cual señala que para el uso de la firma digital y la conservación de los documentos que la contienen basta con el certificado digital sin precisar adicionales para tal fin.

Es claro que la firma digital se encuentra disponible en nuestro ordenamiento jurídico y siempre que cuente con un certificado digital emitido por una de las entidades debidamente acreditadas por Indecopi, en el marco de la IOFE, tendrá análoga validez y eficacia legal como si se tratara de una firma manuscrita. Con ello, toda persona natural o jurídica podrá firmar cualquier documento, que incluye al título valor, con total seguridad jurídica.

El certificado viene a ser todo documento digital que atestigua la vinculación entre la clave pública antes mencionada y la persona o una entidad; y cada cual cuenta con un período de validez, al término del cual podrá solicitarse su renovación. Adicionalmente, las certificadoras acreditadas pueden cumplir funciones inherentes a firmas digitales como verificación, registros, entre otros servicios (Aybar, 2021, p. 19). Dicho de otro modo, un certificado digital es una base de datos electrónica en donde una organización acreditada declara que la contraseña que le ha otorgado (de ocho dígitos) es de uso exclusivo de un solo usuario, lo cual permite la identificación y la confidencialidad de la información enviada (Castilla, 2021).

Al respecto, son sesenta y siete empresas o entidades acreditadas (Indecopi, s. f.) para otorgar dicho certificado digital, de las cuales Reniec es una de ellas, siempre que la persona cuente con documento nacional de identidad electrónico (DNIe) y un *token* o *smart card* que se conecta al computador cada vez que se vaya a emplear la firma digital.

Es importante aclarar que toda firma digital viene a ser una firma electrónica, en cambio, no toda firma electrónica vendría a ser una firma digital; sin embargo, todo aquel documento firmado digitalmente supone el mismo valor jurídico y surtirá iguales efectos jurídicos y legales que una firma manuscrita, a diferencia de la firma electrónica, que se trata de cualquier símbolo o carácter específico basado en un medio electrónico, pero no tiene el mismo grado de validez que la firma manuscrita al no haberse generado en el marco de la IOFE. En este caso pueden ser consideradas firmas electrónicas las que son escaneadas o las que son hechas mediante aparatos electrónicos.

Del mismo modo, la firma digital es un criterio efectivo y se constituye para eliminar los problemas de suplantación de personas, y para ello se cuenta ya con el respaldo del Reniec y de otras entidades acreditadas para el otorgamiento de tecnologías digitales para la certificación personal a través de la firma digital.

Por tanto, se puede inferir que la emisión o la aceptación, así como la circulación de los títulos valores incompletos en soporte electrónico puede realizarse usando la firma electrónica que incluye la firma digital y como condición para su emisión o su aceptación.

5. PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN DE LA FIRMA DIGITAL EN LA UTILIZACIÓN DE TÍTULOS VALORES INCOMPLETOS EN EL ÁMBITO DEL RENIEC

El alcance de la propuesta de implementación se basa en el esquema de uso de firma digital ya implementado en el Reniec, que se encuentra acreditado para otorgar el certificado digital que va a permitir la creación y la validación de firmas digitales en documentos a través de un *software* de firma digital. Sin embargo, debido a que no se cuenta con el conocimiento y la difusión para su aplicación, la ciudadanía no lo pone en práctica y desaprovecha las ventajas que conlleva su empleo con la presunción de que la firma digital solo está reservada para las entidades del Estado.

El procedimiento implementado por el Reniec para la utilización de la firma digital (Reniec, 2021) y que seguirían las partes intervinientes en la emisión y la circulación de los títulos valores incompletos se detalla a continuación:

- 1) Tener o adquirir el DNIe, el cual cuenta con un chip electrónico incorporado.
- 2) Adquirir el certificado digital en las oficinas del Reniec.
- 3) Recibir del Reniec el certificado digital, para lo cual existen tres formas: descargarlo e instalarlo en una computadora, descargarlo e instalarlo en un *token* criptográfico, y descargarlo e instalarlo en una *smart card*.
- 4) Crear una contraseña privada o personal para el certificado digital, alfanumérica, de ocho dígitos, conocida solamente por el usuario.
- 5) Descargar en un computador el *software* ReFirma PDF, alojado en el portal Servicio de creación de firma digital de la Reniec, ingresando a través del enlace https://dsp.reniec.gob.pe/refirma_suite/pdf/web/main.jsf
- 6) Ejecutar el *software* ReFirma PDF v1.5.4.
- 7) Aceptar los términos y las condiciones de uso.
- 8) Seleccionar y abrir el documento en formato PDF antes de proceder a la firma digital. En este caso se trataría del título valor incompleto junto con el acuerdo de llenado, ambos en un solo archivo.
- 9) Ingresar la contraseña generada en el paso 4.
- 10) Aparecerá en el documento, que sería el título valor incompleto y el acuerdo de llenado, una representación gráfica de la firma digital a manera de sumilla, la cual se podrá realizar de una a la vez o en lote.
- 11) Verificar la firma digital en el ícono de verificación del mismo documento.
- 12) Finalmente, el documento que sería el título valor incompleto firmado digitalmente podrá ser enviado vía correo electrónico para su circulación y cualquier persona podrá tener acceso y visualizar el detalle de la firma digital.

6. CONCLUSIONES

Dada la problemática actual encontrada en la casuística judicial con relación a la figura de los títulos valores incompletos declarados infundados, cuando son puestos a cobro, por causal de nulidad formal, considero que para la validez y la eficacia de este tipo de títulos valores deben observarse ciertos requisitos y formalidades de carácter obligatorio. La misma ley debe imponerlos de forma clara y concreta con la finalidad de otorgar mayor seguridad jurídica al obligado principal y a los usuarios para garantizar las transacciones comerciales y su cobro; de este modo, se evitará el abuso del derecho de parte del tenedor cambiario, quien de mala fe desatiende las instrucciones del acuerdo de llenado para completarlo a su voluntad, sin respetar los acuerdos inicialmente dispuestos por las partes, transgrediendo a su vez los principios de buena fe, literalidad e incorporación.

Lo expresado anteriormente permitirá la realización de un derecho justo al eliminar procesos ejecutivos que escuden un ejercicio abusivo del derecho por haberse completado de mala fe títulos valores incompletos en razón de la libertad ejercida por el tenedor, lo que redundará en una disminución significativa de costos y cargas procesales en los despachos judiciales.

Finalmente, la puesta en marcha del planteamiento descrito resulta viable, pero para que pueda funcionar correctamente es necesario que el Estado reestructure la normativa implementando la exigencia legal de uso obligatorio de la firma digital en los títulos valores incompletos y que contribuya al conocimiento público mediante la difusión por medio de las instituciones públicas y las entidades financieras. Asimismo, debe establecer que las empresas acreditadas cumplan con la respectiva publicidad de la información para reforzar la normativa; adicionalmente, debe acelerar la transición al DNIe para toda la ciudadanía, con lo cual facilitaría el uso de la firma digital.

REFERENCIAS

- Aybar, J. L. (2021). *Implementación de la firma digital en mejora del proceso del Sistema de Trámite Documentario de la Municipalidad Distrital de Puente Piedra, año 2021* [Tesis de licenciatura, Universidad Peruana de Ciencias e Informática]. <https://repositorio.upci.edu.pe/handle/upci/344?show=full>
- Calle Vera, O. F. (2019). *Los títulos valores incompletos y la carga de la prueba para acreditar su llenado conforme a los acuerdos adoptados en los procesos únicos de ejecución tramitados en la Corte Superior de Justicia de Arequipa 2015-2016* [Tesis de maestría, Universidad Católica de Santa María]. <https://repositorio.ucsm.edu.pe/handle/20.500.12920/8873>
- Castilla, P. (2021). *Firmas y certificados digitales: conceptos y contextos* [Diapositivas de PowerPoint]. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). [https://www.indecopi.gob.pe/documents/99221/229794/1.-01PresentacionFirmasDigitales\(1\).pdf/2e52409c-2a8a-4232-9ee2-acbe817c0fcc](https://www.indecopi.gob.pe/documents/99221/229794/1.-01PresentacionFirmasDigitales(1).pdf/2e52409c-2a8a-4232-9ee2-acbe817c0fcc)
- Indecopi (s. f.). *Registro Oficial de Prestadores de Servicios de Certificación Digital (ROPS)*. <https://www.indecopi.gob.pe/en/web/firmas-digitales/lista-de-servicios-de-confianza-trusted-services-list-ssl->
- Morales, P. (2003). «Título valor incompleto». *Proyecto de Ley 06364 presentado en el Congreso de la República*. 7 de abril de 2003. <https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/ee3e4953228bd84705256dcd008385e7/6d420f1d0d1d7bf005256d2407aaea6?OpenDocument>
- Registro Nacional de Identificación y Estado Civi (Reniec) (2021). *Software de firma digital Refirma PDF*. [Versión 1.5.4]. https://sp.reniec.gob.pe/app/refirma_suite/pdf/manual-1.5.4.pdf
- Rendón, C. F. y Rendón, P. C. (2022). *Títulos valores electrónicos* [Tesis de licenciatura, Universidad Católica San Pablo]. http://repositorio.ucsp.edu.pe/bitstream/20.500.12590/17400/1/RENDON_ESCOBEDO_PAU_VAL.pdf

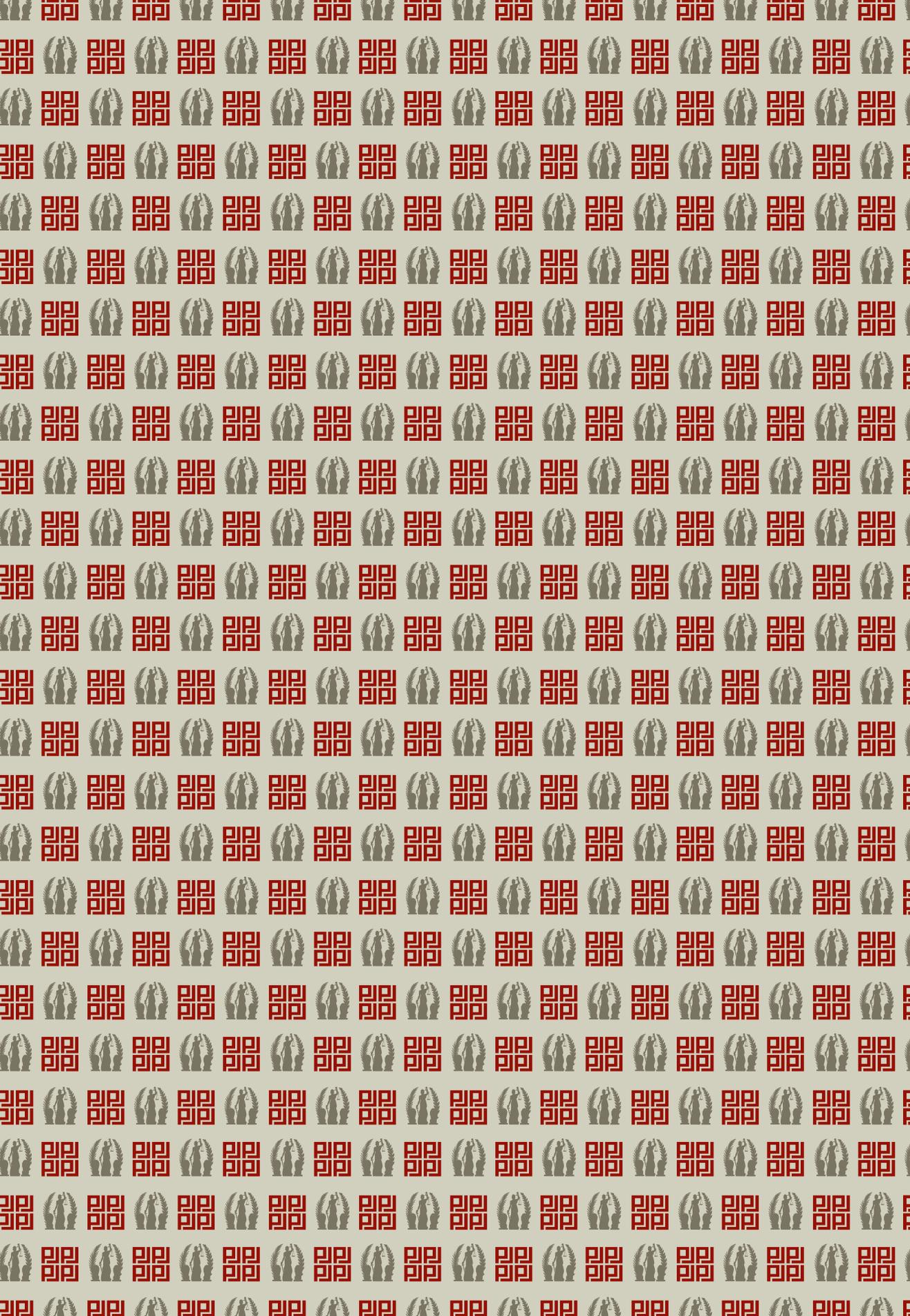
IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 6, n.º 7, enero-junio, 2023
Publicación semestral. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v6i7

La edición de este séptimo número
de la revista estuvo a cargo del Centro de Investigaciones Judiciales;
la diagramación la realizó Miguel Condori Mamani;
la asistencia editorial, Marcos Morán Valdez con el apoyo de Ketty Montaldo Zevallos;
la corrección ortotipográfica, Yuliana Padilla Elías;
y la gestión electrónica, Joel Jonathan Alhuay Quispe y Erik Almonte Ruiz.

Ius Vocatio. Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco n.º 7
se terminó de producir digitalmente en junio de 2023
en la Unidad de Investigación y Fondo Editorial del Poder Judicial.



Presentación

ELOY MARCELO CUPE CALCINA

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

La imprescriptibilidad de la acción penal como política criminal eficaz
contra los actos de corrupción

JAIME GERÓNIMO DE LA CRUZ

La violencia y la discriminación de la persona trans en la sentencia
Azul Rojas Marín vs. Perú

VÍCTOR RAÚL JESÚS RAMÍREZ BERNAL

Aproximación crítica a la teoría del derecho penal vergonzante de
Eugenio Raúl Zaffaroni

JORGE EDUARDO GARCÍA APAZA Y OLGA SOLEDAD COAGUILA TURPO

El indicio de falsa justificación

IAN CRUZ DEL CARPIO

La caducidad administrativa del procedimiento sancionador

VICENTE BRAYAN VILLALOBOS VILLALOBOS

Problemática en torno a los títulos valores incompletos y su alternativa
de solución con el uso de las TIC y las nuevas tecnologías

JESSICA KATHERINE CORTIJO GONZALES

