



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

# Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

ISSN: 1997-6682 (Impreso)  
ISSN: 2663-9130 (En línea)

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022  
Lima, Perú

18





PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022

Publicación semestral. Lima, Perú

### **PRESIDENTA**

ELVIA BARRIOS ALVARADO

Poder Judicial del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7761-3823>

*E-mail:* ebarrios@pj.gob.pe

### **DIRECTOR**

BRUNO ALBERTO NOVOA CAMPOS

Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9303-3845>

*E-mail:* bnovoac@pj.gob.pe

### **EDITORA EN JEFE**

GLADYS FLORES HEREDIA

Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>

*E-mail:* gfloreshe@pj.gob.pe

### **EDITORES DE SECCIÓN**

JOSÉ FÉLIX PALOMINO MANCHEGO

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

*E-mail:* jpalominom@unmsm.edu.pe

SANDRO ALBERTO NÚÑEZ PAZ

Universidad de Lima, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

*E-mail:* snunez@ulima.edu.pe

### **COMITÉ EDITORIAL**

HÉCTOR ENRIQUE LAMA MORE

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4634-6317>

*E-mail:* hlama@pj.gob.pe

CARLOS GIOVANI ARIAS LAZARTE  
Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4976-3004>  
*E-mail:* cariasl@pj.gob.pe

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA  
Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7752-0640>  
*E-mail:* vprados@pj.gob.pe

JANET TELLO GILARDI  
Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4402-2204>  
*E-mail:* jtello@pj.gob.pe

### **CONSEJO CONSULTIVO**

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO  
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, España  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0222-4385>  
*E-mail:* direccion@rae.es

GERARDO RUIZ-RICO RUIZ  
Universidad de Jaén, España  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5505-2591>  
*E-mail:* gruiz@ujaen.es

JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA  
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8342-4674>  
*E-mail:* jagomez@der.uned.es

JORGE ROGGERO  
Universidad de Buenos Aires, Argentina  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>  
*E-mail:* jorgeroggero@derecho.uba.ar

CARLOS CÁRCOVA  
Universidad de Buenos Aires, Argentina  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5906-5875>  
*E-mail:* cmcarcova@derecho.uba.ar

CÉSAR OLIVEROS AYA  
Universidad Católica de Colombia, Colombia  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8760-7280>  
*E-mail:* coliveros@ucatolica.edu.co

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA  
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8996-6423>  
*E-mail:* ftrazeg@pucp.pe

JOSÉ FÉLIX PALOMINO MANCHEGO  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>  
*E-mail:* [jpalominom@unmsm.edu.pe](mailto:jpalominom@unmsm.edu.pe)

IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ  
Universidad Ricardo Palma, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0688-2035>  
*E-mail:* [irodriguez@urp.edu.pe](mailto:irodriguez@urp.edu.pe)

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA  
Universidad Ricardo Palma, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5258-4058>  
*E-mail:* [francisco.tavara@urp.edu.pe](mailto:francisco.tavara@urp.edu.pe)

RONALD CÁRDENAS KRENZ  
Universidad de Lima, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1777-9423>  
*E-mail:* [rcardena@ulima.edu.pe](mailto:rcardena@ulima.edu.pe)

SANDRO ALBERTO NÚÑEZ PAZ  
Universidad de Lima, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>  
*E-mail:* [snunez@ulima.edu.pe](mailto:snunez@ulima.edu.pe)

### REVISORES

JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>  
*E-mail:* [jpalominom@unmsm.edu.pe](mailto:jpalominom@unmsm.edu.pe)

SANDRO ALBERTO NÚÑEZ PAZ  
Universidad de Lima, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>  
*E-mail:* [snunez@ulima.edu.pe](mailto:snunez@ulima.edu.pe)

MANUEL DE J. JIMÉNEZ MORENO  
Universidad Nacional Autónoma de México, México  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2061-6905>  
*E-mail:* [mjimenezm2@derecho.unam.mx](mailto:mjimenezm2@derecho.unam.mx)

### EQUIPO TÉCNICO

Yuliana Padilla Elías (corrección de textos); Rodolfo Loyola Mejía (diseño);  
Miguel Condori Mamani (diagramación); Erik Almonte Ruiz  
y Joel Alhuay Quispe (gestión electrónica).

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i18

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2007-13519

© Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú  
Palacio Nacional de Justicia, 4.º piso, oficina 421  
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima, Perú  
Teléfono: (511) 410-1010, anexo: 11260  
fondoeditorial@pj.gob.pe

### **DIRECCIÓN POSTAL**

Palacio Nacional de Justicia, av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima 21, Perú.  
*E-mail:* revistaoficialpoderjudicial@pj.gob.pe

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas  
por los autores de los artículos.

### **INDIZACIONES**

Latindex 2.0  
DOAJ  
MIAR  
REDIB  
ERIH PLUS  
LatinREV  
Base  
Dimensions  
Lens.org  
WorldCat  
Google Scholar  
Crossref

### **LICENCIA**



*La Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

Fotografía de la carátula: Frontis del Palacio Nacional de Justicia.

**SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA<sup>1</sup>**

Elvia Barrios Alvarado (presidenta)

César Eugenio San Martín Castro

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Ana María Aranda Rodríguez

Javier Arévalo Vela

Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi

Héctor Enrique Lama More

Carlos Giovanni Arias Lazarte

Mariem Vicky de la Rosa Bedriñana

Carlos Alberto Calderón Puertas

Emilia Bustamante Oyague

Ulises Augusto Yaya Zumaeta

Manuel Estuardo Luján Túpez

Víctor Antonio Castillo León

---

1 El Dr. Jorge Luis Salas Arenas, juez supremo titular, se encuentra con licencia institucional, pues preside el Jurado Nacional de Elecciones.



La *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* 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, de administración de justicia, informes técnicos, acuerdos o declaraciones de congresos institucionales, así como otra documentación relevante en materia jurídica. Los artículos de la revista 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 el artículo presentado sea aceptado, podrá realizar las correcciones de estilo y demás adecuaciones necesarias para cumplir con las exigencias de la publicación.

La *Revista Oficial del Poder Judicial* recibe las colaboraciones de todos los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como los trabajos de jueces nacionales y extranjeros, e investigadores sobre el derecho y la justicia. La presente publicación está dirigida a magistrados, investigadores, docentes universitarios, profesores, estudiantes y a un público interesado en las cuestiones propias de la reflexión académica, el trabajo crítico y la investigación jurídica.



The *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú* [Supreme Court Review. Research Gazette of the Supreme Court of Justice of the Republic of Peru], published every six months, has the principal objective to disseminate unreleased articles about juridical research, justice administration problems, agreements or declarations of institutional congresses, and others legal drafting. 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 adjustment required. The *Revista Oficial del Poder Judicial* receives the collaboration of all the Justices of the Supreme Court of the Republic of Peru, as well as the works of national and foreign judges, lawyers and others 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

## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u14i18

### Tabla de contenido

#### Presentación

ELVIA BARRIOS ALVARADO 15

#### Prólogo

HECTOR LAMA MORE 19

#### Artículos sobre flagrancia

EDWIN FIGUEROA GUTARRA 27

Flagrancia y derechos humanos. Repensando el derecho penal del ciudadano

CARLOS ESPIRITO MACHUCA FUENTES 55

Las Unidades de Flagrancia en el Perú: algunos apuntes sobre su necesidad y su utilidad

SHERLY TANIA BUSTAMANTE MAITA 77

Valoración del estado mental de los inculpados en las Unidades de Flagrancia

JOSÉ LEONIDES AGIP VÁSQUEZ 99  
Vulneración de principios y garantías al imputado en las  
Unidades de Flagrancia

### **Artículos sobre derecho**

WALBER JOSE SANTOS GOMERO 139  
La perspectiva de género desde el feminismo jurídico de  
Miguelina Acosta

EDUARDO DANIEL VÁZQUEZ PÉREZ 159  
La Administración pública como sistema autónomo. El  
derecho a la función pública

NICOLÁS BALDINO MAYER Y DAVID GUSTAVO ROMERO  
BASURCO 173  
El delito de omisión de asistencia familiar: análisis del tipo  
objetivo

LUIS ANDRÉS PELEGRINO TORAÑO 215  
La revocación de las disposiciones testamentarias. Un  
análisis comparativo del derecho peruano y el derecho  
cubano

LUIS ALBERTO HUAMÁN ORDÓÑEZ 255  
¿Derecho al descanso laboral o al refrigerio? Comentarios al  
anteproyecto del Código de Trabajo

MONICA ALEXANDRA FRANCIS BONE 273  
Valoración pericial del daño psicológico en casos de  
violencia contra la mujer. Análisis en el contexto forense  
ecuatoriano

LUIS MANUEL LIZA CASTILLO 289  
Importancia de la motivación de las resoluciones

JOHN FRANCK HUERTA MOLINA 305  
La educación jurídica como medida preventiva de los delitos de violación sexual de menor de edad

BRUNO FERNANDO AVALOS PRETELL 321  
El rechazo liminar de la demanda. A propósito del «Nuevo» Código Procesal Constitucional

LUIS ANDRÉS ROEL ALVA Y RENZO DÍAZ GIUNTA 363  
El sistema justiciero: la justicia constitucional en el Perú

## Reseñas

INMACULADA VIVAS TESÓN 393  
Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores). *Reglas de Brasilia: vulnerabilidad y acceso a la justicia*

ANTONIO FERNANDO VARELA BOHÓRQUEZ 405  
Javier Arévalo Vela. *El derecho colectivo del trabajo y sus fuentes*





## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 15-18

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u14i18.52

### Presentación

La constitución y la implementación de las Unidades de Flagrancia Delictiva en el Poder Judicial ha constituido una iniciativa institucional que responde a las grandes demandas ciudadanas de nuestra sociedad por una mayor celeridad en la solución de los procesos judiciales, y de este modo coadyuvar en la lucha contra el alto índice de criminalidad e inseguridad ciudadana que se vive en el país. Esta iniciativa dio sus frutos a partir del 1 de julio de 2022, con la implementación del Plan Piloto de la Unidad de Flagrancia en el Distrito Judicial de La Libertad, con sede en el Centro Integrado del Sistema de Administración de Justicia de El Porvenir (CISAJ El Porvenir), y se ejecutó con recursos propios de la citada Corte Superior. Asimismo, se ha dispuesto la reubicación de la Unidad de Flagrancia en la Corte Superior de Lima Norte.

La implementación de las Unidades de Flagrancia Delictiva constituye un esfuerzo que importa una fuerte inversión en infraestructura. Como lo explicó el actual presidente de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, doctor Giammpol Taboada Pilco (AMAG Perú, 2022), se requiere una unidad inmobiliaria especialmente acondicionada para albergar a las cuatro instituciones: Policía Nacional del Perú, Ministerio Público, Ministerio de Justicia

y Derechos Humanos y Poder Judicial; en ese sentido, es necesario contar con áreas tanto para la policía con sus respectivas carceletas como para la defensa pública, la fiscalía y los magistrados del Poder Judicial. Agrega que no cualquier edificio puede ser una unidad de flagrancia, pues debe tener carceletas con ciertos estándares, locutorios para las entrevistas de los detenidos con sus abogados, salas especialmente acondicionadas para la realización de audiencias, espacios para criminalística, espacios para medicina legal, una unidad de administración para la unidad de flagrancia a fin de asegurar la operatividad de todas las instituciones. Debe contar, asimismo, con una unidad de herramientas tecnológicas, dado que las mencionadas instituciones se encuentran en un mismo edificio y es posible adaptar mecanismos tecnológicos que permitan una medición de ellas; así como una unidad de procedimientos, encargada de estandarizar a través de formatos todo el trámite que no implique una valoración de los elementos de convicción, o facultades discrecionales por parte de los entes jurídicos. Estos primeros esfuerzos buscan legitimar la actuación estatal en su conjunto.

Es relevante destacar la creación del aplicativo telefónico «Flagrancia Total» por parte del Distrito Judicial de La Libertad. Conforme a las afirmaciones vertidas por el doctor Giammpol Taboada Pilco, dicho aplicativo permite al policía, desde que tiene al ciudadano en la calle, registrarlo en su teléfono, por sus nombres, su documento de identidad o pasaporte, generando una alerta en la Unidad de Flagrancia. Ello hace posible medir los tiempos desde que dicho ciudadano es detenido hasta que es llevado a la unidad, y a su vez permite monitorear qué acciones se han realizado desde el Ministerio Público hasta la realización de la audiencia en aplicación del proceso inmediato, asegurando una adecuada coordinación con la PNP a fin de que los detenidos no sean llevados a una comisaría, sino directamente a la Unidad de Flagrancia, y de esta manera la iniciativa funcione.

Este importante tema es desarrollado en una sección especial de la presente publicación, donde encontraremos los artículos sobre «Flagrancia y derechos humanos. Repensando el derecho penal del ciudadano», «Las Unidades de Flagrancia en el Perú: algunos apuntes sobre su necesidad y su utilidad», «Valoración del estado mental de los inculcados en las Unidades de Flagrancia» y «Vulneración de principios y garantías al imputado en las Unidades de Flagrancia». A través de ellos se subraya lo acertado de la iniciativa de crear Unidades de Flagrancia, la necesidad de replicarlas a nivel nacional en función de parámetros como población e incidencia delictiva; igualmente, se resaltan propuestas de mejora, la participación activa de diversos profesionales, así como la necesidad de aplicar el proceso inmediato solo a supuestos específicos para garantizar el debido proceso.

Adicionalmente, se incluyen importantes artículos de autores nacionales y extranjeros que versan sobre diversos temas como son «La perspectiva de género desde el feminismo jurídico de Miguelina Acosta», «La Administración pública como sistema autónomo. El derecho a la función pública», «El delito de omisión de asistencia familiar: análisis del tipo objetivo», «La revocación de las disposiciones testamentarias. Un análisis comparativo del derecho peruano y el derecho cubano», «¿Derecho al descanso laboral o al refrigerio? Comentarios al anteproyecto del Código de Trabajo», «Valoración pericial del daño psicológico en casos de violencia contra la mujer. Análisis en el contexto forense ecuatoriano», «Importancia de la motivación de las resoluciones», «La educación jurídica como medida preventiva de los delitos de violación sexual de menor de edad», «El rechazo liminar de la demanda. A propósito del “Nuevo” Código Procesal Constitucional», «El sistema justiciero: la justicia constitucional en el Perú», así como dos importantes reseñas sobre los libros *Reglas de Brasilia: vulnerabilidad y acceso a la justicia* y *El derecho colectivo del trabajo y sus fuentes*.

Estamos convencidos de que esta publicación constituye un importante aporte a la cultura jurídica nacional, agradecemos a los autores y a las autoras por confiarnos sus artículos académicos e invitamos a la comunidad jurídica a participar en los próximos números de la *Revista Oficial del Poder Judicial*.

Lima, diciembre de 2022

ELVIA BARRIOS ALVARADO  
Presidenta del Poder Judicial

## **REFERENCIA**

AMAG\_Perú (2022, 15 de septiembre). *Conferencia virtual: Implementación de unidades de Flagrancia en el Perú* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=r4KIexrHnOs>



## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 19-23

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u14i18.55

### Prólogo

Uno de los principales problemas que aqueja a nuestro país es la inseguridad ciudadana. Conforme a la información publicada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2022a, 2022b), entre los años 2016 al 2021, el número de personas detenidas en flagrancia por la comisión de diversos delitos se ha incrementado de 111 233 a 173 616 a nivel nacional. Los departamentos que mostraron mayor incidencia fueron Lima, con más de 88 000 detenidos, seguido de Arequipa, Piura y La Libertad con más de 10 000 detenidos cada uno.

Entendemos por flagrancia a la situación en que una persona es descubierta mientras comete el hecho delictivo o acaba de cometerlo. Asimismo, la doctrina procesalista reconoce tres tipos de flagrancia: 1. Flagrancia estricta: el sujeto es sorprendido y detenido en el momento de ejecutar el hecho delictivo; 2. Cuasiflagrancia: el individuo es capturado después de ejecutado el hecho delictivo, siempre que no se le haya perdido de vista y haya sido perseguido desde la realización del delito; 3. Flagrancia presunta: la persona es intervenida por la existencia de datos que permiten intuir su intervención —en pureza, que viene de «intervenir»— en el hecho

delictivo (López, 2011, p. 95, citado por Corte Suprema de Justicia de la República, 2017, p. 57).

La inseguridad ciudadana antes graficada, sumada a la demanda de celeridad en la resolución de los procesos judiciales, constituyen poderosas razones para destacar la importancia de la iniciativa de implementar las Unidades de Flagrancia por el Poder Judicial. Podemos acentuar, como características resaltantes, que estas reúnen en un solo inmueble a las instituciones que intervienen en el trámite del proceso inmediato procedente de una flagrancia delictiva, las cuales son i) la Policía Nacional del Perú (PNP), que tiene a su cargo la detención y la custodia de los intervenidos, la realización de diligencias de investigación y los exámenes de criminalística; ii) el Ministerio Público, que conduce la investigación, requiere la incoación del proceso inmediato y formula acusación, además de tener a su cargo los servicios de medicina legal; iii) el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través de los defensores públicos, para que asistan al intervenido y a la víctima cuando no cuente con defensor particular; y, iv) el Poder Judicial, que realiza las audiencias, juzga y expide sentencias, de conformidad con la Resolución Administrativa n.º 118-2022-CE-PJ (segundo considerando).

En mérito a la precitada resolución administrativa, esta iniciativa dio lugar a la implementación del Plan Piloto de la Unidad de Flagrancia en el Distrito Judicial de La Libertad, a partir del 1.º de julio de 2022, que se ejecutó con recursos propios de la citada Corte Superior. Es importante proseguir con esta labor a nivel nacional, toda vez que, en el acto inaugural de esta Unidad de Flagrancia, la presidenta del Poder Judicial demandó al presidente de la República, presente en dicha ceremonia, los recursos correspondientes para replicar el referido proyecto a nivel nacional y combatir, así, el flagelo de la delincuencia (Gerencia de Imagen y Comunicaciones de la Gerencia General del Poder Judicial, 2022, párr. 1). Otras medidas complementarias que se vienen ejecutando pueden apreciarse con

la dación de la Resolución Administrativa n.º 322-CE-PJ, del 23 de agosto de 2022, en cuyo mérito se relanzó y se reubicó la Unidad de Flagrancia Delictiva de la Corte Superior de Lima Norte.

Precisamente, en torno a la flagrancia, en el presente volumen 14, n.º 18, de la *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, correspondiente a los meses de julio a diciembre de 2022, se desarrolla dicha temática en una sección especial, que consta de los siguientes artículos: «Flagrancia y derechos humanos. Repensando el derecho penal del ciudadano», «Las Unidades de Flagrancia en el Perú: algunos apuntes sobre su necesidad y su utilidad», «Valoración del estado mental de los inculpados en las Unidades de Flagrancia» y «Vulneración de principios y garantías al imputado en las Unidades de Flagrancia».

Asimismo, en este número se han incorporado artículos inéditos sobre relevantes temas, como, por ejemplo, solo por mencionar algunos: «La perspectiva de género desde el feminismo jurídico de Miguelina Acosta», que destaca los importantes aportes a la teoría del enfoque de género, y recalca la necesidad de reconocer, visibilizar y replantear sus estudios y los de otras autoras, que permitan insertar la discusión en un panorama mucho más complejo y multidisciplinario. Por su parte, en el artículo «La Administración pública como sistema autónomo. El derecho a la función pública» se subraya la existencia de un derecho a la función pública cuando la administración funciona adecuadamente, en beneficio de la sociedad. Asimismo, en el artículo «El delito de omisión de asistencia familiar: análisis del tipo objetivo», el autor distingue cuál es el bien jurídico protegido, analiza el «estado de necesidad», entre otros aspectos, con la finalidad de brindar criterios claros que faciliten la argumentación y la uniformidad en las decisiones judiciales. Por su parte, en el artículo «La revocación de las disposiciones testamentarias. Un análisis comparativo del derecho peruano y el

derecho cubano», como su propio autor lo indica, se efectúa un estudio de los ordenamientos peruano y cubano desde un enfoque que combina lo exegético con el análisis doctrinal y comparativo; la revocación como institución jurídica, sus características y sus formas, así como las falencias o lagunas normativas que existen sobre la materia en ambos sistemas normativos.

La presente publicación constituye un esfuerzo y un compromiso institucional por coadyuvar en el análisis del derecho, viabilizado por la contribución de investigadores en las diferentes disciplinas jurídicas, a los cuales manifestamos nuestro agradecimiento. Queremos finalizar estas líneas reafirmando nuestro compromiso de proseguir con esta labor e invitamos a participar en las futuras publicaciones de la *Revista Oficial del Poder Judicial* a todos aquellos que quieran sumarse a este esfuerzo conjunto.

DR. HÉCTOR LAMA MORE  
Consejero del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial  
Consejero responsable del Consejo Consultivo  
del Centro de Investigaciones Judiciales

## REFERENCIAS

Corte Suprema de Justicia de la República (2017). *II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria y Sentencia Plenaria*. Fondo Editorial del Poder Judicial.

Gerencia de Imagen y Comunicaciones de la Gerencia General del Poder Judicial (2022, 1 de julio). Poder Judicial inaugura Unidad de Flagrancia y presidente Pedro Castillo se compromete a otorgar presupuesto. <https://bit.ly/3Xnukpi>

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2022a). Personas detenidas por comisión de delitos (flagrancia), según tipo de delito, 2016-2021. [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/indices\\_tematicos/4\\_cuadro\\_8.8\\_3.xlsx](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/indices_tematicos/4_cuadro_8.8_3.xlsx)

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2022b). Personas detenidas por comisión de delitos (flagrancia), según departamento, 2016-2021. [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/indices\\_tematicos/5\\_cuadro\\_8.9\\_4.xlsx](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/indices_tematicos/5_cuadro_8.9_4.xlsx)



# Artículos sobre flagrancia



## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)



## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 27-53

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i18.642

# Flagrancia y derechos humanos. Repensando el derecho penal del ciudadano

Flagrante delicto and human rights.  
Rethinking the Criminal Law of the Citizen



EDWIN FIGUEROA GUTARRA  
Corte Superior de Justicia de Lambayeque  
(Lambayeque, Perú)

Contacto: [efigueroag@pj.gob.pe](mailto:efigueroag@pj.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>

### RESUMEN

La exigencia al Estado en la lucha contra el delito, cada vez mayor, ha conducido con fuerza a considerar que existe un derecho penal del enemigo, como expresa Günther Jakobs, figura que se expresa en sanciones más duras, penas de cárcel más extensas, entre otras ideas. En ese sentido, el juzgamiento a través de Unidades de Flagrancia, como viene implementando Perú, representa una mejor coincidencia con el derecho penal del ciudadano, como propone el mismo autor, para entender un mejor afianzamiento de los derechos humanos. Persigamos el delito, es necesario, pero hagámoslo dentro del marco de respeto hacia el principio de dignidad de la persona.

**Palabras clave:** flagrancia; Unidades de Flagrancia; derecho penal del ciudadano; derecho penal del enemigo; derechos fundamentales; derechos humanos.

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

## ABSTRACT

The increasing demand on the State to fight against crime has led strongly to consider that there is a criminal law of the enemy, as stated by Günther Jakobs, which is expressed in harsher punishments, longer prison terms, among other ideas. In this regard, the trial through Units against Flagrante Delicto, as Peru has been implementing, represents a better coincidence with the criminal law of the citizen, as proposed by said author, to understand a better consolidation of human rights. Let us prosecute the crime, it is necessary, but let us do so within the framework of respect for the principle of dignity of the person.

**Key words:** flagrante delicto; Units against Flagrante Delicto; criminal law of the citizen; criminal law of the enemy; fundamental rights; human rights.

**Indexing terms:** criminal law; human rights; right to justice (Source: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 13/10/2022

**Revisado:** 31/10/2022

**Aceptado:** 07/11/2022

**Publicado en línea:** 07/12/2022

**Financiamiento:** Autofinanciado.

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

### Revisores del artículo:

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)  
jpalominom@unmsm.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

Sandro Alberto Núñez Paz (Universidad de Lima, Perú)  
snunez@ulima.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

*Una cosa no es justa por el hecho de ser ley.  
Debe ser ley porque es justa.*

CESARE BECCARIA

## 1. INTRODUCCIÓN

El juzgamiento en flagrancia representa, a partir de las ideas de Jakobs, una propuesta de equilibrio entre el clásico derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano, entendido aquel como políticas de represión y de dura sanción del crimen, y este último, como una afirmación de los derechos fundamentales de la persona. Ni se excede el Estado en procesos de extensa duración con severa afectación de la presunción de inocencia, derecho tutelado por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni el delito queda impune ante su inacción, así como tampoco se genera una falsa percepción de ausencia de políticas públicas para enfrentar la criminalidad.

Es propuesta de este estudio destacar la importancia de las Unidades de Flagrancia en el Perú, como una reexpresión de la afirmación de los derechos humanos, para cuyo efecto advertimos la relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), vía los casos *López Álvarez vs. Honduras*, *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, y *García Asto vs. Perú*, pronunciamientos que han construido una línea interpretativa de las actuaciones del Estado en flagrancia, entendidos como límites a las agresiones a los derechos de la persona por parte de agentes estatales. De esa forma, la construcción de estándares por parte de la Corte IDH nos proporciona una generalización de criterios jurisprudenciales asumidos como verdaderos límites a la acción de represión del Estado frente al delito.

Desde otra perspectiva, puntualizamos en este análisis esa relación compleja entre las políticas eminentemente represivas de mayores penas, más recursos ordinarios para combatir el crimen

y de sola represión formal del delito, lo cual es un distintivo del llamado derecho penal del enemigo, y, de otro lado, aquello que identifica Jakobs como una política pública en la cual sean prioridad los juzgamientos con observancia de los derechos fundamentales de la persona, lo que viene a denominarse, con suficiencia, un derecho penal del ciudadano.

En el punto medio de esa compleja oposición se encuentra, en nuestra opinión, el juzgamiento en flagrancia, lo que significa, a juicio nuestro, un símil del óptimo de Pareto, esto es, de un punto ideal de equilibrio entre los derechos a la presunción de inocencia y, frente a este, la garantía institucional del Estado, es decir, de reprimir, dentro de la ley y la Constitución, aquellas conductas típicas, antijurídicas y culpables que significan, de alguna forma, romper ese *pactum societatis*, cual fórmula hobbesiana, de vivir en paz, sin conductas vulneratorias de los demás derechos ciudadanos.

En esa lógica, entramos muy referencialmente a describir la experiencia peruana de las Unidades de Flagrancia, al prever estos juzgamientos prácticamente *in situ* del delito, en un plazo que no exceda de las setenta y dos horas. Este propósito ha arrancado, bajo un plan piloto, en el Distrito Judicial de La Libertad, específicamente en el distrito de El Porvenir, y con la actuación conjunta del Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía Nacional y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se busca el juzgamiento en flagrancia, en el ámbito del proceso especial inmediato ante el juez de investigación preparatoria, de los delitos que sean perseguibles según esta figura.

El reto asumido para este tipo de juzgamientos es enorme y de aristas muy complejas. Es exigible una logística muy rigurosa en la cual diferentes instituciones han de desempeñar un rol trascendente, entre acciones directas de persecución del delito, de tutela del derecho de defensa, de acusación y de juzgamiento y, más

aún, en un plazo determinado y perentorio que expresa la figura de una celeridad procesal que será entendida en términos de eficiencia y eficacia.

Los obstáculos en el camino son de diversa naturaleza, pero de suyo manejables en un escenario en el cual el reto, desde la figura que proponemos de repensar el derecho penal del ciudadano, involucra una mejor comprensión de los derechos fundamentales de las personas, tanto de aquellos que resultan víctimas del delito, así como de quienes devienen autores de estas conductas contrarias al orden social.

El combate al crimen, es nuestra propuesta final, necesita despojarse de ese tufillo de represión indiscriminada, de pensar en el medio directo de más cárceles, penas más elevadas, o la consagración sin par de un *Polizeistaat*, o Estado policía. En su lugar, nuestra propuesta es una nueva concepción de los derechos fundamentales desde el derecho penal, y es lo que impulsa el juzgamiento en flagrancia, como cuestión sustantiva.

## **2. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE FLAGRANCIA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS**

La legislación y la doctrina italianas conciben la idea de un «juicio directísimo» (Espinoza, 2016, p. 183), en referencia a un caso que no requiere mayor investigación, dándose las condiciones para un proceso inmediato, esto es, un asunto con características de abreviamento y simplificación del proceso. Al no requerirse el desarrollo de una investigación, en sentido amplio, la situación de flagrancia permite reducir la extensión del proceso.

Sin perjuicio de lo señalado, la flagrancia no es un concepto tan sencillo de definir. Ya Laitman (2018, p. 802) reconoce *a failure to define flagrancy*, esto es, el fracaso en la definición de la flagrancia, a partir del fallo *Utah vs. Strieff*, de 2016. En dicho proceso,

según la autora, la Corte Suprema de Estados Unidos no define adecuadamente cuándo las actuaciones de la policía están frente a verdaderos casos de flagrancia, y cuándo deben aplicarse reglas de exclusión, de cara a la Cuarta Enmienda de la Constitución Americana, sobre la protección de la persona frente a pesquisas y aprehensiones arbitrarias.

En un voto razonado del magistrado Sergio García Ramírez, la Corte IDH (2006) desarrolla una interesante aproximación a la noción de flagrancia para dejar sentado que

13. La flagrancia —concepto que, por lo demás, no tiene alcance uniforme en todas las legislaciones ni caracterización única y pacífica en la doctrina y la jurisprudencia— que se presenta en un caso puede bastar a criterio de quien practica la detención, pero resultar insuficiente para quien la sufre. El intérprete de la norma, que procura hallar su mejor —y siempre juicioso— alcance, ponderando las repercusiones y aplicaciones de cada posible interpretación, debe dar a aquella el significado que permita alcanzar, en la totalidad o por lo menos en la gran mayoría de los casos, habida cuenta de las condiciones de la realidad, el fin que se persigue. Piénsese, además, que la información sobre el motivo de la detención no solamente da noticia de que el agente del Estado considera que se han presentado determinados hechos, sino también manifiesta implícitamente que estos son ilícitos o reprochables, consideraciones, todas ellas, que atañen a la justificación del Estado y a la defensa del individuo.

Es importante aquí distinguir, como primera cuestión, que no hay uniformidad en el sistema interamericano para distinguir cuándo una conducta es flagrante o, en su caso, cuándo no lo es. Para todo efecto, una premisa de entrada, de configuración, es el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el derecho a la libertad personal, elemento a partir del cual podemos construir una noción de flagrancia, asumiendo

que nadie puede ser privado de su libertad salvo por causas preestablecidas, así como nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

A su vez, prevé este artículo que toda persona detenida o retenida debe ser informada de las causas de su detención, así como debe ser llevada ante un juez y ser juzgada en un plazo razonable en el marco de un proceso que, en caso de resultarle desfavorable la decisión del juzgador, contemple la posibilidad de recurrir.

Los lineamientos de la Corte IDH son objetivos. El Estado tiene reservada la potestad de persecución del delito, a través de las instituciones que constituyen su basamento en el sistema de justicia —Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional—, pero como contraprestación, si acaso se puede considerar un nivel de acción en ese sentido, es exigible que cumplan las instituciones acotadas las garantías que conciernen al debido proceso, a su vez descritas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que alude a las garantías judiciales.

En el caso de la flagrancia, o para expresarnos con propiedad, del juzgamiento en flagrancia, se exige un contexto de compatibilidad con los derechos humanos. Desde esa perspectiva, el Estado asume ese nivel persecutorio, a nivel del Ministerio Público, con el concurso de la Policía Nacional, en las tareas de apoyo propias de la persecución; y a nivel cognitivo racional, son los jueces quienes llevan adelante un juzgamiento excepcional, sumario, inmediato, e incluso, sujeto a un plazo determinado —el caso peruano conlleva un término máximo de setenta y dos horas para el juzgamiento y la sentencia del caso—, pues si acaso el plazo es excedido, entonces ya no hay flagrancia, sino las condiciones propias de otro proceso regular.

El juzgamiento en flagrancia, en consecuencia, es un baremo de importancia para el derecho penal contemporáneo, en la medida que implica, de un lado, la persecución del crimen y su sanción,

en términos de razonabilidad y proporcionalidad. Ni hay crimen impune ni hay exceso de actuación estatal en perjuicio de los derechos humanos del autor del delito.

El caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*<sup>1</sup>, según Hernández Barros (2013, p. 174), arroja más luces sobre la idea de flagrancia. En dicho asunto se aborda la responsabilidad del Estado hondureño por las imputaciones de tortura de funcionarios policiales en contra de la víctima, además de la inacción del mismo Estado en la investigación y las sanciones contra los responsables del hecho.

La víctima es detenida en un lugar de Bogotá en 1994 y luego es conducida al sótano de las instalaciones de una Unidad de la Policía, donde fue sometida a quemaduras que le causaron graves lesiones que luego le generaron perturbaciones psíquicas permanentes.

El Estado reconoce finalmente su responsabilidad por los hechos y, sin embargo, es de anotarse que, al interior del ordenamiento colombiano, en cuanto los hechos ocurrieron, la defensa del Estado, a nivel de autoridades policiales, pretendió justificar una captura en flagrancia por el supuesto delito de extorsión, del cual finalmente Gutiérrez Soler es absuelto en 2002.

Cuanto podemos extraer del caso en comento reside, prevalentemente, en la insuficiencia del argumento de defensa del Estado, cuyas autoridades policiales justifican inicialmente su accionar invocando flagrancia respecto del delito en cuestión.

En rigor, la actuación de la policía no solo es incongruente con la exigencia propia de la flagrancia como figura, sino que existe abuso policial manifiesto en determinadas intervenciones, tema ampliamente tratado en el derecho comparado, en específico en el caso *Herring vs. United States* (Moreno, 2016, p. 41), un asunto

---

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de fecha 12 de septiembre de 2005.

de detención forzada contra un ciudadano bajo una sospecha de posesión de anfetaminas y un arma, pero con una orden de arresto que ya antes había sido cancelada.

De lo acotado *supra* se desprende que debemos construir conceptualmente la idea de que la flagrancia implica determinados caracteres que deben ser cumplidos, pues, en caso contrario, la detención se convierte en arbitraria.

En términos puntuales, en latín *flagrans* refiere a lo que se está ejecutando (Hernández, 2013, p. 1772), y alude, figurativamente, al fuego o llama que arde y resplandece. En relación con el delito, esta idea nos lleva a aquella acción que se está ejecutando y, por tanto, es siempre necesaria la presencia del delincuente. No constituye flagrancia que el actor sea sorprendido fuera de la acción misma (Hernández, 2013, p. 1773).

El énfasis es manifiesto y señala Hernández (2013) que «la institución que estudiamos alude a una detención que ocurra ni antes ni después de cometido el delito [...] sino a una detención que sucede en el preciso momento de la comisión del hecho delictuoso» (p. 1773). A esta cuestión hay que añadir otra línea reiterativa:

En el verdadero caso de delito flagrante, no se alude a la detención en el momento en que alguien intente cometer un delito o cuando está resuelto a cometerlo, tampoco debe haberse consumado ya el delito, sino estar cometiéndose en el acto para justificar así la detención de su autor. (p. 1774)

Un caso especial es el de los delitos permanentes o continuos, pues «en estos casos, la flagrancia puede invocarse durante todo el tiempo que dure ese período consumativo» (Hernández, 2013, p. 1773).

En el caso *García Asto vs. Perú*<sup>2</sup>, proceso en el cual el Estado reconoce su responsabilidad, el delito materia del asunto es terrorismo. La víctima, de veinticinco años de edad, es detenida en 1995 por personal policial de la Dincote, sin previa orden judicial, cuando se encontraba en un paradero de autobús. Al día siguiente, sin mandato del juez, la Policía lleva a cabo un registro domiciliario en la vivienda del afectado.

Al igual que en el caso *Gutiérrez Soler*, la justificación de la Policía es insuficiente. Aduce esta que, en el momento de la detención del señor *García Asto*, se encontró en su poder «propaganda terrorista descrita en el acta respectiva». La víctima replicó que nunca formó parte de organización terrorista alguna y que era falso que hubiera desarrollado acciones de apoyo para la organización. Finalmente, un fiscal «sin rostro» formuló acusación contra el afectado por el acotado delito de terrorismo.

Los patrones de definición de la flagrancia, a partir de los casos aludidos, y de tantos otros que igualmente podrían ser citados —pues en ello hay una línea interpretativa uniforme por parte de la Corte IDH— se decantan por una exigencia y baremos altos para que proceda la detención en esa condición.

Muchos de los casos que llegan finalmente a la Corte IDH son comunes en la expresión de un accionar arbitrario por parte de la autoridad en las detenciones supuestamente flagrantes. De esa forma, las alegaciones que suele efectuar la autoridad policial aluden, sin más, a una *flagrancia nominal*, esto es, a una simple enunciación de haberse cumplido los requisitos de detención flagrante, sin que tales supuestos puedan ser demostrados objetivamente en juicio.

En el orden de ideas expuesto, el razonamiento de la Corte IDH impone a los Estados un deber de compatibilidad en sus

---

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005.

ordenamientos jurídicos, a efectos de entender la configuración de una *flagrancia material*, es decir, de cumplimiento de las exigencias que se desprenden de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos. A este efecto, el Estado tiene carta de actuación abierta para detener en flagrancia, para juzgar en flagrancia, pero, a su vez, tales actuaciones exigen a los Estados un ejercicio de adecuar sus ordenamientos a los estándares de la Corte IDH, los cuales deben ser entendidos como deberes mínimos por parte de los Estados parte del sistema interamericano.

Desde esa dimensión de enfoque, países como Perú pueden estructurar en su derecho interno Unidades de Flagrancia y, sin embargo, la exigencia material se reduce a un respeto irrestricto de los derechos del perseguido por el delito. Solo desde esa condición base puede asumirse que estas instituciones, cuyo objeto es sancionar el crimen *in situ*, seguirán vigentes en tanto su actuación, reiteramos, cumpla un deber de compatibilidad con los derechos humanos. Tal deber se expresa, en primera línea, respecto de las leyes y la Constitución al interior de los propios Estados; y en un segundo nivel, en tanto haya un pleno respeto de los estándares de derechos humanos que el sistema interamericano ha venido construyendo desde su primer fallo, el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, en 1988.

En la idea de añadir otra dimensión conceptual, es de notar el aporte que hace Hoyos (2001, p. 139) respecto a la idea de los presupuestos propios de la flagrancia: *fumus commisi delicti*, *periculum libertatis* y proporcionalidad. La flagrancia, es propio señalarlo, no es lo mismo que la evidencia, pues aquella es una modalidad de esta última (Hoyos, 2001, p. 140).

El aporte es de valor: el *fumus commisi delicti*, como supuesto, nos conduce a la noción de una acción que tiene lugar y respecto de la cual concurre un requisito de inmediatez, figura en la cual el título de imputación es el sorprendimiento en flagrancia, dada la

evidente participación de una persona en un hecho punible (Hoyos, 2001, p. 139). La referencia al *post factum* inmediato a este respecto alude a un espacio de tiempo muy corto entre la consumación del delito y el descubrimiento de la comisión (Hoyos, 2001, p. 141).

La doctrina alemana distingue los verbos *antreffen*, *betreffen*, *entdecken* para graficar la acción de sorprender o descubrir al autor de la infracción (Hoyos, 2001, p. 140). En tanto la posición italiana alude, en la noción *che viene colto nell'atto di commettere il reato*, al acto mismo de sorprender. Al tiempo que los franceses aluden al *temps très voisin de l'action*, en referencia al tiempo muy vecino a la acción (Hoyos, 2001, p. 141).

A su vez, el *periculum libertatis* implica que hay un peligro de fuga o de ocultación penal del imputado, frente a lo cual debemos entender una presunción racional de que el perseguido tratará de sustraerse a la acción de la justicia (Hoyos, 2001, p. 144).

Por último, la proporcionalidad debe ser entendida en clave de condición necesaria, pues no basta una esfera legal que autorice invadir la esfera de la libertad individual del imputado. Resulta importante que la norma que permite la intromisión de la libertad de la persona sea interpretada y aplicada a través del prisma del principio de proporcionalidad (Hoyos, 2001, p. 146). Se infiere aquí la razonabilidad de acción del Estado para restringir la libertad del actor del delito.

### **3. EL JUZGAMIENTO EN FLAGRANCIA COMO PUNTO MEDIO ENTRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y EL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO**

Constituye punto central del debate sobre el juzgamiento en flagrancia, es nuestra propuesta, si esta figura representa un punto medio entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal del

ciudadano, en la famosa alegoría construida por Jakobs y Cancio (2003), a propósito de la distinción, respectivamente, entre políticas de mayor criminalidad y una visión, desde el mismo derecho penal, de los derechos fundamentales (p. 19).

Lo vertido es de interés, en cuanto, como sostiene Palacios (2010) existe una delimitación de interés a realizar sobre la «efectiva protección de los derechos humanos por encima de un discurso de seguridad» (p. 19). No se descarta, de esa forma, que el incremento progresivo de los índices de delincuencia, en muchos países, en los últimos lustros, haya significado el impulso de medidas, tanto legislativas como de las políticas públicas de gobierno, conducentes, fundamentalmente, a regulaciones que enfatizan una mayor lucha contra el crimen, en desmedro de una atención debida a los derechos humanos.

Nuestra afirmación no puede ser considerada, tampoco, una defensa solo centrada en los derechos de los procesados. El delito necesita ser combatido: las conductas contrarias a los valores sociales han de ser sancionadas dentro de la ley y la Constitución, a lo cual nos permitimos agregar, de manera inclusiva, dentro de un derecho penal del ciudadano, cuyo enfoque esté dirigido a destacar un punto abstracto de conciliación, o si podemos subir un peldaño más, de reconciliación entre las políticas de criminalidad, cuyo enfoque es unidireccional, y una visión más acorde con los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Dar a cada quien lo que le corresponde, desde Domicio Ulpiano, en el siglo III de nuestra era, no solo es una abstracción del concepto de justicia, sino debe ser una aspiración tangible de los Estados, pertenezcan estos a cualquiera de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos de América, Europa o África, que son los continentes que ya han afianzado, a través de Cortes supranacionales, la protección, en los casos que corresponde, de los derechos de primer orden de sus ciudadanos.

El derecho penal, es sostenible mencionarlo, ha enfrentado grandes retos a lo largo de su historia, y concita la atención al extremo de exigir la distinción respecto de si constituyen esos retos, en su esencia, expresiones del derecho penal del enemigo o, a su vez, del derecho penal del ciudadano. Uno de esos casos es el del Tribunal de Núremberg que, en 1945, una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, y producido un doloroso saldo de balance de millones de víctimas, acarreó el juzgamiento militar de los jefes nazis.

Al final, jueces militares de las potencias vencedoras, para cuya actuación se construyó un estatuto para el juzgamiento de esos crímenes, dictaron varias sentencias a la pena capital respecto a los procesados. Ciertamente que, en apariencia y de un lado, lo ocurrido en aquel entonces pareció significar un juzgamiento por parte de jueces parciales, y no imparciales, en relación con los acusados.

Nos imaginamos la objeción de la defensa de los acusados, respecto a que los juzgadores fueran militares de los países vencedores del gran conflicto. De otro lado, fue afectado el principio de legalidad penal, en tanto el juzgamiento acaeció luego de ocurridas las conductas de los agentes, después se elaboró un estatuto judicial con la tipificación de penas, expresamente construido para ese juicio, y así se violentó el debido proceso. En términos regulares, debe manifestarse que primero se construye el tipo penal por parte del legislador, y luego ocurre la conducta típica, para recién entonces aplicarse la consecuencia jurídica al procesado. En Núremberg podemos apreciar que la figura fue anómala, dado el orden reseñado, pues los hechos ocurrieron respecto de tipos penales a los cuales se les dio forma posterior en el estatuto. De ese modo, este ejemplo consolidó, podríamos argüir, una expresión del derecho penal del enemigo.

La confrontación que pretendemos construir, en consecuencia, se realiza entre esa exigencia real por sancionar el crimen, al

costo de medidas represivas de envergadura y, a su vez, de defender los derechos de las víctimas. A juicio nuestro, lo acaecido en Núremberg fue estrictamente necesario, no solo porque luego fundamentara el Tribunal Constitucional Federal alemán, años después, a través de la fórmula de Radbruch (Alexy, 2001, p. 75), que «lo extremadamente injusto no era Derecho», sino porque se trató de un juzgamiento en condiciones excepcionales, en consideración a circunstancias de origen igualmente excepcionales, lo que justificó las medidas extraordinarias que el caso requirió.

Para efectos de nuestro estudio, entonces, es posible distinguir una importante línea de diferenciación: podrá haber casos en los cuales la criminalidad debe, incluso a nivel de medidas extraordinarias, ser combatida, mas no debe perderse la perspectiva de que, en ese propósito, la mirada a los derechos fundamentales de los ciudadanos es un justo exigible.

El juzgamiento en flagrancia, con el límite de setenta y dos horas que se propone en el modelo peruano, escapa de un contexto de política en el sentido de que «se pueda aniquilar a quien no le es funcional al sistema, esto es, al enemigo» (Palacios, 2010, p. 21). Por el contrario, se trata de apreciar la dimensión del ciudadano en sí mismo, tanto de quien es víctima, pues hay derecho a la tutela de bienes jurídicos afectados, así como de quien es procesado, quien no debe verse sujeto a juicios onerosos cuya duración es indeterminada y, por tanto, contraria, enfáticamente, al principio de presunción de inocencia.

No debería suceder, como se desprende de Kafka, en cuanto a que tener un proceso significa haberlo perdido ya (Monroy, 2021, párr. 1), sino que tener un proceso nos debe conducir a la exigencia de su esclarecimiento, sea para absolver o sea para condenar, pero debe afirmarse la autoridad en su rol de decisor equilibrado.

¿Es posible entender, en el juzgamiento por flagrancia, la existencia y la legitimidad de un «Derecho Penal respetuoso de las

garantías ciudadanas» como enuncia Grosso? (Palacios, 2010, p. 21). Creemos con firmeza que sí. La organización institucional de reunir en estamentos determinados a jueces, fiscales, policía y defensores públicos apunta a un juzgamiento célere, sin la expresión de, las más de las veces, innumerables moras procesales que, en rigor, resultan muchas veces más onerosas que el mismo crimen.

Baste echar una mirada al caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, en el cual la Corte IDH<sup>3</sup> construye inicialmente el concepto de «plazo razonable», para entender el rotundo rechazo a la idea de que el tiempo de detención exceda a la pena misma, lo cual en sí mismo es un concepto incompatible con los derechos humanos. El juzgamiento en flagrancia va en dirección opuesta: el plazo de setenta y dos horas que se propone es taxativo, pues no debe exceder el proceso especial inmediato de ese término; en caso contrario, ya no existe una condición de sanción de flagrancia exigible.

El juzgamiento en flagrancia, a partir de las ideas de Jakobs, que ahora aplicamos a la figura en estudio, desmonta tres condiciones del derecho penal del enemigo (Palacios, 2010, p. 22): en primer lugar, no se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, en tanto existe una visión prospectiva y no retrospectiva, es decir, se considera un punto de vista del hecho futuro; en segundo lugar, se evita penas desproporcionadamente altas, en la medida que la sanción tiene lugar con un efecto de inmediación que permite una pronta valoración de los hechos de juzgamiento. Es cierto que aquí el riesgo es que puedan ocurrir disvalores, ya que la pena puede ser desmedida incluso en juzgamiento en flagrancia, pero hemos de confiar en que la inmediatez del juzgamiento habrá de permitir una adecuada y proporcional valoración del juzgador respecto a los hechos materia de persecución.

---

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo).

Por último, y en tercer lugar, no ha de ocurrir que determinadas garantías procesales sean relativizadas o incluso suprimidas. El juzgamiento en flagrancia supone precisamente lo contrario: un marco de pleno respeto a los derechos del procesado, quien acude al proceso como ciudadano y no como enemigo, dejándose de lado la «separación del hombre como simple vida muda, pura cosa viva sin derecho» (Palacios, 2010, p. 24). Aunado a ello:

El correspondiente castigo no debe darse al precio del sacrificio de los derechos humanos fundamentales del presunto responsable, pues el costo de dicho castigo, como dice Kai Ambos (2008: 18), terminaría en la erosión de la legitimidad del derecho penal internacional y de los tribunales que lo aplican. (Palacios, 2010, p. 26).

La reflexión que antecede es clara: el sacrificio de los derechos humanos del responsable puede conducir, igualmente, a la responsabilidad del Estado ante órganos supranacionales. De ahí la exigencia de que el respeto por los derechos humanos sea una característica ineludible del Estado incluso convencional de derecho, figura que puede entenderse como un ordenamiento jurídico plenamente respetuoso de los derechos que tutela la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Vale acotar algunas líneas respecto a la lucha preventiva frente al crimen en relación con el derecho penal del enemigo:

Hay una supuesta lucha preventiva, donde la pena no es una respuesta al pasado, al hecho cometido por el delincuente, sino un mecanismo de aseguramiento frente a hechos futuros, y el hecho tipificado no es el fundamento del castigo, sino la ocasión para neutralizar a un sujeto peligroso (Pastor, 2006: 523), al enemigo. (Palacios, 2010, p. 28)

El margen de razonamiento es claro: una política basada en una lucha preventiva sin asidero en los derechos humanos no es una

manifestación del derecho penal del ciudadano. Es solo una acción para enfrentar a sujetos peligrosos, pero ahí concluye la digresión estatal, pues la seguridad en sí misma es un sofisma.

En perspectiva, entonces, el juzgamiento en flagrancia pretende anclar sus fundamentos base en una visión más involucrada en el derecho penal del ciudadano, en referencia a la tutela de los derechos fundamentales. Hemos venido utilizando, casi indistintamente, derechos fundamentales y derechos humanos como expresiones similares y, en propiedad, la diferencia es solo de grado, en cuanto los primeros tienen lugar al interior de los Estados y los segundos se entienden en un nivel de protección supranacional. Pero la diferencia no es excluyente y, por tanto, habrá protección de los derechos humanos incluso a nivel de los Estados.

Es importante aquí cerrar la idea con la mención de que el juzgamiento en flagrancia es una apuesta por los derechos fundamentales y, en ese orden de ideas, es deber de los Estados impulsar figuras cuya naturaleza implique la configuración de un Estado constitucional y no la de un Estado eminentemente represivo.

#### **4. LAS UNIDADES DE FLAGRANCIA EN PERÚ: UNA APUESTA PROGRESIVA**

Perú hace una apuesta de valor, en concordancia con las ideas que anteceden, al haberse dispuesto, mediante el Decreto Supremo n.º 005-2022-JUS, de fecha 20 de agosto de 2022, la implementación de las Unidades de Flagrancia, a efectos de impulsar juzgamientos céleres con relación a delitos cuya naturaleza permite la aplicación de los procesos penales especiales inmediatos.

El plazo que propone la norma para el juzgamiento integral del caso —setenta y dos horas como máximo— es elemento troncal del sistema, en cuanto para que se entienda una decisión producto de este sistema, es ineludible respetar ese término.

Como proyecto piloto, en la región de La Libertad, en el distrito de El Porvenir, se ha implementado la primera Unidad de Flagrancia en el país (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022, pp. 1-ss.) respecto a la cual podemos señalar que el protocolo implementado a partir de la norma respectiva es una guía de acción que, en sesenta pasos, describe orgánicamente las actuaciones que les competen a diversas instituciones del sistema de justicia en el juzgamiento por flagrancia, el cual se ciñe, como hemos acotado, a un término taxativo de actuación en un plazo de setenta y dos horas.

El protocolo en mención desarrolla el artículo 259 del Código Procesal Penal y, de esa forma, clasifica los tipos de flagrancia existentes: en primer lugar, distingue una *flagrancia clásica* o *stricto sensu* (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022, p. 2) precisando que esta tiene lugar en tanto «el agente es sorprendido y detenido, no existiendo huida».

De igual forma, hay una *cuasiflagrancia* cuando el agente ha sido descubierto por un tercero, pero ha huido y la aprehensión se produce inmediatamente luego de su huida. Por último, en la *flagrancia presunta* no se sorprende al actor, pero existen indicios de su comisión (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022, p. 2).

El instrumento acotado destaca que solo podrá procesarse por flagrancia aquellos delitos previstos como procesos inmediatos por la norma penal pertinente. Por lo tanto, no existe competencia funcional respecto de delitos más graves, entre ellos, los relativos al crimen organizado, así como de aquellos otros delitos de competencia de órganos jurisdiccionales subespecializados, ni aquellos de competencia de las fiscalías especializadas. A esta lista se suman los casos complejos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022, p. 3).

Constituyen lineamientos de los órganos del sistema la flexibilidad, la coordinación, la simplificación y la eficacia, es pertinente destacar que este modelo institucional de juzgamiento en flagrancia persigue una actuación célere para combatir cierto tipo de delitos.

En cuanto al procedimiento de actuación, una primera etapa es la intervención de la Policía Nacional en supuestos de flagrancia, a lo cual sigue en grupo de actos en la dependencia policial. Un siguiente segmento de pasos tiene lugar respecto a la evaluación del proceso, así como la audiencia de incoación del proceso inmediato. Luego, tiene lugar la acusación y la preparación para la audiencia de juicio inmediato, para después pasar a la respectiva audiencia. Cada paso sobre estos segmentos aparece individualizado, de tal forma que existe un importante orden a destacar en este protocolo (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022, pp. 7-20).

Son etapas finales la transformación o la adecuación del proceso inmediato al proceso común, así como el trámite recursal en segunda instancia (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022, pp. 21-22).

En conjunto, la propuesta peruana engarza un pulcro orden de actuación de los diversos estamentos del sistema de justicia, en el propósito de alcanzar una real sanción de las conductas delictivas materia de persecución.

Es verdad, de otro lado, que esta institución en sí misma viene siendo sometida a prueba. La implementación de otras Unidades de Flagrancia tendrá lugar de forma progresiva y se asegura, previsiblemente, un éxito de este modelo de actuación de la justicia. Naturalmente, han de ser los resultados de estos juzgamientos especiales los que en propiedad habrán de validar la propuesta, pero es posible adelantar que, como política pública, la Unidad de Flagrancia representa un medio de conjunción idóneo respecto

de los roles de la justicia penal, la cual no debe ser draconiana, así como tampoco debe ser excesivamente permisiva.

De seguro habrá que trabajar, creemos que mucho, en políticas públicas que incidan en la formación en derechos humanos a nivel de las instituciones del Estado, en especial de la Policía Nacional, a fin de evitar el exceso en sus actuaciones en la lucha contra la delincuencia, no solo porque ello afecta el derecho a la dignidad de la persona, sino porque, en casos graves, tales situaciones pueden generar responsabilidad para el Estado mismo.

Hemos pasado revista muy breve a algunas decisiones de la Corte IDH sobre este tipo de situaciones y el balance no es favorable para Perú, pues es de notarse que precisamente por actuaciones de agentes estatales, en muchos casos con franco desconocimiento de los derechos humanos, Perú lidera el rubro del mayor número de fallos en contra por parte de la Corte, con un total de cincuenta y dos sentencias a diciembre de 2021 (Corte IDH, 2021, p. 60). Le sigue Guatemala con treinta y siete fallos, Argentina con treinta y un sentencias en contra, Colombia con veintiséis, y Venezuela con veinticuatro.

La conclusión es clara, a juicio nuestro, en la medida en que necesita reforzarse la dirección de los agentes estatales en la lucha contra la delincuencia, la cual debe ser firme, rigurosa y exigente, pero dentro de un marco de observancia de los derechos humanos. Esto último no implica el descenso de estándares en el nivel de la lucha contra el crimen, pero sí deviene exigible adecuar las actuaciones del Estado, aún más en el caso de la detención en flagrancia, a efectos de evitar situaciones de responsabilidad estatal.

En ese marco de propósitos, las Unidades de Flagrancia han de cumplir un rol de permanente verificación de respeto por los derechos humanos en sus actuaciones. Más aún la implementación de estas unidades nos permite un engarce de valor con los dos temas antes tratados y de modo estrecho.

Con los derechos humanos, en cuanto existe un deber especial de protección de los derechos de la persona por parte del Estado, es común inferir, quizá, que la sociedad civil demande acción del Estado frente al crimen y ello es de suyo comprensible, mas esa lucha, necesariamente, debe tener lugar dentro de los lineamientos de derechos tutelados, de un lado, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, de otro lado, desde la frondosa jurisprudencia de la Corte IDH, la cual se va consolidando en favor de las víctimas de actos de agresión u omisión que significan responsabilidad internacional de los Estados.

A este efecto último lo denominamos *convencionalización del derecho*, en cuanto los ordenamientos internos tienen el deber de ajustarse a los estándares de decisiones de la Corte IDH en la protección de los derechos humanos. Por consiguiente, los Estados ya no son autarquías ni ordenamientos cerrados, sino que se sujetan a los deberes que impone la Carta de San José, como también se le denomina a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Constituirían excepción a lo que afirmamos, sin embargo, que o bien un Estado no esté sujeto a la convención, como sucede, por ejemplo, con los Estados Unidos de Norteamérica, o bien que el país se hubiera apartado de la carta, como sucede por actos de denuncia de la Convención Americana por parte de Trinidad y Tobago (1998) y Venezuela (2012).

Y aún en estos últimos casos, es deber de los Estados respetar la Declaración Americana de Derechos Humanos, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos, los cuales al ser instrumentos de *soft law*, esto es, de un derecho exhortativo, instan a los Estados a ser respetuosos de los derechos de todas las personas, imputados y víctimas, con ocasión de un proceso penal.

En esa misma línea de reflexión, la diferencia es relevante con elementos de *hard law*, como sucede con las convenciones, pues

estas obligan a los Estados y el no respeto de los derechos humanos acarrea consecuencias jurídicas determinadas.

Desde otro ángulo de enfoque, las Unidades de Flagrancia en Perú ayudan a un segundo propósito de valor, cual es imbuirnos de la idea de repensar el derecho penal del ciudadano, cuya visión central, desde nuestro punto de vista, es un rescate de valor de los derechos fundamentales.

El juzgamiento en flagrancia, como venimos sosteniendo, representa una propuesta de punto de equilibrio entre el derecho penal del enemigo, entendido este concepto como represión, y el derecho penal del ciudadano, asumido como un acercamiento a repensar los derechos fundamentales. Mas en clave general, esto es no solo respecto de los imputados, sino también en cuanto a los derechos de las víctimas.

Ese reenfoque, si pretendemos denominarlo de esa forma, apunta, entre otros objetivos, a consolidar vía políticas públicas fines instrumentales definidos, es decir, herramientas orientadas a la necesidad de diseñar modelos que persigan ser plenamente respetuosos de los derechos fundamentales.

Desde esa idea, la misión de un Estado no podría implicar insistir porque un solo lado de la balanza se incline, sino ha de buscar que el otro lado de la balanza tenga un contrapeso definido y, en ese propósito, el juzgamiento célere en flagrancia, como propone Perú, es una medida que merece ser impulsada.

## **5. CONCLUSIONES**

Es razonable concluir este estudio con una nota de expectativa respecto al juzgamiento en flagrancia, cuya expresión sustantiva es la Unidad de Flagrancia que el sistema peruano ha construido, ya no en modelo piloto, sino a través de la implementación progresiva de este modelo de justicia penal.

Es importante, de igual forma, destacar que la flagrancia en sí misma es una institución que necesita ser concordada con las líneas de interpretación de la Corte IDH. Los casos López Álvarez vs. Honduras, Gutiérrez Soler vs. Colombia y García Asto vs. Perú ya constituyen directrices de interpretación de los derechos humanos para asumirse que si bien la regulación de la figura queda a potestad de cada país para ordenar su aplicación en su propio ordenamiento interno, sí resulta importante destacar la exigencia de un conjunto de baremos mínimos de tutela, protección y salvaguarda de los derechos humanos.

De esa forma, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto a libertad personal, así como el artículo 8 de la misma carta, en cuanto a las garantías judiciales, constituyen estándares mínimos que deben tener en cuenta los Estados para la persecución del delito, lo cual es una actitud permitida en sentido institucional, pero con exigencias determinadas ya desde la convención misma, así como por la importante jurisprudencia que la Corte IDH ha venido construyendo sobre la materia.

Es un carácter particular de las actuaciones de los Estados en temas de flagrancia, y así lo hemos visto en los casos acotados, que los roles de los agentes estatales resultan ser muy defectuosos, pues se suele invocar flagrancia para pretender validar el despliegue de conductas que, tras el análisis de la Corte, son endeble justificaciones de actuación y, por el contrario, expresan suma arbitrariedad contra los derechos humanos.

Parte relevante de este estudio se ha ceñido a que el juzgamiento en flagrancia representa un punto de equilibrio entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano, a partir de la clásica distinción de Günther Jakobs a propósito de esta materia. Si por la primera figura entendemos un afán persecutorio desmedido del crimen por parte del Estado, y respecto de la segunda idea pretendemos construir un derecho penal con derechos fundamentales

como idea sustantiva, nos daremos cuenta de que un juzgamiento en flagrancia representa un baremo de coincidencia equilibrada entre ambas tendencias.

La justificación de la idea esbozada *supra* es puntual: el juzgamiento en flagrancia no es una expresión arbitraria de persecución del Estado. No se trata de combatir implacablemente al delincuente, entendiéndolo como un enemigo acérrimo de la sociedad. Tampoco implica una sujeción pasiva de la sociedad frente a la delincuencia.

Se trata, simplemente, de poner las cosas en su lugar y de encontrar un punto de coincidencia entre la exigible actuación que pedimos al Estado para la protección de diversos bienes jurídicos que está obligado a tutelar, ante determinados delitos que afectan derechos de las víctimas, y, de otro lado, advertimos que se sigue un proceso respetuoso de los derechos humanos, en tanto no se somete al procesado a la tortuosa sinuosidad de un juicio que a veces parece no tener fin.

En consideración a las ideas expuestas, el intento de Perú por implementar las Unidades de Flagrancia puede muy bien equipararse a la anécdota de Antígona, en la famosa tragedia de Sófocles. Un deber imperativo de orden moral le mandaba a ella enterrar a su hermano Polinices, incluso contrariando las órdenes del tirano Creonte de no enterrar al fallecido, en represalia por procurar este, fallidamente, tomar la ciudad de Tebas. Antígona sabía lo que debía hacer, en cumplimiento de sus convicciones, aún a costa de su propia vida.

El caso que nos ocupa es similar: el Estado sabe que debe cumplir con perseguir el crimen en tutela de otros bienes jurídicos preciados, sabe que no se puede exceder, sabe que no debe actuar con inacabable lenidad. Una medida de equilibrio como el juzgamiento en flagrancia, con respeto de los derechos humanos y,

al mismo tiempo, con rigurosidad en su actuación, nos conduce a concluir y repensar que el derecho penal del ciudadano, como plantea Jakobs, es una verdadera apuesta por el respeto de la dignidad tanto de la persona como de las instituciones del Estado.

## REFERENCIAS

- Alexy, R. (2001). Una defensa de la fórmula de Radbruch. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (5), 75-95. <https://core.ac.uk/download/pdf/61893894.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2006). Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, reparaciones y costas). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2021). Informe anual 2021. <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2021/espanol.pdf>
- Espinoza, J. (2016). La flagrancia y el proceso inmediato. *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 14(18), 181-196.
- Hernández, J. A. (2013). Aprehensión, detención y flagrancia. En E. Ferrer Mac-Gregor, J. L. Caballero y C. Steiner (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana* (pp. 1769-1800). Suprema Corte de Justicia de la Nación; Universidad Nacional Autónoma de México; Fundación Konrad Adenauer. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/22.pdf>
- Hoyos, M. de (2001). Análisis comparado de la situación de flagrancia. *Revista de Derecho*, 12(2), 137-147. <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v12n2/art09.pdf>

- Jakobs, G. y Cancio, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Thomson Civitas. [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/09/Gunther-Jakobs-Derecho-penal-del-enemigo-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/09/Gunther-Jakobs-Derecho-penal-del-enemigo-Legis.pe_.pdf)
- Laitman, R. (2018). Fourth Amendment Flagrancy: What It Is, and What It Is Not. *Fordham Urban Law Journal*, 45(3), 799-838. <https://core.ac.uk/download/pdf/216957607.pdf>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2022). Protocolo de Actuación Interinstitucional de la Unidad de Flagrancia. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3529123/Protocolo%20de%20actuaci%C3%B3n%20interinstitucional%20de%20la%20unidad%20de%20flagrancia%20%28con%20firmas%29.pdf.pdf?v=1661192218>
- Monroy, J. F. (2021). Comentarios exegeticos al «nuevo» Código Procesal Constitucional. *Extramuros*. <https://palestraextramuros.blogspot.com/2021/10/comentarios-exegeticos-al-nuevo-codigo.html>
- Moreno, J. A. (2016). Flagrant Police Abuse: Why Black Lives (Also) Matter to the Fourth Amendment. *Berkeley Journal of Criminal Law*, 21(2), 36-75. <https://dx.doi.org/10.15779/Z38D21RH93>
- Palacios, Y. (2010, julio-diciembre). Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 21(2), 19-34. <https://www.cortheidh.or.cr/tablas/r27290.pdf>



## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 55-76

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i18.652

# Las Unidades de Flagrancia en el Perú: algunos apuntes sobre su necesidad y su utilidad

Units against Flagrante Delicto in Peru: some  
notes on their necessity and usefulness



CARLOS ESPIRITO MACHUCA FUENTES  
Distrito Fiscal del Santa  
(Chimbote, Perú)

Contacto: [camachucadj@mpfn.gob.pe](mailto:camachucadj@mpfn.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-0169-0229>

### RESUMEN

Recientemente (julio de 2022) se ha inaugurado en Trujillo, al norte del Perú, la Unidad de Flagrancia dentro del denominado Centro Integrado del Sistema de Administración de Justicia, en el que destacan el Poder Judicial y el Ministerio Público, en ambientes reducidos y unificados. La necesidad de soluciones para afrontar oportunamente los casos donde el que comete un delito es aprehendido casi de manera instantánea o dentro de los supuestos de la denominada «flagrancia» han dado como resultado el implementar ambientes como el señalado, en especial en lugares en los cuales el nivel de delincuencia resulta elevado. ¿Son estos mecanismos

eficaces para reducir la criminalidad? En las siguientes líneas trataremos de alcanzar algunas explicaciones.

**Palabras clave:** flagrancia; proceso penal; delincuencia; sistema de justicia.

**Términos de indización:** derecho penal; procedimiento legal; delincuencia, administración de justicia (Fuente: Tesouro Unesco).

### **ABSTRACT**

In Trujillo, northern Peru, the Units against Flagrante Delicto has been recently (July, 2022) inaugurated within the so-called Integrated Center of the Judicial Administration System, in which the Judiciary and the Government Attorney General's Office stand out, in small and unified environments. The need for solutions to opportunely deal with cases where the perpetrator of a crime is apprehended almost instantaneously or within the legal assumptions of the so-called «in flagrante delicto» has resulted in the implementation of environments such as the above mentioned, especially in places with high crime rates. Are these mechanisms effective in reducing crime? In the following lines we will try to reach some explanations.

**Key words:** flagrante delicto; criminal proceedings; crime; judicial system.

**Indexing terms:** criminal law; legal procedure; delinquency; administration of justice (Source: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 16/10/2022

**Revisado:** 31/10/2022

**Aceptado:** 07/11/2022

**Publicado en línea:** 07/12/2022

**Financiamiento:** Autofinanciado.

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

**Revisores del artículo:**

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)  
jpalominom@unmsm.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

Sandro Alberto Núñez Paz (Universidad de Lima, Perú)  
snunez@ulima.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

## **1. INTRODUCCIÓN**

Las conductas contrarias al ordenamiento jurídico y la forma de hacer efectiva la sanción que este contempla siempre han sido preocupación del Estado moderno. La búsqueda de evitar la proliferación de conductas violentas ha sido materia no solo de estudio, sino también de implementación de soluciones que la mayoría de ocasiones han fracasado. Y es que la sola vigencia de una norma sancionatoria no disuade a cierto sector de la ciudadanía de no incurrir en dichas conductas. Cuando estas se incrementan en un espacio de tiempo y se focalizan en ciertos sectores de la sociedad o en un determinado ámbito geográfico, aparece la urgencia de incrementar una solución a efectos de evitar que el desborde de lo que conocemos como «delincuencia» afecte otros aspectos del funcionamiento del Estado, en especial la economía y la seguridad ciudadana.

Modernamente se tiene al proceso como un espacio parte de la solución de conflictos. El proceso penal se ha erigido, sin embargo, como el principal eje estatal para la sanción de ciudadanos infractores a la norma. Empero, ha sido objeto de muchos cuestionamientos: la ineficacia de las sanciones, el excesivo punitivismo en desmedro de un sector de los ciudadanos y también por la demora en la solución de los conflictos. En este último aspecto se han buscado diversos tipos de solución desde el ámbito procesal, como

la sumariedad de los procesos, los procedimientos monitorios, la digitalización, la segmentación de los procesos (sobre la base de la cuantía o de tipos de delitos) y también la búsqueda de la centralización de las dependencias estatales inmersas en el sistema de administración de justicia. A este respecto, se ha propugnado unificar las actividades, en procura de la denominada «celeridad procesal». En este rubro pueden ubicarse las denominadas «Casas de la justicia» o las unidades especializadas del sector justicia. La Unidad de Flagrancia, como la instalada en el país hace poco, se ubica dentro de esta propuesta de soluciones.

El presente estudio pretende realizar un análisis inicial —que obviamente necesita un mayor desarrollo, dada la implementación novedosa en nuestro país— de una mecánica de labor procesal en lo penal: las Unidades de Flagrancia, esencialmente encabezadas por el Poder Judicial del Perú. Tiene, por tanto, un análisis del tema a partir de la experiencia y la observación, efectuando algunas propuestas de utilidad para el desarrollo de esta mecánica de labor procesal. Contribuye a ello (especialmente en el aspecto de opinión) la circunstancia de que el suscrito se haya desempeñado como juez y fiscal en el país durante los últimos quince años y, por tanto, pretende, desde el punto de vista de su propia experiencia, realizar algún aporte a la mejora del sistema.

## **2. LA NECESIDAD DE UNA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA COMO POLÍTICA ESTATAL**

### **2.1. Los problemas urgentes relacionados con la seguridad de los ciudadanos y los agentes directamente involucrados**

Son pocos los Estados del mundo que no afrontan problemas serios relacionados con la delincuencia. Quizá la excepción podamos encontrarla en aquellos donde las penas o las sanciones pasan por segar la vida del infractor; en esos casos, nos encontramos ante la

negación de uno de los principios que regulan la finalidad de las penas: la resocialización. Por lo demás, son latentes los problemas de seguridad ciudadana, que obligan, más antes que después, a generar «escudos» de protección a los ciudadanos. Sin embargo, el derecho penal como instrumento de sanción punitiva y su materialización en el proceso, no ha dado, en muchos casos, las respuestas adecuadas a esta preocupación estatal. En pleno siglo XXI, con el avance tecnológico y la aparición de nuevas conductas y modalidades delictivas, se exigen resultados cada vez más eficaces, relacionados con la solución de estos problemas.

## **2.2. Política criminal y gestión de conflictividad**

Como parte de las soluciones a problemas vinculados con la criminalidad se han implementado las denominadas «políticas criminales». Estas ocupan un aspecto importante de la atención de los gobiernos, que buscan dar respuestas adecuadas a los reclamos ciudadanos. Para ello debe ponerse en marcha el aparato que se conoce como poder punitivo, este se incrementará o disminuirá en atención a políticas específicas. Pero también debe considerarse la existencia de un aparato estatal de gestión de conflictos como parte de dichas políticas. Como señala Alberto Binder (2011) refiriéndose a Argentina:

Si nos atenemos a los datos de nuestro país hay casi un centenar de centros penitenciarios, varios miles de jueces y fiscales y las fuerzas policiales que en su conjunto alcanzan casi doscientos mil efectivos. Si a todo ello le sumamos las oficinas administrativas, los funcionarios públicos y el conjunto de otras actividades estatales que giran alrededor de ellas tendremos una idea más clara de la magnitud de recursos que rodean la política criminal de un país. (p. 9)

Así, podemos decir en lo relacionado con el sector justicia en su faz de persecución a la criminalidad, que tanto los fiscales como

los policías son importantes dentro de una política criminal de persecución al delito; esta requiere un alto grado de coordinación entre ambos, lo que muchas veces no se presenta. Ello justifica la búsqueda de soluciones tratando de integrarlos sea de modo administrativo o funcional precisamente para lograr efectividad y resultados, empero, aún hay mucho por hacer en este aspecto.

### **2.3. El rol de los jueces del Poder Judicial**

En todo este entramado estatal, la labor del Poder Judicial se torna mucho más importante. Encargado de la administración de justicia, viene a ser un aparato estatal que en materia penal (que es lo que nos ocupa) se encarga del procesamiento a los transgresores de la ley penal. Sin embargo, cabe precisar que

los jueces no son un instrumento político criminal. Es necesario aclarar este equívoco. Claro está que ellos realizan el juicio penal y aplican la pena. Pero su función es controlar y autorizar, es decir, su actuar está vinculado al sistema de garantías. (Binder, 2011, p. 9)

Sin embargo, su propia función enfrenta problemas esencialmente logísticos, como insuficiente cantidad de jueces, sobrecarga procesal, elevación de conflictos penales en determinadas zonas geográficas, deficiencias en logística interna y administrativa, entre otros. Con estas dificultades debe lidiar el juez, como actor principal del sistema procesal. Para el tema que nos ocupa, el juez tiene como herramienta procesal principal el denominado proceso inmediato, contenido en el Decreto Legislativo n.º 1194, que modificó los artículos 446 a 448 del Código Procesal Penal (en adelante CPP).

### **3. FLAGRANCIA DELICTIVA: ASPECTOS CONCEPTUALES A TENER EN CUENTA**

La flagrancia delictiva y su regulación procesal tienen antecedentes en la legislación procesal comparada (México o Ecuador por ejemplo). Pero no cabe duda de que las reglas, especialmente las procesales, restringen un derecho fundamental como lo es el derecho a la libertad personal. Ciertamente es que no existe «libertad absoluta», pues esta puede ser suprimida por mandato del juez. Y es que la flagrancia tiene que ver con la «observación» de la comisión de un delito y la aprehensión de quien lo comete. La flagrancia importa —en nuestro concepto— la existencia de un delito evidente o «altamente evidente» teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 259 del CPP. Respecto a ello podría afirmarse que

es un delito que se ve reflejado al momento que se está cometiendo, dicho de otra manera, que alguien lo pueda observar en ese momento para que exista la flagrancia, ya que esta no depende de la actualidad o inmediatez de su comisión sino de la existencia de un sujeto que está percibiendo a través de sus sentidos el hecho al momento de su realización, toda vez que la flagrancia es la apreciación sensorial y visual del evento delictivo, es por ello que un delito flagrante no se debe entender únicamente por su actualidad o inmediatez si no por la presencia de un testigo que observa la totalidad de su desarrollo mientras se comete, por lo que resulta tan evidente que no necesita pruebas, ya que esta condición es suficiente para otorgar certeza en virtud de que todo delito es flagrante para quien está presente en el momento de su comisión, lo cual quiere decir que la flagrancia no es un modo de ser del delito en sí, si no del delito respecto a una persona. (González y Neri, 2019, p. 5)

Como quiera que la flagrancia afecta la libertad personal, la detención de una persona en el momento de la comisión de un delito, o instantes después, debe tener un respaldo constitucional

y así lo prevé la carta fundamental del Estado peruano en su artículo 2, inciso 24, literal f, donde se precisa que «nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito». Del propio texto constitucional se desprende que la libertad puede restringirse, entre otros, solo por detención de autoridad policial en flagrante delito; esta circunstancia nos hace considerar que, ante esta situación particular, la intervención policial se encuentra legitimada y este actuar policial es una razón de justificación para la búsqueda de un procesamiento célere a quienes son descubiertos en actuar delictivo. Ello lleva a soluciones que, entre otros tópicos, puedan brindarnos un sistema de justicia concentrado a fin de resolver con rapidez este tipo de conflictos. Dentro de la búsqueda por parte del Estado con participación activa del Poder Judicial, creemos que se encuentran las denominadas Unidades de Flagrancia.

#### **4. LAS UNIDADES DE FLAGRANCIA COMO ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL**

##### **4.1. El procedimiento aplicable a los casos de flagrancia en la legislación comparada**

###### **4.1.1. México**

Los artículos 146 y 147 del Código Nacional de Procedimientos Penales (2014) regulan la detención en flagrancia, precisando los supuestos para que se produzca, con la salvedad de que cualquier persona puede detener a otra en estos casos y debe entregarla de manera intermedia a la autoridad respectiva (entendida como los cuerpos de seguridad pública) y luego al Ministerio Público en la forma más rápida. Será este quien finalmente decidirá la necesidad de la detención o la libertad del detenido. En el primer caso, lo pondrá a disposición del juez para la audiencia de control y las medidas que pudiera solicitar con el ejercicio de la acción penal.

#### 4.1.2. Ecuador

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador (2014) contempla, en los artículos 526 a 528, la denominada «aprehensión», que permite a cualquier persona aprehender a quien sea sorprendido en delito flagrante y entregarlo a la Policía. En su artículo 529 se regula la denominada audiencia de calificación de flagrancia, escenario donde se calificará la legalidad de la detención y el fiscal podrá solicitar medidas cautelares e instar el proceso que corresponda. La norma unificada ecuatoriana considera en su artículo 640 el procedimiento específico para casos de flagrancia, denominado «procedimiento directo», el cual concentra todas las etapas del proceso en una sola audiencia, fijando, para la procedencia de esta vía procedimental, que se tiene como *quantum* de pena como máximo cinco años o en caso de los delitos contra la propiedad hasta un máximo de treinta salarios básicos. Se contempla que en casos de flagrancia una vez determinada esta se señale fecha y hora para la audiencia de juicio directo. En este país se cuenta con Unidades de Flagrancia en diversos lugares del territorio, donde existe un trabajo conjunto de entidades como el Consejo de la Judicatura, la Defensoría Pública, la Fiscalía, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia, la Policía Nacional de criminalística, antinarcóticos, departamento de violencia intrafamiliar.

#### 4.2. Antecedentes nacionales respecto a procesos por flagrancia

Un primer antecedente del tratamiento de casos de flagrancia lo constituyen los denominados Juzgados de Flagrancia instalados como Plan Piloto en el Distrito Judicial de Tumbes, al norte del país, a partir del año 2015, como una respuesta a la delincuencia común y, en palabras del presidente del Poder Judicial de ese entonces, para «establecer un tratamiento eficaz en la investigación y juzgamiento de delitos flagrantes». Estos órganos jurisdiccionales fueron creados al amparo de la Resolución Administrativa

n.º 231-2015-CE-PJ, del 15 de julio de 2015, que establece en el Distrito Judicial de Tumbes, a partir del 1 de agosto, el plan piloto «Implementación de Órganos Jurisdiccionales de Flagrancia Delictiva». Se dispuso como ámbito de su competencia todo el distrito judicial y que conozcan de delitos como los de peligro común, entre otros. No se efectuó ninguna concentración de entidades como en las Unidades de Flagrancia del vecino país del norte. Esta experiencia se ha venido replicando en otros distritos judiciales como Unidades de Flagrancia Delictiva, con resultados alentadores.

### **4.3. El proceso inmediato como vía procedimental para casos de flagrancia**

A partir de la vigencia del Decreto Legislativo n.º 1194, que fue dictado precisamente en el marco de una política pública para legislar en materia de seguridad ciudadana y fortalecer la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, se consideró en forma expresa la procedencia del denominado proceso inmediato, contemplado en el Libro Quinto, Sección I del CPP. Por tanto, para los casos de flagrancia, al tenerse una norma procesal específica, el fiscal, al término del plazo de detención efectuada por la policía, que en nuestro país puede ser hasta un máximo de cuarenta y ocho horas, debe solicitar al juez la incoación del proceso inmediato —ello supeditado a si decide ejercitar la acción penal—. De modo que podemos considerar al proceso inmediato como la herramienta fundamental para resolver los casos de flagrancia delictiva.

### **4.4. El Protocolo de Actuación Interinstitucional de la Unidad de Flagrancia**

El Poder Judicial, mediante la Resolución Administrativa de su Consejo Ejecutivo n.º 000093-2022-CE-PJ, del 21 de marzo de 2022, dispuso constituir la Comisión de Implementación de las Unidades de Flagrancia en el Perú-Poder Judicial. Asimismo, por

medio de la Resolución Administrativa n.º 000118-2022-CE-PJ, se dispuso la implementación del Plan Piloto de la Unidad de Flagrancia-Poder Judicial en el Distrito Judicial de La Libertad, con sede en el Centro Integrado del Sistema de Administración de Justicia de El Porvenir (CISAJ El Porvenir, región La Libertad, al norte del Perú), a partir del 1 de julio de 2022. Era necesario que para la entrada en vigencia de dicha unidad, dadas sus características particulares, se cuente con un protocolo —que en buena cuenta es una guía de operaciones— de la citada unidad.

El protocolo aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 005-2022-JUS, publicado en el *Diario Oficial El Peruano*, contempla esencialmente el procedimiento que debe realizarse en los casos de detención por flagrancia y enumera las actividades de cada uno de los actores del sistema unificado. Se precisa que pertenecen a la Unidad de Flagrancia, el Poder Judicial, el Ministerio Público (entiéndase dentro de él al Instituto de Medicina Legal), la Defensa Pública y la Policía Nacional. Estas entidades forman una unidad para, en forma articulada, llevar adelante el procedimiento cuando existen casos de flagrancia. En cuanto a las funciones de sus actores, podemos identificar las siguientes:

- a) La Policía Nacional del Perú en la actividad propia de detención de quien es encontrado en delito flagrante o en los casos en que la ley procesal señala, en la elaboración de las actas de registro y otras necesarias como la cadena de custodia, en la puesta a disposición en el ambiente específico para detenidos de la Unidad de Flagrancia, así como la actividad policial especial relacionada con la criminalística —unidades especializadas— .
- b) En cuanto al Ministerio Público, sus actividades principales radican en el conocimiento de la detención y la disposición de realización de diligencias para decidir si existe la situación de flagrancia delictiva —en caso contrario debe decretar la

libertad del detenido—, la posibilidad de la aplicación de un criterio de oportunidad, la posibilidad de incoación del proceso inmediato poniendo al detenido a disposición del juez. Asimismo, corre por cuenta del Instituto de Medicina Legal el reconocimiento médico legal del detenido.

- c) Respecto a la defensa, cuando no sea particular, le compete la entrevista inicial con el detenido, a quien se le facilita la información para la preparación de su defensa; así como la obligación, al igual que el fiscal, de asistir a la audiencia e interponer todos los medios de defensa en favor de su defendido.
- d) Finalmente, como actividades propias del juez se encuentran dar trámite al requerimiento de incoación de proceso inmediato, con la puesta a su disposición del detenido, manteniendo la detención hasta que se realice la audiencia (para los casos en que supere las cuarenta y ocho horas). Corresponde al juez la dirección de la audiencia, y se aplicarán especialmente los principios de concentración y celeridad procesal, así como el de subsanación de los actos procesales. Sus poderes de dirección en la audiencia de procedencia o no del proceso inmediato abarcan el denominado control de la legalidad de la detención, la observancia del cumplimiento de los derechos del imputado, la procedencia o no de las medidas cautelares solicitadas, la constitución de partes procesales, la existencia de algún criterio de oportunidad, entre otros; el juez emitirá en la misma audiencia la resolución que corresponda. De ser procedente el proceso inmediato, concederá al fiscal un plazo de veinticuatro horas para su requerimiento acusatorio y remitirá lo actuado con la acusación al juez penal que corresponda. Cabe precisar que a la fecha existe dentro del Centro Integrado del Sistema de Administración de Justicia de El Porvenir (CISAJ El Porvenir, provincia de Trujillo, región La Libertad) un Juzgado Penal Unipersonal para el trámite del

juzgamiento en procesos inmediatos y dos juzgados de investigación preparatoria. La competencia de estos juzgados abarca toda la provincia de Trujillo.

Como se podrá apreciar de las líneas precedentes, con las Unidades de Flagrancia se logra la concentración de actividades de los actores del sistema de justicia penal, que aparecían normalmente segmentadas o dispersas, maximizando sobre todo el factor tiempo para la realización de los diversos actos procesales. Sin embargo, resulta necesario, dentro de este análisis, identificar algunos aspectos que pueden mejorarse en relación con estas unidades especializadas de administración de justicia penal.

#### **4.5. ¿Es necesario efectuar un control de legalidad de la detención para los casos de flagrancia?**

Un tema que se debe considerar es que el Protocolo de Actuación, en cuanto a la actividad del juez (paso 27), contempla el debate de la legalidad de la detención del imputado, el cumplimiento de sus derechos, así como el plazo de detención. Consideramos, a diferencia de otras opiniones, que la actividad procesal realizada antes de la audiencia de incoación del proceso inmediato no justifica la realización de un debate sobre estos aspectos, sobre todo el de la legalidad de la detención. El proceso penal nacional, a diferencia de la normatividad procesal penal mexicana o ecuatoriana —ya analizadas someramente en lo relacionado con la flagrancia—, no contempla la denominada «Audiencia de control de legalidad de la detención», como sí existe en dichas legislaciones, toda vez que en aquellas cualquier persona puede detener y poner a disposición de las autoridades a quien encuentre en delito flagrante. Nuestra legislación procesal ha querido distinguir la detención, efectuada por la policía, del llamado «arresto» ciudadano conforme a los parámetros del artículo 260 del CPP. Sin embargo, cabe precisar que es el fiscal, como titular de la acción penal, quien decide si

una persona se mantiene o no detenida. Este filtro es propio de la actividad fiscal como ente de persecución: someter dicha actividad a un control de legalidad importaría una excesiva legalidad en la actuación del juez, puesto que precisamente el sustento de la incoación del proceso inmediato es el convencimiento y la obligación legal (artículo 447.1 del CPP) del fiscal que debe llevar adelante la persecución penal. Pero, sobre todo, la irregularidad o ilegalidad de la detención puede cuestionarse por la defensa, a través de mecanismos procesales específicos.

Cierto es que se ha venido planteando la posibilidad, dentro del trámite del proceso inmediato, de efectuarse segmentadamente un control de legalidad de la detención y ello ha sido acogido por el protocolo de actuación. Consideramos que se ha introducido, primero, un trámite no previsto en la ley; y, segundo, porque el control de legalidad, como ya señalamos, supone cuestionar las actividades del fiscal —en el control de la detención— y de la policía —en el acto de la detención—, pues se daría a entender que sus actuaciones no están revestidas del principio de buena fe. Por lo demás, si se propugna celeridad y economía procesal —razones de la creación de estas unidades especializadas de justicia—, los cuestionamientos pueden ser planteados por la defensa en la audiencia, como fundamento de su oposición a la incoación del proceso inmediato, y por el propio juez cuando advierte en el debate alguna circunstancia que afecte los derechos del imputado, actividad que puede realizar incluso de oficio.

Estimamos que al ser el proceso inmediato el insumo principal de los procesos a cargo de la Unidad de Flagrancia, sería contraproducente que se ponga en debate —como un estadio de la audiencia— si la detención es legal o no, desalentando a la Fiscalía, como sujeto procesal, a solicitar la incoación del proceso inmediato y reconducirlo en vía del proceso común. Pero, sobre todo, no se debe perder de vista que conforme al artículo 71.4 del CPP, el

imputado puede acudir al juez, vía tutela de derechos, para lograr subsanar omisiones o para que se dicten las medidas de corrección o protección que correspondan. Ello, conforme a la norma, debe resolverse de manera inmediata.

Por último, cabe precisar que la finalidad del proceso inmediato es culminar el proceso de la manera más célere, respetando derechos; la decisión fiscal de llevar adelante el proceso inmediato obedece a que el Ministerio Público considera que respecto al imputado se han acopiado suficientes elementos de investigación como para fundadamente acusarlo sin necesidad de una etapa de investigación preparatoria. Entonces es evidente que el fiscal tiene certezas sobre su actuación, inclusive sobre la forma en que se ha intervenido al detenido. Quizá, en el entendido del cuestionamiento por la defensa, a los actos iniciales de la policía —forma de detención y registro— sea necesario capacitar al personal policial en la redacción de actas y documentos propios de su función.

## **5. LAS UNIDADES DE FLAGRANCIA: POSIBILIDADES DE SU IMPLEMENTACIÓN**

### **5.1. ¿Qué se debe entender por Unidades de Flagrancia en el sistema de administración de justicia?**

A la luz de lo ya reseñado, podemos conceptualizar a las Unidades de Flagrancia como un sistema interconectado de administración de justicia en lo penal, que procura la celeridad en la tramitación de los casos donde exista flagrancia delictiva. Sin embargo, estas unidades, para su funcionamiento, requieren además de la voluntad política para su implementación, el soporte presupuestal suficiente para el inicio de sus actividades, la administración de estas y su permanencia en el tiempo, y que se les dote de personal (funcionarios y servidores) suficiente para cumplir su especial labor, sobre ello efectuaremos algunos apuntes a continuación.

Cabe resaltar la voluntad institucional del Poder Judicial, encabezado por su presidenta, la Dra. Elvia Barrios Alvarado, de llevar adelante en forma progresiva la conformación de nuevas Unidades de Flagrancia; así, próximamente está programado el inicio de actividades de la Unidad de Flagrancia de Lima Sur, en el Distrito de Villa El Salvador (al sur de Lima, capital de la República), a partir del 15 de noviembre de 2022. Ello, en buena cuenta, significa que este poder del Estado ha asumido como prioridad la búsqueda de soluciones para lograr mayor celeridad en la resolución de conflictos penales en situaciones especiales como la flagrancia delictiva.

## **5.2. Una experiencia de gestión a tener en cuenta: los Módulos Básicos de Justicia**

La posibilidad de integración de los entes relacionados con el sistema de administración de justicia no es nueva. Se tiene la experiencia de los Módulos Básicos de Administración de Justicia (MBJ), respecto a los cuales el autor de este artículo efectuó una reseña sobre su implementación denominado «Balance y perspectivas del sistema modular de administración de justicia en el Perú» (Fuentes, 2009). Una de las bondades destacables del citado modelo es la presencia de operadores del Poder Judicial, del Ministerio Público y del Ministerio de Justicia, interactuando en el sistema modular, de modo tal que el sistema de justicia se vuelva más accesible. Son en total cuarenta y tres módulos construidos en nuestro país. En la actualidad el sistema unificado de actuación ha venido desapareciendo, por las actividades y las necesidades, especialmente del Poder Judicial y del Ministerio Público, así como de los problemas que los aquejan, como la administración de estos. Sin embargo, para quien se ha desempeñado como juez en un Módulo Básico de Justicia —Parcona, Ica—, el sistema modular ofrece muchas ventajas, esencialmente por la interconexión, incluso tecnológica, de sus operadores y la atención pronta al usuario del sistema judicial.

Por su ubicación, que además tomó en cuenta factores poblacionales para que se construya, son ambientes que pueden ser tomados en cuenta a fin de ser reconducidos como Unidades de Flagrancia.

### **5.3. Posibilidades y retos de las Unidades de Flagrancia en el Perú**

#### **5.3.1. Aspectos que se deben tener en cuenta**

Asumiendo que recién se está iniciando la implementación de las Unidades de Flagrancia, ninguno de los cuestionamientos que se pueda efectuar a su operatividad puede desalentar su implantación en los diversos distritos judiciales, puesto que, en principio, su funcionamiento resulta más que necesario (véase al respecto Paz, 2022). Podemos aventurarnos a advertir algunas circunstancias particulares que deben tenerse en cuenta para la creación de estas unidades de servicio judicial, entre estas señalaremos:

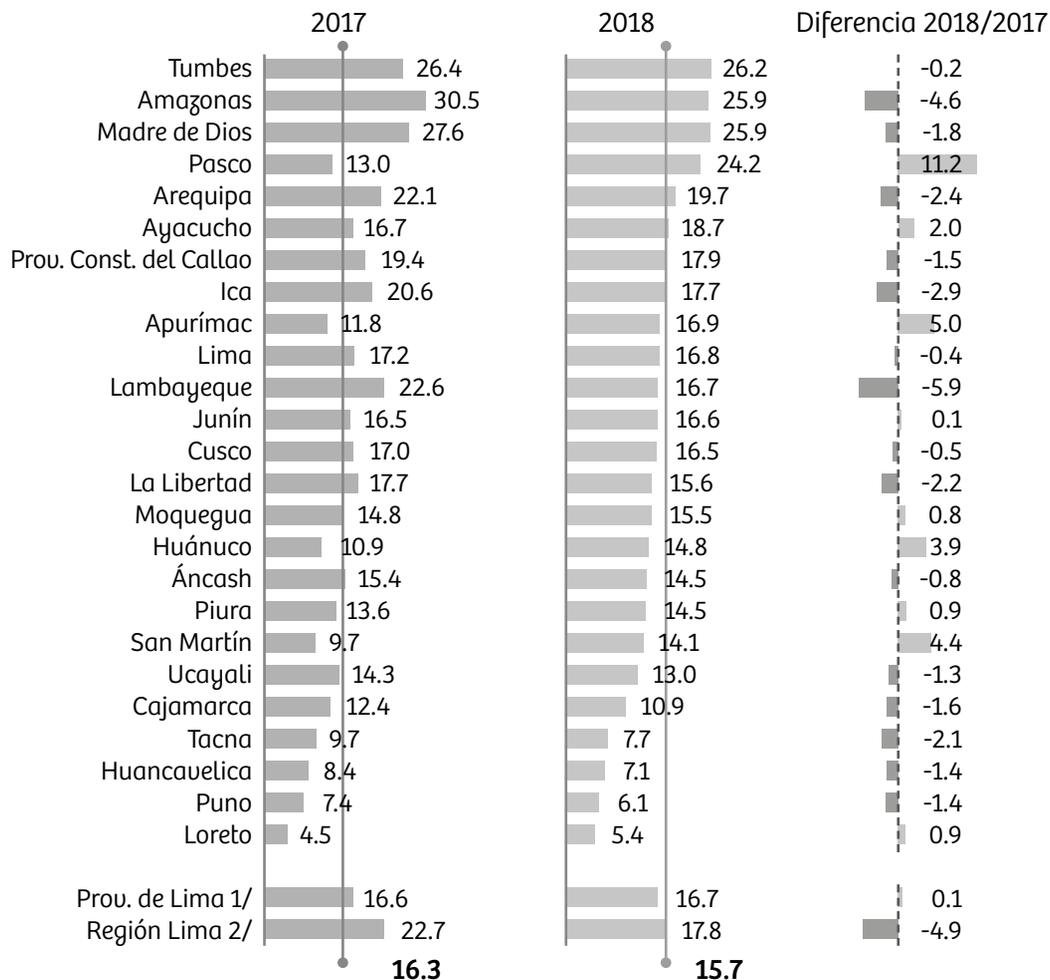
##### **5.3.1.1. La ubicación de las sedes de las Unidades de Flagrancia debe contemplar el factor poblacional y la incidencia delictiva**

Uno de los factores que se deben contemplar para la instalación de estas unidades es la población de la zona de su instalación. Es decir, debe considerarse el número potencial de usuarios del sistema. A mayor cantidad de población se incrementa la posibilidad de instalar una Unidad de Flagrancia.

También debe tenerse como referencia el número de denuncias de la zona o región donde puedan instalarse estas unidades. De modo referencial presentamos un gráfico de mayor número de denuncias por comisión de delitos en provincias o distritos a nivel nacional del año 2018, como se observa:

**Figura 1**

**Perú: tasa de denuncias por comisión de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, según departamento, 2017-2018 (por cada 10 mil habitantes)**



*Fuente:* Instituto Nacional de Estadística e Informática. Registro Nacional de Denuncias de Delitos y Faltas. Policía Nacional del Perú. Sistema de Denuncias Policiales (SIDPOL).

Queda claro que en las provincias donde existe alta incidencia delictiva, mayores son las posibilidades de instalar Unidades de Flagrancia.

### **5.3.1.2. Debe delimitarse la competencia de las Unidades de Flagrancia, así como su ubicación física**

Este es un aspecto muy importante. Las Unidades de Flagrancia deben ser de fácil acceso para los usuarios e inclusive para los propios operadores del sistema. En todo caso, si las circunstancias lo ameritan, puede contemplarse la instalación de más de una unidad en zonas geográficas extensas y con alto índice de población. En tal sentido, las competencias especialmente de jueces y fiscales deben respetar los índices poblacionales y las zonas geográficas.

### **5.3.1.3. Debe dotarse de funcionarios y personal dedicados exclusivamente a las Unidades de Flagrancia**

Las unidades deben contar con jueces y fiscales adscritos a estas, lo que supondrá también mayor especialización en el trámite de los procesos. Dada su mecánica, se requiere la participación activa de servidores públicos en diversas áreas (mesa de partes, zona de audiencias y de despacho), los cuales deben ser cubiertos por personal designado específicamente para dicha labor.

### **5.3.1.4. Debe procurarse la incorporación tangencial de otros entes que tengan relación con el sistema de justicia**

Habida cuenta de los resultados de los procesos tramitados, en muchos casos es necesaria la intervención de entes relacionados de manera tangencial con el sistema de justicia, como el Instituto Nacional Penitenciario, respecto al cumplimiento de las penas; también de los gobiernos locales y regionales para las coordinaciones en caso, por ejemplo, de la ejecución de penas que supongan la prestación de servicios comunitarios o también en caso de necesidad de apoyo logístico.

### **5.3.1.5. La necesidad de efectuar actividades de difusión de este servicio de justicia**

Un aspecto que debe considerarse en la instalación de las Unidades de Flagrancia es la difusión previa de sus beneficios dentro de la comunidad donde se ubica. Esto permite al ciudadano conocer que en situaciones especiales el sistema de justicia tiene unidades especializadas para resolver en forma pronta la comisión de delitos que importen flagrancia.

### **5.3.2. Aspectos que se deben mejorar**

#### **5.3.2.1. Debe procurarse la mejora del Protocolo de Actuación Interinstitucional**

A mayor implementación de Unidades de Flagrancia se presentarán circunstancias que deberán ser resueltas de manera interinstitucional. Los protocolos juegan allí un papel importante, algunos aspectos y competencias deben ser optimizados, buscando eficiencia en el servicio que prestan estas unidades.

#### **5.3.2.2. Debe procurarse el uso de medios tecnológicos para la solución de problemas**

El uso de la tecnología supone una mejora de la operatividad. La posibilidad del uso de la videoconferencia en las actuaciones judiciales y fiscales (actos de investigación como declaraciones, por ejemplo) no debe ser descartada. En tanto en cuanto no se afecten derechos, esencialmente del imputado, el uso de la tecnología contribuirá en la mejora del servicio que se presta, de conexión de partes o terceros que tengan relación con el proceso.

#### **5.3.2.3. Adecuada dotación logística y renovación periódica**

Uno de los aspectos a tener en cuenta es la logística, tanto en infraestructura como en los equipos que se utilizarán en el servicio que presta la unidad. Su renovación y su soporte adecuado serán la

base para la permanencia en el tiempo de la efectividad y la utilidad de las Unidades de Flagrancia.

#### **5.3.2.4. Implementación progresiva de por los menos una Unidad de Flagrancia en las capitales de las regiones a nivel nacional**

Debe contemplarse, dados sus beneficios, la instalación de por lo menos una Unidad de Flagrancia en cada distrito judicial, especialmente en las capitales de la región, considerando para ello la densidad poblacional y la incidencia de delitos.

## **6. CONCLUSIONES**

- Existía una necesidad imperiosa de instalar las denominadas Unidades de Flagrancia, a causa del número de comisión de delitos de esta naturaleza.
- La actuación conjunta de las entidades involucradas con la administración de justicia penal produce resultados y logra que se resuelvan con mayor celeridad cierto tipo de procesos.
- La celeridad no debe afectar los derechos de quien se encuentra sometido a la justicia penal.
- Es necesaria la implementación de mayores unidades a lo largo del país observando ciertos parámetros como población e incidencia delictiva.
- Finalmente, debe contemplarse la sostenibilidad de este tipo de unidades del servicio de justicia y dotarlo de adecuado personal y logística.

## REFERENCIAS

Binder, A. (2011). *Análisis político criminal*. Astrea.

Fuentes, C. M. (2009). *Balance y perspectiva del sistema modular de administración de justicia en el Perú*. <http://espirito1966.blogspot.com/2009/02/balance-y-perspectivas-del-sistema.html>

González, R. y Neri, A. I. (2019, enero-junio). El delito como base estructural de la flagrancia. *Revista Ibeoamericana de Producción Académica y Gestión Educativa*, 6(11), [1-14].

Paz, F. (2022, 21 de septiembre). Poder Judicial presenta modelo contra la inseguridad ciudadana. *Diario Oficial El Peruano*. <https://www.elperuano.pe/noticia/192208-poder-judicial-presenta-modelo-contra-la-inseguridad-ciudadana>

## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 77-97

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i18.649

# Valoración del estado mental de los inculcados en las Unidades de Flagrancia

Assessment of the defendants' mental state in the Units against Flagrante Delicto



SHERLY TANIA BUSTAMANTE MAITA  
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos  
(Lima, Perú)

[sbustamante@minjus.gob.pe](mailto:sbustamante@minjus.gob.pe)

<https://orcid.org/0000-0003-2921-8591>

### RESUMEN

La debida diligencia exige que los operadores del derecho disminuyan los riesgos en sus actos de investigación y de juzgamiento, uno de sus fines es que no se vulneren derechos fundamentales. Las Unidades de Flagrancia también se rigen por este principio, por lo tanto, resulta de vital importancia demostrar técnica y científicamente que los inculcados de un delito flagrante presentan un estado normal de sus facultades psíquicas. Este procedimiento debe ser efectuado por los psicólogos forenses en dichas unidades, pues su ejecución requiere del empleo de conocimientos especializados. Por la naturaleza de la exploración se puede realizar en un corto tiempo, y cuando se tiene un resultado claro producto de este

procedimiento, será posible garantizar que el inculpado es consciente de sus actos y prever que en el futuro no simule un trastorno mental con fines de recibir una pena disminuida.

**Palabras clave:** evaluación; salud mental; flagrancia.

**Términos de indización:** administración de justicia; evaluación; salud mental (Fuente: Tesouro Unesco).

### **ABSTRACT**

Due diligence demands that justice servers reduce risks in their acts of investigation and prosecution, being one of their purposes not to violate the fundamental rights. The Units against Flagrante Delicto are also governed by this principle; therefore, it is important to demonstrate technically and scientifically that those accused of a flagrante crime be in a sound state of mind. This procedure must be carried out by forensic psychologists in said units, as its implementation requires the use of specialized knowledge. Because of the nature of the examination, it can be carried out in a short time, and when there are clear results from this procedure, it will be possible to ensure that the accused is aware of their actions. Besides, these results will prevent the accused from simulating a mental disorder in the future to get a reduced sentence.

**Key words:** evaluation; mental health; flagrante delicto.

**Indexing terms:** administration of justice; evaluation; mental health (Source: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 16/10/2022

**Revisado:** 31/10/2022

**Aceptado:** 07/11/2022

**Publicado en línea:** 07/12/2022

**Financiamiento:** Autofinanciado.

**Conflicto de interés:** La autora declara no tener conflicto de interés.

**Revisores del artículo:**

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)  
jpalominom@unmsm.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

Sandro Alberto Núñez Paz (Universidad de Lima, Perú)  
snunez@ulima.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

## **1. INTRODUCCIÓN**

La psicología forense es una rama de la psicología aplicada cuyo objetivo es la descripción, la explicación y la predicción de la conducta humana en los tribunales de justicia (Jiménez et al., 2018). En este sentido, los psicólogos forenses constituyen un importante auxilio técnico y científico para los fiscales y los abogados defensores en sus roles de investigación, así como para los jueces, quienes en su labor de juzgamiento requieren ser orientados sobre temas del conocimiento científico ajenos al derecho (Vargas et al., 2019). De tal forma que la labor del perito psicólogo forense no puede ser reemplazada por otro profesional; y a su vez, el campo de desarrollo de la psicología forense abarca distintas ramas del derecho, una de ellas es el derecho penal y las diversas tipificaciones y las modalidades de delitos que de él se despliegan (Lobo et al., 2022).

En el artículo 259 del Código Procesal Penal del año 2004 se menciona que una modalidad de cometer delitos es la flagrancia, que ocurre cuando una persona es sorprendida realizando una conducta que atenta contra las normas. La particularidad de estos delitos consiste en que el proceder de los efectivos policiales o de los ciudadanos que perciben su consumación no requiere de una orden expresa del juez penal de turno que los faculte para la detención del autor o de los autores de la conducta atentatoria; el arresto que se realiza debe facilitar la inmediatez de los procesos fiscales

y judiciales. Asimismo, desde julio del año en curso se ha inaugurado en Perú la primera Unidad de Flagrancia del Poder Judicial en el departamento de La Libertad, que busca la cooperación interinstitucional. Por lo antes mencionado, es pertinente que se considere, en estas unidades, la trascendencia de la participación de diversos profesionales de especialidades diferentes al derecho penal, procesal penal, así como constitucional; la psicología forense es una de ellas.

El presente artículo busca evidenciar la importancia de la valoración del estado mental de los inculpados en delitos flagrantes por parte de los psicólogos forenses. El contenido surgió como parte de las reflexiones de la observación participante (Jociles, 2018) en el período de la labor psicológica forense de la autora y actualmente como parte de la supervisión a la labor de distintos psicólogos forenses a nivel nacional; puesto que el conocimiento científico, en uno de sus niveles más especializados, permite el planteamiento de buenas prácticas que aporten soluciones a problemas y retos dentro del contexto en el que cada profesional viene desempeñándose (Yanez, 2018).

## **2. LA CONDUCTA HUMANA EN LOS DELITOS FLAGRANTES**

Cuando una persona ha planificado la consumación de una o varias conductas delictivas, ha necesitado tomar un tiempo para recrear y plantearse diversos escenarios hipotéticos en los que proyecta información sobre el lugar, el tiempo, el espacio, el modo, las herramientas y las etapas en las que cometerá el delito (Roca y Trespaderne, 2021). Uno de los aspectos más importantes de esta planificación son los medios que presenta para que no lo relacionen con el delito y en tal sentido pueda quedar libre de las consecuencias legales que generaría su comportamiento, como la pérdida de su libertad, los antecedentes o el pago de una reparación civil. Se espera que estas

personas no adopten un comportamiento impulsivo y más bien cuiden los detalles para evitar que terceros sean testigos de lo que están realizando y en consecuencia no los descubran en flagrancia.

A partir de observar a una persona cometiendo una conducta flagrante, se puede inferir que se trataría de un individuo con un alto nivel de impulsividad, a tal punto que no ha previsto la posibilidad de ser descubierto. Asimismo, se podría deducir que se trata de una persona que ha realizado el mismo repertorio conductual sin ser castigado anteriormente. Otra posible explicación se generaría a partir de la desorganización de la conducta del individuo; a este respecto, cabe la posibilidad de encontrarse ante una persona que por su mismo estado de salud mental no sea consciente del sentido de su comportamiento, así como de los alcances de este (Guaña-Bravo y Gende-Ruperti, 2022). Por tal razón, no cuidaría ni de los detalles, así que sería identificado con facilidad en el mismo momento en el que está ejecutando el hecho punible.

### **3. LA PARTICIPACIÓN DEL PSICÓLOGO FORENSE EN LOS DELITOS FLAGRANTES**

En este sentido, la participación del psicólogo forense será pertinente para la valoración de las facultades psíquicas del inculcado del delito flagrante (Sandoval, 2021). De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (citada por Torres de Galvis, 2018), se calcula que es alto el número de personas en el mundo que habría presentado síntomas o signos de algún trastorno mental, por supuesto que esto no significa que todos los cuadros de psicopatología mental sean incapacitantes o afecten el sentido de realidad o la voluntad que tienen las personas. De igual modo, existe sintomatología que no puede ser identificada de manera empírica, por ende, carecería de fiabilidad que especialistas fuera del área de la salud mental brinden un pronunciamiento al respecto. En ese

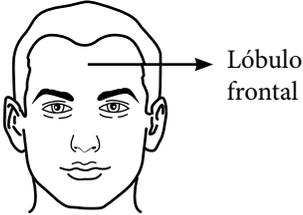
sentido, es pertinente que el psicólogo forense determine el estado de salud mental (Moreno et al., 2019) del inculpaado del acto flagrante y que los operadores del derecho, bajo un enfoque multidisciplinario, tomen conocimiento de la importancia de dicha valoración, así como los conceptos básicos y los procedimientos involucrados (Blanes, 2021).

#### **4. TRASTORNOS MENTALES ASOCIADOS CON LA PÉRDIDA DEL SENTIDO DE REALIDAD**

La Organización Mundial de la Salud publicó un compendio sobre la Clasificación Internacional de Enfermedades, a la fecha va por la undécima edición. Esta clasificación busca que todos los especialistas a nivel del mundo unifiquen criterios con respecto a las denominaciones de las enfermedades, así como la descripción de los síntomas. El capítulo F (F00-F99) es conocido como el grupo de los trastornos mentales y de comportamiento (Organización Mundial de la Salud, 2019), donde se presenta al trastorno mental y en una lista los síntomas, así como los signos característicos. Si bien es cierto, cada trastorno mental tiene en común que produce una alteración en la vida personal del paciente, también es correcto mencionar que no todos generan que la persona no sea consciente de sus hechos. En estos últimos casos, la persona sería responsable de su conducta, por lo tanto, se realizó una revisión de las once categorías diagnósticas de la Clasificación Internacional de Enfermedades y se obtuvo que los siguientes cuadros psicopatológicos podrían resultar relevantes para explicar una alteración de las funciones psicológicas de los inculpaados de diversos delitos:

**Tabla 1**

**Indicador(es) psicopatológicos relevante(s) durante la exploración del estado mental**

Código del CIE 11	Trastorno mental	Indicador(es) relevante(s) durante la exploración del estado mental
F00-F09	Trastornos mentales orgánicos (contienen los trastornos sintomáticos)	<p>A pesar de que se observa que varias personas que han tenido una lesión a nivel del sistema nervioso (por un traumatismo craneoencefálico, un accidente cerebrovascular, la degeneración del tejido cerebral, etc.) se encuentran conscientes; en consecuencia, realizan diversas actividades, algunas presentan los siguientes síntomas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Detrimento a nivel de los procesos cognitivos, como pérdida de la memoria, orientación, abstracción, juicio crítico, etc.</li> <li>• Deterioro de los procesos afectivos, como el escaso autocontrol, pudor y mesura ante la sociedad, etc.</li> <li>• Alteración de la motivación y la voluntad.</li> <li>• Se han observado situaciones donde las lesiones se han ubicado a nivel del lóbulo frontal de la persona y de acuerdo con la cronicidad de esta lesión, la personalidad se ha visto desajustada significativamente, el individuo ha llegado a presentar conductas extrañas y en contra de las reglas, a diferencia del comportamiento que mantenía antes del trastorno mental orgánico.</li> </ul> <div style="text-align: center;">  <p>Lóbulo frontal</p> </div> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Los trastornos mentales orgánicos también pueden ser causados como consecuencia de diversas enfermedades físicas como las intoxicaciones, el abuso de sustancias químicas, la avitaminosis, etc.</li> </ul>

F10-F19	Trastornos mentales y del comportamiento a causa del empleo de sustancias que generan alteraciones en el sistema nervioso (sustancias psicoactivas)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Algunas características producto del consumo de sustancias por parte del inculpado pueden resultar evidentes de forma empírica, como el olor a alcohol en el aliento. Sin embargo, este signo debe ser corroborado con exámenes toxicológicos, que son tomados en cuenta cuando se está frente al delito de conducción en estado de ebriedad.</li> <li>• Frente a una intoxicación, consumo o abuso de sustancias que alteran el sistema nervioso, si bien es cierto el psicólogo forense carece de herramientas para determinar el tipo de sustancia ingerida por el inculpado, sí podría realizar una descripción de sus funciones mentales, tomando en cuenta que los efectos que tienen estas sustancias en los organismos varían en relación con la cantidad, el tipo, entre otras variables que deben considerarse.</li> <li>• De igual modo, una persona que abusa de sustancias psicoactivas puede presentar lesiones en el tejido cerebral, así como síntomas de delirios (alteración del contenido del pensamiento, es posible que la persona crea en una realidad inexistente, de tal forma que imagina que su entorno la persigue, que debe salvar al mundo, etc.).</li> </ul>
F20-F29	Esquizofrenia, trastornos esquizotípicos y trastornos delirantes	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bajo estos trastornos mentales, siempre y cuando los inculpados no cumplan con el tratamiento psiquiátrico correspondiente, es posible apreciar que los autores de delitos flagrantes no se encuentran conscientes de sus actos delictivos, distorsionan la realidad a través de alteraciones en sus pensamientos, en sus percepciones y en su estado de ánimo.</li> </ul>
F30-F39	Trastornos del humor, conocidos también como trastornos afectivos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El indicador más significativo es la alteración del estado de ánimo que puede ser parte de un afecto depresivo (apatía, tristeza, percepción negativa del entorno, etc.) o un afecto eufórico (incremento de las actividades, aparente bienestar, falta de sueño, etc.).</li> </ul>

		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cuando incluyen síntomas psicóticos, se aprecia que la persona evaluada, en adición al afecto depresivo o eufórico, también habría perdido contacto con la realidad (presencia de alucinaciones, así como delirios).</li> </ul>
F40-F48	Trastornos neuróticos, que se asocian con episodios estresantes o con trastornos originados de molestias físicas (somatomorfos)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Son de especial relevancia los trastornos disociativos, en este caso los imputados tendrían más de una identidad, de lo cual no son conscientes.</li> <li>• No hay evidencia orgánica que justifique la existencia de estos cuadros; sin embargo, durante la exploración se observaría la aparición brusca de una o más identidades.</li> <li>• Sobre su origen, hasta la fecha se ha relacionado su aparición a eventos altamente estresantes que le han causado un alto nivel de afectación a la persona, y esta es incapaz de hallar una estrategia efectiva de afrontamiento.</li> </ul>
F53	Trastornos mentales y del comportamiento que están relacionados con el puerperio	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El puerperio es la etapa comprendida entre los 0 a 42 días posteriores al parto.</li> <li>• Un cuadro importante que debe ser valorado es la presencia de síntomas psicóticos como los delirios y las alucinaciones.</li> </ul>
F62.0	Alteración perdurable de la personalidad en relación con una experiencia catastrófica	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Como un síntoma de daño psicológico o de un trastorno psicopatológico, la persona presenta ideas de contenido persecutorio, interpreta diversas piezas de información como potenciales amenazas para su integridad; en consecuencia, se muestra hostil con su contexto.</li> <li>• En adición, se aprecia un estado de ánimo disminuido y apatía.</li> </ul>
F62.1	Cambio duradero de la personalidad como consecuencia de una enfermedad psiquiátrica	

F63	Trastornos de los hábitos y de los impulsos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Los inculpados no podrían brindar razones precisas que justifiquen su actuar.</li> <li>• Durante su discurso mencionarían que la conducta se desencadena a consecuencia de un deseo difícil de contener.</li> <li>• En el caso de la piromanía (impulso de quemar diversos objetos), se debe prestar especial atención que cuando ejecuta el hecho de quemar algún objeto, no diferencia si se trata de sus posesiones personales o de terceros.</li> <li>• Cleptomanía, conocida como hurto patológico, en estos casos el sujeto no toma posesión de objetos por el valor que tienen y tampoco existe una intención de perjudicar a otras personas. Puede observarse que los objetos tienen un escaso valor monetario y no emplean la violencia durante la sustracción de estos.</li> </ul>
F70-F79	Retraso mental	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Estas personas se muestran con una capacidad cognitiva disminuida, se evidencian dificultades en el procesamiento de la información, el juicio crítico, la resolución de problemas, pobreza del lenguaje e incluso un insuficiente análisis de la información.</li> <li>• Durante la entrevista es posible que describan los hechos que han realizado y si en caso buscaran alterar los hechos, la elaboración de su discurso es rudimentario.</li> <li>• Se observan limitaciones en sus respuestas, frente a preguntas de cultura general o de sentido común; por lo tanto, no existe la interiorización de las normas sociales.</li> </ul>

Fuente: Organización Mundial de la Salud (2019).

## 5. LOS INCULPADOS CON TRASTORNOS MENTALES

Si algún inculpadado presenta cualquiera de los diagnósticos descritos en la tabla 1, sería muy arriesgado establecer la responsabilidad de sus actos. Asimismo, el proceso judicial para solicitar una pena sería cambiado por un proceso de seguridad, a pesar de que haya cometido un delito flagrante, y es posible que al ser interrogado por los efectivos policiales o por el fiscal responsable de la investigación, se autoinculpe e incluso brinden detalles del hecho cometido (Coronel y Medina, 2022).

Cabe precisar que los trastornos mentales tienen una historia, es decir, existen antecedentes de su evolución en el tiempo (Muñoz, 2020). De tal forma que sería alejado de la realidad creer que, sin ninguna razón o fundamento, una persona presente cuadros psicóticos (delirios y alucinaciones), sino que existen diversos antecedentes los cuales explican desde cuándo se han desarrollado los trastornos mentales en el inculpadado. Asimismo, estos trastornos mentales se acompañan de alteraciones en todas las esferas de la salud y contienen indicadores físicos, psicológicos, así como sociales.

## 6. SIMULACIÓN EN LOS INCULPADOS

Por otro lado, no es poco común hallar personas que buscan simular la presencia de la sintomatología psicopatológica propia de los trastornos mentales (López-Miquel y Pujol-Robinat, 2020) contenidos en la tabla 1 con fines de librarse de la pena como consecuencia de sus actos. Esta situación es conocida como «persona que se finge enferma con motivación obvia» y de acuerdo con la CIE 11, estas personas no tienen un trastorno mental y que, *a contrario sensu*, se encuentran conscientes y no han perdido el sentido de la realidad (Chaverra y Muñoz, 2021).

## **7. EVALUACIÓN PSICOLÓGICA FORENSE**

Por ende, es de vital importancia, bajo el principio de la debida diligencia y para evitar este tipo de imprevistos que son un caldo de cultivo para la impunidad, coordinar la participación de un perito psicólogo forense para que pueda determinar el estado de salud mental del inculcado. El psicólogo forense oficial forma parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y a su vez también es parte del Equipo Multidisciplinario de las Diversas Direcciones Distritales de Defensa Pública y Acceso a la Justicia, su participación es pertinente durante la consumación de los actos flagrantes.

Por otro lado, es preciso comprender que a pesar de que profesionales como psicólogos clínicos, neurólogos y psiquiatras tienen el conocimiento y las herramientas clínicas necesarias para poder determinar el estado mental de distintas personas, al no ser forenses (Echeburúa et al., 2011), su participación debería ser observada, ya que la exploración clínica no adopta como una posible hipótesis la posibilidad de que el evaluado simule o sobreactúe sus síntomas. Sin embargo, los profesionales de la salud mental con la especialidad forense reconocen que una de las hipótesis que guía la exploración del estado de salud mental de un inculcado por delito flagrante es la posibilidad de que sus síntomas sean ilegítimos.

## **8. VALORACIÓN DEL ESTADO DE SALUD MENTAL**

Por lo tanto, es trascendental que como buena práctica se instaure la valoración del estado mental de los inculcados en las Unidades de Flagrancia, ergo, durante los diversos procesos seguidos contra imputados como parte del principio de la debida diligencia. Del mismo modo, la valoración se realizará a pedido de la Fiscalía, así como de parte del abogado defensor, tomando en cuenta que los psicólogos forenses efectuarán la valoración por requerimiento

expreso de los operadores del derecho. Incluso de acuerdo con el artículo 177 del Código Procesal Penal peruano es posible que, para mejor resolver, sea el juez quien solicite la participación de un perito de oficio. Esta valoración deberá ser realizada por un profesional competente, así como imparcial (Arellano y Rivera, 2021).

La valoración del estado mental es un procedimiento que nació de la especialidad médica de la psiquiatría y es empleada por otras especialidades médicas y por la psicología, el propósito de su aplicación consiste en determinar el estado de las facultades mentales propias del ser humano (Vieira, 2018). Es preciso tomar en cuenta que solo el *Homo sapiens sapiens* cuenta con procesos psicológicos superiores que le permiten realizar actividades de pensamiento, entre otras funciones cognitivas muy importantes, como realizar tareas introspectivas que le permiten reflexionar sobre su comportamiento, dotar de intenciones a sus conductas, planificar sus actividades, recordar experiencias pasadas, mantener latentes sus motivaciones, así como generar nuevos pensamientos como parte de un proceso de imaginación, etc. (Morales, 2020).

El examen mental permite que el profesional experto en la evaluación de los procesos psicológicos aborde a la persona evaluada y a través de una entrevista breve que inicia con una antesala previa para generar un espacio de comunicación activa, pueda determinar el estado en el que se encuentran sus funciones mentales. Por su brevedad y su especificidad, se requiere que el profesional que va a realizarla sea una persona competente y conozca cada uno de los procesos psicológicos que evaluará (Perales et al., 1998).

El proceso requiere del empleo de dos técnicas fundamentales en el método científico, la observación directa, es decir, cara a cara con la persona evaluada por el principio de inmediatez, así como la entrevista, que consiste en una conversación donde tanto el evaluado como el evaluador toman turnos de emisor y receptor, muy

diferente a un interrogatorio. Durante la exploración también se pueden emplear escalas confiables y válidas que han sido desarrolladas sobre todo para la exploración de las funciones psicológicas en población adulta mayor con riesgo de deterioro cognitivo, así como en pacientes con lesiones del tejido cerebral.

Con respecto a la observación, es importante prestar atención particular al aspecto que tiene la persona evaluada, sus características físicas, la pulcritud o el descuido de su vestimenta, la apariencia acorde a su edad, talla, contextura, así como la forma en que despliega sus gestos, incluso el tono que emplea durante su conversación.

Seguidamente, es de vital importancia prestar interés a sus procesos psicológicos, estos han sido diferenciados en diez funciones diferentes explicadas en la tabla 2, después de la integración de los procedimientos positivizados en textos especializados de psiquiatría y psicopatología (Universidad de Barcelona, 2022):

**Tabla 2**

***Funciones psicológicas valoradas en el examen mental***

Conciencia	Esta función permite que la persona pueda encontrarse despierta y por lo tanto con las demás funciones mentales «activas». Es relativamente sencillo tomar conocimiento de este proceso psicológico, tras observar la conducta que presenta la persona evaluada, incluso antes de la evaluación propiamente dicha. En el caso de una persona bajo los efectos de una sustancia química, será posible hallarla en un estado somnoliento, es decir, que no se encuentra con todas las funciones psicológicas activas.
Orientación	La orientación permite que una persona se dé cuenta y pueda informar a su entorno sobre sus datos, su nombre, el lugar donde se encuentra, incluso la descripción de las circunstancias que la rodean.

Memoria	Esta función consiente que un sujeto recuerde diversas piezas de información que pueden tener una larga data o haberse producido hace un corto período. Para que una persona pueda brindar detalles de su entorno, es preciso que la función de la memoria se encuentre activa.
Pensamiento	El pensamiento es el grupo de las redes conceptuales, ideas, percepciones, imágenes mentales, etc., que presentan las personas. De forma práctica, permite que una persona pueda entablar comunicación con su contexto, a través del empleo del lenguaje. Cuando el evaluado contesta a la pregunta a través de la cual se le requiere su nombre y este brinda respuesta, se aprecia claramente que la persona está haciendo uso de esta función mental.
Atención	Gracias a la atención, la persona puede mantenerse alerta frente a los diversos estímulos del medio. Cuando la persona mantiene la atención por un tiempo continuo, se conoce a esta función con la denominación de concentración.
Sensopercepción	Bajo esta función es posible tener conocimiento acerca de la respuesta del evaluado frente a diversos estímulos, como lo que escucha, la temperatura corporal, la sensación de hambre, sueño, etc.
Inteligencia	Este proceso cognitivo permite que la persona evaluada responda preguntas, solucione problemas, sintetice y analice información, etc.
Voluntad	Se aprecia esta función psicológica cuando la persona evaluada es capaz de tomar decisiones, así como cuando sigue instrucciones básicas.
Afectividad	Es factible de ser apreciada cuando se presta atención al tono de voz de la persona como parte de su lenguaje no verbal, los gestos, etc.
Juicio	Esta función mental es observable cuando la persona evaluada es capaz de abstraer información de situaciones concretas, diferenciando las situaciones en función de un grupo de normas preestablecidas, brindando una opinión basada en su criterio propio, etc.

Al apreciar que se cuenta con un máximo de cuarenta y ocho horas para que los inculpados permanezcan en las carceletas de las comisarías, es factible realizar la valoración del estado mental, toda vez que como postulan los diversos procedimientos consultados, no se requiere de más de una sesión de evaluación.

## **9. CONTENIDO DEL INFORME PERICIAL DE LA VALORACIÓN DEL ESTADO MENTAL**

Acorde con el artículo 178 del Código Procesal Penal del año 2004 (Código Procesal Penal Peruano, 2020), el informe pericial debe ser preciso y contener los datos del perito (experto) que facilite el reconocimiento del autor del documento y sea factible convocarlo para su examen en juicio oral. En este sentido, al tratarse de procesos de flagrancia, si bien es cierto no se requiere de su presencia física durante el proceso judicial, será de vital importancia para el operador del derecho y así dar cumplimiento a la debida diligencia.

Por otro lado, el informe pericial deberá describir el proceso donde se solicita el consentimiento informado por parte del evaluado. En la descripción del motivo de evaluación deberá consignarse que se busca determinar el estado de salud mental del inculpadado, pues el informe pericial constituye un documento científico y por su carácter de replicabilidad, es indispensable que el perito describa la metodología empleada, esto incluye el método, la descripción del procedimiento seguido, las técnicas, los instrumentos, así como el marco teórico que justifica el empleo de la metodología. Luego será preciso que se describa cómo se integra y analiza la información, para terminar con las conclusiones, las cuales deberán dar cuenta directamente sobre el estado de salud mental del inculpadado. En el caso de que existan indicadores de un estado de salud mental no consciente o con sintomatología psicopatológica, el perito psicólogo forense deberá recomendar que se realicen otras evaluaciones

pertinentes; por ejemplo, si se presume la existencia de un trastorno mental de origen orgánico, como el deterioro cognitivo, se podrá recomendar la valoración neurológica o psiquiátrica, incluso un informe social que dé cuenta de los factores sociales involucrados en el desarrollo del trastorno mental (Rodríguez-Domínguez et al., 2015).

## 10. CONCLUSIONES

- Las Unidades de Flagrancia requieren de trabajo interinstitucional, así como multidisciplinario.
- Se debe cumplir con la debida diligencia en los diversos casos de delitos flagrantes.
- No todos los inculpados hallados en flagrancia presentan trastornos mentales que los incapaciten para valorar su realidad.
- La evaluación del estado de salud mental es de responsabilidad de profesionales especializados como los peritos psicólogos forenses.
- Al tratarse de delitos flagrantes, por la premura del tiempo y por las características de la exploración, las valoraciones del estado de salud mental y el informe respectivo deberán ser expedidos en el mismo día del requerimiento, ya que a diferencia de otros exámenes periciales no requiere de un amplio número de etapas.
- La estructura del informe pericial de valoración del estado mental deberá ceñirse al artículo 178 del Nuevo Código Procesal Penal.
- Las Unidades de Flagrancia del Poder Judicial deberán contar con la participación activa de diversos profesionales a fin de garantizar el debido proceso, así como otros derechos fundamentales.

## 11. RECOMENDACIONES

- Incluir como parte del Protocolo de Actuación Interinstitucional de la Unidad de Flagrancia, Flujograma del Poder Judicial, la adopción como buena y diligente práctica del requerimiento de la valoración del estado de la salud mental de los inculcados en todos los casos, tomando en cuenta que dichas unidades cuentan con varios psicólogos forenses que pueden contribuir en los procedimientos establecidos.
- Los operadores del derecho que forman parte de las Unidades de Flagrancia del Poder Judicial deben ser capacitados en conceptos básicos sobre las funciones psicológicas y su correcta valoración.
- Los psicólogos forenses que forman parte de las Unidades de Flagrancia del Poder Judicial, con el fin de realizar un trabajo multidisciplinario, deben adoptar una actitud diligente y cooperadora para la realización de evaluaciones del estado mental en los inculcados de delitos flagrantes.
- Es recomendable programar procedimientos como la investigación-acción, que inviten a los profesionales que forman parte de las Unidades de Flagrancia del Poder Judicial y a la academia para generar reflexiones sobre las labores diarias, con el fin de mejorar los procesos y así generar mejores prácticas.

## REFERENCIAS

- Arellano, L. A. y Rivera, M. E. (2021). Dilemas éticos en la práctica psicológica forense: revisión sistemática y análisis bibliométrico. *Psicumex*, 11(1), 1-29. <https://doi.org/10.36793/psicumex.v11i2.380>
- Blanes, S. (2021, junio). Capacidad penal e incumbencia profesional del psicólogo forense. *Revista Pensamiento Penal*, (402), 1-14.

- Chaverra, C. y Muñoz, N. M. (2021). *Métodos de evaluación para detectar simulación en el campo de la psicología forense* [Tesis de maestría]. Universidad CES.
- Código Procesal Penal Peruano (2020). Jurista Editores.
- Coronel, T. A. y Medina, V. E. (2022, julio-septiembre). Reflexiones sobre las medidas de seguridad aplicables a inimputables según el COIP. *RECIAMUC*, 6(3), 312-325.
- Echeburúa, E., Muñoz, J. M. y Loinaz, I. (2011). La evaluación psicológica forense frente a la evaluación clínica: propuestas y retos de futuro. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 11(1), 141-159. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33715423009>
- Guaña-Bravo, P. V. y Gende-Ruperti, C. G. (2022). La inimputabilidad de personas con síntomas de trastorno mental y la vulneración del principio de inocencia en contravenciones flagrantes. *593 Digital Publisher CEIT*, 7(1-1), 698-713. <https://doi.org/10.33386/593dp.2022.1-1.1030>
- Jiménez, F., Sánchez, G. y Ampudia, A. (2018). *Evaluación psicológica forense*. Manual Moderno.
- Jociles, M. I. (2018). La observación participante en el estudio etnográfico de las prácticas sociales. *Revista Colombiana de Antropología*, 54(1), 121-150. <https://doi.org/10.22380/2539472X.386>
- Lobo, A., Espinosa, A. y Guerrero, A. (2022). *Psicología forense en el proceso penal con tendencia acusatoria*. El Manual Moderno.
- López-Miquel, J. y Pujol-Robinat, A. (2020, octubre-diciembre). Análisis descriptivo de la simulación de síntomas psicológicos en una muestra forense. *Revista Española de Medicina Legal*, 46(4), 175-182.

- Morales, N. (2020, julio-septiembre). Los procesos cognitivos y sus implicaciones en el ámbito jurídico. *Visión Criminológica-Criminalística*, (31), 44-51.
- Moreno, L. C., Zarate, D. S. y Berdgo, J. M. (2019). *Psicología forense en delitos contra la vida y el patrimonio económico* [Tesis de bachillerato, Universidad La Gran Colombia]. <http://hdl.handle.net/11396/3253>
- Muñoz, E. (2020). Anamnesis de antecedentes familiares en prevención. *FMC. Formación Médica Continuada en Atención Primaria*, 27(3), 115-120. <https://doi.org/10.1016/j.fmc.2019.10.006>
- Organización Mundial de la Salud (2019). *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud*. <https://ais.paho.org/classifications/chapters/pdf/volumel.pdf>
- Perales, A., Mendoza, A. y Vásquez-Caicedo, G. (eds.). (1998). *Manual de Psiquiatría Humberto Rotondo* (2.<sup>a</sup> ed.). Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Roca, C. y Trespaderne, A. (2021). El delito leve de hurto en la ciudad de Barcelona. Perfil del delincuente y comparación en función del tipo de hurto. *Revista Logos Ciencia & Tecnología*, 13(2), 39-55. <https://doi.org/10.22335/rlct.v13i2.1412>
- Rodríguez-Domínguez, C., Jarne Espacia, A. y Carbonell, X. (2015, enero-abril). Informe pericial psicológico en tribunales de familia: análisis de su estructura, metodología y contenido. *Escritos de Psicología*, 8(1), 44-56.
- Sandoval, A. E. (2021). La importancia del examen mental dentro de la evaluación psicológica forense. *Revista Diálogo Forense*, 2(4), 40-44.

- Torres de Galvis, Y. (2018, mayo-agosto). Costos asociados con la salud mental [Editorial]. *Revista Ciencias de la Salud*, 16(2), 182-187.
- Vargas, N. M., Norza, E. H., Amaya, L. J., Cárdenas, L. M., Delgado, E. C., González, K. J., Henao, L. M., Medina, D. C., Pinzón, K. M. y Zamora, M. F. (2019). La evaluación psicológica en los campos de la psicología jurídica en Colombia: psicología forense. *Diversitas: Perspectivas en Psicología*, 15(2), 315-333. <https://doi.org/10.15332/22563067.5403>
- Vieira, R. J. S. (2018). *Mental State Exam Checklist: validação de um instrumento de avaliação do estado mental* [Tesis de maestría, Universidade Católica Portuguesa]. [https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/27540/1/Tese\\_Ricardo\\_Correia.pdf](https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/27540/1/Tese_Ricardo_Correia.pdf)
- Yanez, P. (2018). Estilos de pensamiento, enfoques epistemológicos y la generación del conocimiento científico. *Revista Espacios*, 39(51).



## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 99-135

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i18.650

# Vulneración de principios y garantías al imputado en las Unidades de Flagrancia

Violation of principles and defendant's  
guarantees in the Units against Flagrante Delicto



JOSÉ LEONIDES AGIP VÁSQUEZ  
Corte Superior de Justicia de Lambayeque  
(Lambayeque, Perú)

Contacto: jagip@pj.gob.pe  
<https://orcid.org/0000-0002-6783-2341>

### RESUMEN

El presente artículo tiene por finalidad describir la realidad sobre la aplicación del proceso inmediato y la posible vulneración de principios y garantías al imputado en los procesos resueltos en las Unidades de Flagrancia. Para ello el autor realiza un análisis a la normativa existente y la casuística sobre el proceso inmediato en flagrancia, a fin de determinar una posible vulneración de derechos al imputado y la consecuente necesidad de realizar una reforma en la norma procesal, que establezca el procedimiento de las Unidades de Flagrancia.

**Palabras clave:** principios procesales; garantías procesales; proceso inmediato; flagrancia; Unidad de Flagrancia.

**Términos de indización:** derecho a la justicia; procedimiento legal; derechos de los prisioneros (Fuente: Tesouro Unesco).

## **ABSTRACT**

The purpose of this article is to describe the reality on the application of immediate proceedings and the possible violation of principles and defendant's guarantees in the cases resolved in the Units against Flagrante Delicto. Accordingly, an analysis of the existing regulations and the casuistic on immediate proceedings in flagrante delicto will be carried out, which will evidence the violation of the defendant's rights, and will conclude on the need to reform the procedural rule establishing the procedures for the Units against Flagrante Delicto to follow.

**Key words:** procedural principles; procedural guarantees; immediate proceedings; flagrante delicto; Units against Flagrante Delicto.

**Indexing terms:** right to justice; legal procedure; rights of prisoners (Source: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 16/10/2022

**Revisado** 25/11/2022

**Aceptado:** 25/11/2022

**Publicado en línea:** 07/12/2022

**Financiamiento:** Autofinanciado.

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

### **Revisores del artículo:**

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

jpalominom@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

Sandro Alberto Núñez Paz (Universidad de Lima, Perú)

snunez@ulima.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde el 1 de julio de 2022 se ha implementado la Unidad de Flagrancia en El Porvenir, perteneciente a la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en mérito a la Resolución Administrativa n.º 118-2022-CE-PJ, de fecha 29 de marzo de 2022. Dicho sistema de actuación conjunta del Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú y la Defensoría Pública tiene como finalidad trabajar en la resolución de los procesos de delitos cometidos en flagrancia en el cauce del proceso inmediato, regulado por el artículo 446 del Código Procesal Penal:

1. El Fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato, bajo responsabilidad, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos:
  - a) El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259;
  - b) El imputado ha confesado la comisión del delito, en los términos del artículo 160; o
  - c) Los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes.

Es un sistema innovador, inspirado en las Unidades de Flagrancia de Costa Rica, con el que se busca la celeridad en los casos. A cuatro días de su implementación, el 4 de julio de 2022 se dio a conocer la emisión de la primera sentencia por la comisión del delito de hurto agravado, ello ocurrió después de sesenta y dos horas de realizada la detención del imputado (Corte Superior de Justicia de La Libertad, 2022). Ante la búsqueda de celeridad, es necesario detenerse a analizar con cuidado la posible vulneración de principios y garantías que le asiste a toda persona, por lo que resulta necesario formularse las siguientes interrogantes: ¿existe vulneración de derechos fundamentales en los procesos resueltos en una Unidad de Flagrancia?, considérese para dichos supuestos

desde la detención policial; ¿el Ministerio Público participa durante todo el proceso cumpliendo su papel de representante de la legalidad y titular de la acción penal?; ¿en qué medida se hacen efectivos los derechos de un detenido establecidos en el artículo 71, inciso 2, del CPP? Por último, y no menos importante, ¿es necesaria una reforma legal para el buen funcionamiento de las Unidades de Flagrancia en el Perú o solamente el protocolo existente?

Todas estas interrogantes buscan ser resueltas en las siguientes páginas, con sustento legal y jurisprudencial, por medio de una crítica constructiva.

## **2. LAS UNIDADES DE FLAGRANCIA EN EL PERÚ**

El proceso inmediato en el Perú nació como una excepción al proceso común con el Código Procesal Penal del 2004, su finalidad es suprimir las etapas de investigación preparatoria e intermedia, lo cual permite transitar de las diligencias preliminares (subetapa de investigación preparatoria) a la etapa de juzgamiento. Su aplicación se diseñó para delitos con penas leves, que por su naturaleza no requerían mayor investigación de los hechos.

Ello constituyó una salida al saturado Poder Judicial, como lo explican destacados juristas, y es que algunos casos no ameritan transcurrir por todas las etapas del proceso común, pues las pruebas ofrecidas son suficientes para emitir un fallo.

Dos conceptos importan hasta acá: acercarnos a la definición de proceso inmediato y el supuesto de detención en flagrancia.

### **2.1. Proceso inmediato**

Refiriéndose al supuesto de aplicación del proceso inmediato, José Antonio Neyra Flores manifiesta que para poder incoar un proceso inmediato es necesario desvirtuar la presunción de inocencia con

una actividad probatoria que sea suficiente y lícita. Puede aplicarse el Acuerdo Plenario n.º 02-2005/CIJ-116 para darle un alto valor a la declaración de la parte agraviada, además se tiene que cumplir con los tres requisitos: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación, los que generen certeza de la imputación (LP Pasión por el Derecho, 2017).

El proceso inmediato se encuentra regulado en el artículo 446 del Código Procesal Penal, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1194, vigente desde el 30 de noviembre de 2015, en el que se establecen los supuestos para su aplicación:

Artículo 446.- Supuestos de aplicación

- 1. El Fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato, bajo responsabilidad, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos:**
  - a) **El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259** [énfasis añadido];
  - b) El imputado ha confesado la comisión del delito, en los términos del artículo 160; o
  - c) Los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes.
2. Quedan exceptuados los casos en los que, por su complejidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 342, sean necesarios ulteriores actos de investigación.
3. Si se trata de una causa seguida contra varios imputados, solo es posible el proceso inmediato si todos ellos se encuentran en una de las situaciones previstas en el numeral anterior y estén implicados en el mismo delito. Los delitos conexos en los que estén involucrados otros imputados no se acumulan, salvo que ello perjudique al debido esclarecimiento de los hechos o la acumulación resulte indispensable.

4. Independientemente de lo señalado en los numerales anteriores, el Fiscal también deberá solicitar la incoación del proceso inmediato para los delitos de omisión de asistencia familiar y los de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 447 del presente Código.

Lo que interesa es el primer supuesto de aplicación del proceso inmediato, la flagrancia, que se encuentra íntimamente ligada a la detención policial regulada en los artículos 259, 261, 264 y 266 del mismo cuerpo legal. Dichos artículos, desde su dación, han sido objeto de muchas modificaciones, claro está que debido a la realidad y generalmente a las políticas de los gobiernos que han ido observando el problema de la excesiva carga en los despachos de los juzgados penales. El planteamiento era llamativo, pero habían pasado muchos años sin que se aplique, hasta que el 15 de julio de 2015, con la Resolución n.º 231-2015-CE-PJ, que contenía un plan piloto de implementación de órganos jurisdiccionales de flagrancia delictiva en el Distrito Judicial de Tumbes; y la Resolución Administrativa n.º 315-2015-CE-PJ, del 16 de octubre de 2015, se convirtió en el primer intento de usar al proceso inmediato para descongestionar al Poder Judicial.

Para definir al proceso inmediato, debemos mencionar el Acuerdo Plenario n.º 6-2010/CIJ-116, del 16 noviembre de 2010, cuyo fundamento 7 establece:

El proceso inmediato es un proceso penal especial y además una forma de simplificación procesal que se fundamenta en la facultad del Estado de organizar la respuesta del sistema con criterios de racionalidad y eficacia sobre todo en aquellos casos en los que, por sus propias características, son innecesarios mayores actos de investigación. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2010)

De la misma manera, en el Acuerdo Plenario n.º 2-2016/CIJ-116 el proceso inmediato tiene su sustento en la noción de «simplificación procesal», lo que permite que se resuelva en el menor tiempo posible, logrando una justicia célere, ello porque implica suprimir algunas etapas del proceso común (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016, f. j. 7).

Neyra Flores (Aula Virtual del Poder Judicial, 2022a), sobre el intento de aplicación del proceso inmediato en el Distrito Judicial de Tumbes, haciendo una crítica constructiva manifestó que resultó un fracaso, ello porque no se aplicaba como debería, se intentaba reformar sin un plan; más aún, el artículo 446 del CPP establecía la aplicación de manera facultativa, lo cual tampoco ayudaba<sup>1</sup>.

Será en el año 2016, con la dación del Decreto Legislativo n.º 1194<sup>2</sup>, vigente desde el 29 de noviembre del mismo año, que el proceso inmediato comienza a tener mayor importancia, al establecerse supuestos de aplicación, entre los que se encuentran los delitos cometidos en flagrancia.

Resulta necesario referirse al término «flagrancia», tratado desde la doctrina y la jurisprudencia. Así, en la Constitución Política, por la Ley n.º 30558, se modifica, en el 2017, el artículo 2, inciso 24, literal f:

- 
- 1 Conferencia magistral pronunciada en el Congreso Internacional de Flagrancia: La criminalidad como flagelo, las unidades de flagrancia como respuesta efectiva, realizado los días 30 de junio, 1 y 2 de julio de 2022, en la ciudad de Trujillo.
  - 2 Publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 30 de agosto de 2015 y vigente desde el 29 de noviembre del mismo año. Dicha norma fue modificada por el Decreto Legislativo n.º 1307, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 30 de diciembre de 2016 y vigente desde el 29 de marzo de 2017. Se expidió en concordancia con la Ley n.º 30336, del 1 de julio de 2015, en el marco de la lucha contra el crimen organizado.

Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por organizaciones criminales. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

De acuerdo con la Ley n.º 27934<sup>3</sup>, artículo 4:

A los efectos de la presente Ley se considera que existe flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo.

Mediante la Ley n.º 29372 se modificó el artículo 259 del Código Procesal Penal y se estableció lo siguiente:

Existe flagrancia cuando la realización de un hecho punible es actual y en esa circunstancia, el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo.

---

3 Mediante delegación de facultades (22 de abril de 2007), Ley n.º 29009, se expidieron los decretos 983 y 989 (fortaleciendo la lucha contra el crimen organizado), y se modificó la Ley n.º 27934 y el artículo 259 del CPP.

Esta definición ha sido muy aceptada, incluso algunos autores sostienen que debería volverse a ella, ya que en dicha regulación el plazo para la detención en flagrancia es de veinticuatro horas y no puede extenderse como en la regulación actual:

Deberá volverse a la definición anterior de flagrancia (2009) sin permitir la extensión de veinticuatro horas ya que no responde a los criterios dados por el Tribunal Constitucional sobre inmediatez personal y temporal que motivó su declaratoria de inconstitucional. (Araya, 2016a, p. 11)

## 2.2. Flagrancia

Para conceptualizar el término flagrancia y referirnos a su aplicación actual, es necesario situarse en la Edad Media, en la Carta Magna de Juan Sin Tierra de 1215, que recoge las garantías de un debido proceso, y establece en su cláusula n.º (39) lo siguiente:

Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino. (Machicado, 2008, p. 4)

El término «flagrancia» tiene su etimología en «flagrar» (*flagrans*, *flagrantis* o *flaglare*), que significa lo «que actualmente está siendo ejecutado» (Cabanellas, 2008). De la misma manera, el Tribunal Constitucional (2014) señala:

que la flagrancia en la comisión de un delito presenta la concurrencia de dos requisitos insustituibles: **a)** la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; y **b)** la inmediatez personal, es decir, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos

en el momento de la comisión del delito, ofreciendo una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo. (fundamento 3.3.3)

Debemos manifestar que el artículo 259 del Código Procesal Penal prescribe tres tipos de flagrancia: flagrancia estricta, cuando el delincuente es sorprendido cometiendo el hecho delictivo; cuasiflagrancia, cuando el delincuente acaba de cometer el hecho y es detenido; y la flagrancia presunta viene a ser cuando el delincuente ya cometió el hecho y huyó con rumbo desconocido, es buscado y se le encuentra, sin embargo, es necesario investigar si es él, por lo que solo se presume que fue quien cometió el hecho.

### 2.3. Unidad de Flagrancia

Imitando a las Unidades de Flagrancia implementadas en Costa Rica, Ecuador, Colombia, Chile, etc., desde el 1 de julio de 2022 entró en funcionamiento la primera Unidad de Flagrancia en el Perú, en el distrito de El Porvenir, provincia de Trujillo, departamento de La Libertad, el denominado Centro Integrado del Sistema de Administración de Justicia (CISAJ)<sup>4</sup>. Este modelo será replicado en la Unidad de Flagrancia en la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que se ubicará en el distrito de Villa El Salvador a partir del 15 de noviembre del presente año<sup>5</sup>.

Este modelo comenzó en el 2008, en Costa Rica, al inicio se trabajó con la norma existente, es decir, el Código Procesal Penal de 1996 y se trató solamente de adecuarlo. Sin embargo, era necesario modificar la norma procesal para que dicho modelo sea más

4 La implementación de la Unidad de Flagrancia en El Porvenir, perteneciente a la Corte Superior de Justicia de La Libertad, se realizó en mérito a la Resolución Administrativa n.º 118-2022-CE-PJ, del 29 de marzo de 2022.

5 La implementación de la Unidad de Flagrancia de Villa El Salvador, perteneciente a la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, se realizó conforme ordena la Resolución Administrativa n.º 000322-2022-CE-PJ, del 23 de agosto de 2022.

óptimo; así, en abril del año siguiente ello se logró con la publicación en *La Gaceta* n.º 77 de la Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, Ley n.º 8720, que reforma el dispositivo legal y proyecta como duración del proceso quince días. Varios entendidos en la materia concuerdan en que no se debe imitar del todo dicho modelo, sino crear uno de acuerdo con nuestra realidad, ya que somos países con culturas variadas.

Ante la implementación de este sistema en el Perú, nos formulamos la interrogante que muchos han manifestado, ante la posible infracción de derechos de los imputados sometidos a este sistema: ¿es necesaria una reforma legal para el buen funcionamiento de las Unidades de Flagrancia en el Perú o solamente el protocolo existente?

Conforme describe el Protocolo de Actuación Interinstitucional de la Unidad de Flagrancia, se define a esta como

Sede Judicial especializada del sistema de justicia penal integrada por el Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Defensa Pública) y la Policía Nacional del Perú, encargados del conocimiento de los casos de delitos flagrantes tramitados como procesos especiales inmediatos. (p. 1)

Los resultados obtenidos en Costa Rica<sup>6</sup> son los siguientes: compromiso institucional, resolución pronta de casos, celeridad procesal, oralidad, tecnología, manejo de evidencia, reducción de tiempos de espera de la policía y las partes, juzgamiento en tiempo razonable con garantías mínimas, justicia pronta y cumplida y tutela judicial efectiva. Será el tiempo el que demuestre la eficacia de las Unidades

---

6 Alfredo Araya Vega participó en el Congreso Internacional de Flagrancia: La Criminalidad como Flagelo, las Unidades de Flagrancia como Respuesta Efectiva, con la ponencia «El proceso expedito para delitos en flagrancia de Costa Rica. Similitudes y diferencias del proceso inmediato del Perú» (Aula Virtual del Poder Judicial, 2022b).

de Flagrancia, por el momento se cree que es muy apresurado sacar conclusiones menos estudiar la posibilidad de implementarlas también para delitos comunes.

### **3. VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS Y GARANTÍAS AL IMPUTADO EN LOS PROCESOS RESUELTOS EN LAS UNIDADES DE FLAGRANCIA**

Lo que motiva a estudiar las Unidades de Flagrancia es que no solamente son un sistema innovador que permite el desarrollo del proceso de manera célere, sino también porque se busca realizar un análisis crítico a fin de identificar la probable vulneración de principios, garantías y derechos del imputado en el proceso por flagrancia. Para comenzar, referiremos que cuando una persona es sometida a un proceso en calidad de imputado, desde ya se enfrenta a una maquinaria poderosa llamada Estado. La desigualdad es evidente, pues el Estado se presenta como aparato represor y el imputado siempre como indefenso, así se da cuenta de la magnitud del problema (Villavicencio, 2016, p. 88). Pero si hay algo que otorga tranquilidad ante este escenario, es el límite diseñado para frenar al poder estatal cuando promulgue o aplique una determinada norma, a fin de mantenerse dentro de dicho marco formado por ciertos principios y garantías (Bustos, 2004, p. 546).

Este límite al que se hace referencia en el párrafo anterior se materializa mediante los llamados principios garantistas, que en el presente estudio, siguiendo a Villavicencio Terreros (2016), se clasificarán en principios de índole sustantivo, principio de legalidad, principio de prohibición de analogía, principio de irretroactividad, principio de necesidad o mínima intervención, principio de subsidiariedad, principio de fragmentariedad, principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos, principio de racionalidad y humanidad de las penas, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad, principio de primado del derecho de los derechos

humanos, del derecho internacional humanitario y los principios constitucionales y subordinación de la ley penal sustantiva, principio de respeto y protección a la diversidad cultural, principio de protección de la víctima, principio de implementabilidad de la ley penal, principio de representación popular, principio de respuesta no contingente y el principio de idoneidad (pp. 89-129). Respecto a las garantías, encontramos al debido proceso, la tutela procesal efectiva, la defensa procesal y la presunción de inocencia (San Martín, 2020, p. 125).

A fin de no dejar dudas, debido a la poca claridad que se le ha dado a los principios, confundiéndonlos con los derechos constitucionales y las garantías procesales, debemos mencionar que estos no son normas; por el contrario, necesitan de estas para complementarse, son pautas que establecen aquello que debe ser. Alexy los denomina mandatos de optimización, pues obligan a hacer aquello que es necesario a fin de que se llegue al estado ideal de las cosas en la mayor medida posible, para su aceptación y para que se eliminen los conflictos que generen. Con el objetivo de que estos sean conforme a derecho, es necesaria la ponderación (Moreso y Vilajosana, 2008); claro está que los principios enumerados son de naturaleza sustantiva, puesto que su aplicación se realiza cuando el legislador intenta criminalizar la conducta y cuando el juez aplica la norma al caso concreto. Consideremos los principios pertinentes al imputado que podrían aplicarse y vulnerarse en el proceso inmediato al delito cometido en flagrancia.

### **3.1. Principio de legalidad**

Este principio tiene su punto de partida en el aforismo latino «*nullum crimen nulla poena sine lege*», que exige al Estado la existencia de una norma en la que el hecho imputado se subsuma, a fin de ser procesado y condenado el imputado. Ello no queda allí, sino que surgen las garantías procesales para protegerlos en el tiempo que

dure el proceso, en concordancia con el artículo 2, numeral 24, de la Constitución<sup>7</sup>, y el artículo II del Código Penal<sup>8</sup>.

En el caso de los delitos por flagrancia la normativa es inexistente, por lo que es correcto afirmar que existe una vulneración a este principio.

### **3.2. Principio de racionalidad y humanidad de las penas**

Este principio establece que el juez, al emitir su fallo, debe «buscar una pena humanitaria en el sentido que se ejecute sin crueldad ni sufrimientos innecesarios para el penado, tomando en cuenta los lineamientos del Derecho de los derechos humanos» (Fernández, 1989, pp. 42-43). Ello implica también el trato como tal en la etapa de ejecución de la pena. Es la dignidad humana el fin último que se pretende salvaguardar mediante este principio.

### **3.3. Principio de proporcionalidad<sup>9</sup>**

Este principio busca equilibrar el poder del Estado, la sociedad y el imputado, es decir, no tendría sentido aplicar una pena grave para un delito menor:

la referencia de gravedad del delito cometido, en la formulación del principio de proporcionalidad, solo puede tener sentido de

---

7 Constitución Política del Perú de 1993, artículo 2, numeral 24, inciso d: «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley».

8 Código Penal, artículo II: «Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella».

9 Código Penal, artículo VIII: «La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes».

que se trate de un síntoma más a tener en cuenta para enjuiciar la peligrosidad del delincuente; un síntoma que puede ser confirmado o desvirtuado por otros. (Cerezo Mir, 2006, p. 856)

Debe tenerse en cuenta al momento de aplicar la norma al delito específico la «ley de la ponderación», que establece: «Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro» (Carbonell, 2008, p. 16).

### **3.4. Principio de primado del derecho de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y los principios constitucionales y subordinación de la ley penal sustantiva**

Este principio obliga al juzgador a que al momento de aplicar la norma debe tener en cuenta lo dispuesto por los tratados internacionales suscritos.

Ha existido una confusión para referirse a las garantías y los derechos fundamentales, «ambos términos son equivalentes» y tienen como finalidad la «a) imparcial aplicación del derecho, por lo que pretende evitar la obtención de la verdad a cualquier precio; y b) evitar situaciones de indefensión y violación de derechos fundamentales materiales» (San Martín, 2020, p. 125). Son de carácter procesal y ejecución y por lo tanto aplicables a los casos resueltos bajo el modelo de las Unidades de Flagrancia.

### **3.5. Garantía del debido proceso**

Es un derecho complejo que busca proteger a la persona acusada de un delito en lo que dure el proceso y aún en la etapa de ejecución para que no vea menoscabados sus derechos; se encuentra reconocido por tratados internacionales<sup>10</sup>. De acuerdo con

---

10 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 10: «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia

Villavicencio (2016) se hallan dentro de la garantía el derecho a ser juzgado por tribunales competentes independientes e imparciales, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, el derecho a ser informado de sus derechos

---

por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal».

Convención Americana de Derechos Humanos

«Artículo 8.- Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
  - a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
  - b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
  - c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
  - d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
  - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
  - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
  - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
  - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia».

y los motivos de la detención y a ser informado sin demora de la acusación y el derecho al *habeas corpus* (pp. 122-127). Es una garantía contra el ejercicio abusivo del poder público que incorpora un conjunto de presupuestos que definen y ordenan la actividad jurisdiccional, esto es, incorpora seis principios: juez legal, juez imparcial, plazo razonable o interdicción de las dilaciones indebidas, el *ne bis in idem* procesal, el doble grado de jurisdicción y la legalidad procesal penal (San Martín, 2020, p. 128).

### 3.5.1. Plazo razonable

Esta garantía se sustenta en la importancia de que el proceso judicial se enmarque en el tiempo establecido como plazo por el legislador para la realización de cierto acto necesario para la averiguación de los hechos materia de imputación. La impartición de justicia, por un lado, no debe sufrir tardanzas injustificadas y jurídicamente indisculpables, tampoco puede impartirse con una rapidez irrazonable<sup>11</sup>, ello conforme a la STEDH Caso Makhif Abdemmazack, del 19 de octubre de 2004 (San Martín, 2020, p. 137).

En el presente, las Unidades de Flagrancia podrían generar indefensión en el imputado a fin de establecer un proceso cortísimo de diez días para ser resuelto un caso, lo cual resulta ilógico conociendo la realidad.

### 3.6. Garantía de tutela procesal efectiva

La Constitución establece en su artículo 139, inciso 3, el derecho a la tutela jurisdiccional, dicho concepto es expresado de manera general. Para el presente artículo importa su aplicación en el proceso,

---

11 «**Quinto.** [...] Es de recordar que existe, asimismo, y conforme a la garantía del debido proceso, un derecho a un juicio sin prisas excesivas (STEDH Makhif Abdmmazack, de diecinueve de octubre del dos mis cuatro). El aceleramiento procesal no puede plasmarse en perjuicio de las garantías de tutela jurisdiccional y de defensa procesal» (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019a).

lo que implica el derecho al proceso, derecho a una resolución fundada en derecho, derecho de acceso a los recursos legalmente previstos, derecho a la firmeza, invariabilidad y a la cosa juzgada y el derecho a la ejecución de lo decidido (Ormazabal, 2002).

### 3.6.1. Derecho al proceso

El juez ocupa un papel muy importante aquí, conforme a ley tiene el deber de dirigir y encausar el proceso; de él depende que se dilate o entorpezca el proceso o se resuelva con una rapidez no fundamentada.

El artículo 139, inciso 10, a la letra establece: «El principio de no ser penado sin proceso judicial» es que la normativa ha resultado necesaria teniendo en cuenta múltiples casos de violación de derechos, y que está en juego un preciado derecho, la libertad. A nivel Latinoamérica, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 7 prescribe:

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

De la misma manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala:

#### Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.
4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.
5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Haciendo una crítica, el imputado tiene derecho a ser juzgado cuando sea necesario investigar u obtener medios probatorios; el juez debe calificar como un supuesto de ser el proceso en la vía ordinaria.

#### 3.6.2. Derecho a una sentencia fundada en derecho

La sentencia que da fin al proceso, favorable o no, a la víctima, en todos los casos debe encontrarse debidamente motivada. También

debe tener sustento en las pruebas ofrecidas y actuadas y conforme al derecho aplicable al caso concreto.

### **3.7. Garantía de la presunción de inocencia**

Es la garantía que debe primar durante todo el proceso. El Código Procesal Penal la regula en su artículo II del Título preliminar, que expresa:

1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

Se dice que se manifiesta de tres formas: como principio informador del proceso penal, como regla de tratamiento del imputado y como regla en el ámbito de la prueba (San Martín, 2020, pp. 154-155).

### **3.8. Garantía de defensa procesal**

Como se indicó en los apartados precedentes, el inicio de un proceso penal implica la activación del aparato estatal con la finalidad de investigar el delito e imponer una sanción. Este camino escalonado está normado a fin de que en cada etapa no se vulneren los derechos del imputado, los cuales se resumen en el respeto a la dignidad humana. La Constitución Política establece en el artículo 139, inciso 14:

El principio de no ser privado del derecho a la defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho

a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

Este principio también es reconocido por tratados internacionales. Esta garantía permite al imputado ejercer su derecho de contradicción, que debe efectivizarse respetando el derecho a la igualdad.

Los derechos específicos que se encuentran en esta garantía son el derecho a la defensa técnica y a la autodefensa, el derecho a probar y controlar la prueba, y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (San Martín, 2020, pp. 158-174).

### **3.8.1. Derecho a la defensa técnica y a la autodefensa**

Este derecho implica elegir a su abogado para ser patrocinado en el proceso, a fin de que prepare su defensa. De no contar con los recursos económicos el Estado, para no generar desprotección del imputado, de oficio se le asigna un abogado defensor. El Tribunal Constitucional (2016) precisa:

en los casos en que el Estado tenga la obligación de asignar un defensor de oficio, el respeto de esta posición ius fundamental queda garantizada siempre que se le posibilite contar con los medios y el tiempo necesario para que ejerza adecuadamente la defensa técnica. Se salvaguarda, así, que la presencia del defensor técnico y su actuación en el proceso, no sean actos meramente formales, sino capaces de ofrecer un patrocinio legal adecuado y efectivo. (fundamento 7)

### **3.8.2. Derecho a probar y controlar la prueba**

Aquí el imputado, al ejercer su propia defensa o a través de su abogado defensor, reúne los medios probatorios necesarios, para lo cual se le debe permitir el tiempo razonable, a fin de desvirtuar las imputaciones en su contra.

El juzgador en casos de flagrancia debe aplicar sacramentalmente el derecho a la legítima defensa. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, al respecto, señala en el artículo 8, inciso f: «derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos».

En concordancia con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, inciso 3, literal b: «A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección».

La Corte Suprema ha precisado en la Casación n.º 692-2016 Lima Norte, expedida con fecha 4 de mayo de 2017, en su fundamento 5:

La flagrancia, por su propia razón de ser, requiere una acreditación de los hechos por prueba directa a partir de informaciones categóricas, procedentes del agraviado, de testigos presenciales o de filmaciones indubitables, que demuestren, sin necesidad de inferencias complejas, que el detenido fue quien intervino en la comisión del delito. En el presente caso, frente a los vacíos probatorios resaltados, no puede concluirse, todavía, que el imputado era quien conducía el vehículo utilizado para el robo en agravio de Matos Valera: no se daba una situación de flagrancia delictiva. La captura del vehículo, al coincidir su placa de rodaje con la apuntada por la agraviada, sin la posesión del objeto del delito y sin el reconocimiento de esta, no satisface el rigor conceptual del delito flagrante. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2017a)

De la misma manera, en la Casación n.º 553-2018-Lambayeque, en su fundamento 7, tercer párrafo, señala:

existirá flagrancia siempre que se cumplan dos notas sustantivas y dos notas adjetivas. En el primer caso, se requiere (*i*) inmediatez temporal —la acción delictiva se está desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento de su percepción o intervención—

e (ii) inmediatez corporal —el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito que proclamen su directa intervención en el mismo—. En el segundo caso, se necesita de (iii) percepción directa y efectiva del hecho por el efectivo policial —visto directamente o percibido de otro modo por material fotográfico o fílmico—, y de (iv) necesidad urgente de la intervención policial (Sentencia del Tribunal Supremo Español 472/1997, de catorce de abril). Es imperativo, entonces, que para la legalidad constitucional de la diligencia de allanamiento y registro se advierta la presencia del delincuente en el mismo teatro de los hechos cometiendo un delito o huyendo inmediatamente tras su comisión —formará parte del teatro de los hechos el domicilio allanado y registrado—, sin que a ello obste que se logre arrestarlo o que consiga fugar. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019b)

Es innegable no referirse al derecho que por siglos el hombre ha luchado para que se haga efectivo: la libertad<sup>12</sup>. Señala Araya Vega (2016b) al respecto que «se identifica a la libertad personal como un derecho relativo» (p. 121). El autor realiza dicha definición en concordancia con lo establecido en la Constitución y por lo precisado por el Tribunal Constitucional (2018) de la siguiente manera:

26. Como todo derecho fundamental, la libertad individual y sus derechos contenidos no son ilimitados, pues se encuentran sujetos a la posibilidad de limitaciones, restricciones o intervenciones constitucionalmente admitidos en función a la necesidad

---

12 El concepto, para Aristóteles, en su obra *Política*, parte de considerar al hombre como un animal político y por lo tanto este concepto implica la libertad de decidir; de la misma manera, Tomás Moro, con su *Utopía* no demuestra «el poder listo para obrar», es decir, la inexistencia de coacción alguna para ejercer la libertad; y John Locke, que refiere que la libertad es el valor supremo que está por encima de otro derecho. No se pueden sacrificar libertades para otorgarle mayor poder al Estado, ya que este debe estar siempre limitado. Ello se desprende de la propia teoría de Montesquieu sobre la división de poderes.

de tutelar otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes en el Estado Constitucional, como los son otros derechos, principios y valores constitucionales.

En el primer párrafo del artículo 138 de la Constitución Política se lee: «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes».

Antes del Decreto Legislativo n.º 1194 se definía el proceso inmediato de la siguiente manera: «El **fiscal podrá** pedir la vía de proceso inmediato, cuando: a) El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito». Con la dación de dicho decreto se define de este modo: «El **fiscal debe** solicitar la incoación del proceso inmediato, bajo responsabilidad, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos: a) El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259».

En ese mismo entender, resulta necesario recordar lo que precisa el artículo 331 del Código Procesal Penal:

1. **Tan pronto la Policía tenga conocimiento de la comisión de un delito, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público** [énfasis añadido] por la vía más rápida y también por escrito, indicando los elementos esenciales del hecho y demás elementos inicialmente recogidos, así como la actividad cumplida, sin perjuicio de dar cuenta de toda la documentación que pudiera existir.
2. Aun después de comunicada la noticia del delito, la Policía continuará las investigaciones que haya iniciado y después de la intervención del Fiscal practicará las demás investigaciones que les sean delegadas con arreglo al artículo 68.

El artículo 332 del mismo cuerpo adjetivo, refiriéndose al informe policial que remitirán a la Fiscalía, en su inciso 2, señala: «2. El Informe Policial contendrá los antecedentes que motivaron

su intervención, la relación de las diligencias efectuadas y el análisis de los hechos investigados, **absteniéndose de calificarlos jurídicamente y de imputar responsabilidades** [énfasis añadido]».

La presencia del fiscal, como representante de la legalidad, es necesaria, casi obligatoria, ya que de lo contrario la policía estaría atribuyéndose funciones que no le competen o en el peor de los casos cometiendo hechos arbitrarios. Ello ha quedado establecido en la jurisprudencia reiterada, por ejemplo, en la Casación n.º 158-2016-Huaura, que a la letra establece:

**Vigésimo octavo.-** Como se ha indicado en los considerandos anteriores, las diligencias a nivel preliminar carecen de valor probatorio para efectos de condenar a un imputado, cuando no se realizan con las garantías constitucionales de las que goza el procesado, que solo pueden ser confirmadas con la presencia del Fiscal, lo que en caso no sucedió. (Corte Suprema de la República, 2017b)

De ninguna manera se le debe otorgar a la Policía Nacional del Perú nuevamente la función de calificar los hechos como delitos, para considerarlos flagrantes y no flagrantes, ya que justamente el Código Procesal Penal del año 2004 limita esa función. ¿Acaso se busca retroceder a los tiempos del atestado policial y el parte policial, que lo único que trajeron fue el surgimiento de actos de corrupción en las comisarías?

De lo expuesto se advierten supuestos posibles de infracciones normativas:

supuestos en los que el personal de la Policía Nacional del Perú determina y califica ciertos hechos como flagrancia, cuando en realidad dichos hechos no calzan y/o se adecuan a ninguno de los supuestos de flagrancia delictiva; no obstante, en la práctica el Ministerio Público olvida ser el titular de la acción penal, ser el director de la investigación y avala ciertas arbitrariedades de la PNP. (Flores, 2020, «Proceso inmediato», párr. 6)

En todos los casos ocurridos en flagrancia ¿participa el Ministerio Público como representante de la legalidad? Y, posteriormente, ¿ejerce su función de titular de la acción penal? Y ¿en qué medida se hacen efectivos los derechos de un detenido establecidos en el artículo 71, inciso 2, del CPP? De no ser así, se verían afectados el principio de legalidad y proporcionalidad, además de las garantías procesales descritas líneas arriba.

#### **4. ACUERDO PLENARIO N.º 002-2016/CIJ-116**

Está claro que el punto de partida para la elaboración de un proceso simplificado es en razón a su simplicidad, que permite resolver sin reunir mucha carga probatoria. Dicho acuerdo plenario señala los presupuestos en los cuales se puede resumir el proceso de flagrancia «simplificación procesal» y «evidencia delictiva» o «prueba evidente».

Difiriendo de lo expuesto, hay casos que debido a sus características corresponde que sean juzgados con las reglas del proceso común, a pesar de que desde un inicio se cuenta con elementos suficientes para poder emitir un pronunciamiento. Al respecto sucedió el caso de secuestro y violación de una menor de edad en la ciudad de Chiclayo, a inicios del presente año. Conforme lo indicó el Dr. Juan Riquelme Guillermo Piscocoya, el imputado había confesado su delito y se contaba con pruebas suficientes para que sea resuelto como proceso inmediato; sin embargo, por ser un proceso común se tenía que seguir sacramentalmente las reglas del proceso ordinario.

Por el contrario, Peña Cabrera manifiesta que «la formalización de la investigación preparatoria, que se prescinde acá, es una decisión crucial por parte de la Fiscalía, que a partir de allí se pueden interponer ciertos mecanismos de defensa técnica». Destaca la importancia de la etapa intermedia, ya que es una función sui géneris, que el juez de juicio no puede realizar. Precisa que los procesos inmediatos son prueba de populismo:

el hecho de ir a una celeridad y eficacia procesal nunca debe ir en merma al contenido esencial de los derechos fundamentales, se debe tratar de balancear los derechos, por un lado la libertad de quien se le atribuye el delito y por otro la sociedad que está interesada en que el caso se resuelva con prontitud. (LP Pasión por el Derecho, 2019)

El imputado no tendría el tiempo suficiente para designar a su abogado privado, pues no desea que se le designe un defensor de oficio; por lo tanto, se le estaría vulnerando su derecho a la defensa, que como garantía procesal y límite al *ius puniendi* busca la doble finalidad: «a) Imparcial aplicación del derecho, por lo que pretende evitar la obtención de la verdad a cualquier precio; y b) evitar situaciones de indefensión y violación de derechos fundamentales materiales» (San Martín, 2020, p. 125).

## **5. DERECHOS EN JUEGO DESDE LA INTERVENCIÓN POR DELITO FLAGRANTE Y DURANTE EL DESARROLLO DEL PROCESO**

Libertad personal, las comunicaciones, la intimidad, el derecho de defensa, el debido proceso, la posibilidad de no declarar contra sí mismo, la inviolabilidad de domicilio (trae aparejado el ejercicio de la propiedad y el derecho a la intimidad) y la propiedad privada. La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece:

### **Artículo 9**

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

### **Artículo 10**

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Al respecto se dice que «las constituciones reconocen a la libertad como el segundo bien jurídico más importante para los seres humanos» (Araya, 2016b, p. 151).

Desde la intervención policial, es necesario que se actúe con mucha cautela salvaguardando los derechos de las personas intervenidas y realizando la lectura de la cartilla de derechos. En ese sentido, el Decreto Legislativo n.º 1186, que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú, establece en su artículo 4, literal a, la importancia de respetar los derechos constitucionales durante el uso de la fuerza, para lo cual deben valorarse los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Respecto al primero indica:

- a) Legalidad. El uso de la fuerza debe orientarse al logro de un objetivo legal. Los medios y métodos utilizados en cumplimiento del deber deben estar amparados en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución Política del Perú, y demás normas nacionales sobre la materia.

La misma norma en su artículo 8 señala las circunstancias en las cuales la Policía podría utilizar la fuerza, y establece en su numeral 2, literal a, lo siguiente: «Detener en flagrante delito o por mandato judicial conforme a ley», en concordancia con el artículo 10 de su reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 012-2016-IN.

Además de hacer visibles las deficiencias con el fin de mejorarlas, resulta necesario que se vele por un debido proceso, ya que tal vulneración ocasionaría que los procesados bajo dicho sistema acudan vía garantías constitucionales en busca del cese de actos que afecten su libertad y los derechos constitucionales conexos.

En cuanto al derecho de defensa respecta, es también un elemento primordial en el desarrollo del proceso. Por lo tanto, el derecho a ser asistido por un abogado privado o público debe ser,

en ambos casos, real y no simbólico; de ello depende que el proceso inmediato regulado por el Decreto Legislativo n.º 1194 se aplique correctamente, es decir, conforme al principio de legalidad, lesividad y proporcionalidad.

## **6. CASOS RESUELTOS CON PROCESO INMEDIATO**

### **6.1. Caso Chu Cerrato**

Conforme lo analiza el Tribunal Constitucional, en el presente caso existió desproporción al momento de tipificar el delito de violencia y resistencia a la autoridad, e imponerle una pena que en realidad no se merecía, ya que en el video de la intervención se puede observar que dicha persona topa al efectivo policial con el dedo índice y por ello se le sentencia a cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad. Cuando el juzgador realiza la lectura de la sentencia, consultado si se encuentra de acuerdo con dicha pena, indicó que sí, pero que consideraba que la pena era excesiva, pues él no es un delincuente (Tribunal Constitucional, 2020). Es que no se trata de sentenciar por sentenciar, para ello es necesario una valoración correcta, porque aparte de la libertad están en juego todos sus derechos, comenzando por la dignidad humana. Sommer y Valcarce (2017) manifiestan la naturaleza de un concepto unívoco, este es uno de los ámbitos del aspecto jurídico en el que la definen como «una cualidad esencial del ser humano, un atributo universal común a todos, del cual no se puede desprender por cuanto aquella cualidad permite diferenciarlo de lo no humano» (párr. 3).

Ante las deficiencias advertidas, se considera la necesidad de realizar la inclusión en el Código Procesal Penal del procedimiento de los delitos en flagrancia, de tal manera que no sería necesario forzar figuras de normas administrativas. Un claro ejemplo es el Código Procesal Penal de Costa Rica, pues, con fecha 21 de abril

de 2009, se publicó en la *Gaceta n.º 77* la Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal. Aquí se adicionan supuestos para la prisión preventiva en los casos de flagrancia en delitos contra la vida, sexuales, la propiedad y drogas; también adiciona el título VIII, Procedimiento expedito para los delitos en flagrancia, que consta de quince artículos.

Otro detalle que en la norma peruana resulta necesario señalar es respecto a la víctima, los derechos que le asisten, sobre la constitución en actor civil teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, las responsabilidades en que podrían incurrir los funcionarios que no cumplan con los lineamientos establecidos en el protocolo de actuación y si la víctima o imputado fuera trabajador de alguna institución o empresa pública o privada, en qué medida podría ejercer su derecho a licencia laboral con goce para las víctimas y los testigos.

Debe establecerse un plazo de resolución acorde con la realidad. Si bien Costa Rica ha establecido como plazo máximo quince días, en el Perú la realidad es distinta, comenzando por la logística, pues a fin de que no se constituya en un fracaso o un intento demagógico, es necesaria la reforma legal.

La detención flagrante busca evitar la impunidad de los delitos, el éxito investigativo mediante la ubicación de pruebas suficientes del hecho, el favorecer la persecución penal por parte del Ministerio Público y la participación activa de la ciudadanía en caso de requerirse en el momento por razones de urgencia (Araya, 2016b, p. 161).

Para que haya flagrancia delictiva es necesario que exista por lo menos el principio *fumus commisi delicti* (atribución de un delito) y *periculum libertatis* (necesidad de intervención). Asimismo, es indispensable para la incoación del proceso inmediato en los casos de flagrancia, que se funde sobre los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad (Araya, 2016b, pp. 172 y 175).

Las causas resueltas dentro de los cauces del proceso inmediato, que por ser mediáticas generaron polémica por la violación a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, son los casos «Silvana Buscaglia»<sup>13</sup> y «Chu Cerrato». A fin de no pensar todavía en convertir al proceso inmediato en una regla y al proceso común en la excepción, como lo señala Taboada Pilco (Justicia TV, 2017; LP Pasión por el Derecho, 2020), se deben construir las bases sólidas, una reforma legal, y así lograr las verdaderas Unidades de Flagrancia en busca de un proceso justo y oportuno.

## 7. CONCLUSIONES

Conforme a las definiciones vertidas, el proceso inmediato viene a ser un proceso especial excepcional de «simplificación procesal» que permite suprimir las etapas del proceso común, investigación preparatoria e intermedia para transitar de las diligencias preliminares (subetapa de investigación preparatoria) a la etapa de juzgamiento. Debe tenerse en cuenta que su diseño fue realizado para delitos con penas leves que por su naturaleza no requieran mayor investigación de los hechos.

Para incoar un proceso inmediato es necesario desvirtuar la presunción de inocencia del imputado, para ello se debe contar con una actividad probatoria suficiente y lícita; con relación a la parte agraviada, debe considerarse lo establecido en el Acuerdo Plenario n.º 02-2005/CIJ-116, es decir, para destacar la importancia de su declaración se debe valorar la ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación.

---

13 El presente caso ocurrió el 17 de diciembre de 2015, Silvana Buscaglia fue condenada a seis años y ocho meses de prisión, luego fue indultada mediante la Resolución Suprema n.º 108-2016-JUS, publicada el 28 de julio de 2016 (Diario Oficial El Peruano, 2016).

El proceso inmediato pasó de ser una facultad en la definición original del artículo 446 del Código Procesal Penal, a convertirse en una obligación del fiscal con el Decreto Legislativo n.º 1194, a fin de incoar dicho proceso ante el juzgado penal cuando los hechos delictivos se encuentren en los tres supuestos, flagrancia, confesión y la presencia de elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares.

Se ha evidenciado respecto a lo que se considera flagrancia en el Perú, que existe una contradicción: por un lado, la Constitución Política del Perú, en su artículo 2, inciso 24f, establece que cuarenta y ocho horas; y, por el otro, el Código Procesal Penal prescribe en su artículo 259 un plazo de veinticuatro horas, para considerar un hecho delictivo como tal. En tal sentido, el legislador deberá concordar dichos dispositivos a fin de no inducir a error en los operadores de justicia.

Las Unidades de Flagrancia en el Perú, conforme al modelo costarricense, vienen a ser un sistema integrado que busca impedir la congestión de los despachos judiciales de expedientes con delitos leves. Mientras que, de acuerdo con el Protocolo de Actuación Interinstitucional de la Unidad de Flagrancia, son sedes judiciales especializadas del sistema de justicia penal integrada por el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Defensa Pública) y la Policía Nacional del Perú, quienes de manera conjunta se encargan de conocer los casos de delitos flagrantes tramitados como procesos especiales inmediatos, teniendo en cuenta la flexibilidad, la coordinación, la simplificación y la eficacia. Se estima como plazo máximo de duración de un proceso aproximadamente diez días.

Los casos Chu Cerrato y Silvana Buscaglia llevan a concluir que habrá mayor probabilidad de violación de principios y garantías procesales mientras no exista una norma que regule el desarrollo del proceso en las Unidades de Flagrancia. En dicha norma deben

fijarse reglas y plazos para la intervención de los sujetos procesales y de las instituciones inmersas, garantizando la presencia del Ministerio Público como representante de la legalidad y titular de la acción penal desde la intervención policial hasta la emisión de la sentencia y de la defensa del imputado, a fin de salvaguardar los principios de legalidad, racionalidad, proporcionalidad y las garantías al debido proceso, tutela procesal efectiva, presunción de inocencia y defensa procesal.

Finalmente, todo proceso inmediato tramitado en una Unidad de Flagrancia deber velar por los principios y las garantías que le asisten a las partes procesales. En el caso del imputado, el principio de legalidad implica la existencia de una norma que subsuma su conducta para ser procesado y sentenciado; la racionalidad y la humanidad de las penas, que el fallo emitido por el juez sea humanitario y se ejecute sin crueldad; la proporcionalidad de la pena que se aplicará, que esta sea acorde a la gravedad del delito. Si bien estos principios aparecen en la dación de una norma por el legislador, la aplicación por el juez y la ejecución por la autoridad correspondiente, también es necesario considerar a las garantías como guardianes de los derechos del imputado durante el desarrollo del proceso. El debido proceso implica que este no debe sufrir tardanza ni rapidez irrazonable; la tutela jurisdiccional efectiva contiene el derecho de todo imputado a un proceso con todas sus etapas, a una sentencia fundada en el derecho y el ejercicio de los medios impugnatorios; la presunción de inocencia es la garantía por excelencia que solo se desvirtúa con pruebas certeras; y, por último, el derecho a la defensa procesal señala que el imputado debe tener un abogado de su elección, y que se le dé el plazo suficiente para recabar medios probatorios y elaborar su defensa.

## REFERENCIAS

- Araya, A. (2016a, marzo). El nuevo proceso inmediato (Decreto 1194) Hacia un modelo de una justicia como servicio público de calidad con rostro humano. *Ius In Fraganti. Revista Informativa*, (1), 6-12. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/30a882004c3c0cb38a25ee2112efa3e4/IusInfraganti01.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=30a882004c3c0cb38a25ee2112efa3e4>
- Araya, A. (2016b). *El nuevo proceso inmediato para delitos en flagrancia y otras delincuencias. Decreto Legislativo n.º 1194 y Acuerdo Plenario n.º 2-2016* (2.ª ed.). Jurista Editores.
- Aula Virtual del Poder Judicial (2022a, 30 de junio). *7 años de vigencia de reforma del Decreto Legislativo 1194 al Proceso Inmediato, Garantías y Eficiencia* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=i8wTPWXmhK8>
- Aula Virtual del Poder Judicial (2022b, 30 de junio). *El proceso expedito para delitos en flagrancia de Costa Rica. Similitudes y diferencias del proceso inmediato del Perú* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=i8wTPWXmhK8>
- Bustos, J. (2004). *Obras completas. Derecho penal. Parte general* (vol. 1). Ara.
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Heliasta.
- Carbonell, M. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Cerezo Mir, J. (2006). *Obras completas* (t. II). ARA Editores.
- Corte Superior de Justicia de La Libertad (2022, 6 de julio). Primera sentencia en la Unidad de Flagrancia fue dictada en solo 62 horas. <https://cortejusticialalibertad.com/site/primera-sentencia-en-la-unidad-de-flagrancia-fue-dictada-en-solo-62-horas/>

- Corte Suprema de Justicia de la República (2010). Acuerdo Plenario n.º 6-2010/CJ-116. VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Lima: 16 noviembre de 2010. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3e883d804075b653b4e9f499ab657107/ACUERDO\\_PLENARIO\\_PENAL\\_06-2010.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3e883d804075b653b4e9f499ab657107](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3e883d804075b653b4e9f499ab657107/ACUERDO_PLENARIO_PENAL_06-2010.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3e883d804075b653b4e9f499ab657107)
- Corte Suprema de Justicia de la República (2016). II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario n.º 2-2016/CIJ-116. Lima: 1 de junio de 2016. [https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/ACUERDO%20PLENARIO%20N%C2%BA2-2016\\_LALEY.pdf](https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/ACUERDO%20PLENARIO%20N%C2%BA2-2016_LALEY.pdf)
- Corte Suprema de Justicia de la República (2017a). Casación n.º 692-2016 Lima Norte. Primera Sala Penal Transitoria. Lima: 4 de mayo de 2017. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/06/Casacion-692-2016-Lima-Norte-LP.pdf>
- Corte Suprema de la República (2017b). Casación n.º 158-2016-Huaura. Segunda Sala Penal Transitoria. Lima: 10 de agosto de 2017. [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/06/Casacion-158-2016-Huaura-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/06/Casacion-158-2016-Huaura-Legis.pe_.pdf)
- Corte Suprema de Justicia de la República (2019a). Casación n.º 1503-2017/Tumbes. Lima: 5 de febrero de 2019. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bac8338048bafa278073e053388de097/SPP-RC-1503-2017-TUMBES.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bac8338048bafa278073e053388de097>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2019b). Casación n.º 553-2018/Lambayeque. Lima: 11 de septiembre de 2019. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4f723e804b582fbd97519791cd134a09/CS-SPP-RC-553-2018-LAMBAYEQUE.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4f723e804b582fbd97519791cd134a09>

- Diario Oficial El Peruano (2016, 28 de julio). Resolución Suprema n.º 108-2016-JUS. Conceden indulto común a interna de establecimiento penitenciario. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/conceden-indulto-comun-a-interna-de-establecimiento-penitenc-resolucion-suprema-n-108-2016-jus-1410175-7/>
- Fernández, J. (1989). *Derecho penal fundamental* (t. I). Temis.
- Flores, H. (2020, 25 de agosto). La flagrancia delictiva desde el enfoque práctico del litigante, ¿existe flagrancia a futuro? *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/flagrancia-delictiva-enfoque-practico-litigante-existe-flagrancia-futuro/>
- Justicia TV (2017, 24 de agosto). *La Cátedra de los Jueves* [Video]. YouTube. <https://youtu.be/E2uZhXyCZB0>
- LP Pasión por el Derecho (2017, 8 de julio). *El proceso inmediato y la flagrancia, por José Antonio Neyra Flores* [Video]. YouTube. <https://youtu.be/tbY5mjfCXhQ>
- LP Pasión por el Derecho (2019, 15 de octubre). *Proceso inmediato en flagrancia: ¿Vulnera DDFP?, por Alonso Raúl Peña Cabrera* [Video]. YouTube. [https://www.youtube.com/watch?v=3otQoIdDu\\_w](https://www.youtube.com/watch?v=3otQoIdDu_w)
- LP Pasión por el Derecho (2020, 16 de marzo). *¿Cómo controlar la legalidad de una detención en flagrancia? Giammpol Taboada en diplomado de LP* [Video]. YouTube. <https://youtu.be/hrbi6vc5iP4>
- Machicado, J. (2008). Carta Magna de Juan sin Tierra de 15 junio 1215. Centro de Estudios de Derecho. <https://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/cm.pdf>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2022, 22 de agosto). Protocolo de Actuación Interinstitucional de la Unidad de Flagrancia. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3529124/PROTOCOLO%20de%20la%20Unidad%20de%20Flagrancia.pdf.pdf?v=1661192218>

- Moreso, J. J. y Vilajosana, J. M. (2008). *Introducción al derecho procesal*. Tirant lo Blanch.
- Ormazabal, G. (2002). *Introducción al derecho procesal*. Marcial Pons.
- San Martín, C. (2020). *Derecho procesal penal. Lecciones* (2.<sup>a</sup> ed.). Fondo Editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales; Fondo Editorial del Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.
- Sommer, C. y Valcarce, G. (2017). Dignidad humana como valor fundante de los derechos humanos. Ministerio de Salud. Presidencia de la Nación. <https://salud.gob.ar/dels/entradas/dignidad-humana-como-valor-fundante-de-los-derechos-humanos>
- Tribunal Constitucional (2014). Expediente n.º 4630-2013-PHC/TC La Libertad. Lima: 26 de junio de 2014. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/04630-2013-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional (2016). Expediente n.º 2432-2014-PHC/TC Cañete. Lima: 24 de junio de 2016. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/02432-2014-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional (2018). Expediente n.º 04780-2017-PHC/TC. Expediente n.º 0502-2018-PHC/TC (Acumulado) Piura. Lima: 26 de abril de 2018. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00502-2018-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional (2020). Expediente n.º 02647-2016-PHC/TC Arequipa. Lima: 20 de octubre de 2020. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/02647-2016-HC.pdf>
- Villavicencio, F. (2016). *Derecho penal. Parte general*. Grijley.



# Artículos sobre derecho



## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)



## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 139-157

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i18.644

# La perspectiva de género desde el feminismo jurídico de Miguelina Acosta

Gender perspective from the legal feminism of  
Miguelina Acosta



WALBER JOSE SANTOS GOMERO

Distrito Fiscal de San Martín

(Moyobamba, Perú)

Contacto: [wsantosdj@mpfn.gob.pe](mailto:wsantosdj@mpfn.gob.pe)

<https://orcid.org/0000-0003-2558-3241>

### RESUMEN

La perspectiva de género es un enfoque influyente en el contexto actual; sin embargo, los estudios regionales no han profundizado en su génesis e impacto en el ámbito jurídico. Por tal razón, la presente investigación pretende evidenciar cómo dentro de las reflexiones de Miguelina Aurora Acosta Cárdenas, abogada litigante del siglo XX, ya se visualiza una clara comprensión y delimitación del fenómeno en mención; por consiguiente, a partir del análisis de los artículos «Reacción femenina en 1918» y «La absolución de Victoria Alfaro y el juez Dr. Federico Pflucker en 1919», se intenta demostrar que dentro de la obra de esta autora existen aportes significativos como el de la consideración de la perspectiva de

género o análisis contextual, estructural-histórico, de la situación femenina a la hora del ejercicio del derecho a la legítima defensa.

**Palabras clave:** perspectiva de género; feminismo; Miguelina Acosta; asimetrías; legítima defensa.

**Términos de indización:** igualdad de género; movimiento de liberación femenina; administración de justicia (Fuente: Tesoro Unesco).

### ABSTRACT

Gender perspective is an influential approach in the current context; however, regional studies have not delved into its origin and impact in the legal field. For this reason, this research aims to highlight how a clear understanding and delimitation of the phenomenon in question is already visualized within the reflections of Miguelina Aurora Acosta Cárdenas, trial attorney of the twentieth century. Therefore, based on the analysis of her articles «*Reacción femenina en 1918*» and «*La absolución de Victoria Alfaro y el Dr. Federico Pflucker in 1919*», I will try to show that the work of this author considers significant contributions such as the consideration of gender perspective or contextual, structural-historical analysis of the female situation when exercising the right to a defense.

**Key words:** gender perspective; feminism; Miguelina Acosta; asymmetries; self-defense.

**Indexing terms:** gender equality; womens liberation; administration of justice (Source: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 14/10/2022

**Revisado:** 31/10/2022

**Aceptado:** 07/11/2022

**Publicado en línea:** 07/12/2022

**Financiamiento:** Autofinanciado.

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

**Revisores del artículo:**

Manuel de J. Jiménez Moreno (Universidad Nacional Autónoma de México, México)  
mjimenezm2@derecho.unam.mx  
<https://orcid.org/0000-0003-2061-6905>

Sandro Alberto Núñez Paz (Universidad de Lima, Perú)  
snunez@ulima.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

## **1. INTRODUCCIÓN**

Miguelina Aurora Acosta Cárdenas nació el 23 de noviembre de 1887, tal como lo corrobora la partida de bautismo del Vicariato Apostólico de Yurimaguas, posiblemente el lugar fue Balsapuerto, Lagunas (Yurimaguas). Sus progenitores fueron Miguel Acosta Sánchez y Grimanesa Cárdenas Montalván, junto a ellos y sus hermanos transcurrió su vida. Sin embargo, en su juventud viajó a Europa, esta visita trajo consigo la reverberación de sus fronteras intelectuales.

Se empapó de diversas corrientes de la época, cuyos ideales aspiraban a la consecución de la igualdad y la libertad; no obstante, su país natal le recordaría que había que asumir una postura de compromiso social y transformación para con sus semejantes, la transformación no sería nada sencilla, debido al marco jurídico que dominó su vida, sustentado por las constituciones de 1867, 1920 y 1933, también por el Código Civil de 1852; en consecuencia, el marco general negaba y desconocía como sujeto de derecho a la mujer. Así, se la intentó invisibilizar de la historia intelectual y jurídica, pero logró ser reconocida como la primera abogada mujer nacida en la selva, fundadora del feminismo jurídico peruano.

En cuanto a su producción intelectual, a inicios del siglo XX destacan dos artículos: «Reacción femenina en 1918» y «La absolución de Victoria Alfaro y el juez Dr. Federico Pflucker en 1919».

Ambos escritos fueron publicados en la revista *La Crítica* y lo significativo de estos radica en el empleo y la reinterpretación de la categoría procesal de la legítima defensa. De este modo, Acosta propuso que cuando la mujer era juzgada por matar o lesionar a su agresor, se debía utilizar y considerar la asimetría estructural-histórica-jurídica. La intelectual introdujo el análisis contextual en el debido proceso, concretamente referido al tema del derecho a la defensa, motivo por el cual se debía enmarcar la reacción de las agraviadas en la violencia de género, fundamentada en la asimetría de las estructuras sociales que propiciaban la desigualdad y la discriminación.

Esta fundamentación es la que lleva a considerar a la autora como una de las primeras intelectuales en reconocer lo que hoy en día es el enfoque o perspectiva de género, no necesariamente por el empleo de categorías homólogas, sino por el procedimiento, el razonamiento y la interpretación manifiesta en su producción intelectual. Por tal razón, el presente artículo muestra cómo para 1918, dentro de la obra de Acosta, se pueden evidenciar ideas matrices para considerar la condición histórica y social femenina como un criterio de diferenciación y búsqueda de simetría a la hora del desarrollo del debido proceso y, específicamente, el ejercicio del derecho a la legítima defensa.

## **2. PERSPECTIVA DE GÉNERO**

### **2.1. El problema y la razón de ser del feminismo o enfoque de género desde el enfoque filosófico**

¿Cómo surge el feminismo? ¿En qué consiste su problema fundamental? Estas interrogantes serán respondidas desde la interdisciplinariedad, en especial desde dos ciencias: la filosofía y el derecho. Así, la situación de la mujer como problemática nunca fue planteada por la tradición filosófica de Occidente, pues al reflexionar

sobre la condición humana se dio por sentado al «hombre», al género masculino, como el único privilegiado para pensar la humanidad; por ejemplo, desde los cimientos míticos se puede apreciar una predominancia de los dioses varones que mancillaban la honra y el estatus femenino, como se ve representado en mitos relacionados con Hera, Deméter y Perséfone.

Este rasgo continúa en pensadores como Aristóteles y la delimitación del *zoon politikón*, aplicable solo a los varones, hasta Heidegger (2003), con su *Dasein*, carente de sexo y corporalidad. Además, hay que observar que durante mucho tiempo el género masculino tuvo la hegemonía de la actividad de pensar, solo ellos eran considerados sujetos o agentes del pensamiento; por tanto, no se veía más allá de su condición, y se negaba la alteridad femenina.

Para comprender a la mujer como problema se considerará la exposición de Simone de Beauvoir (2009), quien dice lo siguiente:

Si me quiero definir, estoy obligada a declarar en primer lugar: «Soy una mujer»; esta verdad constituye el fondo sobre el que se dibujará cualquier otra afirmación. Un hombre nunca empieza considerándose un individuo de un sexo determinado: se da por hecho que es un hombre. Si en los registros civiles, en las declaraciones de identidad, las rúbricas hombre o mujer aparecen como simétricas es una cuestión puramente formal. La relación entre ambos sexos no es la de dos electricidades, dos polos: el hombre representa al mismo tiempo el positivo y el neutro, hasta el punto de que se dice «los hombres» para designar a los seres humanos, pues el singular de la palabra *vir* se ha asimilado al sentido general de la palabra *homo*. La mujer aparece como el negativo, de modo que toda determinación se le imputa como una limitación, sin reciprocidad. (p. 17)

De este modo, la condición de la mujer, problema fundamental del feminismo, solo se hace patente y se convierte en un problema filosófico en aquellas que piensan y reflexionan sobre su condición

o su ser-mujer, descubierta en su trato con los otros. Lo importante del descubrimiento es la relación asimétrica en la que se enmarca, pues, como bien señala la autora, la mujer no es reconocida como igual al hombre, pese a que la formalidad de las normas así lo decreta. En la facticidad de la vida cotidiana, para usar un término existencialista, la mujer está constreñida a representar lo negativo, lo carente, lo necesitado, lo pasivo y lo contingente. Su relación con el hombre no se figura recíproca, el hombre puede ser solo, representar al género humano; sin embargo, la mujer parece siempre necesitada e incompleta.

Entonces, cuando la mujer se da cuenta de su situación, cuando toma conciencia de ella, su condición ya no se normaliza, debido a que no se acepta sin reflexionar sobre sí, como una facticidad, como un destino, sino que se hace patente una situación social injusta y conveniente para mantener y legitimar al patriarcado y al machismo vigentes en la sociedad. El descubrimiento del problema de la mujer es solo el preámbulo para la lucha por la reivindicación de esta, la teoría pasa a la praxis, el problema impele una solución urgente. Simone de Beauvoir no fue la primera feminista ni la primera en plantear estas cuestiones, como ella misma reconoce en su famosa obra *El segundo sexo*, que es una síntesis de discusiones anteriores.

Considerando lo anterior, pueden traerse a colación los aportes de la feminista peruana Miguelina Acosta Cárdenas, quien ha contribuido a la teoría feminista desde el campo jurídico. Acosta estaría de acuerdo con Beauvoir, la ideología patriarcal determina la relación entre los géneros de manera asimétrica y enfatiza el dominio de hombres sobre mujeres; sin embargo, no tiene por qué ser así. Esta idea se encuentra más desarrollada en la siguiente cita:

La dualidad de la energía siempre ha estado repartida igualmente entre el hombre y la mujer, aunque con caracteres distintos: así si los hombres dictan las leyes, las mujeres hacen las costumbres que

influyen con más eficacia en la vida que las mismas leyes [...]. El dominio de la sociedad ha estado siempre en manos de la mujer, quien como madre, esposa e hija se ha servido para lo bueno como para lo malo, de la maternidad, del amor, de la astucia, sobre todo del engaño, que es el arma del esclavo, del oprimido y del débil. (Acosta, 2020, p. 25)

De la cita se infiere que la mujer, al igual que el hombre, es tan responsable de los logros y los avances que ha tenido la humanidad, es parte de la formación social; no obstante, la historia, desde una narrativa patriarcal, no repara en ello, solo destaca los hechos de los grandes hombres. Por el contrario, para Acosta la vida misma se expresa en un juego de fuerzas que crean el orden humano; estas fuerzas están repartidas equitativamente entre los géneros, los que en un mutuo juego hacen todo lo que es humanamente observable. Por ello, Beauvoir y Acosta se indignan frente a la subvaloración de la mujer dentro de las sociedades patriarcales, pese a ser protagonistas y actrices de estas.

Ambas consideran que la ideología patriarcal resta valor a la función de la mujer en la sociedad, diseminando una narrativa que minimiza su labor y fundamenta un conjunto de creencias, opiniones y prejuicios que se proyectan en el orden jurídico y cotidiano. Estas ideas serán el suelo firme en donde se asienta la humanidad, donde vive; erradicarlas conlleva una revolución en la vida social misma (Ortega y Gasset, 2019). Precisamente ese el problema que se debe superar, la consigna fundamental del enfoque de género, entendido como la teoría y la praxis donde las féminas, al deconstruir los discursos en torno a ellas, descubren su condición en el mundo y la sociedad, motivo por el que se rebelan frente al orden imperante para pedir un reconocimiento y un trato simétrico que reconozca su relego histórico y social.

## 2.2. Impacto de la perspectiva o enfoque de género en el ámbito jurídico

El derecho no es una ciencia aislada, para su construcción y su desarrollo necesita de otras ciencias; por tanto, debe apelar a la interdisciplinariedad. Así, en el devenir histórico ha fundamentado su desarrollo y su praxis en los aportes brindados por la filosofía, la antropología, la psicología, la historia, la medicina, etc. En ese sentido, en las últimas décadas ha incorporado la perspectiva o enfoque de género, concebido como una metodología de investigación y juzgamiento en los delitos de violencia contra la mujer. El impacto se ha reflejado en la promoción de eventos y normativas internacionales, por ejemplo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) instauró el primer tratado internacional más importante en materia de protección de derechos humanos femeninos<sup>1</sup> (Huaita, 2017).

Por otro lado, fue la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el denominado caso González y otras («Campo algodonero») vs. México, del 16 de noviembre de 2009, la que alude por primera vez a la perspectiva de género, al mencionar lo siguiente:

455. Por ello, la Corte dispone que el Estado debe conducir eficazmente el proceso penal en curso y, de ser el caso, los que llegasen a abrir, para identificar, procesar y sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la desaparición, maltratos y privación de la vida de las jóvenes González, Herrera y Ramos, conforme a las siguientes directrices [...]

---

1 Este tratado fue suscrito por el Perú el 23 de julio de 1981, fue aprobado por el Congreso mediante la Resolución Legislativa n.º 23432 el 23 de junio de 1982 y promulgado por el presidente de la república el 5 de julio de 1982.

502. La Corte ha ordenado en otros casos normalizar, conforme a los estándares internacionales, los parámetros para investigar, realizar el análisis forense y juzgar [...] con base en una perspectiva de género.

Sumado a lo anterior, se encuentra la sentencia en el caso Fernández Ortega y otros vs. México, de fecha 30 de agosto de 2010, donde la Corte IDH menciona:

230. [...] el Estado tiene el deber de continuar proporcionando los medios para que la víctima acceda y participe en las diligencias del caso, para lo cual debe asegurar la provisión de un intérprete y apoyo desde una perspectiva de género, en consideración de sus circunstancias de especial vulnerabilidad.

En síntesis, la Corte IDH acepta que la aplicación de la perspectiva de género es pertinente para encarar los casos de violencia y agresión sexual contra la mujer. Cabe señalar que las disposiciones y los fallos del organismo internacional aplican a todos los países sobre los que tenga competencias; por ende, el Perú debe acatar lo dispuesto. En ese sentido, dentro de este país han surgido una serie de transformaciones normativas y procesales; por ejemplo, en el Acuerdo Plenario n.º 1-2011/CJ, del 6 de diciembre de 2011, la Corte Suprema de Justicia prescribe en el punto 9 que los operadores de justicia deben asumir obligatoriamente lo dispuesto en la sentencia González («Campo algodónero»).

Años más tarde, Perú promulgó la Ley n.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar (2015), que en su artículo 3 refiere lo siguiente:

Reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales

de la violencia hacia las mujeres. Este enfoque debe orientar el diseño de las estrategias de intervención orientadas al logro de la igualdad entre hombres y mujeres.

La promulgación de la ley ha tenido efectos prácticos, como lo demuestra la sentencia efectuada el 5 de marzo de 2019, Expediente n.º 01479-2018-PA/TC por el Tribunal Constitucional, donde explícitamente el colegiado afirmó la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia, amparado en la exclusión histórica que las féminas han sufrido y los rezagos culturales presentes en la sociedad. De manera específica, señala lo siguiente:

9. La desaparición de las desigualdades es un desafío social y un objetivo cuyo cumplimiento involucra principalmente al Estado, pero también a todos sus integrantes en conjunto. En ese sentido, la perspectiva de igualdad de género, entendido como una nueva mirada a la desigualdad y a la situación de vulnerabilidad de las mujeres, se presenta como una herramienta metodológica que necesariamente debe ser empleada en el ámbito institucional (y también en el ámbito privado), ya que ayuda a la materialización de las medidas públicas adoptadas para lograr una real igualdad en derechos entre hombres y mujeres [...].

Lo peculiar de esta sentencia es que, antes de ser efectuada por el Tribunal Constitucional, se había expedido en el Expediente n.º 05121-2015-PA/PA/TC, de fecha 24 de enero de 2018, se emitió un pronunciamiento para su aplicación; sin embargo, no fue acogido por el Pleno del Colegiado del Tribunal, solo en el fundamento de voto de la magistrada Ledesma Narváez refiere lo siguiente:

## **2. Perspectiva de género y administración de justicia**

[...]

Por ello, es fundamental considerar al enfoque de género como obligación de la administración de justicia, a fin de eliminar cualquier

forma de discriminación o violencia contra la mujer, razón por la cual, como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-012/16, resulta imperativo que los jueces incorporen criterios de género en las controversias jurídicas que resuelven. De esta forma, los jueces, entre ellos, el juez constitucional, «cuando menos, deben analizar los hechos y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad de manera que se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado por virtud de las relaciones de poder que afectan su dignidad y autonomía.

Finalmente, la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad n.º 760-2020-Lima, ha precisado la obligación de juzgar con perspectiva de género, y al desarrollar con más detalle dicha categoría menciona que los operadores jurídicos deben actuar con perspectiva de género en la investigación y el juzgamiento de los delitos contra la mujer, según se ha precisado reiteradamente en la jurisprudencia, como el Recurso de Nulidad n.º 398-2019/Lima Norte y la Casación n.º 851-2018/Puno; en consecuencia, utilizar argumentos por los cuales se juzga el actuar de la víctima en los delitos de violencia contra la mujer resulta carente de sustento constitucional y convencional.

### **3. PERSPECTIVA DE GÉNERO DESDE EL FEMINISMO JURÍDICO DE MIGUELINA ACOSTA**

#### **3.1. Análisis del artículo «Reacción femenina»**

Este artículo, publicado en la revista *La Crítica* el 3 de febrero de 1918, narra dos hechos de relevancia penal subsumidos en el delito de homicidio. El primero sucedió en Estados Unidos y se relaciona con el caso de Blanca Elena Errázuriz Vergara, dama aristócrata de alta clase social, exesposa del empresario estadounidense John de Saullés, a quien acusa de haber mentado, engañado y seducido, faltando a su palabra; por ello, cinco disparos le quitaron la vida.

El segundo está relacionado con Victoria Alfaro y aconteció en el Callao, Perú. A diferencia de Blanca Errázuriz, se trata de una humilde joven trabajadora, cuyo honor fue mancillado por un hombre que la sedujo al punto de embarazarla (Acosta, 2020). En ambos casos, posterior al delito, se produjo la encarcelación, la primera fue privada de su libertad en la prisión del condado en Mineola, Estados Unidos; la otra en el Panóptico de Lima.

Lo peculiar de los casos es que las mujeres sometidas al proceso judicial fueron absueltas de las sanciones, hecho insólito si se considera que en el último caso el Código Penal imperante, de influencia española, fue el de 1863. Lejos de extrañarse, Acosta (2020) celebra el fallo y señala:

todos los sentimientos generosos han sido superados por el de reacción contra el hombre miserable que rebaja la humana especie; contra la injusticia de la sociedad que endiosa la castidad, que hace de ella la propiedad más preciosa de la mujer, y a quien sola castiga por su pérdida sin enseñarla a librarse de las acechanzas masculinas, ni dar sanción inflexible a los ladrones de castidades. (p. 81)

En la cita, la abogada destaca la hipocresía social, ya que si esta valora la castidad en la mujer, al punto de reducir su vida sexual al matrimonio por los prejuicios arraigados en la época (Mannarelli, 1993), también debería juzgar con todo rigor a los que la toman sin consentimiento a través de la violación y el ultraje; sin embargo, sugerentemente, señala que a la mujer no se le enseña a defender su castidad de los hombres, pues al ser criada y educada dentro del machismo tradicional, es puesta en una condición de sumisión frente a este, en una situación donde debe ceder a lo que el varón le pida. Por consiguiente, no habría por qué extrañarse frente a la sentencia, a causa de la coherencia que guarda con lo demandado por la sociedad, es decir, en la medida en que la reacción femenina se ejecutó en aras de la preservación de la castidad.

Respecto a lo último, en otro pasaje habla sobre la reacción femenina de la siguiente manera:

Con la reacción femenina, surge la reacción social, y esta sociedad hasta ayer culpable de inmoral tolerancia, ha dado su fallo absoluto a Victoria Alfaro. Podrán los jueces, esclavos de la ley en estos casos, condenar a Victoria Alfaro, pero el más alto poder absolverá a la que ya lleva el perdón de todas las madres, el de todas las mujeres y el de todos los hijos de todas las madres. (Acosta, 2020, p. 82)

De la cita se infiere que la reacción femenina es la reacción social, es decir, el despertar de la conciencia a la equidad entre los géneros, el reconocimiento de la igualdad ante la ley, la convicción de no privilegiar a uno u otro por su género, etc. La reacción femenina implica una postura crítica a los ejecutores de justicia o jueces, la opinión pública, la tradición, la religión y las convenciones sociales. Acosta (2020) empieza por la reforma jurídica, enfatizando que el criterio último para sentenciar debe ser la legítima defensa, a la que considera como «La ley inflexible que condena los actos, sin consideración de las causales que los han impulsado» (p. 81).

Solo la legítima defensa debería servir para llevar un debido proceso en el caso de hombres y mujeres; sin embargo, el juicio de Blanca Errázuriz demuestra que además del juicio oral al que fue sometida, tuvo que soportar la presión mediática, prueba de ello es la asistencia de más de trescientos periodistas de todo el mundo. Pese a esto, el 1 de diciembre de 1917 el jurado declaró unánimemente absolverla de los cargos (Maino y Redondo, 2004). Aun así, lo relatado evidencia la notable desventaja en la que se hallan las féminas en los procesos jurídicos, ya que son sometidas al escarnio público, que puede jugar en contra, en la medida en que el horizonte de sentido que guía la praxis social es altamente machista.

En consecuencia, Acosta afirma que en el debido proceso es necesario considerar la desigualdad, la discriminación y la dominación que, histórica y socialmente, han invisibilizado a las mujeres. Incluso hoy en día, a pesar de las consignas y el reconocimiento jurídico femenino, asumir un enfoque de género es indispensable para combatir fenómenos legados por la tradición machista; tal es el caso del feminicidio, fundamentado en concepciones conservadoras que llevan a suponer que incluso la vida femenina está en manos de sus perpetradores (Dupuit, 2017).

### **3.2. Análisis del artículo «La absolución de Victoria Alfaro y el juez Dr. Federico Pflucker»**

Este sintético artículo fue publicado el 1 de octubre de 1919 y es, en parte, un reconocimiento al juez Pflucker, quien falló a favor de Alfaro. Sin embargo, también contiene alcances que completan el escrito «Reacción femenina»; por ejemplo, destaca la asimetría económica para acceder a la legítima defensa, esta idea se puede evidenciar en el siguiente pasaje:

La sentencia absolutoria del doctor Pflucker en el juicio seguido contra Victoria Alfaro, sobre el triunfo de la justicia que muchas, muchísimas veces, ¡dolorosa verdad!, es burlada por no tener en su abono los recursos legales, representa para la sociedad la implantación de un precedente de trascendental importancia, una seguridad de que el delito tolerado, *el robo de honras*, por desalmados seductores, no quedará impune. (Acosta, 2020, p. 107)

En efecto, la cita evidencia la significancia del logro alcanzado en el plano social, tomando en cuenta que era una época altamente clasista, machista y excluyente, Alfaro era mujer y carecía de recursos, lo cual la colocaba en un estatus inferior al de aquellas féminas pertenecientes a las clases acomodadas. Adicionalmente, el texto también se interpreta como una crítica a la normativa vigente

y a quienes imparten justicia, debido a que juzgan amparados en principios doctrinarios y normativas incongruentes con el contexto histórico-social.

En torno a lo último, Acosta (2020) señala:

haciendo un llamamiento a los sentimientos generosos de los miembros de los Tribunales para que, sostenidos por esos nobles sentimientos, concluyan la trascendental obra innovadora del juez doctor Pflucker en la que el verdadero concepto de la justicia social impera sobre los viejos conceptos del delito. (p. 108)

La autora era plenamente consciente de que el problema de las condiciones jurídicas asimétricas tenía que ver, en grado sumo, con la falta de una doctrina sólida en torno a la justicia social, motivo por el que los jueces repetían las concepciones anacrónicas respecto al dolo. Sus alcances muestran que décadas más tarde muchas cosas no han cambiado; por esa razón, Hurtado (2017) considera que para transformar el marco jurídico «es indispensable conocer las concepciones sociales, políticas, religiosas y morales de quienes participaron en su elaboración» (p. 287).

En otras palabras, es menester comprender que la norma sustantiva aplicada por los jueces de 1863 tiene una base ideológica determinada, al igual que el proceder del juez Federico Pflucker; por ello, las dos perspectivas son disímiles. Esta contradicción expresa la urgencia de reformar el marco conceptual de la acción jurídica, empezando por incorporar la sentencia del caso Alfaro a la jurisprudencia.

#### **4. ALCANCES FINALES**

Hoy, a trece años de haberse utilizado, por primera vez, la perspectiva de género en un pronunciamiento judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo sentenciado se ha convertido

en normativa de obligatoria aplicación, empleada para interpretar y abordar hechos de violencia contra la mujer no solo por mandato legal, sino jurisprudencial. Su vigencia es indudable y se espera que logre superar posturas tradicionales hegemónicas, que juzgaban los casos de violencia contra la mujer asignándole roles estereotipados; por ejemplo, considerar la vestimenta de la mujer, lesiones físicas y su labor para determinar la existencia de una violación. La perspectiva debe consolidarse y afianzarse con la finalidad de que sea aplicada uniforme y sistemáticamente por todos los operadores de la administración de justicia y los ciudadanos.

En efecto, para Rodríguez (2015):

La perspectiva de género como categoría de análisis del derecho pone en evidencia que las relaciones de poder que configuran un orden social estratificado en función a jerarquías genérico-sexuales también fijan los contenidos del derecho a la vez que se sirven de él para crear y mantener el sistema sexo-género de hegemonía masculina. (p. 86)

Ciertamente, para la autora el derecho es funcional al sistema sexo-género, ya que produce y refuerza las jerarquías de género; por ello, resulta necesario poner en práctica la aplicación de la perspectiva de género para eliminar cualquier forma de discriminación que naturalice la violencia y la reproducción de estereotipos.

Pero no se debe olvidar que esta perspectiva es posible a causa de las reflexiones de pensadoras como Acosta, para quien la violencia contra la mujer tiene que utilizar herramientas para compatibilizar el tema de una realidad objetiva innegable con la teoría general del delito y del derecho probatorio al resolver estas situaciones, teniendo en cuenta que el derecho penal es de acto individual y no colectivo (Santos, 2021). Además, se debe tomar en cuenta que este último no analiza las causas para imputar responsabilidades penales, sino subsume una conducta a un tipo penal

(Laurenzo, 2017), algo similar a lo expuesto por Acosta en 1918 en el siguiente enunciado: «la ley inflexible que condena los actos, sin consideración de las causales que lo han impulsado» (2020, p. 81).

## 5. CONCLUSIÓN

La importancia de analizar y traer a nuestros tiempos los escritos de Acosta, sobre la reacción femenina, sirve para comprender qué es la defensa de la mujer frente al abuso de la sociedad, de sus leyes, proyectando un mundo futuro en el que no tenga que preocuparse por afrentas masculinas o cosas semejantes; también se entenderá su incesante lucha para alcanzar la igualdad jurídica. Por ese motivo, sus aportes a la teoría del enfoque de género han impactado positivamente en los procesos judiciales. No obstante, queda pendiente el reconocimiento de quien esbozó, décadas atrás, estos alcances fundamentales y fue invisibilizada por el sesgo sexista y androcéntrico de la producción científica de su tiempo.

A pesar de los ciento cuatro años transcurridos desde la publicación de los escritos en torno a Victoria Alfaro y Blanca Elena Errázuriz Vergara, el principio de legítima defensa postulado por Acosta resulta incipiente en la actualidad, razón por la cual fue necesario expedir la Ley n.º 30364, que refleja dicha opción. Queda mucho terreno que allanar para lograr una aplicación sistemática y oportuna del enfoque de género, sin perjuicio de afirmar que la Corte Suprema de Justicia realiza loables esfuerzos para lograr este objetivo: conformó la Comisión de Género y expide jurisprudencia con tal fin; sin dejar de mencionar la tarea de Elvia Barrios Alvarado, la primera mujer presidenta del Poder Judicial. Por consiguiente, es indispensable reconocer, visibilizar y replantear los estudios de Acosta y las autoras que permitan insertar la discusión en un panorama mucho más complejo y multidisciplinario.

## REFERENCIAS

- Acosta, C. (2020). *Miguelina Acosta Cárdenas. Escritos selectos*. Heraldos Editores.
- Beauvoir, S. (2009). *El segundo sexo*. Debolsillo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2009). Caso González y otras («Campo algodonero») vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2010). Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/2.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2011). VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario n.º 1-2011/CJ. Lima: 6 de diciembre de 2011. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/10b3e2004075b5dcb483f499ab657107/ACUERDO+PLENARIO+N%C2%B0+1-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=10b3e2004075b5dcb483f499ab657107>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2021). Recurso de Nulidad n.º 760-2020-Lima. Sala Penal Permanente. Lima: 5 de abril de 2021. [https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/NULIDAD760-2020\\_unlocked.pdf](https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/NULIDAD760-2020_unlocked.pdf)
- Dupuit, J. (2017). Femicidio: criterios ideológicos y recurso al derecho penal. En J. Hurtado Pozo (dir.), *Género y derecho penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne* (pp. 217-225). Instituto Pacífico.
- Heidegger, M. (2003). *Ser y tiempo*. Trotta.

- Huaita, M. (2017). La CEDAW como marco de referencia de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. *Revista Peruana de Derecho Constitucional. Mujer y Constitución*, (10), 23-52.
- Hurtado, J. (2017). Evolución de las concepciones referentes a la regulación de los delitos sexuales en el Perú. En J. Hurtado Pozo (dir.), *Género y derecho penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne* (pp. 287-332). Instituto Pacífico.
- Laurenzo, P. (2017). La tutela específica de las mujeres en el sistema penal: una decisión controvertida. En J. Hurtado Pozo (dir.), *Género y derecho penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne* (pp. 79-104). Instituto Pacífico.
- Maino, V. y Redondo, M. (2004). Los X en la Quinta Vergara. *Archivum*, (6), 88-97. <https://sites.google.com/site/archivohistoricopatrimonial/archivum-ao-v-nmero-6?authuser=0>
- Mannarelli, M. (1993). *Pecados públicos. La ilegitimidad en Lima. Siglo XVII*. Ediciones Flora Tristán.
- Ortega y Gasset, J. (2019). *Ideas y creencias y otros ensayos*. Alianza Editorial.
- Rodríguez, L. (2015). *La perspectiva de género como aporte del feminismo para el análisis del derecho y su reconstrucción: el caso de violencia de género* [Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid]. <http://hdl.handle.net/10016/22326>
- Santos, J. (2021). *Mujeres y ciudadanas desde el feminismo jurídico de Miguelina Acosta* [Por publicarse].
- Tribunal Constitucional (2018). Expediente n.º 05121-2015-PA/TC. Lima: 24 de enero de 2018. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/05121-2015-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional (2019). Expediente n.º 01479-2018-PA/TC. Lima: 5 de marzo de 2019. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01479-2018-AA.pdf>



## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 159-172

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u14i18.631

# La Administración pública como sistema autónomo. El derecho a la función pública

Public administration as an autonomous  
system. Right to public service



EDUARDO DANIEL VÁZQUEZ PÉREZ  
Universidad Nacional Autónoma de México  
(Ciudad de México, México)

Contacto: [danielcarlos3madrid@gmail.com](mailto:danielcarlos3madrid@gmail.com)

<https://orcid.org/0000-0001-6845-8294>

### RESUMEN

Hablar del derecho a la función pública en México es un enorme desafío, toda vez que el sistema en el que se ha ido edificando la institucionalidad en el país está sumamente corrompido por los intereses de los partidos políticos que detentan el poder. Sin embargo, existen algunos instrumentos normativos que permiten que la Administración pública funcione adecuadamente, los cuales se han visto rebasados por intereses de otra índole. Esto demuestra, también, que los procesos legislativos difícilmente consultan las necesidades de la sociedad para que sea esta la que se vea favorecida por los programas y los servicios que brinda el Estado a la ciudadanía, sino que cumplen aspectos jurídicos positivos que no son compatibles con la realidad social en el país.

**Palabras clave:** Estado de derecho; realidad social; función pública; Administración pública; sistemas.

**Términos de indización:** Estado; función pública; Administración pública (Fuente: Tesouro Unesco).

## ABSTRACT

Talking about the right to public service in Mexico is a huge challenge, since the system in which the country's institutions have been built is extremely corrupted due to the interests of the political parties that hold power. Even though there are some regulatory instruments that allow the proper functioning of public administration, they have been overtaken by other interests. This shows that legislative proceedings hardly consult the needs of society so that society can be favored by the programs and services provided by the State to citizens but fulfill positive legal aspects that are not compatible with the social reality in the country.

**Key words:** Rule of law; social reality; public service; public administration; systems.

**Indexing terms:** State; civil service; public administration (Source: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 20/09/2022

**Revisado:** 21/10/2022

**Aceptado:** 21/10/2022

**Publicado en línea:** 07/12/2022

**Financiamiento:** Autofinanciado.

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

### Revisores del artículo:

Manuel de J. Jiménez Moreno (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

mjimenezm2@derecho.unam.mx

<https://orcid.org/0000-0003-2061-6905>

Sandro Alberto Núñez Paḡ (Universidad de Lima, Perú)

snunez@ulima.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

## **1. INTRODUCCIÓN**

El siguiente análisis tiene por objetivo demostrar que la Administración pública es un sistema autónomo; sin embargo, frente a los cambios sociales vertiginosos que se han suscitado en la sociedad mexicana, esta se enfrenta a un cambio de paradigma. Ello permite que pase de un sistema autónomo a uno abierto, aunque su autonomía debe diferenciarse del sistema político e impedir que los intereses de este repercutan en su funcionamiento.

De lograr el cometido —el de mantenerse como sistema autónomo independientemente de los intereses de los grupos que detentan el ejercicio del poder—, podremos indicar que la Administración pública en México funciona en beneficio de la sociedad, aunque el derecho a la función pública solo esté reconocido en el artículo 23, numeral I, subincisos a, b, c; y el numeral II de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y no en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, máximo ordenamiento jurídico que regula al Estado mexicano.

## **2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO POTENCIAL COMUNICACIONAL DIFERENCIADA DEL SISTEMA POLÍTICO**

Las servidoras y los servidores públicos son los pilares fundamentales para que exista la correcta funcionalidad de la Administración pública y, a su vez, son los representantes por excelencia del Estado regulados por lo normativo, tanto a nivel nacional como internacional —aunque en la realidad este último se constitucionaliza, es decir, existe una constitucionalización de lo internacional, como veremos más adelante—, a efectos de asegurar el cumplimiento de los servicios públicos que brinda el Estado a la ciudadanía, con el objetivo de garantizar el Estado de derecho en el que viven.

De esta manera, la actividad pública representa una relación jurídica de las funcionarias y los funcionarios públicos con el Estado,

en la medida en que será a través de su actuación que posibiliten el funcionamiento de la Administración pública, en el entendido de que esta puede ser variante, según cada Estado y de acuerdo con su sistema político.

Así, podemos indicar que la Administración pública es un sistema meramente autónomo que va en sentido contrario a lo que dicta el sistema político, puesto que su organización está estrechamente interconectada con la sociedad para atender sus necesidades de diferente índole (como pueden ser económicas o políticas), pero que se reducen a lo social. Bajo esa perspectiva ideológica, el jurista alemán Niklas Luhmann (2014) indica puntualmente lo siguiente:

La administración —y con ello entendemos aquí todos los procesos de decisión organizados y programados en el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial— es aquel ámbito del sistema político que se ha diferenciado dinámicamente y se ha hecho autónomo más tempranamente desde el punto de vista histórico y con mayor intensidad en los resultados. Lo que ahora puede ser la política no se produce sino a partir de esta diferenciación dinámica de la burocracia. (p. 131)

Entonces, desde el enfoque sistemático conviene decir que, en la Administración pública, las dependencias administrativas no solo están sujetas a las estructuras normativas que rigen en el país, sino también al sistema político que detenta el ejercicio del poder, con el fin de respaldar ciertas actividades del Gobierno y, así, mantener las formalidades institucionales del Estado. Asimismo, la imperiosa necesidad de garantizar el funcionamiento/cumplimiento de la institucionalidad gira en torno a la premisa de que perdure el orden público, para que la función pública gubernamental fortalezca los cimientos, el Estado de derecho, en que reposa la Administración pública.

### 3. METODOLOGÍA

La metodología empleada para el análisis del presente escrito toma como sustento la teoría de sistemas del jurista alemán Niklas Luhmann, particularmente el tema de la administración, el cual plasma en su obra *Sociología política*.

Bajo esa perspectiva ideológica, si concebimos que todos los objetos que se encuentran a nuestro alrededor forman parte de un sistema de referencia —pese a que esto puede ser relativo en la medida en que la teoría sistemática así lo enuncia, es importante indicar también que la forma de ver el universo en el que vivimos e interactuamos se supedita a la forma de ver y analizar del observador—, nos permitirá demostrar que la Administración pública no solamente es un sistema autónomo, sino que su operatividad en el interior de las instituciones del Estado actúa sistemáticamente, pero de forma abierta.

En ese tenor, Luhmann (2014) menciona:

La autonomía y un potencial de comunicación observable son presupuestos para que la administración pueda concentrarse en su función específica de elaboración de decisiones correctas y para que, con ello, pueda rendir una contribución propia a la función en la sociedad del sistema político. A la comprensión de la administración moderna le pertenece, por tanto, una consideración de las estrategias con las que la autonomía y el potencial de comunicación de la administración pueden verse incrementados. (pp. 148-149)

Por su parte, María Elena Álvarez de Vicencio (2005), citando al historiador Friedrich Meinecke, indica puntualmente lo siguiente:

Toda acción política que tuviera como finalidad la salvaguarda del gobierno, del orden jurídico, económico, ecológico o material, pero que no mirara por el bien del hombre, no solo no sería razón de Estado, sino que estaría directamente en contra de la razón de

Estado: sería una acción plenamente contraria a la naturaleza y fines de la comunidad política y, por tanto, no solo no será benéfica, sino completamente reprobable. (p. 48)

En consecuencia, la Administración pública al estar inmiscuida en la complejidad de redes dentro de más redes, deja de adquirir su sentido autónomo para convertirse en un sistema abierto, en donde la existencia de otros elementos sistemáticos (de interés del sistema político) perturba la naturaleza de este sistema. Esta situación propicia que difícilmente pueda funcionar de modo correcto, en aras de brindar a las ciudadanas y los ciudadanos mejores servicios y de calidad, en cuanto a lo que es su objetivo en un Estado de derecho.

#### **4. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL**

La definición del concepto de Administración pública es polisémica, es decir, adquiere diversos significados, según la postura del autor y de la disciplina científica desde la que se esté analizando.

De acuerdo con María del Carmen Pardo (2016):

Es un campo disciplinario y profesional, vivo y actuante; es un elemento indisoluble del Estado y es la herramienta fundamental con que cuentan los gobiernos para lograr incidir en un equilibrio social más justo. Sus transformaciones han sido espectaculares, aunque sus resultados no han ofrecido lo que al menos en términos de expectativas se esperaba de ellas. Sin embargo, no existe en el desarrollo social una mejor alternativa para lograr recortar la distancia entre los que tienen más y tienen menos. Lo que es necesario hacer es reconocer que solo la administración pública ofrece esta posibilidad, por lo que es necesario otorgarle el lugar que le corresponde en el desarrollo político de las distintas formaciones sociales existentes, para que tanto desde el mirador teórico como del práctico logre seguir aportando ideas y soluciones. (p. 154)

Por su parte, Jorge Fernández Ruiz (2006) concibe a la Administración pública como el

conjunto de áreas del sector público del Estado que, mediante el ejercicio de la función administrativa, la prestación de los servicios públicos, la ejecución de las obras públicas y la realización de otras actividades socioeconómicas de interés público, trata de lograr los fines del Estado. (p. 281)

De acuerdo con lo anterior, la Administración pública ha sido objeto de múltiples atropellos por las perturbaciones (ineficiencias) del sistema político. Aunque es claro que dicho sistema administrativo puede concebirse como un sistema autónomo diferenciado del sistema político, toda vez que es a partir de su autonomía que la Administración pública debe ser imparcial ante las alteraciones de aquellos que aspiran/ostentan el ejercicio del poder en un país que pretende ser un Estado de derecho.

Este proceso de diferenciación entre los sistemas administrativo y político será el principio de la dicotomía política-administración pues, con base en lo que dicta el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (2017), «la administración pública debe ser imparcial, impersonal, profesional, despolitizada y meritocrática. En esta visión instrumental, las decisiones las toman los políticos y la administración pública solo las implementa de forma neutral y eficiente» (De la Paz, 2017, p. 22).

## **5. ARQUITECTURA NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL EN DEFENSA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN MÉXICO**

En México, el derecho a la función pública no ha sido reconocido en la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cambio a nivel internacional quien sí lo ha hecho es la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José, que en su artículo 23, relativo a los derechos políticos, indica lo siguiente:

**Artículo 23. Derechos Políticos**

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
  - a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
  - b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
  - c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1981)

En el Estado mexicano, nuestro máximo tribunal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó en su Amparo en Revisión 1475/98, primero, que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentra por encima de cualquier ley nacional e internacional, es decir, prevalece la supremacía constitucional en México; y, segundo, que las leyes emitidas por el H. Congreso de la Unión y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte están posicionados en un plano secundario.

De esta manera se demuestra, como se dijo en un inicio del primer epígrafe, que existe una constitucionalización del derecho internacional, puesto que en México el derecho a la función pública se supedita al contenido o la ausencia que haya en la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por lo tanto, la interpretación respecto al Amparo en Revisión 1475/98, realizada en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es defectuosa porque no atiende los estándares de índole internacional.

Ante esta situación, Manuel Becerra Ramírez et al. (2000) indican:

Dijimos que es «defectuosa» porque esta formulación no da respuesta a los diferentes fenómenos de la realidad internacional. En principio, la fórmula de la Constitución omite las normas consuetudinarias que también son fuentes del derecho internacional; además, no toma en cuenta otro tipo de actos internacionales como las sentencias, los acuerdos ejecutivos y las resoluciones que dicten los organismos jurisdiccionales internacionales. Tampoco resuelve, en el ámbito interno, la prelación entre la diferente normatividad jurídica (Constitución, tratados, leyes federales, leyes locales). (pp. 169-170)

En México, por tanto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no otorga el derecho a la función pública, pese a la existencia de otros ordenamientos jurídicos de orden secundario que posibilitan aparentemente el correcto funcionamiento de la Administración pública en nuestro país. Esta normativa de carácter secundario se constituye por las siguientes leyes:

- a) Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal
- b) Ley Federal de Austeridad
- c) Ley General de Responsabilidades Administrativas
- d) Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público
- e) Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública
- f) Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos

Esto, a su vez, evidencia también que la creación de las normas jurídicas en el Estado mexicano, por parte de las legisladoras y los legisladores, difícilmente se da en respuesta a las necesidades de índole social para garantizar el Estado de derecho, sino mediante procesos legislativos positivizados (meramente jurídicos) que se generan para legitimarse como máxima.

## **6. LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO INDICADOR DE UNA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Actualmente, la función pública representa un enorme desafío para el correcto funcionamiento de la Administración pública en México, no solo por los intereses que tiene el sistema político, que obstaculizan por completo su operatividad en aras de favorecer a la ciudadanía, ahora también porque las operadoras y los operadores del derecho (legisladores) deben mantener el contacto directo con la sociedad, cuyo objetivo consiste en que esa complejidad administrativa se pueda configurar a partir de la satisfacción de las necesidades sociales.

De satisfacer las necesidades sociales en el ámbito de la Administración pública, se puede indicar que la función pública —a pesar de que no sea un derecho otorgado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos— se convierte en un derecho implícito, por así decirlo, en la medida en que las relaciones del Estado para con la sociedad se materializan en una serie de actividades que favorecen la función pública y, a su vez, la función legislativa.

Esto quiere decir que si los dos sistemas (función pública y función legislativa) son funcionales en pro de la sociedad, se garantizan las relaciones entre el Estado y la sociedad, que son operativamente funcionales cuando se alude a un Estado de derecho. En ese orden de ideas, Janeyri Boyer Carrera (2019) resalta lo siguiente:

Dicho de otro modo, función pública equivale a organización (dimensión orgánica), a funciones, facultades, competencias, atribuciones o actividades (dimensión funcional) y a personas al servicio de dicha organización (dimensión personal). Esta triple dimensión quiere decir que el poder y las funciones se atribuyen a los cargos ubicados en entidades públicas, pero son las personas quienes lo ejercen y materializan en actos concretos. (pp. 21-22)

En ese sentido, es absurdo hablar de la diferenciación entre sistemas, sin embargo, en el contexto mexicano es imprescindible hacer tal distinción, a fin de resaltar que la función pública no es exclusiva del Poder Legislativo, sino también están inmiscuidos los poderes Ejecutivo y Judicial e incluso es posible agregar la administrativa de las instituciones del Estado en determinado contexto jurisdiccional.

Janeyri Boyer Carrera (2019) refiere que

Las funciones gubernativa, legislativa, jurisdiccional y administrativa son funciones públicas. Los actos de sus titulares —tanto una resolución suprema, como una ley, una sentencia judicial o un acto administrativo— son manifestaciones de poder público en la medida que tienen el poder de crear, modificar, o revocar situaciones jurídicas.

No resulta equivalente hablar de función pública y administrativa. Toda función administrativa es función pública, pero no toda función pública es función administrativa. (p. 22)

El cumplimiento de las funciones por parte del personal en la Administración pública en México, en otras palabras, el cumplimiento del rol que se le ha conferido a las servidoras y los servidores públicos en el ejercicio de su cargo —independientemente del sistema político— garantiza una no-obstaculización del sistema de la Administración pública en el país, por supuesto, con su capacitación constante para evitar la violación a los derechos humanos a la ciudadanía por las acciones o las omisiones cometidas.

Asimismo, como alude Jorge Fernández Ruiz (2018):

Entre los derechos humanos difusos, considerados como de tercera generación, figura el derecho a una buena Administración, correlacionado en México con la obligación impuesta, por disposición constitucional, de contribuir a los gastos públicos, deber derivado de la idea fundamental del pacto social —que en la teoría voluntarista da origen al Leviatán—: consiste en que todos debemos sacrificar parte de nuestros bienes, libertades y derechos para contribuir a la existencia y sobrevivencia del Estado, cuyo *telos* se alcanza, en buena medida, por medio de la Administración pública, entendible como el conjunto de áreas del sector público del Estado que mediante el ejercicio de la función administrativa, la prestación de los servicios públicos, la ejecución de las obras públicas y la realización de otras actividades socioeconómicas de interés público, trata de lograr los fines del Estado, propósito inalcanzable sin una estructura racional y un funcionamiento idóneo. (pp. 129-130)

## 7. CONCLUSIONES

En la actualidad, la Administración pública debe concebirse como un ente potencialmente comunicacional del Estado, toda vez que su interconexión sistemática no se supedita a un poder como es el Legislativo, sino también se relaciona con los poderes Ejecutivo y Judicial, los cuales interactúan como un todo unificado administrativamente.

De esta manera, es importante referir que cuando la Administración pública funciona adecuadamente, en beneficio de la sociedad, y no es obstaculizada por los intereses subyacentes del sistema político, entonces, podemos indicar que existe un derecho a la función pública, pese a que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no otorgue esa titularidad, y sí el derecho internacional, justamente la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 23, numeral I, subincisos a, b, c, y el numeral II.

El no reconocimiento del derecho a la función pública en el máximo ordenamiento jurídico mexicano evidencia que la función pública no es un derecho, pues el contexto en el que se desempeña la Administración pública está sumamente fracturado por la corrupción; fenómeno que ha lacerado con severidad a la sociedad en todos sus rubros. Sin embargo, para que el Estado mexicano cumpla, aparentemente en su totalidad, con lo determinado por los estándares internacionales de los que forma parte, dispuso, en el Amparo en Revisión 1475/98, que se velara por mantener la supremacía constitucional y pasaran a un plano secundario todas las leyes emitidas por el H. Congreso de la Unión y los tratados internacionales celebrados por el presidente de la república.

Finalmente, cuando hablamos de un derecho a la función pública en el ejercicio de la institucionalidad mexicana, nos referimos a la oportunidad que tienen las ciudadanas y los ciudadanos de beneficiarse de los programas y los servicios que brinda el Estado, a fin de garantizar el Estado de derecho en el que —reitero— aparentemente vivimos. Esto significa que la Administración pública, como sistema autónomo, debe enfrentarse a un nuevo paradigma en el que los gobiernos, con independencia del partido de que se trate, fortalezcan su autonomía, principalmente la de los órganos que nos brindan información respecto a la transparencia y el acceso a la información pública. Ello atendiendo no solo los criterios normativos del derecho interno, sino también internacionalmente desde una totalidad interconectada e integrada, en aras de mantener la vigencia del Estado de derecho.

## REFERENCIAS

Álvarez de Vicencio, M. E. (2005). *La ética en la función pública. Una propuesta para combatir la corrupción institucional en México*. Instituto Nacional de las Mujeres; Secretaría de la Función Pública.

- Becerra, M., Carpizo, J. y Corzo, E. (2000). Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución federal (amparo en revisión 1475/98). *Cuestiones Constitucionales*, (3), 169-208. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2000.3.5601>
- Boyer, J. (2019). *El derecho de la función pública y el servicio civil. Nociones fundamentales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (1981, 7 de mayo). Convención Americana sobre Derechos Humanos. [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion\\_ADH.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion_ADH.pdf)
- De la Paz, J. G. (2017). *Introducción a la Administración pública mexicana. Manual del participante*. Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.
- Fernández, J. (2006). *Derecho administrativo y administración pública*. Porrúa.
- Fernández, J. (2018). Inserción del derecho a una buena Administración pública en la nómina de derechos fundamentales. En J. G. Vallarta (coord.), *Paradigmas del derecho administrativo en el siglo XXI* (pp. 105-136). Instituto de Administración Pública de Jalisco.
- Luhmann, N. (2014). *Sociología política*. Trotta.
- Pardo, M. del C. (2016). *Una introducción a la administración pública*. Colegio de México.

## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 173-214

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u14i18.82

# El delito de omisión de asistencia familiar: análisis del tipo objetivo

The crime of failure to provide family assistance: *actus reus* analysis



NICOLÁS BALDINO MAYER  
Universidad de Buenos Aires  
(Buenos Aires, Argentina)

Contacto: nbaldino@derecho.uba.ar  
<https://orcid.org/0000-0002-8995-119X>

DAVID GUSTAVO ROMERO BASURCO  
Ilustre Colegio de Abogados de Tacna  
(Tacna, Perú)

Contacto: basurcodavid@gmail.com  
<https://orcid.org/0000-0003-4837-1188>

### RESUMEN

El presente artículo se desarrolla luego de advertir que existe confusión sobre cuál sería el bien jurídico protegido por el delito de omisión a la asistencia familiar, esto es, si se refiere a la familia, a la integridad personal del alimentista o a la administración de justicia. Una vez determinado el ámbito de protección, se analizará el concepto de «estado de necesidad» como el riesgo alimentario, se definirán los límites de aplicabilidad del tipo penal sobre potenciales escenarios, se analizará si se trata de un delito de omisión

propia o impropia, así como los elementos que componen el tipo objetivo, y finalmente se considerarán algunos problemas de imputación objetiva. La justificación del trabajo radica en otorgar criterios claros que faciliten la argumentación y la uniformidad en las decisiones judiciales.

**Palabras clave:** pensión de alimentos; omisión de asistencia familiar; delito de peligro abstracto; riesgo alimentario.

**Términos de indización:** pensión; derecho de la familia; bienestar de la infancia; sanción penal (Fuente: Tesaurus Unesco).

## ABSTRACT

This article is developed after pointing out that there is a confusion about what would be the legally protected right in the crime of failure to provide family assistance, that is, the personal integrity of the supported minor or the administration of justice. Once the scope of protection has been determined, the concept of «state of necessity» as the food risk will be analyzed, and the limits of applicability of the criminal type on potential scenarios will be defined. Finally, this article will analyze whether it is a crime of own omission or negligent omission, as well as the elements that make up the actus reus, and will consider some objective accusation issues. The justification for this work lies in providing clear criteria that facilitate the argumentation and uniformity in judicial decisions.

**Key words:** child support; failure to provide family assistance; crime of abstract risk; food risk.

**Indexing terms:** pensions; family law; child welfare; penal sanctions (Source: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 01/10/2022

**Revisado:** 31/10/2022

**Aceptado:** 07/11/2022

**Publicado en línea:** 07/12/2022

**Financiamiento:** Autofinanciado.

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

**Revisores del artículo:**

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)  
jpalominom@unmsm.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

Sandro Alberto Núñez Paz (Universidad de Lima, Perú)  
snunez@ulima.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho alimentario viene siendo objeto de numerosos análisis en la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia. A su vez, existe una búsqueda constante de mecanismos para incentivar el cumplimiento de la obligación alimenticia, especialmente cuando se tratan los casos de menores de edad, por la trascendencia que tiene para sus vidas y la sociedad en su conjunto. En tal sentido, frente al incumplimiento deliberado del progenitor obligado, la norma tipifica el delito de omisión a la asistencia familiar, y es aplicable el proceso inmediato conforme al artículo 446 inciso 4 del Nuevo Código Procesal Penal.

Sobre el particular, el Anuario Estadístico del Ministerio Público del año 2021 (2022) ha evidenciado que el número de casos por dicho delito resulta de los más elevados, se registraron 62 975 casos en el año 2018, 68 385 en el año 2019, 22 211 en el año 2020 (disminución presumiblemente a causa de la pandemia por la COVID-19) y 49 122 en el año 2021, este último representó el 88.23 % del total de los delitos contra la familia (p. 59).

Dentro de dicho contexto, si bien es cierto que, por la situación apremiante en la que se encuentra la mayoría de los alimentistas, resulta necesario imprimir celeridad en el proceso penal, ello no puede justificar que se dejen de lado las garantías constitucionales que lo revisten, máxime cuando se trata de una vía de *ultima ratio*.

En tal sentido, muchos casos han derivado en que la acusación fiscal se sustente tan solo en la verificación del cumplimiento del requerimiento de pago de la liquidación de pensiones devengadas, y cualquier otro cuestionamiento efectuado por el imputado, como puede ser la falta de capacidad económica, la inexistencia del estado de necesidad, el desconocimiento de la sentencia de alimentos o la impugnación de la paternidad sustentada en una prueba de ADN, sea una discusión que se considere de competencia exclusiva del fuero civil.

Otra cuestión sobre la que pondremos especial énfasis está referida a determinar qué bien jurídico se estaría afectando en el supuesto de incumplimiento del pago de los alimentos a favor de alimentistas mayores de edad que siguen estudios exitosos y que en principio se encuentran en capacidad de valerse por sí mismos; o el caso de las sentencias que se expidieron cuando el alimentista era menor de edad y posteriormente, al adquirir la mayoría de edad, no se verificó si se encontraba inmerso en alguna de las causales establecidas legalmente para que continúe vigente el pago de la pensión a su favor.

Frente a la problemática expuesta, no pretendemos caer en una argumentación simplista, debido a que si bien abogamos por el derecho de los alimentistas, comprendemos igualmente las consecuencias de la responsabilidad penal sobre la vida de los individuos; por tal motivo, a través de un análisis dogmático se ofrecerán herramientas útiles para una adecuada interpretación del tipo penal de omisión a la asistencia familiar.

Finalmente, el presente artículo busca abrir el debate sobre temas que merecen mayor desarrollo doctrinario, lo que servirá de base para un correcto ejercicio de la acción penal respecto de uno de los delitos con mayor registro de casos anuales. Cabe precisar que nos centraremos en las obligaciones alimentarias en las relaciones

paterno-filiales a fin de verificar si efectivamente todos los supuestos de incumplimiento revisten igual gravedad y deben ser objeto de persecución penal.

## **2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

El tipo base del delito de omisión de prestación de alimentos está regulado en el artículo 149 del Código Penal, capítulo IV: Omisión de asistencia familiar, título III: Delitos contra la familia, donde se establece:

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

Respecto al mencionado delito nos encontramos con distintas posiciones sobre cuál sería el bien jurídico protegido. Podríamos decir que es uno de los delitos donde se han presentado los posicionamientos más variados en cuanto a su definición, situación que reviste vital importancia puesto que afecta a toda la estructura típica, en otras palabras, definir qué o a quién se pretende proteger resultará esencial para entender el referido tipo penal.

### **2.1. La familia como bien jurídico colectivo**

Al ser este el título del Código Penal al que pertenece el delito bajo estudio, gran parte de la doctrina ha identificado a la familia como el bien jurídico protegido. No obstante, para entender en qué consiste el bien jurídico «familia», en primer lugar debemos desentrañar las características de los bienes jurídicos colectivos.

Las primeras nociones que encontramos de bien jurídico podemos adjudicárselas a Feuerbach, quien creía que el objeto de protección del derecho penal eran los derechos de los súbditos y del

Estado (citado por Villegas, 2009, p. 9). En la teoría de la lesión al derecho subjetivo de Feuerbach, el límite estaba dado por la religión y la moral. De todos modos, desde los orígenes del derecho moderno podemos concebir una definición del bien jurídico que abarca un núcleo fundamental dado por los derechos subjetivos individuales, a partir de los cuales toda normativa debe ir dirigida hacia ellos. Dentro de esta concepción el derecho protege una realidad preexistente: al hombre que, organizado en sociedad, instrumentaliza un régimen jurídico en función de sí mismo.

Desde esta concepción liberal, para explicar la expansión de la intervención del poder punitivo, fueron necesarias distintas redefiniciones en torno al bien jurídico, hasta límites peligrosos para los derechos subjetivos individuales. Es así como, desde los derechos colectivos, se han ampliado ámbitos de protección cada vez más difusos e inteligibles.

Respecto a los bienes jurídicos colectivos, Birnbaum los llamaría «delitos en contra del ser colectivo» (citado por Villegas, 2009, p. 10), entendidos como aquellos que protegen intereses de toda la sociedad. En esta tendencia Villegas (2009) refiere:

En la concepción de Binding el bien jurídico es todo lo que, aun no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente, por lo que se entiende que la protección penal de los bienes colectivos dependerá de la voluntad del legislador al incluirlos en la ley penal. (p. 10)

Bajo esta concepción, la colectividad se transformaría en el titular de todos los bienes (Maurach, 1995, p. 337).

Como podemos apreciar, las consideraciones en torno a los bienes jurídicos colectivos ajenos o muy distanciados al individuo no son nuevas. Existe un acuerdo general acerca de la necesidad de una definición de los bienes jurídicos delimitada a un «contenido

material del interés social en preservarlos» (de esta forma nos aseguramos de que necesariamente estos puedan ser determinados).

Entre las distinciones que se realizan sobre los bienes jurídicos individuales y los colectivos encontramos la concepción de bien jurídico como «relación social», para la cual los individuales son aquellos que están destinados a las bases de existencia del sistema, y los colectivos al funcionamiento del sistema. En realidad, los primeros se refieren a relaciones «microsociales», mientras que los segundos a relaciones «macrosociales».

Bustos (1987) diferencia tres niveles entre los bienes jurídicos colectivos:

- Los bienes jurídicos colectivos: son los que aseguran las bases de existencia del sistema social. Están presentes en el quehacer cotidiano y pueden impedir la efectividad de los bienes jurídicos individuales (medio ambiente, libre competencia, erario público, etc.).
- Los bienes jurídicos institucionales: son aquellos que permiten la interrelación entre los individuos (Administración pública, fe pública, etc.).
- Los bienes jurídicos de control: son aquellos que sirven para asegurar el poder del Estado (seguridad pública) (pp. 474-475).

Para el autor, a cada bien jurídico individual le corresponde uno colectivo destinado a profundizar la satisfacción de las necesidades de índole personal. Son instrumentales a los primeros, por ende, nunca deberán ser sobrevalorados por encima de aquellos.

Por otra parte, Regis (2008) distingue los bienes jurídicos según su titularidad en individuales y metaindividuales. Los bienes individuales los dispondrá la persona física, mientras que los metaindividuales afectan a un grupo de personas o a toda la colectividad. A su vez, los bienes metaindividuales se clasifican en:

- Bienes jurídicos institucionales: la tutela se encuentra intermedia por el Estado, y hacen a su funcionamiento más básico (ej. Administración pública).
- Bienes jurídicos colectivos: afectan a un grupo determinado de personas (salud pública, seguridad pública, etc.).
- Bienes jurídicos difusos: son plurales e independientes, concernientes a toda la colectividad (patrimonio cultural, orden económico, medioambiente, etc.).

Más allá de la distinción a la que podamos adherirnos, nos parece que la única forma en que pueda concebirse un bien jurídico colectivo, que merezca protección penal, debe referirse al hombre como último destinatario de protección. De otro modo, se concebiría al hombre como un instrumento para proteger a un «ídolo» llamado «orden» (sea cual sea el contenido y las buenas intenciones involucradas en la construcción de esta entelequia).

Por ende, en el caso del delito de omisión a la asistencia familiar, debe entenderse a la «familia» como un conjunto concreto de personas unidas a través de un vínculo de afecto existente, y no un ídolo social al cual debemos brindar pleitesía.

A fin de que el tipo penal no degenera más allá de su marco de protección, tenemos que sostener que el bien jurídico protegido, de ser un bien jurídico colectivo, debe entenderse como el que afecta a los integrantes concretos que hacen parte del vínculo familiar afectado o, en todo caso, a los integrantes de la familia que puedan verse afectados por la acción dañosa del sujeto activo.

## **2.2. La integridad personal del alimentista**

Desde otra posición, podemos sostener que el bien jurídico afectado es la persona en concreto como sujeto pasivo/víctima de la falta de asistencia económica, pues el aporte económico que se realiza está destinado de manera íntegra a la subsistencia del

acreedor alimentario. En este supuesto podemos decir que existe un ataque en concreto sobre su seguridad alimentaria, ya sea en una faz lesiva, o de peligro.

No obstante lo expuesto, en ocasiones se excede el marco protector de la relación de familia, y se establece que la integridad personal del alimentista debe protegerse más allá de dicho vínculo social y jurídico. Es el caso de las sentencias condenatorias que colocan énfasis en la protección del alimentista menor de edad, fundamentando dicha posición en el interés superior del niño (bien jurídico que desplaza al de familia).

Tal criterio de protección, por ejemplo, fue considerado en el fundamento 22 del voto discordante de las juezas supremas Pacheco y Aquis de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2020a) en la Revisión de Sentencia n.º 222-2016-Junín:

Sobre el particular, este Tribunal Supremo, en su labor hermenéutica, debe asimilar las fuentes nacionales a las internacionales y, para el caso, es pertinente el principio de protección del interés superior del niño, niña y adolescentes, el cual presupone que sus derechos fundamentales tengan fuerza normativa superior al momento de legislarse una norma y en el acto de interpretación de esta.

En este caso, el derecho-deber alimentario del niño (agraviado), que ha sido reconocido en una sentencia judicial firme, está irradiado por el principio del interés superior del niño e investido de una fuerza normativa que lo convierte en «vértice de la interpretación» de sus derechos, al momento de tomar una decisión judicial [...].

Otros, en cambio, colocan la nota distintiva en el vínculo familiar, en tanto que la integridad personal adquiere un nuevo significado al provenir la lesión o puesta en peligro de un miembro del colectivo familiar. En consecuencia, la afectación no se produce

sobre un grupo de personas en concreto o en abstracto, sino sobre uno de sus integrantes. Mientras el bien jurídico «familia» es un bien jurídico colectivo, el acá analizado es un bien jurídico individual.

Esta última parece ser la posición adoptada por nuestra Corte Suprema al tratar de darle una concreción más fáctica a la obligación alimentaria, entendiendo como requisito/consecuencia, para que se encuentre afectado el bien jurídico protegido, a la lesión o puesta en peligro de la existencia o seguridad alimentaria de sus destinatarios. En dicho sentido se ha expresado en el Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116, fundamento jurídico 14 B, indicando:

Los delitos de omisión de asistencia familiar vulneran las obligaciones civiles impuestas a quienes tienen familia y lesionan y/o ponen en peligro, por los actos abusivos de aquellos, la propia existencia y demás condiciones de vida de los alimentistas, limitando sensiblemente su derecho de participación social. En consecuencia, el ámbito de protección se funda en la «seguridad» de los propios integrantes de la familia, basadas en deberes asistenciales y cuya infracción es la base del reproche penal. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016)

De este modo, existe una toma de posición respecto a que los bienes jurídicos no deben consistir en meras normas violentadas cuando aquellas no poseen una concreción material, una lesión o puesta en peligro en la realidad fáctica, pues dicha realidad no está referida a la afectación de un grupo como tal, sino a la de sus integrantes como individuos pertenecientes a un grupo (la familia). Podemos, por ende, identificar un bien jurídico individual afectado.

### **2.3. La administración de justicia**

Una tercera posición, no siempre explicitada, encuentra en el delito de omisión de asistencia familiar un delito que ataca el normal

desenvolvimiento de la administración de justicia o la buena fe procesal (al estilo de un delito de desobediencia a la autoridad). Desde esta perspectiva, el bien jurídico consiste en la irrefragabilidad de un mandato judicial que establece la obligación de prestar alimentos.

Al respecto en el auto de calificación del recurso de casación n.º 1496-2018-Lima, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2019) expresamente identificó al delito de omisión de asistencia familiar como una suerte de delito de desobediencia, al manifestar: «El tipo penal de omisión de asistencia familiar es una forma de desobediencia a la autoridad judicial que determinó el pago de una pensión de alimentos» (considerando 2.4 a).

En el mismo sentido, la Corte en la Revisión de Sentencia n.º 580-2019-Junín, a pesar de no asimilar el delito de omisión de asistencia familiar al delito de desobediencia a la autoridad, parece identificar como bien jurídico protegido a la mera obligación patrimonial impuesta en una sentencia, rechazando la relación de parentesco como relevante en la tipicidad de este. Es así que la obligación establecida por una sentencia, y en tanto aquella exista, sustenta la normativa penal, y su mero incumplimiento fundamenta la sanción penal. Al respecto ha sostenido en el fundamento cuarto:

**Es preciso que se omita cumplir la resolución judicial debidamente emitida y puesta a conocimiento del agente para configurar la conducta delictiva.** Es un delito de peligro. La víctima no requiere probar que sufrió algún daño con la conducta omisiva del sujeto activo. **Es suficiente que se constate que este último omitió dolosamente su obligación de alimentos, establecida judicialmente, para perfeccionar el ilícito.**

La obligación alimentaria no está determinada, exclusivamente por la relación de parentesco, es decir, porque se trate de cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos, de acuerdo con el artículo 474 del Código Civil.

**El aludido vínculo no integra la tipicidad objetiva del delito de incumplimiento de obligación alimenticia.** Lo que da lugar a establecer que, incluso, si no se demuestra la consanguinidad entre uno y otro, de todos modos, puede configurarse el ilícito, si la carga de alimentos deviene de lo preceptuado por las instituciones del ordenamiento civil [énfasis añadido]. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2022)

Nótese que lo protegido resulta ser la relación jurídica establecida por una resolución judicial más allá del concepto de familia, definida desde un enfoque en el cual adquiere entidad propia. Tal criterio también fue sustentado en el fundamento 16 del voto discordante de las juezas supremas Pacheco y Aquire en la Revisión de Sentencia n.º 222-2016-Junín:

No obstante, los mencionados medios de prueba no tienen virtualidad probatoria suficiente para determinar la inocencia del accionante, en tanto que, pese a no ser el padre biológico del menor agraviado, el hecho por el que fue condenado sigue siendo objeto de subsunción típica en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria, previsto en el artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal. Según ya se sustentó, **su consumación no radica en el vínculo biológico con el acreedor alimentario, sino en el incumplimiento doloso de lo ordenado mediante una sentencia con carácter de cosa juzgada que fijó la prestación de alimentos** [énfasis añadido]. Para que dichos medios de prueba surtan efecto y acrediten su inocencia, deben haber tenido eficacia probatoria en el proceso civil que determinó la obligación alimentaria, cuya decisión no puede ser anulada en sus efectos en sede penal. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2020a).

En concordancia con lo dicho, se tiene el siguiente fundamento expuesto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Revisión de Sentencia n.º 85-2016-Huancavelica:

6.1. El delito contra la familia en la modalidad de omisión a la asistencia familiar, por el que fue investigado y sancionado el demandante se configura cuando el agente dolosamente omite cumplir con la obligación de prestar alimentos fijada previamente en una resolución judicial firme emitida en la vía civil. **El tipo penal no solo exige la identificación de una relación biológica de parentesco de padre-hijo entre el imputado y el agraviado (imputado/víctima); sino que, además, de la misma debe surgir una obligación alimentaria reconocida y declarada por autoridad judicial competente [énfasis añadido], la cual el agente incumple dolosamente.** (Corte Suprema de Justicia de la República, 2017)

Por lo expuesto, lo que estaríamos protegiendo es una sentencia que impone una obligación alimentaria, no necesariamente proveniente de una relación de familia, ni tampoco resulta esencial dicho concepto para la configuración del delito, ni jurídico, ni sociológico. El vínculo jurídico adquiere entidad propia y se vuelve merecedor de protección penal desde que él mismo ha sido fijado por una sentencia judicial. La consecuencia lógica de ello es que el bien jurídico protegido se vuelve la administración de justicia.

### **3. DELITO DE OMISIÓN PROPIA O IMPROPIA**

La mayor parte de la doctrina sostiene que el delito bajo análisis es un delito de omisión propia, dado que el mandato ordenado, e incumplido, se efectiviza en el verbo típico receptado por la norma (no cumplir), o bien porque se encuentra expresamente tipificado. Otros, en cambio, lo identifican como un delito de omisión impropia, dada la posición de garante del obligado alimentante establecida por la norma y que hace a la estructura de este tipo de delitos.

Sobre este punto, la doctrina ha utilizado distintos criterios definitorios para diferenciar una omisión propia de una impropia, a saber:

- Desde una concepción, se ha llamado a los delitos de omisión impropios como delitos de comisión por (o mediante) omisión. Estos se han definido, en realidad, como comisivos, o asimilables a tal, y se ha utilizado la omisión solo como un medio para cometerlas (con ello se ha violentado en realidad una norma prohibitiva). Por ende, se ha presentado parte de la estructura de los tipos comisivos, a diferencia de los delitos propios de omisión, donde la acción consiste en sustraerse de una norma imperativa.
- Otros autores colocan la nota distintiva en el sujeto activo. Los delitos de omisión propia son aquellos en donde cualquier persona que se encuentre en la situación típica puede resultar alcanzada por la norma imperativa, mientras que los delitos de omisión impropia son *delicta propria*, en donde el sujeto activo se encuentra en una «posición de garante» solo a partir de determinados supuestos (la ley, un hecho previo, un contrato, etc).
- Existe, por otra parte, la posición que coloca la nota distintiva en el resultado del tipo penal, y sostiene que los delitos propios de omisión no requieren la evitación o la lesión al bien jurídico, se acaba el delito con la violación al mandato de acción de la norma; en tanto que los delitos de omisión impropia requieren evitar la producción del resultado.
- Finalmente, otros identifican la esencia de la impropiedad en el aspecto formal, esta reside en la falta de tipificación del delito de omisión por la ley penal y resulta una tarea de construcción su estructura típica.

Asimismo, podemos identificar tres supuestos respecto a la tipificación de los delitos impropios de omisión: no se encuentran tipificados; se encuentran tipificados, pero tan solo con una cláusula general; se encuentra tipificada la posición de garante que sustenta la norma imperativa y configura el tipo objetivo. Respecto

a las primeras dos circunstancias, doctrinariamente se discute la validez constitucional de dicha práctica legislativa, por resultar una construcción por analogía del tipo penal que debe realizar el juez, la cual no queda salvada de inconstitucionalidad, dado que la analogía no deja de ser tal porque la ley la habilite (Zaffaroni et al., 2006, p. 448). Es importante recordar que en nuestro régimen jurídico la figura de la omisión impropia se encuentra contemplada a través de la cláusula genérica establecida en el artículo 13 del Código Penal.

No obstante la expresa mención de la omisión impropia para la construcción de tipos penales omisivos no escritos, también existen en la norma tipos penales de omisión impropia escritos si colocamos en el autor la norma distintiva entre las dos especies de delitos omisivos. En dicho sentido, y conforme una de las definiciones realizadas, se puede identificar al tipo de omisión de asistencia familiar como un delito de omisión impropia escrito, donde existe un vínculo entre el bien jurídico y el autor del delito generado por su posición de garante derivada de la ley (la obligación alimentaria) y de una conducta precedente (la responsabilidad parental). Bajo esta postura, la posición de garante encuentra su origen en la patria potestad, y las obligaciones que de aquella surgen (específicamente la de prestar alimentos). En cambio, desde una perspectiva formalista, este delito resulta ser de omisión propia, dado que su estructura típica está expresamente establecida y descrita en la norma.

Una discusión más acuciante en este punto será dilucidar si el tipo penal requiere un resultado o peligro que deba ser demostrado en el mundo fáctico, o bien no. Desde un derecho penal protector de los bienes jurídicos, y entendiendo al resultado como la afectación a un bien jurídico, para que exista armonía con el principio de lesividad, el delito bajo estudio requerirá una lesión, o al menos puesta en peligro, concreta o abstracta, sobre el bien jurídico protegido. Una interpretación que postule un divorcio entre la realidad

y la construcción del tipo penal, que prescinda del bien jurídico protegido, debe ser rechazada a la luz de los principios constitucionales que rigen la materia.

Según si se entiende que el tipo penal resulta ser de omisión propia o de omisión impropia, la estructura típica del delito contendrá diferentes elementos. Si comprendemos que el delito de omisión de asistencia familiar es un delito de omisión propia, para la mayor parte de la doctrina estaría conformado por tres elementos objetivos esenciales: «1) Situación típica generadora de un deber de actuar; 2) No realización de la acción mandada; 3) Posibilidad material de realizar la acción» (Molina, 2013, pp. 212-213).

Los delitos de omisión propia son entendidos, para quienes sostienen esta estructura típica, como delitos de mera actividad, o equiparables a estos, en tanto no es necesario un resultado para la configuración típica (razón por la cual no se requiere la producción del resultado, ni el nexo de evitación entre la omisión de la conducta ordenada y dicha lesión o puesta en peligro del bien jurídico).

En cambio, si entendemos que el tipo penal resulta ser de omisión impropia, los elementos objetivos esenciales del tipo serían: «1) Situación típica generadora de un deber de actuar; 2) No realización de la acción mandada; 3) Posibilidad material de realizar la acción; 4) Producción del resultado típico; 5) Nexo de evitación y 6) Posición de garante» (Molina, 2013, p. 213).

Dado que dentro de nuestro criterio estos delitos, así como todos, requieren una afectación a un bien jurídico, en función del principio de lesividad, no podríamos sostener que tenemos que desprendernos totalmente del resultado y del nexo de evitación para los tipos penales omisivos; de manera que dicha estructura puede resultar no del todo correcta, y distintas han sido las propuestas para evitar el divorcio entre los tipos penales de omisión propia y el resultado lesivo que requiere todo tipo penal para que aquel no resulte cuestionable en cuanto a su constitucionalidad.

## 4. EL TIPO OBJETIVO

Conforme a lo que hemos planteado, realizaremos una descripción de los elementos del tipo objetivo y las principales problemáticas que presenta en los delitos de omisión de asistencia familiar.

### 4.1. En búsqueda de la lesión al bien jurídico en los delitos de peligro abstracto

Una propuesta para incorporar la lesividad a los delitos omisivos se encuentra vinculada con introducir el elemento resultado a través del análisis *ex post* de la acción mandada, y si esta efectivamente habría podido evitar el resultado lesivo. En estos casos se puede prescindir el tratar de manera conjunta los elementos de posibilidad objetiva de la acción y la causalidad en la omisión, pues aquellos se sobreponen al análisis de la potencialidad *ex post* lesiva de la omisión. Al respecto, Jakobs y Struensee (1998) señalan que

La posibilidad individual de realizar la acción posible en concreto se sigue situando aún como requisito independiente, junto a la denominada causalidad de la omisión. Pero en el ámbito objetivo, la cuestión de la causalidad de la omisión es idéntica a la cuestión de la posibilidad objetiva de la acción. La denominada causalidad de la omisión —adaptando la teoría de la equivalencia— se indaga sobre la base de una hipótesis: ¿habría evitado el resultado típico la acción posible para el obligado? Con lo cual se pone de manifiesto que es absurdo considerar como requisitos cumulativos (distintos) la cuestión de la posibilidad objetiva de la acción y la de la causalidad de la omisión. (p. 81)

De este modo, el resultado también tendrá una incidencia en estos casos, con ello se respetará el principio de lesividad. En dicho sentido, efectuando un análisis *ex post*, si la omisión mandada de todos modos no podría haber impactado en el resultado, puesto que ninguna acción del sujeto lo habría impedido, no existiría una omisión de evitación del resultado.

No obstante lo mencionado, nos parece que en realidad estas categorías deben permanecer incólumes en la estructura típica de los delitos de omisión propia. Por tal motivo, utilizar un análisis *ex ante* para los delitos de omisión propia, y un análisis *ex post* para los delitos de omisión impropia resulta lo más adecuado para el estudio de los tipos omisivos. De ello no se origina necesariamente un abandono del resultado lesivo en los casos de delitos omisivos propios; los delitos de omisión propia son de peligro abstracto, y los de omisión impropia, de resultados.

Sobre el particular Zaffaroni et al. (2006) sostienen:

el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente, y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que solo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que, en estos últimos, siempre debe haber existido una situación de riesgo, de lesión en el mundo real. (p. 375)

En concordancia con ello, se han elaborado distintas fórmulas que receptan la lesividad del injusto penal en los delitos de peligro abstracto. Específicamente, dentro de estos, se pueden diferenciar los delitos de aptitud abstracta, también llamados de «peligro abstracto concreto» por Schröder (1967, citado por Cerezo, 2002, p. 48), y los delitos de «peligro abstracto puros» (ambas especies del mismo género).

En los primeros debe verificarse esta categoría relativa a la idoneidad *ex ante* para generar el resultado lesivo, prescindiendo incluso de que el bien jurídico efectivamente llegue a entrar en el radio de acción; lo importante es que el resultado aparezca como no absolutamente improbable, vale decir, la acción era peligrosa (Cerezo, 2002, p. 49). En cambio, para los segundos, existe total ausencia de aptitud lesiva de la acción sobre el bien jurídico. Es decir, en estos delitos, para un espectador objetivo, *ex ante*, la

acción no tiene potencialidad por sí misma para producir la lesión del bien jurídico (existe una mera subsunción en la descripción del tipo legal).

Mientras los primeros pueden ser aceptados, porque existe una vinculación entre la acción y el resultado, en el caso del segundo ello aparece como desvinculado, pues el tipo penal exige una mera adhesión a la norma violentada (un delito de mera desobediencia a la ley). Hasta cierto punto, podemos denotar la diferencia en el grado de probabilidad de concreción de dicho peligro en un resultado. Mientras que en el primero se nos aparece como posible, en algún punto y desde una perspectiva *ex ante*, en el segundo se nos aparece como cuasinulo.

Una fórmula parecida a la mencionada ha sido la de peligro abstracto formal y peligro abstracto material, los primeros tipos penales son aquellos que no afectan bien jurídico alguno desde las reglas de la experiencia, mientras que las segundas sí. En dicho sentido, hay un análisis de la idoneidad del peligro.

A modo de ejemplificar lo dicho, la tenencia de un arma de fuego guardada en un cajón de una casa sin la debida autorización muy improbablemente tenga la potencialidad de colocar en riesgo bien jurídico alguno, la norma penal impone una mera adhesión a la prohibición de no portar armas sin autorización; desvinculación del resultado que sería del todo inadmisibles para un derecho penal respetuoso del principio de lesividad. En cambio, conducir en estado de ebriedad y por el carril de sentido contrario constituye una acción peligrosa, aún si en concreto en ese momento no transitaban vehículos ni personas por el lugar (hecho que podría aparecer como plausible).

En el caso analizado, la omisión de asistencia familiar, en principio, aparece como un delito de peligro de aptitud abstracta, o bien llamado de peligro abstracto concreto, en tanto resulta plausible la

potencialidad dañosa para la integridad personal del alimentista, más allá de que en concreto alguien pueda estar supliendo dicha necesidad (por ejemplo, el otro progenitor, otros familiares, o incluso allegados del alimentista). En vista del principio de confianza, no debe proponerse, en el lugar del obligado, y desde un análisis *ex ante*, que alguien más cubrirá su obligación de alimentos como algo absolutamente probable (ya que dichos agentes estarían realizando una acción de manera voluntaria y hasta fuera del rol normativo, pues el cuidado del alimentista, en el caso de los progenitores, les corresponde a ambos y no exclusivamente a uno solo de ellos).

#### **4.2. El «estado de necesidad» entendido como «riesgo alimentario»**

Si entendemos que el marco protector del delito bajo análisis apunta a la protección de la familia, consistente en brindar la mínima asistencia a aquel sujeto, dentro de su seno, que posee un estado de necesidad del cual debemos ocuparnos, será necesario introducir como elemento objetivo del tipo penal el «estado de necesidad» del alimentista entendido como el riesgo alimentario.

En estos casos se requiere la amenaza de afectación al bien jurídico, la cual en realidad, casi siempre, se encontrará acabada con la falta de pago de la pensión.

En cuanto a la probanza del vínculo entre el accionar y el peligro generado, el solo hecho de existir un alimentista que impulsa el cumplimiento de una pensión de alimentos puede resultar prueba suficiente, con el grado de presunción *iuris tantum*, de que aquel está en riesgo alimentario, ya sea este real o en abstracto concreto. Dado que la norma, en el caso del menor de edad o del mayor de edad que no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causa de una incapacidad física o mental, los considera inhabilitados, sea total o parcialmente, del ejercicio comercial y laboral,

supuesto totalmente distinto al del alimentista mayor de edad que se encuentra cursando estudios exitosos, lo que será profundizado como tema aparte.

En este sentido, respetando el *telos* de la norma, siempre se presupone el peligro alimentario. Es así que, para los menores de edad, entendiendo que se encuentran en pleno desarrollo y no tienen desplegadas aún todas sus capacidades para enfrentar por sí mismos el mundo laboral, la norma confiere la obligación de asistencia a los progenitores. Sobre este punto, debemos recordar que en realidad no se trata de una presunción *iuris et de iure*, dado que estas no resultan admisibles para el derecho penal (Zaffaroni et al., 2006, p. 375) (aunque puedan llegar a existir en el derecho civil para dar por acreditado el estado de necesidad), sino que más bien es una consecuencia del mismo marco regulatorio.

Con base en lo señalado, podemos afirmar que el ordenamiento jurídico tiene una función de orientación y organización social. La sociedad organizada posee como proyecto de vida modelo que, previo a los dieciocho años, el individuo se desarrolle física y psíquicamente, y atraviese una formación académica, civil y profesional que lo prepare para la vida en comunidad, a través de determinadas habilidades sociales y laborales que se espera que adquiera en dicho período de formación. Es por ello que el ordenamiento jurídico le asigna derechos y obligaciones bien diferenciados que funcionan de facilitadores para esta formación, y al mismo tiempo constituyen obstáculos, desde un punto de vista jurídico, para un desenvolvimiento en la vida adulta a la cual no está llamado a transitar aún. En dicho sentido, la responsabilidad penal de los menores de dieciocho años es diferencial, se establece la obligatoriedad de la escolarización del menor, este todavía no posee derechos electorales, aún no tiene plena capacidad para suscribir un contrato laboral no formativo. La responsabilidad por los daños contractuales, laborales y penales es más agravante cuando la víctima es un

menor (adicionalmente por la menor capacidad que se presume de este, frente a una asimetría de poder respecto a la contraparte mayor de edad). Es por todo ello que, sin realizar una presunción *iuris et de iure*, en concreto, dentro de nuestro régimen jurídico, el menor de edad es una persona desprotegida, incapacitada aún para desplegar todas las facultades civiles y laborales que lo conduzcan a la obtención de una seguridad alimentaria plena, a diferencia de un mayor de edad capaz, quien normativamente se encuentra habilitado para desempeñarse en dichos ámbitos.

El menor posee, conforme a sus capacidades diferenciadas, menos derechos para ejercitar su vida laboral y social que los mayores de edad (todo ello sustentado en la necesidad de que sus esfuerzos se concentren en su pleno desarrollo), por lo que dicha vulnerabilidad no resulta presunta, sino establecida por ley. De otra parte, en el caso del hijo mayor de edad incapaz, existen determinadas causales que pueden ser temporales o permanentes, que le impiden el ejercicio de sus capacidades para asegurar su medio de vida.

Es por todo ello que el estado de necesidad juega acá el papel de delimitar un aspecto de la realidad especialmente conflictivo, consistente en cubrir las necesidades básicas de quien, por su propia cuenta, no logra alcanzar dicho objetivo; y sobre este, a nivel penal, existe una presunción *iuris tantum* que surge del propio ordenamiento jurídico y del hecho que peticionó una pensión de alimentos en el marco de un proceso civil.

El estado de necesidad en este delito siempre debe ser material y nunca espiritual o moral. El hecho no se basa en un simple abandono del vínculo afectivo, sino en la desprotección alimentaria consistente en dejar de pagar los alimentos a un individuo que fácticamente, y por ley, posee menos capacidades para valerse por sí mismo.

### 4.3. El sujeto activo

El tipo penal de omisión a la asistencia familiar es un *delicta propria*, dado que aquel solo puede ser cometido por ciertas personas (en contraposición de los *delicta comunia*, que puede cometerlos cualquiera).

En este tipo penal pueden existir dos posturas respecto a la identidad del sujeto activo. Si entendemos que el delito de omisión a la asistencia familiar es un especial delito de desobediencia agravado, entonces el sujeto activo será aquel que incumpla una sentencia de obligación alimenticia.

En cambio, si entendemos que el tipo penal es un delito que protege a bienes jurídicos del alimentista, o de la familia a la cual pertenece, el sujeto activo será aquel que, en función del vínculo familiar, se encuentra obligado a pagar una pensión de alimentos.

En definitiva, la respuesta se encontrará en el pragma conflictivo que abarca la norma. Se está penalizando el hecho de no cumplir con la pensión de alimentos debida en favor del alimentista y en función de la relación familiar preexistente, o se desea penalizar el incumplimiento de una sentencia judicial.

Dado que desde nuestra concepción es un delito que nace del vínculo familiar, para que el obligado revista la calidad de sujeto activo, necesariamente debe existir un vínculo familiar. En el caso de las relaciones paterno-filiales, al ser el riesgo alimentario del alimentista el bien jurídico afectado, la vocación alimentaria del padre sustenta el tipo penal. El obligado posee una obligación en función de que se encuentra ligado al sujeto alimentante, ya sea mediante un vínculo biológico o jurídico familiar, debemos presuponer que el tipo penal exige la comprobación de dicho vínculo familiar para que aquel quede configurado.

Será precisamente el ejercicio de la decisión procreacional, o de adopción, uno de los fundamentos que sustenta la posición de

garante del obligado frente al alimentista. De manera tal que, aún si no consideramos que el tipo penal resulta ser un delito de omisión impropia, se introducen estos elementos para acreditar la calidad que requiere el sujeto activo, no existe por ello mayor diferencia en este punto respecto al delito de omisión propia.

#### 4.3.1. El problema de la impugnación de paternidad

Nos detendremos brevemente sobre este punto, que bien puede ser objeto de una investigación más profunda, en vista de la gran confusión e incluso contradicción que existe en la jurisprudencia sobre cuál debería ser el proceder del aparato punitivo frente a la impugnación de la paternidad basada en una prueba de ADN que acredita la inexistencia del vínculo biológico entre el imputado y la parte agraviada.

Cuando nos encontramos frente a una sentencia que reconoce o extingue un estado de familia paterno filial consanguíneo, este nunca resulta ser constitutivo, sino meramente declarativo. Las sentencias declarativas, a diferencia de las constitutivas, tienen efectos retroactivos al momento en que se produce la relación jurídica que aquella reconoce o desconoce (Belluscio, 1974, pp. 81-83). A tal conclusión también llegó la Corte Suprema en la Casación n.º 2151-2016-Junín, último párrafo del fundamento sexto, donde señala expresamente:

En ese orden de ideas, el reconocimiento deviene en un acto declarativo, de eficacia retroactiva, ya que el reconocido es considerado como hijo desde la concepción y no desde el momento en que este se efectúa, por lo que al invocar la anulación o impugnación del reconocimiento se retrotraen los efectos. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2018)

En dicho sentido, si existe una circunstancia que aún no ha sido resuelta, a los fines declarativos, por medio de una sentencia judicial respecto al estado de familia, ello no significa que este no

se ha visto modificado. Por tal motivo, cuando se impugna en sede civil un estado de familia, y se plantea como argumento de defensa en sede penal, este debe ser receptado, pues no se puede imponer una obligación propia del estado de familia a aquella persona que ya no se encuentra alcanzada por aquel. Cabe precisar que la sola existencia de una prueba de ADN no desvincula a la persona de la relación familiar, sino que esta debe exteriorizar su voluntad denunciando el vicio en el acto de reconocimiento.

El problema deviene en el hecho de conciliar la comunicación existente entre los institutos de fondo con institutos de forma, en donde el conflicto social que recepta la norma penal puede ser cambiante. El presente caso podrá ejemplificar dicha situación. Supongamos que un progenitor fue engañado y se entera de que en realidad el hijo extramatrimonial reconocido no resulta ser de su consanguinidad, lo cual motiva una acción de impugnación de la paternidad. Dicho progenitor, al mismo tiempo, es imputado por el delito de omisión a la asistencia familiar por la falta de pago de una deuda alimenticia. El juez penal competente decide absolverlo, al resultarle contundente la prueba presentada para acreditar que dicho hijo no es suyo, y que aquel desconocía por completo tal situación, puesto que ni bien tomó conocimiento del hecho, decidió entablar la acción pertinente. Posteriormente, luego de la sentencia absolutoria, el imputado cambia de parecer respecto al proceso iniciado en sede civil y decide desistir de la pretensión. Como consecuencia de ello no se encuentra conmovido su estado familiar y, por ende, permanece invariable su estatus de progenitor (que a su vez no podrá volver a cuestionar), y específicamente de progenitor obligado a pagar una pensión de alimentos. A su vez, en función de la garantía *ne bis in idem*, no podrá volver a ser procesado ni mucho menos condenado por el hecho del cual fue absuelto.

La finalidad de la norma es desmotivar el actuar del progenitor que incumple su obligación alimentaria, pero por otra parte el estatus de progenitor puede verse conmovido en un determinado plazo,

en aquellos casos donde toma conocimiento de que en realidad no resulta ser el padre de su hijo, y actúa conforme a ello incoando la acción respectiva. En realidad, en el caso bajo estudio, podríamos sostener que la decisión no resulta negativa si se tiene en cuenta que, adicionalmente, el potencial error en el cual incurrió el progenitor que desconocía no ser el padre fue motivado en razón del engaño sufrido por el otro progenitor, de lo cual no puede resultar una consecuencia penal. Asimismo, al descubrirse este engaño, el progenitor engañado que exhibe judicialmente su voluntad de desvincularse del estado de familia, no debe sufrir una pena vinculada a una obligación que surge de un reconocimiento viciado. En todo caso, si aquel decide desistir de la pretensión, y por ende quedar definitivamente constituido en calidad de padre, ello debe tener consecuencias penales solo *a posteriori* (para las subsiguientes pensiones de alimentos), de modo que el derecho penal no se vuelva un instrumento de una acción disvaliosa (la del progenitor que engaña).

No obstante lo expuesto, si la impugnación de paternidad constituyó una herramienta para torcer la decisión judicial, cuando en realidad de antemano conocía sobre la inexistencia de la relación genética y su intención nunca fue colocar en crisis su estado de familia, sino simplemente deshacerse de la responsabilidad penal, su actuar puede resultar subsumido en el delito de fraude procesal. Sin embargo, por el principio de confianza que debe regir en la materia, inicialmente y sin mayor sustento, no podemos asumirlo como un mecanismo de desvinculación del proceso penal, pues ello implicaría suponer que la persona estaría cometiendo fraude procesal sin poseer indicios que nos conduzcan a dicha presunción (una inversión del principio de inocencia). En consecuencia, la absolucón podría sustentarse únicamente en el *in dubio pro reo* respecto al estado de familia, del cual surge la obligación alimentaria, y no de la certeza de su no existencia.

Finalmente, otra institución procesal que puede servir para evitar dicho problema sería la suspensión de la prescripción de la acción penal, entendiendo que la continuación del proceso penal depende de lo que se resuelva en sede civil, ello conforme al artículo 84 del Código Penal, por lo que, de plantearse una cuestión prejudicial, esta deberá ser amparada. Decisión que resultaría conforme al principio de legalidad y de seguridad jurídica que aquel debe seguir; impidiendo así una sentencia que podría llegar a ser contradictoria, e impulsar una acción penal en contra de una persona que no solo es inocente, sino que adicionalmente sería víctima de un hecho ilícito. Más aberrante que dejar impune a una persona que trata de eludir la responsabilidad penal a través de determinados institutos procesales, es perseguir y condenar a una persona que resulta inocente. En dicho sentido, institutos como el recurso de revisión no están pensados para ser aplicados frente a hechos que son perfectamente predecibles y cognoscibles durante el proceso, sino más bien para hechos sobrevinientes.

#### **4.4. El sujeto pasivo**

Respecto al sujeto pasivo podemos adoptar distintos criterios según cuál sea el bien jurídico que entendamos protegido por el tipo penal de omisión de asistencia familiar. Dentro de las posturas formuladas podemos identificar a dos sujetos colectivos (el Estado y la familia) y uno individual (el alimentista).

Si entendemos que el bien jurídico protegido es la administración de justicia, o la institución de la familia, el sujeto pasivo será la sociedad en su conjunto, el Estado es su titular.

En cambio, si entendemos que el bien jurídico protegido es la organización familiar sobre la cual el alimentista es integrante, o el patrimonio familiar, el sujeto pasivo será la familia en cuanto conjunto de integrantes unidos por relaciones familiares.

Finalmente, si identificamos el bien jurídico protegido en la seguridad alimentaria (integridad personal), o incluso en el patrimonio del alimentista, el sujeto pasivo será el alimentista.

También podemos identificar a aquellos que definen al tipo penal de omisión de asistencia familiar como un delito pluriofensivo, de modo tal que el sujeto pasivo puede ser una combinación entre estos tres sujetos: el Estado, la familia y el alimentista.

#### 4.5. La capacidad de obrar

Un tema adicional sobre el tipo penal resulta ser la acreditación de la capacidad de obrar por parte del sujeto activo. En este sentido, la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116 ha expresado que

Es claro que tales elementos no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria —la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que se pena no es el «no poder cumplir», sino el «no querer cumplir». (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016, f. j. 15.º)

Este elemento del tipo penal también ha sido denominado en la Revisión de Sentencia n.º 154-2019-Lima como la «posibilidad psicofísica de realizar la conducta ordenada» (Corte Suprema de Justicia de la República, 2020b, considerando octavo).

Tal criterio ha sido precisado por la Corte al calificar el recurso de casación n.º 1496-2018-Lima, indicando textualmente:

**d.** La justicia penal, luego de la comunicación oficial respecto al incumplimiento del pago de la pensión de alimentos, no es la idónea para una en la que se analice la situación económica del imputado y revocar o dejar sin efecto un fallo expedido en sede civil, **salvo imposibilidad material de hacerlo** [énfasis añadido], la cual no fue probada durante juicio. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, considerando segundo)

Por lo expuesto, la jurisprudencia ha restringido el análisis en el proceso penal, no a la capacidad económica concreta para cumplir con la obligación alimentaria, sino a la potencialidad de que esta pueda ser cumplida. En tal sentido, solo podría eximirse de su responsabilidad penal por la imposibilidad material de cumplimiento debidamente acreditada y no así, por ejemplo, por la insolvencia generada de su propio actuar. Ello guarda coincidencia con la teoría de la *actio libera in causa* y que además podría constituir un agravante en caso se demuestre que actuó de manera dolosa para perjudicar al alimentista.

A modo de ejemplo de imposibilidad material, podemos mencionar la sentencia de la 3.<sup>a</sup> Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el Expediente n.º 02945-2016-24-0401-JR-PE-01, que declaró infundada la apelación del Ministerio Público y confirmó la sentencia absolutoria en un caso donde el acusado demostró objetivamente que padecía una discapacidad de carácter permanente a causa de un accidente, por lo cual estaba impedido de cumplir con la obligación alimenticia.

Otra problemática que podemos traer a colación en cuanto a la capacidad de obrar, está en función del bien jurídico protegido, ello se puede advertir en el supuesto de una sentencia de la cual el sujeto activo no había tomado conocimiento. En el caso de que lo central sea el incumplimiento de la sentencia que impone la obligación, podemos concluir que no se encuentra acreditada su capacidad de cumplimiento si aquel demuestra que efectivamente nunca ha podido ser notificado de esta, lo cual vuelve atípica la acción, por carecer de un elemento objetivo del tipo penal. En cambio si lo central resulta ser la asistencia familiar, pese a que el sujeto activo no haya sido debidamente notificado, si aquel nunca asistió al alimentista, quedará acreditada su capacidad de asistencia dado que su obligación era previa a la sentencia, y aquella solo constituye un elemento normativo de recorte. El tema resulta particularmente

complejo debido a que en la práctica judicial algunos imputados alegan que recién toman conocimiento de la sentencia de alimentos cuando son requisitorizados en el proceso penal, pese a que en sede civil se les tuvo por bien notificados.

#### 4.6. La resolución judicial

El tipo penal recepta como elemento normativo de recorte que la obligación de alimentos haya sido fijada por una resolución judicial. Cabe precisar que el término «resolución» refiere únicamente a «autos» y «sentencias», estas son las únicas resoluciones que requieren motivación, a diferencia de los decretos de mero trámite y, por ende, pueden establecer el pago de una obligación alimentaria.

Al respecto, de lo señalado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Casación n.º 1977-2019 Lima Norte, se desprende que además de la resolución que establece la obligación alimentaria, como puede ser la sentencia, para que se configure el delito, debe haberse incumplido una resolución que requiera el pago de las pensiones adeudadas notificada al demandado bajo apercibimiento de denuncia penal. En tal sentido, también podemos citar el siguiente fundamento de la misma Sala Penal en la Revisión de Sentencia n.º 154-2019-Lima:

**Decimosexto.** Ahora bien, como se señaló previamente, se aprecia que la decisión judicial que establece la pensión de alimentos que deberá abonar el demandante no es aquella que motiva (ante su incumplimiento) la comisión del delito materia de autos, sino que se requiere para ello la existencia y aprobación de una liquidación de alimentos devengados y que deban ser requeridos al obligado para su cumplimiento. Siendo así, **recién con el incumplimiento de este requerimiento** se habrá configurado el delito de omisión de asistencia familiar. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2020b).

Una crítica que suele hacerse es que se estarían agregando más elementos al tipo penal de los señalados en el artículo 149 del Código Penal, puesto que además de la resolución que establece la obligación alimentaria, se añade que debe existir una resolución que requiere el pago de los devengados bajo apercibimiento expreso de denuncia penal. Al respecto se puede objetar que la sola existencia de la sentencia hace que el progenitor obligado tenga conocimiento de la obligación a su cargo y del delito en que ha incurrido por su incumplimiento. Sin embargo, entendemos que la resolución que aprueba el monto de la liquidación y requiere el pago sirve como una suerte de recorte a fin de que el demandado tome conocimiento del monto total que adeuda y que deberá abonar dentro de un determinado plazo para no ser procesado penalmente, convirtiéndose así en una forma de agotar los mecanismos civiles antes de acudir a la vía penal que, como señalamos, resulta de *ultima ratio*.

## **5. ALGUNOS PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA**

Si, por un lado, el peligro sobre el bien jurídico debe ser consecuencia del accionar delictivo, también lo tiene que ser en términos de reprochabilidad jurídica (según una consideración valorativa). De este modo, tendremos determinados supuestos tratados bajo la teoría de la imputación objetiva, no obstante haber quedado configurado el tipo penal objetivo sistemático, que puede no resultar imputable al sujeto activo en términos de producción de un peligro no permitido concretizado en un resultado. Otros autores como Zaffaroni et al. (2006) en su lugar introducen un nuevo marco analítico llamado «función conglobante» del tipo objetivo, en el cual receptan dichos supuestos como casos en donde existe ausencia de lesividad en el resultado, o dominabilidad del curso causal por parte del sujeto activo (pp. 454-455). Al requerir en el tipo penal

en cuestión un peligro abstracto concreto, como fuera desarrollado, analizaremos algunos supuestos donde se puede discutir si la acción típica resulta objetivamente imputable al autor de esta.

### **5.1. El caso del alimentista sostenido económicamente por otras personas**

Este supuesto resulta ser, en realidad, un falso caso de falta de lesividad, pues la afectación al bien jurídico consiste en colocar en riesgo alimentario al alimentista, más allá de que en concreto alguien pueda estar supliendo dicha necesidad (ya sea el otro progenitor, un familiar o un tercero ajeno). Al ser dicha acción del todo voluntaria y discrecional, en nada puede meritarse para evaluar el riesgo alimentario. Vale aclarar que aún si la persona que esté haciéndose cargo de los gastos del alimentista fuese millonaria, ello no podría interpretarse como una eliminación del peligro descrito, dado que dicha persona no se encuentra obligada a cubrir lo que el progenitor obligado no paga y por ende no resulta absolutamente improbable el cese de dicha acción, permaneciendo incólume el estado de riesgo alimentario.

Tal como señalamos, no debe de suponerse, desde un análisis *ex ante*, que alguien más cubrirá la obligación de alimentos como algo absolutamente probable, por lo que el peligro abstracto aún en estos casos se encuentra acreditado.

### **5.2. El caso del alimentista mayor de edad y capaz**

Como venimos sosteniendo, el delito de omisión de asistencia familiar no recepta cualquier conflicto de pensión de alimentos, ni de obligación civil, sino uno muy específico que surge del estado de necesidad que no ha sido atendido por el obligado a pagar por sentencia judicial. Dicho estado de necesidad, como fuera mencionado, se encuentra acreditado en el juicio de alimentos, por el hecho de la minoridad, o en el caso del mayor de edad, por haber

acreditado su discapacidad física o mental que no le permite asumir su sostenimiento material.

No obstante lo mencionado, existe otra pensión de alimentos regulada por el Código Civil para las relaciones paterno-filiales, que no encuentra su sustento en estado de necesidad alguno, y por ende su determinación no surge de este. En un anterior trabajo de investigación (Baldino y Romero, 2021), por medio de una interpretación sistemática, teleológica y gramatical de la norma, se planteó que el fundamento de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de dieciocho años que cursan estudios exitosos, no se encontraba en el estado de necesidad, pues estos sí se hallan en capacidad de incorporarse al mercado laboral y hacerse de los bienes para la satisfacción de sus necesidades. Se trata en realidad de una asignación de dinero destinada al fomento de la formación superior, por lo que su cuantificación tampoco se realiza basándose en estado de necesidad alguno, sino que se fija en función de criterios académicos y circunstancias de vida en los cuales se dé dicha formación.

Puesto que la norma penal no ha querido regular el fomento a la educación superior, sino superar el estado de necesidad presente o potencial de un miembro del grupo familiar, asumiendo este como el bien jurídico protegido, desde una interpretación teleológica de la norma, no podemos encontrar respaldo para sostener la configuración del delito de omisión en estos casos.

En el supuesto descrito, frente al desentendimiento del progenitor obligado, el alimentista mayor de edad se encontraría en posibilidad de buscar alguna fuente de ingresos y en el peor de los casos ello podría perjudicar su rendimiento académico u obligarlo a abandonar los estudios; sin embargo, de entender que dicho perjuicio debe ser evitado por medio de la persecución penal, estaríamos incorporando a la «formación educativa» como una suerte

de bien jurídico que puede ser objeto de protección con la tipificación del delito analizado, con lo cual se va diluyendo cada vez más el sentido de la norma.

Adicionalmente, la protección jurídica debe ser brindada siempre teniendo en cuenta la característica de subsidiariedad del derecho penal, puesto que, en primera instancia, es una tarea regulatoria de las otras ramas del derecho y solo reservada al campo penal allí donde la gravedad de los supuestos lo ameriten. En consecuencia, aquellos casos donde no se otorgan los recursos necesarios para fomentar la educación de una persona mayor de edad, capaz de valerse por sí misma, no reúnen los requisitos necesarios para justificar la intervención penal.

Asimismo, aún si consideráramos algún estado de necesidad subyacente en dicha obligación alimentaria, en estos casos resulta aplicable el principio de insignificancia penal como principio que hace a la entidad de la lesión que se persigue; no existiría, por ende, un conflicto penalmente relevante. Ello se relaciona con el principio *minima non curat praetor*.

El problema descrito puede complejizarse todavía más, esto debido a que en la actividad judicial una de las principales causas de saturación procesal en los juzgados de paz letrado puede ser atribuida a la gran cantidad de expedientes sobre alimentos que inician cada mes, aunado a que su tramitación no concluye con la sentencia, sino que su ejecución continúa hasta que se emite una sentencia de exoneración de alimentos, ello al amparo del artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, posición aceptada de forma unánime en el acuerdo del Pleno Jurisdiccional Distrital Familia Civil 2018 realizado en la Corte Superior de Justicia de Áncash.

En este supuesto tenemos a la sentencia de alimentos que se fijó cuando el alimentista era menor de edad y que continúa ejecutándose cuando este adquiere la mayoría de edad. En dicho proceso el alimentista únicamente se apersona con arreglo a ley subrogando

al progenitor que lo representaba; aunque no se verifica si se encuentra dentro de alguno de los supuestos establecidos legalmente para que continúe vigente la obligación alimenticia, con lo cual se deja expedito su derecho para continuar exigiendo que se liquiden las pensiones que se devenguen posteriormente, se aprueben estas y se requiera su pago bajo apercibimiento de denuncia penal. En tal sentido, se podría condenar al progenitor obligado, en mérito únicamente a la existencia de una sentencia de alimentos y no a que realmente subsista el derecho del alimentista mayor de edad.

La discusión en este punto se centra en cuál debería ser el proceder de la fiscalía y los órganos jurisdiccionales, en tanto, si se toma como bien jurídico afectado a la administración de justicia, el solo hecho de incumplir la resolución judicial dará lugar a que se proceda penalmente. No es poco usual que los juzgadores argumenten que no pueden analizar aquello que en la vía civil no ha sido objeto de discusión o no ha quedado sin efecto; no obstante, se estaría confundiendo la finalidad de los procesos. En el caso del derecho penal, además de los elementos objetivos del tipo penal, se requiere que exista la puesta en peligro del bien jurídico protegido, que como expusimos a lo largo del presente trabajo, está más acorde con la integridad personal del miembro del grupo familiar afectado y no así con la institución «administración de justicia».

### **5.3. El cumplimiento parcial de la obligación alimentaria**

En este punto nos ponemos en el supuesto del progenitor obligado que realizó pagos parciales de la obligación, en el entendido de que se trate de un monto elevado por concepto de pensión alimenticia fijada en función de su gran capacidad económica. Tal situación puede presentarse, por ejemplo, en el caso del dueño o accionista de una próspera empresa o aquel que, pese a no tener un trabajo estable, realiza algunos de forma temporal que le generan un fuerte flujo de ingresos y esto queda acreditado en el proceso de alimentos.

En principio, los alimentistas tienen derecho a seguir la suerte de sus progenitores y percibir una pensión acorde con el nivel de vida de aquellos; sin embargo, si afirmamos que debe existir un riesgo alimenticio para el alimentista, ello implicará que no todo incumplimiento quedará subsumido en el delito de omisión de asistencia familiar, sino solo aquellos supuestos de tal gravedad que no puedan ser contenidos por otros mecanismos del ordenamiento jurídico.

En dicho sentido, para el caso de cumplimiento parcial de las obligaciones alimentarias, lo relevante será dilucidar la magnitud del pago realizado. Si dicho monto asegura al alimentista una calidad mínima de vida y no se advierte otra situación que genere gastos extraordinarios, no podemos entender que exista riesgo para su seguridad alimentaria; o de considerar que exista, este resultaría mínimo.

#### **5.4. El caso del alimentista acaudalado**

Un supuesto extremo, dentro del proceso penal, que podría desvirtuar el estado de necesidad y superar la presunción *iuris tantum* a la que nos referimos, es el caso del alimentista que posee un caudal de recursos propios, y no ajeno (y por ende, sin riesgo de que aquel se encuentre sujeto a la discrecionalidad de un familiar, o de otra persona). En el caso de demostrarse objetivamente que dicho patrimonio le permite sustentar su medio de vida con holgura (sin riesgo a una eventual insolvencia), y sin la necesidad de que sobre aquel se integre un flujo de recursos económicos adicional, como puede ser la pensión de alimentos, no podemos considerar que queda configurado el injusto penal, por falta de afectación al bien jurídico.

Para que este supuesto quede configurado deben darse, a nuestro entender, determinados requisitos:

1. Los recursos deben ser del alimentista: si los recursos no son del alimentista entonces en realidad el riesgo alimentario resulta aún así patente, pues su medio de vida en realidad se encuentra sujeto a la voluntad discrecional de quien lo proporciona, sea este su otro progenitor, un familiar o un tercero ajeno a la familia.
2. Los recursos deben ser suficientes: los recursos deben ser suficientes para que el alimentista pueda satisfacer todas sus necesidades sin riesgo de insolventarse ni de tener que acudir al mercado laboral para conseguir su medio de vida (del cual, como advertimos, se encuentra desprovisto de las herramientas necesarias para integrarse).

## **6. CONCLUSIONES**

No existe algo así como el derecho a penalizar el mero incumplimiento de una resolución judicial. En tal supuesto, todo incumplimiento de una sentencia civil podría derivar en una sentencia penal, desdibujándose la finalidad del delito de omisión a la asistencia familiar.

Dentro de la gran discusión existente respecto a los delitos omisivos, y su estructura típica, siempre debemos tener presente que el derecho penal recepta un conflicto social. Específicamente, en el delito de omisión de asistencia familiar, el conflicto resulta ser la pretensión alimentaria en las relaciones de familia cuando existe un estado de necesidad por parte de alguno de sus miembros.

En el análisis de los tipos penales nunca debemos dejar de considerar que el derecho tiene una función personalista, dirigida a servir de instrumento a los servicios de las personas, y no al revés. De modo que nunca debemos desprendernos de la lesión al bien jurídico como parte esencial del pragma conflictivo del derecho penal.

El bien jurídico protegido en este tipo penal no es el Estado, ni mucho menos la obediencia a este, sino la frustración de aquel familiar que se encuentra en una situación de necesidad y tiene el derecho a encontrar resguardo en los pares a los que la norma obliga (por ser dicha obligación consecuencia de la decisión procreacional y la patria potestad, o un deber suscrito a través de un contrato matrimonial, o por principio de reciprocidad).

Asentando dichas bases respecto al bien jurídico protegido y la necesidad de su lesión como parte del conflicto receptado por la norma, el delito de omisión de asistencia familiar se nos aparece como un tipo penal de peligro abstracto de «aptitud abstracta» (o peligro abstracto concreto). Dicho marco teórico nos permite entender y manejar la lesión al bien jurídico, sin divorciarnos de las garantías constitucionales que resultan esenciales en un Estado constitucional de derecho.

Respecto al sujeto activo, se concluye que debe ser un familiar obligado, el tipo penal es un *delicta propria*, de manera que los problemas relativos a la impugnación de paternidad o anulabilidad del acto de reconocimiento, que se presentan en la práctica judicial, no pueden ser ignorados con la simple excusa de la imposibilidad procesal para tratarlos. En estos casos, no obstante, debemos destacar que si el padre no despliega la acción civil respectiva dentro del plazo habilitado por la ley, posteriormente no logrará desvincularse del estado de familia y, por ende, la obligación y la responsabilidad penal quedará indemne.

Respecto al sujeto pasivo, concluimos que, por el bien jurídico protegido, debe ser un familiar en estado de necesidad, que encuentra la lesión en el riesgo alimentario que implica el no pago de la obligación alimentaria.

Entendemos que exigir, además de la sentencia, una resolución de requerimiento de pago bajo apercibimiento expreso de denuncia

penal constituye un elemento de recorte, el cual reduce el rango de punibilidad del conflicto social, limitándolo a aquellos casos donde existe una resolución judicial que cuantifica claramente el monto de las pensiones adeudadas. Dicho requisito sería una consecuencia del principio de *ultima ratio* y subsidiariedad del derecho penal que trata de extremar la intervención penal solo a aquellos conflictos que resulten más graves, y donde las otras ramas jurídicas han agotado toda posibilidad de avanzar con el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Finalmente, se analizaron varios problemas de imputación objetiva (al considerar que debe existir un peligro alimentario como afectación al bien jurídico para la concreción del tipo penal). En dicho sentido, se concluyó que el caso del alimentista sostenido por terceros no excluye la tipicidad, dado que al ser dicha acción un acto voluntario frente al incumplimiento del obligado original, el riesgo alimentario no desaparece en su faz de peligro abstracto concreto, y no resulta absolutamente improbable el cese de dicha acción por parte del tercero. En cambio, en el caso del alimentista mayor de edad y capaz de valerse por sí mismo —ya sea que tenga menos de veintiocho años y esté cursando «estudios exitosos», sea mayor de dieciocho años y menor de veintiocho años y no esté siguiendo «estudios exitosos», o mayor de veintiocho años, sin que el progenitor, en estos dos últimos casos, haya solicitado la exoneración—, no se puede considerar alcanzado el resultado de apremio económico por el fin de la norma (el de asistir al que se encuentra en estado de necesidad por su incapacidad de asegurarse los medios de vida), y es adicionalmente un caso de insignificancia. A la misma conclusión logramos llegar para el caso del pago parcial, pero suficiente, de la obligación alimentaria (aquel que si bien no llega a cumplir en su totalidad la obligación alimentaria, su pago representa una suma suficiente para asegurar que el alimentista no correrá riesgo alimentario).

## REFERENCIAS

- Baldino, N. y Romero, D. G. (2021). Interpretación y criterios objetivos para determinar la pensión de alimentos basada en los «estudios exitosos». *Revista Oficial del Poder Judicial*, 13(16), 21-60. <https://doi.org/10.35292/ropj.v13i16.461>
- Belluscio, A. C. (1974). *Derecho de Familia. Tomo I. Parte general*. Depalma.
- Bustos, J. (1987). *Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932), control social y sistema penal*. Promociones y Publicaciones Universitarias.
- Cerezo, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal de riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (10), 47-72. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-10-5020&dsID=Documento.pdf>
- Corte Superior de Justicia de Áncash (2018). Pleno Jurisdiccional Distrital Familia Civil-2018. Áncash: 28 de septiembre de 2018. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d43dd18047750d33a3a1a31612471008/Escaneado+en+impresora+multifunci%C3%B3n+Xerox.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d43dd18047750d33a3a1a31612471008>
- Corte Superior de Justicia de Arequipa (2017). Expediente n.º 02945-2016-24-0401-JR-PE-01. Resolución n.º 08. Arequipa: 23 de agosto de 2017. <https://lpderecho.pe/omision-asistencia-familiar-capacidad-economica-elemento-estructural/>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2016). II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 2-2016/CIJ-116. Lima: 1 de junio de 2016.

- Corte Suprema de Justicia de la República (2017). Revisión de Sentencia n.º 85-2016-Huancavelica. Sala Penal Permanente. Lima: 29 de noviembre de 2017.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Casación n.º 2151-2016-Junín. Sala Civil Transitoria. Lima: 8 de enero de 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2019). Casación n.º 1496-2018-Lima. Sala Penal Permanente. Lima: 15 de marzo de 2019.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2020a). Revisión de Sentencia n.º 222-2016-Junín. Sala Penal Transitoria. Lima: 11 de septiembre de 2020.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2020b). Revisión de Sentencia n.º 154-2019-Lima. Sala Penal Permanente. Lima: 25 de noviembre de 2020.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2021). Casación n.º 1977-2019-Lima Norte. Sala Penal Permanente. Lima: 14 de julio de 2021.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2022). Revisión de Sentencia n.º 580-2019-Junín. Sala Penal Permanente. Lima: 5 de julio de 2022.
- Jakobs, G. y Struensee, E. (1998). *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Hammurabi.
- Maurach, R. (1995). *Derecho penal. Parte general*. Astrea.
- Ministerio Público (2022). Anuario Estadístico. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2912946/Anuario%20Estadistico%202021.pdf.pdf?v=1647375523>
- Molina, G. J. (2013). Delito de omisión de auxilio. ¿Un delito de peligro desvinculado totalmente del resultado? En C. S. Caramuti (coord.), *X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal* (pp. 211-226). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación

- Regis, L. (2008). El ambiente como bien jurídico penal: aspectos conceptuales y delimitadores. *Revista Penal*, (22), 109-124. <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11995/Ambiente.pdf?sequence=2>
- Villegas, E. A. (2009). Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales. [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20091207\\_03.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20091207_03.pdf)
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2006). *Manual de Derecho Penal. Parte general* (2.<sup>a</sup> ed.). Ediar.



## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 215-253

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i18.629

# La revocación de las disposiciones testamentarias. Un análisis comparativo del derecho peruano y el derecho cubano

Revocation of testamentary provisions. A comparative analysis between Peruvian law and Cuban law



LUIS ANDRÉS PELEGRINO TORAÑO  
Università degli Studi di Perugia  
(Perugia, Italia)

Contacto: [luisandres.pelegrinotorano@studenti.unipg.it](mailto:luisandres.pelegrinotorano@studenti.unipg.it)  
<https://orcid.org/0000-0002-1577-2287>

## RESUMEN

En el artículo se realiza un estudio comparativo entre el derecho peruano y el derecho cubano sobre la institución de la revocación de las disposiciones testamentarias. Se estudia, en ese orden, en ambos ordenamientos, y desde un enfoque que combina lo exegético con el análisis doctrinal y comparativo, la revocación como institución jurídica, sus características y sus formas, así como las falencias o lagunas normativas que existen en la materia en ambos sistemas normativos. El estudio arroja las notables diferencias entre ambos ordenamientos en la regulación de la revocación,

pese a la cercanía temporal de sus Códigos Civiles, así como la necesidad de modificaciones normativas en el caso cubano.

**Palabras clave:** revocación testamentaria; revocación tácita; revocación expresa; revocación material; reviviscencia del testamento revocado.

**Términos de indización:** derecho civil; derecho de la familia; Perú; Cuba (Fuente: Tesaurus Unesco).

### ABSTRACT

This article presents a comparative analysis between Peruvian law and Cuban law about the concept of revocation of testamentary provisions. This analysis is carried out in both legal systems, and studies, from an approach that combines the exegetical with the doctrinal and comparative analysis, the revocation as a legal concept, its characteristics and forms, as well as the gaps or regulatory gaps that exist in the Peruvian and Cuban law. The study shows the notable differences between both systems in the regulation of revocation, despite the similarities of their Civil Codes, as well as the need for regulatory reforms in the Cuban case.

**Key words:** testamentary revocation; implied revocation; revocation by act; revocation by testator; revival of the revoked will.

**Indexing terms:** civil law; family law; Peru; Cuba (Source: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 18/09/2022

**Revisado:** 31/10/2022

**Aceptado:** 07/11/2022

**Publicado en línea:** 07/12/2022

**Financiamiento:** Autofinanciado.

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

**Revisores del artículo:**

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)  
jpalominom@unmsm.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

Sandro Alberto Núñez Paz (Universidad de Lima, Perú)  
snunez@ulima.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

## **1. LA NECESIDAD DE UN ESTUDIO COMPARATIVO**

El ordenamiento jurídico cubano en los últimos años ha sido objeto de profundos cambios. El punto neurálgico de este proceso se encuentra en la promulgación de la nueva carta magna en el 2019; sin embargo, pese a tratarse de un proceso de amplio alcance, el Código Civil aún no ha sido objeto de reforma. Un primer paso en este aspecto se dará con la próxima aprobación del nuevo Código de las Familias, que conlleva una serie de modificaciones de gran trascendencia en el cuerpo de la ley civil fundamental, como consecuencia de los cambios jurídicos en las relaciones familiares. Empero, una reforma integral al Código Civil aún no se contempla oficialmente, pese a que constituye un reclamo de la comunidad jurídica y, sobre todo, una necesidad social.

El Código Civil cubano de 1987, junto con el peruano de 1984, está entre los tres últimos Códigos Civiles iberoamericanos del siglo XX, entre ellos se ubica temporalmente el paraguayo de 1985. A pesar de esta cercanía en el tiempo, existen notables diferencias entre ambas disposiciones normativas, acentuadas, en gran medida, por las condiciones políticas diversas de ambos Estados, así como por las influencias de corrientes doctrinarias y de ordenamientos jurídicos distintos. Mientras que en el Código Civil de Perú se hace notar el influjo del Codice Civile italiano de 1942, así como de la doctrina de este país (Guzmán, 2000); en el caso del cubano

es palpable la impronta del Código español vigente a la sazón en Cuba, del alemán de 1900, así como de aquellos de los países del extinto campo socialista de Europa del Este, como los de Checoslovaquia, Polonia y Rusia —los tres de 1964—, de Hungría de 1977 y de la República Democrática Alemana de 1975 (Pérez, 2000).

Pero esta influencia del derecho socialista de los países de Europa del Este, amparada a su vez en la ideología comunista imperante en el país, condicionó de forma palpable el papel regulador del Código Civil. La notable reducción de la actividad económica privada hizo suponer innecesaria una amplia regulación de este aspecto, y la ley civil de 1987 devino notablemente reducida, con omisión o carencia en la regulación de muchas instituciones jurídicas civiles. El legislador entendió que en la nueva sociedad el papel de los contratos entre privados, de la propiedad personal (únicamente entendida sobre aquellos bienes para uso personal o familiar, no para su explotación económica) y de la herencia, reducida por tanto a estos, se debía minimizar, y en consecuencia igual suerte corrió la ley que regula estas esferas.

Sin embargo, ante la nueva situación jurídica y económica del país, donde la autonomía económica privada cobra mayor relevancia, con los consecuentes efectos en el ámbito civil de las personas, es innegable la necesidad de una revisión del derecho privado en general y, dentro de ello, del derecho civil. Y es precisamente la materia del derecho de sucesiones la más minimizada en su regulación, con numerosas carencias y lagunas, que hacen necesaria su actualización. En este campo, la revocación de las disposiciones testamentarias es una de esas instituciones jurídicas que ofrece grandes problemáticas prácticas a causa de un tratamiento normativo deficiente, y que reclama ser perfeccionada; aspectos como los de la revocación tácita, la revocación de la revocación, o la revocación del contenido atípico del testamento son ejemplos de ello.

Sin lugar a dudas, los estudios jurídicos comparativos ofrecen importantes herramientas de conocimiento, útiles para extraer experiencias que iluminen sobre las mejores formas de establecer los cambios y las modificaciones normativas. Este es, en definitiva, el objetivo del presente trabajo, analizar de forma comparativa el modo en que el derecho peruano y el derecho cubano dan tratamiento a la revocación testamentaria, a fin de extraer las mejores experiencias de dos códigos que, si bien muy cercanos en el tiempo, poseen notables diferencias normativas.

## **2. LA REVOCACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS COMO CAUSAL DE INEFICACIA**

En el Código Civil cubano la revocación es regulada en su artículo 479, compuesto de tres apartados, y que se encuentra ubicado en el capítulo I del título II del libro cuarto del Código, dedicado al derecho de sucesiones. Por su parte, la ley sustantiva civil peruana recoge normativamente esta institución entre sus artículos 798 al 804, ubicados en el capítulo primero del título IX de la sección segunda del libro IV del Código, igualmente dedicado al derecho de sucesiones.

Como se refirió antes, el artículo 798 inicia la regulación de la ineficacia jurídica del testamento en el Código Civil peruano. Según este precepto, el testador tiene el derecho de revocar, en cualquier tiempo, sus disposiciones testamentarias, y toda declaración que haga en contrario de ello carecerá de valor. Cabe decir, en primer orden, que la ineficacia, atendible a todo acto o negocio jurídico, encierra que este hecho jurídico voluntario, por la existencia de determinada circunstancia o causa, será privado de producir los efectos o las consecuencias previstas por los sujetos que lo realizaron. A su vez, esta puede ser por disconformidad con la ley, tradicionalmente denominada invalidez, ante la existencia de causas intrínsecas al acto que la generan, en contraposición a la llamada

ineficacia en sentido estricto, que se refiere a causas sobrevenidas, extrínsecas al acto en cuestión (Valdés, 2000). Según Zannoni (1999), ello se traduce, para el caso específico del acto en regulación, en «que un testamento, o cualquiera de sus disposiciones, es ineficaz, cuando no produce sus efectos propios» (p. 697).

De esta forma, caben tres causales de ineficacia del acto jurídico testamentario: la revocación, la nulidad (en sus variantes absoluta y relativa) y la caducidad (Martínez, 2013; Rivas, 2020; Roca-Sastre, 1995). Contrario a este criterio clasificatorio, otros autores refieren la existencia de una diferencia entre invalidez e ineficacia, y entienden que la primera abarca los casos de nulidad, donde el acto testamentario desde su nacimiento no reúne los requisitos intrínsecos para su otorgamiento; mientras que la ineficacia se entendería para los casos de revocación y caducidad, donde pese a sí reunir los requisitos, pierde sus fuerzas por causas posteriores (Lacalle et al., 2008).

La revocación, que centra ahora el análisis, es un acto jurídico, tal y como regulan los artículos 140 y 49 de los Códigos Civiles de Perú y Cuba respectivamente<sup>1</sup>. Se trata de una manifestación de voluntad lícita que tiende a modificar o extinguir relaciones jurídicas originadas por un previo negocio jurídico que emanó de la voluntad del propio sujeto, que luego se busca dejar sin efectos mediante una voluntad antagónica. Es un acto unilateral por naturaleza, dado «que procede de una sola parte —*ex uno latere*—» (Albaladejo, 2002, p. 585) y que, como nos recuerda Valdés Díaz (2004), resulta en su mayor parte procedente en negocios jurídicos igualmente unilaterales, dentro de los que es icónico el testamento. Será entonces la revocación testamentaria el derecho que tiene

---

1 Ambos cuerpos legales asumen una definición de acto jurídico muy similar, según la cual este será una manifestación de voluntad lícita del sujeto, que producirá efectos previstos en la ley, consistentes en el nacimiento, la modificación, la regulación o la extinción de relaciones jurídicas.

por contenido la facultad del testador, en correspondencia con su voluntad revocatoria, de eliminar la eficacia de anteriores disposiciones de última voluntad; o, dicho de otra forma, se trata de privar a una declaración de última voluntad testamentaria de su carácter de última voluntad (Marsal, 2011). Es, en consecuencia, una causa de ineficacia sobrevinida del testamento o posterior a su otorgamiento, a diferencia de la nulidad, que constituye una causa de ineficacia intrínseca (Rivas, 2020).

Se utiliza de forma acertada en el artículo en cuestión de la ley civil sustantiva peruana el término revocación de «disposiciones testamentarias», y no el de «revocación del testamento». De esta forma el legislador se acoge al criterio de que, dada la doble acepción del término testamento (como negocio jurídico y como documento contentivo de este), al existir un acto de revocación, este tiene alcance sobre la parte negocial, sobre las disposiciones de voluntad, y no sobre el elemento formal o documental, que solo puede afectarse por la nulidad. Ello se debe a que el testamento se puede entender en un sentido formal, atendiendo a su parte documental, corpórea, como continente material del negocio jurídico; o en un sentido sustancial, ya sea con un enfoque más amplio, admitiendo su contenido patrimonial y no patrimonial, o más estricto, solo reconociéndole valor a su contenido patrimonial, pero en todo caso centrando la atención en su aspecto negocial y no en su soporte instrumental (Marsal, 2011; Pérez, 2004). Súmesele que, por demás, no siempre serán objeto de revocación todas las disposiciones que integran el contenido del testamento en cuestión; de ahí que se ha sostenido el criterio de que lo realmente revocable son las disposiciones testamentarias (Collado, 2014).

En relación con este último aspecto, y de forma contraria, el ya mencionado artículo 479 del Código Civil cubano utiliza de forma indistinta, en sus tres apartados, los términos «revocación del testamento» y «revocación de disposiciones del testamento». Mientras

que en los dos primeros hace referencia a que «el testamento puede ser revocado» y que «el testamento posterior revoca al anterior», en el apartado 3 se regula la supervivencia de las «disposiciones del testamento» posterior cuando estas entraran en conflicto con las del precedente. Esta última nomenclatura, como se refirió, parece en realidad la más acertada, y aquella que de manera uniforme pudo haber utilizado el legislador en todo el cuerpo del artículo en cuestión.

El fundamento de la revocación como causal de ineficacia testamentaria radica en la propia naturaleza de doble estadio de perfección del negocio testamentario, pues aunque este es un acto perfecto para su autor desde el mismo momento del otorgamiento, carece de total relevancia, *ante mortem*, frente a terceros.

El testamento como acto es un negocio jurídico perfecto, pero su contenido se integra por una simple voluntad eventual, voluntad que puede cambiar en cualquier momento, y es revocable «*ad nutum*» (es decir, sin causa que aparentemente lo justifique). El fundamento de la libre revocación radica precisamente en la irrelevancia jurídica externa del testamento antes del fallecimiento. (Rivas, 2020, p. 849)

Ello justifica que el testador pueda, tal y como recoge el precepto que se está comentando del Código Civil de Perú, revocar, en todo momento, las disposiciones testamentarias. De no ser así, no sería el testamento un verdadero acto de última voluntad; ello solo se garantiza con la posibilidad de revocación o modificación ilimitada que se posee hasta el mismísimo momento del fallecimiento.

Por igual causa, aunque el artículo 479 del Código Civil cubano no utiliza el término «en todo momento», o cualquiera de similar naturaleza, para hacer referencia a la posibilidad revocatoria que posee el testador, ello es una facultad que deriva del contenido del acto en cuestión y que, por tanto, si bien no es contraproducente

su regulación, no es necesaria para entender que el testador puede hacer uso de ella a su libre discreción hasta el momento de su fallecimiento. Se trata, en definitiva, de un principio romano enunciado por Ulpiano (Digesto, 34, 4, 4), según el cual «ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum» (la voluntad del testador es variable hasta el último momento de su vida).

Tal y como ocurre con el testamento, *ex* artículo 690 del Código Civil peruano y 477.1 del cubano, la revocación es un acto de naturaleza personalísimo, por lo que solo podrá realizarlo el propio testador, deviniendo imposible que sea esa voluntad manifestada por mediación de representante. Se trata, además, de un acto no recepticio, su eficacia no depende del conocimiento de terceros a quienes pudiera afectar su contenido; como ya se expresó, para estos, el testamento no surtirá efectos de clase alguna hasta la apertura de la sucesión. Como consecuencia, no necesita tampoco la revocación de cualquier disposición testamentaria, del conocimiento de ningún otro sujeto; basta con la emisión de la voluntad del testador.

El testamento puede ser reservorio de contenido no solo patrimonial, tal y como permite el artículo 686 del Código peruano. La polémica sobre la revocabilidad de este contenido no patrimonial, y a veces atípico, ha sido amplia, y no es suficiente el espacio de este comentario para abordarla. Basta decir que, según Rivas Martínez (2020, pp. 852-859), para poder establecer el carácter irrevocable de una cláusula acogida en forma testamentaria, se deben dar dos requisitos: que la disposición no sea exclusivamente testamentaria, o testamentaria típica, por lo que debe poder adoptarse también en vehículos extratestamentarios; y que, al incluirse en el testamento, no se desnaturalice. Por tanto, son disposiciones cuya admisión por la ley como parte del contenido testamentario no se halla establecida para conferir a estas el carácter de última voluntad del testador manifestada previamente con eficacia eventual; sino que se permite la forma testamentaria con el objeto de facilitarlos, de

mantenerlos en secreto hasta el fallecimiento del testador o sencillamente con fines de economía instrumental. Se trata, por tanto, de determinar aquellos actos que no son reflejo de una voluntad eventual y que por ello son irrevocables, incluso de haberse asumido para estos una forma de acto *inter vivos*.

De estos supuestos cabe señalar el caso del reconocimiento de hijos. En este la propia ley civil de Perú, en el artículo 390, regula la viabilidad del reconocimiento mediante un acto jurídico testamentario, amén de la existencia de otras vías más convencionales, y establece en el artículo 395, de forma general, la irrevocabilidad del reconocimiento realizado. Por consiguiente, y aunque la mención no sea expresa, se hace notorio que el legislador se decantó por la irrevocabilidad de este tipo de contenido atípico del testamento, lo que deviene, sin dudas, en límite a la facultad revocatoria que otorga el artículo 798.

En cuanto a este aspecto, en el caso del Código Civil cubano, es más complejo el análisis. Según el artículo 476, mediante el testamento «una persona dispone de todo su patrimonio o de una parte de este para después de su muerte, con las limitaciones que este Código y otras disposiciones legales establecen». Con ello, y mediante una interpretación literal del precepto, se podría entender que solo reconoce el legislador cubano aquel contenido puramente patrimonial del acto jurídico testamentario, por lo que analizar la posibilidad de revocación de un contenido no patrimonial resultaría ocioso, al no estar reconocido. No obstante, si bien el Código recoge un concepto restrictivo del testamento, al solo referirse a su contenido patrimonial, tampoco veta la posibilidad de que este sea reservorio de otros contenidos que, al no estar expresamente reconocidos, puedan ser calificados como atípicos. En este aspecto, y ante carencia de prohibición, no existe obstáculo legal para que contenido de esta naturaleza sea incluido en un testamento; así lo ha interpretado la doctrina más autorizada cubana (Pérez, 2018).

En ese caso, el problema de la revocabilidad de este contenido dependería de la naturaleza concreta del acto en cuestión. No obstante, y volviendo sobre el tema del reconocimiento de un hijo por esta vía, pese al total silencio del ordenamiento jurídico cubano ante esa modalidad y, por tanto, sobre su revocabilidad, el propio Pérez Gallardo (2018, p. 169) refiere que al tratarse de un acto jurídico familiar, si bien revestido de las formalidades testamentarias, en modo alguno se hace revocable, pues con ello se afectaría la seguridad jurídica y el interés superior del hijo, si este fuese menor de edad<sup>2</sup>. A ello debe sumarse, además, que se trata de un acto jurídico que incluso efectuado *inter vivos* sería irrevocable, por iguales razones, si bien no inatacable. Por tanto, sostiene el autor que desde el momento en que se exterioriza la voluntad por el recognoscente surte efectos jurídicos, con independencia de que esté bajo las formalidades testamentarias<sup>3</sup>.

De forma expresa el artículo *in commento* de la ley peruana se refiere en su última oración psicológica a una característica intrínseca de esta institución: su carácter irrenunciable; elemento que es además reconocido de forma pacífica por la doctrina (Lacalle et al., 2008; Marsal, 2011; Rivas, 2020; Roca-Sastre, 1995). Ello se corresponde con la propia naturaleza de derecho subjetivo que otorga el mismo precepto a la revocación, impidiendo que bajo ningún concepto el sujeto se desligue de la posibilidad de revocar una disposición testamentaria. Permitirlo atentaría contra el carácter de última voluntad del testamento, lo que haría absurda la existencia

---

2 Interés que constituye un principio jurídico en la actualidad, y que viene reconocido en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional del que Cuba es signatario, y por el artículo 86 del texto constitucional cubano.

3 En este sentido, se señala que el proyecto de nuevo Código de las Familias en Cuba, resultado de un proceso legislativo impulsado tras la entrada en vigor del texto constitucional de 2019, prevé en sus artículos 211-b y 212 la forma testamentaria como vehículo de reconocimiento voluntario de la filiación.

de este tipo de negocio *mortis causa*, y que constituye una de las ventajas en relación con la sucesión contractual que, por demás, viene prohibida en el artículo 1405 de la ley civil sustantiva peruana y en el Código Civil cubano, que solo reconoce en su artículo 467.1 que la sucesión se origina por testamento o por ley, lo que implícitamente excluye los pactos sucesorios.

La posibilidad de la persona de determinar voluntariamente a sus sucesores permanece hasta su muerte, y deviene absurdo que por una limitación autoimpuesta ello resulte imposible, por haber renunciado el testador a la posibilidad de revocar una disposición, aunque esta ya no responda a su voluntad, que, *in fine*, hasta su fallecimiento continúa siendo una voluntad eventual que no posee, por ende, ninguna eficacia ante otras personas.

[...] la voluntad del testador es esencialmente mudable o susceptible de variación a lo largo de la vida del mismo de manera que, a su muerte, ha de entenderse a su verdadera última voluntad manifestada en el último de sus testamentos [...] por tanto, ha de facilitarse dicha posibilidad incluso removiendo los obstáculos que para ello existan, incluidos los derivados de la propia voluntad del testador. (Lacalle et al., 2008, p. 80)

El Código Civil cubano no posee ninguna prohibición expresa en este sentido, pero es evidente que, dada la propia naturaleza de la institución en estudio y de la sucesión *mortis causa*, cualquier renuncia en este orden se entiende que carecería de total relevancia jurídica; no obstante, se muestra con claridad cómo el Código peruano es nuevamente más exhaustivo en su regulación, pues no deja abierta estas cuestiones a la posibilidad de interpretaciones erradas.

### 3. LA REVOCACIÓN EXPRESA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Siguiendo la sistemática del Código Civil de Perú, se regula en el artículo 799 la revocación expresa del testamento, que según el precepto puede ser total o parcial, o de algunas de sus disposiciones, que a su vez solo podrá ser efectuada por otro testamento, cualquiera que sea su forma. La ley civil sustantiva cubana, por el contrario, no califica como expresa la revocación, pero se desprende la posibilidad de su existencia del contenido del artículo 479.1, que admite la revocabilidad, en todo o en parte del testamento, con las mismas formalidades que las exigidas para su otorgamiento.

En este orden, se parte del hecho de que los actos jurídicos, tal y como prescribe el artículo 141 del Código Civil peruano, y el 49.1 de igual cuerpo normativo cubano, pueden ser exteriorizados de manera expresa o tácita; además de la posibilidad de la existencia de declaraciones presuntas de voluntad, cuando así la ley lo fije para casos concretos. Una declaración expresa, y siguiendo el criterio objetivo que, *a priori*, parece ser el utilizado por el legislador, al menos en el caso peruano, «es aquella realizada con medios que por su naturaleza están destinados a exteriorizar la voluntad (medios objetivos de declaración), como la palabra, el escrito, etc. [...]» (Albaladejo, 2002, p. 585), y que, por ende, resultan formas indubitadas de una manifestación de voluntad, aunque no necesariamente de su contenido.

Cuando se hace entonces alusión al acto de revocación expreso de disposiciones testamentarias, se refiere a aquel por el cual «el testador manifiesta explícitamente su voluntad de dejar sin efectos disposiciones testamentarias precedentes en todo o en parte» (Valdés, 2018, p. 230). Sin embargo, lo explícito de este acto no queda abierto a cualquier medio expreso de exteriorización de la voluntad; para el Código Civil de Perú «esta forma de revocación

se produce cuando la voluntad de revocar la manifiesta nominal y solemnemente el testador en un testamento posterior» (Rivas, 2020, p. 865).

Resulta inviable en el caso peruano, contrario a lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos (así el caso de Italia en el artículo 680 del Código Civil y el de Francia en el artículo 1035 del propio cuerpo legal), la posibilidad de revocación por otro medio documental notarial. Solo constituye continente de la voluntad revocatoria expresa un nuevo acto jurídico testamentario.

De manera contraria ocurre en la legislación cubana. El ya citado artículo 479.1 del Código establece que el testamento puede ser revocado con las mismas formalidades exigidas para su otorgamiento. Valdés Díaz (2004), al comparar este precepto con el del anteriormente vigente en Cuba del Código Civil español, refiere que «utiliza una fórmula similar, inexacta y ambigua, disponiendo que debe revocarse el testamento con las mismas solemnidades exigidas para aquel, sin distinguir los distintos procedimientos que pueda utilizar el testador para revocar de forma expresa sus anteriores disposiciones testamentarias» (p. 147). Empero, a diferencia de su homólogo peruano, no se establece que esa voluntad expresa de revocar solo pueda tener como continente un acto jurídico testamentario. Se ha interpretado por la autora que la legislación especial en materia notarial en Cuba, específicamente el Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales, en su artículo 77, abre la posibilidad a una escritura pública de revocación (Valdés, 2004, p. 147).

En todo caso, al ser siempre posible el testamento como el vehículo de revocación, es claro el precepto peruano que prescribe que cualquier tipo testamentario puede ser cauce para manifestar esa voluntad. Un testamento ordinario o especial, en cualquiera de las variantes que el artículo 691 del Código peruano relaciona y luego desarrolla, podría ser el medio de revocación.

En el caso cubano, el artículo en análisis nada apunta al respecto, solo exige que el testamento que sirva de vehículo revocatorio cumpla con las mismas formalidades necesarias para su otorgamiento. Pero, en todo caso, cualquier tipo testamentario se podrá utilizar con un fin de revocación, con independencia del tipo de testamento que se revoca; y, con toda lógica, tal y como se ha interpretado en otras legislaciones donde ha existido precepto similar al comentado:

Habiendo plasmado la revocación en alguna de las formas que autoriza el Código, surtirá efectos aun cuando no sea la misma empleada en el acto testamentario anterior. Un testamento por acto público puede ser revocado por uno ológrafo y viceversa. (Iglesias, 2003, p. 602)

La lógica coadyuva a esa posibilidad, pues la norma es dispositiva y nada prohíbe, y porque, en definitiva, cualquier tipo de testamento, siempre y cuando se cumpla con sus formalidades propias, solo será vehículo para un mismo acto jurídico y una misma voluntad (Perlingieri et al., 2018).

En ambos Códigos se admite la posibilidad de que la revocación de las disposiciones testamentarias tenga un alcance total de estas o solamente parcial. En el primer caso, como su nombre indica, el testador dejará sin efectos el contenido íntegro del negocio jurídico testamentario previamente formalizado; a excepción de ciertas declaraciones testamentarias, o sea, aquellas relativas a contenidos atípicos que no puedan revocarse, como ya se refirió antes. Mientras que será parcial la revocación cuando solo afecte ciertas disposiciones testamentarias, permitiendo, el autor del acto, subsistir al resto; por ejemplo, dejar sin efectos un legado instituido con anterioridad, pero sin afectar la institución de heredero. Es libre la voluntad del testador en este aspecto.

Ante esa posibilidad la doctrina sistematiza diversos supuestos (Lacalle et al., 2008):

1. Revocación expresa total y sin ningún otro contenido en el testamento revocador, por lo que el testamento anterior pierde su total eficacia.
2. Revocación expresa parcial sin ningún otro contenido, en cuyo caso subsistirá el testamento anterior en todas aquellas cláusulas que no fueron expresamente revocadas.
3. Revocación expresa total acompañada de nuevas disposiciones testamentarias, caso en el que el testamento anterior queda totalmente revocado y sustituido por las nuevas disposiciones.
4. Revocación expresa parcial acompañada de nuevas disposiciones testamentarias, caso en que quedarían sin efecto las disposiciones del testamento anterior que fueron expresamente revocadas, y subsistiría el resto que no lo fue, así como las nuevas establecidas en el testamento revocador.

En el primero de los supuestos señalados, al ser medio de revocación expresa otro acto jurídico testamentario, el único en este caso, fue objeto de debate en algún momento la viabilidad de que el testamento fuera puramente revocatorio y no tuviese otra disposición de tipo sucesoria. La respuesta a esta posibilidad es bastante unánime en la doctrina moderna, cuando no haya exigencia de lo contrario por la ley. Así, por ejemplo, en el caso español, además, es algo que la jurisprudencia ha sentado muy claramente en sentencia histórica del Tribunal Supremo del 6 de julio de 1914, al entender que este tipo de testamento constituye una forma determinada de disponer de los bienes a favor de los llamados a la sucesión intestada (Martínez, 2013; Rivas, 2020; Roca-Sastre, 1995). En este aspecto no obliga el Código Civil peruano a que el negocio jurídico testamentario posea disposiciones patrimoniales, dado que, *ex artículo 686*, segundo párrafo, se permite que sea únicamente

reservorio de disposiciones de naturaleza no patrimoniales; de tal forma, no existe óbice para que el único contenido de este sea una voluntad revocatoria que, en definitiva, sí posee una cualidad patrimonial, ya que, como afirma Rivas (2020), quien indudablemente se decanta por la naturaleza *mortis causa* de la revocación, es un acto de disposición de bienes que, en el más radical de los casos, entrañará la voluntad de disponer de estos a favor de los sucesores *ab intestato* (p. 865). Por consiguiente, para la existencia de un testamento puramente revocatorio será suficiente con que en el testamento posterior, siempre que cumpla en el aspecto formal con todos los requisitos de uno de los posibles tipos testamentarios, conste de forma nominal y expresa la voluntad de revocar cualquier disposición testamentaria precedente. Este análisis es igualmente plausible para el caso cubano, donde la ley nada prohíbe al respecto, y se limita a reconocer que el testamento puede ser revocado totalmente por uno posterior, sin exigir que este nuevo sea reservorio de nuevas disposiciones.

#### **4. LA REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO REVOCATORIO**

Cabe a su vez la posibilidad de que la revocación pueda efectuarse sobre aquel testamento que previamente fue vehículo de una voluntad revocatoria. Se trata de la revocación de la revocación, también denominada retractación del testamento revocatorio (Borda, 1994; Zannoni, 1999). Es una posibilidad universalmente reconocida, tanto para aquellos que defienden el carácter *mortis causa* de la revocación, como para quienes le atribuyen una naturaleza de acto *inter vivos*; en ambos casos, entraña una coherencia con el principio de la autonomía de la voluntad y con la posibilidad de ser organizada la sucesión por el futuro causante hasta el mismo momento de su muerte.

Ante esta segunda revocación surge la posibilidad de reviviscencia del primer testamento revocado, o sea, que este pueda recobrar su eficacia como fuente organizadora de la sucesión, tras dejar de tener eficacia aquel que lo revocó. Sin embargo, esa posibilidad no ha sido asumida de forma uniforme. Algunos códigos civiles han regulado que la revocación del testamento revocatorio no implica, *ipso facto*, la reviviscencia del primer acto jurídico revocado, a menos que expresamente así lo dispusiera el testador (en este orden se encuentran, entre muchos otros, el Código Civil de Chile, artículo 1214; el español en el artículo 739; y el de Uruguay en su artículo 1001). Por el contrario, otras legislaciones, como la del Perú, con la formulación del artículo 800 del Código Civil prescriben, de forma contraria, que el testamento revocatorio causará la reviviscencia del revocado, a menos que el testador dispusiera lo contrario. Será suficiente con que un testamento revoque otro que ya había revocado a uno anterior, para que este último, y primero en el tiempo, recobre su eficacia, a menos que se disponga lo contrario por el testador.

Esta posición asumida por el Código peruano se ha interpretado como una consecuencia del valor primario de la voluntad del causante, que debe prevalecer por regla general, y al no existir ya una mejor voluntad testamentaria, sino, en todo caso, una diferente, ha de entenderse que el testamento inicialmente revocado regirá la sucesión del causante junto con el último, pues la decisión de dejar sin efecto el primer testamento queda sin valor al haberse revocado (Olavarría, 2003a); o sea, una forma de salvar una voluntad presumible, ante la alternativa de no existir otra. Ello es, sin embargo, el resultado de la concepción de acto *mortis causa* que otorga el legislador peruano a la revocación.

La declaración de reviviscencia del anterior testamento, que por imperio de la ley ocurre en este caso sin necesidad de una manifestación de voluntad expresa del testador, constituye un nuevo acto

dispositivo que regirá la sucesión, y que, haciendo resucitar al previamente revocado, hará que las disposiciones de este se unan, *per relationem*, al último testamento. De esta forma, a decir de Rivas (2005), habrá un solo testamento cuyo rango temporal «no es el del documento primitivo si no el del testamento vivificador o consagrador» (p. 807). El contenido dispositivo de este nuevo testamento no se determina por sí mismo, sino *per relationem*, por otro negocio jurídico testamentario previo, que se le incorpora tras ser revivido.

Sin embargo, cuando el legislador plasmó en la redacción del artículo que se comenta, que cuando se revoque el testamento revocatorio se revivirá al primero, a menos que se «exprese» lo contrario por el autor del acto, no hizo obligatorio, contrario a lo que pudiese interpretarse *ad litteram*, que esa voluntad de no reviviscencia deba reflejarse de forma expresa en el último testamento. Quiero decir, que es posible que sin manifestar de forma expresa su voluntad en relación con dejar igualmente sin vida el primer testamento revocado, ello pueda ocurrir mediante una declaración de voluntad tácita del autor del acto.

Sería este último caso el de incompatibilidad del testamento verificador y el supuestamente resucitado por imperio de la ley, dado que no existió voluntad manifiesta de lo contrario. Ello puede ocurrir en el supuesto de que el testamento continente de la retracción de la revocación sea, a su vez, contentivo de cláusulas ordenadoras de la sucesión; y que estas últimas sean incompatibles con las que, por falta de declaración expresa, ha llamado, a su vez, a resucitar. Tras existir una unidad temporal entre ambos actos, por las razones argumentadas previamente, no existe entre estos una diferencia de rango temporal que pueda engendrar fenómenos revocatorios. El fundamento entonces para resolver una situación así se encuentra en la voluntad del sujeto; resulta evidente que la voluntad recogida de forma expresa en el último testamento goza de la

presunción de ser la preferida por el testador, y debe ser, en ese orden, la llamada a prevalecer. El resto del contenido del testamento resucitado solo podrá ser de aplicación en cuanto no contradiga y sea compatible con el último acto dispositivo *mortis causa*. De esa manera debe entenderse que el término «exprese», utilizado por el legislador peruano, no es alusivo a una manifestación expresa de voluntad, sino al resultado de una emisión de voluntad que puede estar en formato expreso o tácito en el nuevo negocio jurídico testamentario; último supuesto este que se analizará en el epígrafe que sucede.

El Código Civil cubano posee en este caso una laguna legal notable. No se pronuncia sobre la reviviscencia o no del testamento originalmente revocado tras la posterior revocación de aquel que le causó la ineficacia. Si bien no existen dudas para la doctrina cubana que ha estudiado el tema, de la viabilidad de la revocación de la revocación (Collado, 2014; Valdés, 2018), pese al silencio de la ley al respecto, llegar a igual conclusión en relación con la reviviscencia del testamento revocado parece más complicado, pues a mi entender el Código es absolutamente omiso. No obstante, Collado Betancourt (2014) comprende que ante el sistema de revocación tácita asumido por el Código Civil cubano, la revocación de la revocación no produciría la resurrección de la disposición primeramente revocada salvo si el testador expresa en el último testamento su voluntad de hacer subsistir en todo o en parte al primeramente revocado (p. 104).

El problema en análisis parte del cuestionamiento de si la revocación posee una naturaleza de acto jurídico *mortis causa* o *inter vivos*. De asumirse la primera hipótesis, se arribaría a igual resultado que el previsto en el Código peruano, pues se entendería que los efectos revocatorios del anterior acto de revocación no surtieron efectos inmediatos, pues como acto *mortis causa* ello no ocurre hasta el momento del fallecimiento de su autor, lo que conlleva a

entender que si este acto se revocó con posterioridad, sus efectos nunca tuvieron lugar, y esto hace renacer, como consecuencia lógica, aquellas disposiciones testamentarias que pretendía revocar. Mientras que, por el contrario, si se entiende como acto *inter vivos*, ese efecto revocatorio fue inmediato, y no está a la espera de la apertura de la sucesión para desplegar sus consecuencias; de esta forma, aunque se revocase el testamento revocatorio, ya los efectos de la revocación de que este fue continente tuvieron lugar y, por tanto, no podría decirse que revive o renace el testamento originalmente revocado, a menos que el testador así lo disponga en su última voluntad, lo que de hecho equivaldría a una nueva voluntad testamentaria.

La doctrina cubana es favorable a esta última variante de naturaleza jurídica (Collado, 2014; Valdés, 2018), lo que justifica su posición contraria a la reviviscencia de las disposiciones revocadas. Sin entrar en la disquisición de la naturaleza jurídica, pues se entiende que ambas posiciones doctrinarias poseen puntos defendibles, en mi opinión se trata de una naturaleza que se hace determinar precisamente por la forma en que se regule el tema de la revocación de la revocación, pues entiendo que es el único ámbito en el que posee verdadera importancia práctica esta determinación de la naturaleza jurídica. Por consiguiente, sin la existencia de una clara regulación al respecto es difícil determinar si se trata de un acto *inter vivos* o *mortis causa*, dado que, como en el caso peruano, es *in fine* la norma que fija esta naturaleza. Por tanto, entiendo que existe una falencia del Código cubano que deja esta cuestión a voluntad del intérprete, con el consiguiente problema que, a los efectos de la seguridad jurídica, ello conlleva.

## 5. EL SISTEMA ROMANO DE REVOCACIÓN Y EL LLAMADO SISTEMA FRANCÉS

Otra cuestión es el otorgamiento de un testamento posterior a otro previamente otorgado, pero sin que exista, en el último, alusión a una revocación expresa, nominal, de las precedentes disposiciones testamentarias. Esta situación ha gozado en el plano teórico y normativo de dos posibles soluciones básicamente antagónicas.

La primera de ellas, y más sencilla en el orden normativo y de interpretación del negocio jurídico testamentario, es de origen romano, y establece que debe entenderse que todo testamento posterior revoca al anterior; ello con la salvedad de que el testador, de forma expresa, orientara en el último testamento su intención de que el precedente sobreviviera en todo o en parte. Es el llamado sistema de revocación tácita de las disposiciones testamentarias, o romano.

[...] tiene su origen en el derecho romano, donde no solo se consideraban incompatibles la sucesión testada y la intestada, sino que además no era posible la duplicidad de llamamientos testamentarios, enervando siempre el último testamento al anterior, pues al ser la institución de herederos un requisito interno de validez, la hecha en el testamento ulterior era exclusiva y excluyente [...]. (Valdés, 2018, p. 239)

Esa es la variante regulada en códigos como el español, en su artículo 739, y el cubano, en su artículo 479.2 y 3. Aunque si bien en el sistema español esta revocación tácita que sobre el testamento anterior causa el posterior se había entendido históricamente como una presunción *iure et de iure*, la jurisprudencia, paulatinamente, y gracias al influjo de los trabajos de una doctrina muy autorizada, ha ido suavizando esta rígida regla mediante pronunciamientos que han hecho notar que esta voluntad revocatoria podía inferirse del contenido del último testamento (Anderson, 2020; Marsal, 2011).

En el caso del cubano, se establece en el apartado 2 del artículo en cuestión que el testamento posterior revoca al anterior, excepto que el testador exprese su voluntad de que este subsista en todo o en parte. Un claro ejemplo de sistema de revocación al estilo romano, donde se entiende que la última voluntad es antagónica por naturaleza a aquella que le precedió; por lo que, a falta de una voluntad expresa de lo contrario, se entiende a aquella revocada de forma tácita. Sin embargo, el apartado consecutivo del propio precepto regula que si las disposiciones del testamento posterior son incompatibles con las del anterior, se está a las disposiciones del último testamento. Ello *a priori* parece contradictorio, dado que no podría existir conflicto entre las disposiciones del testamento posterior con las del precedente, pues este por la sola existencia del segundo se entiende revocado. Parece que este último apartado va dirigido a aquel conflicto que se pudiese generar cuando en el último testamento se declara expresamente que parte del anterior permanecerá eficaz, y existiera, no obstante, incompatibilidad entre los contenidos de las disposiciones que el testador pretendía que convivieran (Valdés, 2018). En tal caso, se está a lo dispuesto en el último testamento.

Las críticas a este sistema se centran en aquellos supuestos en que se entiende revocado el testamento previo, en su totalidad, aun cuando el testador, en el posterior, solo haya realizado disposiciones accesorias o singulares, como la designación de legados, la inclusión de bienes inexistentes al momento del primer otorgamiento, etc.; o haya realizado disposiciones no patrimoniales (Collado, 2014). Cuestiones todas que no contradicen la primera voluntad testamentaria y que, por un mal asesoramiento o por desconocimiento del autor del acto, podrían conducir a su revocación, cuando no era su intención. Ello hace poco justificable la permanencia de la regulación de este sistema en el texto cubano, pues más allá de que facilita la interpretación testamentaria, hoy carece del fundamento que

tuvo en el derecho romano, dada la posibilidad actual de otorgar testamento sin institución de heredero, la viabilidad de la existencia de pluralidad de testamentos *per relationem*, o de sucesiones mixtas donde cohabite la sucesión legal con la testamentaria.

Quizá la solución a esta cuestión, en tanto no exista una modificación de la legislación civil, tal y como aconseja la más autorizada doctrina española, sería la de interpretar el término «exprese su voluntad», no en el sentido de «expresar nominalmente», sino de declarar o hacer notar, en tanto ello puede hacerse de maneras en que no se asimile a expresar de manera formal (Rivas, 1989). Bajo esa fórmula, algunos supuestos de testamentos posteriores se podrían interpretar como no revocadores del precedente, incluso ante una carencia de manifestación nominal expresa del testador al respecto. Tanto sobre la base de criterios objetivos o subjetivos de interpretación, se podría entender que no era la voluntad del testador que el acto jurídico testamentario posterior revocase al precedente. Sería el caso de aquellos testamentos meramente interpretativos o aclaratorios del anterior; del testamento posterior sin contenido patrimonial, como el que sirve, por ejemplo, de mero vehículo para el reconocimiento de un hijo; los testamentos modificativos; o los testamentos, si bien dispositivos, totalmente compatibles entre sí, como aquellos donde en el posterior solo se realiza una atribución a título singular sin afectar la institución de herederos del anterior, o se dispone sobre bienes respecto a los que no existió pronunciamiento en el testamento precedente. Esta parece ser, de igual forma, amén de la carencia de estudios profundos acerca del tema, la posición de la doctrina cubana (Collado, 2014; Valdés, 2018).

Lo que sí resulta llamativo es que el Código Civil cubano, último iberoamericano del siglo XX, se acogiera a este sistema, en absoluto calco de su precedente español, tan criticado ya en esa fecha, y no se hiciera eco de las tendencias modernas que tanto la doctrina como las legislaciones habían desarrollado.

De manera contraria, y siguiendo la tendencia de los códigos modernos, se regula en el artículo 801 del Código Civil peruano un sistema de revocación según el cual el testamento que no es revocado total y expresamente por otro posterior subsiste en las disposiciones compatibles con las de este último. Ello encierra dos posibles hipótesis, con iguales consecuencias legales: que el testamento posterior no se pronuncie de manera expresa sobre la revocación del precedente; o que, haciéndolo, solo lo realice sobre determinadas disposiciones, sin hacer alusión al resto.

Bajo ese sistema se entenderá que, al no existir alusión expresa a ello en el último testamento, el precedente, o las disposiciones no nominalmente revocadas de este, permanecerá eficaz, sin verse afectado por la revocación. Su base es el principio de no revocación, salvo declaración expresa o incompatibilidad; y es denominado como sistema francés o de revocación expresa. De esa manera, regirán la sucesión ambos testamentos, o varios, ya que es posible mayor pluralidad, siempre que exista compatibilidad entre sus cláusulas. Esta doctrina posee su origen en el artículo 1036 del *Code*, que irradió a muchos de los códigos civiles decimonónicos y modernos, entre ellos el peruano.

Las ventajas de la fórmula acogida por la norma peruana se encuentran precisamente en evitar situaciones potencialmente injustas y contrarias a la voluntad del testador, que pueden darse, como referí, en el sistema de origen romano. Sin embargo, la forma regulada entraña otras complejidades, sobre todo en el orden hermenéutico del testamento. Puede ser arduamente difícil en determinados casos identificar si existen, entre el testamento precedente y el posterior, incompatibilidades que hagan entender que este último ciertamente revoca, de forma tácita, disposiciones testamentarias del primero.

Así, la interpretación testamentaria es una de las cuestiones de mayor peso al momento de determinar incompatibilidades entre los testamentos, pues, como resultado de una lógica interpretación de

este artículo, de existir esas disposiciones se entenderán revocadas, y solo permanecerán eficaces las compatibles. La doctrina argentina, por haber contado en el pasado en su Código Civil con un precepto similar al peruano, ha estudiado y clasificado estas incompatibilidades, basándose en sus causas, en dos: por impedimentos de orden material y por intención clara del testador (Iglesias, 2003). En el primer caso, es imposible, en el orden material, que la ejecución simultánea de todos los testamentos se lleve a cabo; por ejemplo, no podría subsistir la condonación de un deudor frente a la sucesión, si el causante lega posteriormente el mismo crédito a un tercero, pues ello habilita la exigencia de la deuda. En el otro supuesto, no existe una imposibilidad jurídica-material como en el antes visto, aquí la intención del testador es la que hace inoperante una ejecución conjunta de las disposiciones testamentarias; por ejemplo, legar un mismo bien en cada testamento a una persona distinta, situación que no crearía un llamado singular sobre un mismo bien a estas dos personas (lo que es posible jurídicamente), sino que haría entender que el causante, en su última voluntad, prefirió dejarlo a la segunda persona. De acuerdo con la denominación doctrinal, es claro que, en ambos supuestos, la única fuente de las incompatibilidades es la propia voluntad del testador.

Determinada la incompatibilidad, quedará ineficaz esa disposición testamentaria previa y regirá la última en el tiempo. La problemática radica cuando la labor interpretativa resulta insuficiente, dadas las dudas, para determinar la existencia de incompatibilidad o no entre los testamentos. En esos casos, ante la duda y la falta de una voluntad expresa, y solo ante la posibilidad de compatibilidad material, es opinión de Borda (1994, p. 470) que debe regir la pluralidad de testamentos; posición que entiendo acertada sobre la base del principio *favor testamenti*, y porque es lo coherente con la solución del legislador peruano, quien presumió que el testador, a falta de una exclusión expresa, pretendió una sucesión regida por una pluralidad testamentaria.

Finalmente, el caso de funcionamiento fisiológico de la norma peruana en cuestión sería el de plena compatibilidad del contenido de todos los testamentos eficaces existentes, situación en que todos regirían, de conjunto, la sucesión *mortis causa*.

## 6. LA REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO CERRADO

El testamento cerrado, también conocido como secreto, es aquel que el testador presenta escrito, en sobre sellado, ante el notario público, con presencia de testigos y mediante el levantamiento de un acta notarial al efecto, en la cual hace constar que su contenido encierra su última voluntad. Es una característica distintiva de este el hecho de que su contenido, al formalizarse el acto del otorgamiento ante el fedatario público, solo es conocido por su autor, y no por ninguno de los terceros que intervienen. Esta modalidad testamentaria viene primeramente reconocida en el artículo 691 del Código Civil peruano, que lo clasifica como un testamento ordinario, y sus formalidades, de carácter *ad solemnitatem*, se regulan en el artículo 699 del propio texto legal.

El Código cubano no contempla la posibilidad de otorgar testamento notarial cerrado (Chikoc, 2004). El artículo 484 solo prevé aquel testamento notarial abierto donde el testador manifestará su voluntad de forma verbal o por escrito, pero corresponderá la redacción formal del testamento, en su sentido documental, al notario. En consecuencia, su contenido no será secreto al momento del otorgamiento que, además, según el propio precepto, requiere como elemento de formalidad esencial la presencia de dos testigos instrumentales.

De esta forma, el análisis se reduce en este caso a la ley sustantiva peruana, dado que claramente no existe un equivalente en el ordenamiento cubano a este modo de revocación.

Es el carácter secreto del contenido del testamento cerrado, no de su existencia, una de las ventajas que ofrece esta modalidad testamentaria sobre el testamento notarial abierto. Por esa causa, constituye una de las exigencias legales para su otorgamiento y validez, su conservación en un sobre sellado hasta el momento de su apertura, ocurrido ya el fallecimiento del testador. En ese orden, su conservación, luego del otorgamiento, es una de las cuestiones a regular por la ley. A diferencia del artículo 711 del Código Civil español, que permite al propio testador guardar y conservar el testamento cerrado, o confiarle esa tarea a una tercera persona o al notario autorizante, la primera oración del artículo 700 del Código Civil peruano regula claramente que este solo quedará en poder del notario.

Al ser el fedatario público el único autorizado para conservar el testamento cerrado otorgado ante él, viene a regular el artículo 802 del Código peruano la consecuencia legal de que el testador lo retirara, con posterioridad, de la custodia del notario; ello tiene como consecuencia, según el precepto legal, la revocación del acto jurídico testamentario. Lo interesante del precepto se encuentra en que su redacción llega a ser absolutamente innecesaria, pues su contenido está completamente regulado en el ya referido artículo 700 del propio código, que regula la restitución del testamento cerrado como forma de revocación.

Ese acto de restitución constituye, a decir de Corbera Muro (2003):

devolver una cosa a quien la tenía antes. En nuestro caso, quien hace entrega del testamento cerrado al notario es el testador en forma personal, por lo que la restitución implica la devolución de dicho documento al testador y única y exclusivamente a él mismo. (p. 200)

Empero, el acto encierra no simplemente que el notario deje de tener a su cargo la custodia, sino que, al ser el único legalmente facultado para ello, se tenga por revocado el testamento cerrado. Esa modalidad de revocación, que no emana de una voluntad expresa del testador, al menos en el criterio objetivo del acto jurídico expreso, ni de la confluencia e incompatibilidad con una posterior disposición testamentaria otorgada, constituye la modalidad conocida como revocación material o real. Es una revocación que se realiza por hechos materiales, que se hacen, pero no se dicen, y «se funda en la comisión por parte del testador de un acto del que el Derecho deriva de manera concluyente la voluntad de revocar el testamento cerrado» (Rivas, 2005, p. 819); no obstante, un sector de la doctrina peruana nomina este caso como revocación tácita (Olavarría, 2003a).

Como acto de revocación al fin, este singular tipo deberá cumplir, como el resto de los actos revocatorios de disposiciones testamentarias regulados en el Código, y ya comentados, con los mismos requisitos. Se trata, en ese orden, de un acto personalísimo, pues se deriva de la lógica del artículo 690, que impide cualquier variante de representación para testar, que pueda interesar a persona distinta al testador la restitución del testamento que obra en poder del notario. Esta facultad revocatoria, aun y cuando no se ejercite mediante el otorgamiento de un nuevo testamento, como las antes vistas, encierra una revocación testamentaria y tiene, por ende, efectos en la organización de la sucesión, que solo podrán responder a la voluntad del testador, sin posibilidad de representación. Se agrega que, dados los propios efectos revocatorios, el testador deberá contar con plena capacidad jurídica para interesar la restitución, la misma necesaria para testar, ya que ello, en definitiva, constituye un acto jurídico que traerá futuras consecuencias en la relación jurídica sucesoria que al momento de la apertura de la sucesión empezará a configurarse. Es un acto que podrá ejercitarse en cualquier momento, siempre y cuando se cuente con la capacidad legal

para ello, y que, tal y como regula de manera general el artículo 798, no es renunciable para el testador.

El resto de las formalidades legales de ese acto, a saber, la presencia de testigos y el levantamiento de un acta en la que se haga constar la restitución del documento al testador, firmada por los intervinientes, vienen reguladas en el artículo 700 del Código Civil, como elementos de forma para este acto jurídico.

Finalmente, cabe agregar que mediante este tipo de revocación material o real sí es posible lograr la ineficacia de disposiciones testamentarias atípicas que, de haber quedado recogidas en otras modalidades testamentarias, como el testamento notarial abierto, hubiese resultado imposible revocar; sería, por ejemplo, al caso del reconocimiento de un hijo extramatrimonial referenciado antes. Tras no encontrarse el testamento cerrado bajo la guarda del notario, por haberse restituido al testador, este pudiera ni siquiera existir físicamente, supuesto en que no podría conocerse su contenido, dado su eminente carácter secreto, y donde no tendría validez siquiera como ológrafo, como podría ocurrir *ex* artículo 803 del propio código; supuesto en el que ese contenido no patrimonial sí estaría, sin lugar a dudas, revocado.

En respuesta a la anterior posibilidad, regula el artículo 803 del Código del Perú que, en este caso, así como en el de la apertura por el testador, el testamento cerrado vale como ológrafo si se conserva el pliego interior y este reúne las formalidades señaladas en la primera parte del artículo 707. Al igual que el artículo que le precede, este deviene en una reproducción, en cuanto a lo que a contenido respecta, de lo regulado en la última oración psicológica del artículo 700 del propio código. En definitiva, regula la llamada conversión del negocio jurídico testamentario, de tipo cerrado, en un testamento ológrafo.

En sentido general, la conversión del acto jurídico se aplica a «los actos que no reúnen los requisitos para que valgan como tales,

según su fin propio, pero que sí satisfacen los que se imponen para otro negocio distinto» (Cifuentes, 1999, p. 431). Constituye una forma de salvar la voluntad de las partes o del autor del acto en todo lo posible, en tanto existan elementos del acto original que sean salvables y extrapolables a otro. Tradicionalmente, la conversión se ha clasificado en dos tipos: la material, cuando un negocio no válido se convierte en otro sustancialmente distinto (*v. gr.*, donación en préstamo); y la formal, cuando se mantiene el mismo negocio, pero con una forma diferente. Sería este último caso el regulado en el precepto que se comenta, donde se conserva el mismo tipo negocial de última voluntad; la conversión radicaría solamente en el tipo de testamento, pero sin afectar nada el contenido del acto jurídico en cuestión. No obstante, una opinión muy autorizada de la doctrina entiende que el caso que nos ocupa, y la conversión formal en sentido general, no es un verdadero tipo de conversión, sino una forma de conservación del negocio. Esto no constituye el verdadero fin de la conversión, donde realmente no se conserva ni se salva este, sino que se mantienen los elementos existentes, para, haciendo con ellos un negocio distinto, salvar el fin propuesto y los efectos que con aquel perseguía la voluntad negocial (Albaladejo, 2002). Existe, en definitiva, en el caso que nos ocupa, más que un *favor voluntatis*, un verdadero *favor negotii*, traducido en este caso en *favor testamenti*, pues se conserva la voluntad, pero en el mismo negocio.

La conversión del testamento cerrado en ológrafo ha sido reconocida y positivizada en varias legislaciones. No obstante, esta posibilidad ha sido mayormente valorada en casos de nulidad del testamento cerrado o de defectos formales y documentales no atribuibles a la voluntad del testador; así, por ejemplo, lo regula el artículo 715 del Código Civil español, también lo previó el artículo 3670 del abrogado Código Civil argentino e, incluso, lo regula el artículo 703 del Código Civil peruano. Empero, esta posibilidad de conservación o conversión negocial no goza de igual respaldo

en el campo de la revocación material del testamento cerrado; ello debido a que si el testador, por medios materiales o de hecho, realizó actos que la ley interpreta como de revocación de las disposiciones de última voluntad, no es siempre viable la conversión en testamento ológrafo de ese testamento revocado, dado que podría ser contrario a la voluntad del testador. Así, por ejemplo, nos dice Zannoni (1999) que Vélez Sársfield, en su nota al artículo 3836 del antes vigente Código Civil de Argentina, comentó:

no puede haber un hecho más manifiesto de la voluntad de revocar un testamento cerrado, que romper su cubierta donde estén llenadas todas las formalidades de la ley [...] Nada impide que el pliego que contiene las disposiciones del testador se convierta en un testamento ológrafo: está escrito y firmado por él; pero es indispensable que esta voluntad se demuestre de alguna manera para destruir la presunción que arroja el hecho de haber destruido precisamente lo que autorizaba para llamar testamento cerrado al pliego reservado. (p. 712)

En todo caso, la posición del legislador peruano fue en dirección opuesta, y el artículo bajo comentario crea la presunción de que esta forma de revocación material no implica necesariamente una retractación de la última voluntad del testador, sino más bien del soporte en que esta se encuentra expresada. Ello permite, siempre que sea posible, salvarla en otro continente testamentario. Solución normativa que no encuentro acertada.

El legislador previó esta forma de conservación en casos de revocación material del testamento cerrado; sin embargo, no limitó ello para el caso —ya analizado en el artículo que le precede— de la restitución del testamento. Se amplió esa posibilidad para el supuesto de su apertura por el propio testador. Este último caso ocurre como consecuencia de lo prescrito en el artículo 2119 del propio Código peruano, que permitió la supervivencia de testamentos cerrados otorgados durante la vigencia del Código Civil de 1936, y que, a

diferencia del hoy vigente en este país, permitía que persona distinta al notario conservara el testamento cerrado. Por consiguiente, estos testamentos, de ser abiertos por el testador, lo que constituye un acto de revocación si se realiza de forma intencional por este, y en estado de plena capacidad, podrían ser, al amparo de la norma en análisis, convertidos en ológrafos.

Ahora bien, el propio artículo establece determinados requisitos que deberán cumplirse para que opere la conversión del testamento. No todo testamento cerrado, materialmente revocado, podrá ser conservado negocialmente como ológrafo. En primer orden, se exige que se conserve su pliego interior; lo cual es lógico, pues será el contenido de las disposiciones de última voluntad y sin estas no habría nada que salvar. Se suma la exigencia de que se cumplan las formalidades señaladas en la primera parte del artículo 707 de la ley civil sustantiva.

Estas formalidades con que debe contar el pliego interior, como documento privado, para poder regir la sucesión, se agrupan en dos: las formalidades comunes a todo testamento, y a las que no remite, por innecesario, el artículo *in commento*, previstas en el artículo 695 del código (forma escrita, fecha del otorgamiento, el nombre del testador y su firma); y las formalidades especiales para el testamento ológrafo, las que sí, como ya se comentó, prevé el precepto que se analiza al remitir al artículo 707 (estar totalmente escrito, fechado y firmado de puño y letra por el propio testador). De cumplirse todas las formalidades, y verificándose lo previsto en los artículos 708 y 709, de conformidad con las disposiciones de índole procesal, el *otrora* testamento cerrado valdrá como ológrafo para regir la sucesión.

## **7. LA REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO**

El testamento ológrafo es aquel que el testador redacta de puño y letra, firmado por él, y cuya conservación, a diferencia del notarial,

tanto abierto como cerrado, no corresponde al notario, quien no interviene en ningún momento del acto de otorgamiento, ni siquiera para dar veracidad sobre su existencia. De ahí las exigencias formales de redacción y rúbrica del testador, completadas finalmente con un procedimiento de adveración judicial, para dar seguridad de su autenticidad (Chikoc, 2018).

Tanto el Código Civil peruano como el cubano regulan esta forma testamentaria de manera muy similar en cuanto a exigencias formales, en sus artículos 707 al 711, y 485 respectivamente. Sin embargo, en el caso peruano se regula en el artículo 804 lo relativo a la revocación de este tipo testamentario, lo que de modo contrario no viene expresamente recogido en el caso cubano.

Establece el citado artículo 804 que el testamento ológrafo queda revocado si el testador lo rompe, lo destruye o lo inutiliza de cualquier otra manera. Es, al igual que en el caso del testamento cerrado, lo que la doctrina ha dado en llamar revocación material (Anderson, 2020; Rivas, 2020; Roca-Sastre, 1995; Valdés, 2018). No obstante, y de igual forma que para el supuesto similar del testamento cerrado, parte de la doctrina peruana la denomina revocación tácita, dada la existencia de una manifestación tácita de voluntad o *facta concludentia* (Olavarría, 2003b); esta nomenclatura también es usada por un sector de la doctrina italiana (Perlingieri et al., 2018). Sin embargo, entiendo preferible el no uso de este *nomen iuris* en pos de evitar confusión con la otra forma de revocación que tradicionalmente ha sido denominada tácita.

Como se refirió en el epígrafe precedente, al tratar igual tipo de revocación para el caso del testamento cerrado, este acto deberá cumplir, como el resto de los actos revocatorios de disposiciones testamentarias, con los mismos requisitos. Por tanto, debe ser personalísimo. Deberá ser realizado por el testador con plena capacidad jurídica, la misma necesaria para testar, ya que ello, en definitiva, constituye un acto jurídico que traerá futuras consecuencias en la

relación jurídica sucesoria que al momento de la apertura de la sucesión empezará a configurarse; y debe existir, en definitiva, una voluntad revocatoria, encaminada a dejar sin efectos ese acto de última voluntad.

El Código peruano es claro al referir que la destrucción, la rotura o la inutilización debe venir de manos del testador. Y al hacerse una interpretación integradora con el resto de los preceptos antes detallados, es claro que ello debe ser a conciencia, con el fin de revocar. En su defecto, si ocurriera de forma accidental o por cualquier causa ajena a la voluntad del testador, y fuera posible la reconstrucción con posterioridad del documento, salvándose todos los elementos de forma que exige la ley, sería válido el testamento, lógicamente tras completarse con posterioridad los procedimientos que son requisito esencial de validez para este tipo testamentario. En caso contrario, o sea de destrucción consciente del testador, si tras su muerte fuera posible la reconstrucción, ello no conllevaría a validar el testamento, pues en este caso dejó de ser eficaz por voluntad de su autor.

La gran problemática radica en determinar en estos casos, y ante la carencia de medios probatorios, si se presume que la destrucción ocurrió por voluntad o no del testador. El Codice italiano, por ejemplo, resuelve este problema en su artículo 684, con la presunción de que la destrucción fue hecha por el testador; de ahí que parte de la doctrina italiana también la denomine como revocación presunta (Pagliantini, 2021). Presunción que puede ser destruida con prueba en contrario de que ello no fue realizado por el testador, o que si bien lo hizo, esa no fue su intención. El Código peruano, por el contrario, es totalmente omiso al respecto.

En lo que concierne al Código civil cubano, no existe ninguna regulación de este tipo de revocación. Sin embargo, la lógica lleva a admitir su existencia, pues teniendo el testador bajo su poder el testamento, nada impide que pueda destruirlo o inutilizarlo, máxime

cuando existe una facultad revocatoria general hasta el acaecimiento de la muerte. Es una posibilidad que la doctrina cubana admite con toda razón (Valdés, 2018). El problema radicaré igualmente en determinar si esta destrucción fue realizada o no por el testador ante supuestos en que se pueda reconstruir el documento, y exista la imposibilidad de determinar la autoría de tal acto; en tal caso, se repite la incógnita de qué presumir dado el total silencio de la ley al respecto.

Cerrando de este modo esta breve comparación entre las regulaciones que las legislaciones cubana y peruana realizan de la revocación de las disposiciones testamentarias, se pueden apreciar algunas notables diferencias entre ellas.

En primer orden, en materia de extensión de la regulación. El Código peruano realiza una regulación más extensa y exhaustiva de la institución en cuestión, a veces incluso redundante, pero que busca claramente agotar el contenido de la materia. El Código cubano, muy por el contrario, en un solo artículo, con apenas tres apartados, regula todo lo referente a la revocación, con absoluta parquedad. Ello deriva en algunos casos en una ausencia de regulación, con evidentes lagunas legales, que deben salvar la doctrina y la jurisprudencia con sus interpretaciones, y con la consecuente inseguridad jurídica que conlleva.

En segundo orden, y en aquellos casos donde la brevedad del Código cubano permite establecer comparaciones, como en el supuesto de la revocación tácita, se hace evidente la diversidad de modelos que se siguen en ambos cuerpos normativos, donde se hace notar que el cuerpo legal peruano, pese a ser precedente, se inspira en tendencias más modernas. Ello, en definitiva, como confirmación de que ni la proximidad temporal ni la espacial son suficientes en el derecho, cuando la tradición y los antecedentes legislativos y doctrinarios son diversos.

## REFERENCIAS

- Albaladejo, M. (2002). *Derecho civil I. Introducción y parte general*. Librería Bosch.
- Anderson, M. (2020). La nulidad e ineficacia de los testamentos. En R. Pratdesaba y A. Boch (dirs.), *Tratado de derecho de sucesiones vigente en España y Andorra (con alertas fiscales)* (pp. 411-440). Thomson Reuters.
- Borda, G. A. (1994). *Tratado de derecho civil-sucesiones* (t. II). Abeledo-Perrot.
- Chikoc, N. (2004). Clasificación de los testamentos. En L. B. Pérez (coord.), *Derecho de sucesiones* (t. I, pp. 256-318). Editorial Universitaria Félix Varela.
- Chikoc, N. (2018). Comentario al artículo 485. En L. B. Pérez (coord.), *Comentarios al Código Civil cubano: Tomo IV. Libro cuarto. Derecho de sucesiones* (vol. I, pp. 320-333). Editorial Universitaria Félix Varela.
- Cifuentes, S. (1999). *Elementos de derecho civil. Parte general*. Astrea.
- Collado, J. A. (2014). *La revocación de las disposiciones testamentarias* [Tesis doctoral]. Universidad de Camagüey.
- Corbera, M. (2003). Comentario al artículo 700. En J. Beltrán Pacheco (dir.), *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas* (t. IV, pp. 198-204). Gaceta Jurídica.
- Guzmán, A. (2000). *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*. <https://core.ac.uk/download/pdf/71612422.pdf>
- Iglesias, M. B. (2003). Artículo 3828. En F. A. M. Ferrer y G. Medina (dirs.), *Código Civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía. Sucesiones* (t. II, pp. 602-605). Rubinzal-Culzoni.
- Lacalle, E., Sanmartín, F. y Aparicio, C. (2008). *Sucesiones y herencias*. Tirant lo Blanch.

- Marsal, J. (2011). Ineficacia y revocación del testamento. En M. C. Gete-Alonso (dir.), *Tratado de derecho de sucesiones. Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco* (vol. 1, pp. 600-645). Thomson Reuters.
- Martínez, R. I. (2013). *Tratado de derecho de sucesiones (ab ovo usque ad mala)*. La Ley.
- Olavarría, J. (2003a). Comentario artículo 800. En J. Beltrán (dir.), *Código Civil comentado por los mejores 100 especialistas* (t. IV, pp. 488-489). Gaceta Jurídica.
- Olavarría, J. (2003b). Comentario artículo 804. En J. Beltrán (dir.), *Código Civil comentado por los mejores 100 especialistas* (t. IV, p. 495-496). Gaceta Jurídica.
- Pagliantini, S. (2021). Successioni e donazioni. En E. Gabrielli (dir.), *Manuale di Diritto Privato* (pp. 219-258). G. Giappichelli Editore.
- Pérez, L. B. (2000). De la codificación civil. En C. C. Valdés (coord.), *Derecho civil. Parte general* (pp. 1-77). Editorial Universitaria Félix Varela.
- Pérez, L. B. (2004). El acto jurídico testamentario. Contenido e interpretación. En L. B. Pérez Gallardo (coord.), *Derecho de sucesiones* (t. I, pp. 204-255). Editorial Universitaria Félix Varela.
- Pérez, L. B. (2018). Comentario al artículo 476 del Código Civil cubano. En L. B. Pérez (coord.), *Comentarios al Código Civil cubano: Tomo IV. Libro cuarto. Derecho de sucesiones* (vol. I, pp. 148-180). Editorial Universitaria Félix Varela.
- Perlingieri, P. et al. (2018). Parte ottava: Successioni per causa di morte. En P. Perlingieri (dir.), *Manuale di diritto civile* (pp. 1180-1230). Edizione Scientifiche Italiane.

- Rivas, J. J. (1989). *Derecho de sucesiones común y foral* (t. I). Dykinson.
- Rivas, J. J. (2005). *Derecho de sucesiones común y foral* (t. II, vol. 2). Dykinson.
- Rivas, J. J. (2020). *Derecho de sucesiones común y foral. Estudios sistemático y jurisprudencial* (t. I). Tirant lo Blanch.
- Roca-Sastre, L. (1995). *Derecho de sucesiones* (t. I). Bosch.
- Valdés, C. C. (2000). Causas de las relaciones jurídicas civiles. En C. C. Valdés (coord.), *Derecho civil. Parte general* (pp. 207-258). Editorial Universitaria Félix Varela.
- Valdés, C. C. (2004). Ineficacia testamentaria. En L. B. Pérez (coord.), *Derecho de sucesiones* (t. II, pp. 103-159). Editorial Félix Varela.
- Valdés, C. C. (2018). Comentario al artículo 479 del Código Civil cubano. En L. B. Pérez Gallardo (coord.). *Comentarios al Código Civil cubano. Tomo IV. Libro cuarto. Derecho de sucesiones* (vol. I, pp. 217-240). Editorial Félix Varela.
- Zannoni, E. A. (1999). *Manual de derechos de sucesiones*. Astrea.





## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 255-272

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i18.620

# ¿Derecho al descanso laboral o al refrigerio? Comentarios al anteproyecto del Código de Trabajo<sup>1</sup>

Right to work break or lunch break? Comments on the preliminary project of the Labor Code



LUIS ALBERTO HUAMÁN ORDÓÑEZ  
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo  
(Lambayeque, Perú)

Contacto: 2021814047@unh.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0003-2229-9624>

## RESUMEN

El autor del presente ensayo analiza el derecho al refrigerio en función del planteamiento efectuado a través del anteproyecto de Código de Trabajo planteado por el Ejecutivo y se detiene en desarrollar los alcances del derecho al descanso como género frente al refrigerio, ya que no solo debe abocarse a consumir los alimentos,

---

1 El autor desarrolla las ideas expuestas en el Seminario Virtual: Aportes y Críticas al Anteproyecto del Código del Trabajo, realizado el 22 de junio de 2022 y organizado por la Corte Superior de Justicia de Lima por intermedio del Dr. Gino Yangali Iparraguirre en calidad de presidente de la Comisión de Capacitación del Área Laboral y de la Seguridad Social, así como del Dr. José Wilfredo Díaz Vallejos en calidad de presidente de la Corte.

con especial aunque no única referencia al almuerzo, sino también a desarrollar un espacio de interacción personal que permita al trabajador seguir su actividad de labores pasado el tiempo que el legislador le otorga para el consumo de alimentos. En este aspecto, si bien se reconoce que el derecho al descanso no tiene un referente constitucional directo, cabe dejar establecido que emana de la suma de los derechos fundamentales a la dignidad y a la salud. De acuerdo con lo sostenido, precisa la necesidad de que el derecho al descanso deba ser valorado con mayor amplitud, de manera que se enfoca en desarrollar las bases por las cuales se le debe considerar, en la misma dirección del anteproyecto del Código, como una condición de trabajo.

**Palabras clave:** derecho al descanso; refrigerio; Código de Trabajo; relaciones laborales; condiciones de trabajo.

**Términos de indización:** derecho laboral; norma de trabajo; condiciones de trabajo; horas de trabajo; ocio (Fuente: Tesouro Unesco).

### ABSTRACT

The author of this essay analyzes the right to lunch break based on the approach made through the preliminary project of the Labor Code proposed by the Executive Branch, and focuses on developing the scope of the right to a work break as a stand-alone definition of lunch break since it refers not only to consuming food, especially to having lunch, but to developing a space for personal interaction that allows employees to continue with their work activities after the time given by employers for food consumption. While it is recognized that the right to work break does not have a direct constitutional reference, it is worth noting that it comes from the sum of the fundamental rights to dignity and health. In accordance with what is argued, this analysis specifies the need for the right to work break to be valued more broadly, and we should focus on

developing the bases by which it should be considered as a working condition in the preliminary project of the Labor Code.

**Key words:** right to work break; lunch break; Labor Code; labor relations; working conditions.

**Indexing terms:** labour law; labour standards; working conditions; working time; leisure (Source: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 24/07/2022

**Revisado:** 31/10/2022

**Aceptado:** 07/11/2022

**Publicado en línea:** 07/12/2022

**Financiamiento:** Autofinanciado.

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

**Revisores del artículo:**

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)  
jpalominom@unmsm.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

Sandro Alberto Núñez Paz (Universidad de Lima, Perú)  
snunez@ulima.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

## 1. INTRODUCCIÓN

A diferencia de nuestros predecesores, en la actualidad el trabajo no tiene por qué ser visto como una actividad agotadora, al punto de que se habla de un trabajo decente dentro de un marco de economía global. Para alcanzar tal propósito, han hecho falta importantes luchas históricas (Franco, 2014) que deben mantenerse en la memoria como fundamento del derecho del trabajo, ya que, como lo precisa Somavía (2014), «cambios tan trascendentales solo pueden alcanzarse mediante luchas sociales, procesos políticos y avances económicos generales» (p. 206). En el mundo actual, el trabajador es uno de los principales activos de las organizaciones públicas o privadas, por lo que dichas instituciones deben asegurar

todos los medios posibles para arribar a la felicidad laboral (Gamero, 2013). Tras diversas experiencias amargas en la historia humana enfocadas en la esclavitud y la servidumbre, el trabajo está ligado ahora a la dignidad del hombre de manera tal que las organizaciones deben proveer las condiciones más adecuadas a los trabajadores para que realicen sus labores. En suma, el propósito multidisciplinario de las organizaciones es entender y asumir que trabajadores eficientes son trabajadores felices, pues no siempre la voluntad del legislador responde a la realidad:

El tecnicismo jurídico nos ha llevado muchas veces a conocer las leyes solo en su «superficie». Lo que dice la ley es lo justo y nos engañamos pensando que ella procede de una voluntad legislativa estatal ecuaníme e imparcial. Nada más lejos de la verdad. (Neves y Arce, 2012, p. 15)

Teniendo en cuenta lo señalado, el propósito del presente ensayo se enfoca en analizar el derecho al refrigerio, que viene siendo materia de debate en el anteproyecto de Código de Trabajo planteado por el Ejecutivo. Se parte de la premisa de que, desde nuestra perspectiva, el refrigerio está comprendido dentro del derecho al descanso laboral, atendiendo a que tiene una proyección que va más allá del mero hecho de la alimentación del trabajador; en dicho entendido, la muestra materia de estudio se basa en la legislación laboral actual y en el aludido anteproyecto, a través de los cuales se procederá a analizar el derecho al descanso como género y el refrigerio como especie con el propósito de entender sus alcances.

De este modo, en el presente estudio se analizará empíricamente, bajo una investigación cualitativa, de nivel descriptivo y con diseño hermenéutico, el derecho al descanso laboral, asumiendo como punto de partida que la alimentación o refrigerio del trabajador está comprendido dentro de este.

## **2. MATERIALES Y MÉTODOS**

El presente ensayo se realizó al amparo de una investigación cualitativa, en tanto los métodos de investigación aplicados se basan en el estudio de la literatura científica multidisciplinaria que asume las bondades del descanso laboral ligado a la alimentación en relación con la productividad del personal subordinado. Ello nos lleva a entender que el refrigerio como derecho laboral no basta, por sí mismo, para garantizar el buen desempeño del trabajador. Cabe indicar que, considerando la naturaleza propia de la investigación cualitativa, el estudio se limita a analizar los derechos laborales al descanso y al refrigerio y se acude, en cuanto es necesario, a la doctrina con el propósito de reforzar la interpretación realizada de manera tal que no se pretende probar hipótesis alguna.

## **3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

### **3.1. Las relaciones de trabajo más allá de la fábrica**

En los inicios de la Revolución Industrial, enfocada, en palabras de Silva Otero y Mata de Grossi (1998), en «la mecanización de la industria» (p. 16), una vez que se atenuó la idea de una igualdad entre sujetos iguales que se quedaba en el espacio propio del derecho civil, el trabajador era percibido como un mero instrumento de la fábrica, ya que solo podía ofrecer su trabajo como mercancía (Flórez, 1993, p. 73); en suma, llegaba a ser calificado como una pieza fácil de reemplazar debido al fuerte flujo de personas que migraban del campo a la ciudad en procura de mejores condiciones de vida. Impensable era, en aquel momento, asumir la idea de que el trabajador era un ciudadano: «Con la Revolución Industrial el trabajador se convirtió, en gran medida, en asalariado, contratado en la fábrica por un sueldo pero no era miembro de la realidad social determinante: la sociedad de capitales» (Calvez, 2006, p. 21). De este modo, el sujeto subordinado a un empleador no podía

propender a mayor categoría que aquella que le asignaba el legislador y por supuesto el sujeto para quien prestaba sus servicios (el patrono), a cuya merced, para garantizar su existencia, se encontraba, ya que (a diferencia del artesano y de los gremios) no era dueño de los instrumentos con los que transformaba la realidad. Por ello se generaban momentos en los cuales, de acuerdo con Kemp (1976), «el desafío de la clase trabajadora estallaba a veces en forma de violentas colisiones entre huelguistas y la policía» (p. 110), aunque la realidad pueda ser vista, a través de la academia, con otros ojos:

A pesar de las críticas, sin embargo, la revolución industrial fue recibida en general con simpatía, sobre todo porque la mayoría de la gente, y la clase trabajadora en particular, comprendió que le ofrecía mayores oportunidades individuales de acceder a la riqueza y al progreso social. La revolución industrial fue un período de creciente movilidad social. (Hartwell, 1971, p. 8)

Con el paso del tiempo, las cosas cambiaron drásticamente. Dicha alteración no fue casual y mucho menos circunstancial. Respondió, en gran medida, a la invasión que el empleador realizó a espacios que normalmente se encontraban a extramuros de la fábrica. De este modo, la reacción que inicialmente el denominado derecho industrial, más tarde denominado derecho laboral, afrontaba frente a tales escenarios, se concebía como la respuesta ante los excesos del poder empresario. De manera correlativa, también se generó la reclamación de derechos que, teniendo históricamente la calificación de individuales, no podían quedarse en tal esfera en los nuevos tiempos:

El uso colectivo de los derechos civiles, en concordancia con el ejercicio de los derechos políticos, para Zapata-Barrero (2001) podría considerarse como la base de los derechos laborales del ciudadano.

[...]

Para esta época gran parte de la identidad social estaba ligada al trabajo remunerado, el desarrollo de la ciudadanía se vinculaba con el empleo formal y los derechos sociales se fueron conformando como derechos del trabajo (Perelman, 2008: 195, 197). Se trataba de una sociedad que creía en el pleno empleo, que les confería a sus miembros el papel de productores de principio a fin y que, por lo mismo, vinculaba al empleo con el orden social, con una identidad personal socialmente aceptable y una posición social segura (Bauman, 2005: 23). (Feregrino, 2015, p. 47)

En tal contexto, se llegaría a asumir que el trabajador cuenta con derechos que puede invocar incluso en las relaciones laborales, atendiendo a que su ejercicio no puede ser limitado por el empleador sino, de manera única, por el legislador, de acuerdo con la teoría constitucional (Nogueira, 2005).

A partir de tales razonamientos, se asume que el trabajador puede invocar sus derechos en el curso de la actividad laboral sin que dicho planteamiento pueda ser cercenado por las relaciones laborales. Obra pues una fuerte intromisión de los derechos del trabajador como ciudadano en la fábrica.

### **3.2. Derechos laborales, derechos al descanso y al refrigerio**

Asumiendo que, de modo clásico, el trabajo se vincula al entendimiento de una labor humana, aunque hoy se busque que los robots coticen a la seguridad social (Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones, 2022; Galán, 2020; Rodríguez, 2019), se entiende como aceptable que las personas que tienen la calidad de trabajadores puedan ver agotadas sus fuerzas a lo largo de la jornada laboral y es necesario asumir, en consecuencia, que deben recuperarlas en aras del proceso productivo. Naturalmente, si bien esto se logra con la conciliación del sueño que gran parte de las especies (incluida la humana) realizan en el horario nocturno,

ya que «todos los seres vivos necesitan la alternancia del sueño de periodos de actividad y reposo» (Benavides-Endara y Ramos-Galarza, 2019, p. 73), también cabe que se acepte que esto sea viable con la oportunidad de distenderse de sus obligaciones laborales en un espacio temporal amplio, inmerso en la jornada laboral aunque abstraído de esta, como lo establece la Corte Suprema (Casación Laboral n.º 11188-2017-Callao), que se entienda propicio para la regeneración de sus fuerzas.

Se comprende aquí que estamos ante un derecho al descanso, el cual, como ya ha sido señalado, debe ser ejercido en el espacio de la jornada laboral, pero que técnicamente no se vea comprendido en ella (Baldeón y Llerena, 2021, pp. 142-143). Esto con el propósito de reducir o amenguar las tensiones propias de la actividad subordinada, pues al tratar de descansar y trabajar de manera simultánea (BBC News Mundo, 2010), se podrían generar más riesgos que beneficios —por ejemplo, accidentes de trabajo—, motivando que, inclusive, el empleador pueda verse impulsado a imponer sanciones disciplinarias privadas por responsabilidad objetiva. No se trata de un simple derecho al descanso. Al respecto, nuestro régimen jurídico del trabajo, contenido en el Decreto Supremo n.º 007-2002-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo aprobado por el Decreto Legislativo n.º 854 (2002), no regula un derecho al descanso coetáneo a la ingesta de alimentos dentro de la relación laboral<sup>2</sup>; mas sí aparece algún dato a nivel sublegal en el Decreto Supremo n.º 008-2002-TR, Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo (2002)<sup>3</sup>, con una solitaria

2 Dicha regulación lo que hace es establecer el descanso frente a regímenes atípicos de jornadas de trabajo teniendo como causa objetiva la naturaleza especial de las actividades del negocio; las otras referencias son dedicadas al descanso por labor en sobretiempo y el descanso semanal obligatorio.

3 En efecto, cabe acudir a la redacción del artículo 14 de dicha disposición reglamentaria.

mención jurisprudencial en la Resolución de Intendencia n.º 010-2021-Sunafil-IRE-ANC, emitida por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral.

Lo hace desde el punto de vista del refrigerio: no obstante, como daremos cuenta, el refrigerio mismo es un lapso de descanso laboral que legislativamente parece agotarse en la ingesta de los alimentos, con especial (aunque no única) referencia al almuerzo. No se trata de un derecho que pueda ser ejercido con anterioridad al inicio de la jornada de trabajo o a su culminación. De ser así, no tendría propósito invocarlo.

Se trata, en esencia, de un derecho que tiene su génesis en el momento en que el trabajador debe ingerir sus alimentos. En este punto, tras dicho razonamiento, podría entenderse que estamos ante el derecho legal al refrigerio<sup>4</sup>, tal como ha sido previsto en el plano nacional; pero, desde nuestra posición, no es así. El derecho al descanso involucra el espacio temporal en el que el trabajador no solo ingiere alimentos (Llerena, 2021), comprende también el tiempo libre que resulta de tal acción, de modo que puede ser utilizado por quien lo usa y disfruta conforme le plazca, en cuanto no supere el límite normalmente establecido por el legislador.

El derecho al descanso involucra, como se advierte, entenderlo como algo más allá del derecho al refrigerio compartiendo protección constitucional indirecta a través de los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la salud (STC n.º 2945-2003-AA/TC, fundamento 30; STC n.º 4635-2004-AA/TC, fundamento 21). Fisiológicamente hablando, al tomar alimentos, el ser humano redistribuye el flujo sanguíneo que normalmente se destina a la irrigación del cerebro para dirigirlo al estómago a efectos de que dicho órgano pueda realizar la denominada digestión química atendiendo a que

---

4 Que en el Proyecto de Ley n.º 671/2021-CR es tratado, textualmente, como un «derecho fundamental de los trabajadores a tener un tiempo para refrigerar».

sus jugos «contienen los mismos agentes que los detergentes en polvo: enzimas digestivas y disolventes de grasa» (BBC News Mundo, 2015), lo que es necesario para procesar los nutrientes necesarios para la actividad del cuerpo. De este modo, como natural efecto de dicho cambio, las funciones orgánicas del cuerpo humano se hacen más lentas, lo cual tiene incidencia en los procesos de adopción de toma de decisiones e inclusive en las tareas simples o no especializadas, por más rutinarias que estas sean. La biología vence, aquí, al trabajo. No en vano en Japón, desde hace ya un buen tiempo, son admisibles los microdescansos (Steger, 2016), que normalmente se realizan inmediatamente después de la ingesta de alimentos, a fin de que el trabajador no solo renueve su energía calórica, sino que pueda desarrollar, de manera adecuada, los procesos metabólicos derivados de su alimentación. Ello con el propósito de asegurar igual o similar ritmo de trabajo que el que se presenta al inicio de la jornada laboral y para evitar la muerte por exceso de trabajo (Rocha y Amador, 2020, p. 17).

De lo señalado, se puede advertir que el derecho al descanso en el curso de la jornada laboral es un derecho de mayor amplitud que el derecho al refrigerio, ya que no comprende únicamente la alimentación del trabajo (refrigerio, en el lenguaje técnico-legal laboral), sino que garantiza un adecuado proceso biológico y químico de absorción de nutrientes tanto como promueve la realización de pausas activas (Ochoa et al., 2020) en el centro de labores e inclusive permite la ejecución de tareas distintas a las labores del trabajador. Con ello se reduce, en cualquiera de estos casos, la tensión producida por actividades rutinarias o repetitivas y se garantiza la continuidad óptima del trabajo, lo que es un beneficio para el empleador.

### **3.3. El derecho al descanso dentro de la jornada laboral, en el cual está incluido el refrigerio, como condición de trabajo**

La comprensión del derecho al refrigerio dentro de un derecho a un descanso contribuye a que se produzca un espacio de satisfacción interpersonal que no se limite, como ha sido señalado, a la alimentación, como se viene señalando.

En dicho orden de ideas, desde nuestra percepción, el derecho al descanso laboral (dentro del cual se incluye el refrigerio) se entiende como una condición de trabajo, puesto que es una situación determinante para la realización de tareas laborales (Corte Suprema de Justicia, Casación Laboral n.º 8193-2015-Lima), de modo tal que su ausencia o su ejercicio deficiente pone en riesgo la actividad laboral. Sin alimentación, una vez agotada la energía inicial, con la que contaba antes o al iniciar su actividad subordinada, la funcionalidad del ser humano como trabajador decrece enormemente haciendo que sus movimientos y por ende toda su actividad se realice torpemente, lo que mengua la productividad. No en vano Sabastizagal-Vela et al. (2020) establecen que el trabajo siendo un elemento «generador de crecimiento económico y social, también afecta a la salud y el bienestar de los trabajadores, es decir, puede ser una fuente de mejora o de daño» (p. 32).

Un trabajador descansado es más eficiente para las organizaciones que un trabajador que, a la par que realiza el proceso de la digestión, pretende desarrollar habilidades físicas e intelectuales con un alto grado de reducción de sangre en su cerebro. Esto, como ya se ha sostenido en las líneas precedentes, posibilita la generación de riesgos en la actividad laboral y presupone un escenario propicio a la responsabilidad objetiva en el marco de la potestad disciplinaria que eventualmente el empleador pueda invocar ante tareas realizadas de manera deficiente.

En este sentido, el derecho al descanso (refrigerio) influye grandemente en el desarrollo de la actividad laboral, pues mantiene al

trabajador en condiciones de atención constante una vez que ha superado sus necesidades alimentarias, esto ligado al *inemuri* y a las pausas activas de las que también hemos hablado.

Dicha lógica se vincula, precisamente, con el concepto japonés del *inemuri* (Steger, 2016), que implica la reducción del agotamiento humano cuando el trabajador, dentro de la cultura organizacional de dicho país, se toma un merecido descanso que contribuye a la renovación de sus fuerzas. Justamente, dicha cultura en la organización tiene incidencia positiva en la salud del mismo trabajador si es que se brindan espacios propicios para evitar enfermedades que reducen la productividad del personal. En este aspecto, es oportuno tener en cuenta lo siguiente: «Las actividades físicas estimulan los procesos fisiológicos y psicológicos (e. g., el estado de ánimo positivo), que mejoran no solo la salud física del individuo, sino también la salud mental (Brown, 1990; McAuley, Kramer, y Colcombe, 2004)» (Colombo y Cifre, 2012, p. 132).

Al ser el derecho al descanso (dentro del cual se comprende el refrigerio) una condición de trabajo en la propuesta materia de análisis, el empleador debe velar por el consumo de alimentos adecuado a su valor calorífico o carga calórica necesaria para el efectivo y cabal cumplimiento de la actividad laboral, con miras a asegurar, como lo precisa el Tribunal Constitucional (2006) «una alimentación balanceada con alto contenido de nutrientes y en las cantidades adecuadas indispensables» (fundamento 30). El ejercicio de este derecho conlleva a que no solo el empleador asuma la carga económica, por su calidad de condición de trabajo, sino que vele por su ejercicio adecuado para reducir, en gran medida, los riesgos en el trabajo:

Según los datos de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el trabajo, en el año 2009 se estimaba una pérdida de 1.250 millones de días de trabajo anuales debido a problemas de salud relacionados con el trabajo. Por su parte, el Consejo de Seguridad de

Estados Unidos, cifra dicha pérdida en 183 billones de dólares anuales en 2010, lo que conlleva que cada trabajador debe incrementar su productividad una media de 1.300 dólares para que se pueda suplir dicho déficit. Esta pérdida de recursos debido al creciente aumento de los problemas de salud, pérdida de días de trabajo, bajas laborales, absentismo y abandono, conllevan un coste directo a todos los niveles. (Rodríguez y Rivas, 2011, p. 73)

De este modo, la calificación jurídica que pudiera alcanzar el derecho al descanso laboral ligado al momento de la ingesta de alimentos y al aprovechamiento del tiempo libre no puede ser ejercida de manera libérrima, al no ampararse el abuso del derecho: las relaciones laborales no necesariamente deben mantener, siempre, un ingrediente fuerte de conflictividad; el derecho al descanso es una buena oportunidad para desarrollar puntos de consenso al respecto, atendiendo a que «la alimentación hace parte indiscutible de los estilos de vida y es allí donde es claramente reconocida como un determinante de la salud» (Bejarano-Roncancio y Díaz-Beltrán, 2012, pp. S90-S91). En tal orden de ideas, la vigilancia respecto a la calidad de los alimentos que ingieran sus trabajadores por parte de las organizaciones se encuentra dentro de un deber de prevención de futuros riesgos que tienen que promover el empleador.

### **3.4. Propuesta legislativa alterna al anteproyecto del Código de Trabajo en lo referido al derecho al descanso, incluido el refrigerio**

Por último, efectuado el análisis pertinente, corresponde ofrecerse la presente *de lege ferenda*, con el propósito de regular jurídicamente el derecho al descanso en horario laboral:

#### **9. Descanso en horario laboral (refrigerio)**

La duración del descanso laboral, que incluye obligatoriamente el refrigerio, no podrá ser menor a una (1) hora no formando parte de la jornada de trabajo. Todo pacto en contrario es nulo.

Este derecho es una condición de trabajo generando compensación económica a favor del trabajador. Los períodos de mayor duración, distintos a los establecidos en esta ley, no generan dicha compensación económica, salvo pacto en contrario.

Se asume que, de dicha manera, el trabajador puede no solo gozar de la ingesta de sus alimentos, sino que puede ejercitar actividades ligadas al mantenimiento de su buena salud, y está en manos del empleador que dicho espacio sea armonizado con el derecho al descanso, enfocándose en promover espacios de interacción personal que contribuyan a su salud emocional y, en consecuencia, tengan una agradable proyección sobre diversos ámbitos de su vida incluyendo, como resulta necesario, el aspecto laboral. Ello atendiendo a que tiene incidencia en los aspectos de seguridad y salud en el trabajo, ya que, como lo precisa el Tribunal de Fiscalización Laboral: «la obligación de supervisión no consiste en que los trabajadores deben estar vigilados en todo momento, pues tal perspectiva no soporta un análisis de razonabilidad» (Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral [Sunafil], 2022, considerando 6.7).

#### **4. CONCLUSIONES**

A lo largo del presente ensayo, se ha procedido a analizar el derecho al descanso laboral como el fundamento básico del derecho legal al refrigerio.

En tal orden de ideas, desde nuestro punto de vista, el descanso del trabajador en la jornada laboral engloba al refrigerio, ya que se entiende que el consumo de alimentos no concluye con su ingesta, sino también con su sano procesamiento en tiempo prudencial, determinado por el legislador dentro de un plazo específico. Se podría lograr esto de modo eficiente si es que, en su goce, se involucra la generación de espacios donde el trabajador pueda interactuar con sus pares generando la reducción de situaciones de tensión en el ámbito laboral.

De dicho modo, es más auspicioso a los nuevos tiempos del derecho laboral el recibimiento de un derecho al descanso que un derecho al refrigerio; en este aspecto, creemos que la propuesta de un Código de Trabajo, tal como fue la idea de Neves Mujica, como parte de «la generación de jóvenes laboristas de principios de los años ochenta del pasado siglo [...] [enfocados en] la insatisfacción frente a la configuración normativa e institucional del Derecho del Trabajo heredada del régimen militar que abandonaría entonces el poder» (Sanguinetti y Villavicencio, 2022, p. 3), va camino a hacerse realidad.

## REFERENCIAS

- Baldeón, L. y Llerena, I. (2021). ¿Es posible que el horario de refrigerio forme parte de la jornada de trabajo? Análisis de la sentencia recaída en el Expediente n.º 23861-2017. *Soluciones Laborales*, (165), 142-154.
- BBC News Mundo (2010, 17 de abril). ¿Por qué no podemos hacer más de dos cosas a la vez? <https://cutt.ly/bKz9tzd>
- BBC News Mundo (2015, 2 de junio). Cinco verdades que pueden sorprender sobre el aparato digestivo. <https://cutt.ly/JKz8Xdb>
- Bejarano-Roncancio, J. J. y Díaz-Beltrán, M. (2012). Alimentación laboral. Una estrategia para la promoción de la salud del trabajador [Suplemento 1: 1]. *Revista de la Facultad de Medicina*, 60(1), S87-S97. <https://cutt.ly/fKQEUw1>
- Benavides-Endara, P. y Ramos-Galarza, C. (2019). Fundamentos neurobiológicos del sueño. *Revista Ecuatoriana de Neurología*, 28(3), 73-80. <https://cutt.ly/XKzVlCA>
- Calvez, J. Y. (2006). Trabajo y ciudadanía. *Anales de la Educación Común*, 2(5), 20-25. <https://cutt.ly/5KzZaUo>

- Colombo, V. y Cifre, E. (2012). La importancia de recuperarse del trabajo: una revisión del dónde, cómo y por qué. *Papeles del Psicólogo*, 33(2), 129-137. <https://cutt.ly/xKzzGZc>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2017). Casación Laboral n.º 8193-2015-Lima. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Lima: 31 de mayo de 2017. <https://cutt.ly/5KQA7Mc>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2020). Casación Laboral n.º 11188-2017-Callao. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Lima: 8 de enero de 2020. <https://cutt.ly/5KQSlwJ>
- Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones (FIAP) (2022, 1 de febrero). Alemania: se propone que robots coticen para enfrentar problemas de sostenibilidad del sistema de pensiones de reparto. <https://cutt.ly/OKzWpAU>
- Feregrino, M. A. (2015, enero-junio). Trabajo y ciudadanía. *Iberoforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, 10(19), 29-62. <https://cutt.ly/mKzbaWI>
- Flórez, C. (1993). Condiciones de trabajo en la primera fase de la Revolución Industrial: Biblioteca Nacional de París. *Ingeniería Industrial*, (6), 70-74. <https://cutt.ly/4KjxYYX>
- Franco, J. G. (2014). La involución del derecho del trabajo [Editorial]. *Salud de los Trabajadores*, 22(1), 3-6. <https://cutt.ly/nKjkoTM>
- Galán, C. J. (2020, 15 de abril). ¿Deben cotizar los robots a la seguridad social? *El País*. <https://cutt.ly/YKznnyl>
- Gamero, H. Y. (2013). La satisfacción laboral como dimensión de la felicidad. *Ciencia & Trabajo*, 15(47), 94-102. <https://cutt.ly/fKjlsWG>
- Hartwell, R. M. (1971). La Revolución Industrial en Inglaterra y sus consecuencias para los pobres. [https://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/40\\_3\\_Hartwell.pdf](https://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/40_3_Hartwell.pdf)

- Kemp, T. (1976). *La Revolución Industrial en la Europa del siglo XIX*. Fontanella.
- Llerena, I. J. (2021, 5 de marzo). ¿En qué supuestos el horario de refrigerio forma parte de la jornada de trabajo? *Enfoque Derecho*. <https://cutt.ly/aKz2j1g>
- Neves, J. y Arce, E. G. (2012). *Código de Derecho Laboral: Vol. I. Régimen laboral de la actividad privada*. Palestra.
- Nogueira, H. (2005). Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales. *Ius et Praxis*, 11(2), 15-64. <https://cutt.ly/vKmXS0z>
- Ochoa, C., Guaman, K. y Castillo, J. (2020). Pausas activas en las empresas públicas y privadas del ordenamiento jurídico ecuatoriano. *Negotium: Revista de Ciencias Gerenciales*, 15(45), 5-12. <https://cutt.ly/FKz5StY>
- Rocha, R. y Amador, K. R. (2020). Subjetividad, comportamiento y cultura en japoneses y mexicanos: una comparación transcultural. *Know and Share Psychology*, 1(2), 15-28. <https://doi.org/10.25115/kasp.v1i2.3310>
- Rodríguez, M. (2019, 27 de noviembre). ¿Pagarán los robots nuestras pensiones? *BBVA*. <https://cutt.ly/wNK5psK>
- Rodríguez, R. y Rivas, S. de (2011). Los procesos de estrés laboral y desgaste profesional (burnout): diferenciación, actualización y líneas de intervención. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 57, 72-88. <https://cutt.ly/KKQUB4K>
- Sabastizagal-Vela, I., Astete-Cornejo, J. y Benavides, F. G. (2020). Condiciones de trabajo, seguridad y salud en la población económicamente activa y ocupada en áreas urbanas del Perú. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 37(1), 32-41. <https://doi.org/10.17843/rpmesp.2020.371.4592>

- Sanguinetti, W. y Villavicencio, A. (2022). La contribución de Javier Neves Mujica a la modernización del derecho del trabajo peruano. *Revista Jurídica del Trabajo*, 3(7), 1-15.
- Silva, A. S. y Mata de Grossi, M. (1998). *La llamada Revolución Industrial*. Universidad Católica Andrés Bello.
- Somavía, J. (2014). *El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana*. Organización Internacional del Trabajo.
- Steger, B. (2016, 27 de mayo). Lo que podemos aprender del inemuri, la costumbre japonesa de quedarse dormido en cualquier parte. *BBC News Mundo*. <https://cutt.ly/DKz4KhP>
- Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) (2022). Resolución n.º 469-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala. Lima: 16 de mayo de 2022.
- Tribunal Constitucional (2004). Expediente n.º 2945-2003-AA/TC. Lima: 20 de abril de 2004. <https://cutt.ly/LKQAVIY>
- Tribunal Constitucional (2006). Expediente n.º 4635-2004-AA/TC Tacna: Lima: 17 de abril de 2006. <https://cutt.ly/cKQmKeI>

## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 273-288

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i18.628

# Valoración pericial del daño psicológico en casos de violencia contra la mujer. Análisis en el contexto forense ecuatoriano

Expert assessment of psychological damage in  
cases of violence against women. Analysis in  
the Ecuadorian forensic context



MONICA ALEXANDRA FRANCIS BONE

Consejo de la Judicatura  
(Esmeraldas, Ecuador)

Contacto: [monica.francis@funcionjudicial.gob.ec](mailto:monica.francis@funcionjudicial.gob.ec)

<https://orcid.org/0000-0002-7251-2078>

### RESUMEN

En Ecuador existe descontento por la falta de uniformidad de criterios técnico-jurídicos al realizar las pericias psicológicas de daño psicológico en casos de violencia contra la mujer. En este trabajo se aborda el accionar pericial actual en Ecuador respecto a la valoración del daño psicológico en casos de violencia contra la mujer, a la luz del Protocolo para la Gestión Judicial y Actuación Pericial en Casos de Violencia Contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar. Se analizan las limitaciones que encuentran los

peritos en psicología al momento de realizar la valoración del daño psicológico y se muestran también los alcances (beneficios) que representa para el foro jurídico (jueces, fiscales, actores en general) el contar con esta pericia psicológica. Finalmente, a modo de recomendación, se ofrecen pautas técnicas que facilitarán tanto la labor del perito como la comprensión del informe psicológico forense por parte de las autoridades judiciales.

**Palabras clave:** valoración pericial; daño psicológico; violencia contra la mujer; informe psicológico forense; factores de riesgo.

**Términos de indización:** violencia de género; mujer; violencia doméstica (Fuente: Tesouro Unesco).

## ABSTRACT

In Ecuador, there is dissatisfaction due to the lack of uniformity of technical and legal criteria when carrying out psychological expertise on psychological damage in cases of violence against women. This article addresses the current expert action in Ecuador regarding the assessment of psychological damage in cases of violence against women, according to the Protocol for Judicial Management and Expert Action in Cases of Violence Against Women or Family Members. This research will analyze the limitations encountered by psychology experts when assessing psychological damage, and will show the scope (benefits) that this psychological expertise represents for the legal forum (judges, prosecutors, law enforcement actors in general). Finally, as a recommendation, technical guidelines are offered to facilitate both the work of the expert and the understanding of the forensic psychological report by the judicial authorities.

**Key words:** expert assessment; psychological damage; violence against women; forensic psychological report; risk factors.

**Indexing terms:** gender-based violence; women; domestic violence (Source: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 15/09/2022

**Revisado:** 31/10/2022

**Aceptado:** 07/11/2022

**Publicado en línea:** 07/12/2022

**Financiamiento:** Autofinanciado.

**Conflicto de interés:** La autora declara no tener conflicto de interés.

**Revisores del artículo:**

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)  
jpalominom@unmsm.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

Sandro Alberto Núñez Paz (Universidad de Lima, Perú)  
snunez@ulima.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

## **1. SOBRE LA VALORACIÓN PERICIAL**

El objetivo de la valoración pericial es que esta se refiera a los hechos en los cuales basan sus juicios los expertos y no en criterios fuera de la actividad científica (Muñoz y López-Ossorio, 2016, pp. 130-131). Por ello señalamos la urgencia de contar con criterios técnicos para realizar una pericia, que den claridad e ilustren al foro jurídico sobre un tema en específico, en el caso que nos atañe: la valoración pericial del daño psicológico en casos de violencia contra la mujer.

En Ecuador no se cuenta con un consenso científico, uniforme, argumentado, basado en la evidencia, que promueva la objetividad y la imparcialidad al momento de realizar la experticia. Cada profesional actúa, avalado y de buena fe, por los criterios que su formación en psicología clínica le otorgan, pues los peritos que conforman los equipos de las oficinas técnicas de las unidades judiciales cuentan con esa profesión mínima universitaria. Esto en

ocasiones es un limitante, ya que se tiende a confundir una valoración clínica con una valoración pericial, inclusive se usan herramientas propias de la primera en la segunda (por ejemplo, el tipo de entrevista, la aplicación de pruebas psicométricas, etc.).

En este sentido, Dolores Seijo et al. (2014) explican que existen tres modalidades que agrupan a los instrumentos de evaluación psicológica: observación y registro conductual, instrumentos psicométricos y entrevista, los cuales pueden ser utilizados tanto en una evaluación clínica como en una evaluación forense, pero no funcionan del mismo modo (p. 25). Mientras el clínico puede, a su criterio, decidir informar o no lo que observa; el forense debe estar siempre atento a aquello que puede ser motivo de contradicción, es decir, si observa en un paciente falta de control de sus impulsos o comportamiento agresivo, cuando este expresa ser autocontrolado. Hacen hincapié en la importancia de la fiabilidad y la validez de los instrumentos que se emplearán en ambos campos (clínico y forense), de lo contrario motivan a que estos se descarten.

Concuerdan con lo anterior Arce et al. (2015), los cuales señalan el carácter transversal de la prueba del daño psicológico. Indican, además, que esta clase de daño proviene de cualquier tipo de violencia, ya sea sexual, física, la vulneración de derechos fundamentales o violencia psicológica (p. 73).

También explican que la valoración pericial del daño tiene un doble propósito de medida del daño psicológico y diagnóstico diferencial de simulación, para lo cual la evaluación clínica tradicional no es válida. Agregan, igualmente, que la entrevista clínica «no incluye mecanismos estandarizados de control de la simulación» (p. 74).

Entonces, es oportuna la aplicación, por parte de los psicólogos peritos de nuestra judicatura en Ecuador, de una entrevista propia para el contexto forense sin dejar de lado la formación clínica que se ostenta. Por ello menciono lo propuesto y lo validado desde Arce

et al. (2015), quienes nos hablan de una entrevista clínico-forense que cumple con ciertos estándares:

somete a los evaluados a una tarea de conocimiento; no contamina la prueba con preguntas del entrevistador; posibilita el establecimiento de un nexo causal entre los hechos a enjuiciar y el daño psicológico, y contiene una herramienta estandarizada para el diagnóstico diferencial de simulación, un *sistema categorial metódico de análisis de las estrategias de simulación* [énfasis añadido]. Estas son: no cooperación con la evaluación, síntomas sutiles, síntomas improbables/absurdos, síntomas obvios, síntomas (cuasi)raros, combinación de síntomas y patrones espurios de psicopatología, severidad de síntomas, inconsistencia de síntomas, estereotipos erróneos y agrupación indiscriminada de síntomas. (p. 74)

Además de la entrevista clínico-forense propuesta es necesaria, dependiendo del caso, la aplicación de pruebas psicológicas que ayuden al establecimiento de un diagnóstico del daño psicológico en la víctima de violencia.

## **2. DEL PROTOCOLO PARA LA GESTIÓN JUDICIAL Y ACTUACIÓN PERICIAL EN CASOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER O MIEMBROS DEL NÚCLEO FAMILIAR**

Actualmente y, desde el año 2018, en Ecuador se cuenta con un instrumento legal, que consta como Anexo E en la Resolución 052A-2018 del Consejo de la Judicatura, el Protocolo para la Gestión Judicial y Actuación Pericial en Casos de Violencia Contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar, donde se establecen funciones para cada uno de los profesionales peritos que conforman las oficinas técnicas de las unidades judiciales que atienden violencia. Así, en el caso de los psicólogos o las psicólogas peritos se especifica que les corresponde realizar la pericia psicológica a las víctimas de este tipo de violencia.

La primera limitación que tienen los psicólogos peritos en violencia es que no pueden hacer valoraciones al presunto agresor. Ello deja incompleta la intervención, pues consideramos que sí sería importante poder conocer el proceso de la conducta delictiva para predecir riesgos futuros y así la reparación en la víctima sea más efectiva.

Por definición, para José Agustina (2010, p. 81) la violencia doméstica es equivalente a la violencia intrafamiliar, y considera que se debe tener en cuenta que la violencia es:

- Intencional
- **Debe ocasionar daño físico y/o psicológico, por acción u omisión**
- Debe transgredir un derecho
- Persigue como objetivo someter y controlar a la víctima

En este sentido, de acuerdo con el protocolo de actuación pericial actual:

Todas las pericias que tengan como objetivo la evaluación de daño psíquico deberán establecer tres elementos base, los cuales deben tener sustento técnico-científico:

1. Establecimiento del daño psíquico
2. La existencia de nexo causal entre la respuesta psíquica y el hecho que denunciado.
3. Valoración de riesgo en que se encuentra la persona evaluada.  
(Consejo de la Judicatura, 2018, p. 172)

Sin embargo, una limitación más es que no cuenta con una guía metodológica específica que permita al profesional psicólogo perito valorar el daño psicológico o la afectación psicológica en los casos de violencia donde se solicita su experticia.

Continuando con el análisis, el mismo protocolo especifica también que el psicólogo o la psicóloga de la unidad judicial podrá ser

requerido para realizar su pericia psicológica en tres situaciones diferenciadas, una de las cuales se detalla: «Intervención pericial para aquellos casos de violencia contravencional en los que el juez o jueza competente determine la necesidad de realizar una valoración psicológica de apoyo para detectar afección emocional por los hechos de violencia física denunciados».

Aquí podemos señalar que, en Quito, Ecuador, con fecha 5 de febrero de 2018, se publica en el Suplemento del Registro Oficial n.º 175, la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, que incorpora el término **víctima** en sus fines, así como **reparar**, además especifica los tipos de violencia:

**Artículo 9.- Tipos de violencia.** Los tipos de violencia de género contra los sujetos de protección de esta Ley, según las dimensiones que componen la integridad personal y que afectan con el acto y omisión, sin perjuicio de lo establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son:

- a) Violencia física [...]
- b) La violencia psicológica [...]
- c) Violencia sexual [...]
- d) Violencia económica y patrimonial [...]
- e) Violencia simbólica [...]. (Asamblea Nacional República de Ecuador, 2018)

Hasta aquí, hemos analizado cuáles son los tipos de violencia señalados en nuestra ley. Por tanto, la violencia contravencional que consta en el protocolo no está tipificada allí; además, la pericia psicológica no puede ser considerada una valoración psicológica de apoyo, ya que es un medio probatorio, no es complementario ni auxiliar. Sobre esto, consideraremos el concepto de Jiménez (2012), quien sostiene que el peritaje psicológico es la opinión objetiva e imparcial emitida, a solicitud de una autoridad, por un técnico o un especialista en psicología respecto a las características psicológicas de una conducta (p. 37).

Insistimos entonces en que la valoración psicológica del daño psicológico en el contexto forense es una pericia (medio probatorio) y, como tal, debe ser abordada respetando los mismos criterios metodológicos y científicos, pues se constituye en la opinión de un experto.

Una segunda situación que deben asumir los peritos en psicología es la intervención pericial en casos de violencia psicológica en procesos flagrantes. En estos casos, la intervención del psicólogo y la intervención pericial se lleva a cabo posteriormente para determinar las causas que se resolverán a través de un procedimiento directo.

Nos falta claridad al momento de especificar qué hará el psicólogo perito en procesos flagrantes y por qué y para qué es necesaria su intervención en un momento posterior.

Cito a José M. Muñoz (2013), quien nos recuerda que la evaluación psicológica realizada en un contexto forense se rige por los mismos principios que cualquier otra actividad científica: «debe ser un proceso estructurado que permita su replicabilidad» (p. 64). Y explica:

Desde un punto de vista técnico, esta intervención implica conocer qué áreas del funcionamiento psicológico han de ser exploradas a tenor del objeto de la pericia y conocer la investigación científica en el campo para poder aplicar criterios decisorios basados en la evidencia empírica. (p. 64)

Ahora un segundo elemento propuesto en el protocolo para analizar en este tipo de pericias es la existencia de nexo causal entre la respuesta psíquica y el hecho que es denunciado; sin embargo, considerando la valoración de daño como elemento probatorio, el Código Orgánico Integral Penal reza:

**Artículo 455.- Nexo causal.-** La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal **entre la infracción y la persona procesada** [énfasis añadido], el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones. (Asamblea Nacional República de Ecuador, 2014)

Al ser así, encontramos otra limitación, porque debemos valorar también al agresor para poder argumentar su intervención en el hecho violento y que este sea en realidad el desencadenante del daño psicológico determinado en una víctima, en el caso que nos atañe, víctima de violencia.

Ahora, el último punto que debe analizar el psicólogo perito, pero no por eso menos importante, es «la valoración de riesgo en que se encuentra la persona evaluada». Aquí se nos ofrecen matrices diferenciadas acordes con la edad de la población atendida; sin embargo, estas deben ser aplicadas por el personal de primera acogida (ayudante judicial que por formación es abogado), y no es actualizada según la necesidad territorial, lo que configura una nueva limitación.

Con la finalidad de realizar el análisis corto de este instrumento incluido en el Protocolo para la Gestión Judicial y Actuación Pericial en Casos de Violencia Contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar, que consta en la Resolución 52A-2018 del Pleno del Consejo de la Judicatura en Ecuador (pp. 112-119), citaremos lo que nos dice el protocolo con relación a ello:

La matriz de detección temprana de riesgo es una herramienta de percepción y no de valoración psicológica, por lo tanto puede ser utilizada y llenada por un ayudante judicial, para lo cual se recomienda que la persona que realice el procedimiento de primera acogida, interiorice los indicadores de la matriz y perfeccione la entrevista incluyendo dichos indicadores como pautas para establecer el clima violento y el contexto de violencia. (Consejo de la Judicatura, 2018, p. 52)

En otras palabras, es un formato adaptado para ser utilizado por un servidor judicial (abogado), que cumple el rol de ayudante judicial en el área de primera acogida a las víctimas. Por este motivo, aclaran en el mismo documento que

**La matriz NO es un cuestionario que la víctima debe llenar, ni se trata de una pericia psicológica** [énfasis añadido], esta matriz es una herramienta que permitirá al juez o jueza de la causa conocer aspectos importantes sobre el riesgo en el que se percibe la víctima y que se transforma en una alerta temprana para garantizar mayor seguridad al momento de otorgar una o varias medidas de protección. (Consejo de la Judicatura, 2018, pp. 52-53)

Sin embargo, se crea confusión al profesional perito cuando se sostiene que

Un factor de riesgo de violencia es una variable que se relaciona empíricamente con un resultado futuro de daños o lesiones. [...]

El perito psicólogo o psicóloga deberá aplicar técnicas apropiadas para establecer los siguientes aspectos:

- ¿Qué tipos de conducta violenta se producen?
- ¿Con qué frecuencia?
- ¿Bajo qué condiciones o en qué escenarios?
- ¿Cuáles son las condiciones presentes?
- ¿Cómo se intervino?
- ¿Qué sucedió después?, entre otros. (Consejo de la Judicatura, 2018, p. 96)

En el protocolo actual no se establece un apoyo documentado para mejorar esta práctica, por esta razón acojo lo manifestado por Erick García-López (2014), para quien la evaluación del riesgo de violencia es «el intento de predecir la probabilidad de violencia futura a fin de identificar aquellos con una mayor necesidad de intervención» (p. 483).

Este autor también señala que, por su especificidad, los factores de riesgo de violencia contra la mujer se pueden distinguir en tres grupos:

- Riesgos de violencia en general (por ejemplo: edad, adaptabilidad, consumo de drogas).
- Riesgos específicos de la violencia contra la mujer (por ejemplo: roles de género).
- Riesgos propios de la violencia contra la pareja (por ejemplo, abusos durante el embarazo).

Con la idea de identificarlos, explica García-López (2014, p. 487) que entre las herramientas más utilizadas para realizar una valoración de los factores de riesgo de violencia se encuentran las siguientes:

### **Instrumentos actuariales**

- Domestic Violence Screening Instrument (DVSI; Williams y Houghton, 2004)
- The Ontario Domestic Assault Risk Assessment (ODARA; Hilton et al., 2004)
- Domestic Violence Risk Assessment Guide (DVRAG; Hilton, Harris, Rice, Houghton y Eke, 2008)
- Danger Assessment Scale (DAS; Campbell, 1995)
- Escala de Predicción del Riesgo de Violencia Grave contra la pareja-Revisada (EPV-R; Echeburúa, Amor, Loinaz y Del Corral, 2010)
- Protocolo de Valoración Policial del Riesgo de Violencia sobre la Mujer (VPR; Ministerio del Interior, 2007)

### **Instrumentos de juicio profesional estructurado**

- Spousal Assault Risk Assessment Guide (SARA; Kropp et al., 1995)

- The Brief Spousal Assault Form the Evaluation of Risk (B-SAFER; Kropp y Hart, 2004)
- Protocolo de Valoración del Riesgo de Violencia contra la Mujer (RVD-Bcn; CIRCUIT, 2011)

De estos, correspondería a los psicólogos peritos seleccionar y aplicar aquellos que estén más actualizados y aterrizados a la realidad local y cumplir con este requerimiento protocolario.

### **3. SOBRE EL INFORME PSICOLÓGICO FORENSE**

De Luca et al. (2013) sostienen que por medio de la pericia se intenta explicar una realidad que requiere la interpretación de un perito, la contradicción de las partes y la valoración de un juez (p. 19: 5). Entendemos que, como psicólogos peritos, estamos inmersos en una situación donde el dictamen pericial es dirimente, en tanto explique objetivamente la realidad que lo motivó.

En relación con este aspecto, nuestro Protocolo para la Gestión Judicial y Actuación Pericial en Casos de Violencia contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar explica lo siguiente:

El informe pericial debe atenerse al objeto específico de la pericia que se determinó por parte del juez o jueza competente, recoger la metodología empleada, contener la información manejada por el perito para llegar a las conclusiones expuestas (parte descriptiva), así como los criterios científicos utilizados por este para valorar dichos datos (parte técnica). (Consejo de la Judicatura, 2018, p. 95)

Sin embargo, es importante resaltar que existe en nuestra normativa vigente, por un lado, el Código Orgánico Integral Penal (2014), que en su artículo 511 señala que el informe pericial debe contener mínimamente el lugar y la fecha en que se realiza el peritaje, la identificación del perito, la descripción y el estado de la persona o del objeto del que se realiza la pericia, la técnica que se ha utilizado,

la fundamentación científica, ilustraciones si es que corresponden, las conclusiones y la firma.

Por otro lado, el Reglamento del Sistema Pericial Integral, que consta en la Resolución 040-2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura, señala en sus artículos 20 y 21, un criterio general y básico para los informes periciales, que es su forma y su contenido:

**Artículo 20.- Forma.-** El informe pericial, sus explicaciones o aclaraciones, se presentarán de forma verbal y por escrito, de conformidad con la normativa procesal correspondiente. En caso de que el informe sea escrito, la jueza o juez o la o el fiscal obligatoriamente lo subirá sin los anexos al sistema informático que administra el proceso correspondiente, dejando constancia e incluyendo al momento de hacerlo, el número del código de calificación de perito.

Los informes periciales realizados en procesos calificados por la ley como reservados, o que tienen que ver con información restringida por la ley, no se subirán al sistema informático que administra el proceso correspondiente.

**Artículo 21.- Contenido del Informe Pericial.-** Los requisitos mínimos obligatorios de todo informe pericial son los siguientes:

- 1. Parte de antecedentes,** en donde se debe delimitar el objeto del peritaje, esto es, se tiene que especificar claramente el tema sobre el que informará en base a lo ordenado por la jueza o juez, la o el fiscal y/o lo solicitado por las partes procesales;
- 2. Parte de consideraciones técnicas o metodología a aplicarse,** en donde se debe explicar claramente, cómo aplican sus conocimientos especializados de una profesión, arte u oficio, al caso o encargo materia de la pericia;
- 3. Parte de conclusiones,** luego de las consideraciones técnicas, se procederá a emitir la opinión técnica, o conclusión de la aplicación de los conocimientos especializados sobre el caso concreto analizado. La conclusión será clara y directa en relación a la pericia realizada. Se prohíbe todo tipo de juicios ambiguos, así como cualquier tipo de juicio de valor sobre la actuación de las partes en el informe técnico; y,

- 4. Parte de Inclusión de documentos de respaldo, anexos, o explicación de criterios técnicos,** deberá sustentar sus conclusiones ya sea con documentos y objetos de respaldo (fotos, láminas demostrativas, copias certificadas de documentos, grabaciones de audio y video, etc.); y/o, con la explicación clara de cuál es el sustento técnico o científico para obtener un resultado o conclusión específica. Se debe exponer claramente las razones especializadas del perito para llegar a la conclusión correspondiente. No se cumplirá con este requisito si no se sustenta la conclusión con documentos, objetos, o con la explicación técnica y científica exigida en este numeral. (Consejo de la Judicatura, 2014)

Ahora bien, en el protocolo se anexan tres modelos distintos de informe, para que se apliquen dependiendo de si se trata de un procedimiento directo, un procedimiento abreviado, en violencia física o violencia psicológica, más un reporte del estado emocional de la víctima en casos de flagrancia, lo que lo vuelve cada vez más complejo.

Estos modelos de informes psicológicos están conformados por una serie de apartados que crean más confusión tanto para el que los elabora como para los lectores, pues distan mucho, en forma y contenido, de ser una respuesta a la solicitud de la autoridad. Esto es antitécnico y extenuante, por lo que se debería contar con un modelo único de informe psicológico forense para casos de violencia, que contenga ítems mínimos, con rigor científico y que cumplan con los requerimientos exigidos por la ley.

#### **4. CONCLUSIONES**

La valoración psicológica pericial del daño psicológico o afectación psicológica que se ha realizado hasta la actualidad en Ecuador tiene como único punto de referencia el Protocolo de Actuación y

Gestión Pericial, cuya aplicación transparenta más limitaciones que alcances en el abordaje pericial del daño psicológico en víctimas de violencia.

Con este análisis, vemos la necesidad de motivar una investigación local, que pudiera ofrecer la oportunidad de crear una herramienta (una guía metodológica) que aclare los conceptos, ubique una ruta de atención y facilite la labor del psicólogo perito que atiende a mujeres víctimas de violencia, pues con estos cambios también se pueden lograr mejoras al momento de hacer justicia desde el accionar pericial.

Finalmente, si nuestro núcleo es el ¿qué valoramos?, y ¿cómo lo hacemos?, al psicólogo perito, cualquiera sea el tipo de violencia que la mujer agredida denuncie, siempre le corresponderá determinar o descartar la existencia de daño psicológico o afectación psicológica. Aquí otro plus de esta investigación sugerida, ya que se requiere un documento estructurado de manera técnica-científica, respetuoso de la normativa y adaptado a la necesidad propia de todos los requerimientos expuestos en líneas anteriores, lo que repercutiría favorablemente en la redacción del informe psicológico forense.

## REFERENCIAS

- Agustina, J. R. (dir.). (2010). *Violencia intrafamiliar, raíces, factores y formas de violencia en el hogar*. Edisofer.
- Arce, R., Fariña, F. y Vilariño, M. (2015). Daño psicológico en casos de víctimas de violencia de género: estudio comparativo de las evaluaciones forenses. *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, 6(2), 72-80.
- Asamblea Nacional República de Ecuador (2014). Código Orgánico Integral Penal. Suplemento Registro Oficial n.º 180. Quito: 10 de febrero de 2014.

- Asamblea Nacional República de Ecuador (2018). Ley Orgánica para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Suplemento Registro Oficial n.º 175. Quito: 5 de febrero de 2018.
- Consejo de la Judicatura (2014). Resolución 040-2014. Quito: 10 de marzo de 2014.
- Consejo de la Judicatura (2018). Resolución 052A-2018. Quito: 23 de agosto de 2018.
- García-López, E. (2014). *Psicopatología forense. Comportamiento humano y tribunales de justicia*. Manual Moderno.
- Jiménez, F. (2012). *Evaluación psicológica forense* (2.<sup>a</sup> ed.). Solo Soluciones.
- Luca, S. de, Navarro, F. y Cameriere, R. (2013). La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (15), 1-19.
- Muñoz, J. M. (2013). La evaluación psicológica forense del daño psíquico: propuesta de un protocolo de actuación pericial. *Anuario de Psicología Jurídica*, 23(1), 61-69. <http://dx.doi.org/10.5093/aj2013a10>
- Muñoz, J. M. y López-Ossorio J. J. (2016). Valoración psicológica del riesgo de violencia: alcance y limitaciones para su uso en el contexto forense. *Anuario de Psicología Jurídica*, 26(1), 130-140. <https://doi.org/10.1016/j.apj.2016.04.005>
- Seijo, M. D., Fariña, F. y Vilariño, M. (2014). Procedimientos y técnicas para la evaluación psicológica forense. En S. Souto-Camba, A. J. Souto y F. Fariña (dirs.), *Salud y bienestar* (pp. 25-54). GEU Editorial.

## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 289-304

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i18.610

# Importancia de la motivación de las resoluciones

## Importance of the statement of reasons for decisions



LUIS MANUEL LIZA CASTILLO

Fiscalía Provincial Civil y Familia de Chiclayo. Distrito Fiscal de Lambayeque  
(Lambayeque, Perú)

Contacto: [ligacastilloluismanuel@gmail.com](mailto:ligacastilloluismanuel@gmail.com)

<https://orcid.org/0000-0003-4694-8238>

### RESUMEN

La debida motivación de las resoluciones es el derecho constitucional que tienen los ciudadanos de conocer las razones fácticas y jurídicas que las autoridades y los funcionarios, especialmente los del aparato estatal, adoptan para resolver las pretensiones, donde sus intereses se encuentran comprendidos. Este derecho es componente del debido proceso, llamado también proceso justo, expresión de la tutela procesal efectiva. Entre ambas instituciones existe una relación de género a especie y, en consecuencia, están íntimamente ligadas; por tanto, una indebida motivación importaría una flagrante vulneración a los derechos ciudadanos. En esa línea de ideas, constantemente se escucha sobre la presentación de recursos de impugnación contra decisiones emitidas, al no estar conforme con

ellas, y uno de los argumentos es la falta de motivación, por presuntamente haberse vulnerado garantías sustantivas y procesales en el decurso del proceso; apelaciones que en algunos casos son estimadas por la instancia superior, al constatarse que, en efecto, los responsables de deliberar el caso actuaron normativa y procesalmente con displicencia, proyectando una mala imagen de la institución a la cual pertenecen.

Así las cosas, es este el contexto que motivó el presente trabajo, cuyo objetivo ha sido describir, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, especialmente del Tribunal Constitucional, las características de una resolución inmotivada. Se ha encontrado que el operador puede incurrir en determinados vicios de justificación, realizando motivaciones defectuosas, insuficientes, que no guardan identidad entre lo pedido y lo resuelto, casi con ausencia de razonamiento lógico interno y escasa corroboración fáctica y jurídica; anomalías que revelarían que en algunos casos no ha existido una debida apreciación de los hechos o que la compulsación y la valoración del material probatorio no fueron las adecuadas, generando una decisión inválida cuya sanción es la nulidad y la consecuente regularización del proceso. Se desprende, a su vez, que la conducción del caso fue irregular y afectó, por ende, los intereses y las expectativas de sus titulares. Esta situación no debe presentarse, de allí que se resalte la importancia de conocer las peculiaridades de cada una de ellas para detectarlas e informar de su existencia, a fin de que la instancia correspondiente declare su nulidad, así como realizar las observaciones del caso para el funcionario que actuó indebidamente, sin perjuicio que de oficio o a instancia de parte, según la gravedad de los hechos, se deriven los actuados a otras instancias para que se pronuncien sobre otras responsabilidades a las que se hiciera merecedor.

**Palabras clave:** tutela procesal; debido proceso; motivación de las resoluciones.

**Términos de indización:** procedimiento legal; derecho constitucional; sentencia judicial (Fuente: Tesouro Unesco).

## ABSTRACT

The due motivation for issuing decisions is the constitutional right of citizens to know the factual and legal reasons that the authorities and officials, especially those of the State apparatus, adopt to resolve claims, where their interests are included. This right is a component of the due process, also called fair process, an expression of effective procedural protection. There is a gender-to-species relationship between both concepts and, consequently, they are closely linked; therefore, undue motivation would be a flagrant violation of citizens' rights. In this line of ideas, one constantly hears about the filing of appeals against decisions issued because citizens are not satisfied with them, one of the arguments being the lack of motivation, for allegedly having violated substantive and procedural guarantees in the course of the process. In some cases, the appeals are admitted by the higher instance, when it is verified that, in fact, those responsible for deliberating the case acted with disregard in normative and procedural terms, projecting a bad image of the institution to which they belong.

Thus, this context motivated the development of this paper, whose objective has been to describe, based on the academic legal opinion and jurisprudence, especially from the Constitutional Court, the characteristics of an unreasoned decision. It has been found that the operator of the proceedings may incur certain vices of justification, making defective or insufficient motivations that do not have relationship between the petition and the decision, almost with the absence of internal logical reasoning and little factual and legal corroboration. These anomalies would reveal that, in some cases, there has not been a proper appreciation of the facts

or that the verification and valuation of the evidentiary material were not adequate, generating an invalid decision whose sanction is the nullity and the consequent regularization of the proceedings. It is evident, in turn, that the conduct of the case was irregular and, therefore, affected the interests and expectations of its holders. This situation should not arise, hence the importance of knowing the peculiarities of each of them to detect and report their existence, so that the corresponding instance declares their nullity, as well as to make the pertinent observations to the official who acted improperly, notwithstanding the fact that, *ex officio* or *ex parte*, depending on the seriousness of the facts, the records be submitted to other instances so that they can rule on other responsibilities of the official.

**Key words:** procedural protection; due process; motivation of decisions.

**Indexing terms:** legal procedure; constitutional law; legal decisions (Source: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 24/06/2022

**Revisado:** 28/10/2022

**Aceptado:** 28/10/2022

**Publicado en línea:** 07/12/2022

**Financiamiento:** Autofinanciado.

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

**Revisores del artículo:**

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

[jpgalominom@unmsm.edu.pe](mailto:jpgalominom@unmsm.edu.pe)

<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

Sandro Alberto Núñez Paḡ (Universidad de Lima, Perú)

[snunez@ulima.edu.pe](mailto:snunez@ulima.edu.pe)

<https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

## 1. INTRODUCCIÓN

El trabajo que se pone a consideración de los lectores está referido a conocer y describir las distintas disfuncionalidades que presentan algunos pronunciamientos o decisiones emitidos por las autoridades y los funcionarios de las diferentes instancias, especialmente las del aparato público del Estado encargadas de resolver pretensiones de diversa índole como judiciales, administrativas, administrativas-disciplinarias, etc., pues es un derecho reconocido por nuestra carta política que estas sean resueltas debidamente, esto es, con adecuado estudio, análisis y objetividad, que responda a los hechos informados, a los medios de pruebas presentados, entre otros; no hacerlo es incurrir en arbitrariedad e infracción constitucional.

El tratamiento jurídico a la debida motivación de las resoluciones pasa por conocer también institutos como el de tutela procesal efectiva y el debido proceso. Al respecto, Espinoza (2014) nos señala que entre ambos existe una relación de género a especie. La primera alude al aspecto externo del proceso, de garantizar su inicio y su conclusión; mientras que el segundo refiere al ámbito interno, a la interacción de un conjunto de reglas que tiene que ser respetado al interior del proceso. Estas reglas, como indica Landa (2002), son las de presunción de inocencia, estado del proceso, de defensa, de presentar pruebas, de pluralidad de instancia, cosa juzgada, entre otras más. El derecho a la debida motivación es un componente más que junto a los otros está destinado a garantizar los derechos de los ciudadanos que tienen conflictos con la obtención de resoluciones debidamente justificadas.

A la luz de la jurisprudencia, sabemos que los ciudadanos, en el ejercicio de su derecho a la doble instancia, comúnmente presentan recursos impugnativos, invocan, entre otros, la falta de motivación del pronunciamiento emitido. Incluso han recurrido a la instancia constitucional para que conozca también del caso; luego se ha

informado que, en efecto, las resoluciones cuestionadas presentaban anomalías de motivación como el de ser simuladas o aparentes, insuficientes o no exhaustivas, defectuosas por vulnerar principios lógicos, sustancialmente incongruentes al no existir identidad entre la pretensión y lo resuelto; sin justificación interna, vale decir, con expresión de razonamientos incompatibles o con ausencia de motivación externa, esto es, faltos de corroboración normativa o fáctica, etc.

De este modo, se llega a la conclusión de que algunas decisiones que resuelven pretensiones estimándolas o no de manera sutil pueden presentar algunas de las anomalías antes descritas. Es necesario individualizarlas e informarlas a la instancia correspondiente para que sean sancionadas con la nulidad y que, asimismo, se corrijan y encaminen debidamente los actos procesales al interior del proceso, y que se dicte en el estadio respectivo una resolución que responda a los hechos y a la normatividad que la sustenta.

## **2. TUTELA PROCESAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO**

La tutela procesal efectiva es un atributo subjetivo que tiene toda persona frente al aparato del Estado por el hecho de ser tal. Comprende una serie de derechos entre los que sobresale, en el ámbito del sistema de justicia, el de promover la actividad jurisdiccional, de instaurar derecho de acción, de acceder al servicio de justicia, sin impedimento alguno, a fin de poder solucionar sus conflictos cuando estos no son resueltos de manera espontánea. Una de sus expresiones es el derecho al debido proceso, figura jurídica instituida para investir y garantizar a los ciudadanos librarse de los abusos y los excesos de los particulares, pero especialmente de las autoridades estatales, quienes muchas veces a través de decisiones irrazonables y, como indica el jurista García Toma (2008), saliéndose de su competencia, cometen abusos y le dan un fin

distinto al poder del que han sido premunidos. La tutela procesal se diferencia del debido proceso en que la primera constituye el género que permite el acceso y la materialización del derecho de acción; el segundo es la especie que se evidencia mediante una serie de garantías a tener en cuenta dentro del proceso, configurando el lado formal de la tutela procesal. De igual forma, podemos decir que la tutela está referida al aspecto externo del proceso, resguarda su inicio y su culminación; en cambio, el debido proceso se ubica en el ámbito interno y tiene como componentes una serie de principios y reglas a los que se deben sujetar los particulares, las personas jurídicas y los órganos del Estado.

Visto así el debido proceso, llamado también proceso justo, corresponde conocer que su estructura proyecta una doble configuración: una formal y otra sustantiva, esta última se relaciona con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En el ámbito formal, el debido proceso se constituye por una serie de garantías, entre las que destaca la presunción de inocencia, del juez natural, del derecho de defensa, de libertad probatoria (exponer argumentos, ofrecer y producir pruebas), de ser oído, de presentar recursos, el de pluralidad de la instancia, etc. Destaca uno muy importante, como es el derecho de obtener una resolución fundada en derecho y acorde con los hechos ocurridos, a fin de conocer no solo las razones que estimaron o no su pretensión, sino que estas no sean arbitrarias e inconstitucionales.

### **3. IMPORTANCIA DE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES**

La importancia de la debida motivación de las resoluciones reside, entre otras, en garantizar el principio-norma del debido proceso como expresión del principio de tutela procesal. En tal sentido, es obligación de las autoridades, y en especial de los que administran justicia, desarrollar una exposición clara y ordenada de los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoyan y los que

respaldan su decisión. Por tanto, la carencia de razonamientos sólidos y consistentes evidenciará la presencia de una resolución falta de motivación o justificación y por ende inconstitucional. Este hecho se sanciona con la nulidad, sin perjuicio de que a petición de parte o de oficio se requiera de las sanciones civiles, penales y disciplinarias a las que se haga merecedor el autor en tanto la intensidad y la gravedad del perjuicio irrogado.

#### **4. DISFUNCIONALIDAD EN LA MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES**

En las resoluciones que provienen del sistema de justicia, el ámbito administrativo, el administrativo-disciplinario, etc., es común observar constantes impugnaciones a las decisiones resueltas, argumentando, entre otras causas, falta o ausencia de motivación de la apelada y simultáneamente requerir la nulidad del pronunciamiento; sin desvirtuar que algunas de ellas sean invocadas maliciosamente con afán dilatorio para ejecutar lo decidido.

La causal de presuntas irregularidades o disfuncionalidad de falta de motivación ha sido individualizada por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia emitida, la más emblemática y conocida es la recaída en el Expediente n.º 00728-2008-PHC/TC-Lima, caso Giuliana Flor de María Llamuja Hilares, sobre valoración probatoria y motivación de las sentencias penales. En el fundamento 7 de este expediente se establecen los supuestos de falsa motivación como las simuladas, de falta de razonamiento interno, deficiencias en la justificación de premisas, de no exhaustivas, de incongruencia, motivación reforzada o cualificada; del mismo modo, el hecho de no tener que aplicar las máximas de la experiencia y los principios lógicos, entre otros aspectos. Por lo que, partiendo de esta sentencia constitucional, se hará un breve esbozo de cada una de estas y se enfatizará que la doctrina y la jurisprudencia también se refieren a ellas, aunque con otros nombres, pero que en suma informan la misma idea.

## 4.1. Motivación defectuosa

Es necesario precisar que en la Casación n.º 350-2016-Huánuco<sup>1</sup>, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 29 de noviembre de 2016, el considerando décimo ha establecido que el vicio procesal de motivación defectuosa se subdivide en aparente, insuficiente y defectuosa en estricto, de tal forma que en ese orden podemos señalar:

### 4.1.1. Motivación aparente

Ocurre cuando observamos una resolución que tiene sus fundamentos jurídicos (norma, jurisprudencia, doctrina, etc.); asimismo, hace referencia a los medios probatorios presentados por las partes procesales, existe un desarrollo y una apreciación del caso, y finalmente obra una decisión, que estima o no la pretensión puesta en controversia. Inicialmente, como se ha dicho, causa la impresión de una resolución que reviste consistencia jurídica y fáctica. Empero, si nos detenemos a revisarla cuidadosamente, nos daremos cuenta de que el sustento jurídico aplicado no guarda relación con los hechos, como en el caso de las normas, bien sea por su impertinencia cuando no también por su falta de vigencia. En lo que respecta al material probatorio, indefensión por existir únicamente una mera enumeración de cada una de ellas, sin mayor labor interpretativa que valide las afirmaciones y las negaciones que puedan haberse alegado. Interesa que las valoraciones que se hagan resulten indudablemente subjetivas, muchas veces irracionales, por el exceso de discrecionalidad que importan. Con estos antecedentes, definitivamente la decisión asumida resulta a todas luces arbitraria e inconstitucional; por consiguiente, estaremos frente a una motivación sutilmente simulada, donde el operador solo se limitó a dar un acabado formal a esta.

---

1 Publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 2 de enero de 2018.

#### 4.1.2. Motivación insuficiente

Aquí se resuelve la controversia al acudir a normas irrelevantes e inconducentes dejando de lado otros dispositivos de superior jerarquía, de mayor peso jurídico e implicancia directa con el objeto en debate; igual situación ocurre con los medios de prueba, pues de todo el material probatorio aportado solamente se valora uno o algunos de ellos y se omiten los restantes, sin considerar que aquellos pudieron ser más trascendentes y determinantes al momento de tomar una posición. Es más, muchas veces las pruebas elegidas y valoradas resultan también impertinentes e inidóneas para asumir con criterio de certeza una decisión; pero lo que es más grave: no se expresan las razones o las justificaciones por las cuales no se tuvieron en cuenta o por qué fueron rechazadas aquellas. Esta deficiencia de motivación constituye una infracción al principio lógico de razón suficiente, al no existir exhaustividad en el estudio del caso, pues se emite evidentemente una resolución incompleta y limitada.

Ahora, en reiterada jurisprudencia expedida por la Corte Suprema de Justicia de la República, como la Casación n.º 1696-2012-La Libertad<sup>2</sup>, en materia de motivación de las resoluciones se enfatiza que no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, o que la extensión del pronunciamiento sea profusa, sino que es indispensable que mínimamente su contenido refleje sustento jurídico entre lo pretendido y lo estimado, que se justifique a sí mismo y que sea acorde a la naturaleza del tema en debate, aun cuando la decisión sea escueta o sucinta, pero sólida y pertinente a la vez.

#### 4.1.3. Motivación defectuosa propiamente dicha

Se incurre en esta clase de vicio procesal cuando se vulneran «principios lógicos» del pensar como el de «no contradicción»: no

---

2 Publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 30 de abril de 2013.

se puede afirmar y negar algo a la misma vez, *v. gr.* cuando la decisión emitida se sustenta en una pericia, empero, en la misma resolución se resuelve declarar fundada la tacha presentada contra el aludido medio de prueba; de «razón suficiente»: cualquier afirmación o negación de un hecho debe estar suficientemente sustentada (motivación insuficiente), como, por ejemplo, declarar fundada una demanda sobre la base de un único medio probatorio dejando de lado otros; de «identidad» o congruencia: las conclusiones deben corresponderse con las pretensiones postuladas: *v. gr.* sentencia que resuelve conceder indemnización por daño moral, cuando en la demanda la pretensión fue únicamente resarcimiento por daños materiales; y de «tercio excluido»: principio que, a decir de la jurista Arrarte Arisnabarreta (2004), se afecta cuando únicamente debe haber dos fallos válidos y excluyentes entre sí, sin que exista la posibilidad de una tercera alternativa, *v. gr.* declarar la nulidad de una compra-venta, resolviéndose solo a favor del vendedor y no del comprador, a pesar de ser ambos litisconsortes necesarios.

Del mismo modo, se incurre en motivación defectuosa en estricto si el caso materia de debate aconseja también como medio de interpretación y resolución del caso el uso de las «máximas de la experiencia», llamadas también de «sentido común» o «normalidad». Son medios de interpretación que devienen de la observación del comportamiento social, permiten establecer presunciones, valorar pruebas o determinar el sentido jurídico del comportamiento de las partes en el proceso. Peyrano (2011) nos indica que las máximas de la experiencia pertenecen al conocimiento común y sirven también para determinar las contradicciones que se pueden observar en la versión de las partes, de los testigos, de los indicios y asumir convicción de estos. Un caso muy conocido sobreviene de la diligencia de notificación, en la cual una persona afirma no haber sido notificada; sin embargo, no explica razonablemente cómo tuvo conocimiento de la demanda en su contra, por qué se mudó a otra vivienda, por qué no comunicó de este hecho a su contraparte, etc.

Asimismo, ingresan en este campo los denominados apotegmas jurídicos: «La ley es dura, pero es la ley», «Lo que no está prohibido está permitido», «Lo accesorio sigue al principal», «El que afirma algo está obligado a probarlo», etc., razonamientos que, según el jurista Marcial Rubio (2007), si bien no son métodos de interpretación, ayudan a resolver situaciones concretas, dada su estructura simplificada pero correcta en la apreciación del caso.

#### 4.1.4. Falta de motivación interna del razonamiento

Se comete esta infracción cuando no existe mínimamente una estructura silogística de las premisas seleccionadas para resolver la controversia, esto es, premisa mayor (o normativa), premisa menor (o fáctica) y conclusión (decisión o pronunciamiento). Ello impide que el razonamiento siga un orden lógico; asimismo, las premisas elegidas en los considerandos son contradictorias, incongruentes e incompatibles entre sí. De este modo, es evidente que la conclusión a la que se arribó resulte a todas luces inválida, justamente por falta de organización lógica de las premisas de las cuales deviene; por otra parte, al ser este el antecedente, y al decir de León Pastor (Academia de la Magistratura, 2008), no es difícil vislumbrar una lectura inentendible de la decisión por carecer de la argumentación de orden y claridad. Un ejemplo de este vicio de motivación sería, en el campo penal, afirmar en un considerando la existencia de un delito; en otro, la ausencia de dolo en el comportamiento del agente activo; y, más adelante, establecer que no existe delito por duda razonable. Organizadas así las premisas, es evidente que no conllevan una lectura lógica menos una conclusión válida del caso.

#### 4.1.5. Deficiencia de motivación externa

Se cae en este tipo de falencia de motivación cuando no se corrobora, no se fundamenta, menos se analiza la validez y la solidez de las premisas normativas y fácticas del razonamiento seleccionadas

para asumir la posición del caso. Así tenemos que, en cuanto a la premisa jurídica, particularmente respecto a la norma, no se contrasta su vigencia en el ordenamiento jurídico, su sentido y su alcance jurídico, su pertinencia y su relevancia para resolver el caso; por otra parte, en relación con la premisa fáctica, orientada a precisar los hechos informados y la interacción de todos los medios probatorios, de igual forma, poco o nada se hace para reforzar fácticamente las premisas y asumir una convicción sólida en este extremo.

Un sencillo ejemplo de motivación externa en el plano normativo y fáctico sería el caso de un delito contra el patrimonio, pues este ilícito, desde el punto de vista normativo, se encuentra previsto en el artículo 188 del Código Penal y sus agravantes en el artículo 189 del mismo texto punitivo, que sanciona al agente activo que ilegítimamente se apodera de un bien mueble mediante violencia o amenaza; que el bien jurídico protegido es el patrimonio; y que la propiedad está amparada por el numeral 16 del artículo 2 de nuestra carta política. Luego, en el plano fáctico, se debe corroborar la existencia del delito y la responsabilidad del agente activo, por consiguiente, se debe motivar el material probatorio incorporado en los actuados, por ejemplo, la testimonial de José, quien señala que vio a Carlos en horas de la noche (artículo 189.2 del Código Penal) despojar de su celular a Luis, y que actuó incluso con violencia y amenaza; que momentos después Carlos fue intervenido por personal policial y se recuperó el móvil del agraviado; que Carlos posteriormente ha confesado su responsabilidad en los hechos; que Luis ha demostrado la preexistencia y la propiedad de su celular; por consiguiente, luego de un debido proceso, es previsible que sobre Carlos recaiga la sanción prevista en la norma penal arriba descrita.

#### **4.1.6. Motivación sustancialmente incongruente**

Se incurre en este vicio de motivación cuando se guarda silencio y se dejan incontestadas las pretensiones y las alegaciones de las

partes procesales. No existe coherencia con la respuesta que eventualmente pueda dictar el operador, no se configura identidad entre lo pretendido y lo resuelto (incongruencia omisiva); se puede hablar de resoluciones que no se pronuncian respecto de los hechos relevantes de la controversia (*infra petita*), v. gr.: demanda de resolución contractual y accesoriamente indemnización por daños y perjuicios, pues el juez solo resuelve la primera pretensión y omite decidir sobre la segunda.

Por otro lado, se incurre también en este vicio cuando el razonamiento se aparta del tema de debate (incongruencia activa); se presentan desviaciones, modificaciones o alteración de la materia controvertida, sea porque se resuelve más allá de los hechos alegados, sobre hechos no postulados (*ultra petita*), o también porque la decisión resuelve un hecho no invocado, o se sustituye una pretensión por otra distorsionando evidentemente los hechos materia de pronunciamiento (*extra petita*). Un ejemplo de incongruencia activa sería una demanda por ejecución de cláusula penal en un contrato de alquiler en la cual pese a que el demandado no ha requerido la reducción de la cuantía, se resuelve que el pago debe ser menor al concertado por las partes en el contrato; aquí el juez ha resuelto algo que no ha sido requerido por los sujetos procesales. Cabe indicar que el procesalista Hurtado Reyes (2004), respecto al principio de congruencia procesal, indica que las afectaciones *infra petita*, *ultra petita* y *extra petita* son expresiones de incongruencia objetiva y resultado de un inadecuado manejo del petitorio y la *causa petendi*.

## 5. CONCLUSIONES

La motivación de las resoluciones garantiza a los ciudadanos el acceso a decisiones explícitas y sólidas en relación con las pretensiones y las alegaciones postuladas, lo que permite especialmente el ejercicio del derecho de defensa y de pluralidad de instancia.

Al tener la motivación una trascendencia constitucional, obliga e impone a las autoridades a exponer y justificar los fundamentos jurídicos y fácticos de su decisión; ello proscribe la subjetividad y el mero decisionismo de los llamados a resolver sus pretensiones.

Los defectos de motivación dan lugar a resoluciones defectuosas (aparente, insuficiente y defectuosa en estricto), con ausencia de justificación interna del razonamiento, sin corroboración externa (normativa o fáctica), con motivación sustancialmente incongruente, entre otros.

La doctrina y la jurisprudencia aconsejan estudiar los hechos y las pruebas presentadas, seleccionar el material normativo, descubrir su sentido y su alcance interpretativo; buscar si los hechos calzan en la premisa jurídica elegida; interactuar todos los medios de prueba, y asumir una posición sobre aquellos que causan convicción; y, finalmente, se establece una conclusión adecuada.

El silogismo jurídico se presenta también como un método de argumentación básico al momento de esquematizar una resolución, esto es, premisa mayor (norma, jurisprudencia, doctrina), premisa menor (hechos fácticos) y conclusión (decisión o pronunciamiento). Esta organización argumentativa se encuentra supe- ditada a las características del caso materia de deliberación, al cual se le debe añadir un lenguaje sencillo y asequible, buscando que el lector logre comprender el mensaje de la decisión.

## REFERENCIAS

- Academia de la Magistratura (2008). *Manual de redacción de resoluciones judiciales*. Jusper.
- Arrarte, A. (2004). Sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales en el ordenamiento procesal civil. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 30(30), 163-198.

- Corte Suprema de Justicia de la República (2013). Casación Laboral n.º 1696-2012-La Libertad. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Lima: 11 de marzo de 2013.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2016). Casación n.º 350-2016-Huánuco. Sala Civil Permanente. Lima: 29 de noviembre de 2016.
- Espinoza, M. (2014). Tutela procesal efectiva y debido proceso en la jurisprudencia del TC peruano. <https://derecho.unap.edu.pe/mespinoza/2014/04/utela-procesal-efectiva-y-debido-proceso-en-la-jurisprudencia-del-tc-peruano/>
- García Toma, V. (2008). *Teoría del derecho y derecho constitucional*. Palestra Editores.
- Hurtado, M. A. (2004). La incongruencia en el proceso civil. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2010/02/08/la-incongruencia-en-el-proceso-civil/>
- Landa, C. (2002). El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. *Pensamiento Constitucional*, 8(8), 445-461.
- Peyrano, J. W. (2011). Aproximación a las máximas de la experiencia. Su relación con las reglas de la sana crítica. ¿Se trata de dos conceptos disímiles? *Revista de Derecho*, (25), 11-19.
- Rubio, M. (2007). *El sistema jurídico*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Tribunal Constitucional (2008). Expediente n.º 00728-2008-PHC/TC Lima. Lima: 13 de octubre de 2008. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>

## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 305-320

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i18.626

# La educación jurídica como medida preventiva de los delitos de violación sexual de menor de edad

Legal education as a measure to prevent sexual  
assault against minors



JOHN FRANCK HUERTA MOLINA  
Corte Superior de Justicia de San Martín  
(Moyobamba, Perú)

Contacto: [jhuertamo@pj.gob.pe](mailto:jhuertamo@pj.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0002-3062-0046>

### RESUMEN

En pleno siglo XXI es inimaginable que los ciudadanos puedan vivir al margen de ley, y sobre todo de la ley penal; sin embargo, como paradigma tenemos que en ciertas ciudades del Perú es usual iniciar una convivencia y formar una familia con menores de edad de catorce años. Dicha aseveración no solo es notable por las noticias, sino además por los procesos penales que se ventilan en el Poder Judicial, pues dicha práctica califica como delito de violación sexual en menor de edad, tema que ha sido discutido ardua y recientemente en la jurisprudencia penal peruana.

De acuerdo con lo señalado, si el precitado tema jurídico era discutido por expertos en este último decenio, ¿cómo podría exigirse a la población el conocimiento de su prohibición y sus consecuencias penales?

La mayor cantidad de procesados por el delito de violación sexual en menor de edad alega desconocimiento respecto a su prohibición; no obstante, ello es un tema que llevado a un proceso penal exige una correcta aplicación: del tipo penal, de los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia y una probanza cualificada a fin de no generar impunidad.

En esa línea de ideas, es preciso tratar de entender si el factor desconocimiento puede contrarrestarse con la impartición de una educación jurídica que contenga un derecho penal básico y así lograr una mitigación en la incidencia del delito de violación sexual de menor de edad.

**Palabras clave:** educación jurídica; delito de violación sexual de menor de edad; medida preventiva.

**Términos de indización:** enseñanza jurídica; abuso sexual; niño; prevención del crimen (Fuente: Tesouro Unesco).

### **ABSTRACT**

In the middle of the 21st century it is unimaginable that citizens can live outside the law, especially criminal law; however, as a paradigm, in certain cities of Peru it is usual to start a common-law union and a family with 14-year old minors. This assertion is not only notable for the news, but also for the criminal proceedings that are exposed in the judiciary, since this practice qualifies as a crime of sexual assault against minors, a subject that has been discussed arduously and recently in the Peruvian criminal jurisprudence.

According to the above, if the aforementioned legal issue was discussed by experts in the last decade, how could the population be required to know about its prohibition and its criminal consequences?

The greater number of persons prosecuted for sexual assault against minors alleges ignorance of its prohibition. However, this is an issue that, when brought to a criminal trial, requires a correct application of the criminal description, the parameters established by the Supreme Court of Justice, and qualified evidence in order not to generate impunity.

In this line of ideas, it is necessary to try to understand if the factor of ignorance can be counteracted by the provision of a legal education containing basic information on criminal law and thus achieve mitigation in the incidence of the crime of sexual assault against minors.

**Key words:** legal education; crime of sexual assault against minors; preventive measure.

**Indexing terms:** legal education; sexual abuse; children; crime prevention (Source: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 24/08/2022

**Revisado:** 25/11/2022

**Aceptado:** 25/11/2022

**Publicado en línea:** 07/12/2022

**Financiamiento:** Autofinanciado.

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

**Revisores del artículo:**

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)  
jpalominom@unmsm.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

Sandro Alberto Núñez Paz (Universidad de Lima, Perú)  
snunez@ulima.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

## 1. INTRODUCCIÓN

En la jurisprudencia penal peruana se ha visto la flexibilización de la punibilidad en el acceso carnal con menores de edad, ello en tanto en un primer estadio se discutió como límite el consentimiento y desde cuándo opera este como causal de disminución de pena y en un segundo término como una causal de atipicidad.

Con fecha 16 de noviembre de 2007 el Acuerdo Plenario n.º 7-2007/CJ-116 estableció como doctrina jurisprudencial, en su fundamento 12, que es causal de disminución de la pena cuando medie el consentimiento al mantener relaciones sexuales con una menor de dieciséis años y mayor de catorce años de edad.

Asimismo, el 18 de julio de 2008, se pronunció el Acuerdo Plenario n.º 4-2008/CJ-116, el cual señala que se debe eximir la pena cuando se trate de relaciones sexuales voluntarias con adolescente entre catorce y dieciocho años.

Esta última interpretación fue tomada por el Tribunal Constitucional para declarar inconstitucional el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal, sentencia emitida el 12 de diciembre de 2012 y publicada el 24 de enero de 2013, en el Expediente n.º 008-2012-PI/TC, el precitado artículo sancionaba el acceso carnal con adolescentes entre catorce y dieciocho años de edad.

Como se puede entrever, dichas interpretaciones y alcances no aplicaban a las relaciones sexuales con menores de catorce años, dado que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, donde el consentimiento del sujeto pasivo no tiene lugar. Sin embargo, surgió la problemática respecto a qué ocurría con las personas que mantenían relaciones sexuales con menores de catorce años, hecho que tipifica como delito y que tiene una incidencia especial cuando ocurre en poblaciones campesinas o nativas, así como cuando el agresor y la víctima constituyen un hogar.

Estas dos incidencias tienen sus propios parámetros para ser resueltos, el primero conforme al Acuerdo Plenario n.º 1-2015/CIJ-116, sobre la aplicación judicial del artículo 15 del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes; y el segundo a través de la Sentencia Plenaria n.º 1-2018/CIJ-433, sobre alcances de la determinación de la pena en los delitos sexuales.

No obstante, estas soluciones jurídicas no mellan directamente en el problema, esto es, el acceso carnal con menores de catorce años y en consecuencia su configuración delictiva, lo que trae como planteamiento es que si una educación jurídica penal básica aplicada en la población será suficiente para incidir en la reducción del delito de violación sexual en menores de edad.

## **2. LA EDUCACIÓN JURÍDICA**

### **2.1. La educación como un derecho**

La educación es un derecho consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 26 señala que esta, en su nivel primario (elemental y fundamental), es gratuita y obligatoria.

Otros instrumentos internacionales también la reconocen, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 18 y 20; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus artículos 13 y 14; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 26; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 13; la Convención sobre los Derechos del Niño, en los artículos 29 y 30, entre otros.

En esa misma línea garante, la Constitución Política del Perú desarrolla el derecho a la educación en sus artículos 13, 14, 16 y 18.

En ese sentido, no cabe duda de que la educación es un derecho fundamental, pero, aún más, debe ser un derecho fundamental programático en su regulación, máxime si en la actualidad académica se habla de la constitucionalización del derecho y también del bloque de convencionalidad.

## 2.2. La educación como fundamento social

La educación posee un carácter instructivo, sin embargo, su finalidad tiene una especial dimensión social a razón de que conlleva al mejoramiento del ser humano en su interrelación en la sociedad y en su convivencia pacífica, sobre todo en conflictos jurídicos.

Concuerdo con Arteaga (2002) cuando señala que

La función de la educación es preparar al hombre para la vida, para vivir en sociedad como ser social. De ser capaz de adaptarse y respetar las leyes que regulan este sistema de relaciones cada vez más complejas, gracias a la educatividad del hombre, partiendo del principio «Educar desde, durante y para la vida». (p. 5)

Ese fundamento social también se puede advertir en la misma Constitución, en su artículo 14, que establece: «La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. **Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad** [énfasis añadido]».

## 2.3. La educación jurídica

A la educación jurídica la defino como el proceso de formación que incluye el conocimiento del sistema jurídico vigente en el país, que conlleva a los ciudadanos a discernir su actuación como lícita o ilícita antes de exteriorizarla.

Según Viera (1987):

la educación jurídica es parte orgánica de la educación moral, laboral, política e ideológica, que no va simplemente destinada a ciudadanos en circunstancias desfavorables para evitar que cometan delitos, sino que abarca la actividad estatal de aquellos organismos más comprometidos con la lucha contra el delito en particular y de todos los organismos y población en general, el papel más relevante de esta educación la deben impulsar los organismos, organizaciones y entidades estatales que enfrentan la actividad delictiva [...], lo que la acerca a toda la sociedad y añade [...] la educación jurídica asegura el comportamiento moral de los ciudadanos y conduce a la unificación entre la palabra y la acción, entre el precepto legal y la conducta diaria del ciudadano. (p. 111)

Por otro lado, para Sierra (2010) la educación jurídica es

un proceso consciente de enseñanza y aprendizaje, de acercamiento continuo al derecho para apropiarse de su contenido político, social, ideológico, deontológico, axiológico, normativo y conductual, en función de la defensa consciente del proyecto socialista cubano, mediante el estudio de las normas jurídicas y encaminado a la formación ética del ciudadano sobre la base de la dialéctica de deberes y derechos. (p. 190)

En esa línea de definiciones, la Constitución Política del Perú no es ajena a la educación jurídica, pues ha establecido que la formación cívica es obligatoria en todo proceso educativo civil. Para tal efecto, el Estado formula los lineamientos generales de los planes de estudios; sin embargo, cabe preguntarse si el currículo actual del Ministerio de Educación en cuanto a educación cívica (jurídica) incluye un derecho penal básico.

El currículo nacional vigente se encuentra aprobado mediante la Resolución Ministerial n.º 649-2016-MINEDU. En el currículo del nivel primaria, los aspectos cívicos se desarrollan en el área de Personal Social (véanse las págs. 71-ss. de este programa curricular),

mientras que en el del nivel secundario el tema cívico es tratado en el área de Desarrollo Personal, Ciudadanía y Cívica (véanse las págs. 31-ss. de este programa curricular). Se puede afirmar que no existe una educación jurídica que contenga aspectos básicos del derecho penal; no obstante, esta carencia debe ser reforzada con programas jurídico-educacionales que impliquen el conocimiento respecto a los delitos, sus consecuencias, su prevención y sus límites punitivos.

### **3. ¿LA EDUCACIÓN JURÍDICA PENAL COMO MEDIDA PREVENTIVA DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN MENORES?**

Debe señalarse que existe una simbiosis entre una política educativa y una política criminal. Afirmar que una población educada es menos propensa a la comisión de delitos es válido. Un claro ejemplo de esto ocurre en Finlandia, donde el índice de criminalidad es bajo y el índice educativo es alto; a diferencia de Perú, donde sucede lo contrario: como paradigma se tiene que en el Anuario Estadístico de la Criminalidad y Seguridad Ciudadana 2016-2020, en la población penitenciaria el nivel educativo alcanzado, a diciembre de 2020, por la mayoría de internos/as fue secundaria (68.4%), primaria (20.8%) y nivel superior universitario/no universitario (9.3%) (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], 2021, p. 84). De ello se puede notar fácilmente que la población penitenciaria con menos incidencia delictiva es la que cuenta con educación superior.

En ese sentido, debe entenderse que una política educativa es un mecanismo de prevención del delito, si bien no puede afirmarse que erradicará el delito, puesto que en una sociedad siempre existirán conductas impropias. Respecto a ello, coincido con Mayorca (1995), citado por Valderrama y Morales (1996), quien señala que la prevención del delito implica la creación y el refuerzo de

mecanismos para reducir la acción delictual a límites tolerables en una determinada sociedad (p. 2).

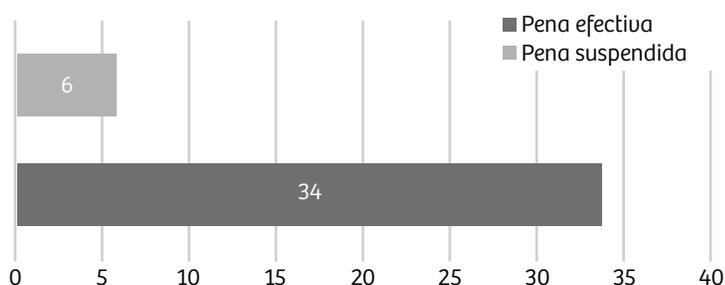
Es claro que la educación jurídica en la enseñanza primaria y secundaria en el Perú es insuficiente para que el ciudadano pueda dejar de transgredir las normas básicas de convivencia, como es el caso del respeto al bien jurídico de la indemnidad sexual de un menor de catorce años.

Esta afirmación se deja entrever en el siguiente cuadro, donde se han resuelto seis expedientes con pena suspendida, de un total de cuarenta procesos con pena efectiva por delitos de violación sexual en contra de menor de catorce años, en el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Transitorio de Mariscal Cáceres, Juanjuí, en los meses de marzo a julio de 2020.

En los seis procesos penales por el delito de violación sexual de menor de edad resueltos con pena suspendida, se puede advertir un hecho similar en la acusación fiscal: el agresor y la víctima han constituido una familia. Dicha circunstancia no lo descalifica como delito y, por ende, tiene consecuencias jurídicas. Sin embargo, permite al juzgador ponderar la pena, dado que el interés superior del niño es una causal de disminución de punibilidad supralegal reconocida en el derecho internacional convencional.

**Figura 1**

***Sentencias de delitos de violación sexual en menor de catorce años***



*Fuente:* Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Transitorio de Mariscal Cáceres (marzo-julio de 2022).

### 3.1. Encuesta aplicada a cien pobladores de la ciudad de Juanjuí, Mariscal Cáceres, San Martín (junio de 2022)

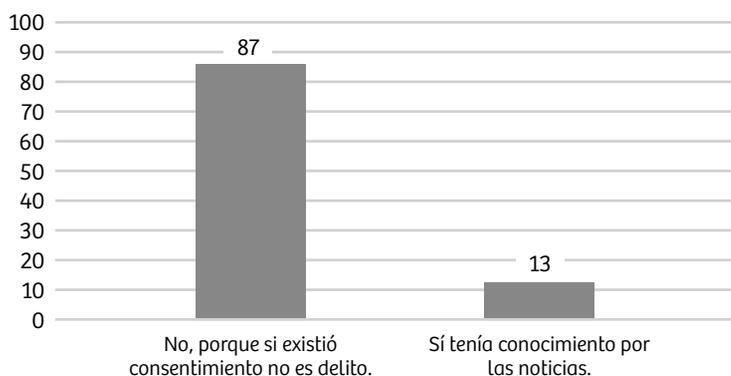
Si bien existe una solución jurídica dada por la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, no desaparece la problemática, esto es, que el ciudadano desconoce que el acceso carnal con menores de catorce años le puede merecer la pena de cadena perpetua. Para probar esta hipótesis se realizó una encuesta rápida a 100 personas en la ciudad de Juanjuí, Mariscal Cáceres, San Martín.

#### 3.1.1. Respecto a la pregunta de si tenía conocimiento de que el tener relaciones sexuales con un menor de catorce años constituía delito

- 87 personas manifestaron desconocer que tener relaciones sexuales con menores de catorce años constituía una violación sexual y justificaron su respuesta al señalar la existencia de «consentimiento» del menor de edad.
- 13 personas manifestaron tener conocimiento de que sí era delito, pero que se enteraron por las noticias.

Figura 2

**¿Tiene conocimiento de que mantener relaciones sexuales con un menor de edad de catorce años es delito?**



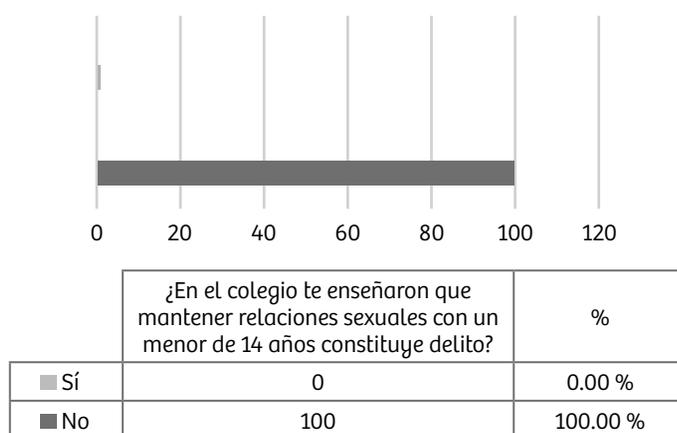
*Fuente:* Encuesta aplicada a 100 pobladores de la ciudad de Juanjuí, Mariscal Cáceres, San Martín (junio de 2022).

### 3.1.2. Respecto a la pregunta de si en el colegio se les enseñó que tener relaciones sexuales con un menor de catorce años constituía delito

- 100 personas manifestaron que en el colegio nunca se les enseñó sobre ese tema.

Figura 3

**¿En el colegio te enseñaron que mantener relaciones sexuales con un menor de catorce años constituye delito?**



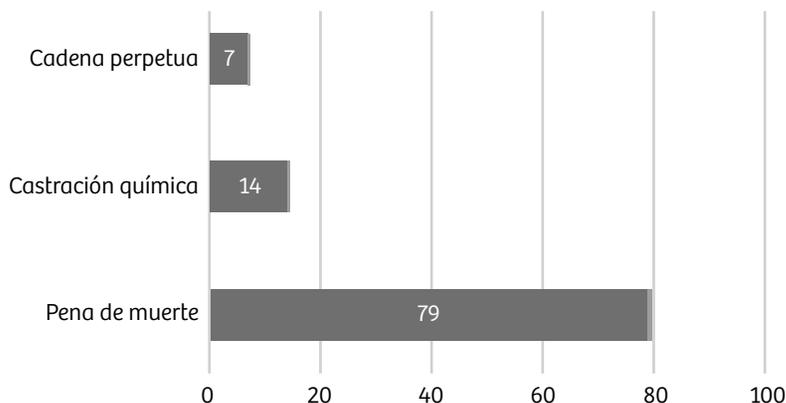
Fuente: Encuesta aplicada a 100 pobladores de la ciudad de Juanjuí, Mariscal Cáceres, San Martín (junio de 2022).

### 3.1.3. Respecto a la pregunta de qué tipo de pena merece el delito de violación sexual de menor de edad

- 79 personas manifestaron que debe imponerse la pena de muerte, siempre y cuando haya sido sin consentimiento y haya causado daño a la víctima.
- 14 personas manifestaron que debe imponerse la pena de castración química, siempre y cuando haya sido sin consentimiento.
- 7 personas manifestaron que debe imponerse la pena de cadena perpetua, siempre y cuando haya sido sin consentimiento.

## Figura 4

### ¿Qué tipo de pena merece el delito de violación sexual de menor de edad de catorce años?



Fuente: Encuesta aplicada a 100 pobladores de la ciudad de Juanjuí, Mariscal Cáceres, San Martín (junio de 2022).

#### 3.1.4. Del resultado y discusión

- a) De la primera pregunta se puede inferir que la población juanjuina desconoce que el acceso carnal con menores de catorce años está prohibido, y explican en su raciocinio que no existe quebrantamiento de la ley penal por la existencia del consentimiento del menor de edad; sin embargo, dicha aseveración es errada, pues la anuencia en el acceso carnal con un menor de catorce años no descalifica la configuración del delito, puesto que el consentimiento no es un elemento objetivo del tipo penal. Entender ello requiere impartir dicho conocimiento jurídico y, aunque parece simple, es un conocimiento discutido por expertos en derecho penal y ha ido evolucionando en la jurisprudencia de la Corte Suprema.
- b) El resultado de la segunda pregunta muestra que los cursos impartidos en los niveles de primaria y secundaria, de acuerdo con el currículo nacional del Ministerio de Educación, no se especializan en materia jurídica, dado que no se centran en

enseñar derecho penal, sino que inculcan conocimientos básicos y se enfocan en los deberes básicos morales como ciudadano.

Y justamente es este resultado el que invita a la creación de programas jurídico-educativos en el área penal, a efectos de mitigar la comisión de los delitos de violación sexual en menores. El impacto será magno, pues no solo ayudará a la población a entender la relevancia de la indemnidad sexual de los menores de edad, sino también a conocer los límites del derecho penal y los tipos de pena que pueden aplicarse, y desterrará el populismo penal.

- c) El resultado de la tercera pregunta reafirma lo discernido anteriormente, esto es, la creencia de que el consentimiento en el delito de violación sexual de menores de catorce años es una eximente del delito; y, por otro lado, la inexistencia de consentimiento exige penas severas y tasadas. Cabe corregir dichas creencias y pedidos por parte de la población con la educación jurídica planteada, al punto de que se reduzcan ostensiblemente estas conductas y pedidos punitivos. Se debe advertir que es ilusorio erradicar la comisión de estos delitos, por ello es factible que pueden surgir supuestos de error de tipo o reducción de la pena supralegal, pero estos sucesos solo serán casos aislados.

De todo ello se puede afirmar que la incidencia en la comisión de delitos de violación sexual en menores de catorce años es un problema que afronta el país y que tiene larga data. Asimismo, es un tema penal y procesal penal que viene siendo «soliviantado» por la Corte Suprema de Justicia en este último decenio; no obstante, ello no es suficiente para mitigar la problemática, su solución también conviene en un factor social, esto es, propagar, facilitar, suministrar el aprendizaje jurídico penal básico a la población mediante programas educacionales y que el Poder Judicial no es ajeno, ya que actualmente funcionan programas y comisiones que

buscan prevenir la problemática del derecho ambiental, de la justicia intercultural, del enfoque de género, entre otros.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

- Podemos afirmar que si bien existe un currículo nacional para la educación primaria y secundaria que contiene temas de educación cívica, no obstante, es ajeno a temas de derecho penal básico. Ello implica que nuestra formación básica sea carente de conocimientos jurídico-penales y por ende un factor para la comisión de delitos por desconocimiento.
- A lo largo de este último decenio la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado jurisprudencia que soluciona ciertos casos excepcionales en la comisión del delito de violación de sexual de menor de edad de catorce años; a pesar de ello, dicho activismo jurídico no es una solución concreta ni suficiente.
- En ciertos casos es legítimo el argumento del ciudadano cuando hace referencia al desconocimiento de los límites etarios para mantener relaciones sexuales con menores. Si bien ya existen pronunciamientos jurisprudenciales y parámetros para resolver, a efectos de mitigar dicho desconocimiento, es necesaria la implementación de programas jurídico-educacionales en materia de derecho penal.
- El planteamiento de un programa jurídico educacional, como parte de mi tesis de doctorado, que tiene como título *Programa jurídico educacional y su impacto en la perspectiva y práctica del populismo punitivo*, brinda la posibilidad de que el ciudadano pueda prever sesudamente la comisión del delito de violación sexual en menores. Más aún, la finalidad auténtica es evitar que un menor de catorce años sufra un detrimento en su indemnidad sexual, por más anuencia que pueda expresar, dado que altera su desarrollo psicosexual, derecho que todo niño debe preservar o desarrollar de forma natural.

- La implementación de estos programas educativos jurídicos es relevante y debe ser una política institucional del Poder Judicial, puesto que buscan prevenir el delito de violación sexual en menores, delito que causa zozobra social y respecto al cual existen propuestas legislativas de endurecimiento de penas. Ello trae como consecuencia un entorpecimiento en la labor jurisdiccional al momento de tramitar y resolver un proceso penal.
- La educación jurídica penal básica es una herramienta eficaz para la prevención del delito, entonces cabe exigir que la política educativa tenga un lugar preponderante en la política criminológica del país. Si esta no puede ser asumida por el Poder Ejecutivo, debe ser llevada a cabo por el Poder Judicial, que no debe solo tener una función reparadora posdelito, sino también una función preventiva. Debemos entender que más allá de la función jurisdiccional existe la función socializadora (educativa-jurídica) y que es propia de la verdadera justicia que imparten los jueces.

## REFERENCIAS

- Arteaga, F. (2002). *Propuesta didáctica para el funcionamiento de las Aulas Martianas en el noveno grado de la enseñanza media básica* [Tesis de doctorado]. Universidad de Ciencias Pedagógicas Pepito Tey.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2007). Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Acuerdo Plenario n.º 7-2007/CJ- 116. Lima: 16 de noviembre de 2007. <https://bit.ly/3NHxbWs>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2008). IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente, Transitorias y Especial. Acuerdo Plenario n.º 4-2008/CJ-116. Lima: 18 de julio de 2008. <https://bit.ly/3NHxh0m>

Corte Suprema de Justicia de la República (2018). I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Sentencia Plenaria Casatoria n.º 01-2018/CIJ-433. Lima: 18 de diciembre de 2018. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/97631d0048a482898369e353388de097/Sentencia-Plenaria-001--2018-CIJ-433.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=97631d0048a482898369e353388de097>

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2021). *Anuario Estadístico de la Criminalidad y Seguridad Ciudadana 2016-2020*. [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1834/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1834/libro.pdf)

Sierra, J. (2010). *La educación jurídica: propuesta de un sistema teórico y metodológico para la formación permanente de maestros primarios* [Tesis doctoral]. Universidad de Ciencias Pedagógicas Rafael María de Mendive.

Valderrama, E. y Morales, M. I. (1996, enero-diciembre). El planeamiento de la prevención del delito aquí y ahora. *Revista CENIPEC*, (17). <http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/23597/articulo1.pdf;jsessionid=704945BF7DDB2B1A00CF89550E3B70CA?sequence=1>

Viera, M. C. (1987). *Criminología*. Editorial Pueblo y Educación.



## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 321-361

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i18.624

# El rechazo liminar de la demanda. A propósito del «Nuevo» Código Procesal Constitucional

Preliminary dismissal of claim in the «New»  
Code of Constitutional Procedure



BRUNO FERNANDO AVALOS PRETELL  
Corte Superior de Justicia de La Libertad  
(Trujillo, Perú)

Contacto: [bpretella@pj.gob.pe](mailto:bpretella@pj.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-0718-2778>

## RESUMEN

En este trabajo se desarrollan las diversas posturas que se han presentado a partir de la nueva regulación referida a la prohibición del rechazo liminar en los procesos de amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y de cumplimiento, derivadas tanto de la doctrina, la jurisprudencia y de tamiz legislativo. Asimismo, se explican las variadas instituciones y categorías jurídicas en conexión con la nueva regulación, tales como la independencia judicial, el derecho fundamental al acceso a la justicia, el rechazo liminar de la demanda, el rol del juez como director del proceso y la constitucionalidad del régimen de control liminar de la demanda. Finalmente, se

propone una fórmula interpretativa para el artículo 6 del Nuevo Código Procesal Constitucional, a fin de que guarde correspondencia con la Constitución.

**Palabras clave:** independencia judicial; rechazo liminar de la demanda; acceso a la justicia; dirección del proceso; procesos de tutela de derechos.

**Términos de indización:** derecho constitucional; justicia; derecho a la justicia; procedimiento legal (Fuente: Tesaurus Unesco).

### ABSTRACT

This paper develops the diverse positions that have been presented from the new regulation referring to the prohibition of preliminary dismissal in protection proceedings, *habeas corpus*, *habeas data* and compliance, derived from both doctrine, jurisprudence and legislative sieve. It also explains the various legal concepts and categories in connection with the new regulation, such as judicial independence, the fundamental right to access to justice, the preliminary dismissal of the claim, the role of the judge as director of the proceedings, and the constitutionality of the regime of preliminary control of the claim. Finally, an interpretative formula is proposed for section 6 of the New Code of Constitutional Procedure, so that it be related to the Constitution.

**Key words:** judicial independence; preliminary dismissal of the claim; access to justice; control of proceedings; protection of rights proceedings.

**Indexing terms:** constitutional law; justice; right to justice; legal procedure (Source: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 19/08/2022

**Revisado:** 25/11/2022

**Aceptado:** 25/11/2022

**Publicado en línea:** 07/12/2022

**Financiamiento:** Autofinanciado.

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

**Revisores del artículo:**

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)  
jpalominom@unmsm.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

Sandro Alberto Núñez Paz (Universidad de Lima, Perú)  
snunez@ulima.edu.pe  
<https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>

## **1. INTRODUCCIÓN**

El tiempo es inexorable, imparable y en muchas ocasiones trae consigo cambios radicales que varían el *statu quo* de lo que se había normalizado en un determinado momento y contexto sociohistórico.

Así, el tiempo y la evolución que apareja consigo termina por volver obsoletas instituciones y categorías jurídicas reguladas en un determinado ordenamiento jurídico, las cuales muchas veces, en primera instancia, se creían perfectas e inmodificables porque respondían a las necesidades que existían en el momento en el que fueron elaboradas.

En efecto, lo ideal es que todo cambio normativo sea positivo y se constituya como el reflejo de un proceso caracterizado por un amplio debate, una evaluación previa concienzuda ajena de apasionamientos y la participación democrática de todos los agentes involucrados en lo que se busca cambiar.

No obstante, muchas veces el antedicho ideal no se cumple, y la reforma normativa pasa a ser la cuna de nuevos problemas que superan en diversas ocasiones (con creces) los aspectos positivos que se generaron con su concretización.

En lo que respecta a la normativa procesal constitucional, hace más de un año que hemos sido testigos de una reforma procesal, en donde el Código Procesal Constitucional de 2004 (Ley n.º 28237)

fue derogado y sustituido por el Nuevo Código Procesal Constitucional de 2021 (contenido en la Ley n.º 31307 y publicada el 23 de julio de 2021 en el *Diario Oficial El Peruano*), y se han generado en diversos tópicos cambios sustanciales, algunos positivos, pero otros extremadamente cuestionables.

De este modo, muchos son los temas polémicos que han ingresado a la palestra a partir de la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Constitucional, tales como la competencia territorial en el caso de los procesos de *habeas corpus*, la no aplicación del principio de gratuidad para las personas jurídicas demandantes en los procesos de tutela de derechos contra resoluciones judiciales, la obligatoriedad de la vista de la causa por parte del Tribunal Constitucional, la atribución exclusiva para la convocatoria de los *amicus curiae*, la posibilidad de emitir precedentes vinculantes por parte de la Sala Constitucional y Social de Derecho de la Corte Suprema en los procesos de acción popular, entre otros. Sin embargo, uno que ha generado mayor revuelo, ya que incluso ha despertado un antiguo debate en sede nacional, es el concerniente a la prohibición del rechazo liminar de la demanda en los procesos de amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y de cumplimiento.

En este artículo me encargaré de explicar las razones por las cuales se ha presentado dicho escenario, y describiré con precisión cada una de las posiciones que se han expresado hasta ahora, tanto las de tamiz legislativo como aquellas de connotación dogmática y jurisprudencial. Asimismo, explicaré las diversas instituciones y categorías jurídicas en juego, tales como la independencia judicial, el derecho fundamental al acceso a la justicia, el rechazo liminar de la demanda, el rol del juez como director del proceso y la constitucionalidad del régimen de control liminar de la demanda.

A continuación detallo cada uno de estos temas.

## 2. DESARROLLO NORMATIVO

La figura del rechazo liminar de la demanda, en los procesos de tutela de derechos, no es ajena al ordenamiento jurídico peruano, y tiene dos antecedentes legislativos inmediatos. Así, en primer término, se encontraba regulada en el artículo 14 de la derogada Ley n.º 25398<sup>1</sup>, de la siguiente manera:

**Artículo 14.-** Cuando la acción de garantía **resultase manifiestamente improcedente** por las causales señaladas en los Artículos 6 y 37 de la Ley, **el juez puede rechazar de plano la acción incoada** [énfasis añadido]. En tal caso, procede el recurso de apelación, el que se concede en ambos efectos y el recurso de nulidad. (Congreso de la República, 1992)

En dicho texto legal se autorizaba al juez constitucional a declarar improcedente la demanda de amparo o de *habeas corpus* en el momento en que la calificaba (como primer acto procesal judicial), y podía hacerlo si es que advertía que se presentaba, de forma manifiesta, alguna de las causales de improcedencia previstas en los artículos 6 y 37 de la Ley n.º 23506 (Ley de Habeas Corpus y Amparo), las que se encontraban redactadas en los siguientes términos:

---

1 De este modo, teniendo en cuenta que la referida ley fue publicada el 9 de febrero de 1992 y entró en vigencia al decimosexto día ulterior a su publicación en el *Diario Oficial El Peruano*, se tiene que fue en los mencionados procesos constitucionales en donde operó en primer término la facultad del rechazo liminar de la demanda, esto es, incluso antes del Código Procesal Civil de 1993, que fue publicado el 4 de marzo de 1992, y por ende entró en vigencia luego de la Ley n.º 25398. Así, discrepo con la afirmación realizada por Velásquez (2022), quien sostiene: «la propuesta anterior no tuvo que recorrer mucho camino para llegar al penúltimo párrafo del artículo 427 de nuestro Código Procesal Civil de 1993 (“CPCivil”) **que fue el primer texto que empoderó al juez para desestimar de plano las demandas que estime manifiestamente improcedente** [énfasis añadido]» (p. 177).

**Artículo 6.- No proceden las acciones de garantía:**

- 1) En caso de haber cesado la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable;
- 2) Contra resolución judicial o arbitral emanadas de proceso regular;
- 3) Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria; y
- 4) De las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los Poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones.

[...].

**Artículo 37.-** El ejercicio de la acción de Amparo caduca a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el interesado, en aquella fecha, se hubiese hallado en la posibilidad de interponer la acción. Si en dicha fecha esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento. (Congreso de la República, 1982)

Bajo la antedicha regulación, la facultad del rechazo liminar no exigía que la decisión judicial estuviese debidamente motivada, por lo que se presentaban situaciones en las que el juez abusaba de su empleo. Así, se generaron casos en los que se declaraba improcedente la demanda pese a que la causal de improcedencia no era manifiesta o la decisión se sustentaba en otras causales no previstas legalmente.

Posteriormente, con el Código Procesal Constitucional de 2004, se buscó eliminar tal defecto, por lo que en su artículo 47 la referida facultad fue regulada de la siguiente forma:

**Artículo 47.-** Si el Juez al calificar la demanda de amparo considera que ella **resulta manifiestamente improcedente, lo declarará así expresando los fundamentos de su decisión** [énfasis añadido]. Se podrá rechazar liminarmente una demanda manifiestamente

improcedente en los casos previstos por el artículo 5 del presente Código. También podrá hacerlo si la demanda se ha interpuesto en defensa del derecho de rectificación y no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de este, a quien haga sus veces, para que rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes. Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. (Congreso de la República, 2004)

Así, el referido cuerpo de leyes reguló la facultad de rechazar de forma liminar la demanda, pero con la atingencia de que esta no podía ser ejercida de forma antojadiza, y se imponía al juez el deber de fundamentar su empleo y efectuarla si es que advertía, sin ninguna duda, el cumplimiento de alguna de las causales de improcedencia reguladas en el artículo 5 del mismo cuerpo de leyes, o cuando la demanda fuese interpuesta en defensa del derecho de rectificación y no se haya acreditado la remisión de una solicitud cursada por medio fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de este, a quien haga sus veces, para que rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes.

Tal regulación, en su momento, fue recibida de forma positiva por la doctrina<sup>2</sup>, incluso generó que se precise que tenía por finalidad «evitar excesos e impedir violaciones al derecho constitucional manifiestamente notorio y de urgente protección» (Mesía, 2013, p. 788).

---

2 Sin embargo, pese a la redacción del dispositivo legal, en la práctica se empezaron a emitir decisiones aparentemente motivadas, que declaraban improcedente la demanda, incluso sobre la base de cuestiones de fondo; situación que empeoró con las reglas introducidas a través del precedente Elgo Ríos Núñez (contenidas en la STC n.º 02383-2013-PA/TC), en donde se volvió cada más más dificultoso acceder a la justicia constitucional, al ser interpretadas en perjuicio de la parte demandante, las perspectivas objetiva y subjetiva para determinar cuándo existía una vía igualmente satisfactoria a la vía del proceso de amparo.

En el mismo sentido opinó Sáenz (2022), quien explicó:

en esta misma dirección, y cuando fue aprobado el Código del 2004, se buscó delimitar con mayor fortaleza dicha facultad procesal, a tal nivel que no se la incorporó expresamente para el caso del hábeas corpus, y solo se le contempló para el caso del amparo, el hábeas data y el cumplimiento exigiendo que de utilizarse se motivara en forma debida la respectiva decisión. (p. 45)

Finalmente, la antedicha normativa perdió vigencia actual y efectiva al día siguiente de haber sido publicado el Nuevo Código Procesal Constitucional de 2021, en donde se ha prohibido de forma expresa el rechazo liminar de la demanda en los procesos de tutela de derechos. Así, pues, la vigente regulación está redactada de la siguiente manera:

#### **Artículo 6.- Prohibición de rechazo liminar**

De conformidad con los fines de los procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales, **en los procesos constitucionales** de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento **no procede el rechazo liminar de la demanda** [énfasis añadido]. (Congreso de la República, 2021)

### **3. INSTITUCIONES Y CATEGORÍAS JURÍDICAS EN JUEGO**

Antes de ingresar a explicar las razones que motivaron la actual regulación sobre el rechazo liminar de la demanda en los procesos de tutela de derechos, así como las posiciones que se han generado a partir de ella, en este ítem me encargaré de describir las diversas instituciones y categorías jurídicas vinculadas a dicho cambio.

#### **3.1. Rechazo liminar de la demanda**

El rechazo liminar de la demanda vendría a ser una manifestación del rol del juez como director del proceso y por ende del sistema

publicístico, el cual se caracteriza por otorgarle al juzgador ciertas atribuciones encaminadas a que el proceso cumpla con determinadas finalidades, las cuales, en el caso del proceso constitucional peruano, serían garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos, así como los principios de supremacía de la constitución y fuerza normativa.

En la doctrina nacional, el profesor Giovanni Priori (en una publicación que recoge el debate que tuvo con la profesora Eugenia Ariano) ha definido esta atribución en los siguientes términos:

Es la atribución que le confiere el ordenamiento jurídico al Juez para evaluar si la demanda cumple con determinados requisitos, antes que sea puesta en conocimiento del demandado; de modo que si no los cumple, el Juez dispone el inmediato rechazo de la demanda.

Esta es una atribución judicial característica del sistema jurídico latinoamericano, que emana del *despacho saneador*. Esa atribución supone que «el juez, de oficio y antes de admitir la demanda, debe examinar la presencia y satisfacción» de los presupuestos procesales. «Si ellos no se cumplen debe abstenerse de iniciar proceso porque el que admitiere con tal defecto sería un proceso invalidable, un proceso ineficaz, que no puede conducir a un pronunciamiento en el fondo sobre el éxito o fracaso de la pretensión. (Priori y Ariano, 2009, p. 104)

El origen del rechazo liminar de la demanda lo encontramos en la reforma de 1926 de la normativa procesal portuguesa, en donde el juez, de una posición pasiva frente a las partes, pasó a tener un rol activo, lo cual desencadenó que incluso ello sea insertado al Código de 1939 y mantenido en el Código Iusitano de 1961. Esto motivó que años después, en Brasil, se importe tal figura, la misma que fue insertada en el artículo 295 del Código brasileño de 1973, y de allí a toda reforma proyectada en los demás países latinoamericanos,

especialmente luego de que fue incluida en el Proyecto de Código-Tipo para Iberoamérica (Ariano, 2003, pp. 75-76).

Finalmente, es necesario precisar que esta atribución, si bien vendría a ser una manifestación del rol del juez como director del proceso, no puede ser ejercida de forma antojadiza, sino únicamente a través de una decisión debidamente motivada y cuando las causales de improcedencia resulten manifiestas.

En el mismo sentido opina Ledesma (2015), quien explica que

la facultad de rechazo liminar de la demanda debe ejercerse con la debida prudencia, contrayéndola a los supuestos que la improcedencia de la pretensión aparezca en forma manifiesta, sea porque claramente surja de los propios términos de la demanda o de la documentación a ella acompañada. (p. 332)

### **3.2. Principio de dirección del proceso**

El principio de dirección del proceso constituye una manifestación de la concepción publicística del proceso. Por este, el juez posee diversas atribuciones que le permiten tener un rol activo, encaminado a que el proceso realice sus fines y por ende que el Estado pueda cumplir con su deber de administrar justicia, el cual se traduce en que se brinde tutela a quien acudió al Poder Judicial en su búsqueda, al no ver satisfecho, por falta de cooperación, el derecho material que le atribuyó el ordenamiento jurídico a su favor frente al titular de la situación jurídica de desventaja.

Sobre el particular, en la doctrina se ha precisado lo siguiente:

El principio de dirección judicial del proceso reconoce en el juez a un personaje principal —como también lo son las partes— de la obra llamada proceso. Un personaje que tendrá bajo sus hombros la responsabilidad de velar por el normal desarrollo del proceso, corrigiendo el comportamiento de las partes cuando estas contravengan los deberes procesales, comprimiendo el trámite del

proceso al menor número de actos procesales, pudiendo inclusive —excepcionalmente— actuar medios probatorios de oficio. En fin, adoptando todas aquellas medidas que aseguren a las partes una participación activa en el proceso, y que la decisión sea resultado del debate procesal.

Con todo, el reconocimiento de la jurisdicción como una función del Estado, no implica únicamente el empoderamiento del juez para conducir al proceso hacia sus fines, sino que además trae consigo la imperiosa necesidad de limitar el ejercicio del poder conferido al juez. Puesto que dentro de un Estado constitucional, como el nuestro, no se puede justificar el ejercicio autoritario del poder. (Ramírez, 2016, p. 30)

Así, si bien el juez constitucional es el director del proceso, esto no lo vuelve un ser todopoderoso, sino que su límite se encontrará en el respeto de los derechos fundamentales de las partes, los fines del proceso constitucional y la observancia de los límites que le han sido impuestos mediante la Constitución, la ley, la doctrina jurisprudencial y la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional.

### **3.3. Derecho al acceso a la justicia**

El derecho al acceso a la justicia es un derecho fundamental procesal que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el cual se encuentra regulado a nivel constitucional en el inciso 3 del artículo 139 de la carta magna, y a nivel internacional en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En cuanto al ámbito internacional, se tiene que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), en el caso *Cantos vs. Argentina*, ha precisado que se desprendería de los artículos 8.1. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por los cuales los Estados parte están obligados a conceder a todas las personas

bajo su jurisdicción, un recurso de naturaleza judicial que sea efectivo, que podrá ser interpuesto contra actos violatorios de sus derechos fundamentales y de promover la eliminación de barreras (fundamentos 50 al 52).

En la doctrina se ha sostenido que «en un Estado de Derecho, será la garantía a toda persona de acudir a los órganos del sistema de justicia y de recibir respuestas a sus demandas o denuncias, de acuerdo a derecho (material y formal)» (Guerra, 2018, p. 115).

Finalmente, tal es su importancia, que incluso se ha expresado que «constituye hoy uno de los presupuestos fundamentales de cada sistema jurídico moderno» (Taruffo, 2019a, p. 17).

### **3.4. Independencia judicial**

La independencia judicial, en el ordenamiento jurídico peruano, se constituye como un principio categórico (Taruffo, 2019b, p. 14) por el cual el juez debe encontrarse ajeno a cualquier incidencia originada fuera o dentro de la estructura del mismo Poder Judicial. Así, «es una garantía que sienta las bases, las condiciones de posibilidad, de todas las demás que configuran el estatuto del juez. Una garantía orgánica que hace posibles las restantes de esta naturaleza y también las procesales» (Andrés, 2015, p. 141), por lo que sería, de este modo, una garantía de otras garantías, esto es, una metagarantía (Andrés, 2015, p. 141).

Al respecto, el profesor Priori (2019) la ha explicado en los siguientes términos:

Esta garantía debe ser entendida en dos sentidos distintos: como una protección de quien ejerce la jurisdicción y como una condición necesaria para el ejercicio legítimo de la función.

Como protección, la independencia debe ser entendida como una herramienta de quien ejerce la jurisdicción para defenderse de cualquier intento directo o indirecto de intromisión, afectación, menoscabo o interferencia en el ejercicio de su función.

Como condición necesaria para el ejercicio de la jurisdicción, la independencia debe ser entendida como un presupuesto indispensable para que el ejercicio de la función de resolver los conflictos de manera definitiva sea aceptable para la Constitución. (p. 75)

En la doctrina se ha precisado que solo puede asumir su pleno significado en un solo modelo de gobierno, el cual sería el democrático, que se apoya en la división de poderes, por lo que se trataría de un elemento característico de toda Constitución de democracia moderna (Calamandrei, 2006, p. 76). De este modo, sería «uno de los principios básicos del constitucionalismo moderno» (Molina, 2019, p. 99).

Asimismo, es necesario precisar que posee dos dimensiones principales: la inicial y la continua. La primera se garantiza desde que se lleva a cabo la elección y el nombramiento de los jueces, y la segunda se asegura por todo el transcurso que dura el juez en el cargo (Taruffo, 2019b, p. 14).

Finalmente, también existen dos tipos de independencia: la externa y la interna. La primera se refiere a la independencia del Poder Judicial, en su conjunto, respecto a las posibles interferencias de otros órganos del Estado, mientras que la segunda se refiere a la individualidad de cada uno de los jueces, por lo que protege la jurisdicción como acto por el cual se declara el derecho (Andrés, 2015, p. 141; Taruffo, 2019b, p. 19).

#### **4. RAZONES PARA LA FORMULACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL RECHAZO LIMINAR DE LA DEMANDA**

Si bien la Ley n.º 31307, que reguló el Nuevo Código Procesal Constitucional, carece de exposición de motivos, se advierte que fue producto de los Proyectos de Ley 3478/2018-CR, 3754/2018/-CR y 7271/2020-CR, por lo que corresponde remitirnos a su dictamen para encontrar las razones que motivaron la incorporación

de la prohibición del rechazo liminar de la demanda en los procesos de tutela de derechos.

Así, como argumentos más relevantes a favor de la prohibición, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República (2021), expresó los siguientes:

- La alta carga procesal es un problema de gestión, esta ha subido a partir del precedente Vásquez Romero. Así, los jueces de inferior jerarquía ya no desean resolver las causas, y dejan la dilucidación del conflicto al Tribunal Constitucional.
- La sentencia interlocutoria no permite que el recurrente pueda exponer sus razones ante el Tribunal Constitucional.
- Se presenta una falsa expectativa para los justiciables, con ello se genera el mercantilismo de los malos operadores jurídicos.
- Entre el período del 2002 al 2007, el Tribunal Constitucional redujo la carga procesal a través de sentencias, mas no con las improcedencias liminares de la demanda.
- Con las sentencias interlocutorias se lesiona el derecho al acceso a la justicia y el derecho a la defensa (pp. 66-67).

## **5. POSICIONES EN LA DOCTRINA**

En la doctrina se distinguen esencialmente dos posiciones generales respecto a la prohibición del rechazo liminar de la demanda en los procesos de tutela de derechos regulada en el Nuevo Código Procesal Constitucional, aunque precisando que cada una de ellas está integrada por algunas particularidades que serán expresadas a continuación.

### **5.1. Posiciones a favor**

Relacionando la prohibición con los fines del proceso constitucional, los profesores Mesía y Roel (2021) sostienen que «resulta contrario

a sus fines que exista la posibilidad de rechazar liminarmente una demanda que procura la tutela de los derechos fundamentales» (p. 69).

Asimismo, luego de citar una parte de la STC n.º 06218-2007-HC, explican:

La posición del Tribunal Constitucional es de negar la posibilidad de efectuar un rechazo liminar dada la naturaleza del proceso constitucional.

[...] la reforma procura, teniendo en consideración el precedente Vásquez Romero, en el que el Tribunal Constitucional limita el acceso a la justicia constitucional, evitar que muchas demandas constitucionales sean rechazadas de forma liminar sin audiencia pública y sin que se pueda ejercer debidamente el derecho de defensa. (Mesía y Roel, 2021, p. 71)

Por su lado, vinculando la nueva regulación del rechazo liminar con la naturaleza especial de los derechos tutelados a través de los procesos constitucionales, el profesor Hakansson (2021) expone:

La necesidad de evitar un estado de indefensión para la garantía y protección de los derechos fundamentales trajo la obligación de la judicatura para admitir las demandas de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento y al Tribunal Constitucional para tramitar los recursos de agravio a las acciones denegatorias de las mismas garantías constitucionales.

[...]. La obligación de admitir y tramitar parece invasiva a las competencias, pero tratándose de procesos de *ultima ratio* como son las demandas para la jurisdicción de las libertades, el principio de *favor libertatis* nos mueve a considerar la necesidad que los jueces y magistrados constitucionales garanticen, como debidas exigencias de justicia, la plena realización de los bienes humanos en toda persona. (pp. 12-13)

En el caso de los autores Roel y Huayta (2021), ellos justifican la nueva regulación en los fines de los procesos constitucionales y en un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en donde, desde su perspectiva, el máximo intérprete de la Constitución se habría opuesto a la posibilidad de emplear el rechazo liminar de la demanda. Así refieren:

A partir de la regulación actual que existe sobre la improcedencia liminar, se tiene que la posibilidad de rechazar liminarmente una demanda de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento resulta incompatible con el fin de los procesos constitucionales, pues justamente al garantizar estos, la protección de los derechos fundamentales resultaría en una contradicción al ser rechazadas sin previa verificación de la litis.

En este punto, resulta trascendental recordar lo dispuesto por nuestro TC en la STC Exp. N° 06218-2007-PHC/TC [...].

Tal como se aprecia, la posición del TC es oponerse a la posibilidad de efectuar un rechazo liminar, y ello en virtud de la naturaleza del proceso constitucional, ya que el rechazo liminar de una demanda constitucional conlleva la posibilidad de negar la salvaguarda de los derechos fundamentales [...].

Sumado a lo anterior [...], últimamente existe una predisposición excesiva de los jueces por denegar de plano el trámite de gran parte de estas demandas. (pp. 48-49)

Finalmente, justificando la nueva regulación del rechazo liminar con el derecho al acceso a la justicia, se encuentra la postura del profesor y actual magistrado Gutiérrez (2021), quien apunta que «esta fórmula, por un lado, garantiza el derecho de acceso al juicio de los accionantes, pero permite descongestionar una eventual abarrote de diligencia» (p. 170).

## 5.2. Posiciones en contra

Opinando en contra de la nueva regulación, se encuentra Beaumont (2022), quien refiere, en relación con los jueces, que prohibirles «el rechazo liminar de las demandas, cuando estas sean manifiestamente improcedentes, es un exceso» (p. 91). Asimismo, sostiene que el

tema respecto a si el Poder Legislativo tiene la potestad de ordenar a los jueces del Poder Judicial [a no rechazar liminarmente la demanda], [...] en opinión del autor, tal mandato vulnera el principio de la administración de justicia previsto en el artículo 139.2 de la Constitución Política. (Beaumont, 2021, pp. 124-125)

Así, para el citado autor, la nueva regulación se constituiría como un exceso, cuando la causal de improcedencia resulta manifiesta. Asimismo, al regularse ello, el Poder Legislativo habría trastocado el principio constitucional de la independencia judicial, al inmiscuirse en un asunto que forma parte del rol de director del proceso de todo juez, incluso el constitucional.

Por su lado, el profesor García (2021) sostuvo lo siguiente:

Parece excesiva la restricción hasta el punto que un juez no pueda adoptar ningún criterio frente a la presentación de una demanda y esté obligado a tramitarla.

Esto, efectivamente, va a ocasionar que se tengan que admitir defensas maliciosas o defensas claramente defectuosas y que eso genere problemas, no tanto de carga procesal —este tema va a subsistir; porque el abogado va a seguir interponiendo recursos—, sino de imposibilidad del juez de poder decidir si la demanda tienen o no mérito para ser tramitada. (p. 22)

De este modo, para el citado autor, la prohibición del rechazo liminar de la demanda resultaría ser excesiva, generando con ello que el juez esté obligado a admitir demandas manifiestamente defectuosas y maliciosas.

Otra posición en contra es la del profesor Monroy (2021), quien explica lo siguiente:

El artículo 6 es original, aunque el adjetivo no exprese una opinión positiva. Es original porque es absolutamente improbable que haya un ordenamiento procesal contemporáneo donde se le imponga al juez la prohibición de rechazar una demanda aunque así lo considere.

[...].

El error surge porque, en su efervescencia constitucionalista, el legislador no ha advertido que tanto derecho a la tutela jurisdiccional tiene quien activa la actuación del Estado como el que, eventualmente, va a soportar las consecuencias de lo que se discuta y decida. Esta es la razón por la que cuando un juez declara la improcedencia liminar de una demanda y la decisión es apelada, surge el derecho del hipotético emplazado de defender la decisión de improcedencia en segundo grado, para lo cual es notificado con el medio impugnatorio concedido.

Por otro lado, si según el artículo III, el juez tiene la dirección de oficio del procedimiento, resulta contradictorio que una de sus manifestaciones sea comportarse como una máquina expendedora de procedimientos, dando trámite a cualquier demanda que se le presente.

El más grave problema de los procesos constitucionales en sede nacional es la excesiva demora en su tramitación. Entre otras causas, se debe a que los abogados buscamos convertir en amparo cualquier tipo de agresión al ordenamiento jurídico, aunque sepamos que su esencia es civil, mercantil u otra. Con el artículo comentado se va a perfeccionar el empleo dilatorio de los procesos constitucionales, sin ninguna duda. (pp. 64-65)

Para el mencionado autor, el artículo 6 del Nuevo Código Procesal Constitucional trastocaría el rol de dirección del proceso; asimismo, obviaría que los demandados también son titulares del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Finalmente, implicaría incrementar la carga procesal, teniendo presente que es una práctica

común en nuestro país utilizar a los procesos constitucionales, en especial los de amparo, de forma dilatoria.

También en contra de la nueva regulación se encuentra Crispín (2021), quien refiere que si bien los objetivos que la justificaron pueden ser buenos, «como la búsqueda de tutela jurisdiccional efectiva, pero la sobrecarga procesal que se podría generar y la tutela rápida que pretendan otros demandantes se verá perjudicada» (p. 82).

El referido autor, si bien en un primer momento considera que la prohibición del rechazo liminar de la demanda se sustancia en objetivos justificables, luego sostiene que generaría una carga procesal que afectaría la tutela rápida que necesitan los otros demandantes que realmente requieren de una tutela jurisdiccional efectiva.

Por su lado, el profesor Sar (2021) expresa lo siguiente:

Admitir demandas de ese tenor [disparatadas] trae aparejados tres órdenes de problemas:

1. Fuerza a tramitar causas ocupando el tiempo y los escasos recursos con los que cuentan los jueces que tramitan los procesos de tutela de derechos.
2. Añade carga a las procuradurías de las instituciones públicas, que ya tienen una sobrecarga de trabajo, por cuanto tendrán que absolver todas las demandas que se les dirijan (sin el filtro de las improcedencias manifiestas que se evaluaban liminarmente, a tenor del artículo 47 del Código derogado); y
3. Habrá que notificar a autoridades o funcionarios, nacionales o extranjeros, incurriendo en un papelón que podría trascender nuestras fronteras. (p. 130)

A lo cual agrega que «admitir a trámite una demanda descabellada, desnaturaliza los procesos constitucionales e implica una vulneración de principios constitucionales como la tutela procesal efectiva» (Sar, 2021, p. 133).

En este sentido, para el mencionado profesor, la prohibición de rechazo liminar de la demanda genera tres problemas, el primero referido a una pérdida de recursos y de tiempo, se perjudican aquellos pedidos que realmente requieren ser tutelados; el segundo vinculado al aumento de la carga del sistema de defensa del Estado, sobrepasa sus posibilidades de ejercer efectivamente su defensa; y el último relacionado con la reputación del sistema de justicia, genera que en otros ordenamientos jurídicos se sepa que en nuestro país se admiten demandas manifiestamente improcedentes. Finalmente, también agrega que se vulneraría el derecho a la tutela procesal efectiva y se trastocaría la naturaleza de los mismos procesos constitucionales.

También en contra de la prohibición opina el profesor Tupayachi (2022), quien expone:

Admitir todas las demandas sin considerar los requisitos de procedibilidad generará los siguientes problemas:

- a) Vulnera la autonomía judicial y el principio de separación de poderes.
- b) Transgrede el derecho de defensa.
- c) Genera una sobrecarga procesal innecesaria.
- d) Afecta ingentemente el presupuesto institucional. (pp. 31-32)

Para el citado autor, impedir que el juez pueda rechazar la demanda de forma liminar afecta su autonomía, debido a que evita que pueda realizar un control sobre las demandas cuando se presente de forma evidente una causal de improcedencia. Asimismo, perjudicaría al principio de separación de poderes, toda vez que el Poder Legislativo habría incidido de forma directa en la autonomía de las funciones que realizan los órganos del Poder Judicial, al imponer normativamente su criterio sobre la potestad de calificar la demanda. Además, se generaría una demora en los procesos, por la alta carga procesal, lo cual lesionaría a la economía y a la

celeridad procesal. Finalmente, con la antedicha prohibición, la Procuraduría Pública del Poder Judicial, con su escaso personal, tendría que hacer frente a todas las demandas que se interpondrían en los procesos de amparo y *habeas corpus* contra resoluciones judiciales.

Por último, se tiene la opinión de Castañeda (2022), quien refiere:

Son inconstitucionales los artículos 6 y 24 del nuevo Código Procesal Constitucional porque crean una obligación desde el órgano productor de leyes (Poder Legislativo) hacia los órganos jurisdiccionales (jueces del Poder Judicial y magistrados del Tribunal Constitucional) de admitir demandas de tutela de derechos fundamentales [...] que sean manifiestamente improcedentes al prohibir el rechazo liminar [...].

Asimismo, porque se estaría dejando sin efecto dos precedentes constitucionales vinculantes del Tribunal Constitucional como son los establecidos en los casos Elgo Ríos (STC Exp. N° 02383-2013-PA/TC) y Vásquez Romero (STC Exp. N° 00987-2014-PA/TC) [...].

La consecuencia de la disposición del artículo 6 del nuevo Código va a ser la congestión de los despachos judiciales [...]. Lo que ocasiona retardo en la administración de justicia.

De igual manera, esta disposición impone a los jueces del Poder Judicial a admitir todas las demandas constitucionales, aun cuando resulten manifiestamente improcedentes, lo que supone que es el legislador y no el juez, con base en su independencia, el que ha decidido que todo debe ser admitido, lo cual resulta contrario al principio de independencia judicial que la Constitución reconoce en su artículo 139.2. (pp. 52-53)

De este modo, para Castañeda, la prohibición del rechazo liminar sería inconstitucional, al haberse vulnerado el principio de independencia judicial y por dejarse sin efecto dos precedentes vinculantes que incidirían en la calificación de la demanda y del recurso de agravio constitucional, como serían los casos Elgo Ríos y Vásquez Romero.

## 6. POSICIONES EN LA JURISPRUDENCIA

Al igual que ocurre con la doctrina, en la jurisprudencia también se pueden identificar dos posturas claras sobre la prohibición del rechazo liminar de la demanda en los procesos de tutela de derecho, una en la que se viene aplicando literalmente el artículo 6 del Nuevo Código Procesal Constitucional, y otra en la que se alega que se ha efectuado una interpretación constitucional sobre el citado dispositivo legal, limitando el empleo de dicho rechazo a los supuestos de manifiesta improcedencia.

### 6.1. Primer criterio jurisprudencial

Aplicando de forma literal el artículo 6 del Nuevo Código Procesal Constitucional, se encuentra el auto de vista contenido en la resolución número seis del Expediente n.º 0269-2021-0, emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (2022). En esta decisión judicial, se precisó lo siguiente:

20. [...] los jueces competentes para conocer los procesos de tutela de derechos (entre los que se encuentra el proceso de amparo), están prohibidos de rechazar de forma liminar la demanda, esto es, de declararla improcedente al momento de calificarla por primera vez; sin embargo, sí se podrá declarar la improcedencia de la misma en la sentencia, luego que se haya contestado la demanda o haya vencido el plazo para este último acto procesal.
21. La razón de la prohibición del rechazo liminar de la demanda se sustancia en el derecho al acceso a la justicia, en el sentido que no se debe impedir el acceso al proceso a las pretensiones formuladas por los demandantes, quienes deben tener la posibilidad de sustanciar su postura ante el juez. Así, la improcedencia de la demanda solo debe ser declarada cuando se tenga certeza de que las causales de improcedencia se han presentado en el caso en concreto.

De este modo, para el citado órgano jurisdiccional, la prohibición del rechazo liminar regulada en el artículo 6 del Nuevo Código Procesal Constitucional sería de ineludible acatamiento, el juez no podría declarar improcedente la demanda, sino hasta que se haya vencido el plazo para contestar la demanda o se haya presentado este acto procesal dentro del plazo que fue concedido, y podría ser recién declarado al emitirse la respectiva sentencia.

## **6.2. Segundo criterio jurisprudencial**

Un segundo criterio se encuentra en el auto de vista contenido en la resolución número cuatro del Expediente n.º 00949-2021-0, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (2021). En esta decisión judicial, se fundamentó lo siguiente:

**6.3.** Por otro lado, el actual Código Procesal Constitucional aprobado recientemente por Ley 31307, señala de manera textual, en el artículo 6º, que no procede el rechazo liminar de la demanda de los procesos constitucionales de la libertad [incluido el proceso de amparo] [...].

De una interpretación literal, formalista y aislada de dicha norma, se entendería, que la nueva regulación, dispone que el/la Juez/a debe admitir la demanda sin limitación alguna y sin analizar (calificar) si existe o no una causal de improcedencia o inadmisibilidad alguna [...].

**6.4.** Dicha interpretación literal colisionaría frontalmente con la naturaleza que ostenta el propio proceso de amparo y con el propio cuerpo normativo previsto en la Ley 31307, concebido como un orden jurídico sistemático; en razón, que el nuevo régimen procesal, considera al proceso de amparo, al igual que su predecesora, como un proceso residual y excepcional, que se encuentra destinado a brindar una verdadera tutela y solo a los casos, que tengan relevancia constitucional; lo que nos permite colegir que aplicar dicha tesis literal y aislada del citado artículo 6, implicaría, transformar al proceso de amparo en un

proceso paralelo y no residual, y que incluso, podría llegar en un futuro, a generar la ordinarización del proceso de amparo, y como consecuencia el incremento de carga procesal innecesaria en la justicia constitucional.

- 6.5.** Otra de las falencias que tiene dicha interpretación literal, es que ella, colisiona abiertamente con el sistema neoconstitucional imperante en nuestro orden jurídico, el cual reconoce que los derechos fundamentales no son absolutos, sino, más bien relativos, en tanto todo ejercicio no puede darse de manera abierta, sin limitación alguna. [...].
- 6.6.** Ahora bien, la interpretación que debe optarse respecto al artículo 6° del nuevo Código Procesal Constitucional y que es conforme a la Constitución, es aquella que garantiza justamente el derecho al acceso a la justicia, reconocimiento que ella contiene limitaciones constitucionalmente válidas, contenidas en las causales de improcedencia en los procesos constitucionales, y como correlato al mismo, reconoce la necesidad del rechazo liminar, cuando esta es manifiesta. Y, es que como ya hemos señalado, el artículo 6, no puede interpretarse literalmente y mucho menos de manera aislada del resto del ordenamiento procesal a la que pertenece (Ley 31307), en tanto forma parte de un orden jurídico sistemático, por lo que dicho artículo, debe concordarse con el artículo 7° de la misma, norma que reconoce la aplicación de las causales de improcedencia de la demanda, además de reconocer en ella, el carácter residual y excepcional que tiene el proceso de amparo como proceso de tutela de derechos fundamentales, por lo que no puedan aceptarse en este nuevo sistema procesal, demandas de amparo «*manifiestamente improcedentes*».

De este modo, el citado órgano jurisdiccional, sobre la base de la teoría de la limitación de los derechos fundamentales, la observancia de los fines de los procesos constitucionales de tutela de derecho y el carácter residual y urgente de los procesos de amparo (que fue el tramitado en el caso analizado), en aplicación de las

interpretaciones sistemática y finalista entre los artículos 6 y 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional, concluyó que sí procede el rechazo liminar de la demanda, pero solo si el supuesto de improcedencia previsto en el mismo cuerpo de leyes resulta manifiesto, esto es, que no quepan dudas en el juez de su existencia en el caso en concreto sometido a su análisis.

## **7. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN RESPECTO A LA NUEVA REGULACIÓN**

Frente a la regulación que prohíbe el rechazo liminar de la demanda en los procesos de tutela de derechos, se advierte que en la doctrina se han presentado diversas posturas sobre el particular.

En primer término, se encuentra la posición del profesor Sar (2021), quien explica que

los jueces tienen la responsabilidad de declarar improcedentes las demandas disparatadas mediante un auto en que se dé cuenta de los fundamentos que respaldan la decisión, subrayando la intrascendencia constitucional de la pretensión, destacando los fines de los procesos y poniendo de relieve el deber de garantizar la tutela procesal efectiva. (p. 133)

Para lo señalado, el juez tendría que aplicar control difuso.

De este modo, para el citado autor debe ser inaplicable la normativa que regula la prohibición de rechazar de forma liminar la demanda, siempre que la causal de improcedencia sea manifiesta.

Por su lado, el profesor Espinoza (2021) opina:

La prohibición de rechazo liminar de la demanda contraviene el principio de autonomía de los órganos jurisdiccionales, pero ello no constituiría mérito para declarar la inconstitucionalidad de la disposición bajo comentario, siempre que el artículo 6 del NCPC

se interprete sistemáticamente con el artículo 7 del NCPC, que contiene las causales de improcedencia de la demanda. [...].

Así las cosas, de una interpretación sistemática y finalista del NCPC, es posible sostener que el juez puede rechazar liminarmente una demanda cuando esta es manifiestamente improcedente. (pp. 24-27)

Para el citado autor, si bien la prohibición de rechazo liminar afecta el principio de autonomía de los órganos jurisdiccionales, ello no sería suficiente para que sea declarada inconstitucional, por lo que la solución se encontraría en la realización de una interpretación sistemática, en donde se interprete conjuntamente el artículo 6 del Nuevo Código Procesal Constitucional con el artículo 7 del mismo cuerpo de leyes, y se infiera que corresponde declarar la improcedencia de la demanda de forma liminar cuando la causal de improcedencia sea manifiesta.

Una tercera postura es la de López (2021), quien explica:

Es cierto que las nobles intenciones del legislador de prohibir el rechazo liminar de la demanda en garantía del acceso a la justicia pueden traer un efecto indeseado a futuro al elevarse la carga procesal, pero mientras contemos con esta regulación y en tanto no se declare su inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional o el órgano jurisdiccional de instancia vía control difuso, entonces debe respetarse tal contenido normativo de la ley procesal. (p. 15)

Para el mencionado autor, mientras no se declare inconstitucional el artículo 6 del Nuevo Código Procesal Constitucional por el Tribunal Constitucional o se inaplique en cada caso en concreto vía control difuso, se debe realizar una interpretación literal de este.

## **8. OPINIÓN**

### **8.1. ¿La prohibición del rechazo liminar de la demanda tutela el derecho al acceso a la justicia?**

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia cree que la prohibición del rechazo liminar tutela el derecho al acceso a la justicia, puesto que, desde su perspectiva, este último implicaría admitir toda demanda, sin limitación alguna.

En mi opinión, dicha afirmación es incorrecta, ya que no forma parte del contenido del referido derecho que toda demanda, incluso las que inobservan dispositivos legales que regulan requisitos de forma, formales y de fondo, sea admitida a trámite.

En efecto, por el referido derecho solo se garantizarían tres aspectos: i) la apertura del proceso, ii) la llamada de la parte al proceso, y iii) la exigencia de la postulación (Chamorro, 1994, pp. 19-20; Picó, 2012, p. 58); el primero de ellos es el que se refiere a la situación en concreto bajo análisis.

Desde la perspectiva de la apertura del proceso, si bien el derecho al acceso a la justicia es uno fundamental de naturaleza procesal, también es verdad que es de configuración legal, debido a que no sería uno incondicional ni absoluto, esto es, que no podrá ser ejercido al margen de los cauces ni de los procedimientos preestablecidos legalmente.

Por ello, tal como afirma Picó (2012), haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, los «requisitos y presupuestos legalmente establecidos no responden al capricho puramente ritual del legislador sino a la necesidad de ordenar el proceso a través de ciertas formalidades objetivas establecidas en garantía de los derechos e intereses legítimos de las partes» (p. 59).

De este modo, debe quedar claro que el derecho al acceso a la justicia no implica que toda demanda necesariamente deba ser

admitida ni tampoco que cada una de ellas deba ser tramitada hasta la emisión de una decisión que resuelva el fondo de la *litis*.

En cambio, lo que sí implicaría es que el juez y el legislador estén prohibidos de establecer barreras de acceso excesivas o irrazonables. Así, los requisitos y los obstáculos para acceder al proceso no son *per se* inconstitucionales, sino que únicamente tendrán dicha condición si su existencia no se fundamenta en la preservación de otro derecho fundamental, o en bienes, valores o intereses constitucionalmente tutelados y que observen la adecuada proporcionalidad con el fin que persiguen concretar (Picó, 2012, p. 62).

En el mismo sentido opina González<sup>3</sup> (1989), quien explica que «existen requisitos procesales que, en lugar de ser cauce racional para el acceso a la tutela judicial, constituyen serios obstáculos a esta» (p. 62).

Por todo lo anteriormente explicado, entonces, el derecho al acceso a la justicia no impide el rechazo liminar de la demanda en los procesos de tutela de derecho, sino que impone a los juzgadores la exigencia de que apliquen dicha atribución de dirección del proceso ante supuestos manifiestos de improcedencia y de que interpreten

---

3 Es interesante precisar que en la jurisprudencia española, el asunto discutido no genera ningún debate, un criterio uniforme es que es posible declarar la improcedencia de la demanda de forma liminar, cuando no se ha cumplido con un requisito no subsanable y que se sanciona con la improcedencia. Asimismo, lo que se ha sostenido es que en defensa del derecho a la tutela jurisdiccional, del cual formaría parte el derecho al acceso a la justicia, no se permiten requisitos procesales que constituyan formalismos enervantes o claramente desviados del sentido propio de estos interpretados a la luz del artículo 24 de la Constitución española.

Así, en la STC n.º 90/1983 (citado por González, 1989), se precisó que «ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que pueden estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente» (pp. 62-63).

los requisitos y los presupuestos procesales en el sentido que más favorece a la plena efectividad del derecho a conseguir una decisión sobre el fondo de la *litis*.

## **8.2. ¿El Tribunal Constitucional se opone al rechazo liminar de la demanda?**

Entre los argumentos que han sido invocados para sustentar la nueva regulación de la prohibición del rechazo liminar de la demanda en los procesos de tutela de derechos, se ha sostenido que el Tribunal Constitucional, en la STC n.º 06218-2007-HC, negó la posibilidad de efectuar dicho rechazo, dada la naturaleza del proceso constitucional.

Sobre el particular, es importante responder la siguiente pregunta: ¿realmente el Tribunal Constitucional, en el referido caso, ha sostenido que el rechazo liminar de la demanda perjudica la naturaleza de los procesos constitucionales? Para responder esta interrogante es necesario que a continuación reproduzca los fundamentos esbozados por el mismo órgano jurisdiccional vinculados a dicha afirmación:

**8.** En tal sentido cabe señalar **que el juez constitucional al recibir una demanda de hábeas corpus, tiene como primera función verificar si esta cumple los genéricos requisitos de procedibilidad** previstos en los artículos 2º, 3º, 4º y 5º del CPConst., pues solo así podrá comprobar si la relación jurídica procesal es válida y, por tanto, es factible que se pronuncie sobre el fondo del asunto controvertido.

**9.** **El proceso de hábeas corpus a diferencia de los procesos de amparo y de cumplimiento no tiene regulado en el CPConst. causales específicas de improcedencia; sin embargo, ello no significa que el hábeas corpus como proceso no las tenga y que tales causales faculten al juez constitucional a declarar la improcedencia liminar de la demanda.** Así, al proceso de hábeas corpus le resultan

aplicables las causales de improcedencia previstas en el artículo 5° del CPConst., en tanto no contradigan su finalidad de tutela del derecho a la libertad y derechos conexos a ellas y su naturaleza de proceso sencillo y rápido.

**10.** Teniendo en cuenta la finalidad y naturaleza del proceso de hábeas corpus el CPConst. **ha regulado que el juez constitucional en determinados supuestos no puede ni debe invocar algunas de las causales previstas en el artículo 5 del CPConst. para declarar la improcedencia liminar de la demanda.** Así, los jueces constitucionales se encuentra[n] impedidos de declarar liminarmente improcedente una demanda de hábeas corpus bajo la consideración de que:

- a. Existe una vía procedimental específica igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (artículo 5.2). Ello debido a que el proceso de hábeas corpus a diferencia del proceso de amparo no es un proceso de carácter residual y excepcional.
- b. No se ha cumplido con agotar las vías previas (artículo 5.4). Ello por la naturaleza de los derechos tutelados por el proceso de hábeas corpus.
- c. Ha vencido el plazo para interponer la demanda (artículo 5.10).

**11.** Por la naturaleza de los derechos fundamentales objeto de tutela del proceso de hábeas corpus, los jueces constitucionales tampoco pueden ni deben declarar liminarmente improcedente la demanda bajo el argumento de que el demandante recurrió previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional (artículo 5.3).

**12.** Pues bien, delimitados los supuestos en los cuales **no resulta válido que los jueces constitucionales declaren liminarmente improcedente una demanda de hábeas corpus, corresponde determinar en qué supuestos sí resulta válido rechazar liminarmente una demanda de hábeas corpus.** Así, los jueces constitucionales podrán rechazar liminarmente una demanda de hábeas corpus cuando:

- a. Se cuestione una resolución judicial que no sea firme (artículo 4).
- b. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (artículo 5.1).
- c. A la presentación de la demanda haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o esta se haya convertido en irreparable (artículo 5.5).
- d. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia (artículo 5.6).
- e. Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado (artículo 5.7). En este supuesto la improcedencia de la demanda se justifica en la medida que las resoluciones cuestionadas no inciden directamente en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad individual ni en los contenidos de los derechos conexos a ella.
- f. Se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno (artículo 5.9). (Tribunal Constitucional, 2007; énfasis añadido)

Así, de la antedicha descripción, y teniendo en cuenta la posición de la doctrina analizada, puedo arribar a las siguientes conclusiones:

- No es verdad que el Tribunal Constitucional haya afirmado que el rechazo liminar de la demanda desnaturalice a los procesos constitucionales.
- El Tribunal Constitucional, en el caso mencionado, ha precisado en qué supuestos sí es constitucional rechazar de forma liminar la demanda en los procesos de *habeas corpus*.
- El juez, en los procesos de *habeas corpus*, al calificar la demanda, tiene como primera función la de verificar si este acto procesal cumple los genéricos requisitos de procedencia, así como las causales que le resulten aplicables.

- Si bien el derogado Código Procesal Constitucional no reguló causales específicas de improcedencia para la demanda de *habeas corpus*, ello no implica que el rechazo liminar esté proscrito.

En efecto, el Tribunal Constitucional en ningún momento ha sostenido que el rechazo liminar de la demanda trastoca los fines de los procesos constitucionales, su naturaleza o algún derecho fundamental procesal, como es el caso del acceso a la justicia, en particular, o a la tutela jurisdiccional efectiva, en general. Por el contrario, en diversa jurisprudencia se ha referido a la posibilidad de que pueda ser empleada. Así, en una anterior oportunidad, en la STC n.º 763-2005-PA/TC, sostuvo lo siguiente:

8. En el contexto descrito, considera este Colegiado que cuando el ordenamiento reconoce el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial efectiva, no quiere ello decir que la judicatura, *prima facie*, se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente, sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. No es, pues, que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino tan solo la posibilidad de que el órgano encargado de la administración de justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un pronunciamiento cualquiera que sea su resultado [...]. **La tutela judicial efectiva no significa, pues, la obligación del órgano jurisdiccional de admitir a trámite toda demanda, ni que, admitida a trámite, tenga necesariamente que declararse fundada dicha demanda.** [...].

Cabe también puntualizar que, para **la admisión a trámite, el juez solo puede verificar la satisfacción de los requisitos formales de admisibilidad y procedencia señalados en la ley procesal;** exigencias relacionadas con la validez de la relación procesal que, como sabemos, se asientan en los presupuestos procesales y en las

condiciones de la acción; es decir, exigencias que tienen que ver con la competencia absoluta del juez, la capacidad procesal del demandante o de su representante, los requisitos de la demanda, la falta de legitimidad del demandante o del demandado e interés para obrar (asimila voluntad de la ley-caso justiciable). (Tribunal Constitucional, 2005; énfasis añadido)

### **8.3. ¿La prohibición del rechazo liminar de la demanda vulnera la independencia judicial?**

Algunos autores sostienen que la incorporación del artículo 6 en el Nuevo Código Procesal Constitucional por parte del Poder Legislativo no ha trastocado la independencia judicial, toda vez que el juez, pese a la prohibición del rechazo liminar, podrá declarar improcedente la demanda en la sentencia, luego de que se conteste la demanda o venza el plazo para que este último acto procesal se efectúe; es decir, podrá rechazar la demanda, quizás ya no de forma liminar, pero sí después, luego que se haya desarrollado un poco el proceso.

Desde mi perspectiva, considero que sí se ha lesionado la independencia judicial. Para explicar ello es importante tener en cuenta que, desde la perspectiva de las fuentes normativas, si bien el juez se encuentra sujeto a la ley, a la Constitución y a los tratados ratificados por el Estado peruano, también es verdad que la función del Poder Legislativo de legislar no puede entrometerse en la función que realiza el juez de juzgar.

Así, se pensaría que el rol de dirección del juez se encuentra supeditado a cómo se encuentran reguladas sus atribuciones por el legislador; sin embargo, lo cierto es que, por el principio de separación de poderes, cada poder posee un determinado núcleo funcional, que no puede ser afectado por otro (Lösing, 2011, p. 419).

De este modo, tal como precisó Guastini (citado por Andrés, 2015):

«La separación de las funciones legislativa o jurisdiccional puede ser entendida como la combinación de dos distintas reservas de competencia». Y sucede que «una reserva de competencia a favor de un cierto poder no es más que un conjunto de prohibiciones dirigidas a otros poderes del Estado. En particular, en lo que atañe a las relaciones entre poder legislativo y poder jurisdiccional: la reserva de legislación a favor de un «legislador» (el parlamento) se reduce a una serie de prohibiciones dirigidas a los jueces; y simétricamente la reserva de jurisdicción a favor de los jueces se reduce a una serie de prohibiciones dirigidas al legislador. (p. 145)

En este sentido, la independencia judicial, en este contexto, implicaría que el juez tenga libertad de ejercer sus atribuciones como director del proceso, no pudiendo el legislador limitar o reducir al mínimo la posibilidad que pueda llevar a cabo dicha tarea, y es que calificar la demanda y rechazarla de forma liminar, en caso de una manifiesta causal de improcedencia, es una forma en la que se concreta dicha libertad.

#### **8.4. ¿Es constitucional el rechazo liminar de la demanda?**

Un sector de la doctrina considera que el rechazo liminar de la demanda resulta ser inconstitucional *per se* porque, desde su perspectiva, lesionaría el derecho al acceso a la justicia y los fines de los procesos constitucionales.

Sobre el particular, considero que dicha posibilidad no es en sí misma inconstitucional, sino que lo serían los supuestos por los cuales el juez está autorizado para declarar improcedente la demanda al efectuar su primera calificación.

En efecto, lo que sería inconstitucional serían los obstáculos o requisitos de acceso al proceso cuya existencia no esté amparada en la tutela de otro derecho fundamental, valor, bien o finalidad constitucional y que no sean proporcionales a la luz de su propia finalidad.

De este modo, mientras que las causales de improcedencia sean constitucionales, el juez, por su rol de director del proceso, se debe encontrar autorizado para rechazar liminarmente la demanda, si es que advierte, mediante decisión debidamente motivada, que se ha presentado de forma manifiesta una de ellas.

### 8.5. ¿Qué hacer frente a la nueva regulación?

Al quebrantar el artículo 6 del Nuevo Código Procesal Constitucional los principios de independencia judicial y de dirección del proceso, se pensaría que es inconstitucional y por tanto debería ser así declarada por el Tribunal Constitucional o inaplicada en cada caso en concreto por los jueces constitucionales en los procesos de amparo, *habeas corpus*, *habeas data* o de cumplimiento; sin embargo, dicha solución sería la correcta siempre y cuando no exista una interpretación conforme a la Constitución, la cual sí existe en este caso en específico.

En efecto, realizando una interpretación sistemática de los artículos 6 y 7, sobre la base del artículo III del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional que regula el principio de dirección del proceso y del inciso 2 del artículo 139 de la carta magna que regula el principio de independencia judicial, llegaríamos a la siguiente norma: **El juez puede declarar improcedente la demanda, de forma liminar, a través de una decisión debidamente motivada, siempre y cuando advierta que se ha presentado de forma manifiesta, alguna de las causales de improcedencia contenidas en el artículo 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional. En los demás casos, esto es, cuando la causal de improcedencia no sea manifiesta, se encuentra prohibido de rechazar de forma liminar la demanda.**

Ahora bien, es probable que algún sector de la doctrina piense que la antedicha interpretación sería perjudicial para el derecho al acceso a la justicia de los demandantes; empero, tal como he

precisado anteriormente en este artículo, el referido derecho no se lesionaría, ya que no forma parte de su contenido que toda demanda sea admitida a trámite, sino que impone a los jueces la exigencia de que apliquen su atribución de dirección del proceso ante supuestos manifiestos de improcedencia y de que interpreten los requisitos y los presupuestos procesales en el sentido que más favorece a la plena efectividad del derecho a conseguir una decisión sobre el fondo.

## 9. CONCLUSIONES

- El rechazo liminar de la demanda no tutela el derecho al acceso a la justicia, debido a que no forma parte de su contenido que toda demanda sea admitida a trámite, pese a que no observe o incumpla los requisitos de procedencia que previamente ha establecido el legislador.
- La nueva regulación sobre la prohibición del rechazo liminar de la demanda en el artículo 6 del Nuevo Código Procesal Constitucional trastoca el principio de independencia judicial, toda vez que el Poder Legislativo ha limitado la atribución que tiene el juez constitucional, como director del proceso de poder declarar improcedente la demanda de forma liminar al advertirse de forma manifiesta la presencia de una causal de improcedencia.
- El rechazo liminar de la demanda *per se* no es inconstitucional, ya que sería una manifestación del rol de dirección del proceso, el cual se deriva del establecimiento del sistema publicístico en determinados procesos.
- Lo que sería inconstitucional son los obstáculos o requisitos de acceso al proceso de tutela de derechos, cuya existencia no esté amparada en la tutela de otro derecho fundamental, valor, bien o finalidad constitucional y que no sean proporcionales a la luz de su propia finalidad.

- No es necesario declarar inconstitucional o aplicar control difuso sobre el artículo 6 del Nuevo Código Procesal Constitucional, toda vez que cabe realizar una interpretación sobre este según la Constitución, en concordancia con el artículo 7 del mismo cuerpo de leyes. Así, la norma que se obtiene de haber aplicado la interpretación sistemática sobre los mencionados dispositivos legales sería que el juez puede rechazar liminarmente la demanda en los procesos de tutela de derechos, a través de una decisión debidamente motivada, siempre y cuando advierta que se ha presentado de forma manifiesta alguna de las causales de improcedencia que ha regulado el mismo cuerpo de leyes.

## REFERENCIAS

- Andrés, P. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*. Trotta.
- Ariano, E. (2003). *Problemas del proceso civil*. Jurista Editores.
- Beaumont, R. (2021). Las novedades y cambios en los siete procesos del nuevo Código Procesal Constitucional. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (165), 123-128.
- Beaumont, R. (2022). *Comentarios al Nuevo Código Procesal Constitucional*. Gaceta Jurídica.
- Calamandrei, P. (2006). *Proceso y democracia*. Ara Editores.
- Castañeda, J. (2022). ¿Quién se llevó mi Código Procesal Constitucional? El voto que no alcanzó y la racionalidad legislativa constitucional. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (170), 45-56.
- Chamorro, F. (1994). *La tutela judicial efectiva*. Bosch.

- Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República (2021). Dictamen recaído en los Proyectos de Ley 3478/2018-CR, 3754/2018/-CR y 7271/2020-CR, Ley de Reforma del Código Procesal Constitucional. Lima: 18 de mayo de 2021. [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Dictámenes/Proyectos\\_de\\_Ley/03478DC04MAY20210518.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/03478DC04MAY20210518.pdf)
- Congreso de la República (1982). Ley n.º 23506. Ley de Habeas Corpus y Amparo. Lima: 8 de diciembre de 1982. <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/23506.pdf>
- Congreso de la República (1992). Ley n.º 25398. Ley que complementa las disposiciones de la Ley n.º 23506 en materia de hábeas corpus y de amparo. Lima: 9 de febrero de 1992. <https://www.refworld.org/pdfid/3e536acd4.pdf>
- Congreso de la República (2004). Ley n.º 28237. Código Procesal Constitucional. Lima: 31 de mayo de 2004. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0002/5-codigo-procesal-constitucional-ley-n-28237-1.pdf>
- Congreso de la República (2021). Ley n.º 31307. Nuevo Código Procesal Constitucional. Lima: 23 de julio de 2021. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/nuevo-codigo-procesal-constitucional-ley-no-31307-1975873-2/>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Caso Cantos vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002 (Fondo, reparaciones y costas). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_97\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf)
- Corte Superior de Justicia de La Libertad (2021). Expediente n.º 00949-2021-0-1601-JR-CI-06. Primera Sala Civil. Trujillo: 13 de septiembre de 2021.

- Corte Superior de Justicia de La Libertad (2022). Expediente n.º 0269-2021-0-1601-JR-CI-08. Segunda Sala Civil. Trujillo: 7 de abril de 2022.
- Crispín, A. (2021). El «nuevo» Código Procesal Constitucional y el control de convencionalidad. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (165), 79-98.
- Espinoza, J. (2021). La prohibición de rechazo liminar de la demanda en los procesos constitucionales de la libertad. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (168), 19-30.
- García, V. (2021). El nuevo Código Procesal Constitucional: ¿una norma balance? (K. Vidal, entrevistador). *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (165), 19-28.
- González, J. (1989). *El derecho a la tutela jurisdiccional* (2.ª ed.). Civitas.
- Guerra, J. (2018). Dimensionalidad del acceso a la justicia y nuevos desafíos en la legitimación procesal. En O. Gozaíni (dir.), *Estudios de Derecho Procesal Constitucional: por un Código Procesal Constitucional para Latinoamérica* (pp. 113-130). Jusbairees.
- Gutiérrez, G. (2021). El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (165), 167-173.
- Hakansson, C. (2021). Un vistazo al nuevo Código Procesal Constitucional peruano. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (165), 11-18.
- Ledesma, M. (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil* (5.ª ed., t. II). Gaceta Jurídica.
- López, A. (2021). Análisis del desarrollo casuístico al rechazo liminar de la demanda. Comentarios a la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (168), 11-18.

- Lösing, N. (2011). Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 413-427.
- Mesía, C. (2013). *Exégesis del Código Procesal Constitucional* (4.<sup>a</sup> ed., t. 1). Gaceta Jurídica.
- Mesía, C. y Roel, L. (2021). *Comentario de las reformas al Código Procesal Constitucional*. Jurista Editores.
- Molina, R. (2019). Gobierno judicial y áreas de tensión con otros poderes del Estado. En J. Nieva y E. Oteiza (dirs.), *La independencia judicial: un constante asedio* (pp. 97-113). Marcial Pons.
- Monroy, J. (2021). Comentarios exegeticos al «nuevo» Código Procesal Constitucional. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (165), 60-78.
- Picó, J. (2012). *Las garantías constitucionales del proceso* (2.<sup>a</sup> ed.). Bosch Procesal.
- Priori, G. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Priori, G. y Ariano, E. (2009). ¿Rechazando la justicia? El derecho de acceso a la justicia y el rechazo liminar de la demanda. *THĒMIS. Revista de Derecho*, (57), 103-123.
- Ramírez, J. (2016). Comentario al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil. En R. Cavani (coord.), *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas* (t. I, pp. 26-36). Gaceta Jurídica.
- Roel, L. y Huayta, D. (2021). Análisis de la nueva tramitación de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales conforme al nuevo Código Procesal Constitucional. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (165), 40-59.

- Sáenz, L. (2022). Los cambios del esquema procesal constitucional en lo relativo al Título Preliminar y a las disposiciones generales aplicables a los procesos constitucionales de tutela de derechos. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (163), 28-56.
- Sar, O. (2021). ¿Tienen los jueces el deber de admitir demandas disparatadas? *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (165), 129-133.
- Taruffo, M. (2019a). El acceso a la justicia. Consideraciones críticas. En G. Priori (coord.), *Justicia y proceso en el siglo XXI* (pp. 17-29). Palestra.
- Taruffo, M. (2019b). Consideraciones generales sobre la independencia de los jueces. En J. Nieva y E. Oteiza (dirs.), *La independencia judicial: un constante asedio* (pp. 13-22). Marcial Pons.
- Tribunal Constitucional (2005). Expediente n.º 763-2005-PA/TC Lima. Lima: 13 de abril de 2005. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00763-2005-AA.html>
- Tribunal Constitucional (2007). Expediente n.º 06218-2007-PHC/TC Junín. Lima: 17 de enero de 2007. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/06218-2007-HC.pdf>
- Tupayachi, J. (2022). Reflexiones sobre la inconstitucionalidad parcial del Código Procesal Constitucional. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (170), 24-44.
- Velásquez, R. (2022). Comentario al artículo 6. En Y. Meza (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Procesal Constitucional* (pp. 175-181). Jurista Editores.





## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 363-389

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i18.663

# El sistema justiciero: la justicia constitucional en el Perú

The justice system: constitutional justice in Peru



LUIS ANDRÉS ROEL ALVA  
Universidad de Lima  
(Lima, Perú)

Contacto: [luis.roelalva@gmail.com](mailto:luis.roelalva@gmail.com)  
<https://orcid.org/0000-0002-9784-137X>

RENZO DÍAZ GIUNTA  
Comisión Interamericana de Derechos Humanos  
(Washington, Estados Unidos)

Contacto: [renzod128@gmail.com](mailto:renzod128@gmail.com)  
<https://orcid.org/0000-0001-7527-2279>

### RESUMEN

¿Cuál es el rol del sistema de justicia constitucional peruano en el Estado democrático? ¿Por qué es importante? ¿Cómo se le puede relacionar con Batman? En el presente artículo, los autores analizan el estado de la cuestión del sistema de justicia constitucional en el Perú y su importancia para la protección de los derechos humanos y la defensa de la democracia a nivel nacional. Asimismo, desde la óptica del arte y el derecho, realizan un símil entre la justicia constitucional peruana y Batman, el Caballero de la Noche, famoso personaje de DC Comics que encarna la lucha por las causas justas.

**Palabras clave:** justicia constitucional; derechos humanos; democracia; Batman.

**Términos de indización:** derecho constitucional; justicia; derechos humanos; democracia (Fuente: Tesouro Unesco).

## ABSTRACT

What is the role of the Peruvian constitutional justice system in the democratic State? Why is it important? How does it relate with Batman? In this article, the authors analyze the state of the constitutional justice system in Peru and its importance in the protection of human rights and the defense of democracy at the national level. Likewise, from the perspective of art and law, the authors establish a simile between Peruvian constitutional justice and Batman, the dark knight, a famous character from DC Comics who embodies the struggle for just causes.

**Key words:** constitutional justice; human rights; democracy; Batman.

**Indexing terms:** constitutional law; justice; human rights; democracy (Source: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 19/08/2022

**Revisado:** 25/11/2022

**Aceptado:** 25/11/2022

**Publicado en línea:** 07/12/2022

**Financiamiento:** Autofinanciado.

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

### Revisores del artículo:

Manuel de J. Jiménez Moreno (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

mjimenezm2@derecho.unam.mx

<https://orcid.org/0000-0003-2061-6905>

José Felix Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

jpalominom@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

## 1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, es indiscutible la importancia que posee una Constitución dentro de un ordenamiento jurídico. Esto se debe a que es la norma de más alta jerarquía, que establece las bases de la organización de todo Estado y consagra los derechos fundamentales de las personas y los valores democráticos de la nación; consolidándose así como el pilar y la fuente de origen de la democracia constitucional. Además, es el instrumento normativo fundamental que separa, equilibra y limita el poder.

Asimismo, los principios y las normas constitucionales irradian sobre todo el ordenamiento jurídico y son de alcance general; van más allá del derecho público y trascienden al privado. Por consiguiente, la Constitución es considerada como una *norma normarum* («norma de creación de otras normas») y *lex legis* («ley suprema»). Inclusive, el procedimiento legislativo peruano concibe la evaluación de la constitucionalidad de la norma dentro de una de sus etapas, puesto que ninguna puede contradecir a la Constitución, y toda incompatibilidad, eventualmente, podría acarrear un proceso de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) la expulse del ordenamiento jurídico, como parte del control de constitucionalidad.

Cabe destacar que si bien el Congreso de la República, también denominado Parlamento, es el órgano legislativo por excelencia al crear derecho a través de las normas, el TC también participa en su faz de legislador negativo, ya que, como máximo intérprete de la Constitución, es posible afirmar que crea derecho al dotar de contenido y precisar alcances de diversos conceptos, figuras jurídicas y derechos constitucionales.

La esencia de la justicia constitucional gira en torno a ser una justicia eficiente y oportuna, especialmente respecto de los llamados grupos en situación de vulnerabilidad, lo cual implica generar las

condiciones necesarias para la obtención de una justicia material. Esta se plantearía como una justicia efectiva que elimine las barreras de acceso, como son la asistencia jurídica a los pobres de los sistemas judiciales, la representación de intereses difusos, los problemas medioambientales, los costos de litigio, la excesiva duración de los procesos, la existencia de obstáculos para la legitimación activa en un proceso, no reconocer el derecho de petición como derecho fundamental para la tutela de derechos e intereses, y los problemas de participación de los afectados o interesados en el sistema, sea por falta de conocimiento de los derechos y los mecanismos para tutelarlos, o bien por problemas económicos (Bernales, 2019, p. 279).

En suma, la justicia constitucional representa la posibilidad de materializar un sistema que brinde una adecuada tutela y defensa de los derechos fundamentales, con especial énfasis en los grupos vulnerables. Por ello, ha sido una gran innovación, para el derecho peruano y la consolidación de un Estado constitucional de derecho, poder contar con este sistema, autónomo frente al Legislativo y el Ejecutivo, que pueda efectivizar la protección de los derechos consagrados y garantizados en la Constitución, así como la misión de realizar control de constitucionalidad a las normas y los actos políticos, administrativos, etc.

## **2. EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ**

### **2.1. Antecedentes históricos**

En lo que respecta al constitucionalismo, Hans Kelsen, pensador y jurista austriaco, sentó las bases para su expansión a lo largo del planeta y fue el principal artífice de la construcción de una jurisdicción constitucional austriaca. Dentro de sus principales aportes a la materia destaca el primer peldaño de la constitucionalización del derecho: reconocer que la Constitución es la norma de más

alta jerarquía, a través de la denominada pirámide de Kelsen que trazaba una muy clara jerarquía normativa.

Asimismo, promovió la necesidad de que las naciones posean cortes o tribunales constitucionales que sean guardianes de la constitucionalidad y supremos intérpretes de la Constitución. Y es bajo esta concepción sobre la potestad interpretativa del TC donde Kelsen hace énfasis en que estas altas cortes materializan el sentir romano de que el juez crea derecho, al determinar que, a través de sus sentencias, fungen como legisladores negativos. Entonces, es esta idea-fuerza la que ha impregnado durante mucho tiempo la visión de los tribunales y las cortes constitucionales (Fernández, 2011, p. 131).

En el Perú, el TC fue creado con la Constitución vigente de 1993. Sin embargo, recién en 1996 empezó su funcionamiento con la elección de sus siete magistrados por parte del Congreso de la República. Su antecesor directo fue el Tribunal de Garantías Constitucionales, creado por la Constitución Política de 1979, el cual tuvo un breve período de funcionamiento. Por tanto, se puede decir que esta Constitución de 1979 dio apertura a una nueva era, un nuevo capítulo de tutela de derechos en la historia peruana, que se enmarca en el inicio de un sistema de justicia constitucional en el Perú<sup>1</sup>.

Es importante destacar que el TC peruano ha desempeñado una labor muy activa e importante, que se inició luego del retorno a la democracia, tras el gobierno autoritario de Alberto Fujimori Fujimori. Durante dicho régimen político, este órgano jurisdiccional se hallaba imposibilitado de desarrollar sus funciones de forma regular, por encontrarse impedido de realizar el control

---

1 Cabe resaltar que con un sistema de justicia constitucional se cumplen las dos exigencias básicas de la teoría de Kelsen: el imperio de la Constitución, así como la vigencia, el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales.

constitucional de las leyes, al haberse destituido a tres de sus miembros de forma arbitraria<sup>2</sup>.

Luego de este nefasto episodio para la democracia peruana, la tarea desempeñada por nuestro TC, en especial por los miembros que conformaron su primer colegiado tras la ruptura del orden constitucional, fue de enorme trascendencia y repercusión en la realidad nacional, puesto que sus decisiones traspasaron el ámbito meramente litigioso del caso en concreto, proyectando e irradiando así, con sus efectos jurídicos, a todo el sistema estatal. Cabe señalar que este colegiado estuvo conformado por los magistrados Delia Revoredo Marsano, Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry (restituidos tanto por el Congreso de la República como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), Víctor García Toma, Magdiel Gonzales Ojeda, Juan Bardelli Lartirigoyen y Javier Alva Orlandini.

Asimismo, hemos dado cuenta de algunas de las decisiones más trascendentales de esta institución en su corta trayectoria como órgano jurisdiccional encargado de garantizar la supremacía constitucional y los derechos fundamentales, y los efectos que estas han tenido en nuestra realidad nacional. Es necesario precisar que varias de estas decisiones fueron emitidas durante el período en que el TC tuvo como presidentes a los exmagistrados Javier Alva Orlandini y Víctor García Toma.

Estos hechos fundamentan nuestra afirmación de que la justicia constitucional peruana y la labor de dicho órgano jurisdiccional han contribuido de forma gravitante a la restauración y el sostenimiento del orden constitucional y democrático, lo cual ha permitido que las generaciones venideras puedan gozar del pleno ejercicio de

---

2 En un acto violatorio de la autonomía que reviste a todo juez por el ejercicio de sus funciones, los tres magistrados fueron defenestrados por mantenerse independientes frente a los intereses del gobierno de entonces.

sus derechos constitucionales que la vida en un pleno Estado constitucional de derecho les permite (Roel, 2018b, p. 679).

Por ello, en la actualidad, la judicatura constitucional y el TC poseen prestigio y son vistos por la sociedad como un camino que les da la oportunidad para obtener justicia, en especial, para aquellos que han padecido de una vulneración de sus derechos y han sido ignorados por el sistema. Entonces, el sistema de justicia constitucional personifica una constante lucha por las causas justas.

A continuación, se analizará la importancia que posee el sistema de justicia constitucional en materia de derechos fundamentales y democracia. Asimismo, se analizará su relación con el arte y se hará un símil entre la justicia constitucional y Batman, Caballero de la Noche y prominente superhéroe de los cómics de la casa editorial DC Comics.

## **2.2. Importancia con respecto a los derechos fundamentales y la democracia**

A través del sistema de justicia constitucional se manifiesta la defensa de la democracia y los derechos humanos, con reconocimiento constitucional en el territorio nacional. Su importancia yace en torno a preservar el mandato del poder constituyente, el cual creó una vía constitucional, diferente a la judicatura ordinaria, diseñada para brindar adecuada tutela a estos derechos ante ciertos peligros inminentes, vulneraciones y afectaciones, así como proteger el sistema democrático.

Sobre la jurisdicción constitucional, es importante destacar que esta defiende y preserva la constitucionalidad, entendida como el vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que esta diseña (Blume, 1996, p. 23).

Asimismo, la médula ósea de toda democracia es el balance y la separación de poderes, ya que así es posible un ejercicio armónico del poder, de manera limitada y controlada, garantizando el cumplimiento de las funciones y las obligaciones que la Constitución establece, y frenando acciones arbitrarias e ilegales que vulneren derechos constitucionales (Díaz, 2021a). Así, el poder se encuentra limitado y se establecen pesos y contrapesos para garantizar el equilibrio en el sistema democrático. Está claro que los políticos seguirán haciendo lo suyo, pero dentro de los marcos propios del Estado constitucional; por ello, la mayoría de sus actos son posibles de revisión ante un juez, sin importar si dicho juzgador es ordinario o especializado (Espinosa-Saldaña, 2003, p. 84).

En ese sentido, el sistema de justicia constitucional ha posibilitado la defensa del Estado de derecho constitucional y que los diversos conflictos en la nación cesen de forma pacífica y democrática. Por ello, en la actualidad, una de las funciones más valiosas del TC es su función pacificadora, con una pacificación democrática que alcanza consensos conforme con el derecho y logra una salida constitucional a las diversas crisis que atraviesa la nación.

Sin embargo, lo que no se debe olvidar en este sistema es la impartición de justicia, por más que haya deficiencia en las normas que revisten el ordenamiento jurídico. Por ello, es trascendental el rol del juez y, más aún, del juez constitucional que trasciende una mera aplicación de las normas y se perfecciona en impartir justicia conforme con la Constitución y los valores democráticos, además de interpretar a aquella.

Evidentemente, una de las funciones más importantes del sistema de justicia constitucional es el de interpretar la Constitución a través de su jurisprudencia. Inclusive, el TC se ha caracterizado por dotar de reconocimiento jurisprudencial a diversos derechos que, a pesar de no encontrarse explícitamente reconocidos en la Constitución peruana, se sustentan en la dignidad humana, que es

un principio-derecho y el fin tanto del Estado como de la sociedad (artículo 1), y en la cláusula del *numerus apertus*<sup>3</sup> de nuestro catálogo de derechos fundamentales (artículo 3).

Por ejemplo, con respecto al derecho a la protesta, el TC (2020), al desarrollar su contenido constitucionalmente protegido, en el Expediente n.º 0009-2018-PI/TC, sostiene que

este derecho comprende la facultad de cuestionar [...], a través del espacio público o a través de medios de difusión [...], de manera individual o colectiva, los hechos [...] que establezcan los poderes públicos o privados, con el objeto de obtener un cambio del *status quo [sic]* [...], siempre que ello se realice sobre la base de un fin legítimo según el orden público constitucional, y que, en el ejercicio de la protesta, se respete que la legalidad sea conforme con la Constitución. (fundamento 82)

Además, el máximo intérprete de la Constitución dio reconocimiento y desarrolló los alcances del derecho a la verdad, mediante la sentencia recaída en el Expediente n.º 2149-2012-PHC/TC, donde estableció que este derecho

supone la obligación de los Estados de garantizar que la sociedad y las víctimas de violaciones de los derechos fundamentales conozcan la verdad respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometieron los hechos y el destino que se dio a las víctimas. (TC, 2019b, fundamento 36)

---

3 El TC (2005), en el Expediente n.º 1417-2005-AA/TC, ha determinado lo siguiente: «La enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no solo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales» (fundamento 4).

También es el caso del derecho a la alimentación que, además de encontrarse consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obtuvo reconocimiento jurisprudencial por parte del TC. Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente n.º 1470-2016-PHC/TC, este órgano relaciona a este derecho con la obligación por parte del Estado de «satisfacer una alimentación de subsistencia que permita al titular del derecho verse libre de padecer hambre [...] y mantener su funcionalidad corporal, siendo progresivo el desarrollo y complementación de dicho mínimo» (TC, 2019a, fundamento 39).

Cabe destacar que, posteriormente, analizaremos la relevancia que la justicia constitucional posee en una nación democrática y su concreción a través de los procesos constitucionales.

### **2.3. Relación entre el arte y el derecho**

Al ser la materia del arte y el derecho de sumo interés académico, pero de escaso desarrollo legislativo, nos es importante traer a colación que, en un futuro, ya sea por una reforma constitucional o a través de la jurisprudencia, será posible que se le otorgue un reconocimiento constitucional al derecho al arte. Algunos autores sostienen aquella postura y la sustentan como un siguiente paso en el constitucionalismo mundial, en especial, considerando el carácter evolutivo de los derechos constitucionales y la corriente de reconocimiento de estos.

Con respecto al derecho al arte, se le considera un valor inexcusable para el gozo pleno y plenamente protegido del arte en cualquiera de sus manifestaciones o iteraciones, por el sujeto del derecho, autor, espectador o fórmulas mixtas. Por ejemplo, del derecho al arte se desprenden otros, como el derecho a la creatividad, a la libertad de expresión artística, al disfrute público del arte, entre otros. La condición del arte es relevante a efectos del ejercicio de otro

derecho constitucional, que es derecho al libre desarrollo de la personalidad y sus potencialidades. Más aún, los sentimientos que genera el disfrute del arte como un derecho no pueden ser suplidos por ninguna otra experiencia social.

Por consiguiente, los catálogos de derechos constitucionales deberían incorporar el derecho al arte no solo como manifestación artística, sino como una cualidad humana capaz de alcanzar niveles de sensibilidad muy difíciles de obtener por otras vías; asimismo, las garantías de los derechos deberían preocuparse de incorporar la protección del derecho al arte. En este sentido, se debe exigir que los programas públicos sean complementados a favor de la paz, la reconciliación o la reparación, teniendo en cuenta el derecho al arte; o proceder las decisiones jurisdiccionales que requieran de la relación humana en este derecho sobre el arte para ser más completas (Martínez, 2014, p. 54).

Entonces, en su momento, se innovaron los ámbitos de los derechos humanos y el derecho constitucional con el reconocimiento progresivo de nuevos derechos y la incorporación de nuevas categorías: derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. A pesar de la poca presencia del derecho del arte en los debates actuales, es posible que en un futuro la doctrina, la jurisprudencia y el debate legislativo se centren en iniciar una nueva categoría de derechos artísticos, cuyo eje sea el arte y los nuevos derechos derivados de la dignidad humana en función de ese ámbito.

### **3. BATMAN, EL CABALLERO DE LA NOCHE**

#### **3.1. El personaje**

Batman es uno de los superhéroes más populares y queridos de los cómics, pues es el justiciero que encarna una batalla frontal contra el crimen y el alcance de la justicia a los ignorados por el sistema. Asimismo, personifica al ciudadano harto de las injusticias, la

corrupción y la ineficiencia de las autoridades; por lo que se propone hacer algo al respecto. Cabe destacar que esta es la identidad secreta que adopta el multimillonario Bruce Wayne para salvar a su ciudad de las fuerzas del mal. Este personaje tuvo sus inicios en el mundo de DC Comics a partir de *Detective Comics* n.º 33, titulado *The Batman Wars Against the Dirigible of Doom* (Finger y Kane, 1939).

Como personaje de ficción, en los cómics y en las novelas gráficas, Batman personifica la búsqueda de un mejor futuro y la construcción de una sociedad más justa a través de la lucha contra la criminalidad, la indiferencia y las injusticias. Como justiciero, va más allá de salvar a una víctima, puesto que visibiliza al sector vulnerable de la sociedad y emprende una batalla para conseguirles justicia. Por ello, afirmamos que la motivación de Batman lo lleva a luchar por las causas justas, ser firme en sus valores y sus principios, además de no doblegarse ante las fuerzas del mal. Aunque la situación sea complicada, él no se rendirá, permanecerá en pie y seguirá luchando por sus ideales, por todos.

### **3.2. Simbolismo: justiciero, la lucha por las causas justas, pelear contra las injusticias**

Es importante destacar que la vigencia que ha tenido Batman, en el devenir de los años, como uno de los superhéroes más populares, trasciende el ámbito de la ciencia ficción. Esto se debe a que es un referente para muchas personas, pues encarna diversos valores, como la lealtad, la honestidad, la valentía y su compromiso con la justicia y las acciones necesarias para alcanzarla. A lo largo de su historia como personaje, ha sido representado tanto en cómics, dibujos animados, series de televisión y películas. Consistentemente, ha mantenido su esencia y su compromiso con la lucha por las causas justas y su apuesta por la construcción de una mejor sociedad.

Ahora, en relación con la «justicia» planteada, que consideramos en el presente trabajo, nos parece importante resaltar que esta se encuentra representada por Batman. Ciertamente, él, como todo mortal, tiene su propia percepción de la justicia y la forma de ejercerla. En efecto, todos sabemos que este concepto depende siempre del ojo de quien lo mira y esto, a su vez, depende de en qué parte del conflicto se encuentra o qué está pretendiendo hacer con él. Para Sebastián Linares (2019) esto significa:

Según una venerable tradición de la filosofía política, que parte de Hobbes pero que continúa [...] en Locke y en Rousseau, la autoridad estatal encuentra justificación para poner fin al estado de naturaleza, una situación en la que las personas cuidan de su vida y su seguridad personal por los medios que tienen a su alcance y donde rige la ley del más fuerte. (p. 99)

En esta misma línea de argumentación, consideramos lo expuesto por Raúl Álvarez (2017), en cuya tesis doctoral *Las narrativas de la crisis en la trilogía de Batman de Christopher Nolan*, afirmó que

Batman no es autor de hechos maravillosos, lo cual es lógico en una serie de carácter realista cuyo protagonista es un simple mortal. En cambio, sí es un campeón y un guerrero a la manera de los héroes clásicos: Odiseo, Aquiles, Jasón. Como ellos, **Batman responde al arquetipo de individuo audaz y valiente, recto y comprometido con sus semejantes, capaz de hacer cualquier sacrificio con tal de salvar la vida de sus conciudadanos. Es un luchador, en el sentido más amplio del término** [énfasis añadido], que reafirma las tesis dramáticas de Aristóteles cuando este, hace veintitrés siglos, afirmó en la *Poética* que la acción es el personaje. (p. 192)

En ese mismo sentido, al proyectar a Batman en un contexto de crisis sociopolítica, se le presenta con características sociales más profundas, pasando de establecer una relación de interacción lineal como millonario que dedica horas a ser detective y detener

delincuentes y mafias a una interacción simultánea y recíproca con respecto a qué papel cumple en la sociedad. Por eso, el precitado Álvarez (2017) comenta que

el Batman de Miller, pues, ha dejado de ser un *playboy* millonario que mata las horas como detective o vigilante nocturno para encarnarse en **un héroe trágico, reflexivo, que medita sobre la condición humana, los abusos de poder y la visión que tiene la sociedad de los superhéroes** [énfasis añadido]. (p. 201)

De esta forma, podemos advertir que la figura de Batman se construye y desarrolla como un personaje que representa a la justicia; pero no cualquier tipo de justicia, sino específicamente la social. De este modo, tendrá en perspectiva cómo están organizados los poderes, las problemáticas dentro de estos y qué acciones tangibles se están llevando a cabo para enmendar la situación de incertidumbre, corrupción, caos y violencia, para terminar con una conclusión pesimista al darse cuenta de que la representación por parte del Estado no rinde de manera óptima. Al respecto, el mismo Álvarez (2017) menciona que

en la década de los ochenta, en plena descomposición de la política de bloques, el Batman de las historietas es un antihéroe salvaje y violento que **cuestiona la ética de los políticos a los que presta sus habilidades**. En el cine, Tim Burton introduce una visión del personaje que incide en su dimensión gótica y oscura, en línea con **el pesimismo que destilan** las páginas de autores como Alan Moore o **Frank Miller** [énfasis añadido]. (p. 209)

Entonces, concluimos que Batman, como justiciero social, se muestra en contra del Estado y de sus representantes por motivos de indignación y hartazgo ante la incapacidad de los políticos de manejar el país de manera limpia y óptima (por los casos de corrupción y abuso de poder); cuestiona, además, la agenda y las

prioridades de los representantes institucionales puesto que sus decisiones carecen de un enfoque favorable para la población.

Ciertamente, Batman lucha por ideales justificados, en contra de la delincuencia y la corrupción del Estado y otras instituciones. Por ello, construye su levantamiento como agente del orden de Gotham City en contra de la gestión del gobierno y una fuerza con agentes que también trabajan desde las sombras por una verdadera democracia, con el único propósito de ayudar a reducir la delincuencia y tener condiciones mínimas para llevar una vida digna y plena.

Batman es aquel que se muestra disconforme y protesta, cuyas acciones, además, son un reflejo de ese descontento popular que busca construir una sociedad más justa e inclusiva. El primer paso para lograr ello es la erradicación del crimen, tan nocivo para el desarrollo y la vida de los ciudadanos. Efectivamente, en esto mismo coincide Eduardo Dargent (2019), quien expresa que «Batman, en medio de la corrupción de Ciudad Gótica, contaba con una prensa que recogía denuncias de corrupción y con algunos miembros sanos de la policía y fiscalía» (p. 143).

Por ello, afirmamos que Batman es un auténtico justiciero, puesto que los fines bajo los cuales conduce sus acciones giran en torno a la búsqueda de una justicia célere, eficiente e imparcial, además de respaldarse en valores humanistas y principios democráticos. A pesar de que Bruce Wayne es un multimillonario que podría decidir abandonar Gotham City y vivir una vida lujosa y sin preocupaciones, opta, en cambio, por ponerse un traje y, de manera anónima, luchar por su ciudad y su sociedad, y construir un mejor futuro para los ciudadanos sistemáticamente ignorados por gobiernos corruptos y un sistema ineficiente.

En suma, Batman es más que un personaje ficticio, es un símbolo de justicia y una inspiración para todos aquellos que quieren

erradicar el crimen y construir una sociedad más justa e inclusiva donde los derechos fundamentales de todos encuentren una adecuada tutela.

## **4. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ Y BATMAN: DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA**

### **4.1. Análisis comparativo de los valores de la justicia que representan**

Debemos señalar que la finalidad, tanto de los actos que realiza Batman como de la propia judicatura constitucional, gira en torno a la búsqueda de justicia para las personas cuyos derechos han sido vulnerados o se encuentran ante una amenaza cierta e inminente de que esto ocurra. En ese sentido, se destaca como matriz a la protección de los sectores más vulnerables y a la lucha por las causas justas.

Conforme señalamos líneas arriba, en este acápite analizaremos la importancia de la justicia constitucional y su concreción a través de los procesos constitucionales. Para empezar, la noción de Estado constitucional de derecho tiene como característica más destacada

la orientación del Estado a la protección de los derechos al margen —o incluso por encima— de la ley: ya no eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados por la ley, sino eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución. (Gascón y García, 2005, p. 27)

En mérito de ello, es posible afirmar que los procesos constitucionales giran en torno al fin de proveer a toda persona una tutela efectiva de sus derechos humanos que la Constitución reconoce, ya sea cuando hay un peligro cierto e inminente, una amenaza de vulneración del derecho o cuando se ha efectuado una vulneración por parte de una entidad estatal, una autoridad del Estado, una

persona natural o una persona jurídica privada. Cabe destacar también que los procesos constitucionales están dirigidos a garantizar la supremacía constitucional, en especial bajo la doble dimensión de estos (subjctiva y objetiva).

Al respecto, en el panorama jurídico peruano, estos mecanismos procesales, que dotan de protección a los derechos constitucionales, fueron pensados como un medio de defensa de la persona frente a los abusos del poder estatal. Por consiguiente, estos procesos son decisivos para asegurar la plena vigencia de los derechos y las libertades fundamentales, así como la plena vigencia y la eficacia de la supremacía constitucional.

Sobre esto, el máximo intérprete de la Constitución peruana, el TC, ha declarado, a través de la sentencia recaída en el Expediente n.º 0023-2005-PI/TC, que los procesos constitucionales poseen una doble dimensión; y que, en el caso de los procesos que tienen por objeto la tutela subjctiva de los derechos constitucionales, estos también tienen como fin la tutela objetiva de la Constitución, cuya premisa es que la defensa de los derechos no concierne únicamente al titular del derecho vulnerado, sino también al Estado y a la sociedad en su conjunto (fundamento 11).

Esta conclusión se deriva de la teoría de la doble dimensión de los derechos constitucionales, que el mismo TC (2003) ha desarrollado en la sentencia recaída en el Expediente n.º 2050-2002-AA/TC, donde sostiene que

los derechos fundamentales no solo tienen una vertiente subjctiva, sino también una dimensión objetiva, pues representan los valores materiales de todo el sistema jurídico nacional y, en esa condición, informan a la legislación, administración y jurisdicción. En esa medida, el Tribunal considera que el amparo no solo puede entenderse como un proceso en cuyo seno se diluciden problemas que atañen únicamente a las partes que en él participen, sino como una

acción de garantía en la cual subyace un orden público, representado por los derechos constitucionales, cuya defensa, en el ámbito de su competencia, la Norma Suprema ha encomendado al Tribunal Constitucional. (fundamento 25)

En tal sentido, con respecto a la finalidad de los procesos constitucionales, es posible afirmar que su eje es garantizar la supremacía constitucional al tutelar derechos fundamentales. Evidentemente, estos procesos poseen unas características especiales que los distinguen del resto de procesos y permiten una real y adecuada tutela de los derechos de las personas, conforme se abstrae del fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 6095-2008-PA/TC del TC.

Asimismo, el artículo II del título preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, dado por la Ley n.º 31307, en relación con los fines de los procesos constitucionales, señala que «son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos, así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa» (Congreso de la República, 2021).

La razón de ello se sustenta en el rol que la Constitución posee dentro del Estado constitucional de derecho. No se debe detener en un simple catálogo de normas que enumera los derechos, los valores y los principios constitucionales sin mayor impacto o repercusión en la vida de las personas. Por ello, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, existe un consenso de que todos los procesos constitucionales comparten una doble dimensión o naturaleza en su objeto de defensa.

Es así como, a través de su dimensión subjetiva, los procesos de tutela buscan la protección urgente de los derechos constitucionales. En cambio, a través de su dimensión objetiva, estos procesos

deben garantizar plenamente los contenidos y los principios que se encuentran en nuestra Constitución. Tal es así que destaca que uno de los fundamentos del Estado constitucional de derecho gira en torno a la tutela de los derechos constitucionales, lo que

obliga a reconocer y consagrar jurídicamente mecanismos procesales específicos destinados a su protección, como son los procesos constitucionales de la libertad (en el caso peruano, el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data), instancias competentes con todos los elementos necesarios para garantizar esa protección (aquí contamos con especial prevalencia a las entidades con fisonomía jurisdiccional, en tanto son las llamadas a ejercer un control jurídico por excelencia, y se encuentran alejadas de pautas políticas que distorsionen la aplicación que hagan del derecho, en tanto gozan, entre otros elementos, de independencia) y, sobre todo, su eficacia jurídica frente a toda actuación que se repute lesiva de ellos. (Donayre, 2007, p. 8)

Por ende, los procesos constitucionales tienen como finalidad garantizar la supremacía de la Constitución política, en tanto que es norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, así como proteger los derechos que poseen reconocimiento constitucional, frente a cualquier amenaza y afectación. Su especial relevancia es proteger al ciudadano ante cualquier arbitrariedad de los entes estatales y de los particulares, que limite o afecte sus derechos (Roel y Rojas, 2021; Roel, 2018a).

Ahora bien, es menester señalar que esta doble dimensión de los procesos constitucionales, elemento matriz del Estado constitucional de derecho peruano, contribuye a la protección de los derechos de personas que pertenecen a los sectores más vulnerables de la sociedad, así como a la garantía de una tutela jurisdiccional efectiva conforme con los cánones constitucionales. Así, podemos afirmar que los cimientos que sustentan el sistema de justicia constitucional representan los valores de la justicia, puesto que están diseñados

para proteger a los indefensos, a los que no tienen voz y a diversos sectores vulnerables, como madres gestantes, trabajadores despedidos arbitrariamente, infantes, migrantes, personas de la comunidad LGTB+, reos en cárcel, invidentes, miembros de comunidades nativas, entre otros.

Por consiguiente, ratificamos la línea de pensamiento de Víctor García Toma (2018), quien sostiene que

en el Estado constitucional [de derecho] —en donde tanto el cuerpo político como la sociedad adecúan bajo imperatividad jurídica sus actividades conforme a los principios, valores y normas contenidas en el texto supremo—, los derechos fundamentales gozan de las garantías de su goce efectivo, de manera omnicomprendensiva; vale decir, que su resguardo no está limitado en forma alguna al reconocimiento de «islas de exclusión»; de allí que se les acredite como normas con mandato de actuación y deber especial de protección. (p. 21)

En mérito de ello, no es posible hablar de un Estado constitucional de derecho que no sea justo, puesto que la justicia comprende los valores matrices y fundacionales en los que se sustenta todo Estado contemporáneo: respeto, equidad y libertad. En ese sentido, Batman y la justicia constitucional se asemejan sobremanera, debido a que ambos poseen fines orientados a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, con respecto a este personaje, es innegable que aspira a otorgar libertad a Gotham City, puesto que su ciudad y los ciudadanos se encuentran capturados por el crimen organizado. Además, otorga un trato equitativo a todas las personas y no las discrimina por ninguna índole (etnicidad, género, nacionalidad, orientación sexual, etc.), ya que se orienta a luchar por todos los que necesiten ayuda, sin excepciones.

Está claro que Batman respeta los derechos de las personas y, aunque combate frontalmente al crimen, trabaja mano a mano con la policía, particularmente con el comisionado James Gordon, para

que los criminales sean arrestados y le rindan cuentas a la justicia y a todos a aquellos a los que han hecho daño. Por ejemplo, ni bien fueron derrotados por Batman los diversos supervillanos (entre los que destacan el Pingüino, el Guasón, Harley Quinn, Poison Ivy, Deathstroke y Bane), él se encargó de llevarlos ante la justicia para que se les garantice un juicio imparcial y se respeten escrupulosamente las garantías del debido proceso.

Debido a que Batman lucha por las causas justas y trabaja con la policía de Gotham City para alcanzar justicia, logra fortalecer al sistema de justicia y le devuelve la confianza a la población con respecto a sus autoridades. De igual manera, por el lado de la justicia constitucional en el Perú, esta logra enmendar en sede constitucional diversos errores o arbitrariedades que generaron injusticias. Además, a través de figuras como el recurso de agravio constitucional, se da tutela a los derechos vulnerados, inclusive por sentencias judiciales. Así, el pueblo recobra la confianza en la justicia de su país cuando la judicatura constitucional cumple su labor de manera eficiente y de la forma más célere que le permitan las circunstancias actuales.

Por ello, aunque Batman no es juez, sí contribuye a alcanzar justicia y proteger derechos fundamentales. Inclusive, consideramos que dentro de su lucha contra el crimen y a favor de las causas justas hay mensajes importantes y simbólicos a destacar que pueden contribuir a un mejor sistema de justicia constitucional. A continuación, responderemos la interrogante sobre qué lecciones que nos da el popular personaje de DC Comics pueden ser útiles en el contexto de la justicia constitucional peruana.

#### **4.2. ¿Qué puede aprender la justicia constitucional peruana de Batman como ícono de la justicia?**

En este último apartado, consideramos que la respuesta a la pregunta planteada es que tanto la justicia constitucional como Batman

tienen una necesidad de alcanzar sus fines y, de esta forma, conseguir la justificación para su legitimidad. Asimismo, se caracterizan por emprender una lucha por las causas justas, como la defensa de los derechos humanos, la democracia y el orden interno. Con respecto a este último punto, Batman defiende el orden interno a través de un combate frontal contra el crimen organizado y la delincuencia. Por su parte, el TC posee y ejerce una función pacificadora sobre el territorio nacional; le compete solucionar controversias mediante decisiones cuyos efectos deben ser moldeados de acuerdo con cada caso en concreto.

Cabe destacar que Batman puede enseñar a la justicia constitucional en el Perú una gran lección que se basa en tres ejes: imparcialidad, autonomía y fortaleza a no sucumbir ante presiones de terceros. Para alcanzar una verdadera y justa sentencia, la justicia constitucional en el Perú debe ser objetiva y no sucumbir ante presiones de las élites de poder (políticos, empresariado, medios de comunicación, etc.).

Así como Batman combate el crimen de forma imparcial, sin importar si ha tenido lazos de amistad con la persona, y siendo objetivo al momento de actuar, es imperativo que se imparta justicia de forma objetiva e imparcial, para que el sistema de justicia constitucional pueda alcanzar sus fines de tutela y protección de los derechos fundamentales y la democracia.

Además, sobre su autonomía, Batman no le rinde cuentas a nadie más que a la ciudadanía a través de sus acciones. Entonces, una justicia constitucional autónoma es idónea para garantizar una democracia que se rige bajo un sistema de pesos y contrapesos, además de resolver conforme con el derecho, aunque esto no sea del agrado de las élites de poder.

Cabe destacar que inclusive Batman ha sido perseguido y repudiado por hacer lo correcto y no doblegarse ante las mafias criminales de Gotham City. Este es un ejemplo que debe seguir la justicia

constitucional, puesto que diversas controversias que implican a las élites del poder se dilucidan a través de la vía constitucional. En ese sentido, es trascendental la fortaleza de los operadores del sistema de justicia en no sucumbir a presiones de nadie y comprometerse a resolver celeremente, objetiva y razonablemente, sin politizar sus fallos ni favorecer a determinados grupos y mucho menos anteponer intereses personales de nadie.

Por ende, para recobrar la confianza de la población, es imperativo que, en el sistema de justicia, no haya más dilaciones innecesarias, tampoco sabotajes a las investigaciones o procesos, ni operadores del mismo sistema que ofrezcan sus servicios al mejor postor. En el Perú, hay sed de justicia y un gran anhelo de que para nuestros ciudadanos esto deje de ser un sueño, una aspiración inalcanzable, y sea la concreción del reconocimiento de sus derechos (Díaz, 2021b).

## **5. CONCLUSIONES**

En suma, el prestigio y la legitimidad de los que actualmente gozan la judicatura constitucional y el TC han sido un resultado que se ha ido consiguiendo a lo largo de los años. Claro está que la inconstitucionalidad de la Ley de Interpretación Auténtica, por parte de los magistrados Guillermo Rey Terry, Manuel Aguirre Roca y Delia Revoredo Marsano, fue un momento clave en la historia peruana, que trazó el rol predominante de la justicia constitucional y del TC como máximo intérprete de la Constitución y guardián de la constitucionalidad. Asimismo, las presidencias de Javier Alva Orlandini y Víctor García Toma establecieron las bases institucionales de lo que hoy es un camino para proteger los derechos fundamentales y los valores democráticos, trazar límites al poder, defender la institucionalidad y obtener justicia, a saber, el TC.

En esa misma línea de ideas, Batman, el Caballero de la Noche, personifica, como ningún otro personaje de cómics, lo que es un

justiciero, al ser disciplinado en un severo y riguroso respeto a la justicia, y por dedicar su vida a una constante lucha por las causas justas, sin importar ser incómodo para las élites de poder o que se tenga que enfrentar a los criminales más peligrosos.

Cabe destacar que es universalmente conocido que, a diferencia de otros superhéroes, Batman carece de poderes. Sin embargo, él es un gran héroe, y aquello que lo hace «súper» es su determinación de dar todo de sí, inclusive poniendo su vida en riesgo, para la construcción de una sociedad más justa e inclusiva, libre de crimen. Por ello, es el único que puede contrarrestar a cualquiera en la Liga de la Justicia, en caso de que se vuelvan rebeldes y atenten contra el bienestar de los ciudadanos.

A pesar de ser multimillonario, Bruce Wayne eligió ser Batman porque decidió no ser indiferente ante los problemas que aquejan a su ciudad y combatió diversas injusticias. A través de sus más de 713 cómics (incluyendo las denominadas novelas gráficas), 13 películas *live action*, 22 películas animadas, 26 series de televisión animadas y 6 series de televisión *live action*, Batman nos ha demostrado que es un maestro de las artes marciales, hábil estratega, luchador misericordioso y, sobre todo, un símbolo de justicia, de combate frontal contra la criminalidad y de lucha por las causas justas.

Si hay algo en que se asemejan la justicia constitucional en el Perú y Batman es que su accionar pone fin a arbitrariedades e injusticias que devienen en violaciones sistemáticas de derechos fundamentales. Asimismo, desde una perspectiva finalista, comparten el fin de la construcción de una sociedad más justa e inclusiva, a través de acciones concretas, como la búsqueda de justicia para las personas cuyos derechos han sido vulnerados o se encuentran ante una amenaza cierta e inminente de que esto ocurra.

En el Perú del bicentenario, todos podemos ser héroes si guiamos nuestra conducta por los valores humanistas, democráticos y de la

justicia. Como bien dijo Batman: «Un héroe puede ser cualquiera, incluso un hombre haciendo algo tan simple y tranquilizador como poner un abrigo alrededor de los hombros de un joven para hacerle saber que el mundo no ha terminado» (Nolan, 2012).

## REFERENCIAS

- Álvarez, R. (2017). *Las narrativas de la crisis en la trilogía de Batman de Christopher Nolan* [Tesis de doctorado, Universidad Rey Juan Carlos]. <https://burjcdigital.urjc.es/bitstream/handle/10115/14501/Versi%C3%B3n%20tapa%20dura.pdf>
- Bernales, G. (2019). El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*, 25(3), 277-306. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v25n3/0718-0012-iusetp-25-03-277.pdf>
- Blume, E. (1996). *El control de la constitucionalidad: con especial referencia a Colombia y al Perú*. ERSA.
- Congreso de la República (2021). Ley n.º 31307. Nuevo Código Procesal Constitucional. Lima: 21 de julio de 2021. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/nuevo-codigo-procesal-constitucional-ley-no-31307-1975873-2/>
- Dargent, E. (2019). Construir Estado de derecho en el cine. En L. Pásara (ed.), *La justicia en la pantalla: un reflejo de jueces y tribunales en cine y TV* (pp. 129-144). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Díaz, R. (2021a). El Salvador: el inicio del fin. *Agnitio*. <https://agnitio.pe/articulo-de-blogger/el-salvador-el-inicio-del-fin/>
- Díaz, R. (2021b). Sed de justicia. *Pólemos*. <https://polemos.pe/sed-de-justicia/>

- Donayre, C. (2007). *Algunas reflexiones en torno al amparo electoral y los mecanismos previstos para asegurar la ejecución de las sentencias emitidas en estos casos por los jueces constitucionales*. Gaceta del Tribunal Constitucional; Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.
- Espinosa-Saldaña, E. (2003). *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*. ARA Editores.
- Fernández, F. (2011). El Tribunal Constitucional español como legislador positivo. *Pensamiento Constitucional*, 15(15), 127-192. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3063/2910>
- Finger, B. y Kane, B. (1939). *The Batman Wars Against the Dirigible of Doom (Detective Comics n.º 33)*. DC Comics.
- García Toma, V. (2018). La dignidad humana y los derechos fundamentales. *Derecho y Sociedad*, (51), 13-31. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20855/20568>
- Gascón, M. y García, A. (2005). *La argumentación en el derecho*. Palestra Editores.
- Linares, S. (2019). *El secreto de sus ojos: justicia por mano propia y legitimidad del Estado*. En L. Pásara (ed.), *La justicia en la pantalla: un reflejo de jueces y tribunales en cine y TV* (pp. 97-107). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Martínez, R. (2014). Arte, derecho y derecho al arte. *Revista Derecho del Estado*, (32), 35-56. <https://www.redalyc.org/pdf/3376/337631501003.pdf>
- Nolan, C. (director). (2012). *The Dark Knight Rises* [Película]. Warner Bros. Pictures.
- Roel, L. A. (2018a). El hábeas corpus de tipo conexo. La procedencia respecto a los supuestos de conexidad con el derecho a la libertad individual a partir de la jurisprudencia del Tribunal

- Constitucional. En E. Carpio, L. Sáenz, O. Pazo y J. Marroquín (coords.), *El habeas corpus en la actualidad. Posibilidades y límites* (pp. 189-231). Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.
- Roel, L. A. (2018b). Tribunal Constitucional peruano: una concepción a partir de los aportes de Javier Alva Orlandini a la justicia constitucional peruana. En L. A. Roel (coord.), *Política y derecho constitucional. Homenaje a Javier Alva Orlandini* (pp. 637-680). Adrus D & L Editores.
- Roel, L. A. y Rojas, R. (2021). Los procesos constitucionales como medios idóneos para la efectividad de los derechos programáticos. *Ius et Praxis*, (52), 97-130. [https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius\\_et\\_Praxis/article/view/5018/5051](https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/5018/5051)
- Tribunal Constitucional (TC) (2003). Expediente n.º 2050-2002-AA/TC. Lima: 16 de abril de 2003. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>
- Tribunal Constitucional (TC) (2005). Expediente n.º 1417-2005-AA/TC. Lima: 8 de julio de 2005. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>
- Tribunal Constitucional (TC) (2019a). Expediente n.º 1470-2016-PHC/TC. Lima: 12 de febrero de 2019. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01470-2016-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional (TC) (2019b). Expediente n.º 2149-2012-PHC/TC. Lima: 8 de mayo de 2019. <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/STC-02149-2012-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional (TC) (2020). Expediente n.º 0009-2018-PI/TC. Lima: 2 de junio de 2020. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00009-2018-AI.pdf>



# Reseñas



## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130



## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 393-404

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i18.471

# Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores). *Reglas de Brasilia: vulnerabilidad y acceso a la justicia.*

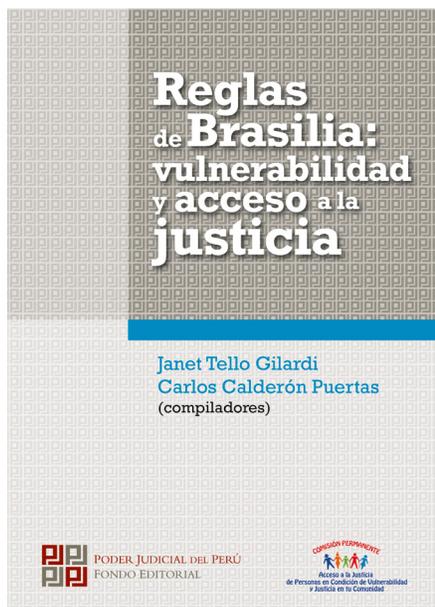
Lima: Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas  
en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad/  
Fondo Editorial del Poder Judicial, 2022, 340 pp.



### 1. PRESENTACIÓN

Esta obra colectiva es el decimosegundo libro elaborado por la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad y forma parte de la reconocida colección Derecho y Acceso a la Justicia, editada por el Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.

Su objetivo es claro, lograr la eficaz ejecución de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en el 2008 y actualizadas diez años después (se modificaron, en concreto, setenta y tres de las cien reglas), texto declarativo (por tanto, no vinculante) que promueve el desarrollo de un conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a las personas



en condición de vulnerabilidad el pleno goce de los servicios del sistema judicial (regla 1).

El abordaje riguroso y crítico de estas 100 Reglas por parte de prestigiosas voces procedentes de diversos países (a saber, Argentina, España, México y Perú), que analizan y reflexionan acerca del actual sistema de justicia, se traduce en valiosas y útiles aportaciones en cuanto a la necesaria remoción de obstáculos de diversa índole para que las per-

sonas en condición vulnerable accedan a dicho sistema de manera efectiva y vean protegidos, en sede jurisdiccional, sus derechos. Cuestión crucial para los operadores jurídicos y, en general, para toda la ciudadanía, que no puede dejar de sentirse interpelada por una realidad en la que, lamentablemente, son muchos los prejuicios y los estereotipos que aún persisten. Las diez investigaciones que integran esta obra colectiva contienen una mirada social de derechos humanos, como no podía ser de otra manera, pues es la única que tiene cabida en el respeto a la dignidad de la persona.

Además de por su innegable interés y relevancia jurídica, se trata de un trabajo muy especial, de un lado, porque ha sido elaborado durante la pandemia mundial provocada por el coronavirus SARS-CoV-2 y ello confirma el firme y constante compromiso institucional de la Comisión con las personas más vulnerables, siempre las damnificadas preferentes en tiempos de crisis; y, de otro, porque se realiza en el marco del Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad-Poder Judicial del Perú 2022-2030 y en cumplimiento de los objetivos que en él se establecen.

## 2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

A las palabras liminares de la jueza suprema titular Janet Tello Gilardi, presidenta de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú, suceden diez artículos en los que se vertebra la obra y cuyas principales cuestiones paso, seguidamente y de manera sintética, a acotar.

El primero de ellos, titulado «Justicia y vulnerabilidad. Las Reglas de Brasilia» (pp. 13-61), corre a cargo del magistrado Juan Martínez Moya, vocal del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, gran conocedor de las 100 Reglas de Brasilia al haber sido coordinador y miembro integrante de la Comisión de Coordinación y Seguimiento de las Reglas de Brasilia de la Cumbre Judicial Iberoamericana desde el año 2014 hasta el 2021, lo que le permitió participar, de manera activa, en la elaboración de su texto actualizado. En su ensayo desgrana, con detalle y precisión, qué son las Reglas de Brasilia, cuáles son sus principales objetivos y quiénes son sus destinatarios, documento que, con gran tino, pone en conexión con la Agenda 2030 de las Naciones Unidas y sus 16 Objetivos de Desarrollo Sostenible. Tras ello, hace hincapié en la necesidad de fomentar el uso de un lenguaje jurídico claro y comprensible en todas las actuaciones judiciales, así como en la redacción de documentos, para luego pasar a describir cómo han de incidir las cien normas en la práctica judicial diaria.

El siguiente artículo se titula «Acceso a la justicia en la vejez» (pp. 63-83) y su autora es la doctora María Isolina Dabove, investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Ante los múltiples retos sociales y jurídicos que plantea el progresivo envejecimiento poblacional, la doctora Dabove analiza el Sistema de Alarma Judicial de

la Corte Suprema del Perú, implementado para asegurar la debida diligencia y el trato preferente a las personas mayores en todo proceso en el cual sean parte. Lo hace desde el enfoque de la teoría trialista del mundo jurídico de Goldschmidt y Ciuro y del derecho de la vejez. Como señala, las personas mayores están atravesadas por la misma necesidad de justicia que cualquier otro ser humano. No obstante, el sistema cultural, político y jurídico sostiene frente a ellas un ambivalente y peligroso juego de poder: al mismo tiempo que reconoce el derecho de acceso a la justicia a todos por igual, no genera iguales condiciones para hacerlo posible a causa de los viejismos.

Al respecto, si se me permite, quisiera destacar cómo el contexto de la pandemia de la COVID-19 ha desenmascarado la gerontofobia en España, la estigmatización social de la vejez, y, precisamente por ello, creo necesario más que nunca un tratado internacional de Naciones Unidas que aborde, de manera sistemática, los derechos y las necesidades de las personas mayores, tal y como hace la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada el 9 de junio de 2015 en el marco de la Organización de los Estados Americanos, cuyos preceptos están claramente inspirados en el espíritu de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York, 2006), un enorme faro que da luz en materia de derechos humanos de las personas vulnerables, como las mayores, los cuales no caducan con la edad.

A continuación, Rosalía Mejía Rosasco, notaria de Lima y profesora de posgrado en la Universidad de San Martín de Porres (Perú), aborda «El ejercicio de la capacidad jurídica de la persona adulta mayor a través del sistema de apoyos y salvaguardias» (pp. 85-113), ilustrando acerca de cómo se han implementado los mandatos y los principios de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención

Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en el derecho peruano en cuanto al derecho a la autodeterminación y a la vida independiente del adulto mayor. Al igual que el Código Civil peruano, el español ha sido modificado por la Ley 8/2021, del 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, norma que entró en vigor el 3 de septiembre del pasado año y con la que se opera un viraje de un modelo paternalista a uno autonomista, razón por la cual se da primacía en todo momento a la voluntad de la persona, presente («voluntad, deseos y preferencias») o pasada («trayectoria vital, creencias o valores»), sobre la cual, en la provisión de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica, se ha de diseñar y crear un «traje a medida» (nunca más *prêt-à-porter*, como venía haciéndose hasta entonces). Ahora, en el Código Civil español encontramos una amplia gama de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en función de la concreta necesidad de la persona: informales y formales (prefiero denominarlos «extrajudiciales y judiciales» respectivamente), ocasionales (urgentes o no) o continuados, voluntarios o judiciales, asistenciales o representativos. Lo que ha hecho el legislador es graduar los instrumentos de acompañamiento de la persona y la intensidad de estos, pero no su capacidad jurídica, tal como se hacía (y, demasiadas veces, de forma desproporcionada) hasta el 3 de septiembre del pasado año.

Seguidamente, Juan Antonio Seda, doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina), introduce al lector en «El acceso a la justicia de las personas con discapacidad en la vejez» (pp. 115-129), en el cual aborda la interseccionalidad o la confluencia entre la discapacidad y la vejez cuando esta se produce, que no es siempre, puesto que se trata de dos categorías diferentes y autónomas que, en algunos casos, pueden converger. El autor manifiesta su extrañeza en cuanto a que la definición de discapacidad en

las Reglas de Brasilia (en concreto, en la regla 7) no sea coincidente con la que brinda la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicada dos años antes. Considera confuso el concepto de vulnerabilidad contenido en las Reglas de Brasilia y apunta, asimismo, que tal vez algunas medidas previstas en el documento de las 100 Reglas podrían ser consideradas invasivas de la esfera del legislador, como las relativas a las formas de producción de la prueba. De enorme interés práctico resulta el abordaje de la evaluación y la determinación de la condición de persona con discapacidad, pues esta otorga al individuo un estatuto legal particular.

Esther Vázquez y del Árbol, profesora titular de la Universidad Autónoma de Madrid (España), nos sumerge en la problemática jurídica y social en torno a la migración y los refugiados desde la perspectiva de las Reglas de Brasilia, realizando un interesante estudio comparativo entre España y Perú. En concreto, su ensayo lleva por título «Las 100 Reglas de Brasilia: estudio comparativo (España-Perú) sobre migración y refugiados» (pp. 131-160). En su opinión, la cual comparto, los ciudadanos en general y los miembros y los operadores del Poder Judicial deben facilitar el acceso a la justicia y procurar la salvaguarda de los derechos de aquellas personas más vulnerables, de forma que se aminore su vulnerabilidad, se evite la exclusión y la desigualdad, y se defienda la justicia social:

Se trata, en suma, de promover una justicia que defienda por igual a los más fuertes y a los más débiles, independientemente de su condición, adscripción geográfica, edad, raza, color, idioma, género, orientación sexual, convicción política o poder adquisitivo en un ambiente de paz y no discriminación. (p. 157)

En el siguiente artículo, «Acceso a la justicia de las personas migrantes en Argentina» (pp. 161-206), Fernando Arlettaz, profesor del Centro Universitario de la Defensa de Zaragoza, institución

adscrita a la Universidad de Zaragoza (España), analiza el régimen migratorio argentino en lo concerniente al acceso a la justicia de las personas migrantes, para lo cual estudia la normativa vigente desde la perspectiva del respeto a los estándares constitucionales internacionales de derechos humanos, legislación que, según señala, presenta, desde el punto de vista de la técnica legislativa, ciertas deficiencias. Dado que el acceso efectivo a la justicia para la defensa de los derechos depende del respeto a un conjunto de garantías, tanto en los procesos judiciales como en los procedimientos administrativos previos a tales procesos, el autor hace hincapié en dichas garantías, las cuales, afirma, «no deben entenderse como un mero formalismo, sino como un elemento indispensable para la protección de los derechos de las personas» (p. 163).

Por su parte, Joaquín Sedano Tapia, profesor de la Universidad de Barcelona (España), se ocupa de la «Migración o pobreza, el dilema de la infancia latinoamericana y su tránsito por México. Análisis a la luz de las Reglas de Brasilia» (pp. 207-234). Tras ofrecer datos estadísticos que colocan al lector ante una cruda realidad, el Prof. Sedano apunta que el dilema de la infancia latinoamericana es migrar o resignarse a vivir en la pobreza, condiciones una y otra que permiten determinar la situación de vulnerabilidad de las personas. De este modo, el autor ofrece una visión del fenómeno migratorio desde los ojos de los niños, las niñas y los adolescentes y las adolescentes, en la cual expone las numerosas dificultades que han de afrontar. En su opinión, las autoridades mexicanas han logrado visibilizar a la infancia migrante como un colectivo que participa y obliga a la transformación de la ley, lo que es un buen principio, si bien las reformas normativas en la materia y la creación de funcionarios especializados en temas de infancia y de protocolos de actuación están aún muy lejos de representar un cambio radical en el tratamiento de los niños migrantes, quienes siguen siendo vistos como un problema a la luz de las políticas migratorias.

El siguiente artículo, también desde México y sobre la infancia migrante, lleva por rúbrica «Los llegados en la infancia. Oportunidades de integración para los inmigrantes mexicanos en Estados Unidos» (pp. 235-282), a cargo de la doctora Selene Gaspar Olvera y el doctor Rodolfo García Zamora, investigadores de la Unidad Académica de Estudios del Desarrollo de la Universidad Autónoma de Zacatecas (México). Los autores circunscriben su estudio a la realidad de los niños y las niñas inmigrantes que fueron llevados por sus padres o sus familiares de México a Estados Unidos y a las diversas situaciones en las que se hallan tras el paso de los años, pues mientras unos han logrado establecerse de manera permanente a través de la naturalización o mediante la regulación de su estatus legal de residencia, otros han permanecido en condición de indocumentados. En su ensayo muestran los cambios sociodemográficos y laborales que han experimentado los inmigrantes mexicanos en Estados Unidos por edad de llegada y por condición de ciudadanía, y concluyen que los inmigrantes que llegaron en la infancia, con y sin ciudadanía estadounidense, se alejan del perfil tradicional de baja calificación que ha caracterizado a la migración laboral procedente de México. Para finalizar su investigación, los doctores Gaspar Olvera y García Zamora dedican un último apartado a la realidad migratoria en el Perú, un país históricamente de destino, si bien, desde 1980, producto de la hiperinflación, la recesión económica y el conflicto armado interno, se ha convertido en un país de origen. Estados Unidos es el principal destino de la emigración peruana y las razones que la promueven son de tipo laboral o económico. Respecto a ello, sugieren la necesidad de fortalecer los convenios bilaterales con Estados Unidos y redoblar esfuerzos para el diseño de políticas de retorno voluntario.

Desde la Universidad de Buenos Aires (Argentina), el investigador y docente Ramiro N. Perez Ripossio nos brinda su trabajo titulado «Representaciones sociales de los funcionarios del Poder Judicial

en el Área Metropolitana de Buenos Aires: migraciones sudamericanas, delito e identidad nacional» (pp. 283-313). Comienza por delimitar los conceptos de «identidad nacional» y «representaciones sociales», luego presenta la evidencia empírica con relación a los migrantes y el tipo de delitos según las representaciones sociales de los funcionarios y, por último, da cuenta de las entrevistas realizadas a funcionarios del Poder Judicial respecto de la relación entre migraciones e identidad nacional, las cuales son debidamente desmenuzadas e ilustradas. De sumo interés son los resultados obtenidos a través de dicho trabajo de campo, con el que el autor pretende realizar un aporte al campo de las problemáticas migratorias desde las representaciones sociales y respecto al estudio de la institución judicial como un modo de aproximarse a la comprensión de la interculturalidad atravesada por múltiples alteridades, las cuales conforman una identidad nacional sujeta a redefiniciones permanentes.

El último artículo con el que se clausura la obra colectiva se titula «Pensión de viudez para los integrantes de las uniones conyugales de las comunidades nativas y campesinas» (pp. 315-330) y su autoría corresponde a Alejandro Chau Pauca Mamani, juez de la Corte Superior de Justicia del Callao (Perú). La diversidad cultural que posee el Perú invita a este operador de justicia a formular el siguiente interrogante: ¿tienen los integrantes de las uniones conyugales que se dan en las comunidades campesinas y nativas el derecho a la pensión de sobrevivencia o viudez que poseen los casados por matrimonio y los convivientes? La pregunta no es baladí, puesto que, de acuerdo con el mapa etnolingüístico del Perú, elaborado por el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (Indepa), coexisten setenta y seis etnias, de las cuales quince se ubican en el área andina (cañaris, cajamarca, huancas, choccas, wari, chancas, vicus, yauyos, querós, jaqaru, aymaras, xauxas, yaruwilcas, tarumas y uros), sesenta en el

área amazónica y una en la costa (walingos), todas agrupadas en dieciséis familias etnolingüísticas diferentes (arawak, aru, cahua-pana, harakmbut, huitoto, jíbaro, pano, peba-yagua, quechua, romance, sin clasificación, tacana, tucano, tupi-guaraní, uro-chipaya y zaparo). Cada una de esas etnias posee sus propias manifestaciones culturales (conocimientos, creencias, arte, moral, leyes, costumbres, etc.), dentro de las cuales se encuentran las especiales formas en que sus integrantes se unen, ya sea unión conyugal o casamiento, para conformar una familia. Según el autor, existen razones fácticas, constitucionales y convencionales para admitir que los integrantes de las uniones conyugales pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas tienen el mismo derecho a la pensión de viudez que poseen los casados por matrimonio y los convivientes. A su entender, es altamente probable que la correspondiente entidad administrativa deniegue el derecho a la pensión de los reclamantes campesinos o nativos, de modo que se verán forzados a buscar la tutela judicial efectiva a través del proceso de amparo. Es aquí donde los jueces deberán tener presente que las personas integrantes de las comunidades indígenas se encuentran en especial condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal y, conforme a ello, aplicar los principios contenidos en las 100 Reglas de Brasilia.

### **3. REFLEXIÓN FINAL**

Comienzo dejando constancia de mi más sincero reconocimiento al compromiso férreo y al buen hacer del Poder Judicial del Perú y, por cuanto ahora nos ocupa, a su Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, creada en el año 2017 a fin de lograr un mejor desarrollo y cumplimiento de las funciones, las estrategias y las actividades para la ejecución de las 100 Reglas de Brasilia en favor de las personas en condición de vulnerabilidad. Buena

muestra de ello es esta compilación de sugerentes investigaciones que tengo el gran honor de recensionar.

Como he tenido oportunidad de señalar, recientemente, en mi trabajo *Vivir con discapacidad en el contexto de una pandemia: el derecho a tener derechos* (Madrid, 2021), el trato discriminatorio, el estigma, la falta de humanidad y el abandono de las personas que integran los colectivos socialmente más desfavorecidos (*disadvantaged groups*), como si fueran ciudadanos desprovistos de derechos, no moran entre nosotros a raíz de la irrupción de la pandemia de la COVID-19; vienen de mucho tiempo atrás y se encuentran presentes, con mayor o menor intensidad, en todas las sociedades occidentales, incluidas las que supuestamente son más avanzadas. Y ello a pesar del cambio de valores, la transformación de las relaciones humanas y los movimientos emancipadores liderados por los grupos marginados (como los de las mujeres, LGTBIQ o personas con discapacidad) que han tenido lugar en la segunda mitad del siglo XX y que se integran en un complejo proceso que se conoce como posmodernidad. Lo que sí ha hecho el coronavirus SARS-CoV-2 es colocarnos frente al espejo y en él hemos visto reflejadas nuestras debilidades, carencias y miserias, todas ellas ya existentes con anterioridad a la devastadora situación de emergencia sanitaria, pero que esta, de pronto y de la manera más despiada y trágica posible, ha destapado haciéndolas patentes.

Esta obra, de enorme calidad técnica y solidez científica, pone sobre la mesa la imperiosa necesidad de construir una justicia ágil, inclusiva y accesible para todas las personas, que no olvide (olvidar es despreciar) a una parte de la ciudadanía que tiene «el derecho a tener derechos» y a hacer un ejercicio pleno de estos en igualdad de condiciones con las demás.

No cabe duda de que este estudio monográfico es un gran paso para dar a conocer la extraordinaria labor que desarrolla la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición

de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú, al tiempo que una valiosa y útil herramienta para los integrantes del sistema judicial, quienes, poniendo en práctica las pautas y las directrices contenidas en las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia para las Personas en Condición de Vulnerabilidad, tienen el deber de contribuir a garantizar la justicia para todos y todas.

INMACULADA VIVAS TESÓN

Universidad de Sevilla

(Sevilla, España)

Contacto: [ivivas@us.es](mailto:ivivas@us.es)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4922-7965>

## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022, 405-410

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i18.474

### **Javier Arévalo Vela.** ***El derecho colectivo del trabajo y sus fuentes.***

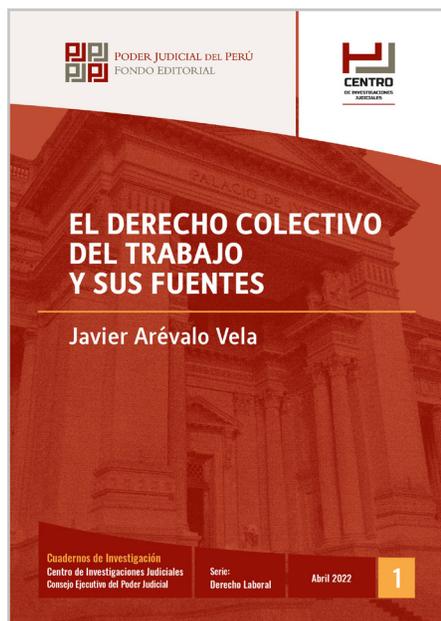
Lima: Centro de Investigaciones Judiciales/Fondo Editorial del  
Poder Judicial, 2022, 64 pp.



La relación laboral se basa en dos supuestos de necesidad, por una parte, el supuesto de necesidad del empleador de proveerse de mano de obra que le permita desarrollar sus procesos de producción de forma eficiente; y, en contraposición, el supuesto de necesidad del trabajador de obtener con su trabajo los medios suficientes para poder satisfacer aquello que requiere.

Ambos supuestos, legales y justos, contienen una diferencia sustancial, que es que el derecho del trabajo entiende la necesidad del trabajador como determinante para ejercer su rol protector, puesto que la similitud de ambos es el natural interés de los sujetos de la relación laboral de siempre buscar mejorar las condiciones establecidas en el contrato de trabajo.

La circunstancia antes descrita es el eje fundamental del derecho a la negociación colectiva, en la que los trabajadores buscan obtener en negociación autocompositiva o heterocompositiva mejoras en



sus condiciones de trabajo y en sus condiciones remunerativas, ya que el empleador incluye en aquella negociación el concepto de productividad como moneda de cambio.

En ese orden de ideas, la negociación colectiva tiene como origen la necesidad de intercambiar legítimos intereses de las partes; y, como conclusión irremediable, la incapacidad natural de poder satisfacerlos, con mayor relieve en la negociación económica laboral del sector público.

El derecho a la negociación colectiva ha sido reconocido por diversos convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como es el caso del Convenio n.º 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948), aprobado por el Congreso mediante la Resolución Legislativa n.º 13281, del 15 de diciembre de 1959; el Convenio n.º 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949), aprobado por el Congreso mediante la Resolución Legislativa n.º 14712, del 18 de noviembre de 1963; el Convenio n.º 151, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración pública, ratificado por la Decimoséptima Disposición Transitoria de la Constitución Política de 1979; el Convenio n.º 135, sobre los representantes de los trabajadores, 1971, no ratificado por el Perú; y el Convenio n.º 154, sobre la negociación colectiva, 1981, no ratificado por el Perú.

En nuestro país, la Constitución Política de 1993 regula la negociación colectiva de la siguiente manera:

Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga. El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical. 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

Para la OIT, la negociación colectiva es inherente al diálogo social, toda vez que es un proceso sustancial que implica negociaciones entre uno o más empleadores u organizaciones de empleadores y uno o más sindicatos, con objeto de celebrar un convenio colectivo que regule las condiciones de empleo y las relaciones entre las partes. Sin embargo, consideramos que, a pesar de lo expuesto, resulta necesario establecer las diferencias entre la negociación colectiva laboral que se realiza en el sector privado y la que se realiza en el sector público.

En ese orden, es preciso señalar que el derecho a la negociación colectiva no se limita al régimen privado, los servidores públicos tienen el mismo derecho reconocido de manera específica en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por nuestro país el 27 de octubre de 1980), cuyo artículo 7 dispone:

Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

El artículo 8 del mismo del citado convenio dispone de forma complementaria:

La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados.

En lo relacionado con nuestro ordenamiento jurídico nacional, la Constitución Política regula en su artículo 28 el reconocimiento de los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, que también son reconocidos para los servidores públicos en el artículo 42 cuando establece:

Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Como podemos observar, el artículo constitucional citado no autoriza a imponer a los servidores públicos limitaciones o exclusiones respecto al ejercicio de los derechos de libertad sindical, entre ellos, los de negociación colectiva, más allá de los casos mencionados en el texto constitucional de modo expreso y de las admitidas expresamente por las normas internacionales sobre la materia ratificadas por el Perú. Sin embargo, no tener en cuenta el principio de equilibrio presupuestal del Estado claramente afectaría las regulaciones previstas en la Ley de Presupuesto del Sector Público y en la Ley del Servicio Civil, Ley n.º 30057.

Considerando lo expuesto, resulta claro que la negociación colectiva se ha convertido, a lo largo del tiempo, en una herramienta vital en las relaciones laborales para mejorar las condiciones de trabajo o los incrementos remunerativos, reconocimiento que genera una sinergia con la labor realizada por los trabajadores, ya que la finalidad no solo es mejorar las condiciones laborales y económicas de los trabajadores, sino que esto genere un impacto positivo en el empleador.

En el sector público el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva ha tenido un camino accidentado y sinuoso, ya que durante años únicamente se reconoció el derecho a mejorar las condiciones de trabajo, sin considerar incrementos remunerativos; sin embargo, la Ley n.º 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal, puso punto final al extenso debate, permitiendo mejoras económicas para los servidores públicos, pero respetando el principio de equilibrio presupuestal.

En esta publicación observamos un estudio muy detallado y acucioso de todas las fuentes que tienen vinculación con la materia arriba reseñada. El estudio realizado por el Dr. Javier Arévalo se aparta de la concepción clásica de algunos autores que solo se refieren al derecho colectivo como derecho sindical y se acerca a la posición de varios tratadistas que señalan que hablar del derecho sindical implica estudiar solamente una parte del problema. El derecho colectivo agrupa todo, no solo la posibilidad de la libertad sindical, que es el derecho que tienen tanto el trabajador como el empleador —pues así lo establecen la Constitución y la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo— de afiliarse o desafiliarse a un sindicato, de negarse e incluso de constituir sindicatos. Este derecho también estudia la negociación colectiva.

Al revisar este estudio podemos percatarnos de que tiene que ver con las etapas de la negociación a nivel de sus fuentes. Asimismo, en él se investigan la conciliación y dos elementos muy importantes

como la huelga y el arbitraje. Igualmente, se analiza a profundidad el tema relacionado con la nulidad del laudo arbitral.

El derecho colectivo, como bien lo ha explicado el Dr. Arévalo en las páginas de su texto, tiene múltiples fuentes, desde los convenios internacionales de la OIT, la Constitución, la norma, que ha sido modificada a través del reglamento recientemente, y la jurisprudencia de los plenos jurisdiccionales o los plenos supremos. En definitiva, es una publicación que va a ser un auxilio para los operadores de justicia, los estudiantes y los abogados, puesto que desarrolla de forma breve pero contundente todas las fuentes que se deben considerar al tratar el tema del derecho colectivo.

Cierro esta reseña señalando que el derecho laboral es un derecho de verdaderos especialistas, ya que no tenemos un Código de Trabajo, sino normas dispersas. Es por ello que una publicación como *El derecho colectivo del trabajo y sus fuentes* ayuda a la comunidad jurídica a tener en cuenta cuál es el orden de las fuentes y para qué son importantes.

ANTONIO FERNANDO VARELA BOHÓRQUEZ  
Universidad de San Martín de Porres  
(Lima, Perú)  
Contacto: [avarelab@usmp.pe](mailto:avarelab@usmp.pe)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1981-8924>



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

**Revista Oficial del Poder Judicial**

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 14, n.º 18, julio-diciembre, 2022

Publicación semestral. Lima, Perú

La edición de este decimoctavo número  
de la revista estuvo a cargo de Gladys Flores Heredia;  
el diseño lo realizó Rodolfo Loyola Mejía;  
la diagramación, Miguel Condori Mamani;  
y la corrección de textos, Yuliana Padilla Elías.

La *Revista Oficial del Poder Judicial* n.º 18  
se terminó de producir digitalmente en diciembre de 2022  
en el Fondo Editorial del Poder Judicial.

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v14i18







18

Revista Oficial  
del Poder Judicial

### Presentación

ELVIA BARRIOS ALVARADO

### Prólogo

HECTOR LAMA MORE

### Artículos sobre **flagrancia**

EDWIN FIGUEROA GUTARRA

Flagrancia y derechos humanos. Repensando el derecho penal del ciudadano

CARLOS ESPIRITO MACHUCA FUENTES

Las Unidades de Flagrancia en el Perú: algunos apuntes sobre su necesidad y su utilidad

SHERLY TANIA BUSTAMANTE MAITA

Valoración del estado mental de los inculcados en las Unidades de Flagrancia

JOSÉ LEONIDES AGIP VÁSQUEZ

Vulneración de principios y garantías al imputado en las Unidades de Flagrancia

### Artículos sobre **derecho**

WALBER JOSE SANTOS GOMERO

La perspectiva de género desde el feminismo jurídico de Míquelina Acosta

EDUARDO DANIEL VÁSQUEZ PÉREZ

La Administración pública como sistema autónomo. El derecho a la función pública

NICOLÁS BALDINO MAYER Y DAVID GUSTAVO

ROMERO BASURCO

El delito de omisión de asistencia familiar: análisis del tipo objetivo

LUIS ANDRÉS PELEGRINO TORAÑO

La revocación de las disposiciones testamentarias. Un análisis comparativo del derecho peruano y el derecho cubano

LUIS ALBERTO HUAMÁN ORDÓÑEZ

¿Derecho al descanso laboral o al refrigerio?

Comentarios al anteproyecto del Código de Trabajo

MONICA ALEXANDRA FRANCIS BONE

Valoración pericial del daño psicológico en casos de violencia contra la mujer. Análisis en el contexto forense ecuatoriano

LUIS MANUEL LIZA CASTILLO

Importancia de la motivación de las resoluciones

JOHN FRANCK HUERTA MOLINA

La educación jurídica como medida preventiva de los delitos de violación sexual de menor de edad

BRUNO FERNANDO AVALOS PRETELL

El rechazo liminar de la demanda. A propósito del «Nuevo» Código Procesal Constitucional

LUIS ANDRÉS ROEL ALVA Y RENZO DÍAZ GIUNTA

El sistema justiciero: la justicia constitucional en el Perú

### Reseñas

INMACULADA VIVAS TESÓN

Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (compiladores). *Reglas de Brasilia: vulnerabilidad y acceso a la justicia*

ANTONIO FERNANDO VARELA BOHÓRQUEZ

Javier Arévalo Vela. *El derecho colectivo del trabajo y sus fuentes*